

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 10

Die Entwicklung des Darlehensbegriffs
im römischen und im geltenden Recht
mit Beiträgen zur Delegation und Novation

Von

Dr. Ulrich von Lübtow

Professor an der Freien Universität Berlin



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

ULRICH VON LÜBTOW

**Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen
und im geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und Novation**

Berliner Juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Walter G. Becker, Karl August Bettermann, Hermann Blei, Arwed Blo-
meyer, Gustav Boehmer, Martin Drath, Erich Genzmer, Ernst Heinitz,
Heinrich Herrfahrdt, Ernst E. Hirsch, Götz Hueck, Hermann Jahrreiß,
Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Peter Lerche, Walter Meder, Dietrich
Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl
Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Fritz Werner, Franz Wieacker,
Herbert Wiedemann, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 10

zugleich Band II der Studien zum römischen und bürgerlichen Recht

**Die Entwicklung des Darlehensbegriffs
im römischen und im geltenden Recht
mit Beiträgen zur Delegation und Novation**

Von

Dr. Ulrich von Lübtow

Professor an der Freien Universität Berlin



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1965 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1965 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

*Dem Andenken an meine Eltern,
Regierungsrat Arthur von Lübtow
und seine Frau Elisabeth
geborene Foelschow,
gewidmet*

Vorwort

Die hier vorgelegten Untersuchungen sind zuerst durch die von Ulpian gefundene Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens (D.12,1,15) angeregt worden. Mit ihrer Analyse war der feste historische Boden für die weitere Klärung des Begriffes gewonnen, an den sich im modernen Recht so viele unklare und widersprechende Vorstellungen geknüpft haben. Die Ergebnisse, zu denen ich gekommen bin, will ich hier nicht vorwegnehmen; sie mögen für sich selbst sprechen. Der Exegese aller irgendwie mit D.12,1,15 gedanklich zusammenhängenden Quellenzeugnisse habe ich besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Je tiefer man in die Kasuistik der einzelnen Fragmente eindringt, desto mehr wird man nicht nur von dem Scharfsinn, sondern vor allem durch den feinen juristischen Takt der römischen Klassiker gefangengenommen.

Berlin, Anfang Februar 1964

Ulrich von Lübtow

Inhalt

§ 1. Überblick über die Entwicklung des römischen Darlehensbegriffes	15
§ 2. Africanus D.17,1,34 pr. (lib.8 quaest.)	22
A. Der Gedankengang	24
B. Kein Darlehen	24
C. Erster Fall: Darlehensvertrag zwischen Hinterleger und Verwahrer	25
D. Zweiter Fall: Darlehensvertrag aufgrund einer Anweisung (iussum, delegatio)	25
I. Die Entscheidung Julians	25
II. Die Delegation, ihre konstruktive Erfassung („Durchgangstheorie“) und ihre Wirkungen	29
1. Die beiden Grundformen	29
2. Die Durchgangstheorie	30
a) Ulpian D.24,1,3,9—13 (lib.32 ad Sab.)	31
b) Die Fiktion der doppelten datio bei Julian: D.23,3,49 (lib.5 ex Min.); D.46,1,18 (lib.90 dig.); D.39,5,2,2 (lib.60 dig.); D.24,1,39 (lib.5 ad Min.); Julian-Afrikan D.46,3,38,1 (lib.7 quaest.); D.46,3,34,7 (lib.54 dig.); D.46,3,34,3 (lib.54 dig.)	37
c) Pomponius D.47,2,44 pr. (lib.19 ad Sab.)	46
d) Ulpian D.46,3,18 (lib.41 ad Sab.); D.46,3,12,2 (lib.37 ad Sab.)	47
e) Celsus D.12,1,32 (lib.5 dig.); D.39,5,21,1 (lib.28 dig.)	47
E. Heranziehung eines ähnlichen Falles dafür, daß die Verneinung der Hauptfrage zutrifft und eine Analogie des ersten (C) und des zweiten (D) Falles abzulehnen ist	52
F. Ergebnis	53
§ 3. Ulpian D.12,1,9,9; D.12,1,10; D.16,3,1,34; Paul.sent.2,12,9; D.16,3,29,1	55
§ 4. Ulpian D.12,1,11 pr. (lib.26 ad ed.); D.19,5,19 pr. (lib.31 ad ed.)	64

§ 5. Ulpian D.12,1,15 (lib.31 ad ed.); D.14,6,3,3 (lib.29 ad ed.)	66
§ 6. Das „Vereinbarungsdarlehen“ des § 607 II BGB	81
A. Der Ausdruck „Vereinbarungsdarlehen“	81
B. Die moderne Dogmatik und das Gemeine Recht	81
C. Die Entstehungsgeschichte des § 607 II BGB	82
D. Ein praktisches Beispiel als Ausgangspunkt der Erörterung	84
E. Die Auslegung des § 607 II nach dem verschiedenen Willen der Parteien	84
F. Das Zustandekommen des Rückgabeanspruchs durch bloße Einigung	86
G. Die Konstruktion eines Aufrechnungsvertrages	87
H. Das Verhältnis von Hin- und Rückgabe der Valuta	89
I. Der Erlaß der Urschuld als Hingabe der Valuta	99
J. Die Übertragung des Wertes des Erlasses in das Vermögen des Darlehensnehmers	100
K. Das Behalten des Geschuldeten als Empfang der Valuta	102
L. Die „Verwandlung“ einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld. Novation	105
I. Die Definition der Novation	106
II. Das Verhältnis der Stipulation zu gleichzeitigen materiellen Verträgen	113
III. Die Urgeschichte der Novation. Allmähliche Erweiterung ihres Anwendungsgebietes	117
IV. Unbrauchbarkeit des Begriffes „Schuldumwandlung“	123
V. Die Abrede des § 607 II als Novation durch Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit	125
VI. Die Unterscheidung zwischen „Schuldumschaffung“ und „Schuldneuschaffung“	130
VII. Die Doppelwirkung der Novation	130
VIII. Die Kausa der Novation	131
IX. Der Novationsmodus	131
X. Kausale und abstrakte Novation	133

XI. Die Zulässigkeit der Novation im geltenden Recht. Zur Dogmatik des römischen und des justinianischen Novationsrechts. Folgerungen	137
M. Die Abrede des § 607 II als Änderung des Inhalts der Schuld.....	149
N. Abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkentnis	152
O. Novatorische oder akzessorische Wirkung	153
P. Umwandlung verbunden mit einem Schuldanerkentnis	153
Q. Das Verhältnis zwischen der alten Schuld und dem abstrakten akzessorischen Schuldvertrag	154
R. Die gemeinsamen Wirkungen des novatorischen und des akzessorischen abstrakten Schuldanerkentnisses	155
S. Die besonderen Wirkungen des novatorischen Schuldanerkentnisses	156
T. Die Konstruktion der duplex numeratio und ihre Wirkungen	156
I. Der Sinn der Fiktion der Hin- und Rückzahlung	156
II. Duplex numeratio und Sicherungen	159
III. Die Frage der Novation	164
IV. Nichtbestehen oder Nichtigkeit der Urforderung	164
V. Die der Urschuld entgegenstehenden Einreden	166
1. Die aufschiebenden Einreden	166
2. Die Dauereinreden, insbesondere die Einrede der Verjährung	167
VI. Die Verjährung des neuen Darlehensanspruchs	167
U. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs	168
Sachregister	171
Quellenregister	178

Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Ann.Perug.	Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Perugia
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchGiur.	Archivio Giuridico
BFH	Bundesfinanzhof
BGB-RGRK	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bull.	Bullettino dell'Istituto di diritto romano
DR	Deutsches Recht
GrünhZtschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IherJahrb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von R. Ihering
Ind.itpl.	Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur
IVRA	IVRA, Rivista internazionale di diritto romano e antico
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KritVjschr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Labeo	Labeo, Rassegna di diritto romano
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
Mnem.	Mnemosyne, Bibliotheca philologica Batava
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NNDI	Novissimo Digesto Italiano
OLG	Oberlandesgericht oder Entscheidungen der Oberlandesgerichte
Pal.	Palingenesia iuris civilis von Otto Lenel
RE	Pauly's Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
SeuffArch.	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Tijdschr.	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis — Revue d'histoire du droit
VRS	Verkehrsrechtssammlung
ZSSt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung

Zeichenerklärung

Die eckigen Klammern [] sollen darauf hinweisen, daß der überlieferte Text wahrscheinlich oder sicher interpoliert ist. Die spitzen Klammern < > enthalten die Rekonstruktion des vermuteten Originaltextes.

§ 1. Überblick über die Entwicklung des römischen Darlehensbegriffes

Nach römischer Auffassung entsteht das Darlehen *re*, d. h. durch Hingabe einer gattungsmäßig bestimmten Sache¹, und zwar in das Eigentum des Empfängers², ein Satz, für den sich Gaius³ und Paulus⁴ auf die Pseudoetymologie *mutuum* = *quod ex meo tuum fit* berufen⁵. Geht das Eigentum nicht über, so entsteht keine Obligation, der Darlehensvertrag kommt nicht zustande⁶. Es ist nicht so, daß die Lehre von der Notwendigkeit der Eigentumsübertragung lediglich aus den vermeintlichen sprachlichen Wurzeln des Wortes *mutuum* entwickelt worden ist. Vielmehr war die Etymologie sicher von einer juristischen Tendenz beherrscht und an dem handfesten, greifbaren, der Alltagserfahrung anschaulich geläufigen Tatbestand des *mutuum* orientiert, nicht etwa ist sie das spätgeborene Kind einer hochentwickelten gelehrten Theorie. Das Darlehen wurde nicht von der Jurisprudenz geschaffen, sondern entstand in dem lebendigen Vermögensverkehr, und so, wie es hier betätigt wurde, mußte die Rechtswissenschaft es nehmen und zum Gegenstand ihrer Normierung machen. Man sah, daß die Hingabe des Dar-

¹ Gai.III,90: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*. Vgl. dazu von Lübtow, Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischem und geltendem Recht, 1952, 86, 88, 132 f., 141; F. Schwarz, Die Grundlagen der *Condictio* im klassischen römischen Recht, 1952, 7 f., 14, 16, 22, 242, 282.

² Gai.I.c.: *in hoc damus, ut accipientium fiant*.

³ I.c.: *unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*.

⁴ D.12,1,2,2 (lib.28 ad ed.): *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit*.

⁵ Vgl. Kreller, Römische Rechtsgeschichte², 1948, 133; F. Schulz, Classical Roman Law, 1951, 508; Kaser, Römisches Privatrecht I, 1955, 153 mit A.1,443. *Mutuum* gehört zu *mutare* (Walde-Hofmann, Lat. etym. Wörterbuch³, 1954, s.v. *mutuus*; Kreller, RE Suppl.VI, 1935, Art. *Mutuum*, 572) = ändern, vertauschen, nämlich Gefälligkeit gegen Gefälligkeit. Es weist also wohl auf gegenseitigen Aushelfen der Nachbarn und Sippegenossen mit Naturalien als Urfall hin (Kunkel, Römisches Privatrecht³, 1949, 220 A.7; Kaser a.a.O.153). Weitere Belege aus späteren Sammlern alten Sprachgutes bei Kreller a.a.O. — Neuerdings behauptet Schlerath, Etymologie der römischen Juristen (Münchener Studien zur Sprachwissenschaft, Heft 8), 1956, 68, 70, daß die von ihm aufgeführten Etymologien des Gaius — darunter III,90 — vor allem die, bei denen eine spätclassische Parallele vorliege, in dem dringenden Verdacht ständen, glossematische Zusätze zu sein. Das ist jedoch eine unbegründete Hypothese.

⁶ Paul. D.12,1,2,2 (lib.28 ad ed.): *si non fiat tuum, non nascitur obligatio*.

lehens aus der einen Hand in die andere erfolgte, und stellte fest, daß der Nehmer beliebig über das Geld sollte verfügen dürfen. Denn nur dann konnte er ja davon den nötigen Gebrauch machen. So kam die Jurisprudenz zu dem Ergebnis, daß es der Zweck des Darlehens verlangt, dem Nehmer die freie Verfügung über den Geldbetrag zu gestatten. Zu diesem Zweck muß er das Eigentum an den ihm als Darlehen übergebenen Gegenständen erhalten⁷. Dieser Erfolg tritt jedoch nur ein, wenn der Geber Eigentümer ist. Das Darlehen bezweckt damals wie heute die Überlassung eines Kapitals, einer Quantität fungibler Sachen, auf Zeit zur Nutzung⁸. Die römischen Juristen sprechen von *uti* des geliehenen Geldes⁹. Die Rückerstattungspflicht ist keine Gegenleistung, kein Äquivalent der Hingabe¹⁰, sondern die Folge davon, daß das Kapital nicht endgültig, sondern nur vorübergehend zum Gebrauch überlassen wird¹¹. Die Übereignung der Darlehensvaluta an den Darlehensnehmer ist zwar ein notwendiges Erfordernis des Geschäfts, aber nicht sein Zweck, sondern nur Mittel zu dem Zweck, dem Darlehensnehmer die Nutzung des Kapitals auf Zeit zu ermöglichen¹².

Den Römern war die Bindung der Beendigung des Darlehensverhältnisses daran, daß mit einer Frist gekündigt werden mußte, unbekannt¹³.

⁷ Vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II⁶, 1964, 175; *Esser*, Schuldrecht², 1960, § 149, 4 (S. 644); Fälle und Lösungen zum Schuldrecht, 1963, 115 A. 5.

⁸ *Von Schey*, Die Obligationsverhältnisse des Österreichischen allgemeinen Privatrechts I 1, Einleitung — Das Darlehen, 1890, 15 ff., 18; *Lammfromm*, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897, 74, 196; *Schloßmann*, IherJahrb. 45, 1903, 136; *Haymann*, Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichen Recht, 1905, 63; *Hohenstein*, Zur Darlehenslehre nach BGB, Diss. Erlangen 1907, 55 ff.; *G. Boehmer*, ArchBürgR 38, 1913, 320 ff.; *Der Erfüllungswille*, 1910, 27, 30; *Isermeyer*, Über Formen der Darlehensbegründung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Rostock 1913, 6 ff.; *Otto von Gierke*, Deutsches Privatrecht III, 1917, 576, 580 A. 65; *Glaub*, Gibt es heute noch Realkontrakte? Diss. Köln 1934, 56; *von Lübtow* a. a. O. 132; *Esser* a. a. O. 115 mit A. 5.

⁹ Ulp. D. 12, 1, 9, 9; 10; 11 pr.; 16, 3, 1, 34; *Paul*, Coll. 10, 7, 9 = sent. 2, 12, 9; sent. 2, 12, 5a = D. 16, 3, 29, 1; D. 3, 6, 2; *Plautus* Pers. 1, 3, 37, der ebenfalls schon von *nummos mutuos utendos dare* redet und damit das für den Eigentumsübergang entscheidende Moment betont.

¹⁰ RGZ 12, 92 (98); 161, 52 (56); *Lammfromm* a. a. O. 218 ff.; *Haymann* a. a. O. 64, 76; *F. Blum*, Darlehen und Darlehensvorvertrag, Diss. Erlangen 1912, 36 ff.; *Oertmann*, Entgeltliche Geschäfte, 1912, 64 f., 66; *Glaub* a. a. O. 28; *Heidbrink*, Die Begründung eines Darlehens, Diss. Erlangen 1935, 30; *Hohenstein* a. a. O. 120 ff.; *Siber*, IherJahrb. 70, 1921, 246 A. 4; Schuldrecht, 1931, 315; *Affolter*, ArchBürgR 26, 1905, 4; *E. Genzmer*, AcP 137, 1933, 195; *Kreß*, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934, 144; *Henle*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 1934, 36; *Ennecerus-Lehmann*, Schuldrecht¹⁵, 1958, 599; *Esser*, Schuldrecht², § 149, 3 (S. 644). Unzutreffend *Krückmann*, Institutionen⁵, 1929, 198. Von einem falschen Entgeltlichkeitsbegriff ausgehend sieht er in der Rückgabepflicht das Entgelt für die Hingabe.

¹¹ RGZ 161 a. a. O.; *von Schey* a. a. O. 17 f.; *Kreß* a. a. O. 152; *G. Boehmer*, ArchBürgR 38, 1913, 320 ff., 333; *Otto von Gierke* a. a. O.

¹² *Lammfromm* a. a. O. 71 ff., 208; *Isermeyer* a. a. O. 6.

¹³ Vgl. unten S. 78 mit Literatur A. 363.

Wohl aber konnte dem Darlehen in der Stipulation eine Befristung gesetzt werden¹⁴. Das unbefristete Darlehen durfte vom Gläubiger jederzeit abgerufen werden. Eine formlose Fristabrede, ein *pactum de non petendo intra certum tempus*, begründete die *exceptio pacti*¹⁵. Ob sich die zivilrechtliche Anerkennung einer solchen Abrede bereits im Laufe der klassischen Zeit durchgesetzt hat, erscheint zweifelhaft¹⁶.

Die Begründung der Rückgabepflicht ist nicht etwa der wahre Zweck des Darlehens¹⁷. Andernfalls täte der Geber besser daran, die Valuta für sich zu behalten¹⁸. Nun heißt es allerdings bei Gaius III, 90:

Quae res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur.

Und Paulus D.44,7,3,1 (lib.2 inst.) schreibt:

*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam [hoc animo] <sic> dari et accipi, ut obligatio constituitur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est*¹⁹.

¹⁴ Paul. D.12,1,40; D.45,1,126,2; Scaev. D.45,1,122 pr. Dazu Kaser, Eranion Maridakis I,1963,161,180.

¹⁵ Von Lübtow a.a.O.135; Kaser a.a.O.171 f.,180.

¹⁶ Dazu Kaser a.a.O.172 ff., 180.

¹⁷ So allerdings von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II 2, 1918,70: Der Zweck der Zuwendung beim Darlehen ist eine Forderung auf Rückgabe. Dagegen Schloßmann a.a.O.45; Haymann a.a.O.63; G. Boehmer a.a.O.320 ff., 333; Erfüllungswille, 27; Wommelsdorff-Friedrichsen, Vorverträge und Realkontrakte, Diss. Jena 1909,56; Otto von Gierke a.a.O.580 A.65; Krefß a.a.O.152; von Lübtow a.a.O.132. Unrichtig M.S. Jacoby, IherJahrb. 60,1912,236 f.: Er bezeichnet als Zweck des Darlehens die Überlassung baren Geldes und die Stundung des Rückforderungsanspruchs nach Zahlung der Valuta.

¹⁸ Lammfromm a.a.O.71 mit Hinweis (A.2) auf Brinz, Kritische Blätter Nr.1,28 ff.; Haymann a.a.O.98; Hohenstein a.a.O.58 mit Literatur A.99, 122; P. Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, 1907, 18 A.36; Isermeyer a.a.O.7; Heidbrink a.a.O.23; von Lübtow a.a.O.

¹⁹ Pringsheim, ZSSt.78,1961,79, beanstandet die Paulusstelle nicht. Der dort erwähnte *animus* sei, so führt er aus, ein klassischer Vorläufer des byzantinischen *animus*, unterscheide sich von diesem aber dadurch, daß es sich nicht um eine stillschweigende, innere Willensbildung handele wie dort, sondern um ein erkennbares, wenn auch im Geschäft selbst nicht erwähntes Einverständnis beider Parteien. Vgl. auch F. Schwarz a.a.O.13 A.28, 14 A.31. Siehe ferner Brinz, Lehrbuch der Pandekten II 2²,1882,472 A.8; Viard, La „mutui datio“ I, 1939, 43 f.; von Lübtow a.a.O.103; Mayer-Maly, Mélanges Meylan I, 1963, 250 f. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang auch die Bemerkung Cromes, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II 2, 1902,601 A.23: „Die gebrauchten Ausdrücke sind gleichgültig; auf die Sachlage allein kommt es an.“ Dementsprechend heißt es bei Pomponius D.18,1,6,1: *in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est*. Zur Bedeutung von *id quod actum est* Pringsheim a.a.O.1 ff. sowie bereits