

***PHILOSOPHARI NECESSE EST, SED PAUCIS:* JURISTISCHES UND PHILOSOPHISCHES ZUM IRRTUM BEI VERTRAGSSCHLUSS**

Martin Josef Schermaier*

„Gehen Sie zu Laurens Winkel, der kennt sich da aus“, meinte Theo Mayer-Maly, als die Arbeit an meiner Dissertation an manchen Punkten ins Stocken geraten war. Einen besseren Rat hätte er mir nicht geben können. Ich lernte Laurens am Rande des Rechtshistorikertages kennen, der 1990 in Nijmegen stattfand. Vorher schon hatte ich ihm das Manuskript geschickt und er hatte es aufmerksam gelesen und korrigiert. Gemeinsam gingen wir es dann noch einmal durch, und ich notierte mir, was Laurens empfahl: diese Quelle sollte man berücksichtigen, jene eher mit Vorsicht genießen, dazu sei dieser Aufsatz erschienen und zu jenem Thema gäbe es einen neuen Sammelband. Mein Manuskript war reich verziert, als ich nach Hause fuhr, und mein Kopf voller neuer Gedanken. Nun nahm ich die Endfassung in Angriff, und wenige Monate später konnte ich der Salzburger Fakultät meine Arbeit vorlegen – eine Arbeit, in der auch die Handschrift von Laurens Winkel zu lesen ist¹. Ich bin stolz darauf, mich zu seinen Schülern zählen zu dürfen. Ich habe in Laurens aber nicht nur einen Lehrer gefunden, der diesen ersten und die weiteren wissenschaftlichen Schritte wohlwollend und kritisch begleitet hat. Laurens ist auch ein guter Freund geworden, ein Freund im besten Sinne des Wortes. Bei ihm ist immer Rat und Hilfe zu finden, ein ehrliches Wort genauso wie Trost und Zuspruch.

1. Alter Streit, neue Stimmen

Nun komme ich mit meinem kleinen Beitrag zu seiner Festschrift auf das Thema zurück, zu dem er mir damals, vor beinahe 25 Jahren, so guten Rat und so wertvolle Hilfe geleistet hat. Seltsamerweise haben meine damals publizierten Thesen nur insoweit Resonanz erfahren, als sie sich auf die Deutung von Ulpian's Traktat über den *error*

1 Und das gilt nicht nur für den Titel, der auf seinen Rat hin geändert wurde: *Materia*. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992.

* Professor ordinarius, Geschäftsführender Direktor des Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn.

bei Vertragsschluss beziehen² (28 ad Sab., D. 18,1,9; 11 und 14)³. Die Ablehnung war beinahe einheitlich. Horst Heinrich Jakobs, ein treuer Flume-Schüler, ist noch heute überzeugt, dass ein Jurist keine Philosophie benötige, um die richtige Differenzierung vorzunehmen und die richtigen Entscheidungen zu treffen⁴. In eine ähnliche Richtung (wenn auch mit anderen Argumenten) ging die Kritik von Jan Dirk Harke: Die für viele (angebliche) Irrtumsentscheidungen maßgebliche Formel *aliud pro alio venisse videtur* habe ausschließlich juristischen, aber keinen philosophischen Gehalt. Einen solchen erlange sie erst „durch eine an Philosophemen ausgerichtete Interpretation“. Diese dürfe „jedoch erst dann einsetzen, wenn eine werkimmanente Erklärung von Ulpian's Irrtumslehre scheitert“⁵.

Sowohl Jakobs als auch Harke scheinen mich missverstanden zu haben. Nie habe ich behauptet, dass die klassischen Juristen ihre Rechtsfragen mit Hilfe philosophischer Konzepte lösen wollten. Mir ging es darum herauszufinden, wie sich das zeitgenössische Denken in juristischen Differenzierungen niederschlug. Wir können nicht so tun, als seien Julian oder Ulpian Anwälte von nebenan gewesen, die mit zwei hervorragenden deutschen Staatsexamen und (vielleicht) einen juristischen Doktorhut ausgestattet waren. Natürlich dachten und argumentierten die römischen Juristen „juristisch“, und weil sie das taten, können wir das Juristische an ihren Argumenten verstehen. Aber ihre Jurisprudenz setzt mitunter bei Sachproblemen an, die diese Juristen anders beurteilten als wir das heute tun. Nicht die Juristerei war eine andere, sondern die Welt, in der diese Juristerei stattfand. Wer Differenzen in der Welterklärung nicht akzeptieren kann, weil er sich seinen Juristen als „selbstbewussten Klassiker“⁶ und nicht als „ideologisch verbogen“⁷ vorstellt, der sollte zumindest bedenken, dass diese klassischen Juristen ihre Entscheidungen so begründen mussten, dass sie ein Zeitgenosse, der weniger „selbstbewusst“ oder „klassisch“ oder sonst ideal war, verstehen konnte. Ulpian wollte seinen Kollegen eine Neuerung im Kaufrecht plausibel machen. Plausibilität ist – auch in der Jurisprudenz – keine zeitlose Größe, sondern abhängig von den Rationalitätserwartungen derer, die es zu überzeugen gilt. Also werden diese Erwartungen bedient, etwa indem man moderne Topoi der zeitgenössischen Welterklärung einsetzt. Welche höheren Anforderungen an Rationalität erwarten wir von Ulpian? Wollen wir ihm die Rationalität der Flume'schen

2 Ausnahmen ist die Kritik von O. Behrends, Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die *media sententia* in der Geschichte der römischen Jurisprudenz, ZRG RA 112 (1995), 194ff., die vermutlich anders ausgefallen wäre, wenn Behrends meinen Beitrag in ZRG RA 105 (1988) 436ff. gesehen hätte.

3 Diese drei Fragmente bildeten ursprünglich wohl einen einheitlichen Text, vgl. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Bd. II, Nr. 2714.

4 H.H. Jakobs, D. 18,1,11 nach Überwindung der Interpolationistik, ZRG RA 125 (2008), 375, 399f. passim.

5 J.D. Harke, *Si error aliquis intervenit* – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin 2005, 49.

6 Jakobs, ZRG GA 125 (2008) 409.

7 So sinngemäß Jakobs, ZRG RA 125 (2008) 409.

Irrtumslehre abverlangen, die wiederum auf der „psychologischen“ Irrtumslehre Zitelmanns fußt⁸, also im 20. Jahrhundert auch schon überholt war?

Einen philosophischen Einflüssen aufgeschlossenen Ansatz wählte jüngst Dietmar Schanbacher: Er geht davon aus, dass die Unterscheidung von *substantia*, *materia* und *qualitas* bei Ulpian auf stoischer Ontologie baue und schließt daraus, dass er zwischen Substanz- oder Stoffirrtum und Eigenschaftsirrtum nicht unterschieden habe⁹. Dass Ulpian dabei auch noch ein- und zweiseitigen Irrtum gleich behandelte, meint Schanbacher damit erklären zu können, dass Ulpian einem „vorklassischen“ Konsensverständnis folge, das zwischen dem „Gegenstand“, um den es geht, und seiner „Bezeichnung“ (durch den Konsens) noch nicht unterschieden habe. Das wiederum läge daran, dass Ulpian einem vor-stoischen Begriffsverständnis, kurz „archaischem Denken“ folge, das „Gegenstand“ (τυγχάνων), „Bezeichnendes“ (σημαίνων) und „Bezeichnetes“ (σημαινόμενον) noch nicht voneinander unterschieden habe¹⁰. Das klingt nur auf den ersten Blick plausibel, denn Schanbacher sieht zu wenig auf die juristische Seite von Ulpians Irrtumstraktat, das von der vorausgehenden Diskussion über Wirksamkeit und Klagbarkeit von Verträgen abhängt, bei denen *aliud pro alio* geleistet wurde. Andererseits meint er Ulpians Behandlung der Irrtumskategorien auf die stoische Ontologie zurückführen zu können, auf eine Lehre also, die es nicht erst in römischer Zeit schwer hatte, sich von der aristotelischen Physik und Metaphysik abzugrenzen. Beide Aspekte sind getrennt zu untersuchen.

2. Irrtum als Konsensproblem?

2.1 *Aliud pro alio*

Bei der Suche nach einer Verbindung zwischen *consensus* und *error* sind viele scharfsinnige Lösungen präsentiert worden. Die meisten Erklärungen (auch meine eigene¹¹) orientieren sich aber zu sehr am modernen Konsensverständnis und gehen außerdem von einem einheitlichen, über die klassische Zeit hinweg bestehenden Modell aus. Den richtigen Weg hat Apathy eingeschlagen: Er behandelt Ulpians Irrtumstext als Endpunkt einer seit der späten Republik geführten Diskussion über Fälle, in denen der Käufer etwas anderes erhält, als er auf Grund des Kaufvertrags erwartete (*aliud pro*

8 Eingehend dazu *M.J. Schermaier*, Eigenschaftsirrtum und Kauf: Werner Flume rechtsgeschichtlich, verfügbar unter <<<http://www.forhistiur.de/zeit/0903schermaier.htm>>>, dort vor allem Rn. 16ff.; über die Polemik, die Jakobs („Eigenschaftsirrtum und geschichtliche Rechtswissenschaft“) dazu in der Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2011, 1243ff., übrig hatte, sollte man sich ein eigenes Bild machen. Der Ton, den Jakobs hier fand, verrät seine Hilflosigkeit in der Sache.

9 *D. Schanbacher*, Ulpians Lehre vom *error in substantia* und die stoische Ontologie, in: K. Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*. Festschrift für Detlef Liebs, Berlin 2011, 521ff.

10 *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 533.

11 *M.J. Schermaier*, Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht, ZRG RA 115 (1998) 235ff.

alio)¹². Ulpian's Irrtumslösung soll jene älteren Regelungen ergänzt haben, und das dürfte, auf freilich etwas andere Weise als Apathy annahm, in der Tat zutreffen.

Aus der republikanischen Tradition reichen zwei Regelungen in die klassische Zeit: der aus den formalen Verkehrsgeschäften¹³ erwachsene Satz *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*¹⁴ und das ädilizische Mängelrecht. Beide Regelungen wurden vielleicht schon in der Frühklassik in die Praxis der *actio empti* übernommen¹⁵ und stehen hier schwer unterscheidbar nebeneinander. Ihre Konkurrenz wurde dadurch verschärft, dass die Gefahr mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer übergang, nach beiden Regimen also nur solche Fälle zu entscheiden waren, in denen die Kaufsache schon bei Vertragsschluss nicht dem entsprach *quod actum est*. Das „was ausgemacht war“ entschied darüber, wie sich die Käufer die Kaufsache vorstellen durfte und ob die tatsächlich geleistete Sache von der Vereinbarung abwich. Nicht der *consensus* bestimmt die Leistungspflichten, sondern die *bona fides*, die auf der Grundlage des *id quod actum est* das Verhalten des Schuldners normiert¹⁶. Dieser prozessuale, an der Klageformel orientierte Zugriff erlegte dem Käufer auf zu beweisen, was bei Vertragsschluss vereinbart war oder was üblicherweise bei Käufen dieser Art als vereinbart gilt und was deshalb Vertragsgegenstand ist (*quidquid ... dare facere oportet*)¹⁷. An der Frage, ob die Sache, die verkauft sein sollte, tatsächlich existierte, oder ob sie zwar existierte, aber nicht in der vereinbarten Beschaffenheit, unterschied man: Hatte der Verkäufer eine bestimmte Beschaffenheit zugesichert, haftete er jedenfalls aus dem Kauf oder aus der Garantiestipulation; wenn nicht, gewährte man dem Käufer die *actio empti* nur¹⁸, wenn die Sache nach allgemeiner Auffassung überhaupt vorlag¹⁹. Lag sie nicht vor, blieb dem Käufer die *condictio* auf einen etwa gezahlten Kaufpreis²⁰. An diesem Punkt kommt die Weltsicht der römischen Juristen ins Spiel: Wann existiert etwas, wann nicht? Dass

12 P. Apathy, Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZRG RA 111 (1994) 95, 137ff.

13 Dazu M.J. Schermaier, Anfängliche Unmöglichkeit und Kauf, in: J.M. Rainer (Hrsg.), *Vis ac potestas legum. Liber amicorum Zoltán Végh*, Frankfurt 2010, 139ff.

14 D. 18,1,8 pr. (Pomp. 9 ad Sab.).

15 So E. Parlamento, Labeone e l'estensione della redhibitio all'actio empti, Riv. Diritto Romano 3 (2003), passim, www.ledonline.it/rivistadirittoromano/. Zurückhaltender E. Jakob, Diebische Sklaven, marode Balken, in: M.J. Schermaier (Hrsg.), *Verbraucherkauf in Europa*, München 2003, 27, 32ff.; N. Donadio, La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti, Milano 2004, 141ff.; vgl. schon H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, München 1968, 79ff.; Apathy, (Fn. 12) 98ff.

16 Vgl. dazu U. Babusiaux, *Id quod actum est*, München 2006, 165ff., 169.

17 Dazu B. Schmidlin, Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess, in: M. Harder/G. Thielmann (Hrsg.), *De iustitia et iure*. FG für Ulrich v. Lübtow, Berlin 1980, 359ff., 370.

18 Seit der berühmten Unterscheidung Julians zwischen einem wissenden und einem unwissenden Verkäufer wird deutlich zwischen Erfüllungshaftung und Redhibition unterschieden; vgl. D. 19,1,13 pr. (Ulp. 32 ad ed.).

19 Entscheidend ist diese Frage etwa in D. 18,1,57 (Paul. 5 ad Plaut.) und in D. 18,1,58 (Pap. 10 quaest.). Auch in D. 18,1,45 (Marc. 4 reg.) wird diese Frage implizit beantwortet: *vestimenta interpola* sind als *nova* verkauft worden. Ein Kaufgegenstand lag vor, weshalb der Kauf gültig ist und der Verkäufer haftet. Zu Unrecht zweifelnd Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 525 Fn. 29.

20 Etwa D. 18,1,41,1 (Iul. 3 ad Urs. Fer.); D. 18,1,57 pr. (Paul. 5 ad Plaut.); D. 18,4,8 (Iav. 2 ex Plaut.).

man diese Frage nach der modernen Physik²¹ oder Sprachtheorie²² beantwortete, wird niemanden überraschen. Die Existenz einer Sache ist keine juristische, sondern eine „philosophische“ Frage, die geklärt sein muss, ehe man die juristische Wertung ansetzt. Soweit sich aus den Quellen rekonstruieren lässt, ging man von der Existenz eines Kaufgegenstands aus, wenn wenigstens ein noch so kleiner Teil (*quantacumque pars*) von ihm vorhanden war²³.

2.2 Leistungsstörung als Konsensproblem?

Das Ausbleiben der Leistung oder die Leistung einer vom *quod actum est* abweichenden Sache wird seit der Mitte des 2. Jahrhunderts, vermutlich²⁴ seit Marcellus, unter dem Blickwinkel einer Fehlvorstellung (*error*) einer oder gar beider Parteien betrachtet²⁵. Eine Schlüsselrolle nimmt dabei D. 44,7,57 ein, wo Pomponius²⁶ den *error* einer Partei auf das *quod actum est* bezieht, dann aber die auseinandergehenden Vorstellungen der Parteien als Konsensfehler bezeichnet²⁷. Hier wird der Übergang von der traditionellen Sicht, dass *aliud pro alio* geleistet wird, zur neuen Deutung, dass der eine dieses, der andere jenes denkt, greifbar. Für den Irrenden „scheint“ auch hier *aliud pro alio* geleistet zu werden. Die prozessuale Frage nach dem *dare facere praestare oportere*, wird nach „innen“ verlegt, in die Vorstellung der beteiligten Parteien. Daher geht es nicht mehr um die Abweichung der Leistung von der Verbindlichkeit, sondern um die Begründung der Verbindlichkeit. Diese neue Perspektive ist nur möglich auf der Grundlage eines aufgewerteten *consensus*. Er ist nicht mehr nur – wie noch im Lehrbuch des Gaius²⁸ – gemeinsames Merkmal der formfrei geschlossenen Verträge, sondern ergänzt die traditionellen Deutungen des Vertragsschlusses (*convenire* oder *contrahere*) um den Aspekt des gemeinsamen Denkens (*con-sentire*)²⁹. Noch ist der *consensus* nicht Produkt zweier (oder mehrerer) Willen, er ist *ein* Rechtsakt, an dem allerdings mindestens zwei Personen beteiligt sind³⁰. Doch betont, wer ihn in dieser Form (und nicht als bloßen Ordnungsbegriff) verwendet, nicht mehr die Verabredung, das *quod actum est*, sondern

21 Dazu noch u. 3.1.

22 Daran könnte man bei D. 18,1,45 (Marc. 4 reg.) denken: „Kleider“ sind „Kleider“, ob alt oder neu spielt dafür keine Rolle; kein Hinweis bei *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 524f.

23 Vgl. D. 18,1,57,1 (Paul. 5 ad Plaut.); D. 18,1,10 (Paul. 5 ad Sab.).

24 Wenn man dem Bericht in D. 18,1,9,2 (Ulp. 28 ad Sab.) glaubt.

25 Neben Pomponius (s. sogleich) möglicherweise schon Celsus, doch ist der Hinweis in D. 41,2,34 pr. (Ulp. 7 disp.) zu vage, um auf eine Verbindung von *errare* und *consensus* zu schließen.

26 Gegen Interpolation zu Recht *Harke*, Si error (Fn. 5) 90f.; allerdings stimme ich der Deutung Harkes (Sonderfall im Recht der *societas*, S. 93f.) nicht zu.

27 D. 44,7,57 (Pomp. 36 ad Quint. Muc.): *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

28 Gai. inst. 3,136; vgl. auch D. 45,1,35,2 (Paul. 2 ad Sab.), wo Paulus möglicherweise Sabinus referiert.

29 Genauer *M.J. Schermaier*, From Non-performance to Mistake in Contracts: The Rise of the Classical Doctrine of Consensus, in: A.J.B. Sirks (Hrsg.), *Nova razione*, 2014, 107, 110ff (im Druck).

30 Dazu genauer *M.J. Schermaier*, Anachronistische Begriffe, oder: „Nichttrömisches“ im Römischen Irrtumsrecht, in: P. Pichonnaz (Hrsg.), *Autour du droit des contrats*, Genf/Zürich 2009, 49, 73ff.

die gemeinsame Absicht, die den Vertragsschluss trägt. Der Kläger musste nach wie vor beweisen, worauf man sich denn „geeignet“ hat, wenn er aus diesem *consensus* Ansprüche ableiten wollte. Die Vertragsdogmatik konnte sich aber von der Prozesssituation lösen und allgemein überlegen, was ein wirksamer *consensus* erfordert.

Mit einem solcherart „materiellen“ Konsensbegriff kann man auch das in den älteren Quellen häufig erwähnte *errare* oder (häufiger) *ignorare* einer Vertragspartei einordnen. Mit einiger Wahrscheinlichkeit steht hinter dieser Verbindung von „Nicht-erkennen“ und „Übereinstimmen“³¹ die aristotelische Handlungslehre³², die auch für die allgemeinen Überlegungen der hoch- und spätklassischen Juristen über die *ignorantia facti vel iuris* Vorbild gewesen sein dürfte³³. Wenn, wie Laurens Winkel angenommen hat, die aristotelische Lehre schon Labeo bekannt war³⁴, wundert man sich aber, dass die Figur des vertraglichen Irrtums erst in der Klassik entwickelt wurde. Vom Einfluss des Irrtums auf rechtlich relevante Handlungen hören wir zuerst, doch schon in allgemeiner Form, von Pomponius: *errantis voluntas nulla*³⁵. Etwa zur selben Zeit soll Julian argumentiert haben, dass Irrtum die Übereinstimmung der Parteien bei der Auswahl des Gerichtsstands hindere: *error non habet consensum*³⁶. Hier klingt an, was wir spätestens bei Marcellus auch im Vertragsrecht hören: nicht das *quod actum est* entscheidet über Zustandekommen und Inhalt des Vertrags, sondern das zwischen den Parteien erzielte Einverständnis.

Was war geschehen? Ist es der klassische Genius, der diese Juristen so denken lässt, wie wir es heute für selbstverständlich halten? Die „Entdeckung des Willens“ im privatrechtlichen Handeln wird durch die zeitgenössische Philosophie gefördert, womöglich veranlasst gewesen sein. In den Schriften Epiktets und Marc Aurels gewinnt das selbstverantwortliche Handeln, das individuelle Wollen, das sich dem *fatum*, dem Vorherbestimmten, entziehen kann, deutlichere Gestalt³⁷ als noch bei Seneca³⁸. Das bedeutet aber auch, dass, wer sich als Jurist im Kreis der Intellektuellen nicht blamieren

31 Für diesen Zusammenhang etwa D. 33,5,8,2 (Pomp. 6 ad Sab.): ... *quia non videor consentire, qui sentire non possim*.

32 Vor allem Aristot. eth. Nic. III 1109 b 30ff.

33 Vgl. die paulinische Monographie *de iure et facti ignorantia*, D. 22,6,9.

34 L. Winkel, Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung, Zutphen 1985, 68ff. zu Labeo in D. 22,6,9,3 (Paul. iur. et facti ign.), vermittelt über Rhet. Her. 2,24.

35 D. 39,3,20 (Pomp. 34 ad Sab.), der damit begründet, warum eine aus Irrtum oder Unwissenheit begangene Duldung nicht schade.

36 Doppelt überliefert: D. 2,1,15 (Ulp. 2 omn. trib.): *cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent*; D. 5,1,2 pr. (Ulp. 3 ad ed.): *error enim litigatorum, ut Iulianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum*.

37 Vgl. R. Dobbin, Prohairesis in Epictetus, Ancient Philosophy 11 (1991), 213ff.; S. Bobzien, Did Epicurus Discover the Free Will Problem? in: Oxford Studies in Ancient Philosophy 19 (2000) 287ff.; R. S. Braicovich, Proairesis, libertad y liberacion en las disertaciones de Epicteto, Revista de Filosofia 58 (2008), 7ff.; R. Hofmeister Pich, Prohairesis und Freiheit bei Epiktet, in: J. Müller/R. Hofmeister Pich (Hrsg.), Wille und Handlung in der Philosophie der Kaiserzeit und Spätantike, Berlin/New York 2010, 95ff.

38 Dazu etwa R. Zöller, Die Vorstellung vom Willen in der Morallehre Senecas, München/Leipzig 2003; allgemeiner zur stoischen Willenslehre A. A. Long, Freedom and Determinism in the Stoic Theory of Human Action, in: A. A. Long (Hrsg.), Problems in Stoicism, London 1996, 173ff.; S. Bobzien, Determinism and Freedom in Stoic Philosophy, Oxford 1998; Eadem, The Inadvertent Conception and Late Birth of the Free-Will Problem, Phronesis 43 (1998) 133ff.

wollte³⁹, auch die innere Seite der Tatsachen in seine Überlegungen mit einbeziehen musste, die es im Prozess zu beweisen galt. Dafür geben die Juristentexte seit der Mitte des 2. Jahrhunderts ein deutliches Signal. Sie scheinen die „Willenstheorie“ zu reflektieren, die die zeitgenössische Philosophie bewegte.

2.3 *Si ambo errarent*

Wenn es aber nicht mehr Falschlieferung und *quod actum* waren, woran die juristische Argumentation anknüpfte, sondern *consensus* und *error*, dann fragt sich sogleich, warum die klassischen Juristen ein- und zweiseitigen Irrtum gleichermaßen als Konsensfehler ansahen. Vom Standpunkt der heutigen Rechtsgeschäftslehre, die bei gemeinsamem Irrtum ja Konsens annimmt, ist diese Frage berechtigt, und so sind – zumindest für die deutsche Romanistik – die einschlägigen Texte ein steter Stein des Anstoßes⁴⁰. *Si ambo errarent*, so modifiziert Ulpian in D. 18,1,14 den Sachverhalt gegenüber den vorhergehenden Überlegungen zum konsensausschließenden Irrtum. Die Rechtsfolge aber ist dieselbe: wenn der Aspekt, über den geirrt wurde, für vertragswesentlich gehalten wird, verhindert auch der gemeinsame Irrtum den *consensus*. Schanbacher diagnostiziert zu Recht, dass Ulpian einem „wirklichkeitsabhängigen Konsensbegriff“ verwandte⁴¹. Andere Juristen, etwa Paulus, sollen aber einen von der Wirklichkeit unabhängigen Konsens gekannt haben⁴². Ulpians Position gehe deswegen wohl auf eine alte, möglicherweise auf Quintus Mucius gründende Tradition zurück, die „noch nicht die stoische Einsicht rezipiert“ habe, dass Bezeichnetes und Bezeichnendes zu unterscheiden sind⁴³.

2.4 Die klassische Vorstellung vom Vertragskonsens

Diese Erklärung ist wenig plausibel. Zunächst ist Paulus wohl kein Vertreter eines „wirklichkeitsunabhängigen Konsensbegriffs“, denn die beiden einschlägigen Texte erwähnen den *consensus* nur beiläufig. Sowohl in D. 18,1,15 (*et si consensum fuerit in corpus ...*) als auch in D. 19,1,21,2 (*quamvis supra diximus ...*) klingt es so, als hätten die Kompilatoren einen Anschluss an Ulpians Irrtumstraktat gesucht⁴⁴. Im Übrigen erweist sich Paulus in beiden Texten und in anderen, in denen er Fälle des *aliud pro alio* erläutert⁴⁵, als Anhänger der traditionellen Lehre, dass ohne Sache ein Kaufvertrag nicht zustande kommt. Nicht Ulpian also, sondern Paulus, scheint Traditionalist

39 Wie der anonyme Jurist, den Gellius mit einer (allerdings: historischen) Frage konfrontierte (Gell. 16,10); dazu D. Nörr, Der Jurist im Kreis der Intellektuellen: Mitspieler oder Außenseiter?, in: D. Medicus/H.H. Seiler (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 57ff.

40 Die einen (wie Flume, Jakobs, Ernst) verlegen sich darauf, den einseitigen Irrtum überhaupt als unbeachtlich anzusehen; andere (wie Wolf) halten die einschlägigen Texte (zumindest, soweit es um den einseitigen Irrtum geht) für interpoliert; wieder andere – wie jüngst Harke (Si error (Fn. 5) 32, 78f. passim) – bestreiten den Zusammenhang von *consensus* (als Abschlussmodalität) und der Berücksichtigung des *error*.

41 Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 528ff.

42 Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 534.

43 Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 533.

44 Skeptisch insoweit (bezüglich D. 19,1,21,2 mit weiteren Gründen) auch Apathy, (Fn. 12) 130ff.

45 Dazu zählt insb. D. 18,1,57 (Paul. 5 ad Plaut.); dasselbe gilt für Papinian, D. 18,1,58 (Pap. 10 quaest.).

gewesen zu sein, der sich mit der neumodischen Willenslehre nicht abgeben wollte. Der von Schanbacher so genannte „wirklichkeitsabhängige“ Konsensbegriff, der einen Konsens auch dann scheitern sieht, wenn beide zwar dasselbe wollen aber damit die „Wirklichkeit“ nicht treffen, erklärt sich zwanglos aus dem römischen Konsensverständnis. *Consensus* ist die willensgetragene Seite der *conventio*, die Ulpian selbst – Pedius folgend – als: ... *ex diversis locis in unum locum colligere et venire*⁴⁶ beschreibt. Wenn nun beide gleichermaßen „herumirren“⁴⁷, dann treffen sie sich zwar, aber nicht am beabsichtigten Punkt. Was erreicht werden soll, wird verfehlt. Dieses aus heutiger Sicht „naturalistische“ Verständnis des *consensus* hilft den klassischen Juristen aber auch, die alte Regel, dass ohne Kaufsache kein Kaufvertrag zustande kommt, in die neue Konsenssprache zu übertragen: Hätte man, wenn beide sich über die Existenz oder Verkehrsfähigkeit der Sache irren, einen wirksamen Vertrag angenommen, wäre man mit der alten Regel (vgl. D. 18,1,8 pr.) unweigerlich in Konflikt geraten. Aus heutiger Sicht hätte das allerdings auch zwei Vorteile gebracht: man hätte den Verkauf *sine re quae veneat* nicht mehr von den Gewährleistungsfällen unterscheiden müssen und man hätte dem enttäuschten Käufer in beiden Fällen die Vertragsklage gewähren können. Gerade aber weil man für begründungsbedürftig hält, ob und unter welchen Voraussetzungen dem (unwissenden) Käufer einer nichtexistierenden oder *extra commercium* stehenden Sache eine Klage zusteht, unterstreicht, dass niemand⁴⁸ – auch nicht Paulus⁴⁹ – den Konsens zum Vertragsschluss genügen ließ.

Eine „philosophische“ Erklärung von Ulpians Konsens-Begriff ist also nicht erforderlich, schon gar nicht ein Rückgriff auf „vorstoische“ und also „archaische“ Vorstellungen. Der römische Konsensbegriff spricht für sich: seine Nähe zur bildlichen Vorstellung des *convenire* ist ebenso greifbar, wie die Treue zu dem wohl tatsächlich „archaischen“ Satz, dass ohne Sache ein Kaufvertrag nicht geschlossen werden kann. Diese aus *mancipatio* und *in iure cessio* erwachsene Regel haben die Römer nie aufgegeben.

3. *Materia und qualitas*

3.1 Vertragsnichtigkeit oder Gewährleistung?

Mit dieser Regel erbte Ulpians Irrtumslehre⁵⁰ aber auch ein Problem, das schon den Scharfsinn vorhergehender Juristengenerationen herausforderte: Worüber muss konsentiert werden, damit der Kaufvertrag gültig bleibt und ein Gewährleistungsanspruch

46 D. 2,14,1,3 (Ulp. 4 ed.); dazu jetzt Schermaier, Rise of Consensus (Fn. 29) 112ff.

47 Insoweit übersetzt Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 532, *errare* richtig als „Abirren vom rechten Wege“; vgl. K.H. Georges, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, Bd. 1, Sp. 2458.

48 Einschlägige Texte von Iavolen (D. 18,4,8), Ulpian (D. 11,7,8,1) und Modestin (D. 18,1,62,1).

49 Vgl. D. 18,4,7 (Paul. 14 ad Plaut.); anders aber D. 18,4,9 (Paul. 33 ad ed.), wobei Paulus hier – ähnlich wie Modestin – die Kaufklage (Rückzahlung des Kaufpreises als Haftung auf das *quod interest*) an Stelle der *condictio* gewährt hat.

50 Trotz der erwähnten Vorläufer bezeichnen wir den Konnex von *error* und *consensus* als eine Lehre Ulpians; nur in D. 18,1,9; 11 und 14 nämlich ist uns diese Lehre zusammenhängend überliefert.

des Käufers möglich? Für die Abgrenzung von Verkäufen nicht existierender von solchen mangelhafter Sachen gibt es zahlreiche Zeugnisse: D. 18,1,41,1 zählt dazu, ebenso D. 18,1,45 und D. 19,1,21,2 und auch das schon wiederholt angesprochene Fragment D. 18,1,57. Darin finden sich keine Konsensentscheidungen⁵¹, sondern solche, in denen entschieden werden muss, ob Vertragsnichtigkeit (Kauf *sine re*) oder Gewährleistungshaftung gelten soll. Diejenigen, die das *quod actum est* mit dem *consensus* auffüllten, die also nicht prozessual, sondern dogmatisch über solche Fälle dachten, entkamen dem alten Dilemma nicht. Auch sie mussten entscheiden, ob der *error* so gravierend war, dass *dissensus* vorlag, oder ob er hinnehmbar war, den *consensus* nicht beeinträchtigte und deshalb die Vertragsklagen gewährt werden konnten. Dem Streit um die richtig gezogene Grenze verdanken wir Ulpians Irrtumstraktat. Hätte es diesen Streit nicht gegeben, wäre der Text kaum auf uns gekommen.

Für Marcellus genügte die Einigung über das *corpus* des Kaufgegenstandes; ob er womöglich aus anderem Stoff war, sollte keine Rolle spielen. Dagegen hielt Ulpian, auch über die *substantia* oder die *materia* der Sache müsse man sich einigen. Würde sie verfehlt, sei der Kaufvertrag nichtig. Dafür gibt es einleuchtende wirtschaftliche und rechtliche Gründe: ein Haus konnte zerstört sein, oder nur halbwegs intakt (D. 18,1,57), ein Tisch konnte aus Silber hergestellt sein oder nur mit Silber verkleidet (D. 18,1,41,1), ein Armreifen aus Gold oder aus Bronze (D. 18,1,14). Wie aber sollte man den Irrtum über den Stoff abgrenzen von den etablierten, in manchen Bereichen typisierten Fällen mangelhafter Leistung? Ulpian blieb hier bei der traditionellen Unterscheidung: War die Sache von ganz anderem Stoff, war der *consensus* verfehlt; hier lag ein *error in materia* vor. War der Stoff allerdings nur schlechter (*deterior*)⁵² als vorgestellt, blieben dem Käufer Gewährleistungsansprüche; ein solcher *error in qualitate* berührte den *consensus* nicht.

3.2 Welterklärung und rechtliche Wertung

Ich hatte versucht, die Unterscheidung zwischen *error in qualitate* und *error in substantia* vor dem Hintergrund der zeitgenössischen Physik und Kategorienlehre zu deuten⁵³. Dabei wollte ich nicht zeigen, dass Ulpian philosophische Grundsätze in seinen Irrtumskategorien umsetzt, denn die Abgrenzung von Unmöglichkeit- und Gewährleistungsfällen ist ein ererbtes juristisches Problem. Doch mit dem Einsatz der Begriffe *substantia/materia* und *qualitas* weist Ulpian auf eine vorrechtliche Autorität hin, die seine Unterscheidung – sollte sie manchen als willkürlich erscheinen⁵⁴ – unterstützt: auf die Welterklärung durch die moderne Wissenschaft. Doch wessen Wissenschaft war das? Ich hatte mich seinerzeit dafür ausgesprochen, in der Unterscheidung von *materia* und *qualitas* sei eher

51 Wenn man den römischen Konsensbegriff anlegt; anders Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9), 524ff. (zu Marcian und Julian).

52 Vgl. D. 18,1,10 (Paul. 5 ad Sab.): *Alter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret tunc enim emptio valet.*

53 *Materia* (Fn. 1) 138ff., bes. 144ff.

54 Marcellus ist einer von denen, die Ulpian widersprechen würden; O. Lenel, Der Irrtum über wesentlichen Eigenschaften, in: AcP 123 (1925), 161, 175f. widersprach noch vor 80 Jahren; dazu *Materia* (Fn. 1) 149.

peripatetische Ontologie als stoische Physik zu sehen⁵⁵ – obwohl, wie ich umfangreich belegt⁵⁶, die Grenzen zwischen beiden in den ersten zwei Jahrhunderten kaum zu ziehen sind: Sowohl ideengeschichtlich als auch begrifflich überlappen sich stoische und aristotelische Kategorienlehre, außerdem ist die stoische Lehre jener Zeit vorwiegend über peripatetische oder akademische Quellen zu erschließen. Dass ein *error in materia* beachtlich sei, ließ sich aus dem peripatetischen Ansatz dann begründen, wenn man nicht auf den Stoff der Metaphysik (der als ὄλη bloße Möglichkeit des Seins ist)⁵⁷, sondern auf die Substanz (ουσία), die erste aristotelische Kategorie als ursprünglichste Form des Seins, abstellt⁵⁸. Das „So-beschaffen-Sein“, das, was Ulpian womöglich *qualitas* nannte, zählt kategoriell zu den Akzidentien, zu den die Substanz näher bestimmenden Qualitäten. Diese Vorstellung scheint sich in D. 18,1,9,2 und 14 wiederzufinden: der Konsens über die *materia* ist erforderlich, um den Kaufgegenstand eindeutig zu bestimmen, der Konsens über die *qualitas* ist es nicht.

An Versuchen, Ulpians Irrtumskategorien der stoischen Lehre zuzuordnen, hat es seit Gothofredus nicht gefehlt. Gerade die Gegenüberstellung von *corpus* und *qualitas* trägt stoische Züge⁵⁹. Alleine, es stört die Prominenz des *error in substantialia/materia*. Natürlich kann, wie Schanbacher ausführlich darlegt, diese kategorielle Trias auch auf stoischer Lehre beruhen⁶⁰. Doch οὐσία, ein Begriff, den Ulpian selbst verwendet und offenbar mit *substantia* gleichsetzt, klingt eher nach aristotelischer 2. Kategorie als nach stoischer πρώτη ὄλη. Im Übrigen aber hatte schon Wieacker bemerkt, dass in Ulpians Traktat „stoische Substanz- und peripatetische Kategorienbegriffe schwer unterscheidbar“ zusammenwirken⁶¹. Gegen Schanbachers These spricht auch, dass er, der stoischen Kategorienlehre folgend, keinen Unterschied zwischen *error in materia* und *error in qualitate* sehen will. Dieser Unterschied liegt aber aus rechtlichen Gründen auf der Hand, denn hier verläuft die Grenze zwischen Existenz- und Beschaffenheitsfällen, die Ulpian aus der Warte vertraglichen Konsenses erfassen will. In der Sache gesteht Schanbacher den Unterschied ein, wenn er gegen Ende seiner Arbeit einräumt, dass im Fall der verkauften *viriola*, die *aurum aliquid habuit*, kein „reiner“ Substanzirrtum vorliege, weshalb Ulpian den Kauf für gültig hielt⁶². Das, was Schanbacher keinen „reinen“ *error in substantia* nennt, ist aber gerade der Irrtum über eine akzidentielle Qualität, die *qualitas* im Sinne Ulpians: golden ist die Spange ja, aber eben von schlechterem Gold als konsentiert. Dass Ulpian *error in qualitate* und *error in materia* zu Beginn von D. 18,1,14 in einem Atemzug nennt, tut der Differenzierung keinen Abbruch. Es geht Ulpian hier ja nicht nur und nicht einmal vorrangig um diese Differenzierung, sondern

55 Materia (Fn. 1) 153.

56 Materia (Fn. 1) 144ff.

57 Aristot. met. 1042 a 27; w.H. in Materia (Fn. 1) 65ff. (ebenso zu begrifflichen Unschärfen schon in der Metaphysik des Aristoteles).

58 Aristot. cat. 2 a 11ff.

59 Vgl. Materia (Fn. 1) 146f.

60 Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 536ff.

61 F. Wieacker, Spezifikation. Schulprobleme und Sachprobleme, in: FS Ernst Rabel, Bd. II, Tübingen 1954, 263, 284.

62 Vgl. Schanbacher, FS Liebs (Fn. 9) 540.

um die Behandlung eines Falls gemeinsamen Irrtums: *Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent?* Im Folgenden zeigt er, dass Stoff- und Eigenschaftsirrtrum beim gemeinsamen Irrtum gleichermaßen unterschieden werden, wie beim einseitigen Irrtum des Käufers (D. 18,1,9,2 und 11).

4. Epilog

Problem und Lösung von Ulpian's Irrtumstraktat sind also genuin juristisch, für die entscheidende Frage, woran sich die Existenz einer Sache entscheidet, greift er aber auf zeitgenössische Philosophie zurück. Die beiden zu Beginn gestellten Fragen lassen sich damit recht zwanglos beantworten. Doch ohne den philosophischen Hintergrund der Entscheidungen zu kennen, ist Ulpian's Irrtumstraktat heute nicht mehr zu verstehen. Wir mögen es mit zeitloser Jurisprudenz zu tun haben, aber ihr zugrunde liegt zeitgebundene Weltsicht. Den modernen Verfechtern einer klassisch reinen Lehre ist aber darin beizupflichten, dass man über der Philosophie nicht auf die Feinheiten juristischer Distinktionen vergessen sollte: Für die römischen Juristen galt vielleicht, was Ennius dem Neoptolemos, Sohn des Achilles, in den Mund gelegt hat: Philosophie ist notwendig, aber nicht zu viel⁶³.

Abstract

Most Romanists who studied the role of mistake in the formation of a contract are puzzled by the fact that both unilateral and common mistakes should cause *dissensus*. Another surprise is the distinction between mistake as to the material of a thing and mistake with regard to its qualities. Today we are used to think different: common mistakes create *consensus*, the same thing can be made of different materials which is a question of quality. These two different questions have one thing in common: the Roman view has been influenced by contemporary philosophy and thereby developed quite peculiar solutions. This contribution aims at identifying the legal and the philosophical grounds of the Roman solutions in order to show that philosophy is only the background for thorough legal arguments. The starting point is D. 18,1,9; 11, 14 (Ulp. 28 ad Sab.) which has been discussed vividly by Romanists (especially German Romanists) in the last decades.

63 Cic. Tusc. 2,1: *Neoptolemus quidem apud Ennium philosophari sibi ait necesse esse, sed paucis; nam omnino haud placere*, vgl. auch Cic. de orat. 2, 156; rep. 1,30; Gell. 5,15,9 und 5,16,5.