

Kapitel 2: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren

Die accursische Glosse zur Haftung für Unterlassen

Einleitung

Die nachfolgenden Texte sollen einen Eindruck von der Arbeitsweise der mittelalterlichen Juristen geben. Abgedruckt ist ein kurzer Abschnitt aus den justinianischen Digesten mit den zugehörigen mittelalterlichen Erläuterungen. Letztere bestehen aus der *Glossa ordinaria* des Accursius und der kurzen Inhaltsgabe (dem sogenannten *Casus*) von dessen Sohn Franciscus Accursii. Wie in den alten Druckausgaben des glossierten Digestentextes ist der *Casus* vor den Einzelerläuterungen in den Glossen wiedergegeben.

Der Digestentext behandelt die Frage, der Haftung des Schuldners für die verschuldete Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung (vgl. §§ 283, 280 Abs. 1 und 3 BGB). Diese wird jedoch nicht abstrakt erörtert, sondern für eine konkrete Fallkonstellation, die so im modernen Recht nicht vorkommen kann:

Der geschuldete „Gegenstand“ ist ein Sklave namens Stichus. – Sklaven wurden im antiken römischen Recht ohne weiteres als Sachen angesehen, die Objekt von Kaufverträgen und anderen Schuldverhältnissen sein konnten und wie andere Sachen übereignet werden konnten. Die Sklaverei existierte auch noch im Mittelalter. In Frankreich und Deutschland starb sie bis zum Ende des Mittelalters allmählich ab. Hingegen nahm die Sklaverei in den Anrainerländern des Mittelmeeres im hohen und späten Mittelalter sogar einen neuen Aufschwung. Für die Juristen, die sich bemühten, die Digestentexte zu verstehen, spielte es freilich ohnehin zunächst keine Rolle, ob die Fälle der römischen Juristen in der Praxis noch vorkommen konnten. Die römischen Texte, welche die Sklaverei voraussetzen, wurden von den mittelalterlichen Juristen unbefangen verwendet, um die zugrunde liegenden Rechtsprinzipien zu analysieren.

Die Schuld beruht auf einer *stipulatio*. Die *stipulatio* ist ein einseitiges Schuldversprechen (vgl. § 780 BGB), dessen Wirksamkeit davon abhängt, dass die Parteien bei der Erteilung des Versprechens eine besondere Wortform beachten, d.h. bestimmte genau vorgeschriebene Worte benutzen, um ihre vertragliche Einigung auszudrücken. Wurde diese Form eingehalten, so entstand aus der *stipulatio* ein vertraglicher Anspruch des Versprechensempfängers (*stipulator*) gegen den Versprechenden (*promissor*).

Im antiken Text wird die Frage behandelt, ob ein Verschulden des Schuldners (*culpa*) außer in der Tötung des geschuldeten Sklaven durch aktives Tun auch in einem Unterlassen liegen kann – etwa darin, dass ein kranker Sklave nicht gepflegt wird und deshalb stirbt. Im Rahmen der Diskussion wird auf die Haftung des unberechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer einer Sache

verwiesen (vgl. §§ 985 ff. BGB). Für diese ist gesichert, dass ein Verschulden auch in einem Unterlassen bestehen kann. Aus heutiger Sicht (und ebenso schon für die mittelalterlichen Interpreten der Stelle) liegt es näher, auch bei einem vertraglichen Anspruch ein Unterlassen als Verschulden anzuerkennen: Nach dem BGB würde ein Schuldner sowohl dann ein Verschulden im Sinne der §§ 280 Abs. 1 S. 2 und 276 BGB zur Last gelegt, wenn er die geschuldete Sache durch positives Tun zerstört als auch dann, wenn ihr Untergang auf der Versäumung erforderliche Maßnahmen zu ihrer Erhaltung beruht.

Ob die römischen Juristen genauso entschieden wie das BGB, ist nach dem überlieferten Text unklar. Eher scheint es, dass sie bei bloßem Nichthandeln des *promissor* dessen Haftung verneinten. Die Beseitigung dieser Unklarheit ist das Ziel der Auslegungsbemühungen der mittelalterlichen Juristen. Durch Vergleich mit anderen Texten des Corpus Iuris gelangt Accursius in der langen Glosse *In non faciendo* (s.u.) zu dem Ergebnis, dass entgegen dem ersten Anschein auch bloßes Unterlassen den Tatbestand des haftungsbegründenden Verschuldens erfüllen kann.

Wie in den alten Druckausgaben sind die Bezugspunkte der einzelnen Glossen im Digestentext mit Buchstaben a–g markiert. Erläuterungen zum Digestentext und zu den Glossen stehen in Fußnoten, die mit arabischen Ziffern 1–28 bezeichnet sind.

Antiker Digestentext (D. 45, 1, 91pr.)

<i>PAULUS LIBRO SEPTIMO DECIMO AD PLAUTIUM¹. Si servum* Stichum² stipulatus fuero et nulla mora intercedente³ servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est^a. sin autem neglegat infirmum^b, an teneri debeat promissor, considerandum est: Utrum,</i>	PAULUS IM 17. BUCH ZU PLAUTIUS ¹ . Wenn ich mir den Sklaven* Stichus ² habe versprechen lassen und der Sklave stirbt, ohne dass sich der Schuldner im Verzug befand ³ , dann ist es klar ^a , sofern der Schuldner ihn getötet hat. Wenn er ihn aber vernachlässigt hat, während er krank war ^b , dann muss überlegt werden, ob der Schuldner haftet. – Ob er, wie der Besitzer ^d bei der Vindikation ⁴ eines Skla-
--	---

¹ Am Anfang jedes in die Digesten aufgenommenen Exzerpts ist dessen Herkunft in einer sogenannten Inskription angegeben. Die in Kapitälchen gesetzte Inskription zu D. 45, 1, 91 pr. gibt an, dass es sich um einen Text des römischen Juristen Iulius Paulus handelt, der um 200 nach Christus lebte. Der Text ist aus einer Schrift des Iulius Paulus entnommen, in der dieser das Werk eines früheren Rechtsgelehrten namens Plautius kommentiert.

² Der Digestentext ist in der Form wiedergegeben, in der er in den im mittelalterlichen Universitätsunterricht und in der Rechtspraxis benutzten Handschriften stand (sogenannte *Vulgata*). Der Text moderner wissenschaftlicher Ausgaben, der auf der Florentiner Digestenhandschrift beruht, weicht von der Version der *Vulgata* etwas ab. Es fehlt die Angabe des Namens Stichus für den geschuldeten Sklaven. Außerdem heißt es statt *considerandum est*] *considerantibus*.

³ Die Klarstellung, dass der Schuldner sich zum Zeitpunkt des Todes des Sklaven nicht im Verzug befand, ist wichtig, weil er bei Verzug verschuldensunabhängig haften würde (vgl. heute § 287 S. 2 BGB).

quemadmodum in vindicatione⁴ hominis, si neglectus fuerit a possessore^c, culpa^e huius nomine tenetur possessor^d, ita et cum dari promisit^e. An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo^f quidem accipienda sit, non in non faciendo^g? Quod magis probandum est, quia qui dare promisit, ad dandum, non ad faciendum tenetur.

ven, wenn dieser vom Besitzer^c vernachlässigt wurde, wegen Verschuldens haftet, so auch dann, wenn jemand versprochen hat^e, einen Sklaven zu übereignen. Oder ob das Verschulden, was das Schuldversprechen angeht, nur als positives Tun^f zu verstehen ist, nicht als Nichttun^g. Dies ist eher zu billigen, weil der, der zu übereignen versprochen hat, zur Übereignung nicht zu einem bestimmten Tun verpflichtet ist.

Mittelalterlicher Kommentar

** Si servum. Casus⁵. Promisit Titius mihi Stichum servum, qui non interveniente mora mortuus est. An promissor teneatur? Distinguitur: quia si non fuit causa mortis suae, non tenetur. Si vero eum occidit, non liberatur. Quid autem erit? Promissor servum istum non occidit, sed, cum infirmus esset, eum neglexit. An teneatur? Respondetur, quod sic. Vide glossam super verbo In non faciendo. Et ponit textus argumenta pro et contra, quae satis clara sunt. ... Franciscus*

* Wenn ich mir den Sklaven. Fall⁵. Titius hat mir den Sklaven Stichus versprochen, der gestorben ist, ohne dass Verzug gegeben gewesen wäre. Haftet der Schuldner? Es wird unterschieden: Denn wenn Titius nicht der Grund für den Tod war, haftet er nicht. Wenn er ihn aber getötet hat, wird er nicht frei. Wie aber wird [in folgendem Fall] zu entscheiden sein? Der Schuldner hat den Sklaven nicht getötet, aber er hat ihn vernachlässigt als er krank war. Haftet er? Es wird entschieden, dass ja. Siehe die Glosse zu den Worten *In non faciendo*. Deren Text bringt Pro- und Contra-Argumente, die hinreichend klar sind. ... *Franciscus*

a Expediuntur est. Ut teneatur⁶: ut infra § Sequitur⁷. primo responso et supra eodem lege Ex legati in fine⁸.

a Ist es klar. Dass er haftet⁶: vgl. D. 45, 1, 91, 3⁷, erste Entscheidung und D. 45, 1, 23⁸ am Ende. *Accursius⁹*.

⁴ *Rei vindicatio* – Vindikation ist der römisch-rechtliche Ausdruck für den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen einen unberechtigten Besitzer (vgl. heute § 985 BGB). Zur Klärung der Frage nach dem Verschuldensmaßstab für die Haftung des *promissor* wird also auf den Haftungsmaßstab im Eigentümer- Besitzer-Verhältnis (vgl. die heutigen §§ 989, 990 BGB) verwiesen.

⁵ Die *casus* sind eigentlich Beispielfälle zu den einzelnen Digestentexten, die deren juristischen Gehalt veranschaulichen sollen. Der vorliegende Digestentext geht allerdings (was nicht selten) ist, selbst von einem Fallbeispiel aus. Daher hat der *casus*, der wie am Ende vermerkt ist, von Franciscus Accursii, dem Sohn des Glossators Accursius, stammt, mehr die Funktion einer kurzen Inhaltsangabe zum Digestentext (und zu den zugehörigen Glossen).

⁶ Diese Glosse ist vor allem eine Verständnishilfe. Der Digestentext sagt nur bei einer Tötung des Sklaven durch positives Tun des Schuldners sei der Fall klar (*expeditum est*), spricht aber nicht aus, was in diesem Fall gilt. Um jedes Missverständnis auszuschließen, ergänzt die Glosse *ut teneatur*: Es ist klar, dass in diesem Fall der Schuldner haftet. Um die Richtigkeit dieser Ergänzung zu beweisen, werden noch zwei andere Textstellen zitiert, aus denen sich die Haftung des Schuldners in dem Fall, dass er seine Leistungsunfähigkeit selbst aktiv herbeiführt, ergibt.

⁷ Die Digesten gliedern sich in Bücher und Titel. Jeder Titel enthält eine große Zahl von Einzeltexten (Fragmenten). Jedes Fragment gliedert sich in mehrere Paragraphen, wobei die Besonderheit besteht, dass der erste Abschnitt als *principium* bezeichnet wird. Erst der zweite Abschnitt ist § 1.

Kapitel 2: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren

Accursius⁹.

b Infirmum. Ideoque mortuus est.
Accursius.¹⁰

| b Während er krank war. Und dadurch gestorben
ist¹⁰.
Accursius.

c A possessore. Bonae fidei¹¹.

| c Vom Besitzer. Der guten Glaubens ist¹¹. Ac-

Heute werden einzelne Abschnitte in den Digesten mit numerischen Angaben zitiert: Die Angabe D. 45, 1 pr. verweist auf den ersten Abschnitt (das *principum*) des 91. Fragments im ersten Titel des 45. Buches der Digesten. – Im Mittelalter zitierte man durch Angabe der Überschrift des jeweiligen Digestentitels und der Anfangsworte des jeweiligen Fragments (das die mittelalterlichen Juristen als *lex* (Gesetz) bezeichneten) und Paragraphen. Hier sind nur die Anfangsworte des Paragraphen angegeben. Daraus folgt, dass ein Paragraph des Fragments gemeint ist, aus dem auch der glossierte Text stammt, D. 45, 1, 91. Die Angabe § *Sequitur* verweist auf D. 45, 1, 91, 3. In der deutschen Übersetzung sind hier und im Folgenden die Angaben nach der modernen Zitierweise an die Stelle der Anfangsworte im lateinischen Text gesetzt. – D. 45, 1, 91, 3 besagt, der Schuldner hafte dann, wenn er selbst seine Leistungsunfähigkeit herbeigeführt habe oder wenn er sich zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit im Verzug befunden habe.

⁸ Dieses Zitat nennt die Anfangsworte eines Fragments (einer *lex*), aber keinen Titel. Also steht die zitierte *lex* in demselben Titel wie D. 45, 1, 91: Der Verweis zielt auf D. 45, 1, 23. Diese Stelle enthält die Aussage, dass der Schuldner eine Sklaven bei dessen Tod dann haftet, wenn der Tod entweder nach Mahnung (also während des Schuldnerverzuges) eintritt oder der Schuldner den Sklaven selbst getötet hat.

⁹ In Handschriften, die Glossen verschiedener Autoren enthalten, ist der Autor jeder einzelnen Anmerkung durch eine abgekürzte Namensangabe (Sigle) angegeben. Die *Glossa ordinaria* stellt eine Glossensammlung des Accursius dar. Deshalb ist es an sich überflüssig, bei jeder einzelnen Glosse zu vermerken, dass sie von Accursius geschrieben wurde. Jedoch enthält die Glosse des Accursius auch Glossen anderer Autoren, die Accursius mit Nennung des Autors übernommen hat. Zur Abgrenzung von diesen übernommenen Glossen tragen manche der von Accursius selbst verfassten Glossen in den gedruckten Ausgaben die Sigle des Accursius. – Auch diese Glossen enthalten freilich nicht selten Gedanken und Formulierungen, die von älteren Mitgliedern der Glossatorschule übernommen wurden.

¹⁰ Auch diese Glosse dient vor allem der Klarstellung: Die mangelnde Fürsorge für den kranken Sklaven ist juristisch nur insofern relevant als sie zu dessen Tod geführt hat. Wäre der Sklave gleichwohl gesund geworden, ergäbe sich aus der mangelnden Fürsorge des Schuldners keine Haftung.

¹¹ Diese und die folgende Glosse dienen der Erklärung der Bezugnahme auf die Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Nach der Aussage des Digestentextes haftet der Besitzer dem Eigentümer für schuldhaftes Beeinträchtigen der Sache, die er ohne Berechtigung besitzt. Wie die mittelalterlichen Juristen aus anderen Quellen folgerten, galt diese Regel jedoch im römischen Recht nicht ausnahmslos. Die Haftung auf Schadensersatz für vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigungen galt nur dann, wenn der Besitzer entweder wusste, dass er nicht zum Besitz berechtigt war, also bösgläubig war (vgl. heute § 990 Abs. 1 BGB), oder wenn die Herausgabeklage gegen ihn bereits rechtshängig war (vgl. heute § 989 BGB). Der Digestentext gibt nicht zu erkennen, an welcher dieser beiden Konstellationen gedacht ist. Man könnte einen Widerspruch zwischen diesem Text und den Quellen annehmen, aus denen sich die Beschränkung der Verschuldenshaftung auf die beiden genannten Fälle ergibt. Das Anliegen der Glosse ist es jedoch, Widersprüche innerhalb der Digesten durch harmonisierende Auslegung aufzulösen. Die Glossen *A possessore* und *Possessor* ergänzen

Kapitel 2: Die Wiederentdeckung der Digesten und die Glossatoren

<i>Accursius.</i>	<i>cursius.</i>
<i>d Possessor. Etiam bonae fidei post litem contestatam. ut supra De rei vindicatione lege Qui petitorio § Qui in rem¹² et lege Si vero custodiendus¹³ et lege Si homo¹⁴. Accursius.</i>	<i>d Besitzer.</i> Auch der gutgläubige Besitzer nach Rechtshängigkeit. Vgl. D. 6, 1, 36, 1 ¹² und D. 6, 1, 21 (in der Mitte) ¹³ und D. 6, 1, 45 ¹⁴ .
<i>e Promisit. Nomine culpa teneatur: scilicet negligentiae nomine¹⁵. Accursius.</i>	<i>e Versprochen hat.</i> Er haftet wegen Verschuldens. Und zwar wegen seiner Nachlässigkeit ¹⁵ . Accursius.
<i>f In faciendo. Scilicet, si occiderit, vel causam mortis praebeat. Accursius.</i>	<i>f Als positives Tun.</i> Das heißt, wenn er getötet hat oder eine Ursache für den Tod gesetzt hat. Accursius.
<i>g In non faciendo. Puta in non curando, id est non medicando: in quo culpam non esse accipiendam probat cum subiungit: quia qui dare promisit etc. Et sic accipe quod magis etc.: Scilicet quod culpa non sit in non faciendo tantum, sed in faciendo, scilicet occidendo¹⁶. Et pro hoc: supra De hereditate vel actione vendita lege Venditor II § At cum versiculo quemadmodum¹⁷. Vel dic¹⁸ secundum</i>	<i>g Als Nichttun.</i> Zum Beispiel, wenn man jemanden nicht pflegt, das heißt, ihn nicht ärztlich versorgt. Dass der Jurist darin kein Verschulden sieht, beweist er, indem er fortfährt: „Weil der, der zu übereignen versprochen hat“ usw. Und so ist der Satz „Dies ist eher zu billigen“ zu verstehen: Im bloßen Nichtstun liegt kein Verschulden, sondern nur in einem positiven Tun, das heißt in der Tötung ¹⁶ . Vgl. dafür D. 18, 4, 21 in der Mitte ¹⁷ . Oder sage ¹⁸ mit Johannes ¹⁹ , dass es eher zu billigen ist, dass in der Vernachlässigung ein Verschulden liegt

zen daher den Sachverhalt, indem sie unterstellen, dass es um den Fall eines gutgläubigen, aber verklagten Besitzers geht.

¹² D. 6, 1, 36, 1 ist ein Beleg für die Verschuldenshaftung des verklagten Besitzers eines Sklaven.

¹³ D. 6, 1, 21 behandelt u. a. die Haftung des Besitzers für die mangelhafte Bewachung eines Sklaven. Die Stelle belegt also das Bestehen einer vom Verschulden des Besitzers abhängigen Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Jedoch ergibt sich aus der Stelle nicht deutlich, dass es sich um einen gutgläubigen, verklagten Besitzer handelt. Insofern trägt das Zitat die Aussage, für die es herangezogen wird, nicht.

¹⁴ In D. 6, 1, 45 ist die Haftung des gutgläubigen, aber verklagten Besitzers (heute: § 989 BGB) deutlich ausgesprochen.

¹⁵ Auch diese Glosse dient der Klarstellung, indem sie einen im Digestentext als selbstverständlich vorausgesetzten Gedankenschritt explizit ausspricht: Im Digestentext wird nicht gesagt, worin die Parallele zwischen dem unberechtigten Besitzer und dem *promissor* eines Sklaven besteht. Die Glosse stellt klar, dass es um die Haftung für Verschulden bei bloßem Nichthandeln (Vernachlässigung / *negligentia*) geht.

¹⁶ Die Glosse enthält die eigentliche Entscheidung der Frage, ob bloßes Nichthandeln des Schuldners den Verschuldensvorwurf begründen kann. Dabei stellt die Glosse nacheinander die beiden Deutungsmöglichkeiten vor und bietet Argumente für beide Seiten. Zunächst wird die nach dem Text näherliegende Auffassung vorgestellt, dass bloßes Nichthandeln keine *culpa* darstellen kann.

¹⁷ In D. 18, 4, 21 geht es um den Verkäufer eines Grundstücks: Hat er (vor der Übergabe) Früchte geerntet, so muss er sie an den Käufer herausgeben (anders im heutigen Recht, vgl. § 446 S. 2

*Ioannem*¹⁹ *quod magis sit probandum ut in negligendo culpa admissa sit et sic teneatur. Et pro hoc: supra De aedilicio edicto lege Quod si nolit § Si mancipium ibi culpam etc.*²⁰ *et supra De usuris lege Videamus in principio*²¹ *et supra De hereditatis petitione lege Ei qui § Cum praedia*²² *et De constituta pecunia lege Qui autem § Si quis*²³.
*Item pro hoc quod dicitur de legato alias*²⁴: *nam circa legata consideratur*

und er daher haftet. Vgl. dafür D. 21, 1, 31, 12²⁰ und 22, 1, 19 pr.²¹ und D. 5, 3, 54, 2²² und D. 13, 5, 14, 1²³.

Dafür spricht auch, was andernorts über das Vermächtnis gesagt wird²⁴. Denn bei Vermächtnissen

BGB). Hat er aber, weil er das Grundstück bereits verkauft war, die Ernte vernachlässigt, so haftet er nicht allein deshalb auf Ersatz für die durch seine Unterlassung nicht geernteten Früchte. Diese Stelle wird als Stütze für eine Deutung von D. 45, 1, 91 pr. in dem Sinne angeführt, dass bloße Passivität keine Haftung wegen schuldhafter Zerstörung des Schuldobjekts begründen kann.

¹⁸ Wie häufig in der Glosse, wird der Student persönlich angesprochen und ihm eine Argumentation angeraten.

¹⁹ Gemeint ist Johannes Bassianus, ein älterer Vertreter der Glossatorenschule. Johannes Bassianus war der Lehrer von Azo, der seinerseits Accursius unterrichtete. Accursius zitiert also gewissermaßen seinen akademischen Großvater.

²⁰ Diese Stelle handelt von der Haftung des Käufers, der im Rahmen der Wandlung eines Kaufvertrages (entspricht im heutigen Recht dem Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB) die gekaufte Sache zurückzugeben hat. Der Käufer haftet in diesem Fall für die schuldhafte Zerstörung der zurück zu gewährenden Sache (vgl. heute § 346 Abs. 4 iVm § 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach D. 21, 1, 31, 12 stellt es ein Verschulden dar, wenn für einen kranken Sklaven (der an den Verkäufer zurückgegeben werden muss) kein Arzt gerufen wird. Die Stelle stützt also die Auffassung, dass auch die Verschuldenshaftung des *promissor* im Fall der unterlassenen Pflege des kranken Sklaven eingreift.

²¹ In D. 22, 1, 19 pr. geht es um die Haftung für Nutzungen im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses. Accursius nennt die Stelle wohl deshalb, weil sie auch die Haftung für Nutzungen anspricht, die der Besitzer nicht gezogen hat (vgl. § 987 Abs. 2 BGB). Für Accursius besteht eine Parallele, weil die Haftung auf nicht gezogene Nutzungen als eine Haftung wegen Unterlassens angesehen werden kann.

²² In D. 5, 3, 54, 2 geht es um die Haftung des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem Erben, an den er die Erbschaft herauszugeben hat (vgl. § 2018 BGB). In der Stelle wird gesagt, dass der Erbschaftsbesitzer zum Ersatz verpflichtet ist, wenn er zur Erbschaft gehörige Grundstücke hat verwahrlosen lassen, so dass sie an Wert verloren haben. Die Stelle ist daher ein weiterer Beleg für eine Haftung wegen Unterlassens.

²³ D. 13, 5, 14, 1 behandelt die Haftung eines Schuldners, der sich vertraglich zur Hingabe eines Pfandes verpflichtet hat, bei Entwertung des Pfandgegenstandes. Accursius scheint anzunehmen, dass die Entwertung wiederum auf Vernachlässigung der Sache durch den Schuldner, also auf passivem Verhalten beruht. Dies ist dem Digestentext jedoch nicht zu entnehmen.

²⁴ Nachdem bereits zahlreiche Parallelstellen aus unterschiedlichen Rechtsbereichen angeführt wurden, geht Accursius nun noch besonders auf die Haftung des Erben gegenüber einem Vermächtnisnehmer ein (vgl. § 2174 BGB). Auch insoweit gilt die Regel, dass der Erbe als Schuldner des Vermächtnisanspruches auch für Beschädigungen des vermachten Gegenstandes Ersatz zu leisten hat, die er durch passives Verhalten verschuldet hat.

heredis culpa in praetermittendo et diligentia in faciendo ea, quae diligens faceret; et propter utrumque tenetur: ut supra De legatis I lege Cum res § penultima²⁵ et lege Quid ergo § Si heres²⁶. Item pro hoc supra Ad Silanianum lege tertia § secunda²⁷. Quae omnia sunt argumenta contraria primae positioni et quod subiicit Quia etc. est ratio quare erat dubitandum non quare hoc sit probandum²⁸.

wird sowohl ein Verschulden des Erben durch Unterlassungen als auch seine Sorgfalt bei Ausführung dessen, was er sorgfältig tun muss erwogen. Und er haftet wegen beidem. Vgl. dafür D. 30, 1, 47, 5²⁵ und D. 30, 53, 3²⁶. Vgl. dafür ebenso D. 29, 5, 3, 2²⁷. Alle diese Argumente sprechen gegen die erstgenannte Auffassung. Und dass er anfügt „Weil der, der zu übereignen versprochen hat“ usw. gibt den Grund an, warum ein Zweifel bestand, nicht einen Grund dafür, dass diese Auffassung zu billigen wäre²⁸.

²⁵ In D. 30, 47, 5 wird nur gesagt, dass der Schuldner dann haftet, wenn er es an Sorgfalt (*diligentia*) fehlen lässt. Accursius setzt mangelnde Sorgfalt mit passivem Verhalten gleich und sieht daher in der Stelle einen Beleg dafür, dass Untätigkeit *culpa* sein kann.

²⁶ D. 30, 1, 53, 3 behandelt den Fall, dass ein Erbe den vermachten Sklaven tötet. Wenn die Tötung eine verdiente Strafe für ein Verbrechen des Sklaven darstellt und daher gerechtfertigt ist, haftet der Erbe nicht. Die Stelle belegt also eine Ausnahme von der Regel, dass der Schuldner jedenfalls für die aktive (und vorsätzliche) Zerstörung des geschuldeten Gegenstandes haftet. Zur Frage der Haftung für passives Verhalten enthält die Stelle nichts, ihre Zitierung ist – genau genommen – fehl am Platz.

²⁷ In D. 29, 5, 3, 2 geht es um die Bestrafung von Sklaven für die Tötung ihres Herrn. Die Sklaven werden nicht nur bestraft, wenn sie den Herrn selbst getötet haben, sondern auch wenn sie gehört haben, dass der Herr von seiner Ehefrau getötet wurde und ihm nicht zu Hilfe geeilt sind. Da die Strafe an ein Unterlassen anknüpft, zieht Accursius die Stelle als weiteren Beleg heran.

²⁸ Nachdem er durch die vielen zitierten Parallelstellen die Richtigkeit der Auffassung für erwiesen hält, dass auch passives Verhalten eine Verschuldenshaftung begründen kann, sucht Accursius, dieses Ergebnis mit dem Wortlaut des Digestentextes in Einklang zu bringen.

Kapitel 3: Wissenschaft und Praxis bei den Postglossatoren Bartolus von Saxoferrato zur Form der Bestellung eines Pflegers

Einleitung

Der folgende Text ist ein Rechtsgutachten des berühmten Juristen Bartolus de Saxoferrato.

Bartolus gehört zur Gruppe der Postglossatoren. So bezeichnet man die Juristen, die im 14. und 15. Jahrhundert und damit nach der Zeit der Glossatoren tätig waren. Die Postglossatoren arbeiteten methodisch anders als die Glossatoren. Sie gingen bei der Erläuterung der antiken Rechtsquellen von Erklärungen, die an einzelne Wörter des Ausgangstextes anknüpften (Glossen) zur Kommentierung längerer Passage im Zusammenhang über und wurden daher auch Kommentatoren genannt.

Charakteristisch für die Postglossatoren ist auch ihre Hinwendung zur Praxis. Zur Zeit der Postglossatoren war das römische Recht in Italien und über Italien hinaus wieder Grundlage der Rechtspraxis geworden. Es stellte sich daher nicht nur die Frage, wie die antiken Quellen zu verstehen waren, mit der sich die Glossatoren vor allem beschäftigt hatten, sondern auch die Frage, wie die Bestimmungen des antiken Rechts unter den veränderten Verhältnissen des späten Mittelalters anzuwenden waren. Dieser Frage widmeten sich die Postglossatoren nicht zuletzt in zahlreichen Rechtsgutachten (*consilia*), die sie für Gerichte und private Auftraggeber erstatteten. Wegen dieser Gutachtertätigkeit bezeichnet man die Juristen dieser Zeit auch als Konsiliatoren.

Im Gutachten des Bartolus geht es um eine Frage der Versöhnung der römischen Rechtsquellen mit den Bräuchen der Zeit. Ein Richter in Assisi hat einen Pfleger für einen Geisteskranken bestellt. Dies entspricht etwa der Bestellung eines Betreuers durch das Vormundschaftsgericht im modernen Recht, vgl. §§ 1896 ff. BGB. Dabei hat der Richter die Formvorschriften des justinianischen Rechts nicht beachtet. Nun stellt sich die Frage, ob diese Formvorschriften in allen Einzelheiten zu beachten sind, oder ob sie – wenigstens teilweise – obsolet und unbeachtlich geworden sind.

Bartolus de Saxoferrato, Consilium CXLIV

<i>Iudex communis de Assisi dedit curatorem cuidam furioso, non servata forma legis de creationibus. C. de episcopali audientia et legis ultimae C. de curatore furiosi. Quari-</i>	Der Richter der Stadtgemeinde von Assisi bestellte für einen Geisteskranken einen Pfleger, ohne die durch C. 1, 4, 27 und C. 5, 70, 7 vorgeschriebene Form ¹ zu beachten. Es wird angefragt, ob diese Be-
---	--

¹ Die beiden Gesetze aus dem Codex Iustiniani stammen aus dem Jahr 530. Justinian bestimmt darin, dass über die Bestellung eines Pflegers eine Niederschrift gefertigt werden muss und dass der Pfleger auf die Heiligen Schriften schwören muss, die Interessen des Geisteskranken, für den er bestellt ist, getreulich wahrzunehmen. Ferner muss der Pfleger sein gesamtes Vermögen für etwaige Ersatzansprüche des Pflégelings wegen schlechter Verwaltung von dessen Vermögen verpfänden und – falls sein Privatvermögen als unzureichend angesehen wird – gegebenenfalls zusätzlich Bürgen stellen, um diese Ansprüche zu sichern. Es wird also auf eine umfassende Absicherung des

tur, an dicta datio valeat? Et dico, quod solemnitas dictarum legum debeat servari ab omnibus, praeterquam in eo quod dicitur in eis de praesentia episcopi, et trium primatum. Ista enim solemnitas, ut puto, de necessitate servari non debet. Primo, quia consuetudo sic se habet, et usus illas observantias non approbavit: ergo omissum non vitiat: ut lege j. in fine de ventre inspiciendo et [de leg.] de quibus. in fine ff. de legibus quod notatur extra de treuga et pace capite j. Praeterea, posito quod de consuetudine non appareat: hoc probo per §. furiosi Instit. de curatoribus [fur.] ubi soli

stellung wirksam ist? Und ich sage, dass die von den genannten Gesetzen vorgesehene Form von allen zu beachten ist, abgesehen von der Vorschrift über die Gegenwart des Bischofs und dreier vornehmer Bürger². Denn diese Formvorschrift muss, so meine ich, nicht zwingend beachtet werden. Zum ersten, weil dies unserer Gewohnheit entspricht und sich diese Vorschriften im Gerichtsgebrauch nicht durchgesetzt haben. Daher ist die Nichtbeachtung unschädlich, entsprechend D. 25, 4, 1 am Ende³ und D. 1, 3, 32 am Ende⁴. Darauf wird hingewiesen bei X 1, 34, 1⁵. Angenommen, dass sich keine Rechtsgewohnheit erkennen lässt, stütze ich meine Aussage auf Inst. 1, 23, 2, wo dies allein dem Provinz-

Geisteskranken in dem Fall wert gelegt, dass der Pfleger dessen Vermögen nicht ordnungsgemäß verwaltet oder sich gar zu bereichern sucht. Außerdem wird verlangt, dass die Bestellung in Gegenwart des Provinzstatthalters sowie des Bischofs und dreier führender Bürger der jeweiligen Gemeinde vorgenommen wird. Insbesondere auf dieses Erfordernis geht Bartolus im Weiteren ein.

² Offenbar geht Bartolus davon aus, dass der Richter der Stadtgemeinde von Assisi in seiner Funktion dem römischen Provinzstatthalter (der in seiner Provinz auch die Funktion des Richters wahrnahm) entspricht. Daher ist dem Erfordernis der Mitwirkung des Statthalters Genüge getan. Hingegen wurden der Bischof und die Vertreter der Bürgerschaft nicht beteiligt.

³ In D. 25, 4, 1, 15 geht es um die Wahrung der Rechte eines ungeborenen Kindes (vgl. heute § 1912 BGB). Kleinere Formverstöße, die dem Pfleger eines ungeborenen Kindes bei der Wahrung der Rechte des Ungeborenen unterlaufen (gedacht ist vor allem an Formverstöße bei der Sicherung einer Erbanwartschaft für das Ungeborene), sollen dem Ungeborenen nicht schaden, also dem Erwerb der Erbschaft nach der Geburt nicht entgegenstehen. Dabei sollen jedoch die Gebräuche der Gegend beachtet werden: Bartolus zitiert die Stelle als Beleg dafür, dass gesetzliche Bestimmungen unbeachtlich sein sollen, wenn sie gewohnheitsrechtlich nicht angewendet werden.

⁴ In D. 1, 3, 32, 1 wird gesagt, dass Gesetz nicht nur durch andere Gesetz, sondern auch durch Nicht Anwendung im stillschweigenden allgemeinen Einvernehmen außer Kraft treten können. Die Stelle belegt also in der Tat, dass nach römischem Recht neu entstandenes Gewohnheitsrecht ein älteres Gesetz außer Kraft setzen kann.

⁵ Wie bei den Juristen des mittelalterlichen Ius Commune üblich, bezieht Bartolus auch die Vorschriften und die Literatur des Kirchenrechts mit in seine Argumentation ein. Das Zitat bezieht sich auf die Glosse des Bernhard von Parma zum Liber Extra (abgekürzt X) Papst Gregors IX. Der Liber Extra war eine Sammlung von päpstlichen Gesetzen, die Papst Gregor IX. zusammenstellen ließ und 1234 veröffentlichte. Die Erläuterungen des Bernhard von Parma wurden als Glossa ordinaria zum Liber Extra angesehen wie die Glosse des Accursius zu den Digesten. X 1, 34, 1 ist ein auf dem dritten Laterankonzil von 1179 verkündetes Gesetz Papst Alexanders III. In dem Gesetz wird die Einhaltung eines Gottesfriedens (*treuga Dei*) in jeder Woche von Mittwochabend bis Montagmorgen und in der Zeit vom ersten Advent bis eine Woche nach dem Dreikönigsfest und vom Beginn der Vorfastenzeit (drei Wochen vor dem ersten Fastensonntag) bis eine Woche nach Ostern angeordnet. Alle Bischöfe werden angewiesen, Personen, die diesen Frieden nicht halten, mit Exkommunikation zu bestrafen. Tun sie es nicht, sollen sie selbst ihr Amt verlieren. Der Glossator Bernhard stellt fest, die Bestimmungen über den Gottesfrieden hätten sich in der Praxis nicht durchgesetzt (*non fuit moribus utentium approbatum*). Daher seien die Strafdrohungen gegen Bischöfe, die den Gottesfrieden nicht durchsetzen, nicht mehr in Geltung (gl. frangere ad X 1, 34, 1).

praesidi hoc permittitur. Et sic per illam legem non requiritur praesentia episcopi. Et constat, quod liber Institutionum fuit factus post Codicem: ut apparet ex prooemio Institutionum ergo illi tanquam posteriori stabimus: ut lex sed et posteriores. de legibus. Nec obstat si tu diceres, quod in Codice fuerunt positae quinquaginta decisiones, postquam liber Institutionum fuit compositus: quia ego dico, quod illae leges, scilicet lex de creationibus. et lex finalis de curatore furiosi non sunt de illis quinquaginta. Et si tu dicis contra, debes probare: et si non probas succumbis: argumento eius quod notatur per glo. ff. de negotiis gestis lege eum actum. circa finem et ff. de operis novi nunciatione lege non

statthalter gestattet wird⁶. Und also ist nach dieser Vorschrift die Mitwirkung des Bischofs nicht erforderlich. Und es steht fest, dass die Institutionen nach dem Codex erstellt wurden. Dies ergibt sich aus dem Vorwort der Institutionen⁷. Daher halten wir uns an jene Vorschrift als die spätere, wie es D. 1, 3, 28 bestimmt⁸. Und es steht nicht entgegen, wenn du einwenden solltest, dass in den Codex die fünfzig Entscheidungen⁹ eingefügt wurden, nachdem die Institutionen zusammengestellt worden waren¹⁰. Denn ich sage, dass diese Gesetze, also C. 1, 4, 27 und C. 5, 50, 7 nicht zu jenen fünfzig Entscheidungen gehören. Und wenn du das Gegenteil behauptest, musst du es beweisen. Und wenn du es nicht beweist, unterliegst du aufgrund dessen, was durch die Glosse angemerkt wird zu D. 3, 5, 16 gegen Ende und D. 39, 1, 8, 5¹¹. Stünde aber fest, dass sie zu

⁶ Inst. 1, 23, 2 spricht in der Tat davon, dass die Einsetzung von Pflegern für Geisteskranke in Rom Sache des Prätors oder des Stadtpräfecten, in den Provinzen hingegen des Statthalters sei. Allerdings wird – anders als in den beiden von Bartolus zitierten Gesetzen aus dem Codex nichts näheres zur Form der Einsetzung von Pflegern bestimmt, so dass es aus heutiger Sicht nahe läge, die ausführlichen Vorschriften im Codex als speziellere Normen zu behandeln und ihnen den Vorrang einzuräumen.

⁷ Mit dem Vorwort der Institutionen ist die Einführungskonstitution *Imperatoriam* gemeint, in der Justinian über die Beweggründe für die Erstellung der Institutionen berichtet. Dort wird in § 2 berichtet, dass zunächst (im Jahr 529) die Kaiserkonstitutionen im Codex gesammelt wurden, bevor dann die Digesten (§ 3) und schließlich die Institutionen (§ 4) in Angriff genommen wurden. Beide wurden 533 fertig gestellt

⁸ In D. 1, 3, 28 wird bestimmt, dass spätere Gesetze im Lichte der früher geltenden Bestimmungen auszulegen sind, sofern sie diesen nicht entgegenstehen. Daraus schließt Bartolus, dass im Fall eines Widerspruchs die neuere Gesetzgebung Vorrang genießt.

⁹ Der Codex wurde zunächst 529 erlassen. Eine zweite Auflage wurde 534 verkündet. In der Einleitungskonstitution *Cordi*, die dieser Neuausgabe vorangestellt ist, berichtet Justinian, dass er nach Fertigstellung der ersten Fassung unter anderem fünfzig Gesetze erlassen hat, in der alte Streitfragen durch gesetzgeberische Entscheidung geklärt wurden. Nicht zuletzt um diese fünfzig Entscheidungen (*quinquaginta decisiones*) aufnehmen zu können, sei die Neuauflage des Codex erforderlich gewesen.

¹⁰ Bartolus muss sich nun mit dem möglichen Einwand auseinandersetzen, dass im Jahr 534 nach der Veröffentlichung der Institutionen eine neue Auflage des justinianischen Codex veröffentlicht wurde, so dass letztlich doch der Codex das jüngere der beiden Gesetzbücher ist.

¹¹ Die von Bartolus zitierten Passagen aus der (accursischen) Glosse non potest zu den Digesten (gl. ad D. 3, 5, 16 und gl. considerantur ad D. 39, 1, 8, 5) befassen sich mit Fragen der Beweislast. Bartolus geht davon aus, dass nicht zu klären ist, ob die beiden für sein Gutachten relevanten Konstitutionen (Kaisergesetze) zu den Quinquaginta Decisiones gehören. Er legt daher dar, dass die Beweislast bei demjenigen liege, der sich darauf berufe, die beiden Konstitutionen gehörten gerade zu den wenigen Texten, die zweite Auflage des Codex neu eingefügt wurden und seien daher im Verhältnis zu Inst. 1, 23, 2 als späteres (und folglich vorrangiges) Gesetz anzusehen.

solum. §. sed ut probari. Sed si constaret illas esse de quinquaginta decisionibus: nec appareret de contraria consuetudine, dicerem vitiari, nisi ipsorum praesentia intercesserit: ut in Auth. hoc ius porrectum. C. de sacros. eccl. et ff. de exer. l. j. §. sed si plures. et l. denique §. si qui eo. aliae vero sollemnitates illarum legum si essent omissae, puto quod vitiaretur: ff. de tutoribus et curatoribus dandis ab his l. tutor si fuerit petitus, etc.

den fünfzig Entscheidungen gehören und wäre keine entgegenstehende Gewohnheit ersichtlich, so würde ich sagen, dass die Ernennung des Pflegers fehlerhaft war, sofern die fraglichen Personen nicht anwesend waren, wie nach der Authentica Hoc ius porrectum zu C. 1, 2¹² und nach D. 14, 1, 1, 13 (?) und D. ?????¹³. Wenn aber andere Förmlichkeiten nicht beachtet wurden, dann nehme ich an, dass dies zur Unwirksamkeit führt, vgl. D. 26, 5 10¹⁴.

Insgesamt befindet sich Bartolus aus heutiger Sicht in schwierigem Fahrwasser. § 1 der Einleitungskonstitution *Cordi* besagt, dass nicht nur die Quinquaginta Decisiones, sondern auch weitere neue Konstitutionen in die Neuausgabe des Codex Eingang fanden. Die beiden Konstitutionen, um die es geht, lassen sich (durch die Angabe der Konsuln) in das Jahr 530 datieren. Sie gehören zwar wohl nicht zu den Quinquaginta Decisiones (da es sich nicht um die Entscheidung alter Streitfragen handelt), aber mit Sicherheit zu den Konstitutionen, die erst in die zweite Auflage des Codex Eingang fanden, da sie erst nach Erscheinen der ersten Version erlassen wurden.

Leichter täte sich Bartolus, wenn er statt auf das Datum der Verkündung des Codex auf das Datum der ursprünglichen Verkündung der beiden Konstitutionen (530) abstellte. Denn dieses liegt jedenfalls vor der Verkündung der Institutionen (533). Diese Möglichkeit zieht Bartolus jedoch nicht in Betracht.

¹² Im Mittelalter wurden Bestimmungen Justinians (und zuweilen auch neuere Gesetze, wie das Privileg des Kaisers Friedrich Barbarossa zugunsten der Universität Bologna), die nach der zweiten Auflage des Codex erlassen wurden, als so genannte Authenticae am passenden Ort in den Codex eingefügt. Die Authentica *Hoc ius porrectum*, die Bartolus hier zitiert, ist ein Auszug aus Nov. 120, 6 und 7 (von 544). In dem Gesetz geht es um Formvorschriften, die bei der Veräußerung von kirchlichem Eigentum zu beachten sind. Bartolus zitiert das Gesetz wohl, um zu belegen, dass die Missachtung von Formvorschriften im allgemeinen die Nichtigkeit des fraglichen Rechtsaktes zur Folge hat. – Aus heutiger Sicht ist dieser Satz für private Rechtsgeschäfte richtig (vgl. § 125 BGB), nicht aber ohne weiteres für Akte der öffentlichen Gewalt, wie die Bestellung eines Pflegers.

¹³ Die beiden Zitate sind durch Druckfehler entstellt. Das erste Zitat könnte sich auf D. 14, 1, 1, 13 beziehen. Der Sinn der Bezugnahme ist nicht klar, doch dürfte es darum gehen, dass ein Akt, der von mehreren vollzogen werden muss, nichtig ist, wenn nicht alle mitwirken.

¹⁴ In D. 26, 5, 10 wird gesagt, dass die Bestellung eines Tutors für eine Person, die bereits einen *tutor* (Vormund) hat, unwirksam ist und generell, dass Irrtümer über die Tatsachengrundlage stets zur Unwirksamkeit der Bestellung führen. Daraus schließt Bartolus (etwas kühn) dass bei der Bestellung eines Pflegers Formfehler aller Art zur Nichtigkeit führen.