

Haftung des säumigen Schuldners für Zufall von Gaius (D.16.3.14.1) bis zum Code civil*

Jean-François Gerrens, Liège

- I. Die Unfallshaftung im System des Code civil
- II. Gaius, *l. 9 ad ed. provinc.* (D.16.3.14.1)
- III. Die Interpretation der Glossatoren
- IV. Die Position der Humanisten
- V. Die französischen Juristen kurz vor der Zeit der großen Kodifikationen
- VI. Schlußbemerkungen

I. Die Unfallshaftung im System des Code civil

Die Regeln der Unfallshaftung werden nicht direkt im Code civil ausgedrückt. Das hier vorgeschlagene System wird jedoch deutlich an direkten Anwendungsbeispielen, die man in diesem Gesetzbuch finden kann.

Zuerst wird natürlich zwischen einseitig verpflichtenden und synallagmatischen Verträgen unterschieden. Bei den einseitig verpflichtenden Verträgen ist die Lage ziemlich einfach. Der zufällige Untergang der geschuldeten Sache befreit den Schuldner: *Res perit creditori*. (Die Sache geht zum Nachteil des Gläubigers unter.)

Bei synallagmatischen Verträgen ist es ein bißchen komplizierter. Es genügt hier nicht einfach, den Schuldner der unmöglich gewordenen Verpflichtung zu befreien. Was interessiert, ist das Schicksal der entgegengesetzten Verpflichtung. Der Zufall hat auf diese zweite Verpflichtung keine direkte Auswirkung. Die Gegenleistung ist nicht unmöglich geworden. Die Frage ist nur, ob der Schuldner dieser entgegengesetzten Verpflichtung weiterhin die Gegenleistung zu einer inzwischen unmöglich gewordenen Leistung erbringen muß. Zum Beispiel: Muß der Mieter dem Vermieter die Miete weiterhin bezahlen, auch nachdem die vermietete Sache vollkommen zerstört ist? Schon die bloße Vernunft spricht gegen solch eine Lösung. Art. 1722 des Code civil¹ sieht das nicht anders und entscheidet, daß der Mietvertrag in einem solchen Fall für nichtig zu halten ist.

* Für die freundliche Aufnahme an der Bonner Universität danke ich Frau Wiss. Ass. Dr. Martina Müller-Ehlen sowie Herrn Wiss. Mitarb. Gerd Krämer und seiner Ehefrau Andrea Schwarz. Martina Müller-Ehlen bin ich zudem für ihre Hilfe bei der Erstellung der deutschen Fassung dieses Vortrags zu Dank verpflichtet.

1 1722. Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; (...) il n'y a lieu à aucun dédommagement.

Im Prinzip geht man also davon aus, daß die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen zur Folge hat, daß die eine ohne die andere nicht existieren kann. Wenn die eine unmöglich geworden ist, muß auch die Verpflichtung zur Gegenleistung erlöschen. Der Vertrag wird also für nichtig erklärt. So lautet jedenfalls das Prinzip. Wie so oft, kennt diese Regel manche Ausnahmen.

1. Zuerst gibt es eine Kategorie von Verträgen, die nicht für nichtig erklärt werden, wenn eine Verpflichtung unmöglich wird. Das sind die eigentumsübertragenden Verträge.

2. Dann werden wir uns den Fall des Schuldnerverzugs näher ansehen.

1. Zunächst zur ersten Ausnahme: Dies sind die Verträge, die als Gegenstand die Übertragung des Eigentums einer bestimmten Sache haben: hauptsächlich der Kauf, aber auch der Tausch.

Wenn man den Verkauf einer Sache, die zwischen dem Zeitpunkt des Kaufes und der Lieferung untergeht, betrachtet, so müßte nach den bisher dargelegten Prinzipien der Kauf als nichtig erklärt werden. Die zerstörte Sache müßte also nicht mehr geliefert, der Preis nicht mehr bezahlt werden.

Die Artikel 1136² und 1138³ des Code civil lehren uns jedoch Abweichendes. Diesen Artikeln zufolge wird das Eigentum *solo consensu*, also allein durch kaufvertraglichen Konsens, übertragen. Sobald die Kontrahenten den eigentumsübertragenden Kaufvertrag abgeschlossen haben, wird der Käufer und Gläubiger der Leistung also Eigentümer und trägt das Risiko des zufälligen Untergangs. So kommt es, daß *res perit creditori* gleich *res perit domino* ist. Daß die Sache zu Lasten des Gläubigers untergeht, bedeutet hier also zugleich: die Sache geht zu Lasten ihres Eigentümers unter. Dies ist der Fall, selbst wenn die Sache noch nicht tradiert worden ist (Art. 1138). Gemeint ist insofern die tatsächliche Übergabe, da die Eigentumsübertragung *ipso facto* schon erledigt ist.

Res perit creditori heißt also in diesem Fall, daß, wenn die geschuldete Sache nach dem Konsens, aber vor der Lieferung zufällig untergeht, der Gläubiger weiterhin den Preis zahlen muß. Weiter heißt dies auch, daß der Vertrag nicht für nichtig erklärt wird, sondern, zumindest was die nicht unmöglich gewordene Verpflichtung angeht, bestehen bleibt.

Man könnte also sagen, daß man zur Lösung, die schon für die einseitig verpflichtenden Verträge galt, zurückkehrt. Die Gegenseitigkeit der beiden Verpflichtungen tritt also zurück. Sie wirken eher wie zwei unabhängige Verpflichtungen oder Verpflichtungen zweier einseitig verpflichtender Verträge.

2 1136. L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.

3 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Was die Lösung im Falle des Kaufs angeht, so gilt im System des Code civil wie schon im römischen Recht die Regel *periculum est emptoris*. Technisch gesehen sind die zwei Systeme jedoch sehr verschieden. Im Gegensatz zum Code civil ist im römischen Recht der Käufer, der das Risiko des zufälligen Untergangs trägt, vor der Übergabe (*traditio*) noch nicht Eigentümer. Das heißt also auch, daß die Ähnlichkeit der beiden Systeme entfällt, wenn die Parteien unter der Geltung des französischen Rechts entscheiden, die Eigentumsübertragung auf einen späteren Zeitpunkt als den des kaufvertraglichen Konsenses zu verschieben. Denn in einem derartigen Fall würde dem Verkäufer mit dem Eigentum das Risiko des zufälligen Unterganges verbleiben. Im römischen Recht hingegen sind Eigentumsübertragung und Risikoübergang nicht miteinander verknüpft.

2. Wir kommen nun zur zweiten Ausnahme, dem Schuldnerverzug. Der Eintritt des Schuldnerverzugs kehrt die bisher dargestellten Prinzipien um. Sowohl für die Hauptregel wie auch für die Ausnahmeregel wird im Falle des Schuldnerverzugs bei einem eigentumsübertragenden Vertrag die entgegengesetzte Lösung festgehalten⁴. Diese Zusammenhänge verdeutlicht folgende Tabelle:

	Synallagmatische nicht eigentumsübertragende Verträge (z.B.: Miete)	Synallagmatische eigentumsübertragende Verträge (z.B.: Kauf)
Die Sache wird vor Eintritt des Schuldnerverzuges zufällig zerstört.	Der Vertrag ist nichtig. Res perit debitori = res perit domino	Der Vertrag bleibt gültig. Res perit creditori = res perit domino
Die Sache wird nach Eintritt des Schuldnerverzuges zufällig zerstört.	Der Vertrag bleibt gültig. Res perit debitori	Der Vertrag bleibt gültig. Res perit debitori

Man stellt fest, daß, wenn der Schuldner nicht in Verzug ist, der Code civil immer dem Eigentümer die Zufallshaftung zuschreibt. Es sei an dieser Stelle noch einmal daran erinnert, daß wir die Gefahr dem Vermieter und dem Käufer zugewiesen haben. Wenn jedoch der Schuldner in Verzug geraten ist, dann ist es er, der den zufälligen Untergang der geschuldeten Sache zu verantworten hat und das Interesse des Gläubigers an der Leistung ersetzen muß. Man spricht hier von einer *perpetuatio obligationis*. Diese Perpetuierung der Verpflichtung des Schuldners müßte eigentlich dazu führen, daß der einmal in Verzug geratene Schuldner nie wieder durch den zufälligen Untergang der Sache befreit werden kann. Wenn die geschuldete Sache also nach Eintritt des Schuldnerverzuges zufällig untergeht, bleibt der Schuldner zur Interesseleistung verpflichtet. Auch diese letzte Regel kennt zwei Ausnahmen:

⁴ S. Art. 1138 Abs. 2 (Fn. 3).

a) Wenn der in Verzug befindliche Schuldner die Leistung so anbietet, wie sie geschuldet wird, und der Gläubiger sie nicht annimmt, dann gerät dieser in Verzug (also in Gläubigerverzug) und trägt das Zufallsrisiko (*purgatio morae*).

b) Der anderen Ausnahme wird jetzt unser Interesse gelten. Art. 1302 Abs. 2⁵ des Code civil besagt, daß, selbst wenn der Schuldner in Verzug geraten ist, er von seiner Verpflichtung befreit wird, wenn die Sache auch beim Gläubiger untergegangen wäre, wenn sie ihm übergeben worden wäre.

Die erste dieser Ausnahmen war mit Sicherheit schon von den Römern bekannt. Was die zweite angeht, ist dies nicht so sicher. Meiner Meinung nach kann man die Herkunft der Regel in Art. 1302 Abs. 2 in der Geschichte der Interpretation des folgenden Gaius-Textes finden.

II. Gaius, l. 9 ad ed. provinc. (D.16.3.14.1)

Gaius, l. 9 ad ed. provinc. (D.16.3.14.1)

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

Deutsche Übersetzung (von Rolf Knütel⁶):

D.16.3.14.1: Wenn aber gegen denjenigen geklagt wird, bei dem die Sache hinterlegt worden ist, oder gegen dessen Erben und wenn sie aus einem in ihrer Natur liegenden Grund vor Erlaß des Urteils untergeht, beispielsweise wenn der Sklave stirbt, dann ist, wie Sabinus und Cassius gesagt haben, der Beklagte freizusprechen, weil es gerecht sei, daß ein naturbedingter Untergang dem Kläger zur Last fällt, jedenfalls wenn diese Sache auch dann untergegangen wäre, wenn sie dem Kläger bereits zurückgegeben worden wäre.

Es geht also um eine Verwahrung. Der Verwahrer hat die Sache nicht zurückerstattet, und der Hinterleger fordert diese Rückgabe mit einer *actio depositi*. Bevor es jedoch

5 1302. Abs. 1 Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Abs. 2 Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée.

(...)

6 Diese Übersetzung müßte im Herbst 1999 erscheinen: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung III (Digesten 11–20), gemeinschaftlich übersetzt und hrsgg. von Behrens/Knütel/Kupisch/Seiler.

zu einem Urteil kommt, geht die Sache unter. Präzisiert wird, daß die Sache *sua natura intercidit*. Die Ursache des Untergangs hängt also mit der Natur der Sache zusammen.

Fazit: Gaius meint (wie offensichtlich auch Sabinus und Cassius), daß dieser Untergang dem Kläger zur Last fallen soll, wenn die Sache auch beim Kläger untergegangen wäre.

Die Frage könnte jetzt sein: Kann man aus diesem Text generelle Schlußfolgerungen über die Haftung für Zufall ziehen? Zunächst interessiert aber noch eine andere Frage: Hat dieser Text eine effektive Rolle in der Geschichte der Haftung für Zufall gespielt? Um diese letzte Frage zu beantworten, müssen wir untersuchen, wie dieser Text von den Juristen seit der Wiederentdeckung des *Corpus Iuris* interpretiert worden ist.

III. Die Interpretation der Glossatoren

Die Stellungnahme der Glossatoren zu unserer Frage ist in einem Aufsatz von Schrage und Schoen⁷ verdeutlicht worden. Die Frage, ob es eine Ausnahme zur *perpetuatio obligationis* gab, war unter den Glossatoren bestritten. Wie so oft⁸, gab es dazu eine Kontroverse zwischen Johannes Bassianus und Martinus. Johannes Bassianus wurde für seine strenge Sachlichkeit gerühmt und wird als orthodoxer Romanist bezeichnet⁹. Martinus hingegen scheint der Billigkeit in der Interpretation der Texte des *Corpus Iuris Civilis* viel mehr Raum gelassen zu haben¹⁰. Diesem Schema folgt auch die Kontroverse, die uns interessiert. Während Johannes Bassianus die strikte Anwendung der *perpetuatio obligationis* befürwortet hat¹¹, ist Martinus — laut Cuiacius¹² — der Meinung gewesen, daß der Verzug nicht ausnahmslos zur Zufallshaftung des Schuldners führen sollte. Martinus bevorzugte eine mildere Anwendung der *perpetuatio obligationis*, und dazu hat er sich auf unseren Gaius-Text gestützt.

Die nachfolgenden Glossatoren scheinen in der Mehrzahl Johannes Bassianus gefolgt zu sein. Zumindest gilt dies für Hugolinus, Azo und Accursius¹³. Was spezifisch Accursius betrifft, kann man in seiner Glosse „*Rem iudicatam*“¹⁴ lesen, daß die Regel aus dem Gaius-Text nur dann gilt, wenn der Verwahrer noch nicht in Verzug geraten ist. Wäre der Depositar nämlich in Verzug, so müsse er auf jeden Fall haften.

7 Schrage/Schoen, *Mora debitoris dans le droit savant avant Accurse*, TR 57 (1989) 96.

8 Martinus und Bassianus genossen den Ruhm, in ihren Auffassungen nie übereinzustimmen. S. dazu Herm. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter I. Die Glossatoren*, München (1997) 218.

9 Lange (Fn. 8) 218.

10 Meijers, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers Glossateurs*, TR 17 (1941) 120 ff. Zurückhaltender Lange (Fn. 8) 172 f.

11 Schrage/Schoen (Fn. 7) 96.

12 Cuiacius, *Opera Omnia* 1, Neapoli (1722) (*Commentarius ad Titulum de Verborum Obligationibus*, Ad L. *Si ex legati* 23) col. 1179 f.

13 Schrage/Schoen (Fn. 7) 96.

14 Glosse *Rem iudicatam*, in Gothofredus, *Digestum vetus I*, Lugduni (1604) ad D.16.3.14.1.

Für die Zeit der Glossatoren scheint also die Meinung des Martinus ziemlich isoliert geblieben zu sein. Sie wird jedoch einige Jahrhunderte später wieder auftauchen, und zwar ausgestattet mit der Autorität des großen Cuiacius. Somit kommen wir zu den Humanisten.

IV. Die Position der Humanisten

Wie bereits erwähnt, hat Cuiacius¹⁵ aufs Neue die Position des Martinus verteidigt. Er schließt aus der Tatsache, daß die Sache nach Prozeßbeginn (*post litem contestatam*) untergeht, daß der Beklagte auch in Verzug war. Auf die Frage, ob der Beklagte für den zwischen *litis contestatio* und Urteil eintretenden Zufall hafte, antwortet Cuiacius, daß man unterscheiden müsse. Entweder wäre die Sache auch beim Kläger untergegangen, dann werde der Beklagte freigesprochen, oder der Kläger hätte sie veräußern und sich somit den Preis erhalten können, dann werde der Beklagte nicht frei. Die Idee, daß der Kläger die Sache hätte verkaufen können, hat Cuiacius in einem anderen Text gefunden. Dieser stammt von Ulpian, *lib. 22 ad Sabinum* (D.30.47.6):

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

Übersetzung:

Wenn ein Grundstück in einem Erdbeben verschlungen wird, meint Labeo, daß dessen Wert keinesfalls geleistet werden muß. Dies ist jedoch nur dann richtig, wenn es nicht nach Schuldnerverzug geschehen ist. Denn der Vermächtnisnehmer hätte das Grundstück, wenn er es empfangen hätte, verkaufen können.

Den letzten Satz dieses zweiten Textes interpretiert Cuiacius *e contrario*, so daß er daraus folgert, daß, wenn der Vermächtnisnehmer die Sache nicht verkauft hätte, der Erbe freigesprochen werden soll. Weiter meint er, daß die gleiche Lösung auch in den Fällen der Stipulation und der Vindikation bevorzugt werden soll.

So groß der Einfluß des Cuiacius in seiner Epoche auch gewesen sein mag, so hat er jedoch das Ruder weder zu seiner Zeit noch gar in der weiteren Entwicklung herumreißen können. Donellus und hauptsächlich Antonius Faber waren nämlich entgegengesetzter Meinung.

Donellus¹⁶ schreibt, die Regel heiße: Es ist immer der Kläger, dem das Risiko des zufälligen Untergangs zugeordnet ist. Die Tatsache, daß die Sache auch beim Kläger untergegangen wäre, wie es im Gaius-Text betrachtet worden ist, sei nur ein überflüs-

15 Cuiacius (Fn. 12) col. 1179 f.: „ (...) si res debita post moram debitoris interierit, debitor non liberatur. Id ita Martinus accipit, nisi omnimodo ea res fuerit peritura apud creditorem: quod verissimum esse arbitror. Id probat *l. Si plures, § ult. sup. de pos.* (D.16.3.14.1) ”.

16 Donellus, *Opera omnia* IV, Macerata (1830) col. 619 ff. (De jure civili. Lib. XVI, Caput 2, n.15).

siges Argument, um diese Risikoordnung zu rechtfertigen. Aber mit Verzug soll der Gaius-Text nichts zu tun haben, denn bei Schuldnerverzug hätte der Gläubiger die Sache verkaufen können.

Faber ist auch der Meinung, daß der in Verzug geratene Schuldner unbedingt haften muß¹⁷. Er geht jedoch viel kritischer als die bisher genannten Juristen mit dem Gaius-Text um. Zu den Sätzen „ (...) *et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit* ” und „ *utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori* ” sagt Faber, sie seien doch intellektuell viel zu bescheiden, gar albern. Er schreibt nämlich, daß, selbst wenn die Sache auch beim Kläger untergegangen wäre, dieser sie noch rechtzeitig hätte verkaufen und sich den Preis erhalten können. Dieses letzte Argument rechtfertige, daß der in Verzug geratene Schuldner unbedingt für Zufall hafte. Das Verkaufen der geschuldeten Sache soll nicht als weitere Bedingung, um den Schuldner haften zu lassen, gesehen werden; vielmehr müsse diese Möglichkeit des Verkaufs stets gegen den in Verzug geratenen Schuldner berücksichtigt werden¹⁸.

Im Rahmen der vorliegenden Ausführungen konnten nur die wichtigsten Juristen der betroffenen Periode in die Betrachtung einbezogen werden. Natürlich haben noch andere Zeitgenossen von Cuiacius, Donellus und Faber an dieser Kontroverse teilgenommen. In dieser Kontroverse ging es ja auch nicht nur darum, zu entscheiden, ob der in Verzug geratene Schuldner immer oder nur bedingt für Zufall haften mußte. Wenn die Autoren sich nämlich dafür aussprachen, daß der Schuldner nur haften mußte, wenn der Gläubiger die Sache verkauft hätte, blieb noch die sehr schwierige Frage der Beweislast, die ebenfalls umstritten war¹⁹. Der Beweis, daß der Gläubiger die Sache noch rechtzeitig (also vor dem zufälligen Untergang) verkauft hätte, ist nämlich meist so schwer zu führen, daß es eigentlich nur darauf ankommt, wer die Beweislast hat.

17 Faber, *De erroribus pragmaticorum*, Lugduni (1658) 245 (Decad. XVIII, Err. X, 3).

18 Faber stützt diese Interpretation auf eine weitere Parallelstelle: Ulpian, lib. 16 ad edictum (D.6.1.15.3): *Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.*

19 Manche, wie Cuiacius (Fn. 15), scheinen der Meinung gewesen zu sein, daß der Gläubiger beweisen muß, daß er die Sache verkauft hätte. Weitere, wie Brunemann (*Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni [1714] ad D.16.3.14, 497), meinen im Gegenteil, der Schuldner trage die Beweislast (*In dubio contra morosum*). Wieder andere, wie Giphanius (*Lecturae altorphinae*, Francofurti [1605] 804 f., ad D.45.1.23, n.17), überlassen das Problem ganz dem Richter, indem sie schreiben, daß es eine tatsächliche Frage ist, die der Richter aufklären muß.

V. Die französischen Juristen kurz vor der Zeit der großen Kodifikationen

Der Code civil ist im Obligationenrecht weitgehend von den Arbeiten des Pothier und des Domat inspiriert worden²⁰. Jedoch waren sich diese beiden Juristen über unsere Frage ebenfalls nicht einig.

Domat²¹ schreibt, daß der in Verzug geratene Schuldner unbedingt haften müsse; denn er sei schließlich verantwortlich, wenn er nicht rechtzeitig geleistet habe.

Pothier²² sieht die Sache ganz anders. Er führt aus, daß, selbst wenn die geschuldete Sache untergehe, der Verzug die Verpflichtung nur in Form einer Interesseleistung verewige. Wenn der Gläubiger also keinen Schaden wegen des Verzugs erlitten habe, sei auch keine Interesseleistung begründbar. Pothier meint nämlich, es sei evident, daß der Gläubiger keinen Schaden erlitten habe, wenn die Sache auch bei ihm untergegangen wäre. Zur Beweislast führt Pothier aus, man müsse vermuten, daß die Sache nicht beim Gläubiger untergegangen wäre, wenn dieser ein Händler war, der diese Sache nur zum Weiterverkauf eingekauft hatte.

Pothier folgt also der Interpretation von Martinus und Cuiacius. Diese Interpretation scheint auch die herrschende zu jener Zeit gewesen zu sein²³. Dies erklärt vielleicht teilweise, weshalb die Position des Pothier jener des Domat vorgezogen worden ist. Die Redakteure des Code civil haben sich auf jeden Fall für eine geschmeidige, milde *perpetuatio obligationis* entschieden.

VI. Schlußbemerkungen

Bisher wurde zu zeigen versucht, welche Ursprünge die Lösung des Code civil bezüglich der Haftung für Zufall nach Eintritt des Schuldnerverzuges hat. Der Zusammenhang zwischen Martinus und dem Code civil dürfte deutlich genug geworden sein. Es bleiben jedoch noch zwei unbeantwortete Fragen:

1. Wie soll man die Interpretationen von Martinus und Bassianus bewerten. Wer hat den Gaius-Texte am besten interpretiert?
2. Welche dieser beiden Lösungen ist juristisch gesehen die Bessere?

²⁰ So ausdrücklich *Bigot-Prémeneu*, in: *Fenet*, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil 13, Paris (1827) 215 ff. Für Domat zitiert er « les lois civiles » und für Pothier « Traités ». Die gleichen Hinweise findet man auch in der Stellungnahme von *Moricault* (*Fenet* 13, S. 414).

²¹ *Domat*, Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus 1, Paris (1745) 41.

²² *Pothier*, Traité des obligations, in: Œuvres complètes, Paris (1830) 514, num. 664.

²³ So *Madai*, Die Lehre von der Mora, Halle (1837) 296. Siehe auch *Matthiae*, Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts, Leipzig (1856) 72.

1. Zur ersten Frage: In der Romanistik ist die Problematik der *perpetuatio obligationis* auch bis ins 20. Jahrhundert umstritten geblieben. Gab es diese Ausnahme zur *perpetuatio obligationis* oder gab es sie nicht? Wenn man jetzt aber das romanistische Schrifttum der letzten 20 Jahre betrachtet, so scheint generell angenommen zu werden, daß die *perpetuatio obligationis* die von Martinus unterstellte Ausnahme nicht kannte²⁴. Die Digestentexte, die von Verzug und *perpetuatio obligationis* handeln, sind nämlich recht zahlreich, und die Wirkungen des Verzugs anhand dieser Quellen auch gut zu erkennen. Unser Gaius-Text wirkt in diesem Zusammenhang eher als eine schwer zu verstehende Ausnahme. Heute wird daher mit Recht angenommen, daß dieser Text gar nicht von einem Verzugsfall handelt²⁵.

2. Wie ist die Entscheidung in Art. 1302 Abs. 2 zu bewerten? Verbessert sie die römische Lösung oder nicht? Damit ist die Frage nach dem juristisch sachgerechten Ergebnis gestellt. Zwei Bewertungen geraten hier in direkten Widerspruch, nämlich zum einen, daß die Sache auch beim Gläubiger untergegangen wäre, sowie zum anderen, daß der Gläubiger die Sache hätte verkaufen können, wenn er sie rechtzeitig bekommen hätte.

Ob die Sache wirklich auch beim Gläubiger untergegangen wäre, ist meist eine ungewisse Frage. Sie hängt nämlich davon ab, unter welchen Voraussetzungen man annimmt, daß der Gläubiger die Sache verkauft hätte. Fast alles läuft dann darauf hinaus, wer beweisen muß, ob der Gläubiger die geschuldete Sache bei rechtzeitiger Herausgabe noch hätte verkaufen können.

Es ist also so, daß die inhaltliche Grundentscheidung letztlich einer nicht im voraus geregelten Beweislastfrage untergeordnet wird, und dies scheint, juristisch gesehen, nicht annehmbar. Es ist nicht sachgerecht, vom Gläubiger, der schon den Schuldnerverzug hinnehmen mußte, den Beweis zu verlangen, daß er die geschuldete Sache verkauft hätte. Auch im Interesse der Rechtssicherheit im Vertragsrecht sollte der Schuldner, der seine Verpflichtungen nicht rechtzeitig erfüllt, wissen, daß er in dieser Situation unbedingt für Zufall haftet.

24 S. Kaser, *Perpetuari obligationem*, SDHI 46 (1980) 143; Wacke, *Gefahrerhöhung als Besitzverschulden*, FS Hübner, Berlin-New York (1984) 682 f.; Cannata, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, SDHI 57 (1991) 361, Fn. 91.

25 S. Kaser, *Aktivlegitimation zur actio furti*, FG von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin (1980) 301 f.; Cardilli, *L'obbligazione di « praestare » e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano (1995) 424 Fn. 23 und die dort zitierte Lit.