

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXVIII

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
2001

JOOST PIKKEMAAT

Rechtswissenschaft zwischen Tradition und Moderne: Viglius van Aytta (1507–1577) über D. 12.1.18

Spricht man von der Rechtswissenschaft in der frühen Neuzeit, so tritt gleich das Spannungsfeld zwischen *mos italicus* und *mos gallicus* zu Tage. Die Reichskammergerichtsordnung von 1495 verpflichtete Richter und Beisitzer in der Eidesformel dazu, „nach des reichs gemeynen rechten ... dem hohen und dem nidern ... gleich zu richten“. Dieser berühmte Satz hält die erstaunliche Tatsache fest, dass am Ausgang des Mittelalters das Römische Recht in Deutschland als geltendes Reichsrecht betrachtet wurde.¹ Die Rechtswissenschaftspflege war zu dieser Zeit geprägt von der nach dem Land ihrer Herkunft genannten italienischen Methode. Auch Viglius van Aytta hat in dieser Tradition sein Jurastudium angefangen. Nachdem er 1507 als Sprössling eines angesehenen, in der Nähe von Frieslands Hauptstadt Leeuwarden in den nördlichen Niederlanden ansässigen Bauerngeschlechtes das Licht der Welt erblickt hatte, schickte sein Onkel Bernhard Bucho van Aytta, langjähriger Rat Kaiser Karls V. im Haag, den Neffen zur Universität Löwen, wo der vielversprechende Student nach einem Humaniorastudium in dem von Erasmus gegründeten *Collegium Trilingue* 1524 an der Juristenfakultät immatrikuliert wurde. Dem jungen Viglius, der sich aufgrund seines Studiums von der humanistischen Geistesrichtung sehr angezogen fühlte und sich schon zu einem glänzenden Stilisten entwickelt hatte, genügte die *mos italicus*-Atmosphäre an der Löwener Fakultät offenbar nicht. 1526 siedelte er nach Dôle über, wo die neue Richtung des *mos gallicus* stärker im Unterricht vertreten war. Dauernd in Verbindung mit den humanistischen Methoden, übte Viglius sich in der Rechtswissenschaft, erwarb 1529 in Valence den Doktorhut und wurde schließlich in Bourges Schüler und

¹ K. KROESCHELL, Die Rezeption der gelehrten Rechte und ihre Bedeutung für die Bildung des Territorialstaates, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, I. Teil, Stuttgart 1983, p. 279.

Assistent von Alciatus, für den er 1531 als Stellvertreter seine ersten Vorlesungen hielt. Diese *peregrinatio academica* wurde mit einer Reise nach Padua abgeschlossen, wo er 1532 zeitweilig für ein Jahr zum Professor der Institutionen berufen wurde.² Das Ergebnis dieser Vorlesungen an der noch wenig von den neuen französischen Einflüssen berührten Fakultät³ veröffentlichte Viglius 1534 bei Froben in Basel unter dem Titel *Commentaria in decem titulos Institutionum*. Zur gleichen Zeit wurde, ebenfalls bei Froben, seine berühmte Ausgabe der Theophilusparaphrase publiziert, die er im Vorwort Kaiser Karl V. widmete: beide Ausgaben vorzügliche Zeugnisse eines den *mos gallicus*-Prinzipien gemäß arbeitenden Gelehrten.⁴ Hierauf folgten seine ersten Schritte in die Rechtspraxis, die ihn 1534 über das bischöfliche Offizialat in Münster⁵ zum Reichskammergericht nach Speyer führten.⁶ Als Assessor fungierte er bis Dezember 1537, als er einen Lehrstuhl, den er bis 1542 innehielt, an der Universität zu Ingolstadt annahm.

In diesem Beitrag,⁷ der seiner Professorentätigkeit an der Juristenfakultät von Ingolstadt gewidmet ist, soll sein Unterrichtsstil illustriert und anhand eines Fragments aus seinem Vorlesungszyklus über den Digestentitel 12.1, *De rebus creditis*, eingehender erläutert werden. „Wo immer an den deutschen Rechtsfakultäten eine ständige Vertretung des Römischen Rechts eingerichtet wurde, drängte die Entwicklung auf drei Ordinarien: den Kodizisten, der über den *Codex* und das *Digestum vetus* (D. 1 – D. 24.2) las; den Pandektisten, der über das *Infortiatum* (D. 24.3 – D. 38) und das *Digestum novum* (D. 39 – D. 50) las; und den Institutisten, dem die Vorlesung über die Institutionen oblag.“⁸ Viglius war zum *professor primarius* ernannt worden; ihm waren somit die bedeutendsten Teile des *Corpus Iuris Civilis* anvertraut, *Codex* und *Digestum vetus*, denn der Kodizist war der

² F. POSTMA, *Viglius van Aytta als humanist en diplomaat 1507–1549*, Zutphen 1983, p. 40.

³ B. HERMESDORF, *Wigle van Aytta van Zwichem*, Leiden 1949, pp. 34, 38 und 39.

⁴ R. DEKKERS, *Het humanisme in de rechtswetenschap in de Nederlanden*, Antwerpen, 's-Gravenhage 1938, p. 64.

⁵ Zu dieser Zeit: R. SCHULZE, Der niederländische Rechtsgelehrte Viglius van Zwichem, in: *Westfälische Zeitschrift* 101/102 (1953), pp. 183–230.

⁶ Hierüber eingehend: R. M. SPRENGER, *Viglius van Aytta und seine Notizen über Beratungen am Reichskammergericht (1535–1537)*, Nijmegen 1988.

⁷ Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. P. L. Nève, danke ich verbindlichst für das kritische Durchlesen des Aufsatzes und seine wertvollen Bemerkungen.

⁸ K. H. BURMEISTER, *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, Wiesbaden 1974, p. 101.

Ordinarius legum schlechthin. Die Vorlesungen der deutschen Kodizisten, die in einem vierjährigen Kursus jährlich alternierend über den *Codex* und das *Digestum vetus* lasen, folgten der italienischen Methode.⁹ Burmeister zeigt, dass die Schwerpunkte, die in den aufeinanderfolgenden Jahren das Rechtsstudium beherrschten, insbesondere Titel aus den Digestenbüchern 1, 2 und 12 sowie den Codexteilen 2 und 6 betrafen. Es sind gerade diese Schwerpunkte, die auch sonst in der Literatur und in der Gelehrtenkorrespondenz eine herausragende Rolle spielten. Als Viglius in Ingolstadt zu lehren begann, erklärte er in seiner Antrittsvorlesung, er wolle sich den altherkömmlichen Gewohnheiten nicht entziehen, wie es sein Vorgänger tat, sondern den festgesetzten Digestentitel 12.1, der jetzt an der Reihe sei, wie auch sonst an den Universitäten üblich, behandeln.¹⁰

Viglius hatte sich in seinem arbeitsamen Leben daran gewöhnt, die täglichen Vorgänge sehr detailliert zu notieren. Die Sammlung, die aus diesen Arbeiten hervorgegangen ist, war am Ende seines Lebens wahrscheinlich die größte, welche im sechzehnten Jahrhundert von einer Privatperson in den Niederlanden niedergeschrieben worden ist. Nach seinem Tode ist sie in mehrere Bestände aufgeteilt und in ganz Europa zerstreut worden.¹¹ Hinsichtlich der in Ingolstadt gehaltenen Vorlesungen steht uns eine Sammlung von Manuskripten zur Verfügung, die alle in der königlichen Bibliothek zu Brüssel aufbewahrt werden. Diese Handschriften sind in vier Teilen katalogisiert und nur teilweise von Viglius selbst aufgezeichnet worden.

– Manuskript 3224–7, ganz in der Handschrift des Viglius, beginnt mit seiner Antrittsvorlesung in Ingolstadt und enthält zudem die Niederschrift des Inhaltes der einzelnen von Viglius in Ingolstadt von Dezember 1537 bis Ende September 1538 gehaltenen Vorle-

⁹ BURMEISTER, *Studium der Rechte* (Fn. 8), p. 103.

¹⁰ Dieser Vorgänger namens Mathias Albers, der von der Professur zu Ingolstadt in das Kanzleramt des Kardinal-Erzbischofs von Salzburg wechselte, hatte schon ein Jahr zuvor, ganz im Gegensatz zu dem üblichen Lehrplan, den Digestentitel 12.1 *De rebus creditis* abgehandelt: 'Et quamquam ... cognoverimus ... Matiam Alberum ... nuper vero ab reverendissimo Cardinale et Archiepiscopo Salisburgensi ad cancellarium officium accitum, ... non observata aliorum gymnasiorum consuetudine, ... nos tamen non ideo ab ista consuetudine recedendum putamus,' Manuskript 3224–7 Königliche Bibliothek Brüssel, fol. 12v. Siehe meinen Beitrag: *De inaugurele rede van Viglius van Aytta aan de universiteit van Ingolstadt*, in: *Van oud en nieuw recht. Handelingen van het XVde Belgisch-Nederlands Rechtshistorisch Congres Universiteit Gent 16 en 17 april 1998*, Antwerpen 1998, p. 64 s.

¹¹ POSTMA, *Viglius van Aytta* (Fn. 2), pp. 9–11.

sungen über die Digestentitel 12.1 und 12.2, wobei Viglius dies mit akribischer Genauigkeit notiert hat.

- Ein zweites Manuskript, katalogisiert unter der Nummer 3344–8, fängt nicht in der Handschrift von Viglius an, sondern bringt auf den ersten 112 Folios nur Zusammenfassungen¹² der Vorlesungen über D. 12.1 und 12.2, die in der oben erwähnten Handschrift aufgezeichnet wurden. Ab Folio 112 ist es wieder die Handschrift von Viglius, die die Vorlesungsreihe vom 22. Oktober 1538 bis zum Juni 1539, Codexgesetze aus dem ersten und zweiten Buch betreffend, aufzeichnete.¹³
- Das dritte und das vierte Manuskript, katalogisiert unter den Nummern 3575 beziehungsweise 3574, sind zwar nicht von Viglius selbst aufgezeichnet, jedoch mit seinem Unterricht in Ingolstadt durch einige Anmerkungen und Datierungen verbunden. Sehr wahrscheinlich ist solches ein Beweis dafür, dass Viglius diese Aufzeichnungen in seinen eigenen Vorlesungen benutzt hat, ja diese sogar zum Gegenstand einer vollständigen Vorlesungsreihe bestimmt hatte. Das genannte dritte Manuskript, das mit der Jahreszahl 1539 versehen wurde,¹⁴ besteht aus Notizen über Titel, die den Digestenbüchern 1, 2 und 4 entnommen sind, während die vierte Handschrift, auf deren Lederumschlag „1541“ notiert wurde, Notizen zu Gesetzen aus dem sechsten Buch des *Codex* enthält. Anhand dieser Manuskripte und der jeweiligen Datierungen lässt sich sehr genau eine Rekonstruktion des Lehrplans für den Unterricht erstellen, den Viglius während seines Ingolstädter Aufenthalts den Studenten erteilt hat.¹⁵

¹² In seiner bisher nicht veröffentlichten Brüsseler Doktorarbeit *Viglius' colleges De rebus creditis te Ingolstadt* (1997) weist R. FORRÉZ für dieses Manuskript darauf hin, dass es einzelne Beispiele gebe, die nicht im ersten Manuskript notiert seien (p. 9); Viglius hat offenbar manchmal mündlich mehr Einzelheiten mitgeteilt, als er niedergeschrieben hat. Wir beschränken uns auf die erste Handschrift, weil diese erschöpfend die Grundgedanken des Viglius bezüglich des hier zu behandelnden Textes enthält.

¹³ Vom 28. September bis zum 22. Oktober waren die sogenannten Michaelisferien, siehe H. WOLFF, *Geschichte der Ingolstädter Juristenfakultät 1472–1625*, Berlin 1973, p. 74.

¹⁴ Manuskripte 3575 und 3574 in der Königlichen Bibliothek Brüssel. 3575 trägt die Datierung ‚Rainae, 8 Decembris 1539, lectio 9‘. Weil in Ingolstadt die Pest wütete, musste die Universitätsbevölkerung nach Rain übersiedeln und bis Oktober 1540 dort verweilen. So POSTMA, Viglius van Aytta (Fn. 2), p. 74.

¹⁵ Vergleiche R. J. CUTLER MAW, *Humanism and Legal Education during the Reception of Roman Law in Germany*, Columbia University, Ph. D., 1974 (nicht veröffentlichte Doktorarbeit), pp. 190–196, und R. FORRÉZ, *Viglius' colleges* (Fn. 12), p. 20 s.

Daraus dürfen wir schließen, dass Viglius im Dezember 1537 mit den Digestentiteln 12.1 *De rebus creditis* und 12.2 *De iureiurando* begonnen hat; 1538–1539 las er über *Codex* 1.14, 2.1 und 2.3; 1539–1540 wurden Digesten 1.1, 1.3, 1.21 und 2.1 unterrichtet, während in den Jahren 1540–1541 verschiedene Titel aus dem sechsten Buch des *Codex* im Hörsaal von Viglius erläutert wurden. Dieses *Curriculum* stimmt recht genau mit den Schwerpunkten überein, die, wie gesagt, in der damaligen Literatur und im Unterricht vorherrschten, der dem *mos italicus* gemäß erteilt wurde.¹⁶

„Mit den Vorlesungen am Vormittag beauftragt [der *primarius* las nur morgens] habe ich mich entschlossen, den Anfang meiner Vorlesungen dem Digestentitel *De rebus creditis* zu widmen. Denn hierbei verfolge ich den alten Brauch fast aller Schulen in Italien, Frankreich und Deutschland, weil vom Anfang dieses Unterrichts ab fast überall in diesem Jahr der letzte Kurs, der aus dem zweiten Teil des *Digestum vetus* und dem zweiten Teil des *Digestum novum* besteht, behandelt wird.“¹⁷ So hat Viglius in seiner Antrittsvorlesung die Einteilung seines Unterrichts begründet.

Das Fragment, das wir zur näheren Interpretation der Lehrmethode von Viglius in Betracht ziehen wollen, ist gerade dieser Vorlesungsreihe über Digesten 12.1 entnommen.¹⁸ Es handelt sich um die Auseinandersetzung mit der *Lex Si ego*, D.12.1.18, die er in seiner Vorlesung am Samstag, dem 16. März 1538, begann und am 19. März, nach drei Lektionen, beendete.¹⁹ Der Text D. 12.1.18 wurde

¹⁶ BURMEISTER, *Studium der Rechte* (Fn. 8) liefert in einer Tabelle einen Vergleich der Gliederung des Unterrichts einiger deutscher Universitäten im 16. Jahrhundert (p. 103 s.); das Ingolstädter Programm stimmt, was die Themen anbelangt, weitgehend mit diesem Schema überein. Nur die Aufteilung auf die jeweiligen Jahre weicht davon ab. Bemerkenswert ist dagegen, dass Digesten 12.1 *De rebus creditis* überall an den deutschen Universitäten während des gleichen Jahres gelehrt wurde: Das Beispiel aus Frankfurt an der Oder lautet nur „1541, D. 12.1“. Viglius stellt in seiner Antrittsvorlesung die Unterrichtseinteilung vor, in der D.12.1 am Ende des vierjährigen Kurses steht. Burmeister erwähnt in seiner Gliederung die Behandlung von D. 12.1 im dritten Jahr, wobei er sich auf das angegebene Quellenmaterial der jeweiligen Universitäten stützt.

¹⁷ „Ego ad matutinam lectionem deputatus, ab titulo *De rebus creditis* initium prelegendi facere constituerim, secutus videlicet antiquam gymnasiorum paene omnium Italiae, Galliae atque Germaniae consuetudinem, cum a principio studii paene ubique hoc anno ultimus cursus, qui consistit in secunda Digesti veteris et secunda novi, prelegatur.“, Ms. 3224–27, fol. 12r.

¹⁸ Ms. 3224–27, fol. 100r–105r (einschließlich).

¹⁹ „Cepta Sabbato 16 Martii L Si ego ff Si certum petatur“, Ms. 3224–27, fol. 100r; „Finita 19 Martii 1538 per tres lectiones“, fol. 105r. Für ihre unerlässliche paläographische Unterstützung möchte ich Frau Dr. R. M. Sprenger ganz besonders danken.

seit Beginn der europäischen Rechtswissenschaft stets mit dem Inhalt der Digestenstelle 41.1.36 in Verbindung gebracht, weil diese beiden *leges* sich auf den ersten Blick völlig widersprechen. Wo immer D. 12.1.18 studiert oder gelehrt wurde, musste zwangsläufig auch D. 41.1.36 herangezogen werden, und dies ist auch bei Viglius der Fall. Der Inhalt der beiden *leges* lautet :

D. 12.1.18. Ulpian, Buch VII seiner Disputationes

Wenn ich dir Geld, gleich als wollte ich es schenken, gegeben haben werde, du aber es als ein Darlehn annehmen solltest, so, schreibt Julianus, finde keine Schenkung Statt; aber ob es ein Darlehn sei, ist zu untersuchen. Und ich glaube, dass es auch kein Darlehn sei, und vielmehr die Gelder nicht [zum Eigenthum] des Empfängers werden, da er sie in einer andern Meinung erhalten hat. Darum wird er, wenn er sie verbraucht haben sollte, wenn er gleich auf die Condition gehalten ist, doch die Einrede der bösen Absicht gebrauchen können, weil die Gelder, dem Willen des Gebers gemäß, verbraucht worden sind. § 0.1. Wenn ich dir [Geld,] gleich als ob ich es niederlegte, werde gegeben haben, du aber es als ein Darlehn annehmen solltest, so ist es weder ein Niederlegungs-, noch ein Darlehns-Contract. Dasselbe findet Statt, auch wenn du als ein Darlehn Geld gegeben haben solltest, ich es aber als zum Sehenlassen geliehen, angenommen habe; aber in beiden Fällen wird, wenn die Gelder verbraucht sind, die Condition ohne die Einrede der bösen Absicht Statt finden.²⁰

D. 41.1.36. Iulian, Buch XIII der Digesten

Wenn wir über den Gegenstand der Übergabe einig, über deren Grund aber verschiedener Ansicht sind, so sehe ich nicht ein, warum die Übergabe wirkungslos sein soll; zum Beispiel ich glaube, dir aus einem Testamente verpflichtet zu sein, ein Landgut übergeben zu müssen, und du glaubst, es gebühre dir auf den Grund einer Stipulation. Denn so ist es ja auch bekannt, dass, wenn ich dir baares Geld in der Absicht übergebe, es dir zu schenken, und du es, als sei es ein Darlehn,

²⁰ D. 12.1.18. *ULPIANUS libro septimo disputationum*. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

§ 0.1. Si ego quasi deponens tibi dederō, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accipi: sed in utroque casu consumptis nummis conditioni sine doli exceptione locus erit. Übersetzung: OTTO, SCHILLING, SINTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Bd. 2, Leipzig 1831.

annimmst, das Eigenthum auf dich übergehe, und kein Hinderniss darin liegt, dass wir über den Grund des Gebens und des Empfangs verschiedener Ansicht gewesen sind.²¹

Wegen seines anscheinenden Widerspruches zu D. 41.1.36 *Cum in corpus* ist D. 12.1.18 *Si ego* seit dem Anfang der europäischen Rechtswissenschaft immer ein Kernstück der Juristenausbildung gewesen. Der ganze Streit geht vor allem um die Natur und Struktur der Übergabe einer Sache als Art der Eigentumsübertragung – konkret darum, ob die Übergabe einer Sache einen selbstständigen Vertrag über die Eigentumsübertragung (einen sogenannten dinglichen Vertrag) zwischen dem Übergeber und dem Empfänger dargestellt hat oder ob die Übergabe nur der Vollzugsakt eines anderen Vertrages gewesen ist, der die eigentliche Grundlage der Übergabe und der Übertragung des Eigentums gebildet hat und dessen Zweck und Sinn gerade durch die Übergabe voll realisiert worden ist. In diesem Zusammenhang ergibt sich dann die Frage nach dem Grund der Übergabe (*iusta causa*) und nach dessen Bedeutung bei der Eigentumsübertragung durch Übergabe.²² Der anscheinende Gegensatz zwischen dem Ulpiantext und dem Juliantext bildet deshalb ein Kernlehrstück des Privatrechts schlechthin, weil er zur Auseinandersetzung mit zentralen Fragen des Vertrags- und Sachenrechtes Anlass gibt: (in der heutigen Terminologie) Wann kommt ein Vertrag zustande? Welche Form soll die Willenserklärung annehmen, um eine juristisch wirksame Obligation entstehen zu lassen? Bedarf die Eigentumsübertragung eines Grundes, der sich aus einer ihr zu Grunde liegenden Zweckvereinbarung ergibt, oder reicht zur wirksamen Eigentumsübertragung die bloße Absicht der jeweiligen Rechtssubjekte? Die ganze Problematik erscheint in jeder Gesellschaft, die das Institut des Eigentumsrechtes kennt, und es ist deshalb begreiflich, dass die

²¹ D. 41.1.36. IULIANUS *libro tertio decimo digestorum*. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum debere. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Übersetzung: OTTO, SCHILLING, SENTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Bd. 4, Leipzig 1832.

²² K. REBRO, Die Kontroverse zwischen Julian und Ulpian bei der Eigentumsübertragung durch *traditio* im römischen Recht, in: *Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum*, hg. von MIHAIL N. ANDREEV und ELEMÉR PÓLAY, Berlin 1968, Teil 1, p. 193.

Rechtsgeschichte immer wieder zu dieser Frage zurückkehrt.²³ Obwohl die Pandektenwissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts im Großen und Ganzen die Bedeutung dieser sich widersprechenden Texte erfasst zu haben meinte, so scheint doch die heutige Romanistik über die Frage der Lösung dieses Gegensatzes keine *communis opinio* erreichen zu können. Die Antinomie hat übrigens im 19. Jahrhundert den Anlass zu den Lehren des dinglichen Vertrages und des abstrakten Eigentumsübergangs gebildet.²⁴

²³ REBRO, Kontroverse (Fn. 22), p. 193.

²⁴ Kaser schreibt: „Die *traditio*, die physische Übereignung, ist kausal, d.h. sie verschafft Eigentum nur dann, wenn sie Vollzug einer gültigen Zweckvereinbarung ist, die eine Eigentumsverschaffung zum Ziel hat. Solche Zweckabreden sind ... Schenkung, ... Darlehenshingabe, auch die Schulderrückgabe. Dass man sich fallweise mit einer bloß vermeintlichen *causa* begnügt hätte, die der Erwerber für gültig gehalten hat (sog. Putativtitel), ist nicht sicher belegt. Kein Beispiel dafür ist der viel erörterte Fall eines Dissenses über die *causa*, bei dem der Geber Geld schenken, der Empfänger es als Darlehen will: Hier hat Julian den Eigentumserwerb bejaht (vermutlich aus dem Gedanken, dass, wer Geld schenken will, auch zu seiner Kreditierung bereit ist), Ulpian dagegen verneint.“ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München, 1971, p. 416 s. Kaser nimmt hier offensichtlich Bezug auf „In maiore minus inest“ aus D. 50.17.110pr. Hierzu R. BACKHAUS, *In maiore minus inest*, in: ZRG RA 100 (1983), p. 136; siehe auch: J. C. VAN OVEN, Die Antinomie D. 41.10.36–12.1.18pr., in: TRG 20 (1952), pp. 441–455; L. B. MER, Le problème du <dissensus> sur la *causa traditionis*, in: *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes* 23 (1961), p. 149 s.; P. VAN WARMELO, *Iusta causa traditionis*, in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Mailand 1982, pp. 615–653. Sehr prägnant fasst auch U. WESEL zusammen: Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, in: ZRG RA 85 (1968), p. 100 s.: „Aus den Quellen ergeben sich als zusätzliche Voraussetzungen für den Übergang des Eigentums bei formloser Übergabe drei Möglichkeiten. Die erste wäre, daß nach klassischem und justinianischem Recht ein einseitiger Übertragungswille des Eigentümers genüge, die *voluntas domini volentis rem suam in alium transferre*. Diese Möglichkeit könnte aus Gai. D. 41.1.9.3 und I. 2.1.40 herausgelesen werden. Das Willensmoment bei Gaius ist jedoch nur ein plötzlich auftauchender Gedanke zur Begründung dafür, daß die *traditio* dem *ius gentium* angehört. Er hatte weder bei ihm noch in den Institutionen Justinians, die ihn abschreiben, irgendeinen dogmatischen Inhalt, wohl aber durch seine Ausdeutung zum abstrakten dinglichen Vertrag bei Savigny schwerwiegende dogmatische Folgen [Fußnote: Vgl. Felgenträger, Friedrich Carl v. Savigny's Einfluß auf die Übereignungslehre (1927) 33 ff.; Fuchs, *Iusta causa traditionis* in der Romanistischen Wissenschaft (1952) 82 ff.]. Zum zweiten kommt die sogenannte kausale Einigung in Betracht, eine Art typisierter, aber abstrakter dinglicher Vertrag, im Sinne von Schulz und Voci [Fußnote: Schulz, SZ 52 (1932) 535 ff.; Voci, SDHI 15 (1949) 141 ff.; ders., *Modi di acquisto della proprietà* (1952) 67 ff. Dazu Jahr 163.]. Die in den Quellen genannte *iusta causa* wird verstanden als beiderseitiger Wille, aus einem bestimmten Kausalverhältnis – Kauf, Schenkung, Legat usw. – Eigentum zu übertragen. Der gültige Bestand des Rechtsgrundes sei dabei aber ohne Bedeutung. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu der von dem heute wohl überwiegenden Teil der Lehre angenommenen dritten Möglichkeit. Sie besteht in der Annahme, *iusta causa traditionis* sei das wirksame Vorliegen eines Rechtsgrundes für den Eigentumsübergang, in dem die Einigung darüber, daß Eigentum übergehe, enthalten ist. Das bloße Vorliegen

Was Viglius anbelangt, so musste auch er sich mit einer Vielzahl verschiedener Kommentare auseinandersetzen, die sich seit dem elften Jahrhundert zu einer gewaltigen Masse ausgeweitet hatten; hinzu kam der Unterschied zwischen den älteren Juristen, die in der traditionellen Rechtswissenschaftspflege des *mos italicus* standen, und den jüngsten, die, in der Schule des Rechtshumanismus aufgezogen, mehr oder weniger von der Tradition abweichende Meinungen vertraten. Wir werden sehen, wie Viglius in diesen verschiedenen Traditionen und Ansichten seinen eigenen Weg findet.

Die Abhandlung über D. 12.1.18 fängt er mit einer Beschreibung des Falles (des *casus legis*) an, der in diesem Text aufgeführt wird. Wie aus seinen übrigen Vorlesungen hervorgeht, beschreibt Viglius in der Regel, ehe er zur Erklärung des Tatbestandes übergeht, zunächst den Autor des zu behandelnden Textes. Er erläutert seine Lebensverhältnisse und gibt einen Überblick über seine Werke; besonders eingehend setzt er sich hierbei mit jenem Werke auseinander, dem die behandelte *lex* entnommen wurde.²⁵ Hier darf dies unterlassen werden, so Viglius, weil dem Autor und dem Titel des Werkes, den *disputationes*, schon bei der Behandlung vorangehender *leges* ausreichend Aufmerksamkeit geschenkt wurde.²⁶ Er fängt deshalb gleich mit der Auseinandersetzung des *casus legis* an, wobei er anmerkt, Julian habe den Fall nicht erschöpfend entschieden, weshalb Ulpian dasjenige, was fehlt, ergänze.²⁷

Im ersten Teil des Textes „wenn ich dir Geld, gleich als wollte ich es schenken, gegeben haben werde, du aber es als ein Darlehn annehmen solltest“ fragt Ulpian, ob es entweder eine Schenkung oder ein Darlehen gibt oder ob es keines von beiden ist; und daraufhin, ob wenigstens das Eigentum übergeht, und wenn es nicht übergeht, ob das Verbrauchte zurückgefordert werden kann; schließlich, ob in diesem Fall eine *exceptio* eingelegt werden kann. (Aber Viglius fügt

einer *iusta causa* ohne das Element einer entsprechenden Einigung genüge sicher nicht. Das ist wohl das einzige, was aus der Antinomie von Ulp. D. 12.1.18pr. und Iul. D. 41.1.36 gemeinsam und mit Sicherheit hervorgeht. Denn die Möglichkeit eines Dissenses in der *causa* setzt das grundsätzliche Erfordernis einer Einigung über die oder in der *causa* voraus.“

²⁵ Siehe zum Beispiel D. 12.1.1.

²⁶ Ms. 3224 „De auctore et titulo satis in aliarum legum praecedentium inscriptione dictum est“, fol. 100r. Für seine Hilfe bei den lateinischen Übersetzungen bin ich Herrn Dr. P. P. J. L. van Peteghem sehr erkenntlich.

²⁷ Ms. 3224 „Ulpianus, que cum non esset plene ab ipso Juliano decisa, supplet quae deerant“, fol. 100r.

hinzu, dass auch Ulpian selbst hier eine Frage ausgelassen hat, nämlich, ob in gleicher Weise die Klage und die Einrede eingelegt werden könnten, wenn die Sache nicht verbraucht worden wäre. Diese Frage wurde jedoch von der Glosse und von den Doktoren ergänzt.) Alsdann werden von Ulpian dieselben Fragen betreffs Eigentumsübergang und Zurückforderung aufgeworfen bezüglich des Falles, in dem es sich um einen Verwahrungs- und einen Darlehnsvertrag handelte. Er entscheidet sie auf gleiche Weise wie im ersten Fall, jedoch mit der Maßgabe, dass die Zurückforderungsklage, die *condictio*, nicht durch eine *exceptio* unterbunden werden könne. „Der Text ist klar“, sagt Viglius, und teilt ihn darauf in vier Teile ein. Diese Aufgliederung entspricht der betreffenden Digestenstelle, wie sie in der gedruckten Ausgabe der *glossa ordinaria* wiedergegeben ist.²⁸ Die mittelalterliche Wiedergabe des Textes 12.1.18, die altherkömmliche und im *mos italicus* maßgebliche, gibt nicht die Einteilung dieses Textes in 12.1.18*pr.* und 12.1.18.1, ganz im Gegensatz zu den späteren textkritischen Digestenausgaben, die unter humanistischem Einfluss veröffentlicht wurden, und zu den uns vertrauten heutigen Standardausgaben des *Corpus Iuris Civilis*.²⁹ Viglius gibt eine Einteilung anhand der jeweiligen Fallentscheidungen im Text. Dann weist die Stelle vier dieser Fallentscheidungen auf: 1. *Si ego ... cum alia opinione acceperit*. 2. *Quare si ... sunt consumpti*. 3. *Nam et si ego ... mutuum est*.³⁰ 4. *Idem est ... locus erit*. Viglius spricht von einem ersten, dritten und vierten Fall und lässt den zweiten erst einmal beiseite. Hätte er diese Gliederung aufgrund der Fallentscheidungen nicht einhalten wollen, würde er wohl vom ersten, zweiten und dritten Teil gesprochen haben. Der zweite Teil, der die Entscheidung über die Zulässigkeit der Kondiktion enthält, wird von Viglius abgehandelt, wenn er sich in seiner dritten Vorlesung mit der Glosse zu dem Wort *consumpserit* auseinandersetzt. Bezüglich des ersten Teiles führt

²⁸ Accursii *Glossa in Digestum vetus*, Venedig 1488 [Neudruck Turin 1969].

²⁹ Viglius war, wie aus seinen Vorlesungen hervorgeht (z. B. aus der über D. 12.1.1), die 1529 veröffentlichte Digestenausgabe des Haloander sehr wohl bekannt, in der unser Text auf die uns vertraute Art als D. 12.1.18*pr.* und 12.1.18.1 wiedergegeben ist. Das vom Nürnberger Rat geförderte Werk, daher oft als *editio nurembergensis* bezeichnet, war, so WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, p. 167, die erste humanistische, wenn nicht streng kritische Digestenausgabe auf der Grundlage der Florentiner Handschrift. Hierzu auch H. E. TROJE, *Graeca leguntur*, Köln, Wien 1971, besonders p. 26 s.

³⁰ Die nachmittelalterlichen Ausgaben bringen hier den Beginn des § 1. Da heißt es: D. 12.1.18.1 *Si ego quasi deponens ...*

Viglius aus, dass dieser Teil fünf Entscheidungen, oder *decisiones*, enthalte, die in ähnlicher Weise in dem Bartoluskommentar³¹ zu diesem Text unterschieden werden, wie Viglius in einer an dieser Stelle angebrachten Marginale bemerkt.³² Die fünf Entscheidungen lauten folgendermaßen: Erstens handele es sich nicht um eine Schenkung, zweitens liege aber auch kein Darlehen vor, drittens wird begründet, weshalb kein Eigentum übergeht, viertens wird ausgesagt, dass eine Kondiktion gegeben ist und fünftens wird begründet, weshalb die *condictio* durch eine *exceptio* abgewehrt werden soll.

Im dritten Textabschnitt (D. 12.1.18.1 in den jüngeren Digestenausgaben) wird in gleichartiger Aufteilung das Entstehen eines Vertrages ebenso verneint wie der Eigentumsübergang, denn es käme weder ein Verwahrungs- noch ein Darlehensvertrag zustande, und hier greife wohl die Kondiktion, ohne dass sie durch eine *exceptio* abgewehrt werden könne. Der vierte Teil des Textes sagt in wenigen Worten dasselbe, nur dass jetzt der Gebende der Meinung war, ein Darlehen zu geben, der Empfänger aber glaubte, es sei ein Leihvertrag.

Nach dieser Aufgliederung leitet Viglius zu den *notabilia* der Doktores über und fängt mit der Glosse zu *ostendendi* in D. 12.1.18 an, wo es heißt, „dass aus den im Text aufgenommenen Entscheidungen folgt, dass Eigentum nicht übergehe, es sei denn, beide stimmten überein.“³³ Diese Regel trifft wohl in den letzten zwei Fällen des Textes zu, woraus als *ratio maior* hervorgeht, dass aus einem Verwahrungs-

³¹ „Adverte ergo, quod in hac lege debes considerare. Primo + [3] speciem contractus, et ista impeditur propter errorem causae. Secundo domini translationem. et ista + [4] etiam impeditur propter errorem causae. Tertio + [5] consumptionem, et ista reconciliat domini translationem, non autem reconciliat contractum invalidum propter dissensum, ut hic, sicut etiam non reconciliat contractum invalidum propter non consensum de rigore, ut vidistis in D. 12.1.12. Quarto est consideranda actio: et in hoc inspicitur animus accipientis, in quantum facit contra eum. Quinto est consideranda exceptio, et in hoc inspicitur animus dantis in quantum facit contra eum, et ideo in duobus ultimis casibus huius legis non oritur exceptio, quia neutrius animus tendit ad haec. (hoc?)“, BARTOLUS DE SASSOFERRATO, *Commentaria in secundam partem digesti veteris*.

³² „Textus est clarus. Prima pars habet quinque decisiones: non esse donationem, secunda non esse mutuum, tertia non transire dominium et rationem, 4a conditionem dari, 5a exceptionem cum ratione eius.“ [In margine:] „Et ista quinque eodem modo considerat Bartolus hic in verso Adverte“. „Tertia pars duas, 1o neque depositum esse, 2o neque mutuum, omittit tertiam an transeat dominium, credo quod non, 4am an detur condictio, decidit postea quod sic, 5am an exceptio quod non. Quarta. Paucis dicit idem esse scilicet neque mutuum neque commodatum, et dominium non transire tum dari conditionem, eamque non submoveri exceptione.“, fol. 100r.

³³ „Et sic iex predictis tribus responsis colliges sic dominium non transire nisi uterque consentiat“, fol. 100r. Ähnlich in der *glossa ordinaria* zu dem Wort *ostendendi*.

oder einem Leihvertrag an sich kein Eigentum übergeht, weil nicht beide Kontrahenten über den Eigentumsübergang einig sind. In dem ersten Textabschnitt dagegen darf sehr daran gezweifelt werden, ob dieses *notabile* zutrifft, denn hinsichtlich des Eigentumsüberganges besteht doch Willensübereinstimmung, weil sowohl aus einem Darlehen als auch aus einer Schenkung Eigentum übergeht, wie es auch die *lex Cum in corpus* D. 41.1.36 darstellt. Die von Viglius aus der Glosse zitierte Regel, dass Eigentum nicht übergehe, wenn keine Willensübereinstimmung zugrunde liegt, erweist sich deshalb als nicht immer zutreffend, weil in D. 41.1.36 der Eigentumsübergang bejaht wird, offensichtlich ohne Willensübereinstimmung betreffs des zu Grunde liegenden Vertrages, der Anlass zur Übereignung hätte sein müssen. Im Gegensatz dazu soll dieses *notabile* nach dem *summarium* von Bartolus zu D. 12.1.18 so verstanden werden, dass Dissens nicht nur den Vertrag verhindert, sondern auch den Eigentumsübergang.³⁴ ³⁵ Gibt es also keinen Vertrag, dann wird auch der Empfänger nicht zum Eigentümer, trotz der Willensübereinstimmung bezüglich des Eigentumsübergangs. Und Viglius betont, dass der Text das Entstehen eines Schenkungsvertrages verneint, wenn nicht beide Kontrahenten meinten, es handele sich in diesem Falle um eine Schenkung.³⁶ Damit weist er die Meinung des Decius zurück, der in seinem Kommentar *De regulis iuris* angeblich die von Seiten des Gebenden vorgenommene und ausgeführte Schenkung im ersten Teil unseres Textes, womit der Empfänger aber nicht übereingestimmt hat, als eine *praesumpta donatio* kennzeichnet. Einen derartigen Tatbestand betrachtet Decius als hinreichend für den Eigentumsübergang.

Viglius behauptet, die *lex* nehme keine Schenkung an, wenn nicht Kenntnis hinsichtlich der Art des Vertrages auf der Seite des Empfängers vorhanden sei, denn gerade aus dem Wissen um die Art des Vertrages gehe der Konsens hervor. Dieser Konsens muss nicht un-

³⁴ 'Posset autem hoc notabile ita fieri potius secundum summarium Bartolum quod dissensus impediatur contractum et etiam dominii translationem', fol. 100v.; Summarium Lex Si ego, 1 Error in causa contractus quando impediatur translationem dominii; 3 Error in specie contractus quando impediatur contractum', BARTOLUS, in *secundam partem digesti veteris*, Venedig 1526 [Neudruck Rom 1996], fol. 15r.

³⁵ Bemerkenswert an dieser Äußerung ist, dass Bartolus in seinem Kommentar, der Viglius ohne Zweifel zur Verfügung stand, von *error* (in causa contractus) spricht, wo Viglius stattdessen konsequent den Ausdruck *dissensus*, Meinungsverschiedenheit, verwendet. Viglius gibt in seinem Text dafür keine Begründung.

³⁶ 'Ad Decii opinionem respondi quod quod Lex [12.1.18] non presumat donationem nisi in scientia utriusque', fol. 101r.

bedingt *expressus* sein, sondern darf auch stillschweigend erzielt werden, aber ohne ihn kommt kein Vertrag zu Stande. Eben weil der Dissens die Vertragsentstehung verhindert, geht das Eigentum nicht über, dagegen darf der Empfänger die Rückforderung der Sache ablehnen, eben „... weil sie dem Willen des Gebers gemäß verbraucht worden ist“. Der Verbrauch der Sache heilt demnach den Mangel an Willensübereinstimmung hinsichtlich der Art des Vertrages mit Blick auf die Wirksamkeit des Eigentumsübergangs, nicht jedoch in Bezug auf den Vertrag selbst.³⁷

Daraufhin erläutert Viglius, wie sich die Glosse zu D. 12.1.18 zu der *Lex Cum in corpus* D. 41.1.36 verhält, die ein allgemeines Thema darstellt und damit im Gegensatz zu unserer *Lex Si ego* zu stehen scheint. Dort heißt es nämlich, dass der Dissens betreffs der *causa*, der Ursache der Eigentumsübertragung, die Eigentumsübertragung selbst nicht verhindert.³⁸ Zur Überwindung dieses offensichtlichen Gegensatzes zwischen den zwei Texten gibt Accursius in seiner *glossa ordinaria* zwei Lösungen, die seinen Nachfolgern zur Grundlage ihrer jeweiligen Kommentare dienten, wo immer von der Antinomie zwischen D. 12.1.18 und D. 41.1.36 die Rede war.

Die erste Lösung³⁹ läuft darauf hinaus, dass die Glosse hier behauptet, in D. 12.1.18 sei der Wille desjenigen, der die Sache durch Schenkung übertragen will, nur darauf gerichtet, dass das Eigentum der Sache aus keinem anderen Grund als aus dem Schenkungsvertrag übergehe; in D. 41.1.36 dagegen könne die Eigentumsübertragung ihren Grund in einer Schenkung haben, aber derjenige, der das Eigentum übergehen lassen will, stimme auch jeglichem anderen Anlass zur Übertragung zu.⁴⁰ Aber Accursius, so fährt Viglius fort,

³⁷ ‚consumptio domini translationem reconciliet, non contractum‘, fol. 101r.

³⁸ ‚primo obstat dum generale proponit thema. Dissensum in causa non impedire translationem domini sive traditionem‘, fol. 101v.

³⁹ Viglius schreibt diese erste Lösung, die Accursius in seiner Glosse gibt, Rogerus zu: ‚Respondet hic Accursius duobus modis, unum secundum Rogerum‘, fol. 101r. Viglius erwähnt nicht, woher diese Angabe stammt.

⁴⁰ Glosse auf 12.1.18 *Si ego*: ‚Solutio. Hic erat certa causa ex qua sola volebat dominium transferre, id est donatio, nec ex alia causa volebat rem ad alium pertinere. Ibi etiam aliter volebat fieri rem accipientis.‘ In ähnlichen Worten gibt Accursius diese Lösung in seiner Glosse auf D. 41.1.36 *Cum in corpus*: ‚Solutio. Hic (41.1.36) debebam tibi rem ex causa mutui, sed non recolens. rem tibi tradidi ex causa donationis, tu tamen ut debitum recipisti. Et sic putabas tibi numeratam. Sed in lege contraria (12.1.18) non eram debitor, hic ergo in causam debiti assumemus.‘ *Corpus glossatorum Juris Civilis VII, Accursii Glossa in Digestum vetus*, Venedig 1488, Turin 1969, p. 385 s. und in *Glossa in Digestum novum*, p. 120.

begründet diese erste Lösung keineswegs,⁴¹ weshalb Bartolus sie mit einem Wort abweist, eben weil sie nur eine Vermutung enthält.⁴² Alciat dagegen, der bedeutendste Wegbereiter des Rechtshumanismus und Lehrer des Viglius, folgt dieser Lösung, wie er selber sagt;⁴³ aber entweder, sagt Viglius, verstehe er die Glosse nicht oder, so scheint es Viglius, sei seine Meinung eine andere.⁴⁴ Denn Alciat selbst behaupte, dass Eigentum dann übergehe, wenn der Wille desjenigen, der schenken möchte, auf der Schenkung beharre. Anscheinend verlässt durch dieses Beharren des Tradenten der *accipiens* seinen ursprünglichen Willen und fügt sich dem des Tradenten. „Aber unwiderleglich geht doch aus den Worten der Glosse und der Erklärung des Albericus hervor, dass in dem Falle, in dem der Wille des *tradens* auf eine bestimmte *causa* abzielt, *unser* Text, D. 12.1.18, spricht, und dass demnach das Eigentum nicht übergeht, eben weil der Wille des Schenkers bestimmt ist.“⁴⁵ Man soll es in dem Sinne verstehen, dass immer dann, wenn die *voluntas* des Übertragenden *obdurata*, d. h. bestimmt auf den Schenkungsvertrag gerichtet, ist und der Empfänger meint, aufgrund eines anderen Vertrages die Sache zu bekommen, das Eigentum nicht übergeht, denn derjenige, der schenken will, gibt keinen Raum für eine eventuelle andere *causa*, wäre diese auch zur Eigentumsübertragung fähig. Die Ansicht von Alciatus setzt einen angenommenen Konsens bei dem *accipiens* voraus, aber in Sachen, die sicher sind, ist keine Annahme notwendig, sagt Viglius. Weil in D. 41.1.36 von Dissens die Rede ist, können wir nicht sagen, es würde vermutet, die Kontrahenten hätten übereingestimmt. Denn falls in D. 41.1.36 beim Empfänger Konsens vorhanden wäre, würde nicht nur

⁴¹ ‚pro hac solutione nihil inducit neque allegat Accursius‘, fol. 101r.

⁴² ‚ideo Bartolus eam uno verbo reprobat quia continet divinationem‘, fol. 101r.; ‚Certe ista continet divinationem‘, Bartolus, *Commentaria super prima ff. novi, Titulus Si certum petatur, ad legem Si ego*. Jedoch, so Viglius, scheint Bartolus dieser Lösung in seinem Kommentar zu D. 1.19.1 zu folgen: ‚Bartolus tamen videtur eam sequi in L 1a supra De officio procuratoris Cesaris in prima lectura.‘ fol. 101v.

⁴³ ‚Et Alciatus eam sequitur, uti ipse dicit,‘ fol. 101v. ‚sicque Iuliani responsum, l. cum in corpus. de acq. rer. dom. aliqui veteres intellexerunt, Gl. hic & Bar. l. de offi. procu. caes. quod & ego probo.‘ Alciati *Commentaria in ff. tit. Si certum petatur, &c. Lex XVIII. Si ego*.

⁴⁴ ‚sed tamen aut non intellexit glossam aut diversa eius esse sententia mihi videtur‘, fol. 101v.

⁴⁵ ‚Dicit enim ipse quod quando omnino est obdurata voluntas dantis quod tunc dominium transeat, ... Sed aperte constat ex verbis glosse et declaratione Alberici, quod in isto casu loquitur textus noster et quod non transeat dominium, scilicet in obdurata voluntate dantis.‘ fol. 101v.

der Eigentumsübergang stattfinden, sondern auch der Schenkungsvertrag erfolgen, wovon dort überhaupt nicht die Rede ist. Nicht nur stimme deshalb dieses Verständnis des Alciatus nicht mit dem Text überein, sondern stehe auch unmittelbar im Gegensatz zu unserer Glosse.⁴⁶ Hierauf wird von Viglius die Ansicht des Petrus Besutius, die er dem Werke Jason entnommen hat, widerlegt.

Die zweite Lösung, die Antinomie zwischen den beiden Texten zu überwinden, wird von Viglius anhand der Glosse zu D. 41.1.36 gelehrt; sie stellt kurzerhand darauf ab, dass in D. 41.1.36 ein Schenkungsversprechen der Kontrahenten der Übergabe der Sache vorausgeht. Während der Übergabe meint der Empfänger jedoch, es handele sich um ein Darlehen. In D. 12.1.18 handele es sich dagegen um eine Handschenkung, die erst bei der Übergabe der Sache vollzogen werde. Diese Lösung wird von Viglius in drei Möglichkeiten aufgeteilt.

Zuerst könne man in D. 41.1.36 ein der Ausführung vorangegangenes Schenkungsversprechen annehmen: Ich hatte dir versprochen, zehn zu schenken und nachher erfülle ich dieses Versprechen aus gerade dieser Schenkungsverpflichtung, aber du meinst, diese Übergabe betreffe ein Darlehen und akzeptierst das Geld in dieser Annahme. In diesem Falle wird das Eigentum übertragen. In unserem Text D. 12.1.18 soll das zum Eigentumsübergang benötigte Kausalgeschäft, d. h. die Schenkung, gerade bei der Übergabe der Sache entstehen, was durch das Wort *donaturus* bezeugt würde. Dort, im anderen Text, weist der Abschnitt *donandi gratia*, d. h. ‚in der Absicht es zu schenken‘, welches in der Glosse als *ex causa donationis implendae*, ‚aufgrund der Erfüllung des Schenkungsvertrages‘, erklärt wird, auf eine Schenkung hin, die zwar vereinbart, aber noch nicht durch Übergabe des Gegenstandes vollendet worden war. Nach Bartolus scheine diese Auslegung durch die Glosse an sich richtig; er begründet deswegen den Eigentumsübergang mit der Befreiung von der Verpflichtung. Aber Viglius meint, dass die Auslegung von *donandi gratia*, wie sie die Glosse vornimmt, nämlich als *donationem implendi*, nicht befriedigend sei. „Denn vielleicht könne ein solcher Unterschied festgestellt werden, dass dort, in D. 41.1.36, von einer *donatio praesens*

⁴⁶ Alciati intellectus praesupponit presumptum consensum, sed in certis non est opus coniecturis. Cum ergo ille textus loquitur in dissensu non possumus nos dicere praesumi eos consensisse. Nam si illic consensus esset accipientis, non solum dominii fieret translatio verum etiam donationis succederet contractus de quo tamen nihil. Ergo non solum ille intellectus non congruit textui, sed directo est contra glossam nostram hic, fol. 102r.

die Rede war, hier in D. 12.1.18 aber von einer zukünftigen Schenkung, von einer *donatio futura*. Denn unser Text spricht von *donaturus* und demgemäß wird die Eigentumsübertragung verhindert, nicht so sehr wegen des Dissenses hinsichtlich der *causa*, sondern deswegen, weil die Schenkung noch nicht vollzogen war, aber eine Erwartung zu schenken bestand. Hieraus würde dann die bemerkenswerte Wirkung erfolgen, dass derjenige, der gibt in der Erwartung zu schenken, nicht mit einer *exceptio* zurückgewiesen werden kann, wenn er eine Rückforderungsklage einstellen würde.⁴⁷

Die zweite Lösung kann auch folgendermaßen verstanden werden, dass in D. 41.1.36 die Erfüllungsverpflichtung nicht unbedingt aus einem Schenkungsversprechen hervorgehen solle, sondern z. B. auch durch einen Kaufvertrag entstehen könne.⁴⁸

Drittens spricht Viglius von der Möglichkeit, die auf denselben Effekt hinausläuft, dass aus einem Darlehen eine Rückzahlungsverpflichtung besteht, wobei der Empfänger auf dieselbe Bezug nimmt, während der Tradent ohne Verpflichtung zu geben meint. Eigentum geht in diesem Falle zugunsten der Befreiung von der Rückzahlungsverpflichtung über. „Immerhin sei betreffs der Auswirkung kein Irrtum möglich, denn die Übergabe der Sache führe, entweder wegen eines Schenkungsversprechens oder zur Erfüllung eines anderen Rechtsgeschäftes, stets eine unwiderrufliche Übertragung herbei, wohingegen in D. 12.1.18 die *traditio* des Darlehens wegen widerrufen werden darf.“⁴⁹ Dies ist die Lösung von Oldradus, die auch von den Doktoren Bartolus, Albericus, Alexander, Aretinus, Jason und Decius und sogar von Alciatus, dem Lehrmeister des Viglius, befolgt worden ist.

Trotz alledem steht uns nicht nur das Beispiel aus D. 41.1.36 beim Verstehen des Textes im Wege, sondern es bleibt auch die allgemeine Aussage, dass eine Eigentumsübertragung ohne gültigen Vertrag nicht stattfindet. Weil in unserem Text nichts über den Vertrag oder über

⁴⁷ „Posset tamen forte talis constitui differentia quod ibi donatio praesens fuit, hic futura. Dicit enim iste textus donaturus, et sic dominii translationem impediri non tam propter dissensum causae quam quia non erat perfecta hic donatio, sed tamen spes donandi. Quo sequeretur mirabilis effectus quod qui dedit spe donandi possit exceptione submoveri.“ fol. 103r.

⁴⁸ „Secunda solutio est quod ibi praecessit debitum ex alia causa veluti emptionis.“ fol. 103r.

⁴⁹ „et in effectu non sit error quia sive ex causa donationis sive ex causa solutionis res traditur semper idem est effectus translationis irrevocabilis cum hic sit revocabilis propter mutuum.“ fol. 103r.

eine bestimmte *causa* festgesetzt ist, dann darf also nichts anderes zusammenhängen.⁵⁰ Viglius hatte zuerst gemeint, die Aussage Julians in D. 41.1.36 sei in D. 12.1.18 von Ulpian korrigiert worden. Viglius brachte dazu die Argumente vor, dass Ulpian auch an dieser Stelle Julian zitiert und auch, dass Julian in D. 41.1.36 sagt, es sei nicht einzusehen, warum die Übergabe wirkungslos sein solle, Ulpian aber hier eine Begründung dafür gibt. „Und wenn ihr sagt, weshalb dann Tribonianus die Aussage Julians in den Digesten hinterlassen hat“, antwortet Viglius, „weil nämlich diese Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Ulpian mehr in einer Subtilität differiert als in der Auswirkung. Denn obgleich Ulpian will, dass Eigentum nicht übertragen wird, behauptet er doch, die *exceptio* stehe der Rückforderung im Wege, und so kommt er auf dasselbe zurück. Hieraus könnt ihr schließen, dass die Ansichten Julians und Ulpians sich in der Auswirkung nicht unterscheiden.“⁵¹

Danach, Viglius ist in der dritten Vorlesung angelangt, schreitet er zur Erklärung der Glosse zum Wort *consumpserit*, wo es heißt: *Sed quid si extent? Responsum: idem, quia cum extent, utriusque voluntate videtur reconciliari posse donatio. [argumentum supra De transactionibus, lege Et si post rem iudicatam § ultimo et § 1.]* Accursius entscheidet hier den Fall, der von Ulpian ausgelassen wurde, wie Viglius schon in der Darlegung des Textes zu Beginn dieser Vorlesungsreihe erwähnte. Den Fall nämlich, dass das Geld, sogar wenn es nicht von dem Empfänger verwendet worden wäre, sondern bis jetzt noch vorhanden sei, vindiziert werden könnte, dass aber die *exceptio* dem Vindizierenden gegenüber gestattet werden solle.⁵² So will es die Glosse, und offensichtlich stimmten viele alte *doctores* – Bartolus,⁵³

⁵⁰ ‚Verum obstat non tantum exemplum in d. L Cum in corpus, sed etiam generalis propositio, ... Item obstat etiam ratio hic cum alia opinione acceperit. Et cum non constet de contractu et de causa certa, ergo neque debet quicquamque aliud coherere‘, fol. 103v.

⁵¹ ‚Itaque ego principio putabam Juliani dictum in dicta lege Cum in corpus per Ulpianum hic corrigi et utebar argumento quod et hic Julianum citet et ulterius quod ille illic se non animadvertere dicit, hic parat Ulpianus eius rationem. Et si dicas cur ergo reliquit Tribonianus sententiam Juliani in digestis, quia scilicet ista discordia Juliani et Ulpiani magis subtilitate differt quam effectu. Etenim etsi non transferri dominium velit Ulpianus, dicit tamen ob stare exceptionem et sic in idem recidit. Concludendo igitur habetis effectu non differe opinionem Juliani & Ulpiani.‘ fol. 103v.

⁵² ‚Decidit hic Accursius casum ab Ulpiano omissum uti supra notavi, in casu quod scilicet etiam non consumpta pecunia et adhuc extante, detur exceptio contra vendicantem‘, fol. 104r.

⁵³ ‚Consumptio rei licet reconciliet dominii translationem, non tamen reconciliat contractum invalidum‘, Bartolus ad D. 12.1.18.

Nicolaus und Richardus, auch Raphael Cumanus – hierin überein, wie den Schriften des Albericus de Rosate entnommen werden könne. Paulus de Castro behaupte sogar, Alexander, Baldus und Angelus seien mit der Glosse einverstanden. Und neulich habe Decius erklärt, er sei derselben Meinung, nämlich die *ratio legis* bestehe darin, dass der Empfänger das Geld dem Willen des Schenkers gemäß bei sich habe.⁵⁴ Offensichtlich entscheidet der Wille desjenigen, der das Geld zu schenken vermeint, darüber, ob die Einrede gegen die Kondiktion des ‚Gebenden‘ bestehen solle oder nicht, weil er von Anfang an dachte, das Geld oder gleich welche Sache ohne Gegenleistung an den anderen zu übergeben. Diesem Argument, das dem Text D. 39.5.25 entnommen ist,⁵⁵ zollt auch Decius starken Beifall.

Nicht alle *doctores* sind damit einverstanden: Jason⁵⁶ führt viele auf, die das Gegenteil behaupten und nicht mit der Glosse und der Ansicht des Decius einverstanden sind, und für diese Ansicht gibt Jason eine Begründung, die *a contrario sensu legis* ist. Andere Argumente scheinen schwächer zu sein: Alciatus unterscheidet in seinem Kommentar die verschiedenen Ansichten, er bringt sie in Einklang und bemerkt sogar öfters, dass Decius seinem Gegner Jason gegenübersteht.⁵⁷ Kurz, obwohl die Autorität der Glosse und des Bartolus groß ist und deren Ansicht von vielen Doktoren gebilligt wird, würde Viglius fürchten, der Richter folge eher dem Mittelweg, der gemäß den übereinstimmenden Doktoren zur Lösung des Konflikts der heutigen verschiedenen Ansichten für die Praxis aufgestellt wurde.

⁵⁴ ‚Et idem tenet ... novissime dominus Decius ex ratione legis nostrae, quia secundum voluntatem tuam nummos retineo‘, fol. 104r.

⁵⁵ D. 39.5.25 Iavolenus, libro VI. epistolarum. *Si tibi dederim rem ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam ei dederis, an factam eius putes? Respondit: si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad iuris subtilitatem, accipientis facta non est, et tu furti obligeris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summovei.* (Fratres Kriegelii ed., Leipzig 1861). „Wenn ich dir eine Sache [über]geben habe, damit Du solche dem Titius in meinem Namen schenkest, und Du sie ihm in Deinem Namen übergeben hast, glaubst Du, dass dieselbe sein Eigenthum geworden? Ich habe das Gutachten ertheilt: Wenn ich Dir eine Sache gegeben, damit Du sie dem Titius in meinem Namen schenkest, und Du ihm solche in Deinem Namen gegeben hast, so wird sie, nach der Strenge des Rechts, nicht Eigenthum des Empfängers, und Du wirst wegen Diebstahls verantwortlich: aber der Billigkeit angemessener ist es, dass ich, wenn ich gegen Denjenigen, der die Sache empfangen hat, klagen will, durch die Einrede der Arglist zurückgewiesen werde.“ Übersetzung: OTTO, SCHILLING, SENTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Leipzig 1832.

⁵⁶ JASON DE MAYNO, *In primam et secundam Digesti veteris partem Commentaria*.

⁵⁷ ‚Alciatus distinguit et concordat ... et facit etiam nonnumquam dominus Alciatus quod Jasoni obiicit hic Decius eius rivalis‘, fol. 103v.

Ferner ist es an dieser Stelle für den modernen Leser interessant anzumerken, dass Alciatus tatsächlich noch eine weitere Nuancierung anbringt, in den Theorien über die Gestattung der Einrede im Falle des noch vorhandenen Geldes, beziehungsweise wenn die Sache noch bei dem Empfänger ist. Wo die Glosse, Bartolus und auch Viglius die Gewährung einer *exceptio* im Falle einer Rückforderungsklage des Gebenden für angebracht halten, Jason und die von ihm Angeführten dagegen nicht, gibt Alciatus dem Empfänger des Geldes nachträglich die Möglichkeit, eine Schenkung zu Stande kommen zu lassen, um auf diese Weise die Gewährung der Einrede zu begründen.⁵⁸

Was man auch immer von den verschiedenen Ansichten halten mag, Folgendes sollte klar und deutlich hervorgehoben werden: Erstens, dass Bartolus und auch Paulus, Alexander, Decius und andere der Glosse folgen; aber Viglius ist hiermit nicht ganz einverstanden, denn die Glosse scheint hier zu wollen, dass die *donatio* mit dem nachher eintretenden Willen ausgesöhnt wird.⁵⁹ Und auf diese Weise scheint nicht nur das Eigentum übertragen zu werden, sondern es wird sogar der Vertrag geheilt, d. h. der Vertrag wird nachher als ein rechtlich wirksamer, gültiger Vertrag angesehen. Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch zu der Äußerung des Bartolus, wenn er in seinem Kommentar zu D. 12.1.18⁶⁰ behauptet: „*Consumptio rei licet reconciliat dominii translationem, non tamen reconciliat contractum invalidum*“, denn nur das Eigentum solle geheilt werden, nicht jedoch der Vertrag.

Zweitens: Würde der Vertrag, die *donatio*, nachträglich als gültig betrachtet, dann würde zwangsläufig dem Geber überhaupt keine

⁵⁸ „At si rem non consumpseris, in dissensu primo perseverasse videris. unde ante ius tibi acquisitum, possum mutare sententiam, & rem repetere, quia donationem adhuc non acceptasti: *le. fin. in fin. de leg. nec acceptatio post poenitentiam meam facta, te iuaret, cum res amplius non sit integra: l. qui Romae. §. Flavius. ubi Bartol. de verbor. oblig. quia utriusque voluntas non convenit, l. si pater. de manumis. vin. l. si ego. §. si res. de iur. dot.* Unde existimaverim, si pecunia extet, & antequam ego repetam, tu protesteris ex causa donationis velle rem habere, perinde confirmari contractum, atque si consumpsisses: *argumen. l. si tibi dederim. de donat.* sicque Accursii, Bartolique crebrius receptam sententiam defendi.“ Andreae Alciati opera omnia, tomus II: In pandectas, Commentaria in titulo „*De rebus creditis*“, lex XVIII, Frankfurt 1617, p. 279 s.

⁵⁹ „Sed tamen glossa videtur hic velle reconciliari velle voluntate posteriore donationem“, fol. 104v.

⁶⁰ „Adverte ergo quod in hac lege debes considerare ... consumptionem et ista reconciliat dominii translationem, non autem reconciliat contractum invalidum“, BARTOLUS, *Commentaria in Digestum vetus*, 12.1.18, notabilium 4 & in verso *Adverte*.

Klage, d. h. keine Kondiktion, zustehen. Die *exceptio* wäre dann überhaupt nicht nötig, sie hätte in einem solchen Falle keinen Sinn. Viglius glaubt aber nicht, Bartolus habe Ähnliches im Sinne; eher meint er, die Auffassung des Bartolus und auch die allgemeine sei, dass nur wegen des Willen des Schenkers die Einrede zutrefte, weil er es einmal gewollt habe, obwohl das Eigentum nicht übergehe. In diesem Sinne bildet auch D. 39.5.25 ein sehr starkes Argument für diese Ansicht. Diese Digestenstelle gewährt – laut ihrer Glosse – die *exceptio*, ohne dabei einen Unterschied zu machen, ob die Sache, die von dem Empfänger in Besitz genommen wurde, verbraucht worden ist oder nicht.⁶¹ Decius, der schon vorher von Viglius angeführt wurde, ist mit dieser Ansicht einverstanden und zieht auch D. 2.15.7.1 hinzu, dessen Glosse einen Schritt weiter geht, indem sie sogar behauptet, auch die *donatio* selbst würde geheilt. Davon hält Viglius nichts.

Anscheinend nimmt Viglius den Willen des Schenkers zum Ausgangspunkt seiner Erklärung und schließt sich hiermit der Glosse zu D. 39.5.25 an, denn aus ihr geht, der Billigkeit – *aequitas* – wegen, die Einrede hervor,⁶² weil dieselbe Stelle bestätigt, dass kein Eigentum übergeht. Dieser Meinung folgen offensichtlich viele, aber nicht alle, weil die größere Zahl der Doktoren nicht einverstanden ist und entweder das Entgegengesetzte behauptet oder dem Mittelweg folgt. Nebenbei bemerkt Viglius an dieser Stelle, dass dieser Meinungsverschiedenheit wegen keine *communis opinio* hinsichtlich dieses Problems bestehe und der Richter, wenn er nicht der Meinung der Glosse, sondern einer anderen folge, nicht mit einem Syndikatsverfahren verklagt werden könne.⁶³ Jason ist nicht einverstanden und behauptet das Gegenteil.

Viglius meint, obwohl er nicht damit einverstanden ist, dass drei Argumente gegen die Gewährung der *exceptio* im Falle der nichtkonsumierten Geldsumme sehr stark sind: erstens, dass aus dem Argu-

⁶¹ Glosse zu D. 39.5.25, auf das Worte *agam: i. e. rei vendicam*; d. h., dass laut der Glosse *agere* als *revindicare* verstanden werden soll. Die Sache, die gegeben wurde, befindet sich offensichtlich noch bei dem Empfänger. Dieser Fall sieht also der von der Glosse zu D. 12.1.18 auf *consumpserit* aufgeworfenen Frage ähnlich, dass, wenn die Sache oder das Geld noch bei dem Empfänger ist, dem Beklagten die Einrede zukäme, falls der Gebende den Gegenstand zurückforderte.

⁶² In der Glosse zu D. 39.5.25, zu dem Wort *exceptione: Item nota equitatem prevalere stricto iuri*.

⁶³ Ein Syndikatsverfahren wurde eingeleitet zur Anfechtung von Unrechtmäßigkeit bei Justiz und Verwaltung; sehr ausführlich hierüber: W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig 1938.

ment *a contrario sensu legis* die Einrede nicht erheblich sei, wenn die Sache oder das Geld nicht verbraucht worden sind;⁶⁴ zweitens, dass ein nachträglich eintretender Konsens zur Heilung des Vertrages nicht ausreichend sei; drittens, dass die Lehre von Bartolus in zwei anderen *leges* behauptet, die *exceptio doli* müsse mit einer *replicatio* – einem Gegeneinwand – versehen werden.

Viglius hält von den Ansichten von Alciatus und Jason jedoch nichts, weil keine entscheidende Begründung gegeben werden könne, weshalb die *exceptio* im Falle der *nummi consumpti* zutreffender sei, als wenn das Geld nicht konsumiert worden wäre. Er meint, in Fällen, die von dem Recht ausgelassen worden sind, müsse gemäß eines gleichartigen Falles entschieden werden. Deswegen beharrt Viglius auf seinem Standpunkt und betont, D. 39.5.25 gebe ein gutes Argument zur Gewährung der *exceptio*.⁶⁵

Schlussbetrachtung

Wie oben schon erwähnt sind die viglianischen Vorlesungen ihrer äußeren Gestaltung wie ihrem Inhalt nach bemerkenswert, wenn wir das Zeitalter, in dem Viglius lebte, nebst seiner humanistischen Ausbildung und seinem beruflichen Hintergrund betrachten. Als Viglius den Inhalt von D. 12.1.18 zu lehren beginnt, benennt er sofort die Hauptfrage, indem er die Glosse zu *ostendendi* (ut supra) hinzuzieht: „Weil aus *depositum* oder *commodatum* an sich kein Eigentum übergeht, kann man nicht sagen, dass beide Parteien in der Übereignung einig waren.“ Diese *ratio maior* könnte *a contrario* ausgelegt werden, indem man sagt: Wenn also jeder Vertragspartner einen Vertrag vor Augen hatte, der auf den Eigentumsübergang zielte, wie im ersten Textabschnitt *donatio* und *mutuum*, dann geht Eigentum über. Eine derartige Schlussfolgerung wäre falsch, hält Viglius seinen Schülern vor: Ulpian habe sie ausgelassen, weil er gerade im ersten Textabschnitt den Eigentumsübergang verneint, obwohl *circa translationem dominii concurrat consensus*. Denn Ulpian erklärt dort ausdrücklich, dass die Münzen kein Eigentum des Empfängers werden, *magisque nummos accipientis non fieri*. Der Text D. 41.1.36, der dem widerspricht, wird von Viglius hinzugezogen und anhand der Auslegung

⁶⁴ Dieses Argument behauptet also, man solle die *leges* nicht zweckwidrig extensiv interpretieren, denn *nummi consumpti* seien nicht identisch mit *extantes nummi*.

⁶⁵ ... et ultra textus in L. Si tibi dederim argumentum valde facit, fol. 104v.

der Glosse interpretiert, womit Viglius eindeutig jegliche Möglichkeit der Eigentumsübertragung lediglich durch einen darauf zielenden Willen abweist. Die Problematik der Eigentumsübertragung kann nur im Zusammenhange mit der Existenz einer *causa*, d. h. mit dem Bestehen eines Vertrages, dessen Erfüllung unter anderem Übertragung von Eigentum einschließt, verstanden werden. Das Entstehen einer solchen *causa* sei grundlegend für die Möglichkeit der Eigentumsübertragung, lehrt Viglius. Er weist sehr bestimmt die Auffassung des Decius zurück, der in diesem Fall von D. 12.1.18 die Schenkung als eine *praesumpta donatio* bezeichnen möchte, die durch stillschweigende Zustimmung des Empfängers, als hinreichender Grund für die Übereignung, zu Stande kommt.

Offensichtlich bemüht sich Viglius den Grundsatz, dass kein Vertrag ohne Willensübereinstimmung beider Vertragsparteien hinsichtlich der Art desselben zustande kommt, sehr deutlich hervorzuheben. In seiner Konklusion zu dieser Auseinandersetzung, fol. 103v., betont er explizit noch einmal die Bedeutung eines gültigen Vertrages: Wo es einen solchen nicht gibt, kann Eigentum nicht übergehen.⁶⁶ Damit übt er auch Kritik an der Glosse,⁶⁷ die von *reconciliare donatio consumptione* spricht, denn Viglius behauptet ausdrücklich, dass kein Vertrag angenommen werden darf, wenn nicht beiderseitige Willensäußerungen vorliegen. Solches anzunehmen würde auch dem Text widersprechen, weil Ulpian sagt, es komme kein Vertrag zustande und Eigentum gehe nicht über.

Darauf bringt Viglius seine eigene Ansicht zu diesem Text: Ulpian korrigiere Julian, indem er in D. 12.1.18 Julian zitiert. Die zwei Stellen, die nebeneinander abgehandelt werden, seien deshalb in den Digesten hinterlassen, weil sie sich eben nicht wesentlich unterscheiden, denn ihre Auswirkungen seien dieselben. Viglius meint aber, dass Ulpian in diesem Fall anderer Meinung war als Julian: Zeugnis dafür gebe das Wort „magisque“. Viglius kann also die Ansicht zugesprochen werden, dass Julian im Falle D. 12.1.18 Ulpians Meinung nicht geteilt hätte: Julian verneinte das Entstehen der *donatio*, hätte vielleicht das Entstehen eines *mutuum* angenommen und bestimmt den Eigentums-

⁶⁶ „Item obstat etiam ratio hic cum alia opinione acceperit. Et cum non constet de contractu et de causa certa, ergo neque debet quicquamque aliud coherere“, fol. 103v.

⁶⁷ Glossa Consumpserit ad D. 12.1.18: Sed quid si extant? responsum: idem quod cum extant. utriusque voluntate videtur reconciliari posse donatio. argumentum supra De transactionibus L Et si post rem iudicatam § ultimo et § 1.

übergang anerkannt. Viglius spricht hier nicht aus, ob seiner Meinung nach Julian das Entstehen des *mutuum* bejaht, also die Existenz einer *causa* impliziert. Wenn Viglius dergleichen nicht angenommen hätte, dann würde er damit praktisch anerkennen, dass es im Römischen Recht, zumindest in den Texten des *Corpus Iuris Civilis*, eine Art abstrakter Eigentumsübertragung gegeben hätte.

Sehen wir uns den letzten Teil dieser Auseinandersetzung an, die Auslegung der Glosse zu dem Wort *consumpserit*. Viglius spricht hier von „*pecunia adhuc extante, detur exceptio contra vendicantem*“. Es ist merkwürdig, dass Viglius, mit seinem feinen Gefühl für Nuancen, hier ohne weiteres das Wort *vendicantem* verwendet. Geld konnte im Römischen Recht mit einer *vindicatio* zurückgefordert werden, wenn die Summe abgeschieden bei dem Empfänger aufbewahrt worden war und der Spender dem Eigentumsrecht des Empfängers widersprach; man sprach in dem Falle von *nummi extantes*. Dagegen sprechen manche Texte in den Digesten und im *Codex* von der *Condictio* als Rückforderungsklage gegen den Empfänger. Hat dieser durch Vermengung⁶⁸ des Geldes mit eigenem daran Eigentum erworben, dann ist die Vindikation ausgeschlossen⁶⁹ und die Kondiktion tritt an ihre Stelle. Im Falle eines *mutuum* ist immer die Kondiktion einschlägig, weil es in der Natur dieses Vertrages liegt, dass der Empfänger die Summe verwendet. Weil eben im ersten Beispiel unseres Textes von *mutuum* die Rede ist, liegt die Vermutung nahe, dass der Empfänger meint, er könne die Summe Geldes ruhigen Gewissens mit seinem eigenen vermischen. Viglius, der unzweifelhaft von diesem Unterschied in den Quellen wusste, hätte auf diese Möglichkeit einer Kondiktion hinweisen sollen. Desweiteren weist Viglius noch auf die Inkonsequenz der Glosse hin: Zwar folgen ihr Bartolus, Paulus, Alexander, Decius und andere, aber ihre Auslegung derselben ist

⁶⁸ Die klassischen Quellen sprechen von *confusio*; der Ausdruck *commixtio* als Andeutung dieser Art des originären Eigentumserwerbes taucht erst im Mittelalter auf.

⁶⁹ „Die schon erwähnten Quellen stellen uns wiederholt vor die Alternative der *nummi extantes* und *nummi consumpti* und erklären bei jenen die *vindicatio*, bei diesen die *condictio* für zuständig. Danach dürfen wir umgekehrt aus der Vindizierbarkeit darauf schließen, wann die *nummi* als *extantes*, wann als *consumpti* angesehen worden sind. Hat der Empfänger durch Vermengung des Geldes mit eigenem daran Eigentum erworben, dann ist die Vindikation ausgeschlossen. Dies spricht dafür, daß unscheidbar vermengtes Geld als konsumiert galt“, M. KASER, Das Geld im Römischen Sachenrecht, in: TRG 29 (1961), p. 181 s.; Kaser weist in diesem Aufsatz aber auf die Tatsache hin, dass im klassischen Römischen Recht von Fall zu Fall entschieden wurde, ob die Münzen als konsumiert galten oder nicht; siehe auch p. 193.

inkonsequent und falsch. Die Gewährung der Einrede wird von Viglius sowohl im Falle der *nummi consumpti* wie auch im Falle der *nummi extantes* verteidigt, lediglich aufgrund des Textes von D. 12.1.18 und des dem hiesigen Falle ähnlichen D. 39.5.25, denn gleiche Fälle soll man auf gleiche Weise lösen. Aber er möchte nichts wissen von einem angenommenen oder vorausgesetzten Konsens bezüglich des zugrunde liegenden Vertrages oder des Eigentumsübergangs: Er lehnt jegliche gekünstelte Lösung über fingierte Willenserklärungen ab.

Merkwürdigerweise unterlässt Viglius, der jeden Text von allen Seiten prüft und sich nicht scheut, seine persönlichen Ansichten, unabhängig von denen der Doktoren, den Schülern mitzuteilen, Folgendes in Bezug auf D. 12.1.18: Obwohl es hinsichtlich des Obligationenrechtes richtig ist, dass in unserem Fall kein gültiger Vertrag geschlossen wird, hätte Viglius folgende Ansichten bezüglich dieses Textes vertreten können, die sich dem soeben erwähnten Gedankengang der *commixtio* anschließen. Der Empfänger hätte Eigentümer werden können, wenn er die ihm übergebene Summe mit seinem eigenen Gelde vermischt oder ausgegeben – also konsumiert – hätte, und dass diese Wahrscheinlichkeit nahe lag, weil er meinte, ein *mutuum* zu bekommen, wurde schon gesagt.⁷⁰

Im zweiten Fall von D. 12.1.18 kann derselbe Gedankengang vollzogen werden, wenn derjenige, der die Geldsumme gibt, meint, einen Verwahrungsvertrag abzuschließen, der Empfänger dagegen annimmt, es handele sich um ein Darlehen. Auch hier hätte Viglius auf die Möglichkeit des Eigentumsübergangs durch Vermengung hinweisen können, und weil *depositum* und *mutuum* beide auf Rückgabe abzielen, könnte die Kondiktion, welche sich aus der *commixtio* ergibt, nie abgelehnt werden, welcher bösen Einrede wegen auch immer.

Im dritten Fall ist schließlich von einem Darlehens- und einem Leihvertrag die Rede. Hier wäre es nicht wahrscheinlich, dass Eigentum durch *commixtio* übergehen würde, weil die Geldsumme vom Empfänger offensichtlich getrennt aufbewahrt wurde, nämlich zum Sehenlassen (*ostendendi gratia*). Jegliche *consumptio*, sowohl durch Vermengung wie durch Veräußerung, würde dann *doli mali* geschehen, weshalb statt der Vindikation die Kondiktion einschlägig wäre, die ebenfalls nicht mit einer Einrede zurückgewiesen werden könnte.

⁷⁰ *dolo malo* oder *bona fide* tut nichts zur Sache, denn in beiden Fällen würde Eigentum übergehen.

Ferner geht Viglius nicht ein auf das mehrfach in den Digesten enthaltene Prinzip *in maiore minus inest*, d. h. in dem, was mehr ist, ist immer auch das Wenigere enthalten. Angewendet auf D. 12.1.18 würde dieses Prinzip, das als *regula iuris* in D. 50.17.110 aufgenommen ist,⁷¹ die Annahme eines *mutuum* zulassen. Denn wer schenken will, der würde doch wohl auch einem Darlehen zustimmen. Eine Kondition ohne Einredemöglichkeit wäre in einem solchen Fall wohl möglich. Ulpian unterlässt eine derartige Aussage. Dies ist bemerkenswert, weil er in D. 45.1.1.4 eine Ansicht bezüglich der Entstehung einer *stipulatio* vertritt, welche gerade dieses Prinzip hervorhebt.⁷² In diesem Text heißt es, dass, wenn wir eine *stipulatio* abschließen, in der ich zwanzig stipuliere und du zehn versprichst, eine *stipulatio* für zehn entsteht. Vielleicht hat Ulpian in D. 12.1.18 nur Klarheit ins Vertragsrecht bringen wollen, und die Anwendung des erwähnten Prinzips auf die Situation in D. 12.1.18 würde zu weit führen. Es ist daher verwunderlich, dass Viglius, der angeblich jede mögliche Ansicht wiedergibt und kommentiert, nichts hierüber sagt. Es wäre möglich gewesen, auf diese Weise den Fall zum Vorteil des Schenkenden zu entscheiden, indem man ein *mutuum* annimmt, worin eine Rückzahlungsverpflichtung eingeschlossen ist.

Eine letzte Bemerkung bezüglich des Inhalts dieser Vorlesungen betrifft die *aequitas*.⁷³ Während der ganzen Auslegung zieht Viglius öfter die Glosse zu D. 39.5.25 heran; dort heißt es zum Wort *Exceptione*:

⁷¹ D. 50.17.110pr. 'In eo quod plus sit, semper inest et minus'.

⁷² D. 45.1.1.4, Ulpianus libro XLVIII ad Sabinum. *Si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse.* 'Wenn du, während ich mir zehn stipuliere, zwanzig antwortest, so ist bekanntlich die Verbindlichkeit nur auf zehn abgeschlossen. Und umgekehrt, wenn du auf meine Anfrage zwanzig, nur zehn antwortest, so wird die Verbindlichkeit auch nur auf zehn eingegangen sein; denn obgleich die Summen mit einander übereinstimmen müssen, so liegt doch ganz klar am Tage, dass in zwanzig auch zehn enthalten sind.' Übersetzung: OTTO, SCHILLING, SENTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Leipzig 1832. Siehe zum Beispiel auch Pomponius in D. 19.2.52 betreffs eines Pachtvertrages: 'si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.'

⁷³ Zur *aequitas* im *ius commune* siehe: E. M. MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in: *Etudes d'histoire du droit*, publ. par R. Feenstra e. a., Tome IV, Leyde 1966, pp. 142–156; H. LANGE, *Ius aequum und Ius Strictum* bei den Glossatoren, in: *ZRG RA* 71 (1954), pp. 319–347; J. HALLEBEEK, *Audi Domine Martine! Over de 'aequitas gosiana' en het beding ten behoeve van een derde*, Amsterdam 2000, pp. 6–8.

„*Item nota equitatem prevalere stricto iuri*“. In diesem D. 12.1.18 ähnlichen Fall geht die Billigkeit dem strengen Recht vor. Niemals aber suggeriert Viglius, dass die *exceptio* in D. 12.1.18 eine Auswirkung der *aequitas* sei oder dass vielleicht die Billigkeit dem strengen Rechte auch hier gegenüber gestellt werde, obwohl es laut der Glosse zu D. 39.5.25 eindeutig aus diesem Text hervorgeht.⁷⁴ Dass Viglius sich bei der Abhandlung des hiesigen Textes nicht über die *aequitas* äußert, hängt wohl mit seinen ausgeprägten diesbezüglichen Ansichten zusammen: In einem Brief an Bonifacius Amerbach zeigt er sich nicht als Verfechter der uneingeschränkten Anwendung der Billigkeit, wenn sie nicht deutlich aus den Gesetzen hervorgeht, sondern nach den freien Ansichten der Rechtsprechenden verwertet wird. Die *aequitas* allein kann ohne die Vorschrift der Gesetze nicht lange bestehen.⁷⁵ Diese Stellungnahme zeigt Viglius als sehr reserviert der Billigkeit gegenüber, und wir können sagen, dass er das Wort *aequitas* nur ungern in den Mund nahm und seine Erläuterungen möglichst auf die Ausdrucksweise beschränkte, wie sie aus den Gesetzestexten selbst hervorgeht.

Wenn wir uns die äußeren Aspekte dieser Vorlesungen vor Augen führen, dann ergibt sich, dass Viglius sich dem Vorlesungsschema unterwirft, das an der Universität Ingolstadt wie an dem größten Teil der europäischen Universitäten verwendet wurde. In seiner Antrittsvorlesung gibt Viglius eine ausführliche Begründung für diese Wahl der Vorlesungsgegenstände. Außerdem geht sie aus der Natur des damaligen Jurastudiums hervor: Das *Corpus Iuris Civilis* soll als geltendes, positives Recht an jeder Universität auf mehr oder weniger gleiche Art unterrichtet werden. Die *Glossa ordinaria* des Accursius und die wichtigsten Doktoren, wie z.B. Bartolus und Baldus, als älteste Interpreten des Römischen Rechtes bildeten deshalb die Standardauslegung, aus welcher die gesamte europäische Rechtswissenschaft hervorgegangen ist. Wo das *Corpus Iuris Civilis* für die praktische Anwendung unterrichtet wurde, musste der Unterricht auch die alten Doktoren umfassen. Hierin bildete die Universität Ingolstadt

⁷⁴ In der Glosse zu D. 39.5.25 auf das Wort *exceptione: Item nota equitatem prevalere stricto iuri sic*, ... *et supra Si certum petetur, Si ego*.

⁷⁵ G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel 1960, pp. 462–465. Der Autor zieht eine Verbindung zu dem Gedankengut Alciats hinsichtlich der *aequitas*: „Diese ... Stellungnahme des Viglius van Aytta erinnert an die ... Einstellung Alciats ... Die ausschließliche Herrschaft der normfreien Billigkeit wird entschieden abgelehnt und die Wichtigkeit des positiven Rechts nachdrücklich betont.“

keine Ausnahme, denn ihre Studienreglemente machten den Unterricht im *mos italicus* zur Vorschrift.⁷⁶ Bei dem *mos italicus* handelt es sich nicht nur um die Behandlung der vorgeschriebenen Autoren, sondern allgemein um eine Auslegungsmethode, die meist nach einem Merkvers von Matteo Gribaldi Mofa wiedergegeben wird: *praemitto, scindo, summo consumque figuro, perlego, do causas, connoto, objicio*.⁷⁷

Auch Viglius folgt im Großen und Ganzen diesem Schema, das durchgehend dem Erfahrungsgrad des Vortragenden angepasst wurde, indem er Glosse und Doktoren zum Ausgangspunkt seines Unterrichts macht. Er fängt an mit der Zerlegung des Gesetzes in die darin zusammengefassten Gedanken und fasst den Sinn kurz zusammen: *partitio* und Bildung der *summa legis*; er durchläuft den Text und hebt die Begründungen der Glosse hervor, weist auf *notabilia* hin, d. h. abstrahiert allgemeine Rechtssätze, und gibt Argumente *pro* und *contra*: *perlego, do causas, connoto, objicio*. Die accursische Glosse wird zur Grundlage seiner Vorlesungen gemacht, weshalb er sofort auf die Antinomie mit D. 41.1.36 stößt. Gleich darauf aber nimmt er Alciatus, seinen Lehrer, den bedeutensten Rechtshumanisten seiner Zeit, dazu und stellt fest, dieser habe seine Erklärungen der Antinomie aus den verschiedenen Lehren der Doktoren übernommen. Der Kommentar von Alciatus ist seinen Gedanken nie fern und wird in ständiger Abwechslung mit den Lehren des *mos italicus* abgehandelt. Es zeigt den unabhängigen Geist von Viglius, welcher sowohl aufgrund seiner Erziehung als auch aus eigener Überzeugung dem Humanismus, besonders dem *mos gallicus*, sehr zugewandt war, dass er dennoch seinem Lehrer keinen uneingeschränkten Beifall spendet. Alciatus will die *opinionones* der Doktoren in Einklang bringen,⁷⁸ und auf fol. 104v. wiederholt er diese Ansicht: *Alciatus concordat opinionones sed non est nova eius opinio*. Auf fol. 102r. heißt es: *intellectus Alciati praesupponit praesumptum consensum sed in certis non est opus coniecturis*. Viglius weist auf den Widerspruch der Lehre des Alciatus zu der Glosse hin und erklärt, dass die Auslegung von Alciatus die Antinomie nicht zu lösen vermag.⁷⁹ Das einzig Neue, was Alciatus

⁷⁶ H. WOLFF, Ingolstädter Juristenfakultät (Fn. 12), p. 34.

⁷⁷ BURMEISTER, Studium der Rechte (Fn. 7), p. 241.

⁷⁸ ,... conciliare ...', fol. 100v.

⁷⁹ ,Ideo credo ... nec Alciati opinionem ... huius legis antinomiam tollere', fol. 103r.

hinzufügt, ist grammatikalische Kritik, die aber von Viglius als nichts zur Sache tuend abgetan wird.⁸⁰

Von den zeitgenössischen Autoren werden neben dem bekanntesten humanistischen Rechtsgelehrten Alciatus auch die jüngsten Vertreter der Italienischen Schule aufgeführt, wie z.B. Alciats Lehrer Jason, dessen Auslegung bezüglich der Glosse zu *consumpserit* von Viglius eingehender Kritik unterworfen wird. Ferner überprüft Viglius ausführlich den Kommentar des Philippus Decius zu D. 50.17.53, worin eine Schenkung wie in D. 12.1.18 als ein rechtlich gültiger Vertrag konstruiert wird. Dass Viglius die Begründung von Decius nicht akzeptiert, wurde oben schon erwähnt. Das Traktat des Decius ist Teil seiner *Commentaria de regulis iuris*, die kurz zuvor erschienen waren.⁸¹ Daran zeigt sich, dass Viglius sehr präzise auf dem Laufenden war und sich in der zeitgenössischen Literatur sehr gut auskannte. Alle Lehrmeinungen werden gegeneinander abgesetzt, indem Viglius z. B. in Bezug auf Decius und Jason bemerkt: „Decius widerspricht hier seinem Gegner Jason.“⁸²

Bartolus wird ständig herangezogen, d.h. sein Kommentar zu D. 12.1.18 nebst allen Verweisungen. Viglius führt also eine Diskussion mit vielen: Odofredus, Baldus, Albericus, Alexander, Paulus de Castro, Angelus, Butrigarius, Romanus, den zwei Saliceti, Jason, Decius und Alciatus. Nicht alle Autoren aber stehen Viglius in Originalausgaben zur Verfügung: Einige sind Viglius nur durch Zitate bei anderen bekannt, wie z. B. Besutius, dessen Meinung Viglius aus dem Werk Jasons ableitet. Auch der Bartoluskommentar zu den Digesten stand Viglius zur Verfügung, *cum addicionibus* des Alexander, ebenso wie die Kommentare von Alexander selbst.⁸³ Seine Auswahl gibt einen Querschnitt von der Glosse bis zu den Zeitgenossen.

⁸⁰ „Duximus „creditam“ interpretandum „debitam“ in d. lege Cum in corpus“, fol. 103r. „Alciatus dicit quod hoc sit violare literam, cum creditam pecuniam accipiamus semper id est mihi a te creditam, non a me tibi ... Sed tamen creditum sepe pro debito posse accipi, notat Baldus in rubrica Codicis eodem (titulo)“, fol. 103v.

⁸¹ PH. DECIUS, *Commentaria de Regulis Iuris*: Der Anfang ist aus Vorlesungen in Valence um 1512 erstanden, in Pavia ist 1515 eine kleine Fortsetzung hinzugekommen; der größte Teil ist erst in Pisa ausgearbeitet worden, F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, VI. Band, Heidelberg 1850, p. 394 s. Die älteste mir bekannte Ausgabe stammt von 1530 und wurde in Lyon veröffentlicht, HELMUT COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, München 1977, p. 211.

⁸² ... quod Jasoni obiicit hic Decius eius rivalis, fol. 104r.

⁸³ WOLFF, Ingolstädter Juristenfakultät (Fn. 12), pp. 67–69. Das Bücherverzeichnis von 1508 weist die Texte aller hier genannten Autoren auf, außer dem Digesten-

Nachdem Viglius die wichtigsten Lehren zu D. 12.1.18 dargelegt hat, und zwar mit kritischen Beobachtungen und mit eigenen Anmerkungen, stellt er zuletzt seine eigene Ansicht vor. Er lehrt die Glosse, die die Antinomie zu lösen scheint und kommentiert seinen Lehrer Alciatus, der nichts Neues außer grammatikalischer Kritik bringe, welche er aber nicht einmal durchhalte. Viglius zeigt den Schülern, welche Lösungen die Richter an den Gerichtshöfen praktisch anwenden, und zieht die neuesten Lehren in seinem Kommentar heran. Aber er scheut sich nicht, seine eigene Ansicht, abstrahiert von der Glosse, nur aus textkritischen Gründen zu geben: „Hätte Julian diesen Fall entscheiden müssen, es gäbe eine andere Lösung.“ Viglius meint, man müsse sich abfinden mit der Antinomie zwischen D. 12.1.18 und D. 41.1.36. Indem er sagt, dass Ulpian und Julian nicht übereinstimmen, erkennt er – de facto – Meinungsverschiedenheiten im Römischen Recht an und stellt sich damit außerhalb der *communis opinio*. Durch den Verweis auf Differenzen im *Corpus Iuris Civilis* stellt Viglius das Römische Recht als nicht einförmig da. Diese Vorgehensweise zeichnet Viglius, der sich niemals von seinem humanistischen Hintergrund zu lösen vermochte, als wahren Humanisten aus. Er weiß, dass es ihm in der Praxis nichts bringt, und sagt auch den Schülern ausdrücklich, was dort gemacht wird. Trotzdem folgt dann diese, wir dürfen sagen: einfache Lösung, als wolle er andeuten, dass alles auf Interpretation und Auslegung beruht. Inwiefern Viglius die Konsequenzen seiner Ansicht, nämlich die Möglichkeit einer abstrakten Eigentumsübertragung, vorhergesehen hat, geht aus dem Text dieser Vorlesungen nicht hervor.⁸⁴

kommentar des Albericus de Rosate, Decius' *Commentaria de Regulis Iuris* und dem Kommentar des Alciatus; die Werke von Decius und Alciatus sind erst später erschienen und deshalb vielleicht nachher erworben worden – oder die Bücher dieser drei Autoren waren Privateigentum des Viglius.

⁸⁴ Herrn *studiosus iuris* Burkard Wollenschläger danke ich für seine sprachlichen Korrekturen.