

Philipp Lotmar

# Das römische Recht vom Error

Herausgegeben und eingeleitet von  
Iole Fagnoli



Vittorio Klostermann  
Frankfurt am Main  
2019

Umschlagbild:  
Lotmar vor seiner Bibliothek in Bern, geschätzt 1910,  
© Gerold Lotmar, Zürich

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH  
Frankfurt am Main 2019

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der  
Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,  
dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen  
Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme  
zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben  
Typographie: Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf Eos Werkdruck.

Alterungsbeständig  ISO 9706 und PEFC-zertifiziert 

Printed in Germany  
ISSN 1610-6040  
ISBN 978-3-465-04368-3

I. HALBBAND

Einführung

Die posthume Publikation eines romanistischen Meisterwerks  
von Philipp Lotmar

*Iole Fagnoli* ... .. VII

Edition

Das römische Recht vom Error  
*Philipp Lotmar*

Inhaltsverzeichnis Erstes Buch, Hefte 1–22 und Zweites Buch, Heft 23 ... 1

Einleitung ... .. 7

Vorwort[sentwurf] ... .. 12

Erstes Buch: Die Errorfälle ... .. 15

1. Kapitel: Die *error*- und *errare*-Stellen ... .. 15

2. Kapitel: Die Vertretungsstellen ... .. 263

2. HALBBAND

3. Kapitel: Die Umschreibungsstellen ... .. 645

Zweites Buch: Der Errorbegriff ... .. 952

1. Kapitel: Einleitung, Aufgabe und Zusammensetzung des Begriffes,  
Grundriss ... .. 952

2. Kapitel: Der objektive Bestandteil ... .. 965

Quellenregister ... .. 1017

Literaturverzeichnis ... .. 1087



»Als daß dein Hirn, wie meines, einst verwirret  
Den leichten Tag gesucht und in der Dämmerung schwer,  
Mit Luft nach Wahrheit, jämmerlich geirret.«  
(Goethe, Faust I, Nacht).<sup>1</sup>

## Die posthume Publikation eines romanistischen Meisterwerks von Philipp Lotmar

### 1. Der Error als Lotmars lebenslange Liebe

Fast sein ganzes Leben lang arbeitete Philipp Lotmar<sup>2</sup> am Thema des Irrtums. Er selbst hielt sein Werk ›Das römische Recht vom Error‹<sup>3</sup> für seine romanistische Hauptleistung. Doktoriert hatte er 1875 ›Über *causa* im römischen Recht‹ an der Universität München; 1876 habilitierte er sich über die *legis actio sacramento in rem* an derselben Universität.

Die erste Anregung zur Beschäftigung mit dem Irrtum rührte wahrscheinlich von Lotmars beiden Rezensionen her, die er zu Leonhards Monographie<sup>4</sup> schrieb.<sup>5</sup> Kritisch schätzt dort der 33-jährige Privatdozent<sup>6</sup> das zweibändige

1 Von Lotmar selbst zitiert im Manuskript Heft 23, S. 1791.

2 Zur Person und Werk Lotmars allgemein siehe: Fagnoli (Hrsg.), Philipp Lotmar (insb. Fagnoli, Einleitung; Fagnoli, Lotmars unpubliziertes Werk); Fagnoli, Tra error e conductio. Il percorso scientifico di Philipp Lotmar (1850–1922), in *Liber amicorum* per Giorgio De Nova, Milano 2015, S. 1173 ff.

3 Statt des Begriffs Irrtum verwendet Lotmar die eingedeutschte Bezeichnung Error, da er den lateinischen Begriff *error* und den deutschen Begriff Irrtum nicht als deckungsgleich schätzt (Manuskript Heft 1, S. 4), dazu s. Fagnoli, Lotmars unpubliziertes Werk, S. 49 und Fagnoli, Das verpasste Vermächtnis von Philipp Lotmar für das Schweizer Irrtumsrecht, in Fagnoli / Fasel (Hrsg.), *Anschauungen römischer Juristen und deren Fortwirken bis in das geltende schweizerische Recht*, Bern 2018, S. 25.

4 Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen I–II.

5 Lotmar in *KVJSchr* 25, S. 368 ff.; Lotmar in *KVJSchr* 26, S. 220 ff. In diesen Jahren durchlebt Lotmar eine ›kritische‹ Phase, die bis 1891 andauert. Er bespricht 32 Werke; 23 dieser Rezensionen publiziert er im ›Literarischen Centralblatt für Deutschland‹, 12 in der ›Kritischen Vierteljahrsschrift‹. S. dazu Fagnoli, Poche ombre, S. 249 ff.

6 Bevor er mit 38 Jahren nach Bern berufen wurde, hatte Lotmar bereits zehn Jahre auf einen Ruf gewartet. Zu den Gründen für dessen langjähriges Ausbleiben zählen seine jüdische Abstammung oder auch der Umstand, dass er Mitglied

Werk des Autors, damals bereits Professor in Göttingen. Mit dessen Forschungsergebnissen ist Lotmar überhaupt nicht einverstanden, vor allem aber kritisiert er Leonhards Methode und die fehlende Vorführung der Quellen zur Begründung seiner Recherche.<sup>7</sup>



Lotmar mit seiner Frau Paula (1891–1915), geb. Bacher, vermutlich in den achtziger Jahren  
(© Gerold Lotmar, Zürich)

Einige Jahre später publiziert Lotmar 1887 selbst eine umfangreiche Abhandlung in diesem Bereich.<sup>8</sup> Er untersucht zwei Regeln – *plus est in re quam in existimatione* und *plus est in opinione quam in veritate* –, die in Frage gestellt werden sollen.<sup>9</sup> Die beiden Regeln seien gegensätzlich; sie seien zur Begründung der Gültigkeit und der Ungültigkeit verwandt worden. Auch wegen ihrer vielen Ausnahmen<sup>10</sup> sollten sie als unechte »Früchte der Schulweisheit späterer Geschlechter«<sup>11</sup> aus den drei Jahrhunderten vor Justinian betrachtet werden.

der Sozialdemokratischen Partei war, s. Rehbinder, S. 10, Fn. 8; Rückert, S. XXVII und Fagnoli, Einleitung, S. VII.

7 Lotmar in KVJSchr 26, S. 220.

8 Lotmar, Über Plus est in re, S. 57 ff. Dazu Wacke, S. 309 ff. und Finkenauer, S. 9.

9 Lotmar, Über Plus est in re, S. 109.

10 Ib., S. 96.

11 Ib., S. 115.

Ein drittes Mal beschäftigt sich Lotmar mit dem Irrtum: im Lehrbuch der Pandekten.<sup>12</sup> Er führte die 2. Auflage des Lehrbuches seines Lehrers Alois von Brinz nach dessen Tod 1887 weiter und bearbeitete den zweiten Teil des dritten Bandes (1888) sowie den vierten Band (1892). Alois von Brinz hatte die bahnbrechende Unterscheidung zwischen Erklärungsirrtum und Inhaltsirrtum eingeführt,<sup>13</sup> die einen großen Erfolg verzeichnete und die Ernst Zitelmann später mit der psychologisierenden Lehre verband.<sup>14</sup> Lotmar übernahm den Irrtumsteil seines Lehrers mit einigen Ergänzungen, darunter vor allem Textbelege und Literaturfortentwicklungen.

Seine Begeisterung für das Thema findet in seinem Briefwechsel mit Karl von Amira Niederschlag.<sup>15</sup> In einem Brief vom 6. Januar 1895 schreibt Lotmar: »der alte, nun schon ein Dutzend Jahre alte und von dir protegierte Error«. Im selben Brief fügt er hinzu, dass er einige Stunden am Tag dem Error widme und dass sich bereits jemand erkundigt habe, ob sein »Buch über den Irrthum schon erschienen sei«,<sup>16</sup> und bemerkt: »Ist diese Begierde nach meinen ungelegten Eiern nicht erhebend für die alte Henne?«<sup>17</sup> Er schrieb auch, dass der Error seine konstante Liebe und gleichzeitige Sorge sei.<sup>18</sup> Aus diesen Aussagen ist auch die Information abzuleiten, dass er 1895 bereits seit zwölf Jahren und folglich seit dem Jahr 1883 daran arbeitete.<sup>19</sup>

Wegen seines Wechsels zum Arbeitsrecht und seines erfolgreichen Werks »Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches«<sup>20</sup> wurde Lotmars Forschung am Irrtum einige Jahre unterbrochen oder jedenfalls gedrosselt.

12 Brinz, Pandekten IV, §§ 524–529, S. 27–66.

13 *Ib.*, S. 32 f.

14 Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft.

15 Die Bayerische Staatsbibliothek (BSB) München besitzt Briefe im Umfang von ca. 1.200 Seiten, die Lotmar an Amira geschrieben hat.

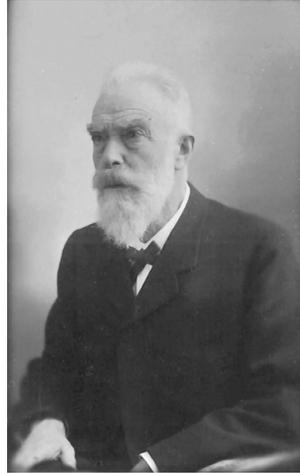
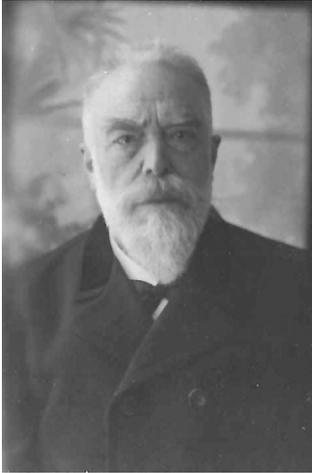
16 Amiraiana, I, Brief vom 21. April 1895. S. dazu Fagnoli, Philipp Lotmar und der Schweizerische Juristentag, in Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 535.

17 Amiraiana, I, Brief vom 21. April 1895.

18 S. auch früher in Amiraiana, I, Briefe vom 27. Dezember 1889 und 4. Februar 1890, in denen er sich immer wieder auf den *error* bezieht.

19 Zur nicht überzeugenden Datierung auf das Jahr 1886, die sein Sohn vornimmt, s. unten § 4. Diese wurde aufgenommen von: Gasser, S. 70 und Wacke, S. 313, Fn. 12, der aber korrigierend das Jahr 1883 anführt in: *Nemo errans rem suam amittit und die einschränkende Eviktionshaftung. Ohne wirksame dingliche Einigung kein Eigentumsübergang. Marcellus D. 17,1,49 versus Ulpian D. 41,1,35*, in *Interpretationes iuris antiqui*, Wiesbaden 2018, S. 357–381, S. 381, Fn. 82.

20 Lotmar, Arbeitsvertrag I–II.



Fotos von Philipp Lotmar vermutlich zu Beginn der zwanziger Jahre, also kurz vor seinem Tod (© Gerold Lotmar, Zürich)

1922 war Lotmar immer noch mit den Arbeiten am Error beschäftigt. In seinem Brief vom 27. April 1922 spricht er von seiner »älteren Liebe« und erneut davon, dass er diesmal »das Arbeitsrecht liegen gelassen hat«. Im selben Brief schreibt er auch, dass die Entscheidung, mit der Vorlesung aufzuhören, »freilich dem Error zu Gute kommen« werde.<sup>21</sup> Fünf Tage später verstarb er.<sup>22</sup>

## 2. Das Manuskript und mögliche Gründe der damaligen Nichtveröffentlichung

»Sein Nachlass wurde seinerzeit der iuristischen Fakultät der Universität Bern übergeben. Wir wissen nicht, was damit geschehen ist«, schrieb Lotmars Enkeltochter Paula<sup>23</sup> am 5. März 1981 an Florian Tennstedt, Professor an der Hochschule Kassel.<sup>24</sup> Teil dieses Nachlasses der Universität Bern ist ein schönes Gemälde Philipp Lotmars mit wertvollem Rahmen.

Das Gemälde ist auf 1879 datiert, es stammt wohl aus seiner Münchener Zeit. Mit weißem Hemd und elegantem Anzug sieht der 29-jährige Lotmar im Bild etwas älter aus. Außer diesem Bild ist meines Wissens an der Universität Bern

21 Amiraiana, I, Brief vom 27. April 1922.

22 Rehbinder, S. 17.

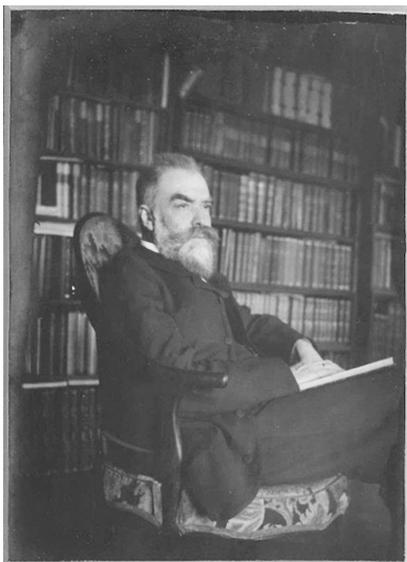
23 Paula ist das drittgeborene Kind, in der Familie sog. »Paulchen«, des zweitgeborenen Sohns Philipp Lotmars, Fritz.

24 Für die Einsicht in diesen Brief und seine Gesprächsbereitschaft gebührt Gerold Lotmar, Philipp Lotmars Urenkel, mein Dank.



Bild Lotmars aus dem der Universität Bern  
vermachten Nachlass

kein weiteres Stück des Nachlasses auffindbar. Lotmars private Bibliothek wurde nach Japan verkauft. Joachim Rückert hat einen hilfreichen Katalog der sich an der Universität Kyūshū befindlichen Bücher herausgegeben.<sup>25</sup>



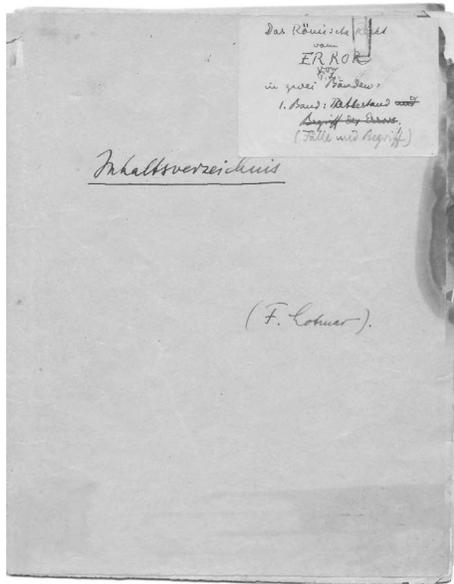
Lotmar vor seiner Bibliothek in Bern,  
geschätzt 1910 (© Gerold Lotmar, Zürich)

25 Universität Kyūshū, Katalog der Bibliothek von Philipp Lotmar, Fukuoka 1999.

Der kürzliche Fund eines Gedichts Lotmars aus dem Jahr 1885 (seiner Münchener Zeit) in einem Antiquariat<sup>26</sup> belegt, dass ein Teil seines Nachlasses von der Familie weggeben oder verkauft wurde. Es besteht also die Möglichkeit, dass noch weitere Stücke auftauchen könnten.

Sicher fehlen zum Beispiel alle Briefe Amiras an Lotmar. Zwar besitzt die Bayerische Staatsbibliothek München zahlreiche Briefe Lotmars an Amira, jedoch fehlen die entsprechenden Briefe Amiras an Lotmar gänzlich.

Dem in Paulas Brief erwähnten Nachlass Lotmars gehört jedenfalls nicht das wertvolle Manuskript von ›Das römische Recht vom Error‹ an. Es handelt sich um ca. 2.000 Seiten Original-Manuskript in Sütterlin-Schrift, in fünfunddreißig Hefte unterschiedlicher Seitenanzahl unterteilt und durch eine Vielzahl später zugefügter loser Beiblätter ergänzt.<sup>27</sup> Lotmars Sohn Fritz (1878–1964) sammelte das gesamte Material, ordnete und nummerierte die Hefte und erstellte ein Inhaltsverzeichnis.



Deckblatt von Fritz Lotmars Inhaltsverzeichnis

- 26 Für den Fund bin ich meinem Projektmitarbeiter Prof. Dr. Aleksander Grebiniow dankbar.
- 27 Hofstetter, S. 10 ff. Im Folgenden sowie in der Textedition wird auf das Manuskript durch Angabe der Hefnummer und der (bis Heft 23 fortlaufenden) Seitenzählung verwiesen: MS 1-1 (Manuskript Heft 1, Seite 1).



Fritz Lotmar, ca. 1900 (© Gerold Lotmar, Zürich)

Seine Bemühungen um das Manuskript bezeugen seinen Respekt und die Wertschätzung der Leistung des Vaters. Das gilt umso mehr, als Fritz Lotmar nicht als Jurist, sondern als Arzt tätig war.<sup>28</sup>

Fritz war Schüler des deutschen Neuropathologen Alois Alzheimer. Von seinem Leben ist zudem seine enge Freundschaft mit dem Maler Paul Klee<sup>29</sup> zu erwähnen, den er am Gymnasium in Bern kennen lernte. Ab 1890 verband sie

28 Zu Fritz Lotmars Leben und Werk s. den jüngsten, interessanten Beitrag von Fuchs, Paul und Fritz – Zur Freundschaft von Paul Klee mit dem Nervenarzt Fritz Lotmar, in *Zwitscher-Maschine* 2 (2016), S. 55 ff., online: <https://www.zwitscher-maschine.org/archive/2016/9/11/fuchs-kee-und-die-freundschaft-mit-fritz-lotmar>.

29 In seinen Tagebüchern erwähnt Klee den Vater seines Freundes und erzählt, wie »Professor Lotmar« ihn Ende Dezember 1904 (kurz vor dem Ausbrechen der russischen Revolution am 9. Januar 1905) anregte, das Werk von Oscar Wilde »Der Sozialismus und die Seele des Menschen« zu lesen: s. P. Klee (Hrsg.), *Tagebücher von Paul Klee, 1898–1918*, Köln 1957, S. 171. Zu Lotmars Engagement für die Russische Revolution in der Erzählung von Klee s. Fuchs, Paul, S. 56.

eine lange Freundschaft; Klee verewigte Fritz Lotmar sogar in einem Aquarell in Erinnerung an die gemeinsame Kindheit:



Paul Klee, Paul u. Fritz, 1905,19, Hinterglasmalerei, Aquarell; rekonstruierter Rahmen, 13×18 cm, Zentrum Paul Klee, Bern

Trotz Fritz' Ferne zum Römischen Recht und dem Recht gemeinhin ist seine Zusammenstellung für die posthume Edition von unschätzbarem Wert. Unter anderem rekonstruierte er in einer Grafik die unterschiedlichen Arbeitsschritte am Manuskript.

Diese Grafik enthält Angaben darüber, welche Hefte des Manuskripts sein Vater vor seinem Tod zu revidieren vermochte. Philipp Lotmar begann das Werk 1883. Hier ist Fritz' auf 1886 lautende Angabe zu korrigieren, da sich – wie gesehen – aus einem Brief an Amira ergibt, dass Lotmar sich wohl bereits 1883 mit dem Werk beschäftigte.<sup>30</sup>

Die erste Fassung des Manuskripts soll bis 1915 geschrieben, die zweite, betreffend die Hefte 1–23, von 1915 bis zu seinem Tode revidiert worden sein.<sup>31</sup>

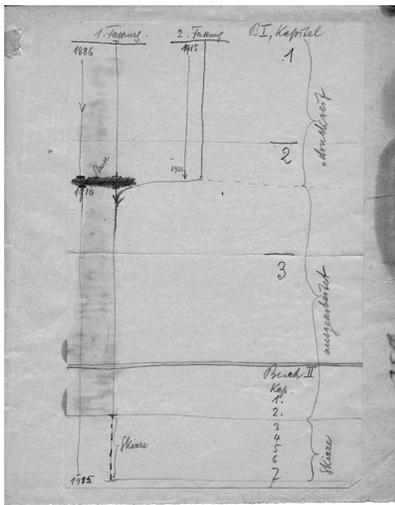
30 S. oben § 1.

31 Hofstetter, S. 11.

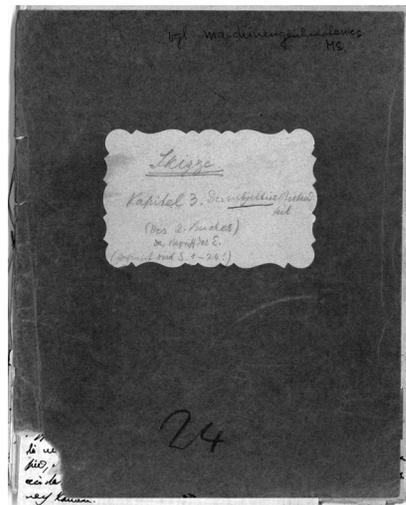
In den letzten Jahren habe Lotmar nur an der zweiten Fassung bis einschließlich Heft 11 gearbeitet. Auch hier ist allerdings auf Grund des Briefwechsels mit Amira das von Fritz Lotmar angegebene Datum zu korrigieren. Wie sich aus einem Brief ergibt,<sup>32</sup> hat Philipp Lotmar erst ab 1916 die Arbeit am Manuskript wieder aufgenommen. In jedem Fall arbeitete Lotmar mindestens achtzehn Jahre seines Lebens an diesem Werk, wenn er sich von 1883 bis 1894 und dann von 1916 bis 1922 ausschließlich damit beschäftigte, wie sich auf Grundlage der Grafik und der teils präziseren Daten aus Lotmars Briefwechsel rekonstruieren lässt.

Aus der Grafik wird zudem ersichtlich, dass Fritz Lotmar die Hefte 1 bis 11 als druckreif, die Hefte 12 bis 23 als ausgearbeitet einschätzte.<sup>33</sup> Die Hefte vom 24. bis zum 35. Heft werden jeweils auf dem Deckblatt als Skizze vermerkt.<sup>34</sup>

Nach so vielen Jahren der Arbeit ist die fehlende Publikation des Werks während Lotmars Lebzeiten schwer zu erklären. In der Literatur wurden zwei Begründungen bemüht. Auf der einen Seite wurde behauptet, dass das Thema »seine Praxisrelevanz durch die moderne Gesetzgebung vermeintlich verloren hatte«<sup>35</sup> und dass der Entwurf zu Lotmars Werk resigniert klinge, so als ob er »um die Aktualität seines *opus magnum* zu bangen begonnen habe«.<sup>36</sup>



Die Skizze Fritz Lotmars



Die Bemerkung »Skizze« auf dem Deckblatt von Heft 24

32 Amiraiana, I, Brief vom 8. März 1922.

33 S. auch Hofstetter, S. 11.

34 Ib.

35 Gasser, S. 69.

36 Hofstetter, S. 25.

Die Verweise auf die modernen Kodifikationen überzeugen allerdings nicht. Es ist erwiesen, dass Lotmar in den letzten sechs Lebensjahren, von 1916 bis 1922, ausschließlich am *Error* arbeitete, nachdem die deutschen und schweizerischen privatrechtlichen Kodifizierungen bereits erlassen waren.

Auf der anderen Seite ist in der Literatur Geldnot als Begründung der Nichtpublikation von ›Das römische Recht vom *Error*‹ vermutet worden.<sup>37</sup> Lotmars finanzielle Situation war in der Tat schwierig.<sup>38</sup> Am 29. Dezember 1920 berichtete er Amira von seinem finanziellen Dilemma. Aber auch der Verweis auf die Geldnot ist wenig überzeugend. Lotmar schrieb ausdrücklich im selben Brief, dass in der Schweiz »wie in anderen neutralen Ländern« für Publikationen finanzielle Unterstützung zu finden war.

Wie ich schon festgehalten habe,<sup>39</sup> hat allein der Tod Lotmar davon abgehalten, sein Werk zu veröffentlichen. Wie auch aus der erwähnten Grafik des Sohnes deutlich wird, wollte Lotmar sein Werk in zwei Bände aufteilen. Aus seiner Einleitung wird ebenfalls klar ersichtlich, dass die Publikation der beiden Bände nicht gleichzeitig geplant war. Lotmar war bewusst, dass die Aufteilung in zwei Bände eine Unterbrechung der Behandlung bedeutete, da für beide Bände meist dieselben Quellen zu verwenden waren, aber »auch in der wissenschaftlichen Jagd kann man nicht gut zwei Hasen zugleich verfolgen«.<sup>40</sup> Lotmars arbeitsrechtliches Hauptwerk, ›Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches‹, der in zwei Bänden erschienen ist, davon einer 1902,



Philipp Lotmar mit seinen Enkelkindern Ruth und Walter

37 Rückert, S. XXXVII.

38 Rehbinder, S. XXI.

39 Fagnoli, Lotmars unpubliziertes Werk, S. 51 ff.

40 MS 1-5. S. Fagnoli, a. a. O., S. 49.

der andere 1908, sechs Jahre später, diente dabei wahrscheinlich als Vorbild.<sup>41</sup> Die Publikation des ersten Bands stand unmittelbar bevor. Seine Anstrengung sowie sein starker Wille, das Werk zu beenden, zeigen sich in seinen Briefen an Amira.<sup>42</sup> Lotmars Arbeit wurde aber auf Grund gesundheitlicher Probleme und seines hohen Alters in den letzten Jahren erschwert. Als er noch glaubte, in Kürze so weit zu sein, überraschte ihn der Tod.

Ein weiteres Indiz in diese Richtung kommt von Lotmars Schüler Max Gmür. Kurz nach Lotmars Tod schrieb dieser: »erfreulicherweise ist diese Arbeit gerade in den letzten Monaten soweit gefördert worden, dass sie aus dem Nachlasse als wertvolles wissenschaftliches Vermächtnis zum Druck gegeben werden kann.«<sup>43</sup> Seinem Schüler zufolge hätte das Werk sofort nach Lotmars Tod gedruckt werden wollen. Das geschah aber nicht.

Die weiteren Stationen des Manuskripts waren die folgenden. Fritz Lotmar vermachte das Manuskript Eduard Eichholzer, einem weiteren Schüler Lotmars, der als Privatdozent an der Universität Zürich und Bundesbeamter im Arbeitsrecht tätig war.<sup>44</sup> Das zeigt, dass das Manuskript zunächst bei Fritz blieb und nicht mit dem restlichen Nachlass der Berner Universität übergeben wurde.

Eichholzer übergab das Manuskript später Alexander Beck, Lotmars Nachfolger auf dem Lehrstuhl für Römisches Recht in Bern, der es wiederum seinem Schüler Josef Hofstetter, Professor für Römisches und Privatrecht an der Universität Lausanne, anvertraute. Der von Beck damals verfasste Bericht ist nun veröffentlicht.<sup>45</sup> Beck und Hofstetter planten, durch eine Finanzierung in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts einen Teil des Werkes zu publizieren, der »einen Einblick in die wissenschaftliche Methode in wesentlichen Kapiteln geben«<sup>46</sup> sollte. Sie erhofften sich, auf diese Weise einen Gesamtüberblick über das Werk zu gewinnen. Die Transkription des gesamten Werks mittels Schreibmaschine wurde fertiggestellt, war aber unzureichend und die posthume Publikation blieb aus. Dem von mir geleiteten Romanistischen Institut an der Universität Bern ist 2014 das Manuskript von Josef Hofstetter anvertraut worden. Dank einer zweijährigen Finanzierung des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) wird jetzt erstmals die posthume Publikation ermöglicht. Fast 100 Jahre nach seinem Tod soll Lotmars Werk der Öffentlichkeit übergeben werden. Das wissenschaftliche Werk eines prägenden Zivilrechtslehrers, der heute außerhalb der Romanistik in erster Linie als Schöpfer des modernen Ar-

41 Vgl. bereits Fagnoli, ib.

42 S. oben § 1.

43 Gmür, Professor Philipp Lotmar, gest. 29. Mai 1922, in ZBJV 63 (1922), S. 268.

44 Hofstetter, S. 10.

45 Beck, Bemerkungen zum Manuskript von Philipp Lotmar über den Irrtum im Römischen Recht, in Fagnoli (Hrsg.), Philipp Lotmar, S. 66 ff.

46 Ib., S. 69.

beitsrechts wahrgenommen wird, wird endlich auch auf dessen angestammtem Forschungsgebiet, dem römischen Recht und der allgemeinen Privatrechtsdogmatik, zugänglich.

Von Lotmars Manuskript wird jedoch nur der fertiggestellte Teil herausgegeben. Wie bereits aus Fritz Lotmars Grafik ersichtlich, enthält das Werk ab dem 24. Heft lediglich Skizzen, die aus insgesamt weniger als einhundert Computerseiten Text bestehen. Der erste Band beinhaltet die Hefte 1–22, der zweite die Hefte 23–35. Das 23. Heft – das letzte der bearbeiteten Hefte – leitet den zweiten Band ein und wird hier mitveröffentlicht. Aus dem praktischen Grund des hohen Seitenumfangs wird das posthume Werk in zwei Halbbände geteilt, der erste Halbband enthält die Einführung zum Werk sowie die ersten zwei Kapitel bis zur Manuskriptseite 1269 (Hefte 1–15), der zweite Halbband enthält das dritte Kapitel (Hefte 16–22), die Einleitung zum zweiten Band (Heft 23) und schlussendlich das Quellen- und das Literaturverzeichnis.

### 3. Die Methode der Erforschung des Irrtums

Schon in der Einleitung erläutert Lotmar seine Methode. Der Errorbegriff sei nicht an die Quellen heranzutragen, sondern es sei vielmehr umgekehrt in den Quellen zu untersuchen, welches der Begriff ist.<sup>47</sup> Er präzisiert, was ihm am Herzen liegt: »Den Errorbegriff nicht in den römischen Quellen zu untersuchen, sondern einen fertigen Errorbegriff an die Quellen heranzubringen und mit demselben zu operieren, ist ein unhistorisches Verfahren, an dem Savignys Nachfolger festgehalten haben. Die Kritik begann, als man den Errorbegriff der Quellen zu ermitteln anfang.«<sup>48</sup> Somit kritisiert Lotmar Savignys Methode. Bereits zur Zeit seiner Habilitation war Lotmar der Meinung, dass das Geschichtstudium im Interesse künftiger Rechtsverbesserung stehen könne, wie Savigny es behauptete.<sup>49</sup> Das römische Recht solle eine Rolle für die Rechtsentwicklung spielen, aber es sei nicht möglich, gleichzeitig Historiker und Dogmatiker zu sein: »den Historiker geht das Werden an, den Dogmatiker das Sein.«<sup>50</sup> Deshalb solle der Historiker mit seiner Methode die Quellen erforschen und keine fertigen Begriffe aus seiner Zeit an die Quellen herantragen. Im Vorwort drückt

47 MS 1-6 und 23-1830.

48 MS 33-203.

49 Zur Aufgabe der Geschichte im Dienst des modernen Rechts s. vor allem Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, S. 27 ff.

50 Lotmar, *Kritische Studien*, S. 37, eingehend zum Thema Varvaro, *Riflessioni sui rapporti fra dogmatica giuridica e storia nel diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in Fagnoli (Hrsg.), *Philipp Lotmar*, S. 23 ff.

Lotmar dies so aus: »Man kann nicht zugleich zwei Herren dienen: dem praktischen Bedürfnis und der historischen Wahrheit.«<sup>51</sup>

Um die Errorfälle der römischen Rechtsquellen zu analysieren, ordnet Lotmar diese ein. Er redigiert, wie er selbst sagt, ein Quelleninventar. Daraus möchte er den römischen Errorbegriff ableiten, diese Abstraktion durch ihre Gegensätze bestätigen und schließlich diesen Errorbegriff mit den von der romanistischen Literatur gebotenen Definitionen abgleichen. Ganz anders als seine Zeitgenossen möchte er nicht mit einem vorgefassten Begriff an die Quellen herantreten, sondern von den Quellen selbst ohne Oberstrukturen ausgehen. Selbstverständlich benötigt er Maßstäbe, um die Stellen zu ordnen. Er findet die Maßstäbe in den Texten selbst: Die Errorstellen werden nach den Mitteln gegliedert, die gebraucht werden, um den Error auszudrücken. Es sind die *error*- und *errare*-Stellen, die sog. Vertretungsstellen und die Umschreibungsstellen zu unterscheiden. Die *error*- und *errare*-Stellen verwenden technische Ausdrücke. Die Vertretungsstellen gebrauchen Surrogate von *error* oder *errare*. Die Umschreibungsstellen sind hingegen diejenigen Texte, welche den Error ohne technischen Ausdruck erwähnen und nur dessen objektiven Bestandteil angeben.

Mit den zahlreichen, weiteren Einteilungen auf Grund teils von Sprach-, teils von inhaltlichen Elementen<sup>52</sup> verwendet Lotmar die pandektistische Untersuchungsmethode der Begriffspyramide.<sup>53</sup> Sicher kann er deswegen als Pandektist definiert werden.<sup>54</sup> Jedoch überholt er m. E. die Arbeitsweise der Pandektisten, indem er vor allem der historischen Wahrheit dienen möchte und sich an die römischen Texte gebunden fühlt.

Sein Quelleninventar bereichert er durch Textexegese. Es wurde behauptet, sein exegetisches Talent sei eindeutig.<sup>55</sup> Lotmar wurde aber auch kritisiert, denn er nimmt keine Exegese der einschlägigen Quellen vor, »sondern setzt deren Inhalt als bekannt voraus.«<sup>56</sup> Es wurde auch gesagt, dass Lotmar nicht historisch

51 Vorwort, unnummerierte Seiten.

52 S. unten § 4.

53 Wie fruchtbar derartige Auseinandersetzungen mit Begriffspyramiden sein können, zeigt in jüngster Zeit die zweibändige Darstellung des Leistungsstörungenrechts durch U. Huber, *Leistungsstörungen. I. Die allgemeinen Grundlagen. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs. Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände. II. Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, Tübingen 1999.

54 Es soll dennoch offen gelassen werden, was es letztendlich bedeutet, Pandektist zu sein; so Meder, *Besprechung zu I. Fagnoli, Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, in *Interpretatio Prudentium. Direito romano e tradição romanista em revista*, I (2016) 2, insbesondere S. 285.

55 Titze, *Philipp Lotmar*, in *Deutsches Biographisches Jahrbuch IV (1929)*, S. 173.

56 Wacke, S. 313.

mit den Quellen arbeite, da er keine Entwicklungslinien in der römischen Jurisprudenz aufzeige.<sup>57</sup>

Nicht zu vergessen ist m.E., dass Lotmar ein Quasi-Pionier der Textexegese war. Daher ist es notwendig, seine Arbeit zu kontextualisieren.<sup>58</sup> Seine Darstellung entsteht fast gleichzeitig mit der Interpolationismuswelle. Zum Interpolationismus äußert sich Lotmar offen an anderer Stelle.<sup>59</sup> 1888 bespricht er Otto Gradenwitz' wirkmächtiges Werk ›Interpolationen in den Pandekten‹. Innerhalb der folgenden zwei Jahre rezensierten wichtige Namen wie Otto Lenel, Contardo Ferrini, Vittorio Scialoja sowie Paul Krüger das Buch von Gradenwitz mit Zustimmung bis Begeisterung. Lotmar lehnt dagegen Gradenwitz' Auffassung radikal ab, die er als eine unvollständige, nicht begründete sowie missverständliche Forschung bezeichnet.<sup>60</sup> Auch in seinem romanistischen Hauptwerk vertritt Lotmar konsequent diese Haltung, indem er den überlieferten Texten treu bleibt.

#### 4. Struktur und Ziel des Werkes

Im ersten Band stellt Lotmar die Errorfälle der römischen Rechtsquellen vor. Es war keine einfache Aufgabe, ›der Welt des Irrtums‹ aus den römischen Texten Herr zu werden. Die Menge der Stellen ist riesig. Nicht immer hat aber der Begriff ›Error‹ eine juristische Relevanz. Das ergibt sich erst aus dem jeweiligen Kontext. Lotmar entschied sich, auch Texte außerhalb des *Corpus iuris civilis* mit einzubeziehen, wie er in der Einleitung ausführt. Um seine Erkenntnismöglichkeiten nicht zu begrenzen, erklärt er, dass er auch literarische Quellen behandeln möchte, obwohl diese nur für terminologische Fragen herangezogen werden.

Um sich in der immensen Menge an Texten zurechtzufinden, benötigte Lotmar Kriterien. Er entnahm die zu verwendenden Kriterien den Texten selbst. Er anerkennt, dass die zahlreichen Einteilungen in seinem Buch eine gewisse Spitzfindigkeit aufweisen (›Pedanterie‹),<sup>61</sup> aber er ist sich auch bewusst, dass sie unvermeidbar sind, um den Error in den römischen Quellen konsequent zu untersuchen. Solche Kriterien leitet er vornehmlich aus dem Wortlaut des Textes ab, vor allem aus dem lexikalischen oder syntaktischen Gebrauch der Juristen

57 Hofstetter, S. 21.

58 Zur seiner Modernität s. Finkenauer, insbesondere S. 20.

59 S. vor allem Lotmar, Rez. von O. Gradenwitz. Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien, in Literarisches Centralblatt 29 (14. Juli 1888), Sp. 979 ff. Zur Frage s. Finkenauer, S. 9 ff. und Fagnoli, Poche ombre, S. 245 ff.

60 Fagnoli, ib., S. 248.

61 MS 23-1780.

oder der kaiserlichen Kanzleien bei der Herstellung der Texte selbst. Andere Kriterien sind stattdessen inhaltlicher Art, gerichtet auf die Art des Irrtums, auf das Objekt, auf die Person oder auf die Tatsache, dass der Irrtum ein dem Sachverhalt internes oder externes Element betrifft.

Lotmar hat die juristischen Stellen zunächst in drei große Kategorien unterteilt, die den drei langen Kapiteln des ersten Bandes entsprechen: jene, die das Lemma des Substantivs *error* oder das Lemma des Verbs *errare* enthalten, jene, die eine Ersatzformulierung für *error* oder *errare* enthalten (Vertretungsstellen), und jene, die schließlich auf eine Paraphrasierung zurückgreifen, um die Bedeutung von *error* oder *errare* auszudrücken (Umschreibungsstellen).<sup>62</sup>

Der zweite Band besteht hingegen aus sieben Kapiteln zum römischen Errorbegriff. Trotz der im Vergleich mit dem ersten Band höheren Anzahl an Kapiteln sollte er kürzer ausfallen. Lotmar begründet die vorausgesehene Kürze wie folgt: er braucht »sich nicht mit den juristisch unerheblichen Stellen zu wiederholen« und darf »die Tatbestände als feststehend behandeln«. <sup>63</sup> Die sieben Kapitel sind jedoch nur Skizze geblieben.<sup>64</sup>

Auf Grund seines Quelleninventars abstrahiert Lotmar den Errorbegriff aus den gesammelten Errorfällen und gelangt in der Einleitung des zweiten Bandes<sup>65</sup> zur kürzesten Definition des Errors: Irrtum ist die unbewusste Abweichung vom Richtigen. Diese Definition zerfällt – so Lotmar – in die Hauptbestandteile der Abweichung vom Richtigen und des mangelnden Bewusstseins derselben. Die Abweichung bildet gemäß Lotmar den objektiven und das mangelnde Bewusstsein der Unrichtigkeit den subjektiven Bestandteil des Irrtums.

Danach zielte Lotmar darauf ab, »sein Verhältnis zu angrenzenden oder genteiligen Erscheinungen der Rechtswelt«<sup>66</sup> darzulegen und somit den Begriff mit der Rechtswelt zu Lotmars Lebzeiten zu vergleichen. Dem praktischen Interesse sollte somit gedient werden. Schlussendlich wollte er den so hergeleiteten Errorbegriff mit den »von der romanistischen Literatur gebotenen Definitionen«<sup>67</sup> konfrontieren. Lotmars Auseinandersetzung mit dem damaligen geltenden Recht und der romanistischen Literatur der Zeit ist nur skizziert worden. Dieser Teil hätte, in genügend ausgearbeiteter Form, wissenschaftsgeschichtlich einen großen Mehrwert bringen können.

Trotz der Unvollständigkeit von ›Das römische Recht vom Error‹ ist der Zweck des Werkes klar. Aus der Einleitung sowie aus Heft 23 wird denn auch

62 S. dazu oben § 3.

63 MS 1-6.

64 S. dazu oben § 2.

65 Heft 23.

66 MS 23-1779.

67 Ib.

Lotmars Kritik an Savignys Lehre vom Irrtum sofort ersichtlich. Selbstverständlich war Savigny im Irrtumsbereich tonangebend.<sup>68</sup>

Lotmars eigentliches Erkenntnisinteresse liegt deshalb im Vertragsrecht. Er möchte vor allem »die unerlässliche, bisher vermisste Grundlage für die Erkenntnis der Rechtswirksamkeit des Errors« im damaligen Vertragsrecht finden.<sup>69</sup> Es geht um die ewige Frage der Definition und der Wirkungen des Irrtums, vor allem, ob der Vertrag bei Vorliegen eines Irrtums unverbindlich ist – bis heute eine der Kernfragen des Privatrechts.

Lotmar war sich bewusst, wie schwierig eine Kritik an Savigny sein würde. Er beschränkt sich deshalb nicht auf die Errorstellen im Vertragsrecht, sondern erweitert seine Forschung auch auf Errorstellen in anderen Rechtsgebieten. Ein solches Ziel kann nur durch ein monumentales Werk auf Grundlage der breitestmöglichen Untersuchungsbasis erreicht werden. Nur dies würde ermöglichen, den Error aus unterschiedlichen Perspektiven zu betrachten und einen Paradigmenwechsel herbeizuführen. Als 33-Jähriger stellte er sich eine so weitgehende Aufgabe, dass sie ihn sein Leben lang beschäftigte.

Folgendermaßen lässt sich Lotmars Kritik an Savigny<sup>70</sup> auch auf Grund der letzten, hier nicht veröffentlichten Hefte rekonstruieren. Erstens kritisiert Lotmar bereits in der Einleitung Savignys fehlende Unterscheidung zwischen den Begriffen Irrtum und Error. Diese sind gemäß Lotmar nicht deckungsgleich, da der Begriff Irrtum teils mehr, teils weniger als Error enthalte:<sup>71</sup> Error bedeute nicht den Irrtum über Künftiges, und auf der anderen Seite beziehe er sich auch auf den unbewussten Dissens, der nicht als Irrtum gelte.<sup>72</sup>

Zweitens missbilligt er Savignys Unterscheidung zwischen dem sog. unechten und echten Irrtum.<sup>73</sup> Unecht war für Savigny der Irrtum, der den Willen ausschließt. Der Erklärende will etwas anderes erreichen, als er tatsächlich erklärt hat. Nur hier liege eine Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung vor: In einem solchen Fall sei der Vertrag in jedem Fall, abgesehen von Verschulden, nichtig.<sup>74</sup> Bei Abwesenheit des Willens bestehe das Rechtsgeschäft als juristische Tatsache nicht. Wenn hingegen der Wille auf einer irrtümlichen Vorstellung wie zum Beispiel dem Irrtum im Beweggrunde beruht, bleibt die Willenserklärung gültig.<sup>75</sup> Solcher echte oder unwesentliche Irrtum schließt

68 Der Ausdruck stammt aus Brinz, Pandekten IV, S. 31.

69 MS 23-1779.

70 Dazu s. Fagnoli, Das verpasste Vermächtnis, S. 21 ff.

71 MS 1-4.

72 Hofstetter, S. 11.

73 MS 1-2 und 34-217.

74 Savigny, System III, S. 440.

75 Ib., S. 112 ff., S. 354 ff.

den Willen nicht aus und hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte.<sup>76</sup>

Nach Lotmar lässt sich die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Irrtum nicht auf die römischen Quellen stützen. Es komme hinzu, dass sie auf Grund eines nicht ersichtlichen Kriteriums erfolge.<sup>77</sup> »Das Fundament, auf welchem Savigny's Unterscheidung beruht, lässt sich darum nicht aufrecht erhalten.«<sup>78</sup> »Obwohl er selbst kein tatbeständliches Unterscheidungsmerkmal angibt, sich darauf beschränkt, disparate Fälle anzugeben, in denen er willensausschließenden Irrtum gegeben findet, fordert er doch, »daß alle diese Fälle des unechten Irrthums aus der Lehre vom Irrthum sorgfältig entfernt werden« (S. 445–446), und begründet dieses schwer erfüllbare Postulat mit dem großen und praktischen Interesse, das seiner Distinktion zukomme.«<sup>79</sup>

Drittens lehnt Lotmar die Einordnung des Irrtums in die Lehre der Willenserklärung ab. Irrtum ist für Savigny nicht ein Problem des Konsenses, sondern der einseitigen Erklärung. Irrtum erfolge nicht in Hinsicht auf den Partner. Dass eine Übereinstimmung des Willens des Erklärenden und der Erklärung<sup>80</sup> fehle, sei entscheidend. Es gehe um keine Frage des Konsenses, sondern um einen Mangel des Willens. Dagegen ist der Irrtum für Lotmar nicht unbedingt ein Willensmangel. Der Irrtum als Willensmangel deckt sich zum Beispiel nicht mit bestimmten Irrtümern, »wie sie bei Delikten und *negotiorum gestio* vorkommen.«<sup>81</sup>

Nicht zuletzt ist Lotmar auch der allgemeinen Lehre Savignys gegenüber kritisch. Er hält in seiner Einleitung fest, dass die Römer keine Irrtumslehre kannten, die römischen Juristen hätten keine zusammenhängende Irrtumslehre begründet.<sup>82</sup> »Von einer römischen Irrtumslehre ist in keinem Sinn zu sprechen, nicht einmal für engere Gebiete wie Privatrecht, Rechtsgeschäft, Testament, Vertrag – Ist das bisher geschehen? Sie kann als römische Lehre vom Error nur von der Nachwelt aufgebaut werden.«<sup>83</sup> Offenbar hatten in seinen Augen weder Savigny noch andere eine wahrhafte Irrtumslehre geschaffen.

76 Ib., S. 304.

77 Hofstetter, S. 12.

78 MS 34-218.

79 Ib.

80 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin etc. 1992, S. 441.

81 MS 23-1829.

82 Dieser Meinung ist auch die heutige Lehre, zuletzt darüber Martens, Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht, in ZEuP, 3 (2017), S. 608. S. auch Harke, S. 23 ff.

83 MS 33-197c.

## 5. Die Bedeutung einer posthumen Publikation

Die Menge der von Lotmar behandelten Quellen ist beeindruckend. In der nachfolgenden, fast hundertjährigen Periode hat im Irrtumsbereich niemand mehr eine derart umfassende Untersuchung angestrengt. Selbstverständlich wurde seit Lotmars Tod vieles zum Thema Error im römischen Recht publiziert,<sup>84</sup> und dies in der beinahe vollständigen Unkenntnis von Lotmars Werk.<sup>85</sup> Es änderte nicht viel, dass sich einige neuere Arbeiten zum römischen Recht, die gesamthaft der Interpolationenkritik verpflichtet waren, mit dem Thema befasst haben. Namentlich in den sechziger Jahren wurde das Bedürfnis nach einer Erforschung des Irrtums im römischen Recht in zwei bedeutsamen, fast gleichzeitig erschienenen Monographien im Vertragsrecht konkretisiert.<sup>86</sup> Mittlerweile sei deutlich, dass der Irrtum nicht mit dem römischen Error deckungsgleich sei und das römische Vertragsrecht das Problem des Willensmangels nicht gekannt habe. Nur wenn der typisierte Vertragstatbestand erfüllt war, seien die schuldrechtlichen Wirkungen eingetreten.<sup>87</sup> Zudem wird das Nachleben des römischen Irrtums bei den Glossatoren bis hin zum BGB problematisiert.<sup>88</sup> Trotzdem ist Lotmars

84 Schwarz, Die Funktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder teilweise nicht geschuldeten Fideikommisses, in SZ 68 (1951), S. 266–319, allgemeiner Erhardt, Betrachtungen über die Lehre vom Error, in SZ 69 (1952), 402–420; Provera, Note esegetiche in tema di errore, in Studi Francisci II, Milano 1956, S. 159–181; Taubenschlag, Errors of Officials in Roman Egypt, in IVRA 7 (1956), S. 1–5; H.J. Wolff, Verfügungsmacht und Verfügungswille (zum sog. error in dominio), in Studi Francisci III, Milano 1956, S. 69–104; Betti, Errore (diritto romano), in NDI V, Torino 1960, S. 660–665; Raggi, L'error in dominio nella traditio, in SDHI 18 (1952), S. 88–114; Burdese, Il c.d. error in dominio nella traditio classica, in Festschrift Pringsheim, Athènes 1953, S. 23–47 (= Ann. Univ. Ferrara 2 [1953], S. 101–130).

85 Das *error*-Werk wird aber von Winkel, S. 95 Fn. 32 und Wacke, S. 313 Fn. 12 erwähnt.

86 J.G. Wolf, Error im römischen Vertragsrecht, Köln / Graz 1961: *error in substantia* ist nach Wolf eine Fehlinterpretation der klassischen Kategorie durch die byzantinische Jurisprudenz, die solchen *error* als Irrtum einer Partei über die stoffliche Beschaffenheit des *corpus* auffasste. U. Zilletti, La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano (Milano 1961) schreibt mit einem breiteren Fokus vom Irrtum im Rechtsgeschäft.

87 Wolf, *ib.*, S. 171.

88 Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Wien / Köln / Weimar 2000, S. 41 ff. Als weitere römischrechtliche Literatur sind auch hier die folgende Beiträge zu erwähnen: Harke (dazu die Besprechung von Schermaier, in SZ 125 [2008], S. 826 ff.); Voci, L'errore nel diritto romano, Milano 1937; idem, In tema di errore, in SDHI 8 (1942), S. 82–112; idem, Ancora dell'errore nella *condictio indebiti*, in SDHI 9 (1943), S. 55–103. S. aber auch Barcellona, Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico, Milano 1962; Labruna, Errantis voluntas, in Labeo 8 (1962), S. 130–138;