

Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte

Band 31

Vertretbare Sachen?

Die Geschichte der *res, quae pondere
numero mensura constant*

Von

Thomas Rübner



Duncker & Humblot · Berlin

Thomas R fner · Vertretbare Sachen?

**Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte**

Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster,
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg

Band 31

Vertretbare Sachen?

Die Geschichte der res, quae pondere
numero mensura constant

Von

Thomas Rűfner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rüfner, Thomas:

Vertretbare Sachen? : die Geschichte der res, quae pondere
numero mensura constant / von Thomas Rüfner. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ;
Bd. 31)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09688-6

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-3365

ISBN 3-428-09688-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorbemerkung

Diese Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Sommersemester 1998 als Dissertation vorgelegen. Die bis zur Drucklegung erschienene Literatur habe ich in den Fußnoten vereinzelt noch berücksichtigen können.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Wolfgang Ernst, der die Arbeit angeregt und betreut hat. Herrn Professor Ernst habe ich überdies für die langjährige und vielfältige Förderung zu danken, die ich als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl seit meinem fünften Studiensemester erfahre. Herrn Prof. Gottfried Schiemann danke ich für das Zweitgutachten.

Den Herren Professoren Wolfgang Thür, Graz, und Luigi Capogrosso Colognesi und Mario Talamanca, Rom, bin ich für die freundliche Aufnahme während jeweils halbjähriger Forschungsaufenthalte an ihren Instituten sehr dankbar.

Herr Prof. Reinhard Zimmermann, Regensburg, hat die Förderung meines Promotionsvorhabens in einem Gutachten für die Studienstiftung des deutschen Volkes befürwortet. Ihm und den übrigen Herausgebern der „Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte“ danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe.

Dank schulde ich schließlich der Studienstiftung des deutschen Volkes für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und der Juristischen Fakultät Tübingen, die diese Arbeit mit dem Fakultätspreis für die beste Promotion des Studienjahres 1997/98 ausgezeichnet und mir so die Bezahlung des Druckkostenzuschusses erleichtert hat.

Tübingen, im Oktober 1998

Thomas Rüfner

Inhaltsverzeichnis

Teil 1	
Grundlagen	19
<i>Kapitel 1</i>	
Der Gegenstand der Untersuchung: Vertretbare Sachen	19
§ 1. Vertretbare Sachen im geltenden deutschen Recht	19
§ 2. <i>Res, quae pondere numero mensura constant</i>	20
§ 3. Gründe zum Zweifel	20
<i>Kapitel 2</i>	
Zum Sprachgebrauch	22
Teil 2	
„Vertretbare Sachen“ in der Antike	23
<i>Kapitel 1</i>	
Altorientalisches und griechisches Recht	23
<i>Kapitel 2</i>	
Klassisches römisches Recht	24
§ 1. Das Material	24
I. Vorkommen von <i>pondus, numerus</i> und <i>mensura</i> in den römischen Rechtsquellen	25
II. Andere Bezeichnungen?	25
§ 2. Der Wortsinn der Definition	27
I. <i>Res, haec, quid, id, ea</i> etc.	28
II. <i>Pondus, numerus, mensura</i>	28
III. <i>Constare, consistere, contineri, valere</i>	30
IV. Ergebnis	31
§ 3. Die einzelnen Quellenaussprüche	32
I. Objektives Verständnis	32
1. <i>Mutuum</i>	32
a) Das <i>mutuum</i> bei Gaius	32

(1) Bedeutung der Beispiele.....	32
(2) Modalitäten der <i>datio</i>	33
b) Die Äußerung des Paulus	34
(1) Beispiele bei Paulus.....	35
(2) <i>In creditum ire</i>	35
(3) <i>Quia...functionem recipiunt</i>	37
(4) <i>Aliud pro alio invito creditori solvi</i>	38
c) Ergebnis.....	43
2. <i>Constitutum debiti</i>	43
a) Die Funktion des <i>constitutum debiti</i>	43
b) Das <i>constitutum debiti</i> im klassischen Recht.....	44
c) Der Ursprung des <i>constitutum debiti</i>	45
3. Gefahrtragung bei der <i>dos</i>	46
a) Anlehnung an die Aussagen zum <i>mutuum</i>	46
b) Ein möglicher Einwand	47
4. Kauf von <i>res, quae pondere numero mensura constant</i>	49
a) Formales	50
b) Speziales Kauf von <i>haec quae pondere numero mensurave constant</i>	51
c) <i>Haec quae pondere numero mensurave constant</i> als austauschbare Sachen	52
5. Vindikationslegat von <i>res, quae pondere numero mensura constant</i>	53
a) Anklänge an andere Passagen.....	54
b) Juristischer Sinn der Stelle	54
6. Ergebnis	55
II. Objektiv-subjektiv gemischtes Verständnis.....	56
1. <i>Res, quae pondere numero mensura constant</i> und <i>lex Falcidia</i>	56
a) Formales	57
b) Juristischer Sinn der Stelle	57
c) <i>...et his ipsis</i>	58
d) Objektive Komponente?.....	59
e) Ergebnis.....	60
2. Stipulation von <i>res, quae pondere numero mensura constant</i>	60
a) Formales	60
b) Sinn der Bemerkung.....	61
3. Ratenzahlung bei Legat.....	62
a) Formales	62
b) Anwendungsbereich der Klausel	62
c) Objektive Komponente.....	63
4. Mehrfaches Legat und <i>res, quae pondere numero mensura constant</i>	64
a) Formales	64
b) Bedeutung der Definition	65
c) Objektive Komponente.....	65
5. Erfüllungsort beim Legat	65
a) Formales	66

	Inhaltsverzeichnis	11
	b) Juristischer Sinn der Äußerungen.....	66
	c) Erklärungen.....	67
	d) Ergebnis.....	68
	6. Zusammenfassung.....	69
III.	Verbrauchbarkeit.....	69
IV.	Ergebnis.....	70
	1. Unentscheidbare Fälle.....	70
	2. Ambivalenter Sprachgebrauch der Klassiker.....	70
	3. Folgerungen.....	71
 <i>Kapitel 3</i> 		
	Nachklassisches und justinianisches Recht	72
§ 1.	Nachklassische Zeit und justinianische Gesetzgebung.....	72
§ 2.	Griechische Rechtsliteratur der justinianischen Zeit.....	72
 Teil 3 		
	Gemeines Recht	74
 <i>Kapitel 1</i> 		
	Glossatoren und Kommentatoren	74
§ 1.	Neue Bezeichnungen.....	74
	I. <i>Pecunia</i>	75
	II. <i>Quantitas</i>	75
	III. <i>Genus</i> und <i>species</i>	76
§ 2.	<i>Res, quae pondere numero mensura consistunt</i> als austauschbare Sachen.....	77
	I. Theoretische Äußerungen.....	77
	II. Darlehen von Tieren etc.....	77
§ 3.	<i>Res, quae pondere numero mensura consistunt</i> und Gattungssachen.....	78
	I. Ambivalenter Sprachgebrauch.....	78
	II. Die Lehre vom <i>actus</i>	79
	1. Hugolinus und sein anonymer Vorläufer.....	79
	2. Azo und Accursius.....	81
	3. Postglossatoren.....	83
	III. Ergebnis.....	84
§ 4.	<i>Res, quae pondere numero mensura consistunt</i> und verbrauchbare Sachen.....	84
	I. Legisten bis Accursius.....	84
	II. Kanonisten vor Hostiensis.....	84
	III. Hostiensis.....	86
	IV. Odofredus.....	86
	V. Thomas von Aquin.....	88
	VI. Weitere Entwicklung bei Theologen und Kanonisten.....	89
	VII. Postglossatoren.....	89
	VIII. Zusammenfassung.....	91

§ 5. Ergebnisse	91
-----------------------	----

Kapitel 2

Von der Renaissancejurisprudenz bis zu den Naturrechtskodifikationen 92

§ 1. Terminologie.....	92
I. <i>Res fungibiles</i>	93
II. <i>Quantitas</i>	94
§ 2. Fungible Sachen als austauschbare Sachen.....	94
I. Theoretische Äußerungen	94
II. Praktische Beispiele.....	95
§ 3. <i>Res, quae pondere numero mensura constant</i> und Gattungssachen.....	96
I. Subjektivierender Sprachgebrauch bei Cujaz	96
II. <i>Res, quae pondere numero mensura constant</i> als unkörperliche Sachen.....	96
III. Ergebnis	99
§ 4. <i>Res fungibiles</i> und verbrauchbare Sachen.....	99
§ 5. Ergebnis	101

Kapitel 3

Die Gemeinrechtliche Wissenschaft des 19. Jahrhunderts 102

§ 1. Terminologie.....	102
§ 2. Scharfe Abgrenzung der Begriffe	103
I. Abkehr von der Gleichsetzung mit der Verbrauchbarkeit.....	103
II. Abkehr vom subjektiven Verständnis	103
1. Fortbestand der traditionellen Ambivalenzen	103
2. Scharfe Trennung der Begriffe durch Goldschmidt	105
III. Die Definition von § 91 BGB	106
§ 3. Neue Anwendungen.....	107
§ 4. Ergebnis	107

Teil 4

Vertretbare Sachen im Bürgerlichen Gesetzbuch 109

Kapitel 1

§ 91 BGB 110

Kapitel 2

Darlehen und Verwandtes 110

§ 1. Römisches <i>mutuum</i> und BGB-Darlehen	110
§ 2. Abdingbarkeit des Vertretbarkeitserfordernisses	111
§ 3. Bestimmung des anwendbaren Rechtes	111
I. Darlehen und Tausch	112
II. Darlehen und Leihe, Miete und Pacht.....	113

Inhaltsverzeichnis 13

1. Überlassung vertretbarer Sachen.....	113
a) Wiederverwendbare Verpackungen.....	113
b) „Leihe“ im Alltag	114
c) Ergebnis.....	115
2. Überlassung nicht vertretbarer Sachen.....	115
§ 4. Unregelmäßige Verwahrung	116
§ 5. Ergebnis	117

Kapitel 3

Abwicklung der Minderung 117

§ 1. Entstehung des § 473 BGB.....	118
§ 2. Auslegung des Tatbestandselements „vertretbare Sachen“.....	118
§ 3. Exkurs: Der Streit um die Anwendung von § 473 BGB bei Gegenleistungen in vertretbaren Sachen.....	120
§ 4. Ergebnis	121

Kapitel 4

Werklieferungsvertrag 121

§ 1. § 651 BGB und seine Geschichte.....	122
I. Wurzeln von § 651 I 2 BGB	122
II. Die Interpretation von § 651 I 2 BGB.....	125
§ 2. Kritik der Gesetzesfassung.....	125
I. § 651 I 2 und § 91 BGB.....	125
II. Konsequenzen aus der Abweichung von § 91 BGB	127
III. Bedeutungsverlust für das Abgrenzungskriterium.....	129
§ 3. Ergebnis	129

Kapitel 5

Beiträge zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts 130

§ 1. Bedeutung von § 706 II 1 BGB	130
§ 2. Die Entstehung der Vorschrift	131
I. Römisches und Gemeines Recht.....	131
II. Der Ansatz des Mudaeus.....	132
III. Entwicklung im 19. Jahrhundert.....	133
§ 3. Heutige Bedeutung der Vertretbarkeit im Tatbestand von § 706 II 1 BGB	135
I. Berechtigung der Vermutung bei vertretbaren Sachen	136
II. Position der modernen Rechtswissenschaft	138
III. Lösungsvorschlag	138
§ 4. Exkurs: Der Streit um § 1183 ABGB	139
§ 5. Ergebnisse.....	140

<i>Kapitel 6</i>	
Anweisung	140
§ 1. Die Entstehungsgeschichte von §§ 783 BGB und 363 I 1 HGB.....	140
§ 2. Die Interpretation des Vertretbarkeitserfordernisses.....	143
I. Die Entstehung der herrschenden Lehre	143
II. Gründe für die Beschränkung auf Gattungsleistungen	144
§ 3. Die Berechtigung des Vertretbarkeitserfordernisses	147
§ 4. Die materielle Bedeutung des Vertretbarkeitserfordernisses.....	148
§ 5. Ergebnis	149
<i>Kapitel 7</i>	
Resümee	150
Teil 5	
Schluß	152
<i>Kapitel 1</i>	
Thesen	152
<i>Kapitel 2</i>	
Ausblick	153
Literaturverzeichnis	154
Quellenverzeichnis	167
Sachverzeichnis	171

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	(österreichisches) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alter Fassung
AHDO/RIDA	Archives d'histoire du droit oriental / Revue internationale des droits de l'antiquité
Alf	Alfenus
ALR	(preußisches) Allgemeines Landrecht
Art.	Artikel, Articulus
art.	article, articolo
aur	aureorum
B.	Basilica
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
BS.	Basilicorum Libri LX, Series B (Scholia) hg. v. H. J. Scheltema, N. van der Wal, D. Holwerda, Groningen, Djakarta, S'Gravenhage 1953ff.
c., cap.	capitulum
C.	Causa
C.	Codex
Cass. civ.	Cour de Cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de Cassation, chambre commerciale
Cc	Code civil
CCChr	Corpus Christianorum
CMG	Corpus medicorum graecorum
D.	Digesta
D.	Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation
de praed ders.	de praedicatoribus derselbe

dig	digestorum
Diocl	Diocletianus
disp	disputationum
diss.	dissertatio
Dist.	Distinctio
Dig. Vet.	Digestum Vetus
E I	1. Entwurf zum BGB
E II	2. Entwurf zum BGB
ed	ad edictum
ED	Enciclopedia del diritto
ed prov	ad edictum provinciale
En.	Endnote
ep	epistolarum
epit	epitomatorum
etc.	et cetera
f.	folio
f.	folgende
ff.	fortfolgende
fid.	fideicommissorum
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gai	Gaius
gl.	glossa
GroßkommHGB	Großkommentar zum Handelsgesetzbuch
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
Hg.	Herausgeber
hg.	herausgegeben
HGB	Handesgesetzbuch
h. l.	hoc loco
I.	Institutiones (Iustiniani)
Infort.	Infortiatum
Inst.	Institutiones
Iul	Iulianus
Iust	Iustinianus
J.	Jurisprudence
JBl.	Juristische Blätter

JheringsJahrb	(Jherings) Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
jur.	juris
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
leg Falc	ad legem Falcidiam
lib.	Liber
Lic Rufin	Licinnius Rufinus
LZ	Leipziger Zeitschrift
Maec	Maecianus
Max	Maximianus
MH	Museum Helveticum
MK	Münchener Kommentar (s. Literaturverzeichnis)
MPG	Migne, Patrologia Graeca
m. w. N.	mit weiterem Nachweis
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o. ä.	oder ähnlich
OGH	(österreichischer) Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
p.	pars
Pap	Papinianus
Paul	Paulus
PLRE	Prosopography of the Later Roman Empire (s. Literaturverzeichnis)
Pomp	Pomponius
PrObTrE	Entscheidungen des preußischen geheimeres Obertribunals
Prot.	Protokolle
prov	provinciale
quaest	quaestionum
quaest.	quaestio
Quint Muc	ad Quintum Mucium
r.	recto
reg	regularum
Rep. Foro it.	Repertorio del Foro italiano
rer. pol.	rerum politicarum
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsratekommentar (s. Literaturverzeichnis)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts

ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
Sab	ad Sabinum
Sap.	Sapientia Salomonis
Schol. Sinait.	Scholia Sinaitica
Scr.	Scritti
St.	Studi
s. v.	sub voce
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
Tract.	Tractatus
TrGrFrg	Tragicorum graecorum fragmenta
Ulp	Ulpianus
v.	verso
v.	von
WM	Wertpapiermitteilungen
X	Liber Extra
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Insolvenzpraxis und Wirtschaftsrecht, ab 1983: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Teil 1

Grundlagen

Kapitel 1

Der Gegenstand der Untersuchung: Vertretbare Sachen

§ 1. Vertretbare Sachen im geltenden deutschen Recht

„Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen.“ Mit diesen Worten definiert § 91 BGB den Ausdruck „vertretbare Sachen“. Die Wendung wird im BGB in §§ 473 S. 1, 607 I und II, 651 I 2, 700 I 1 und 2, 706 II 1 und 2 und 783 verwandt. Sie findet sich auch im HGB (§§ 363 I 1, 381 II, 419 I), in der ZPO (§§ 592 S. 1, 794 I 1 Nr. 5, 884) und zahlreichen weiteren Gesetzen. Die Kategorie der vertretbaren Sachen spielt also in der deutschen Rechtsordnung und namentlich im bürgerlichen Recht eine nicht unbedeutende Rolle. Eine Untersuchung, die die genaue Bedeutung des Begriffs in seiner historischen Entwicklung aufklären und feststellen will, welchen Beitrag die Kategorie, die § 91 BGB zur Verfügung stellt, bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme leistet, erscheint insofern gerechtfertigt. Allerdings sind zunächst keine Probleme erkennbar. Die Bedeutung der Legaldefinition ist unstrittig. „Vertretbare Sachen“ sind solche, die zu einer Gattung gehören, bei der unter den einzelnen zugehörigen Stücken keine, oder keine im Verkehr beachtlichen Unterschiede bestehen. Vertretbarkeit bedeutet demnach mangelnde Individualität und gegenseitige Austauschbarkeit der einzelnen Stücke¹. Ob eine Sache in diesem Sinn vertretbar ist, bestimmt sich objektiv, nach der Verkehrsanschauung. Vertretbarkeit ist nicht mit der Bestimmung nur der Gattung nach zu verwechseln². Auch dürfen die vertretbaren Sachen nicht mit den in § 92 BGB definierten verbrauchbaren Sachen verwechselt werden³.

¹ Vgl. MK³/Holch Rz. 1 zu § 91; Soergel¹²/Mühl Rz. 1 zu § 91; Staudinger¹³/Dilcher Rz. 1 zu § 91.

² MK³/Holch Rz. 7 zu § 91; Soergel¹²/Mühl Rz. 4 zu § 91; Staudinger¹³/Dilcher Rz. 6 zu § 91.

³ Darauf weist Staudinger¹³/Dilcher Rz. 2 zu § 92 hin.

§ 2. *Res, quae pondere numero mensura constant*

So wenig, wie im modernen deutschen Recht alternative Interpretationen des Ausdrucks vertretbare Sachen zur Diskussion stehen, so unverändert scheint das Konzept auch durch die Zeiten gegangen zu sein. In den römischen Rechtsquellen kann man lesen, als Darlehen (*mutuum*) könnten nur *res, quae pondere numero mensura constant*⁴, bzw. *res, quae pondere numero mensura consistunt*⁵ gegeben werden. In dem Zusammenhang, in dem § 607 I den Ausdruck vertretbare Sachen gebraucht, verwenden die römischen Juristen eine Definition, welche der vor die Klammer gezogenen Legaldefinition des § 91 BGB genau entspricht: Zahl, Maß und Gewicht erscheinen - lediglich in veränderter Reihenfolge und lateinischer Sprache - wieder als *pondus, numerus* und *mensura*. Auch die Bedeutung der Definition scheint sich nicht verändert zu haben. Es wird allgemein angenommen, daß *res, quae pondere numero mensura constant* Sachen sind, die objektiv innerhalb ihrer Gattung austauschbar sind, weil den einzelnen Stücken individuelle Merkmale fehlen⁶. So wendet man unbefangen den Ausdruck „vertretbare Sachen“ auch auf die *res, quae pondere numero mensura constant* des römischen Rechtes an⁷.

Der Gegenstand dieser Untersuchung erscheint also als in jeder Hinsicht unproblematisch. Die Kontinuität mit den *res, quae pondere numero mensura constant* des antiken römischen Rechtes könnte eine Erklärung für die Einheligkeit der Interpretation im modernen Recht sein: Welche Fragen sollten bei einer Kategorie, die sich seit fast 2000 Jahren bewährt, noch offen sein?

§ 3. Gründe zum Zweifel

Erste Zweifel an dem bisher vorgeführten Bild können sich ergeben, wenn man die Vielzahl von Funktionen betrachtet, die der Begriff der vertretbaren Sachen im deutschen Recht erfüllen soll: Allein im BGB soll er bei der Berechnung der Kaufpreisminderung (§ 473 S. 1), der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertragsrecht innerhalb des Anwendungsbereichs des Werklieferungsvertrages (§ 651 I 2) und der sachenrechtlichen Zuordnung von Beiträgen zur GbR (§ 706 II 1 und 2) von Bedeutung sein. Liegt es nicht nahe, daß so unterschied-

⁴ So u. a. I. 3,14pr.

⁵ So die Formulierung von D. 12,2,1,1 Paul 28 ed.

⁶ Vgl. Kaser, RPR I² § 93, S. 382; besonders deutlich in der Abgrenzung von *res, quae pondere numero mensura constant* und den gattungsmäßig bestimmten Sachen: Astuti ED XI,12; Bei Kunkel/Mayer-Maly § 37 VI S. 84 scheint ebenfalls ein objektives Verständnis zugrundezuliegen, doch findet sich dort die angesichts z. B. von D. 31,66,3 Pap 17 quaeest überraschende Aussage, daß nur vertretbare Sachen als Gegenstand einer Gattungsschuld, insbesondere eines Gattungslegats in Betracht kommen.

⁷ Vgl. z. B. Kaser, RPR I² § 93 S. 382; Kunkel/Honsell § 111 S. 296.

liche Vorschriften mit so unterschiedlichen Zwecken eine einheitliche Auslegung erschweren?

Die Zweifel verstärken sich, wenn man einen Blick auf ausländische Rechtsordnungen wirft. Die scheinbare Kontinuität zwischen dem römischen und dem geltenden deutschen Recht läßt erwarten, daß die Rechtsordnungen unserer Nachbarn, die ebenfalls auf dem römischen Recht bzw. dem *Ius Commune* basieren, den Anwendungsbereich des Darlehens ähnlich umschreiben wie § 607 I und § 91 BGB. Es müßte sich in den entsprechenden Vorschriften ein inhaltlich ähnlicher Begriff wie „vertretbare Sachen“ finden. Diese Erwartung bestätigt sich nicht. Der französische *Code civil* spricht in art. 1892 von *choses qui se consomment par l'usage*, das niederländische *Burgerlijk Wetboek* nennt *verbruikbare goederen* (art. 1791) und das österreichische ABGB verbrauchbare Sachen (§ 983) als Gegenstand des Darlehens. Der trotz seiner Entstehung unter sozialistischer Herrschaft in Aufbau und Inhalt an der gemeinrechtlichen Tradition ausgerichtete⁸ polnische *Kodeks cywilny* (Zivilgesetzbuch von 1964) umschreibt hingegen die Objekte des Darlehensvertrages mit der Wendung *ilość...rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku* (eine Menge von...nur der Gattung nach bestimmten Sachen, art. 720 § 1 KC). Die Zivilrechtskodifikationen der unmittelbaren Nachbarn Deutschlands stellen also beim Darlehen an die Stelle der vertretbaren Sachen gerade die Begriffe, gegen die diese Kategorie in Deutschland abgegrenzt wird: die verbrauchbaren Sachen einerseits und die nur der Gattung nach bestimmten Sachen andererseits. Damit stellt sich die Frage, wie es zu so großen Unterschieden unter den auf dem *Ius Commune* basierenden Rechtsordnungen kommt, obwohl die Übereinstimmung des Begriffs der vertretbaren Sache nach § 91 BGB mit dem herrschenden Verständnis der römischen Definition *res, quae pondere numero mensura constant* darauf hinzuweisen scheint, daß es sich um einen Begriff handelt, der vom klassischen römischen Recht bis heute keine Veränderung erfahren hat. Auch ist zu untersuchen, welche materiellen Unterschiede zwischen den verschiedenen Formulierungen bestehen.

Eine Untersuchung der geschichtlichen Vorläufer der Kategorie der vertretbare Sache und des Verständnisses, das mit ihnen jeweils verbunden wurde, scheint lohnend, ebenso eine Analyse der Rolle, die der in § 91 BGB definierte Begriff in den Vorschriften hat, die ihn verwenden. Die aufgeworfenen Fragen betreffen die Rechtsgeschichte, deren Resultat die Kategorie der vertretbaren Sachen nach § 91 BGB und die abweichenden Formulierungen und Begriffe der Nachbarrechte sind, und das geltende Recht. Diese Untersuchung geht davon aus, daß zwischen beiden Gegenständen ein Zusammenhang besteht und wird beide behandeln.

⁸ Vgl. die Angaben bei Galla Osteuropa-Recht 12 (1964) 91, 95.