

# ***Impossibilium nulla obligatio***

Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht\*

von Martin Josef Schermaier, Bonn

## **1. *Impossibilium nulla obligatio*: Eine *regula iuris*?**

Die meisten Juristen, auch solche, die des Lateinischen nicht mächtig sind, werden bei dem Satz *impossibilium nulla obligatio* beifällig nicken: Dies ist einer der ehernen Grundsätze des Zivilrechts, dass niemand leisten muss, was nicht geleistet werden kann. Viele europäische Kodifikationen kennen diesen Satz, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen. Sie stimmen weitgehend darin überein, dass nachträgliche, also nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unmöglichkeit den Schuldner befreit<sup>1</sup>. Anders sieht es in Fällen anfänglicher Unmöglichkeit aus, dann also, wenn ein Vertrag geschlossen wurde, der – für die Parteien unerkannt – schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht erfüllt werden konnte. Diesen Fall regeln nur wenige Kodifikationen, unter ihnen das deutsche BGB<sup>2</sup>. Der Code civil statuiert die konkrete Regel, jedem Vertrag müsse ein bestimmbares Objekt zugrunde liegen<sup>3</sup>; dem folgt der Codice civile, allerdings mit der Konkretisierung: „l’oggetto del contratto deve essere possibile“ (Art. 1146). Das Niederländische Burgerlijk Wetboek berücksichtigt die anfängliche Unmöglichkeit überhaupt nicht, auch nicht in der französischen Form, die Existenz des Vertragsgegenstands zu verlangen. Art. 226 NBW statuiert lediglich, die vereinbarte Verbindlichkeit müsse bestimmbar sein. Man mag zwar auch darin einen Hinweis sehen, dass über „Unmögliches“ kein Vertrag zustande komme; doch jedenfalls zeigen sich die französische Regelung und noch deutlicher der niederländische offener und unbestimmter als die kategorische Lösung des deutschen Rechts: „Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist“ (§ 275 Abs. 1 BGB).

Justinian hat den bekannten Satz des Celsus in den Titel *De diversis regulis iuris antiqui* (D. 50,17) aufgenommen. In frg. 185 heißt es (CELSUS 8 dig.): *Impossibilium nulla obligatio est*. Angesichts der Zurückhaltung einiger moderner Kodifikation mag man bezweifeln, dass auch dieser Satz zum europäischen Erbe zählt. Doch bevor man über Gründe dafür sucht, warum diese Regel zwar das BGB, nicht aber der Code civil kodifiziert hat<sup>4</sup>, sollte man die Frage anders stellen: Handelt es sich bei des Celsus Sentenz überhaupt um eine *regula iuris*? Nur dann, wenn sie eine *regula iuris* ist, wenn sie also zusammenfasst, was die zahlreichen Ent-

---

\* Der Beitrag ist die gekürzte und um Anmerkungen erweiterte Fassung, die ich auf Einladung der geschätzten Kollegen Raimondo Santoro und Giuseppe Falcone im Rahmen des von den Universitäten Napoli, Catania und Palermo organisierten „Seminario di dottorato“ Ende Oktober 2006 in Palermo halten durfte. Für die Einladung und den herzlichen Empfang bedanke ich mich ebenso wie für zahlreiche weiterführende Hinweise in der auf den Vortrag folgenden Diskussion.

<sup>1</sup> Vgl. etwa § 1447 ABGB; Art. 119 OR; Art. 1302 CC; Art. 1256 Codice civile; Art. 1182 Codice civil; Art. 6:77 Abs. 2 und Art. 8:87 Abs. 1 NBW.

<sup>2</sup> § 306 BGB 1900 und jetzt § 275 Abs. 1 BGB 2002; § 1346 Codice civile; ebenso § 878 ABGB, Art. 20 Abs. 1 OR.

<sup>3</sup> Art. 1108 und Art. 1126 ff. Code civil.

<sup>4</sup> Immerhin bemerkt man beim Studium der Gesetzesmaterialien, dass die Motive zum 1. Entwurf des BGB „Möglichkeit“ und „Vertragsgegenstand“ verbinden: „In Ermangelung der Möglichkeit der Leistung fehlt es dem Verträge am Gegenstande“; vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1888, 176 = BENNO MUGDAN (Hg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1899, 97.

scheidungen und Argumente der römischen Juristen gemeinsam enthalten, müsste man sich fragen, warum vom römischen Recht geprägte Rechtsordnungen sie nicht aufgenommen haben.

In Zweifel zu ziehen, dass der Satz des Celsus eine *regula iuris* war, erscheint – zumal in Deutschland, wo die einschlägige Forschung blüht<sup>5</sup> – verwunderlich. Zuletzt war gar behauptet worden, die römischen Juristen hätten für die *stipulatio* eine „einheitliche Unmöglichkeitregel“, also eine anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit gleichermaßen beherrschende Regel, ausgebildet<sup>6</sup>. Und in dem wohl wichtigsten deutschen Lehrbuch zum römischen Privatrecht liest man: „über Unmögliches kann kein Schuldverhältnis bestehen“<sup>7</sup>. Dieser Satz klingt so einleuchtend, so unverrückbar wie das Celsinische *impossibilium nulla obligatio*. Von hier ist es nicht weit zur These einer „einheitlichen Unmöglichkeitregel“, die nicht zuletzt dem Sachverstand des deutschen Juristen schmeichelt – rechtfertigt sie doch die im (2002 neu gefassten) § 275 zusammengeführte Regelung für anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit.

Schon ein kurzer Blick in die Geschichte der deutschen Unmöglichkeitstheorie nährt aber Zweifel an der „Regelhaftigkeit“ des Celsinischen Satzes. *Ernst Rabel* etwa, der hervorragende Kenner des römischen wie des modernen Rechts, behauptete: „... wie die historische, so versagt auch die logische Rechtfertigung der vermeintlichen Selbstverständlichkeit, dass die Unmöglichkeit die Leistungspflicht tötet“<sup>8</sup>. Warum sollte man einen Schuldner davor schützen, eine unmögliche Leistung zu versprechen? Wenn man einen solchen Schutz überhaupt für sinnvoll hält, wäre doch eher das Prozessrecht als das Zivilrecht berufen, ihn zu verwirklichen: Der Richter soll den Schuldner nicht zu einer unmöglichen Leistung *in forma specifica* verurteilen, aber ein entsprechendes Erfüllungsinteresse könnte er dem Gläubiger durchaus zusprechen<sup>9</sup>. Immerhin räumte auch *Rabel* ein, dass das römische Recht die „vernichtigende Wirkung der ‚Unmöglichkeit‘ als solcher überhaupt“ kannte<sup>10</sup>. Wenn man noch etwas weiter zurückgeht, trifft man auf *Friedrich Mommsen*, der gar als Schöpfer der deutschen Unmöglichkeitstheorie gilt. Schon er wandte sich vehement gegen die Ansicht, den Satz *impossibilium nulla obligatio* als allgemeine Regel für unmögliche Leistungen aufzufassen. Der Satz beziehe sich nur auf Fälle anfänglicher Unmöglichkeit und habe mit der nachträglichen Unmöglichkeit nichts zu tun<sup>11</sup>. Immerhin ging es *Mommsen* um die Systematisierung der römischen

---

<sup>5</sup> In der jüngeren Zeit etwa DIETER MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, IN: SZ 86 (1969), 67-104; FRANK PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, in: D. Medicus/H.H. Seiler (Hg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, 1976, 285-307; THORSTEN ARP, *Anfängliche Unmöglichkeit*, Paderborn 1988, 63 ff.; WERNER FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990, 99 ff.

<sup>6</sup> JAN DIRK HARKE, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001*, Stuttgart 2001, 29-59, 37 ff.; wie hier aber schon FRANCISCO CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Valladolid 1992, 17: „... inexistencia, en derecho romano clásico, de un precepto general que vincule de modo reiterado y uniforme unas consecuencias determinadas a la imposibilidad ...“.

<sup>7</sup> MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Aufl., München 2005, § 34 Rn. 2.

<sup>8</sup> ERNST RABEL, *Ueber die Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*, in: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 3 (1911), 467-490, 470 (= HANS G. LESER [Hg.], *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, Bd. 1: *Arbeiten zum Privatrecht 1907-1930*, Tübingen 1965, 56-78, 59); ERNST RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, in: *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907*, Weimar 1907, 171-237, 176 ff. (= LESER [Hg.], *Gesammelte Schriften I*, 1-55, 4 ff.).

<sup>9</sup> Dazu RABEL, *Rhein. Zeitschrift* (Anm. 8), 470 ff. (= LESER [Hg.], *Gesammelte Aufsätze I*, 59 ff.).

<sup>10</sup> ERNST RABEL, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht*, in: Wiener Juristische Gesellschaft (Hg.), *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. II, Wien 1911, 821-846, 829 (= LESER [Hg.], *Gesammelte Aufsätze I*, 79-102, 85).

<sup>11</sup> FRIEDRICH MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I. Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, 228.

Quellen. Wenn er, der Pandektist, eine solche Abwägung trifft, warum wird sie von der modernen, mit historischem Erkenntnisinteresse vorgehenden Romanistik übersehen?

## 2. Der Schleier der Vergangenheit

Wie über den Quellen liegt auch über ihrer Geschichte seit dem Mittelalter der Schleier der Vergangenheit. Moderne Interpretationen stehen auf den Schultern alter Interpreten und denken nicht darüber nach, wie jene zu ihren Erklärungen und Ordnungen kamen. Wer den Schleier lüften will, muss mehr tun, als mit modernen Begriffen alte Quellen zu lesen. Er muss zunächst die Begriffe selbst deuten. Tatsächlich lassen sich in der Begriffsgeschichte zwei Grundbedeutungen von „Unmöglichkeit“ finden: das was von Natur aus nicht möglich ist (*quod in rerum natura non est*)<sup>12</sup>, und das, was man von jemandem nicht verlangen kann (*quid facere non potest*)<sup>13</sup>. Diese Unterscheidung ist nicht einfach mit „objektiver“ und „subjektiver“ Unmöglichkeit gleichzusetzen, sondern bezieht sich – wie man an D. 45,1,137,4 (VENUL. 1 *stip.*) sieht<sup>14</sup> – auf die Scheidung von Menschenunmöglichem und –möglichem. Nur für die zweite Kategorie lässt sich sinnvoll fragen, ob der Schuldner oder ein Dritter an seiner Stelle die Leistung erbringen kann (D. 45,1,137,5). Die Unterscheidung dürfte auf die griechische Philosophie zurückgehen<sup>15</sup>, mit einiger Wahrscheinlichkeit auf die aristotelischen Begriffe *anáche* (*necessitas*) und *adynamía* (*impossibilitas*)<sup>16</sup>. Auch die zahlreichen Texte, die man heute für das römische Unmöglichkeitsrecht in Anspruch nimmt, lassen sich nach dieser Unterscheidung gliedern. Das provoziert sogleich die Frage, ob durch die Übernahme griechischer *Topoi* bis dahin praktiziertes Recht nur geordnet wurde, oder ob die Entscheidungen, die uns überliefert sind, aus der Anwendung dieser *Topoi* entstanden. Diese Frage müssen wir aber, so interessant sie ist, zurückstellen. Immerhin sprechen einzelne Formulierungen – etwa der häufige Hinweis auf die *natura rerum* – für eine spätere Überformung der römischen Praxis durch griechische Philosopheme<sup>17</sup>.

Um sich der heutigen Position zu versichern, von der aus wir die Quellen beurteilen, ist die spätere Entwicklung wichtiger; und sie ist ganz deutlich von der Philosophie, nicht von der Rechtspraxis geprägt wurde. Die Moralthologie und –philosophie stellt seit dem Mittelalter die Figur der *adynamía*, der *impossibilitas* im engeren Sinn, in den Mittelpunkt. Die „Notwendigkeit“ (*anáche*, *necessitas*) verliert als Grund der Vertragsnichtigkeit dagegen an Bedeutung<sup>18</sup>. Damit hat es folgende Bewandnis: Bei *Aristoteles* gibt die Wahl des Handlungszieles das Urteil über die Handlung vor; daher kann er einfach schließen, dass nur der Unver-

---

<sup>12</sup> Etwa in; D. 33,6,7,1 (IAV. 2 *ex post. Lab.*); D. 35,1,40,4 (IAV. 1 *ex post. Lab.*); D. 30,108,10 (AFR. 5 *quaest.*); GAL. *inst.* 2,203; D. 30,69,5 (GAI. 2 *de legat.*); D. 50,17,188,1 (CELS. 17 *dig.*); D. 19,1,55 (POMP. 10 *epist.*); D. 30,24 pr. (POMP. 5 *ad Sab.*); D. 12,2,30,1 (PAUL. 18 *ad ed.*); D. 45,1,73 (PAUL. 24 *ad ed.*); D. 49,8,3 (PAUL. 16 *resp.*); D. 46,3,98,8 (PAUL. 15 *quaest.*).

<sup>13</sup> Zur Verpflichtung des Richters, nur in *id quod facere potest* zu verurteilen noch kurz u. 5.

<sup>14</sup> Das erkennt HARKE, *Unmöglichkeit* (Anm. 6), 43, Fn. 67 richtig, doch wirft er zu Unrecht auch Rabel vor, die quellenmäßige Unterscheidung in D. 45,1,137,4 mit jener in eod. 137,5 verwechselt zu haben.

<sup>15</sup> Dazu RABEL, *Festschrift Bekker* (Anm. 8) 197 ff. (= LESER [Hg.], *Gesammelte Schriften I*, 22 ff.).

<sup>16</sup> Vgl. Aristot. *eth. Nic.* III 5 (1112 a 18 ff.).

<sup>17</sup> BRUNO SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln/Wien 1970, 87 Anm. 11 führt den Hinweis auf die *natura rerum* auf „vulgärstoische Überzeugung“ zurück; weitere Hinweise bei CUENA BOY, *Impossibilidad* (Anm. 6), 24.

<sup>18</sup> Soweit es um die den Vertragsgegenstand betreffende *necessitas* geht. Wer den Begriff der *necessitas* nach dem Vorbild der Rhetorik weit fasst und darunter jeden die freie Handlung ausschließenden Umstand versteht, muss zu einem anderen Ergebnis kommen; vgl. (allerdings nur zum antiken römischen Recht) TOMASZ GIARO, *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warschau 1982, bes. 60 ff., 78 ff.; davor schon THEO MAYER-MALY, *Necessitas constituit ius*, in: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. I, Torino 1968, 179-199.

nünftige über absolut Unmögliches nachdenkt<sup>19</sup>. Drei Formen derartiger Unmöglichkeit kennt *Aristoteles*: Natur, Notwendigkeit und Zufall<sup>20</sup>. Auch die willentheoretische Handlungslehre der Scholastik kennt diesen Topos, dass der vernünftig Handelnde keine absolut unmöglichen Ziele wählt, doch liegt hier alles Gewicht auf der Bewertung des Willens, nicht des Handlungsziels<sup>21</sup>: *necessitas voluntatem excludit*<sup>22</sup>. Hier, bei Thomas von Aquin, geht es um Zurechnung<sup>23</sup>. Wer als Jurist den auf Unmögliches gerichteten Willen bewerten muss, für den kommen zwei Aspekte in Betracht: Wer wusste oder wissen musste<sup>24</sup>, dass er etwas Unmögliches verspricht, macht sich dadurch schuldig, dass er überhaupt verspricht<sup>25</sup>. Wusste er es nicht, scheidet das Versprechen aber nicht an der Unmöglichkeit, sondern am Irrtum des Versprechenden<sup>26</sup>. Der *error in existentia*, den die mittelalterliche Rechtswissenschaft aus den römischen Unmöglichkeitsfällen gewann<sup>27</sup>, bezeugt diese willentheoretische Wendung<sup>28</sup>. Noch heute werden römische Texte, die die Vertragsnichtigkeit nur deswegen aussprechen, weil es am Vertragsgegenstand fehlt, als Zeugnisse für das römische Irrtumsrecht angeführt. Ich erwähne als Beispiele D. 18,1,15 pr. und D. 18,1,41,1<sup>29</sup>. In solchen Fällen das Irrtumsproblem behandelt zu sehen, projiziert die scholastische Handlungstheorie ins römische Recht.

Eine ganz andere Karriere war der *impossibilitas* im engeren Sinne beschieden, also dem Kriterium, was man im konkreten Fall leisten oder eben nicht leisten kann. Auch hier gibt uns Aristoteles den ersten Hinweis: Als gut oder schlecht lassen sich nur Handlungen beurteilen, die in des Menschen Macht stehen<sup>30</sup>. Darin wird noch einmal die Abgrenzung zu Natur (*phýsis*), Notwendigkeit (*anáche*) und zum Zufall (*týche*) deutlich. Was in jemandes Macht steht, das gibt später auch bei Cicero den Ausschlag für die Beurteilung einer Handlung: In *de inventione rhetorica* berichtet er folgenden Fall (*inv.* 2, 96 ff.): Nach einem Gesetz der Spartaner war es ein todeswürdiges Verbrechen, bestellte Opfertiere nicht rechtzeitig abzuliefern. Als einmal der Verkäufer die bestellten Tiere in die Stadt treiben wollte, kam ein Unwetter auf. Dabei schwoll der Fluss Eurotas so stark an, dass es unmöglich wurde, ihn zu überqueren.

<sup>19</sup> ARISTOT. *eth. Nic.* III 5, 1112 a 18-30.

<sup>20</sup> ARISTOT. *eth. Nic.* III 5, 1112 a 32.

<sup>21</sup> Zu diesem Paradigmenwechsel schon in der antiken christlichen Philosophie ALBRECHT DIHLE, *The Theory of Will in Classical Antiquity*, Berkeley/Los Angeles 1982.

<sup>22</sup> THOMAS VON AQUIN, *Summa Theologiae* II-II, qu. 88 art. 2 resp.: *Sed quia votum promissionem voluntariam importat, necessitas autem voluntatem excludit, id quod est absolute necessarium esse vel non esse nulla modo cadit sub voto: stultum enim esset si quis voveret se esse moriturum, vel se non esse volaturum.*

<sup>23</sup> Vgl. besonders THOMAS, *STh.* II-II, qu. 89, art. 7 resp.: *si autem est talis res, quae in eius potestate non fuit, deest juramento discretionis iudicium.*

<sup>24</sup> Zum Vorwurf der Unkenntnis THOMAS, *STh.*, I-II, qu. 6, art. 8 resp; qu. 76, art. 3 resp.

<sup>25</sup> Einen Aspekt dazu behandelt STEPHAN KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Vatikan 1935, 317 ff. (zum abgenötigten Eid).

<sup>26</sup> Dazu ausführlich THOMAS, *STh.* I-II qu. 6 art. 8; diese Wendung zur „willentheoretischen Unmöglichkeitslehre“ diagnostizierte bereits CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, *Die willentheoretische Unmöglichkeitslehre im aristotelisch-thomistischen Naturrecht*, in: Detlef Liebs (Hg.), *Sympotica Wieacker*, 1970, 154-179, allerdings diagnostiziert er sie bereits bei Aristoteles.

<sup>27</sup> ODOFREDUS, *Praelectiones in secundam Digesti veteris partem* (= *Lectura super Digestum vetus*), Lugduni 1552 (Nachdr.: *Opera iuridica rariora* II/2, Bologna 1968), ad D. 18,1,9-14 (fol. 95v.); dazu kurz MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien/Köln/Weimar 2000, 50 f.

<sup>28</sup> Ein bezeichnendes Beispiel findet sich auch bei WOLLSCHLÄGER, *Sympotica Wieacker* (Anm. 26), 169: Stephanus Tornacensis (ad X 4,16) hielt die Ehe mit einem Impotenten deshalb für unwirksam, weil die Frau über eine wesentliche Eigenschaft ihres Mannes geirrt hatte.

<sup>29</sup> Dazu zuletzt MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, *SZ* 115 (1998), 235-288, 260 ff.; JAN DIRK HARKE, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, 203 ff.

<sup>30</sup> ARISTOT. *Eth. Nic.* III 1 (1110 a 1 ff.).

Der Verkäufer stellte die Opfertiere am Flussufer auf und machte den Käufer am anderen Ufer auf seine Lage aufmerksam. Der Tag verstrich, ohne dass der Verkäufer mit den Tieren übersetzen konnte. War er zu bestrafen? Entscheidende Argumente sprechen dagegen:

Cic. *inv.* 2,101: et se plus, quam fecerit, facere non potuisse; et in omnibus rebus voluntatem spectari oportere; et se convinci non posse, quod absit a culpa; suo nomine communem hominum infirmitatem posse damnari. Deinde nihil esse indignius quam eum, qui culpa careat, supplicio.

*Culpa caret*, er hat keine Schuld, ist das wichtigste Argument, weil – wie es zu Anfang heißt – *plus quam fecerit facere non potuisset*. Dasselbe Argument finden wir später bei Thomas von Aquin<sup>31</sup>: Stellt sich der versprochenen Leistung ein Hindernis entgegen, muss der Verpflichtete alles tun, um es zu überwinden (*debet homo facere quod in se est*). Gelingt es ihm trotzdem nicht, wird er von der Verpflichtung befreit. Damit wird insbesondere die nachträgliche Leistungerschwerung entschuldigt, wenn, wie schon Thomas betonte, der Verpflichtete nicht selbst die Unmöglichkeit verschuldet hat<sup>32</sup>. *Ought implies can* – dieses Kriterium beherrscht seitdem nicht nur Moraltheologie und –philosophie; es setzt sich auch im Zivilrecht durch, indem man sich auf den allgemeinen Grundsatz, *impossibilia* seien nicht geschuldet, zurückzieht<sup>33</sup>. Den Zusammenhang stellte schließlich Pufendorf klar: Der Satz *impossibilium nulla obligatio* beruhe auf dem Grundsatz, dass niemand über seine Kräfte hinaus verpflichtet werden könne<sup>34</sup>: *ultra posse nemo tenetur*. Damit schließt sich der Kreis: spätestens mit Pufendorf erhielt der Satz des Celsus endgültig die höhere Weihe naturrechtlicher Richtigkeit. Weitere Differenzierung wurden damit hinfällig: Der Satz galt für anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit gleichermaßen und erübrigte auch die in den Quellen bewahrte Unterscheidung, zwischen dem, was *contra naturam* ist, und dem, was menschenmöglich ist.

### 3. Der Zauber des Begriffs

Zu der ideengeschichtlichen Fundierung der Celsinischen Regel kommt die sprachliche Vereinheitlichung. Sowohl das Problem, dass der Leistungsgegenstand *in rerum natura non est*<sup>35</sup> oder *in rebus humanis esse desiit*<sup>36</sup>, als auch jenes, dass der Schuldner nicht leisten kann, werden in der neueren Forschung unter den Begriff *impossibilium* subsumiert. Aus heutiger Sicht, die den Satz *impossibilium nulla obligatio* als Regel auffasst, ist das konsequent; historisch ist es falsch. Während man mit dem Hinweis auf die *natura rerum* tatsächlich philosophischen Vorbildern folgte<sup>37</sup>, ist man mit dem Begriff *impossibilis* sparsam und setzt ihn weitgehend unspezifisch ein. Die Übersetzung *impossibilis* aus dem griechischen *adýnatos* ist jung und bei klassischen Juristen nicht durchgehend üblich. Cicero redet von *difficile factu*,

<sup>31</sup> THOMAS, *STh.* II-II, qu. 88, art. 3 ad 2 und qu. 89, art. 7 resp.

<sup>32</sup> THOMAS, *STh.* II-II, qu. 88, art. 3 ad 2 : *si vero incidit in impossibilitatem implendi votum ex propria culpa, tenetur insuper de propria culpa praeterita poenitentiam agere.*

<sup>33</sup> So LEONARDUS LESSIUS, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor*, Venetiis 1608, lib. II, cap. XVIII, dub. X, n. 70 ; HUGO GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam 1735, lib. II, cap. XIII, § VIII: *De impossibilibus dicere nihil attinet. Satis enim manifestum est ad omnino impossibile neminem obligari.*

<sup>34</sup> SAMUEL PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, Lund 1672, lib. I, cap. V, § VIII: *Non posse quoque imputari, quae vires nostras excedunt, neque per eas prohiberi aut effici queunt, in aprico est; modo illa impotentia per culpam nostram non sit contracta. Quo fundamento nituntur trita illa: impossibilium nullam esse obligationem (...); dazu ausführlich WOLLSCHLÄGER, *Sympotica Wieacker* (Anm. 26), 174 ff.*

<sup>35</sup> Beispiele o. in Anm. 12.

<sup>36</sup> D. 46,3,107 (POMP. 2 *enchirid.*).

<sup>37</sup> Vgl. LUCR. *nat. deor.* 4,739; SEN. *epist.* 6,58,15 ; dazu und zu weiteren Zeugnissen ERNST RABEL, *Origine de la règle: „Impossibilium nulla obligatio“*, in: *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 473-512, 494 ff.

wenn er *adýnatos* meint<sup>38</sup>, was die Assoziation zur *difficultas dandi* bei Pomponius<sup>39</sup> und Venuleius<sup>40</sup> weckt. Labeo und noch Julian verwenden lieber den griechischen Begriff anstatt des lateinischen<sup>41</sup>; gleichwohl scheint der Begriff schon für Labeo bezeugt<sup>42</sup>. Selten findet man *impossibilis* bei Paulus, häufiger bei Ulpian. Ulpian unterscheidet zwar, ob der Vertragsgegenstand *in rerum natura* ist und ob die Leistung *impossibilis* ist, stellt aber beide Topoi nebeneinander<sup>43</sup>. Dieser und andere Texte<sup>44</sup> legen die Vermutung nahe, dass man die Topoi der philosophischen Diskussion entnahm, um damit verschiedene Sachverhalte zu ordnen<sup>45</sup>, dass man damit aber keine unterschiedlichen Wertungen verband. Das zeigt besonders ein Text von Venuleius, der beide Topoi vermengt<sup>46</sup>. Damit stimmt überein, dass schon Quintilian, der die Übersetzung von *dýnatos* mit *possibilis* noch glaubte rechtfertigen zu müssen<sup>47</sup>, *possibilis* nicht neben, sondern an die Stelle von *necessitas* und *fieri non potest* stellte<sup>48</sup>. In dieser weiten, unspezifischen Bedeutung verwenden auch die römischen Juristen *impossibilis*: sie bezeichnen damit nicht ausschließlich das *adýnatos* der aristotelischen Handlungstheorie und auch nicht das, was „der Natur widerspricht“. Häufig steht die Wendung gar in der Bedeutung von „unsinnig“ oder „widersprüchlich“<sup>49</sup>.

Wir stellen also fest, dass *impossibilis* keine bestimmte rechtliche Bedeutung hatte, und dass – wenn dahinter überhaupt ein Begriff der griechischen Philosophie steht – dieser erst nachträglich auf bereits ausgeformte Rechtsfiguren übertragen wurde. Könnte man nicht gerade deshalb vermuten, dass die römischen Juristen in dem neuen Begriff das gemeinsame Band für eine Vielzahl von Rechtsfiguren gesehen haben? Dieser Gedanke liegt für spätclassische Juristen – vor allem für Ulpian – durchaus nahe. Damit wäre vorweggenommen, was sich mit anderer inhaltlicher Zuspitzung im Naturrecht und in der modernen (deutschen) Rechtswissenschaft wiederholt: Gemeinsame Wertungen, die in unterschiedlichen Rechtsfragen relevant werden, werden auf denselben Begriff gebracht. Allerdings verband man im Naturrecht mit *impossibilis* einen ganz spezifischen, handlungstheoretisch beschriebenen Begriffsinhalt, während *impossibilis* in den römischen Quellen offenbar unspezifisch verwendet wurde. Gerade deshalb klingt uns bei ihrer Lektüre die Verbindung in den Ohren: Weil die Leistung *impossibilis* ist, kann sie nicht gefordert werden. Für die Erforschung des römischen Rechts wäre es aber nicht hilfreich, bei dieser Überformung stehen zu bleiben; nur dass es sie gab, wäre ein

<sup>38</sup> Cic. *Tim.* 11,38.

<sup>39</sup> D. 19,1,55 (POMP. 10 *epist.*): *Octavenus putat ... potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura.*

<sup>40</sup> D. 45,1,137,4 (VENUL. 1 *stip.*).

<sup>41</sup> D. 28,7,20 pr. (LABEO 2 *posterior. a Iav. epit.*) und D. 30,104,1 (IUL. 1 *Urs. Feroc.*): *quia adunatos condicio pro non scripta accipienda est.*

<sup>42</sup> D. 19,2,60 (LABEO 5 *posterior. a Iav. epit.*); das weckt – wegen D. 28,7,20 pr. (Anm. 41) – Anlass zu Interpolationsvermutungen, die sich im konkreten Fall aber auf den Inhalt, nicht auf die Verwendung des Begriffs stützen, vgl. etwa OTTO GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, 29 f.; RABEL, *Mélanges Gérardin* (Anm. 37), 490. ROLF KNÜTEL, *Rez. Spruit (et al.) Corpus Iuris Civilis: Tekst en Vertaling*, in: SZ 117 (2000), 715 vermutet aus der Textgestalt, dass die Passage ab *sed iudicem aestimaturum* (und damit auch das *impossibile*) bereits die Stellungnahme Iavolens enthält.

<sup>43</sup> D. 50,17,135 (ULP. 23 *ad ed.*): *Ea quae dari impossibilia sunt vel quae in rerum natura non sunt, pro non adiectis habentur.*

<sup>44</sup> Ähnlich D. 49,8,3 (PAUL. 16 *resp.*); vgl. auch D. 45,1,83,5 (PAUL. 72 *ad ed.*): *quae natura sui possibilia sunt.*

<sup>45</sup> Vgl. bereits RABEL, *FS Bekker* (Anm. 8), 197 (= LESER [Hg.], *Gesammelte Schriften I*, 1-55, 22).

<sup>46</sup> D. 45,1,137,6 (VENUL. 1 *stip.*): *condicio, quae natura impossibilis.*

<sup>47</sup> Quint. inst. 3,8,25.

<sup>48</sup> Falsch verstand die Passage ARP, *Unmöglichkeit* (Anm. 5), 78, der sie so liest, als stelle Quintilian die *possibilitas* neben *necessitas* und *fieri non potest*. Mit dem, was er *tertium* nennt, sind aber nicht jene *partes suadendi*, sondern die in inst. 3,8,21 genannten *honestum utile necessarium* gemeint. *Possibilis* ersetzt also *necessarium*.

<sup>49</sup> Belege dafür bei ARP, *Unmöglichkeit* (Anm. 5), 80 ff., etwa D. 28,5,46 (ALF. 2 *dig. a Paolo epit.*); D. 9,3,2 (GAI. 6 *ad ed prov.*); D. 4,4,9,6 (ULP. 11 *ad ed.*).

Erkenntnisgewinn. Im übrigen aber verdeckt der spät übernommene Begriff die Gründe für die Entscheidung der einzelnen Sachfragen: Das Problem, dass ein Testament „unsinnig“ ist<sup>50</sup> oder eine *stipulatio* auf eine nicht existierende Sache gerichtet ist<sup>51</sup>, stellte sich schon lange bevor es mit *impossibilis* eine Beschreibung für solche Sachverhalte gab.

Im Übrigen ist es aber auch in der spätklassischen Diskussion nicht gerade üblich, die Ungültigkeit einer Vertragsabrede mit der *impossibilitas* der Leistung zu begründen. ARP verdanken wir die Zusammenstellung der einschlägigen Texte<sup>52</sup>; weitaus am häufigsten wird von der *condicio impossibilis* gesprochen<sup>53</sup>, nur selten geht es um Fälle anfänglicher Leistungsunmöglichkeit<sup>54</sup>. Vielmehr wird Unmögliches (*impossibile*) und der *natura rerum* Widersprechendes noch von den Spätclassikern unterschieden<sup>55</sup>. Man mag also zwar in *impossibilis* den umfassenderen, vielseitig einsetzbaren Begriff gesehen haben, die alten Fallgruppen und die *Topoi*, die man zu ihrer Lösung einsetzte, gab man aber nicht preis. Daher gewinnt man keine Erkenntnisse aus den Quellen, wenn man den Begriff *impossibilis* deutet und seinen Inhalt anschließend auf die verschiedenen Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit projiziert<sup>56</sup>. Vielmehr begeht man damit einen doppelten Fehler: Erstens legt man dem Begriff einen Inhalt bei, den ihm erst die spätere Zeit gegeben hat, andererseits verdeckt man die Gründe für die einzelnen Entscheidung. Der Zauber des Begriffs *impossibilis*, dem vielleicht schon die Spätclassiker erlagen, steigert seine Wirkung so um Vielfaches: Wir denken dann, die römischen Juristen hätten nicht anders entschieden und argumentiert, als wir.

#### 4. „Nachträgliche Unmöglichkeit“: ein irreführender Begriff?

Dass die römischen Juristen aber anders gedacht haben als wir, sieht man ohne weiteres daran, dass sie die heute so genannten Fälle „nachträglicher Unmöglichkeit“ nie als *impossibilis* beschieden haben. Das römische Recht der nachträglichen Unmöglichkeit ist ein Recht der nachträglichen Leistungerschwerung. Vor allem im Rahmen der *bonae fidei iudicia* geht es nicht darum, ob eine Leistungspflicht „unmöglich“ erbracht werden kann, sondern darum, ob sie dem Schuldner abverlangt werden soll<sup>57</sup>. Völlig zu Recht hatte daher Mommsen gefordert, den Satz *impossibilium nulla obligatio* nicht mit dem Problem der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung zu vermengen<sup>58</sup>. Dazu war es, nach Ansätzen im mittelalterlichen Gelehrten Recht<sup>59</sup>, vor allem seit dem Naturrecht gekommen, als Pufendorf auch den Entfall der Leistungspflicht mit dem Satz *ultra posse nemo tenetur* begründete<sup>60</sup>. Doch auch Savignys „Modifikationslehre“ stärkte die Vorstellung, nachträgliche Ereignisse ließen die Leistungspflicht entfallen, wenn und weil die Leistung „unmöglich“ wurde. Damit hat es folgende Bewand-

<sup>50</sup> Etwa D. 28,5,46 (ALF. 2 *dig. a Paolo epit.*) und D. 35,1,6,1 (POMP. 3 *ad Sab.*).

<sup>51</sup> Etwa D. 45,1,69 (ULP. 6 *ad ed.*).

<sup>52</sup> ARP, *Unmöglichkeit* (Anm. 5), 80 ff.

<sup>53</sup> Etwa D. 44,7,1,11 (GAI. 2 *aureor.*); D. 44,7,31 (MARCI. 2 *fideicomm.*); D. 33,4,12 (IUL. 1 *Minic.*); D. 28,3,16 (POMP. 2 *Quint. Muc.*); weitere Belege bei ARP, *Unmöglichkeit* (Anm. 5), 82 Fn. 72.

<sup>54</sup> Etwa in D. 21,2,31 (ULP. 42 *ad Sab.*); D. 45,1,69 (ULP. 7 *ad ed.*); D. 45,1,126,3 (PAULUS 3 *quaest.*).

<sup>55</sup> D. 49,8,3 (PAUL. 16 *resp.*); D. 50,17,135 (ULP. 23 *ad ed.*); vgl. o. Anm. 43 f.; gleiches gilt auch für Venuleius, der zwar (D. 45,1,137,6) entscheiden lässt, *quae natura impossibilis est*, der aber mit dem Hinweis auf die *natura (rerum)* andeutet, dass sich „Unmöglichkeit“ nicht aus sich heraus erklärt.

<sup>56</sup> ARP, *Unmöglichkeit* (Anm. 5), 78 ff. argumentiert, weil *impossibilis* „unsinnig“ bedeute, wären Stipulationen auf Unmögliches als „unsinnig“ und deshalb nichtig angesehen worden (zusammenfassend dort 100 f.).

<sup>57</sup> Im Überblick dazu MARTIN SCHERMAIER, *Plus quam fecerit facere non potuit. Überlegungen zu den Grenzen der Leistungspflicht im römischen Recht*, in: *Scritti in onore di Luigi Labruna*, vol. xx, Napoli 2007, xxx-xxx.

<sup>58</sup> MOMMSEN, *Unmöglichkeit* (Anm. 11), 228.

<sup>59</sup> Dazu kurz CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, Köln/Wien 1970, 56 ff.

<sup>60</sup> Zur Wirkung Pufendorfs auf jüngere Naturrechtler und Vertreter des *Usus modernus* WOLLSCHLÄGER, *Unmöglichkeitslehre* (Anm. 59), 88 ff.

nis<sup>61</sup>: Im 18. Jahrhundert hatte sich in Deutschland auch in der Praxis durchgesetzt, dass der Schuldner nicht mehr nur auf das Interesse haftete, sondern zunächst in *forma specifica* zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit angehalten war<sup>62</sup>. Auf der Suche nach einem allgemeinen Grund dafür, warum sich die Pflicht zur Sachleistung in die Pflicht zum Interesseersatz wandeln kann, mobilisierte Savigny den Begriff der Unmöglichkeit: Wenn die Sachleistung nicht mehr erbracht werden konnte, „modifiziere“ das die Verbindlichkeit ihrem Inhalt nach und der Schuldner müsse Ersatz leisten<sup>63</sup>. Der Begriff der „Unmöglichkeit“ verhalf dazu, die völlig verschiedenen Fälle anfänglicher Gültigkeitshindernisse und nachträglicher Erfüllungshindernisse zu verbinden. Die Warnung Mommsens, man solle anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit nicht vermengen, kam zu spät. Der Gedanke, dass niemand mehr schulde, als er leisten könne, hatte zum zweiten Mal zur Begriffsbildung über Wertungsgrenzen hinweg geführt und durch Savignys Dogmatik eine scheinbar tragfähige Basis erhalten. Die Pandektistik und die Dogmatik des BGB standen im Bann des umfassenden Unmöglichkeitsdogmas und konnten sich – wie man am neuen § 275 BGB 2002 sieht – bis heute nicht davon befreien. Auch die moderne Romanistik spricht ohne weiteres von „nachträglicher Unmöglichkeit“ der Leistung<sup>64</sup>.

Savigny und Mommsen hatten ihr Konzept der nachträglichen Unmöglichkeit an der strengrechtlichen Haftung des römischen Rechts entwickelt. Doch weil darin die Verpflichtung des Schuldners, die Leistung *in forma specifica* zu erbringen, gerade fehlt, sprechen die einschlägigen Quellen nicht für, sondern gerade gegen die pandektistische Deutung. Das sieht man an der Figur der *perpetuatio obligationis*<sup>65</sup>: Die Verbindlichkeit des Schuldners endet, wenn die Sachleistung nicht mehr erbracht werden kann, doch endet sie nicht, wenn er den Ausfall der Sachleistung zu vertreten hat. Den Sklaven, dessen Tod der Schuldner zu vertreten hat, oder der während des Schuldnerverzugs verstorben ist, muss er leisten: *tenetur nihilo minus, perinde ac si homo viveret*<sup>66</sup>. Weil zwischen Sach- und Interesseleistung nicht unterschieden wird, ist es immer derselbe Leistungsinhalt, der geschuldet bleibt<sup>67</sup>. Eine Befreiung von der Leistungspflicht kommt nur in betracht, wenn der Schuldner die Nichterfüllung nicht zu vertreten hat. Das hat mit den Fällen der anfänglichen Unmöglichkeit überhaupt nichts zu tun; nur aus pandektistischer Sicht lässt sich daher eine „einheitliche Unmöglichkeitsregel“ im römischen Stipulationsrecht<sup>68</sup> erkennen.

Natürlich lässt sich noch überlegen, ob es dieselben Sachverhalte sind, die die römischen Juristen bei anfänglichen Gültigkeitshindernissen und bei nachträglichen Leistungshindernissen

<sup>61</sup> Ausführlich dazu neuerdings MARTIN SCHERMAIER, *Vor § 275, Rn. 48 f. und § 275, Rn. 25 ff.*, in: Reinhard Zimmermann u.a. (Hg.), *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II/2, Tübingen 2007.

<sup>62</sup> Ausführlich dazu JOACHIM RÜCKERT, *Leistungsstörungen und Juristenideologie heute und gestern – ein problemgeschichtlicher Beitrag zum Privatrecht in Europa*, in: Jürgen Taeger (Hg.), *Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft. Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 2004, 705-744, bes. 732 ff.

<sup>63</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Pandektenvorlesung 1824/25*, hg. v. Horst Hammen, 1993, 255; DERS., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1851, 5 f.

<sup>64</sup> Etwa CARLO AUGUSTO CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in: *SDHI* 32 (1966), 63-113, bes. 66 ff.; MAX KASER, *Perpetuari obligationem*, *SDHI* 46 (1980), 87-146, bes. 93 ff. spricht (in Anlehnung an D. 45,1,91) immerhin von „Unmöglichmachung“ der Leistung.

<sup>65</sup> Dazu etwa THEO MAYER-MALY, *Perpetuatio obligationis*, *IURA* 7 (1956), 6 ff.; MARIA BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova 1979; MAX KASER, *Perpetuari obligationem*, *SDHI* 46 (1980), 87 ff.

<sup>66</sup> D. 45,1,82,1 (ULPIAN 78 *ad ed.*).

<sup>67</sup> Das sieht man deutlich an der Wendung bei Paulus D. 45,1,35 pr. (PAUL. 12 *ad Sab.*): *Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit, quo minus facere id possit.*

<sup>68</sup> Vgl. HARKE, *Unmöglichkeit* (Anm. 6), 37 ff.



bewogen, die Leistungspflicht für nichtig oder erloschen zu halten. Tatsächlich werden mitunter dieselben Beispiele verwendet; so gilt ein *homo liber* als unwirksam versprochen<sup>69</sup> und erlischt eine zunächst wirksam errichtet *stipulatio*, einen Sklaven zu leisten, wenn er später freigelassen wird<sup>70</sup>. Doch treffen sich hier nur verschiedene Wertungen im selben Ergebnis. Eine bereits wirksam entstandene Verpflichtung kommt schon aus geringem Anlass zu Fall, während die Entstehung einer vertraglichen Verbindlichkeit nur aus ganz gravierenden Gründen scheitert. Der Beweis dafür lässt sich weitgehend nur mittelbar führen, weil unsere Quellen nicht auf die Befreiung des Schuldners bei nachträglicher Leistungerschwerung abstellen, sondern regelmäßig fragen, ob der Schuldner für die Nichterfüllung einzustehen hat. Die Entlassung aus der vertraglichen Haftung zeigt aber, dass den Schuldner jede Leistungerschwerung, für die er nicht verantwortlich ist oder deren Risiko er nicht übernommen hat, befreit: Verletzt sich das entlehene Pferd, schuldet der Entleiher keinen Ersatz<sup>71</sup>, verletzt sich der bereits verkaufte aber noch nicht übergebene Sklave, kann der Verkäufer doch den vollen Kaufpreis fordern<sup>72</sup>, umgekehrt muss der Pächter keinen Pachtzins zahlen, wenn er das Landgut wegen *vis cui resisti non potest* nicht bewirtschaften konnte<sup>73</sup>. In allen diesen Fällen geht es darum, dem Schuldner keine weiteren Lasten aufzubürden, wenn er die Leistungsstörung nicht zu vertreten hat.

Dafür lassen sich auch Beispiele zu strengrechtlichen Verbindlichkeiten finden: Der Sklave in Feindeshand kann wirksam stipuliert werden, gerät aber ein versprochener Sklave in Feindeshand, kann nicht auf Erfüllung geklagt werden. Die beiden wohl bekanntesten Texte scheinen aber doch in beiden Fällen dieselbe Rechtsfolge vorzusehen:

D. 46,3,98,8 (PAUL. 15 *quaest.*): ... si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio.

D. 19,1,55 (POMP. 10 *epist.*): Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavianus magis putabat valere emptionem et stipulationem, quia inter emenetem et vendentem esset commercium: potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit.

In beiden Fällen, der anfänglichen wie der nachträglichen Gefangenschaft des Sklaven, scheint die Verbindlichkeit zwar zu bestehen, aber nicht einklagbar zu sein. Tatsächlich aber liegen die Dinge anders: Wer einen verschleppten Sklaven verspricht, begründet, wie Pomponius Octavenus folgend referiert, eine wirksame Verbindlichkeit; ob es sich um einen Kauf oder um eine strengrechtliche Verbindlichkeit handelt, spielte offenbar keine Rolle. Der durch das *magis putabat* angedeutete Streit dürfte schon von Sabinus in dem für Octavenus überlieferten Sinn entschieden worden sein<sup>74</sup>. Dann aber, wenn der Gläubiger den Sklaven fordert, soll der Richter die schuldnerische Verbindlichkeit so lange aufschieben, bis der Schuldner leisten kann. Diese in D. 19,1,55 vorgeschlagene Milderung ist aus inhaltlichen Gründen zweifelhaft<sup>75</sup>, denn strengrechtliche Klagen gewährten dem Richter keinen einschlägigen Beurteilungsspielraum. War die Klage vom Prätor gewährt worden, blieb dem Richter nur, den Schuldner zu verurteilen, wenn gültig stipuliert worden war. Insoweit weist der einheitliche Hinweis auf das *officium iudicis* in die Zeit der *extraordniaria cognitio*, als zwischen Kaufklage und *condictio*, soweit es um den Beurteilungsspielraum des Richters ging, nicht mehr

<sup>69</sup> Etwa D. 45,1,103 (MODEST. 5 *pandect.*).

<sup>70</sup> Etwa D. 45,1,91,2 (PAUL. 17 *ad Plaut.*); D. 45,1,51 (ULP. 51 *ad ed.*).

<sup>71</sup> D. 13,6,23 (POMP. 21 *ad Quint.*).

<sup>72</sup> D. 19,1,54 pr. (LABEO 2 *pith.*).

<sup>73</sup> D. 19,2,15,2 (ULP. 32 *ad ed.*).

<sup>74</sup> Vgl. auch D. 30,104,2 (IUL. 1 *Urs. Fero.*); D. 30,9 (POMP. 3 *Sab.*).

<sup>75</sup> RABEL, *Mélanges Gérardin* (Anm. 37), 485 f. schreibt den Satzteil *etiamsi ... possit* daher den Kompilatoren zu.

unterschieden werden musste. Glaubwürdig ist dagegen der Aufschub der Klagbarkeit bei nachträglicher Gefangennahme: *interim peti non potest* sagt hinreichend deutlich, dass es in solch einem Fall zum Verfahren *apud iudicem* gar nicht kam. Bestand die Verpflichtung auf Grund eines Damnationslegats, konnte der Legatar den Erben immerhin zur Sicherheitsleistung zwingen<sup>76</sup>.

Auch bei Alternativobligation stellt man einen Unterschied zwischen Gültigkeitshindernis und Leistungerschwerung fest: War es schon vor der Entstehung der Verbindlichkeit unmöglich, die eine Leistung zu erbringen, wird jedenfalls die andere geschuldet<sup>77</sup>. Dasselbe gilt zwar grundsätzlich auch für die Zeit nach Entstehung des Schuldverhältnisses, wenn die Wahl noch nicht erfolgt ist und der Gläubiger sich nicht im Annahmeverzug befindet<sup>78</sup>. Allerdings lässt man es in gewissen Fällen zu, dass der Schuldner sich durch Zahlung der Schätzsumme der unmöglich gewordenen Leistung befreit<sup>79</sup>. Damit beließ man dem Schuldner die Wahl, obwohl tatsächlich nur mehr eine der beiden geschuldeten Leistungen erbracht werden konnte.

Nachträgliche Leistungshindernisse anders zu behandeln als anfängliche, rechtfertigt sich daraus, dass sie regelmäßig unvorhersehbar sind, ihre Folgen daher im Rahmen des Schuldverhältnisses und unter Abwägung von Gläubiger- und Schuldnerinteresse zu vereilen sind. Bis jetzt haben wir nur Beispiele genannt, die – bei Störungen nach Entstehung des Schuldverhältnisses – den Schuldner entlasten. Aber auch für den umgekehrten Fall gibt es Beispiele: Ein inzwischen bebautes Grundstück muss der Erbe dem Legatar dennoch herausgeben<sup>80</sup>, ebenso ein Gefäß, das damals, als der Erblasser es vermachte, eine Schüssel war<sup>81</sup>. Schuldet jemand ein Schiff und zerlegt es, hängt seine Leistungspflicht davon ab, ob er es wieder zusammensetzen wollte oder ob er das Holz anders zu verwenden plante<sup>82</sup>. Solange es kein wirksames Schuldverhältnis gab, achtete man auf die Interessen der Parteien nicht ohne weiteres oder jedenfalls nicht in demselben Ausmaß, wie nach einem wirksamen Vertragsschluss. Vor Vertragsschluss müssen beide Parteien, insbesondere der Schuldner, darauf achten, ob das Versprochene auch geleistet werden kann. Nur die Unkenntnis des Schuldners kann geschützt werden: Immerhin gewährte man dem gutgläubigen Käufer eines *liber homo* oder einer *res extra commercium* Schutz, indem man ihm die Kaufklage gewährte, *licet emptio non tenet*<sup>83</sup>.

## 5. Objektive Tatsachen und subjektive Möglichkeiten

Unser Seitenblick auf das Problem nachträglicher Leistungshindernisse hat uns gezeigt, dass Wirksamkeit und Bestand von Verbindlichkeiten zu beurteilen eine komplexe Abwägung der Parteieninteressen erfordert. Allerdings lassen die wenigen angesprochenen Texte erkennen, dass erst der Entfall der Möglichkeiten, *in forma specifica* zu leisten, eine solche Abwägung

---

<sup>76</sup> D. 30,47,2 (ULP. 22 *ad Sab.*).

<sup>77</sup> D. 18,1,34,6 (POMP. 33 *ad Sab.*); D. 31,11,1 (POMP. 7 *ex Plaut.*); D. 46,3,95 pr. (PAP. 8 *quaest.*).

<sup>78</sup> Vgl. D. 31,11,1 (POMP. 7 *ex Plaut.*) und D. 41,1,105 (IAV. 2 *epist.*).

<sup>79</sup> D. 30,47,3 (Ulp. 22 *ad Sab.*); D. 46,3,95,1 (PAP. 8 *quaest.*) schränkt dies auf den Fall ein, dass der Wert der unmöglich gewordenen Leistung nicht deutlich unter der noch möglichen liegt.

<sup>80</sup> D. 30,44,4 (ULP. 21 *ad Sab.*).

<sup>81</sup> D. 30,44,3 (ULP. 21 *ad Sab.*); ähnlich D. 32,49,5 (ULP. 22 *ad Sab.*), D. 32,88,3 (PAUL. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*).

<sup>82</sup> Vgl. D. 45,1,83,5 (PAUL. 72 *ad ed.*); D. 46,3,98,8 (PAUL. 15 *quaest.*).

<sup>83</sup> So D. 18,1,62 (MOD. 5 *reg.*); ähnlich D. 18,1,70 (LIC. RUF. 1 *const.*); in der Sache ebenso D. 19,1,21 pr. (PAUL. 33 *ad ed.*); weitere Hinweise bei MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Aufl., München 1971, 549 Anm. 42; zum Problem, dass trotz Ungültigkeit des Kaufvertrags die Kaufklage gewährt wurde, HEINRICH HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, München, 107 ff.

verlangt; solange die Leistung in der Form erbracht werden kann, in der sie ursprünglich geschuldet war, ist juristische Kunst und Kenntnis nicht erforderlich, um zu konstatieren, dass die Leistungspflicht besteht. Berechtigten aber nicht diese äußeren Umstände, die die Leistung wie geschuldet unmöglich machen, doch dazu, von der Rechtsfigur der „nachträglichen Unmöglichkeit“ im römischen Recht zu sprechen? Um die Vielzahl möglicher Fallgestaltungen und Wertungsproblemen zu systematisieren, erscheint dies aus heutiger Sicht wenigstens als hilfreich. Doch welchen Zweck sollte eine solche Systematisierung gehabt haben, wenn es den römischen Juristen doch darauf ankam, ob es am Schuldner lag, dass er nicht leistete<sup>84</sup>? Aus dogmatischer Sicht wäre es also seltsam, die Unmöglichkeit der Sachleistung als gemeinsames Spezifikum der Fälle nachträglicher Leistungsstörungen zu sehen<sup>85</sup>. Aus formeltechnischen Gründen lag dies – nach allgemeiner Auffassung – aber nahe<sup>86</sup>: Das *dare oportere* des Schuldners zu behaupten setzte voraus, dass die in der *intentio* beschriebene Leistung auch erbracht werden konnte. Wäre dies anders gewesen, hätte es der Konstruktion der „Verewigung der Verbindlichkeit“ (*perpetuatio obligationis*) nicht bedurft. Unklar ist freilich, warum Klagen auf *certam rem dare* eine existierende Sache voraussetzten: Lag dies an der formalen Behauptung der Leistungspflicht<sup>87</sup> oder an der Möglichkeit der *aestimatio*<sup>88</sup>? Der Spätklassiker Modestin stellte – allerdings in einem Fall anfänglicher Unmöglichkeit – auf beide Aspekte ab<sup>89</sup>. Was immer die Gründe dafür waren, dass man mit der *perpetuatio obligationis* doch eine Verurteilung des Schuldners erreichte, so haben sie jedenfalls nichts damit zu tun, dass man gleiche Sachverhalte, nämlich die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung *in forma specifica*, begrifflich erfassen wollte. Altes römisches Recht und neue, pandektistische Dogmatik decken sich zufällig in einem Fall nachträglicher Leistungshindernisse. Es wäre aber fatal, die modernen Modelle „nachträglicher Unmöglichkeit“ zur Erklärung des frühen Formularprozesses heranzuziehen.

Ob der Schuldner persönlich in der Lage war, die Verbindlichkeit zu erfüllen, spielte für die Wirksamkeit seiner Verpflichtung ebenfalls keine Rolle. In Fällen anfänglicher Gültigkeitshindernisse belegt dies die bekannte<sup>90</sup> Unterscheidung von *impedimentum naturale* und *difficultas dandi* oder *praestandi*<sup>91</sup>: Was von Natur aus nicht geleistet werden kann, wird nicht geschuldet, gleichwohl aber das, was schwierig zu erbringen ist. Einen Sklaven zu leisten, der sich in Feindeshand befindet, oder einen, der sich in Ephesus befindet, obwohl Erfüllung in Rom vereinbart ist, oder einen Geldbetrag zu zahlen, das man sich erst beschaffen muss, alles das sind Fälle bloßer „Schwierigkeit“ der Erfüllung, die – wenn man sie eingeht – an Bestand und Inhalt der Verbindlichkeit nichts ändern. Der Schuldner hat sofort zu leisten. Anderes gilt

<sup>84</sup> *Per eum stetit quo minus daret*, vgl. D. 45,1,23 (POMP. 9 *ad Sab.*) und D. 46,2,31 pr. (VENUL. 3 *stip.*).

<sup>85</sup> Das bestätigt etwa auch D. 45,1,91,1 (PAUL. 17 *ad Plaut.*): *Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur* .... Der Fall, dass die geschuldete Sache nicht mehr geleistet werden kann, ist hier nur Ausgangspunkt für die Frage, was als *factum debitoris* anzusehen ist.

<sup>86</sup> Vgl. nur KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 83), 513 f.; MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Aufl., München 2005, § 37, Rn. 3; REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 783 f.

<sup>87</sup> Bereits HEINRICH SIBER, *Römisches Recht*, Bd. II: *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 250 sprach von der „Logik der Formel“; ähnlich CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, Wien/Köln 1970, 37; KASER, *SDHI* 46 (1980), 127 f.

<sup>88</sup> Dieser Erklärung gibt den Vorzug DIETER MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, SZ 86 (1969), 67, 75 ff.; ebenso ROBERT FEENSTRA, *Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*, in: A. Watson (Hg.), *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh/London 1974, 77, 78.

<sup>89</sup> D. 45,1,103 (MODEST. 5 *pand.*): ... *quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestari potest*.

<sup>90</sup> Vgl. schon kurz o. 3.

<sup>91</sup> D. 19,1,55 (POMP. 10 *epist.*); D. 45,1,137,4 (VENUL. 1 *stip.*).

beim *impedimentum naturale*, das etwa darin liegt, dass man in Rom verspricht, in Ephesus zu leisten. Dieses Problem dürfte ein *locus communis* der klassischen Literatur gewesen sein, denn übereinstimmend berichten die Quellen, in solchen Fällen sei jedenfalls stillschweigend vereinbart, dass dem Schuldner eine angemessene Zeit bleibe, die versprochene Leistung zu erbringen<sup>92</sup>. Wird allerdings in Rom versprochen, noch heute in Carthago zu leisten, ist die *stipulatio* unwirksam<sup>93</sup>. Die *difficultas dandi* kann sich auf persönliche Leistungsschwierigkeiten beziehen, kann aber auch objektiv bestehen; sie deckt sich daher nicht mit der heute verwendeten Unterscheidung von „subjektiver“ und „objektiver“ Unmöglichkeit<sup>94</sup>, die angeblich schon von Sabinus beschrieben wurde: *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit*<sup>95</sup>.

In heute so genannten Fällen anfänglicher Unmöglichkeit wurde also deutlich unterschieden, ob die Leistung ihrer Natur nach möglich war oder ob nur der Schuldner sie nicht erbringen konnte. Keinesfalls wurden objektive und subjektive Leistungshindernisse gleich behandelt. Die Berücksichtigung der persönlichen Leistungsfähigkeit galt vielmehr als Privileg, das nur unter besonderen Umständen gewährt wurde und dem Richter aufgab, den Schuldner nur bis zur Grenze seiner finanziellen Leistungsfähigkeit – in der Regel also bis zur Höhe seines Vermögens – zur Leistung zu verurteilen. Eine solche Verurteilung *in id quod facere potest* hing aber nicht vom Schuldgrund oder von der Art der Verbindlichkeit ab, sondern vom Verhältnis von Gläubiger und Schuldner<sup>96</sup>: eine entsprechende Haftung war etwa vorgesehen für den Patron, wenn er für Schulden des *libertus* einzustehen hatte, für den Ehemann, soweit es um die Haftung auf Rückgewähr der *dos* ging, für Schulden von Soldaten und für die Haftung unter Gesellschaftern<sup>97</sup>. Gerade diese Vergünstigung spricht dagegen, das römische Recht hätte einen allgemeinen Grundsatz gekannt, dass den Schuldner sein Unvermögen zur Leistung befreit: es geht bei dem Kriterium des *id quod facere potest* um eine Haftungsbeschränkung dem Umfang nach, nicht darum, eine konkrete Leistungspflicht zu beenden oder einzuschränken.

## 6. Schlussfolgerungen

Nach diesem Überblick über das römische Leistungsstörungsrecht lassen sich einige Beobachtungen als Ergebnisse formulieren:

- a) Zunächst ist wichtig, dass die römischen Juristen anfängliche Gültigkeitshindernisse und nachträgliche Leistungsstörungen nicht nach gleichen Maßstäben behandeln. Zwar ähneln sich manche Entscheidungen, soweit es um strengrechtliche Klagen auf *dare* geht; aber auch hier zeigt sich, dass das nachträgliche, nach Vertragsschluss vorgekommene Ereignis den Schuldner eher entlastet, als ein von Anfang an bestehendes Erfüllungshindernis. Bei *bonae fidei iudicia* wird der Unterschied noch deutlicher: hier befreien den Schuldner alle

<sup>92</sup> D. 45,1,137,2 (VENUL. 1 *stip.*); D. 13,4,2,6 (ULP. 27 *ad ed.*); D. 45,1,60 (ULP. 20 *ad ed.*); D. 40,7,34,1 (PAP. 21 *quaest.*); D. 46,1,49,2 (PAP. 27 *quaest.*); D. 45,1,73 pr. (PAUL. 24 *ad ed.*).

<sup>93</sup> Vgl. D. 13,4,2,6 (Ulp. 27 *ad ed.*): *quare verum puto quod Iulianus ait eum, qui Romae stipulatur hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari*; D. 45,1,141,4 (GAI. 2 *de verb. oblig.*).

<sup>94</sup> Ebenso HARKE, *Unmöglichkeit* (Anm. 6), 43, Fn. 67.

<sup>95</sup> D. 45,1,137,5 (VENUL. 1 *stip.*).

<sup>96</sup> Hinweise auf Quellen und Literatur bei KASER, *Römisches Privatrecht I* (Anm. 83), 482 f.; ausführlich ANTONIO GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano*, Napoli 1975; JOACHIM GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986.

<sup>97</sup> Vgl. die Aufzählung in D. 42,1,16-18 (ULP. 63 / 10 / 66 *ad ed.*) und in D. 24,1,54 (PAUL. 1 *de iure sing.*); zur Haftung der *socii* etwa D. 17,2,63 pr. (ULP. 31 *ad ed.*).

nachträglichen Erschwernisse, wenn er sie nicht zu vertreten hat, sie also nicht verschuldet oder ein diesbezügliches Risiko nicht übernommen hat.

- b) Damit hängt die Beobachtung zusammen, dass die römischen Juristen eine einheitliche Lehre von der „nachträglichen Unmöglichkeit“ nicht ausgebildet haben. Dass der römische Richter gleichwohl überlegt haben muss, ob und warum eine strengrechtliche Verbindlichkeit perpetuiert wird, ändert an dieser Beobachtung nichts<sup>98</sup>: Beweisgegenstand war nämlich nicht, ob die Sachleistung noch erbracht werden kann, sondern, ob der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat. Zwar wird der Schuldner sich damit verteidigt haben, dass er die Sachleistung nicht mehr erbringen kann<sup>99</sup>; doch kann diese Behauptung, sofern sie tatsächlich bewiesen wird, nur die Beweislast auf den Gläubiger verschoben haben, der nun behaupten und beweisen muss, dass es am Schuldner lag, dass er nicht leisten kann. Dogmatisch oder gar institutionell erfasst wurde diese Beweislastverschiebung nicht.
- c) Darauf, ob der Schuldner die Sachleistung erbringen kann oder nicht, kommt es weder für die Gültigkeit eines Versprechens, noch für seine Klagbarkeit an: Für die Verurteilung ist in der Regel unmaßgeblich, ob der Schuldner leisten kann (*quod facere potest*). Anfängliches Unvermögen hindert den Vertragsschluss nicht, wenn ein anderer die Leistung erbringen könnte (D. 45,1,137,5). Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Klagbarkeit solcher Verbindlichkeiten aber aufgeschoben, bis vom Schuldner nach gewöhnlichen Umständen die Leistung erwartet werden kann<sup>100</sup>.
- d) Anders liegt es in den Fällen, in denen ein Versprechen von Anfang an auf objektiv Unmögliches gerichtet ist. Unter diesen haben wir nur den Fall angesprochen, dass in Rom stipuliert wurde, noch heute in Karthago zu leisten<sup>101</sup>. Die beiden wichtigsten Fallgruppen haben wir aber nur beiläufig erwähnt: jene, in denen stipuliert wurde, was nicht *in rerum natura* ist<sup>102</sup>, und jene, in denen dem Kauf der Gegenstand fehlt<sup>103</sup>. In diesen Fällen scheint tatsächlich – unausgesprochen – ein einheitlicher Gedanke anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung am Werk zu sein. Aber auch hier gibt es wichtige Ausnahmen: So ist die stipulationsweise Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft jedenfalls gültig, auch wenn der so versprochene Sklave gar nicht existiert<sup>104</sup>. Im Kaufrecht stechen die Fälle heraus, dass eine nicht bestehende Forderung verkauft<sup>105</sup> oder eine erhoffte Sache oder die „Hoffnung“ selbst gekauft wurde<sup>106</sup>. Eine durchgehende und einheitliche Regel, dass anfänglich Unmögliches nicht geschuldet werde, lässt sich auch hier nicht feststellen. Natürlich lassen sich die erwähnten Fälle als Ausnahme von der Regel beschreiben, womit die Regel selbst gerettet wäre. Dann aber bliebe immer noch zu ergründen, warum die Römer eine solche Regel nicht einheitlich verwendet haben, sondern von Fall zu Fall argumentieren, dass eine Sache nicht *in rerum natura* ist, nicht *in rebus humanis* ist<sup>107</sup> oder

<sup>98</sup> Ebenso HORST HEINRICH JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, 175 ff.

<sup>99</sup> So das Argument von HARKE, *Unmöglichkeit* (Anm. 6), 31.

<sup>100</sup> Vgl. dazu die o. 5 mit den Hinweisen auf D. 45,1,137,2 (VENUL. 1 *stip.*); D. 13,4,2,6 (ULP. 27 *ad ed.*) etc.

<sup>101</sup> D. 45,1,141,4 (GAI. 2 *de verb. oblig.*); D. 13,4,2,6 (ULP. 27 *ad ed.*).

<sup>102</sup> Vgl. die Hinweise o. Anm. 12.

<sup>103</sup> Vgl. den als *regula* formulierten Satz des Pomponius, D. 18,1,8 pr. (POMP. 9 *ad Sab.*): *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*; außerdem D. 18,1,15 pr. (PAUL. 5 *ad Sab.*): *Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desiderit, nulla emptio est*.

<sup>104</sup> D. 21,2,31 (ULP. 42 *ad ed.*) und D. 50,17,31 (ULP. 42 *ad ed.*), welche zwei Fragmente Lenel in eines zusammenfasst, vgl. OTTO LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Leipzig 1889 (Neudr. Aalen 2000), Ulpian Nr. 2886; eingefasst von D. 50,16,174 und D. 2,14,50.

<sup>105</sup> D. 18,4,4 (ULP. 32 *ad ed.*).

<sup>106</sup> D. 18,1,8 (POMP. 9 *ad Sab.*): *emptio rei speratae* (pr.) und *emptio spei* (§ 1).

<sup>107</sup> Vgl. D. 46,3,107 (POMP. 2 *enchirid.*).

nicht *in commercio* ist<sup>108</sup>. Die nachträglichen Begriffshülsen für diese Fälle, die tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit, klären uns nicht darüber auf, warum die Römer selbst in diesem oder jenem Fall einen Vertrag für gültig oder ungültig hielten.

- e) Eine Brücke die verschiedenen Gründe zu verbinden, warum bestimmte Versprechen ungültig sind, könnte der Begriff *impossibilis* selbst darstellen: So überliefert uns Justinian doch des Celsus Regel *impossibilium nulla obligatio* (D. 50,17,185) und eine ganz ähnliche Feststellung Ulpian's: *quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi* (D. 50,17,31). Zwei Überlegungen sollten uns aber davon abhalten, dieser Brücke zu trauen: Einerseits verwenden die klassischen, vor allem die spätklassischen Juristen *possibilis* und *impossibilis* zu unspezifisch, um von rechtlichen Begriffen im heutigen Sinne zu sprechen<sup>109</sup>, also von Begriffen, deren Grenze und Inhalt so festgelegt ist, dass sie innerhalb einer oder mehrerer Rechtsfiguren gleiche Funktion und Bedeutung erfüllen können. Andererseits taucht *impossibilis* zu spät in der römischen Rechtssprache auf, als dass er das heute so genannte „Unmöglichkeitsrecht“ hätte gestalten können. Immerhin scheint man seit der Hochklassik versucht zu haben, *impossibilis* zur Kennzeichnung solcher Leistungen zu verwenden, die die Gültigkeit eines Versprechens oder eines Vertrags hinderten. Dieser Umstand ist für sich genommen bereits bemerkenswert und untersuchenswert; doch betrifft er eben nur Fälle heute so genannter „anfänglicher Unmöglichkeit“ und andererseits sollte er nicht dazu verleiten, für die klassische Periode einen einheitliche „Unmöglichkeitsregel“ anzunehmen.

## 7. Epilog

Das wohl wichtigste Ergebnis unserer kurzen Untersuchung dürfte sein, dass unser modernes Verständnis von der „Unmöglichkeit der Leistung“ bislang Gemeinsamkeiten und Zusammenhänge in den römischen Quellen entdeckt hat, die es offenbar nicht gibt. Vor allem die deutsche Lehre hat sich seit Generationen bemüht, solche Gemeinsamkeiten nachzuweisen; gerade die deutsche Lehre aber steht – aus verschiedenen Gründen<sup>110</sup> – im Banne der moraltheologischen Regel *ultra posse nemo tenetur*. Das mahnt zur Vorsicht. Wir, die wir auf den Schultern von Pufendorf, Savigny und Mommsen stehen, die wir unser juristisches Denken an dem von diesen und anderen geschaffenen System des Zivilrechts geschult haben, gehen gerne und ohne weiteres davon aus, dass auch die Römer schon so gedacht und argumentiert hätten. Wozu auch Skepsis? Ist nicht unser Rechtssystem aus ihrem hervorgegangen? Ein solches dogmengeschichtliche Argument kann nur den deutschen Juristen beeindrucken; viele andere europäische Kodifikationen enthalten keine § 275 BGB entsprechende Bestimmung<sup>111</sup>. Sollte man dies aber nicht erwarten, wo doch auch jene aus der Tradition des römischen Rechts hervorgegangen sind? Offenbar wurde nicht als Regel erkannt, was heute von deutschen Juristen als Regel des römischen Rechts verstanden wird<sup>112</sup>. Wer etwa die Lösung des Code civil (Art. 1146) mit jener des BGB vergleicht, muss ohne weiteres zu dem Schluss kommen, dass das „Regelhafte“ an § 275 BGB wohl Produkt der Pandektistik ist. Dass schon Celsus eine entsprechende Regel formuliert habe soll (D. 50,17,185), kann die moderne Romanistik nicht beeindrucken: So wie D. 50,17,31 ist auch D. 50,17,185 aus dem Zusammenhang gerissen<sup>113</sup>;

<sup>108</sup> Etwa D. 50,17,182 (PAUL. 3 *ad Vitell.*): *res quae extra commercium sunt nec per damnationem utiliter legantur*. Weitere Hinweise bei CUENA BOY, *Impossibilidad* (Anm. 6), 39 ff.

<sup>109</sup> Dazu o. 3.

<sup>110</sup> Dazu o. 2.

<sup>111</sup> Vgl. die Hinweise o. 1.

<sup>112</sup> Vgl. insb. HARKE, *Unmöglichkeit* (Anm. 6), 37 ff.

<sup>113</sup> So schon FRITZ PRINGSHEIM, *The inner relationship between English and Roman Law*, in: *Cambridge Law Journal* 5 (1935), 347-365, ... (= DERS., *Gesammelte Abhandlungen*, vol. I, Heidelberg, 1961, ... ff., 87).

womöglich hatte Celsus wie Ulpian der „Regel“ sogar widersprochen. Die umfangreiche Kasuistik und der uneinheitliche Begriff des *impossibile* lassen andere Entscheidungsgründe, sowohl in Fällen anfänglicher Gültigkeitshindernisse, als auch nachträglicher Leistungsstörungen vermuten.

Unserer Beschäftigung mit den römischen Quellen sollte immer die Frage nach unserem modernen Standpunkt vorausgehen: So sehr wir auf „juristisches Vorverständnis“ angewiesen sind, um die spezifisch juristischen Quellenprobleme verstehen zu können, so sehr müssen wir uns um Genese und Gestalt unseres heutigen Standpunkts vergewissern<sup>114</sup>. Wie stellen wir heute die Rechtsfrage, in der es in den Quellen zu gehen scheint? Wie verstehen wir heute die Rechtsfigur, den Begriff, den wir untersuchen wollen? Wie hat diese Figur, dieser Begriff sich ausgebildet? Warum stellen und lösen wir die Rechtsfrage heute in dieser Weise und nicht anders? Die Genese unserer heutigen Auffassung zu kennen, bewahrt davor, sie ohne weiteres in den Quellen vorauszusetzen. In aller Regel enthält sie nämlich Elemente, Vorstellungen und Denkfiguren aus der Zeit der Rezeption: Gerade die scholastische Jurisprudenz des Spätmittelalters, die christliche Moralthologie und schließlich die Moralphilosophie der Aufklärung haben Rechtsfragen neu gestellt und neu beantwortet oder doch bis heute prägende Begriffs- und Systembildung geleistet. Stammen moderne Vorstellungen, Argumente oder Begriffe aus jener Zeit, sollte uns das zu besonderer Vorsicht mahnen, wenn wir dieselben Vorstellungen, Argumente oder Begriffe schon in den römischen Quellen zu lesen meinen.

Zweifellos ist die abendländische Rechtskultur ein Schmelztiegel, in dem verschiedene Ingredienzen ununterscheidbar verschmolzen wurden. Nicht alles Philosophische darin stammt aus der Zeit des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit; aber wenn man – wie im Recht der „anfänglichen Unmöglichkeit“ – nicht fragt, welche philosophischen Einflüsse begriffsprägend waren, blendet man auch 2000 Jahre Rechtsgeschichte aus. Zweifellos weisen die *natura rerum* und der Begriff *impossibilis* auf griechischen Einfluss, doch ist unser modernes Verständnis der Regel *impossibilium nulla obligatio* von der imputationstheoretischen Unmöglichkeitslehre bestimmt, die sich in Moralthologie und Naturrecht etabliert hatte. Und schließlich gilt es zu beachten, dass, wäre alles Philosophische an der Unmöglichkeitslehre schon römisch, Fälle ungültiger Stipulationen, Legate und Kaufverträge schon vor der Zeit entschieden wurden, in der wir einen Einfluss griechischer Philosophie ansetzen dürfen. Was an der römischen Unmöglichkeitslehre aber römischem Denken und was begriffliche Überformung der späteren Zeit zu verdanken ist, harret nach wie vor einer genauen Untersuchung.

---

<sup>114</sup> Exemplarisch in dieser Hinsicht MARIA FLORIANA CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno Aquiliano*, Milano 2002, die – ehe sie die römischen Quellen untersucht – Inhalt und Genese des heutigen Begriffs der “Rechtswidrigkeit” klärt.