

1 DIE RECHTLICHE NATUR DES MONETÄREN DEPOSITUM IRREGULARE

1 EINE VORLÄUFIGE BEGRIFFSKLÄRUNG: LEIHVERTRÄGE (MUTUUM UND COMMODATUM) UND DEPOSITENVERTRÄGE

Nach dem *Diccionario* der Real Academia Española ist eine Leihe die Sache bzw. das Geld, welche eine Person einer anderen übergibt, damit letztere die Sache benutzt und danach zurück gibt.¹² Traditionell gibt es zwei Arten von Leihen: die Leihe *für den Gebrauch*, in diesem Falle wird nur der Gebrauch des verliehenen Objekts übertragen und der Entleiher ist nach dem Gebrauch des Objektes zu dessen Rückgabe verpflichtet; und die Leihe *für den Konsum*, bei der das Eigentum des verliehenen Objekts übertragen wird. In letzterem Falle wird das Objekt für den Konsum übergeben und der Entleiher ist dazu verpflichtet, etwas von der gleichen Quantität und Qualität wie die Sache, die er ursprünglich erhalten und konsumiert hat, zurückzugeben.¹³

DER COMMODATUM

Commodatum (lat.) ist ein realer Vertrag im guten Glauben bei dem eine Person, der Verleiher, einer anderen Person, dem Entleiher, ein spezifisches Objekt zum freien Gebrauch während eines bestimmten Zeitraumes anvertraut, wobei am Ende des Zeitraumes das geliehene Objekt seinem Eigentümer zurückgegeben werden muss.¹⁴ Der Vertrag wird als „Realvertrag“ bezeichnet, weil der Gegenstand übergeben werden muss. Ein Beispiel ist die Leihe eines Autos an einen Freund, damit dieser einen Ausflug unternehmen kann. Es ist eindeutig, dass in diesem Falle der Verleiher weiterhin der Eigentümer des entliehenen Objekts ist, und dass die empfangende Person dazu verpflichtet ist, das Objekt (das Auto) angemessen zu benutzen und am Ende des ausgemachten Zeitraumes (wenn der Ausflug beendet ist) zurückzugeben. Die Verpflichtung des Freundes, des Entleihers, ist es, das Objekt (das Auto) in seinem Besitz zu behalten, es angemessen zu behandeln (die Verkehrsregeln zu beachten und auf das Auto Acht zu geben, als wäre es sein eigenes), und es zurückzugeben, wenn der *commodatum* beendet ist (der Ausflug vorbei ist).

12 [ACHTUNG, DIE NUMMERIERUNG DER FUSSNOTEN SOLLTE HIER WIEDER BEI 1 BEGINNEN]
Diccionario de la Real Academia Española, Escasa Calpe, Madrid 1992, S. 1179, der erste Eintrag zum Begriff „Leihe“.

13 Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2: *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales* (Barcelona: Librería Bosch, 1975), S. 304.

14 Juan Iglesias, *Derecho Romano: Instituciones de derecho privado*, 6. überarb. Aufl. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1972), S. 408-09.

DER MUTUUM

Ogleich der *commodatum* von praktischer Bedeutung ist, besitzt das Verleihen von *fungiblen*¹⁵ (vertretbaren) und konsumfähigen Gütern wie Öl, Weizen und vor allem Geld, einen größeren ökonomischen Stellenwert. Der *mutuum* (lat.) ist ein Vertrag, in dem eine Person, der Darlehensgeber, einer anderen Person, dem Darlehensnehmer, eine bestimmte Menge an fungiblen Gütern anvertraut, und der Entleiher verpflichtet ist, nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes, die gleiche Menge an Gütern der gleichen Art und Qualität (*tantundem* im Lateinischen) zurückzugeben. Ein typisches Beispiel eines *mutuums* ist der Vertrag des Gelddarlehens, mit dem Geld als Paradebeispiel eines fungiblen Guts. Mittels dieses Vertrages wird heute eine bestimmte Menge an Geldeinheiten von einer Person an eine andere übergeben, indem der Besitz und die Verfügbarkeit des Geldes von der Person, welche das Darlehen vergibt, zu der Person, welche sie empfängt, übertragen wird. Die Person, welche das Darlehen erhält, ist dazu berechtigt, das Geld so zu benutzen als wäre es ihr eigenes, wobei sie verspricht, am Ende der verabredeten *Laufzeit*, die gleiche Menge an Geldeinheiten, welche sie entliehen hatte, zurückzugeben. Der *mutuum* bedingt einen *Tausch* von „Gegenwartsgütern“ gegen „Zukunftsgüter“, da er ein Darlehen von fungiblen Gütern darstellt. Deshalb wird für gewöhnlich beim *mutuum* im Gegensatz zum *commodatum* eine *Zinsvereinbarung* getroffen, weil die Menschen auf Grund der Zeitpräferenz (nach der, unter sonst gleichen Umständen, Gegenwartsgüter immer Zukunftsgütern vorgezogen werden) nur im Tausch gegen eine größere Anzahl von fungiblen Gütern in der Zukunft (am Ende der Laufzeit) dazu bereit sein werden, eine bestimmte Anzahl von fungiblen Gütern aufzugeben. Demnach ist gerade der Unterschied zwischen der Anzahl der ursprünglich übergebenen Einheiten und der Anzahl, die am Ende der Laufzeit durch den Darlehensnehmer übergeben wird, der Zins. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass im Falle des *mutuums* der Verleiher die Verpflichtung übernimmt, eine vorher bestimmte Anzahl von Einheiten dem Darlehensnehmer auszuhändigen. Der Darlehensnehmer, der das Darlehen erhält, übernimmt die Verpflichtung die gleiche Anzahl an Einheiten der gleichen Art und Qualität, die er erhalten hat, (*tantundem*) am Ende der im Vertrag festgelegten Laufzeit zurückzugeben. Außerdem muss er einen Zins zahlen, sofern dies in der Vereinbarung festgelegt worden ist, was allgemein der Fall ist. Die grundlegende Verpflichtung, die mit einem *mutuum*, bzw. dem Darlehen eines fungiblen Gutes, verknüpft ist, besteht in der Rückgabe - am Ende der festgelegten Laufzeit - der gleichen Anzahl an Einheiten der gleichen Art und in der gleichen

¹⁵ *Fungible* Güter sind derartige Güter, die durch andere Güter derselben Art substituiert werden können. Oder in anderen Worten sind sie Güter, die nicht einzeln betrachtet werden, sondern vielmehr in Form ihrer Menge, ihres Gewichts oder ihres Ausmaßes. Die Römer sagten, dass Dinge, *quae in genere suo functionem in solutione recipiunt*, fungible sind; d. i., *res quae pondere numero mensurave constant*. Verbrauchsgüter sind oft fungibel.

Qualität, wie die Erhaltenen, selbst wenn dem betroffenen Gut eine Preisänderung widerfahren ist. Das bedeutet, dass der Darlehensnehmer, da er nur das *tantundem* zurückgeben muss, wenn der vorher bestimmte Zeitraum endet, den Nutzen des zeitweiligen *Eigentums* der Sache empfängt und sich daher dessen vollständiger Verfügbarkeit erfreuen kann. Außerdem ist die *festgesetzte Laufzeit* ein grundlegendes Element eines Darlehens oder eines mutuum, da ein Zeitraum festgelegt wird, während dessen die Verfügbarkeit und das Eigentum des Gutes dem Darlehensnehmer zusteht und an dessen Ende dieser verpflichtet ist, das *tantundem* zurückzugeben. *Ohne die explizite oder implizite Feststellung einer festgelegten Laufzeit kann der mutuum, bzw. das Darlehen nicht existieren.*

DER DEPOSITENVERTRAG

Während Leih- und Darlehensverträge (Commodatum und Mutuum) die Übertragung der Verfügbarkeit des Gutes beinhalten, welche vom Verleiher/Darlehensgeber zum Entleiher/Darlehensnehmer transferiert wird, erfordert eine andere Art von Verträgen, der Depositen- oder Verwahrungsvertrag, dass *die Verfügbarkeit des Gutes nicht übertragen wird*. In der Tat ist der Depositenvertrag (*depositum* im Lateinischen) ein Vertrag, bei dem eine Person, der Deponent, der im guten Glauben einer anderen Person, dem Depositär, ein bewegliches Gut anvertraut, damit es der Depositär bewacht, beschützt und zu jedem Zeitpunkt dem Deponent aushändigt, falls dieser es verlangt. Folglich wird das Depositum (bzw. Einlage) immer im Interesse des Deponenten genutzt. Der grundlegende Zweck der Einlage ist die *Aufbewahrung* und *Bewachung* des Gutes und dies impliziert für die Dauer des Vertrages, dass die vollständige Verfügbarkeit des Gutes beim Deponenten verbleibt, der das Gut *zu jeder Zeit* verlangen kann. Die Verpflichtung des Deponenten ist neben der Auslieferung des Gutes die Kompensation des Depositärs für die Kosten der Einlage (falls eine solche Kompensation vereinbart wurde; falls nicht, ist das Depositum gebührenfrei). Die Verpflichtung des Depositärs ist es, das Gut mit der höchsten Sorgfalt, welche für gute Eltern typisch ist, zu bewahren und zu beschützen, sowie das Gut *unverzüglich* dem Deponenten zurückzugeben, wenn dieser danach verlangt. Es ist eindeutig, dass im Gegensatz zu Leihen und Darlehen, die einen Zeitraum beinhalten, in dem die Verfügbarkeit des Gutes übertragen wird, im Falle des Depositums dies nicht so ist. Vielmehr wird das Depositum immer bereitgehalten und ist für den Deponenten verfügbar, und sie endet sobald er die Rückgabe des Gutes vom Depositär einfordert.

DAS DEPOSITUM FUNGIBLER GÜTER ODER DAS DEPOSITUM IRREGULARE

Vielmals in unserem Leben wollen wir keine spezifischen Dinge deponieren (wie ein Gemälde, ein Schmuckstück, oder eine versiegelte, mit Münzen gefüllte Truhe), sondern fungible Güter (wie Ölfässer, Kubikmeter Gas, Scheffel Weizen, oder Tausende Euros). Das Depositum von fungiblen Gütern ist zweifellos auch ein Depositum, insofern, als sein Hauptelement die vollständige Verfügbarkeit der deponierten Güter für den Deponenten ist, wie auch die Verpflichtung des Depositar, die Güter gewissenhaft zu bewahren und zu beschützen. Der einzige Unterschied zwischen dem Depositum fungibler Güter und dem depositum regulare bzw. dem Depositum spezifischer Güter ist, dass bei ersterem die deponierten Güter unmerklich mit anderen Gütern derselben Art und Qualität vermischt werden (so wie es zum Beispiel bei einem Warenhaus, das Getreide oder Weizen lagert, in einem Öltank oder einer Ölraffinerie, oder in einem Banktresor der Fall ist). Wegen der ununterscheidbaren Mischung von unterschiedlichen deponierten Einheiten derselben Art und Qualität kann man zu der Auffassung kommen, dass das „Eigentum“ der deponierten Güter im Fall des Depositums fungibler Güter übertragen wird. In der Tat wird sich der Deponent, wenn er sein Depositum entnehmen will, logischerweise mit dem genauen Äquivalent hinsichtlich Quantität und Qualität des ursprünglich Deponierten zufrieden geben. Auf keinen Fall wird er dieselben spezifischen Einheiten, die er abgegeben hat, erhalten, weil die fungible Natur der Güter es unmöglich macht, diese individuell zu behandeln, da sie ununterscheidbar mit dem Rest der Güter, die der Depositar in seinem Besitz hält, vermischt worden sind. Das Depositum fungibler Güter, das die grundlegenden Eigenschaften eines Depositenvertrages besitzt, wird „depositum irregulare“¹⁶ genannt, weil eines seiner charakteristischen Elemente andersartig ist. (Im Fall des regelmäßigen Depositums, oder der Deponierung eines spezifischen Gutes wird das Eigentum nicht übertragen, sondern der Deponent ist weiterhin Eigentümer des Gutes, während im Fall der Depositen fungibler Güter das Eigentum an den Depositar übertragen wird). Nichtsdestoweniger müssen wir betonen, dass das Wesen des Depositums unverändert bleibt und dass das *depositum irregulare* vollständig die grundlegende Natur aller Depositen teilt: die Verpflichtung der *sicheren Aufbewahrung* und *Bewachung*. In der Tat besteht beim depositum irregulare immer die unmittelbare Verfügbarkeit für den Deponenten, der jederzeit zum Getreidespeicher, zum Öltank,

16 Mein Schüler César Martínez Meseguer argumentiert überzeugend, dass eine andere adäquate Lösung unseres Problems darin besteht anzunehmen, dass beim depositum irregulare keine wahre Übertragung des Eigentums erfolgt, sondern dass das Konzept des Eigentums sich abstrakt auf das *tantundem* oder die Quantität der deponierten Güter bezieht und das Eigentum als solches beim Deponenten verbleibt und nicht übertragen wird. Diese Lösung ist diejenige, die den Fall der Vermischung einschließend, zum Beispiel in Artikel 381 des Spanischen Código Civil angeboten wird, indem anerkannt wird, dass „jeder Eigentümer in Proportion zu dem Teil, der ihm zusteht, Rechte erhalten wird.“ Obwohl das depositum irregulare traditionell anders interpretiert wurde (als eine wahre Übertragung des Eigentums der physischen Einheiten), erscheint es korrekter zu sein, das Eigentum abstrakt wie im Artikel 381 des Spanischen Código Civil zu definieren, wo angenommen wird, dass es keine Übertragung des Eigentums beim depositum irregulare gibt. Dies scheint außerdem die Sicht von Luis Díez-Picazo und Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, 6. Aufl. (Madrid: Editorial Tecnos, 1989), Bd. 2, S. 468-70 zu sein.

oder Banktresor gehen und das Äquivalent der Einheiten, die er ursprünglich übergeben hat, entnehmen kann. Die entnommenen Güter werden das genaue Äquivalent hinsichtlich Quantität und Qualität der Güter haben, die er ausgehändigt hat; oder, wie die Römer sagten, das *tantundem eiusdem generis, qualitatis et bonetatis*.

2 DIE ÖKONOMISCHE UND SOZIALE FUNKTION DES DEPOSITUM IRREGULARE

Depositen fungibler Güter (wie Geld), die auch unregelmäßige Depositen genannt werden, leisten eine wichtige soziale Funktion, welche nicht von den regelmäßigen Depositen, d.i. von Depositen spezifischer Güter, eingenommen werden kann. Es wäre sinnlos und sehr teuer Öl in separaten, nummerierten Behältern zu deponieren (d.h. als versiegelte Depositen, bei denen der Besitz nicht übertragen wird), oder Geldscheine in individuell-nummerierte, versiegelte Umschläge zu stecken. Obgleich diese extremen Fälle regelmäßige Depositen darstellen würden, bei denen Besitz nicht übertragen wird, würden sie einen außerordentlichen Verlust an Effizienz und der Kostenreduzierung bedeuten, die daraus resultiert, dass die individuellen Depositen gemeinsam und von einander¹⁷ ununterscheidbar behandelt werden, ohne dass dies Kosten oder eine Einschränkung der Verfügbarkeit für den Deponenten bedeuten würde, der gleichsam zufrieden ist, wenn er auf Verlangen das *tantundem* in derselben Quantität und Qualität erhält, ohne dass dieses identisch mit dem spezifischen Inhalt ist, den er ursprünglich ausgehändigt hatte. Das *depositum irregulare* besitzt noch andere Vorteile. Beim *depositum regulare* bzw. beim *Depositum* spezifischer Güter, ist der Depositär nicht für den Verlust durch einen unvermeidbaren Unfall oder durch höhere Gewalt verantwortlich, während beim *depositum irregulare* der Depositär sogar im Falle höherer Gewalt verantwortlich ist. Deshalb dient, zusätzlich zu den traditionellen Vorteilen der direkten Verfügbarkeit und sicheren Aufbewahrung des ganzen *Depositums*, das unregelmäßige *Depositum* als eine Art *Versicherung* gegen die Möglichkeit des Verlusts durch unvermeidbare Unfälle.¹⁸

DAS GRUNDLEGENDE ELEMENT DES MONETÄREN DEPOSITUM IRREGULARE

Beim *depositum irregulare* nimmt die Verpflichtung der Bewachung und des Schutzes der

17 Im speziellen Fall des monetären *depositum irregulare* ist der gelegentliche Gebrauch von Kontenführungsdiensten, der von Banken angeboten wird, ein weiterer Vorteil.

18 Wie Pasquale Coppa-Zuccari klugerweise hervorhebt, a differenza del deposito regolare, l'irregolare gli garantisce la restituzione del *tantundem* nella stessa specie e qualità, sempre ed in ogni caso. ... Il deponente irregolare è garantito contro il caso fortuito, contro il quale il depositario regolare non lo garantisce; trovase anzi in una condizione economicamente ben più fortunata che se fosse assicurato. (Vgl. Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare* [Modena: Biblioteca dell'Archivio Guiridico Filippo Serafini, 1901], Bd. 6, S. 109-10)

deponierten Güter, welches das grundlegende Element aller Depositen ist, die Form der Verpflichtung an, immer die vollständige Verfügbarkeit des *tandundems* für den Deponenten zu gewährleisten. In anderen Worten: während beim depositum regulare das spezifische, deponierte Gut ständig sorgfältig und *in individuo* behütet werden muss, ist das, was beim Depositum fungibler Güter ständig bewacht, gesichert und verfügbar gehalten werden muss, das *tantundem*, d.i. das Äquivalent in Quantität und Qualität der ursprünglich ausgehändigten Güter. Das bedeutet, dass *beim depositum irregulare die Aufbewahrung die Verpflichtung mit sich bringt, immer für den Deponenten Güter derselben Quantität und Qualität verfügbar zu halten, die entgegengenommen worden sind*. Diese Verfügbarkeit ist im Fall der fungiblen Güter, obwohl die Güter ständig durch andere ausgetauscht werden, das Äquivalent zur Verwahrung *in individuo* im Fall der nicht fungiblen Güter. In anderen Worten: der Eigentümer des Getreidespeichers oder des Öltanks kann das spezifische Öl oder Getreide, das er erhält, entweder für seinen eigenen Gebrauch oder zur Rückgabe an einen anderen Deponenten benutzen, *solange er dem originären Deponenten Öl und Weizen in derselben Quantität und Qualität, in der sie deponiert worden sind, verfügbar hält*. Beim Gelddepositum gilt die gleiche Regel. Wenn man von einem Freund einen Zwanzig-Euro-Schein zum Deponieren erhält, kann man in Betracht ziehen, dass er einem das Eigentum der spezifischen Noten überträgt, und dass man diese für die eigenen Ausgaben oder zu irgendeinem anderen Gebrauch nutzen darf, solange man den äquivalenten Betrag (in Form eines anderen Zwanzig-Euro-Scheins oder zweier Zehn-Euro-Scheine) aufbewahrt, sodass man in dem Augenblick, indem er einen zur Rückzahlung auffordert, dies unverzüglich ohne Probleme und ohne einer Ausrede zu bedürfen vornehmen kann.¹⁹

19 Coppa-Zuccari hat dieses essentielle Prinzip des depositum irregulare am besten ausgedrückt, wenn er sagt, dass der Depositär

risponde della diligenza di un buon padre di famiglia indipendentemente da quella che esplica nel giro ordinario della sua vita economica e giuridica. Il depositario invece, nella custodia delle cose ricevute in deposito, deve spiegare la diligenza, *quam suis rebus adhibere solet*. E questa diligenza diretta alla conservazione delle cose proprie, il depositario esplica: in rapporto alle cose infungibili, con l'impedire che esse si perdano o si deteriorino; il rapporto alle fungibili, col curare di averne sempre a disposizione la medesima quantità e qualità. Questo *tenere a disposizione* una eguale quantità e qualità di cose determinate, si rinnovellino pur di continuo e si sostituiscano, equivale per le fungibili a ciò che per le infungibili è l'esistenza della cosa *in individuo*. (Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, S. 95)

Joaquín Garrigues vertritt die gleiche Meinung in *Contratos bancarios* (Madrid, 1971), S. 365, und ebenso formuliert Juan Roca Juan seine Auffassung in seinem Aufsatz über das Gelddepositum (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, herausgegeben von Manuel Albaladejo, Band 22, vol. 1, *Editorial Revista del Derecho Privado* EDERSA [Madrid, 1982], S. 246-55), in dem er zu der Schlussfolgerung gelangt, dass die Aufbewahrungsverpflichtung beim depositum irregulare gerade bedeutet, dass der Depositär

die deponierte Menge zu jeder Zeit für den Deponenten verfügbar halten muss, und daher die Anzahl an Einheiten von der Art des Deponierten vorhalten muss, die notwendig ist, um die Menge zurückzugeben, *wenn es von ihm verlangt wird*. (S. 251)

In anderen Worten: Im Falle des monetären depositum irregulare bedeutet die Aufbewahrungsverpflichtung die Erfordernis einer ständigen 100-prozentigen Bargeldreserve.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die zugrundeliegende Logik der Institution des depositum irregulare auf universellen Rechtsprinzipien beruht und nahe legt, dass das essentielle Element der Bewachung oder sicheren Aufbewahrung erfordert, dass das *tantundem* äquivalent zum originären Depositum, ständig dem Deponent verfügbar ist.

DIE FOLGEN AUS DER NICHTERFÜLLUNG DER GRUNDLEGENDEN VERPFLICHTUNG DES DEPOSITUM IRREGULARE

Wenn die Verpflichtung der sicheren Aufbewahrung des Depositums nicht erfüllt wird, wird es logischerweise notwendig, den Deponenten zu entschädigen. Und wenn der Depositar in betrügerischer Absicht gehandelt hat und das deponierte Gut für seinen eigenen persönlichen Gebrauch verwendet hat, hat er die Straftat der Veruntreuung begangen. So begeht jemand beim regelmäßigen Depositum, wenn er z.B. als Depositum ein Gemälde empfängt und es zu seinem eigenen Gewinn verkauft, die Straftat der Veruntreuung. Die gleiche Straftat liegt beim depositum irregulare fungibler Güter vor, wenn der Depositar die deponierten Güter zu seinem eigenen Gewinn nutzt, ohne das äquivalente *tantundem* dem Deponent jederzeit bereitzuhalten. Dies wäre der Fall des Öldeposits, der in seinem Tank eine Ölmenge ungleich der gesamten deponierten bereithält, oder des Deposits, der ein Gelddepositum erhält und es in irgendeiner Art zu seinem eigenen Nutzen verwendet (indem er es selbst ausgibt oder verleiht), ohne jederzeit ein Reservedeckung von 100-Prozent beizubehalten.²⁰ Der Strafrechtsexperte Antonio Ferrer Sama legt dar, dass man, falls das Depositum in einer Geldmenge und der Verpflichtung, die gleiche Menge zurückzugeben, besteht (depositum irregulare), und der Depositar das Geld nimmt und es zu seinem eigenen Gewinn benutzt, unterscheiden muss

welche der folgenden Situationen vorliegt, um dadurch seine kriminelle Haftung zu bestimmen: Zu dem Zeitpunkt zu dem er sich das Geld aneignet, verfügt der Depositar über eine Liquidität, die ausreicht, um jederzeit die Menge, die er als Depositum erhielt, zurückzuzahlen; oder, im Gegenteil, zu dem Zeitpunkt zu dem er sich das Geld aneignet, *verfügt er nicht über genügend eigenes Bargeld, um seine Verpflichtung zu erfüllen, dem*

²⁰ Andere verwandte Straftaten liegen vor, wenn der Depositar die Nummer der Depositenzertifikate oder -belege *fälscht*. Dies wäre der Fall des Öldeposits, der falsche Depositenbelege für den Handel mit Dritten ausgibt, und im Allgemeinen, der Fall jedes Deposits eines fungiblen Gutes, der Zertifikate oder Belege in einer Menge ausgibt, die die tatsächlich deponierte Menge übersteigt. Es ist offensichtlich, dass es sich in diesem Fall um die Straftaten der Dokumentenfälschung (der Ausgabe der falschen Belege) und Betrug (wenn bei der Ausgabe der Belege die Intention besteht, dritte Parteien zu täuschen und einen spezifischen Gewinn zu erzielen) handelt. Untenstehend werden wir untermauern, dass die historische Entwicklung des Bankwesens auf dem Begehen krimineller Akte wie dem „Geschäft“ der Banknotenemission basiert.

Deponent jederzeit sein Geld auf Verlangen zurückzuzahlen. Im ersten Fall liegt die Straftat der Veruntreuung nicht vor. Wenn indes zu dem Zeitpunkt zu dem sich der Depositar die deponierte Menge aneignet, dieser nicht genügend Bargeld hat, um seine Verpflichtungen gegenüber dem Deponent zu erfüllen, ist er der Veruntreuung schuldig und zwar von genau dem Augenblick an, in dem er die deponierten Güter für seinen eigenen Gebrauch nutzt und nicht mehr das *tantundem* äquivalent zu dem originären Depositum besitzt.²¹

DIE ANERKENNUNG DER GRUNDLEGENDEN RECHTSPRINZIPIEN, DIE DAS MONETÄRE DEPOSITUM IRREGULARE REGELN (RESERVEDECKUNG VON 100%), IN GERICHTSURTEILEN

Bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein haben Gerichtsurteile in Europa eine Reserverdeckung von 100-Prozent, die Verkörperung des essentiellen Elements der Bewachung und sicheren

21 Antonio Ferrer Sama, *El delito de apropiación indebida* (Murcia: Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, 1945), S. 26-27. Wie wir im Text gezeigt haben und wie auch Eugenio Cuello Calón darlegt (*Derecho penal*, Barcelona: Editorial Bosch, 1971, Band 2, Spezialabschnitt, 13. Aufl, Vol. 2, S. 952-53), wird das Verbrechen in dem Moment begangen, in dem die Aneignung oder Veruntreuung geschieht, und die Straftat leitet sich tatsächlich von der Intention ab, die Aneignung vorzunehmen. Da die Intention der Aneignung privater Natur ist, muss sie aus dem Ergebnis externer Handlungen, wie der Entäußerung, dem Konsum oder dem Verleih des Gutes abgeleitet werden. Diese Handlungen finden im Allgemeinen lange vor der Entdeckung durch den Deponenten statt, der, wenn er versucht, sein Depositum zu entnehmen, überrascht ist, dass der Depositar nicht in der Lage ist, ihm unverzüglich das entsprechende *tantundem* auszuhändigen. Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano, und Carlos Suárez Gonzales (*Manual de derecho penal*, Spezialabschnitt, „Delitos patrimoniales y económicos“ [Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993]) folgern ebenfalls, dass die Straftat in genau dem Augenblick begangen wird, in dem die Verfügung statt findet, unabhängig von den späteren Folgen, und dass das Vergehen als Straftat fortbesteht, sogar wenn das Objekt zurückgewonnen wird oder es dem Täter mißlingt einen Gewinn aus der Aneignung zu ziehen, *ohne Rücksicht auf die Frage, ob der Depositar im Stande ist, das tantundem, wenn es verlangt wird, zurückzugeben* (S. 421). Die gleichen Autoren bringen zu Tage, dass es eine nicht zu akzeptierende Lücke im spanischen Strafrecht gibt, während andere Rechtssysteme

spezifische Regelungen für korporative Verbrechen und Treuebrüche [beinhalten], unter die man das widerrechtliche Verhalten der Banken hinsichtlich des depositum irregulare der Girokonten fassen könnte. (S. 429)

Der Paragraph der im spanischen Strafrecht die Veruntreuung regelt, ist der Paragraph 252 (den Antonio Ferrer Sama erwähnt) des neuen Strafgesetzbuches von 1996 (Paragraph 528 des alten), der besagt:

Die Strafen, die in Paragraph 249 oder 250 spezifiziert werden, werden auf jeden angewandt, der sich zum Schaden eines anderen, Geld, Wertpapiere oder irgendeine andere bewegliche Sache oder Vermögenswert aneignet oder unterschlägt, die er als Depositum, als Kommission oder treuhänderisch oder mittels eines anderen Anspruchs, der die Verpflichtung mit sich bringt, das Eigentum auszuliefern oder zurückzugeben, erhalten hat, wenn die angeeignete Menge einen Wert von 300 Euros übersteigt. Diese Strafen werden im Falle eines notwendigen Depositums um 50 Prozent erhöht.

Zuletzt ist das gründlichste Werk über die strafrechtlichen Aspekte der Veruntreuung von Geld, das in extenso die Meinung der Professoren Ferrer Sama, Bajo Fernández und anderer behandelt, von Norberto J. De la Mata Barranco zu nennen, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias [PPU, Inc.], 1994) vor allem S. 407-08 und 512.

Aufbewahrung beim monetären depositum irregulare, gefordert. Am 12. Juni 1927 verurteilte das Pariser Gericht einen Banker wegen Veruntreuung, weil er, wie es allgemeine Bankpraxis war, die Geldmittel benutzte, die ein Kunde bei ihm deponiert hatte. Am 4. Januar 1934 bestätigte ein weiteres Urteil desselben Gerichts diese Position.²² Darüberhinaus fällte, als die Bank von Barcelona Bankrott ging und protestierende Bankkonteninhaber forderten als Deponenten anerkannt zu werden, das Gericht des nördlichen Bezirks Barcelonas in erster Instanz ein Urteil, das sie als solche bestätigte und ihnen damit einen präferierten Status als Gläubiger einer Insolvenz und einen Anspruch auf Vermögenswerte zusprach. Diese Entscheidung beruht auf der Tatsache, dass das Recht der Banken die Gelder der Bankkonten zu benutzen notwendigerweise mit der Verpflichtung verbunden ist, die Verfügbarkeit dieser Gelder für die Bankkonteninhaber ununterbrochen zu gewährleisten. Folglich schloß diese rechtliche Einschränkung der Verfügbarkeit die Möglichkeit aus, dass die Banken die auf den Bankkonten hinterlegten Gelder als ihnen alleine zugehörig betrachten konnten.²³ Obwohl das höchste spanische Gericht nicht die Gelegenheit hatte über den Bankrott der Bank von Barcelona zu entscheiden, führte sein Urteil vom 21. Juni 1928 zu einer ähnlichen Schlußfolgerung:

Nach der üblichen von der Rechtsprechung anerkannten Handelspraxis besteht der Vertrag des Gelddepositums in einem Depositum bei einer Person, die, obwohl sie nicht die Verpflichtung eingeht, dem Deponenten dieselben Gelder und Werte aufzubewahren, die übergeben worden sind, *den hinterlegten Betrag in ihrem Besitz behalten muss, mit der Absicht, den Betrag teilweise oder vollständig in dem Moment, in dem der Deponent dies verlangt, zurückzugeben; der Depositatar erwirbt nicht das Recht, die Einlage für seine eigenen Zwecke zu nutzen, da er, verpflichtet die Einlage im dem Moment zurückzugeben, in dem dies von ihm verlangt wird, ständig genügend Bargeld in seinem Besitz vorhalten muss.*²⁴

3 DIE GRUNDLEGENDEN UNTERSCHIEDE ZWISCHEN DEM MONETÄREN DEPOSITUM IRREGULARE UND DEM DARLEHENSVERTRAG

An dieser Stelle ist wichtig, die fundamentalen Unterschiede zwischen dem monetären depositum

22 Diese Gerichtsentscheidungen sind in Jean Escarras *Principes de droit commercial*, S. 256, zu finden; Garrigues erwähnt sie zudem in *Contratos bancarios*, S. 367-68.

23 „Dictamen de Antonio Goicoechea,“ in *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona* (Madrid: Imprenta Delgado Sáez, 1936), S. 233-89, vor allem S. 263-64. Garrigues bezieht sich auch auf diese Urteil in *Contratos bancarios*, S. 368.

24 José Luis García-Pita y Lastres zitiert dieses Urteil in seinem Aufsatz „Los depósitos bancarios de dinero y su documentación“, der in *La revista de derecho bancario y bursátil* (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Oktober-Dezember 1993), S. 919-1008, vor allem S. 991 erschien. Garrigues bezieht sich auch auf dieses Urteil in *Contratos bancarios*, S. 387.

irregulare und dem Darlehensvertrag zu bewerten und zu betonen. Wie wir später in verschiedenen Kontexten sehen werden, stammen ein Großteil der Verwirrung und viele rechtliche und ökonomische Irrtümer hinsichtlich unseres Themas vom fehlenden Verständnis der Unterschiede der beiden Verträge.

DAS AUSMASS, IN DEM EIGENTUMSRECHTE IN BEIDEN VERTRÄGEN ÜBERTRAGEN WERDEN

Zunächst ist es notwendig, hervorzuheben, dass das Unvermögen zwischen dem *depositum irregulare* und dem Darlehen zu unterscheiden, aus der überhöhten und unangemessenen Bedeutung entspringt, die, wie wir schon wissen, der Tatsache gegeben wird, dass man beim monetären *depositum irregulare* oder dem *Depositum* eines anderen fungiblen Gutes der Ansicht sein kann, dass das Eigentum des hinterlegten Gutes dem Depositar übertragen wird. „Genau wie“ es bei einem Darlehen oder *mutuum* der Fall ist. Dies ist die einzige Ähnlichkeit der beiden Verträge, die viele Gelehrte dazu veranlasst hat, diese ohne Grund durcheinander zu bringen.

Wir haben bereit gesehen, dass beim *depositum irregulare* die Übertragung des „Eigentums“ ein zweitrangiges Erfordernis ist, welches darin begründet liegt, dass der Gegenstand des Eigentums ein fungibles Gut ist, welches nicht individuell übergeben werden kann. Wir wissen auch, dass viele Vorteile darin bestehen, die Einlage mit anderen Mengen des gleichen Gutes aufzubewahren und die individuellen Einheiten undifferenziert zu behandeln. In der Tat mag es, da nach strikten rechtlichen Bestimmungen nicht die Rückgabe der spezifischen Güter verlangt werden kann und dies auch physisch unmöglich ist, notwendig erscheinen, anzunehmen, dass ein „Transfer“ des Eigentums im Sinne der *individuellen, spezifischen Einheiten*, die deponiert worden sind, vorliegt, weil diese voneinander ununterscheidbar sind. Damit wird der Depositar der „Eigentümer“, indes nur in dem Sinne, dass er, solange er weiterhin das *tantundem* bereithält, nach Belieben die einzelnen, ununterscheidbaren Einheiten verteilen kann. Dies ist das ganze Ausmaß, in dem Eigentumsrechte beim *depositum irregulare* übertragen werden. Beim Darlehensvertrag hingegen wird die gesamte Verfügbarkeit des geliehenen Gutes für die Dauer des Vertrages übertragen. Mithin ist es, selbst mit der einzigen möglichen „Ähnlichkeit“ zwischen dem *depositum irregulare* und dem Darlehensgeschäft (die angenommene „Übertragung“ des Eigentums), wichtig zu verstehen, dass diese Übertragung des Eigentums sehr verschiedene ökonomische und rechtliche Bedeutungen in beiden Verträgen besitzt. Vielleicht wäre es, wie wir in Fußnote fünf erklärt haben, das sinnvollste anzunehmen, dass beim *depositum irregulare* keine Übertragung des Eigentums vorliegt, sondern vielmehr, dass der Deponent jederzeit das Eigentum über das *tantundem* in einem

abstrakten Sinne inne hat.

DIE GRUNDLEGENDEN ÖKONOMISCHEN UNTERSCHIEDE ZWISCHEN BEIDEN VERTRÄGEN

Der Grund für den verschiedenen rechtlichen Inhalt beider Verträge ist auf ihren grundlegenden Unterschied zurückzuführen, der seinerseits in dem verschiedenen *ökonomischen Wesen*, auf dem beide basieren, begründet ist. So zeigt Ludwig von Mises mit seiner gewohnten Klarheit, dass,

wenn wir nationalökonomisch unter Kredit den Tausch eines gegenwärtigen Gutes oder einer gegenwärtigen Leistung gegen ein künftiges Gut oder eine künftige Leistung verstehen, dann ist es wohl nicht möglich, das fragliche Geschäft [unregelmäßige Depositum] unter den Begriff des Kredites einzureihen. Der Deponent von Geldbeträgen, der im Austausch für die hinterlegte Summe eine jederzeit fällige Geldforderung erwirbt, die ihm ganz die gleichen Dienste leistet wie jene Summe, hat kein Gegenwartsgut gegen ein Zukunftsgut ausgetauscht. Auch die Forderung, die er durch die Deponierung erworben hat, stellt für ihn ein Gegenwartsgut dar. Die Hinterlegung des Geldes bedeutet für ihn keineswegs den Verzicht auf die unmittelbare augenblickliche Verfügung über seine Nutzwirkung.

Er kommt zu dem Schluß: „Ein Kreditgeschäft liegt hier [beim Depositum] aber nicht vor, da das wesentliche Moment, der Tausch gegenwärtiger gegen künftige Güter, fehlt.“²⁵

Mithin gibt es beim monetären depositum irregulare keinen Verzicht auf Gegenwartsgüter zugunsten einer größeren Menge von Zukunftsgütern am Ende der Zeitperiode, sondern vielmehr lediglich eine Änderung in der Art, in der über die Gegenwartsgüter verfügt wird. Diese Änderung wird vorgenommen, weil der Deponent in vielen Situationen es von seinem subjektiven Standpunkt aus als vorteilhafter empfindet (d. i. seinen Zielen zuträglicher), ein monetäres depositum irregulare vorzunehmen, in der das eigentliche deponierte Gut mit anderen Gütern derselben Art vermengt wird und als von ihnen ununterscheidbar behandelt wird. Erwähnt haben wir bereits neben weiteren Vorteilen die Versicherung gegen das Risiko des Verlustes durch einen unvermeidbaren Unfall und die Möglichkeit die Kontenführungsdienste zu nutzen, die Banken ihren Kunden bei einem Bankkonto anbieten. Im Gegensatz dazu ist das Wesen eines Darlehensvertrages fundamental verschieden. Das Ziel des Darlehensvertrages ist es gerade auf die Verfügbarkeit über

²⁵ Ludwig von Mises, *Die Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, 1924, S. 272, veröffentlicht von Duncker und Humblot in München und Leipzig. Die erste Auflage erschien 1912.

Gegenwartsgüter heute zugunsten des Gebrauchs des Darlehensnehmers zu *verzichten*, um dafür in der Zukunft eine im Allgemeinen größere Menge an Gütern am Ende der im Vertrag festgesetzten Laufzeit zu erhalten. Wir sagen „im Allgemeinen größere“, weil es wegen der Logik der Zeitpräferenz, die in allen menschlichen Handlungen inhärent ist und die besagt, dass, unter sonst gleichen Umständen, Gegenwartsgüter immer Zukunftsgütern vorgezogen werden, notwendig ist, den Zukunftsgütern einen Differenzbetrag in Form des Zinses hinzuzufügen. Andernfalls wäre es sehr schwierig jemanden zu finden, der bereit wäre, auf die Verfügbarkeit von Gegenwartsgütern zu verzichten, was die Voraussetzung für jedes Darlehen ist.

Demzufolge ist der Unterschied zwischen beiden Verträgen aus ökonomischer Sicht vollkommen klar: der Vertrag des *depositum irregulare* enthält keinen Tausch von Gegenwartsgütern gegen Zukunftsgüter, während der Darlehensvertrag dies tut. Folglich wird beim *depositum irregulare* die Verfügbarkeit des Gutes nicht übergeben, sondern vielmehr bleibt das Gut ständig für den Deponenten verfügbar (trotz der Tatsache, dass in einem gewissen Sinne, vom rechtlichen Standpunkt aus, das „Eigentum“ gewechselt hat), während beim Darlehensvertrag immer eine Übertragung der Verfügbarkeit vom Darlehensgeber zum Darlehensnehmer besteht. Weiterhin enthält der Darlehensvertrag für gewöhnlich eine Zinsvereinbarung, während beim Vertrag des monetären *depositum irregulare* Zinsvereinbarungen *contra naturam* und absurd sind. Coppa-Zuccari erläutert mit seinem typischen Scharfsinn, dass die absolute Unmöglichkeit einer Zinsvereinbarung beim Vertrag des *depositum irregulare* vom rechtlichen Standpunkt aus als die direkte Folge des dem Deponenten zugestandenen Rechts, die Einlage *jederzeit* zu entnehmen, sowie der entsprechenden Verpflichtung des Depositar, das betreffende *tantundem* ständig dem Deponenten verfügbar zu halten, zu sehen ist.²⁶ Ludwig von Mises weist auch darauf hin, dass es für den Deponenten möglich ist, Depositen vorzunehmen, ohne irgendeine Art von Zinsen zu fordern, denn er schätzt

auch die Forderung, welche er im Austausch für die Geldsumme erhält, nicht anders ab, ob er sie früher, später oder überhaupt niemals einzieht, und nur darum kann er, ohne seine wirtschaftlichen Interessen zu schädigen, derartige Forderungen gegen die Hingabe von

26 Conseguenza immediata del diritto concesso al deponente di ritirare in ogni tempo il deposito e del correlativo obbligo del depositario di renderlo alla prima richiesta e di tenere sempre a disposizione del deponente il suo *tantundem* nel deposito irregolare, è l'impossibilità assoluta per il depositario di corrispondere interessi al deponente. (Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, S. 292)

Coppa-Zuccari betont auch, dass die Unvereinbarkeit des *depositum irregulare* und der Zahlung von Zinsen logischerweise nicht bei dem vollständig getrennten Fall zum Tragen kommt, bei dem ein Zins zugesprochen wird, weil der Depositar nicht auf Verlangen das Geld zurückgibt und damit zum Säumiger wird. Als eine Folge wurde das Konzept des *depositum confessatum*, wie wir sehen werden, während des ganzen Mittelalters systematisch als eine rechtliche List angewandt, um das kanonische Zinsverbot bei Darlehen zu umgehen.

Geld erwerben, ohne eine Vergütung für eine aus einer – eben nicht vorhandenen – Zeitdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung herrührende Wertungleichheit zu fordern.²⁷

Angesichts der ökonomischen Grundlage des Vertrages des monetären depositum irregulare, der nicht den Austausch von Gegenwartsgütern gegen Zukunftsgüter beinhaltet, ergibt sich die ununterbrochene Verfügbarkeit zugunsten des Deponenten und die Unvereinbarkeit mit einer Zinsvereinbarung folgerichtig und direkt aus dem rechtlichen Wesen des Vertrages des depositum irregulare, der sich scharf vom rechtlichen Wesen des Darlehensvertrages abgrenzt.²⁸

DER FUNDAMENTALE RECHTLICHE UNTERSCHIED ZWISCHEN BEIDEN VERTRÄGEN

Das wesentliche rechtliche Element beim monetären depositum irregulare ist die Bewachung und sichere Aufbewahrung des deponierten Geldes. Für die Parteien, die sich dafür entscheiden, in depositum irregulare zu deponieren oder zu empfangen, ist dies das wichtigste Ziel bzw. der *Vertragszweck*.²⁹ Dieser Zweck unterscheidet sich stark vom wesentlichen Zweck des Darlehensvertrages, nämlich der Übertragung der Verfügbarkeit des geliehenen Gutes an den Darlehensnehmer, sodass dieser es eine Zeit lang nutzen kann. Zwei weitere wichtige rechtliche Unterschiede ergeben sich aus dieser wesentlichen Verschiedenheit im Zweck beider Verträge. Erstens entbehrt der Vertrag des depositum irregulare einer Laufzeit, dem wesentlichen und kennzeichnenden Element eines Darlehensvertrages. In der Tat gibt es beim depositum irregulare zu keiner Zeit irgendeine Laufzeit, sondern es besteht vielmehr eine ständige Verfügbarkeit zugunsten des Deponents, der jederzeit das *tantundem* entnehmen kann. Im Gegensatz dazu ist es unmöglich, sich einen Darlehensvertrag vorzustellen ohne eine festgesetzte Laufzeit (während derer nicht nur das Eigentum übergeben wird, sondern während der auch der Darlehensgeber die Verfügbarkeit

27 Mises, *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, S. 272.

28 Die Tatsache, dass Zinsvereinbarungen mit dem monetären depositum irregulare unvereinbar sind, bedeutet nicht, dass letzteres gebührenfrei sein sollte. In der Tat beinhaltet das depositum irregulare, im Einklang mit seiner eigentlichen Natur, die Festsetzung der Zahlung einer bestimmten Summe durch den Deponent an den Depositär für die Kosten der Aufbewahrung des Depositum oder die Kontoführung. Die Zinszahlung ist ein sinnvoller Indikator dafür, dass die grundlegende Verpflichtung der sicheren Aufbewahrung, die beim Vertrag des monetären depositum irregulare einzuhalten ist, geradezu sicher verletzt worden ist und dass der Depositär das Geld des Deponenten zu seinem eigenen Nutzen gebraucht, in dem er einen Teils des *tantundem*, welches er jederzeit für den Deponent verfügbar halten sollte, veruntreut.

29 J. Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, übersetzt von Francisco de Pelsmaeker und überarbeitet von Francisco Bonet Ramón, 2. Aufl. (Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1955), S. 24 ff. Dass der Zweck des Vertrages des depositum irregulare die Bewachung und sichere Aufbewahrung und verschieden vom Ziel des Darlehensvertrages ist, wird sogar von Autoren anerkannt, die wie García-Pita oder Ozcáriz-Marco nicht akzeptieren, dass die unvermeidbare, logische Konsequenz des Zwecks der sicheren Aufbewahrung die Erfordernis eine 100-prozentige Reservedeckung für Bankeinlagen ist. Vgl. José Luis García-Pita y Lastres, „Depósitos bancarios y protección del depositante“, *Contratos bancarios* (Madrid: Colegios Notariales de España, 1996), S. 119-266, und vor allem 167-91; und Florencio Ozcáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997), S. 37 und 47.

verliert), an deren Ende das *tantundem* des ursprünglich geliehenen Geldes zuzüglich Zinsen zurückzugeben ist.³⁰ Der zweite grundlegende rechtliche Unterschied bezieht sich auf die Verpflichtung der beiden Parteien: Beim Vertrag des *depositum irregulare* besteht, wie wir wissen, die Verpflichtung, die im Wesen des Vertrages impliziert ist, die gewissenhafte *Bewachung und sichere Aufbewahrung* (wie sie von guten Eltern erwartet werden würde) des *tantundem*, welches ständig dem Deponenten bereit gehalten wird.³¹ Beim Darlehensvertrag existiert diese Verpflichtung nicht und der Darlehensnehmer darf den geliehenen Betrag in völliger Freiheit nutzen. In der Tat beziehen wir uns auf zwei sehr verschiedene Konzepte, wenn wir von der rechtlichen „Übertragung des Besitzes“ in den beiden Verträgen sprechen. Während die „Übertragung“ des Eigentums beim Vertrag des *depositum irregulare* (welche als Erfordernis der fungiblen Natur der deponierten Güter betrachtet werden könnte) nicht zeitgleich eine Übertragung der Verfügbarkeit des *tantundem* impliziert, besteht beim Darlehensvertrag eine *vollständige* Übertragung des Eigentums und der Verfügbarkeit des *tantundem* vom Darlehensgeber zum Darlehensnehmer.³² Die Unterschiede, die in diesem Abschnitt erfasst wurden, werden in der Tabelle 1-1 zusammengefasst.

30 Privatrechtsexperten stimmen geschlossen überein, dass eine Laufzeit *wesentlich* für einen Darlehensvertrag ist, im Gegensatz zum *depositum irregulare*, das *keine Laufzeit besitzt*. Manuel Albaladejo betont, dass am Ende der Laufzeit der *mutuum* endet und das Darlehen zurückgegeben werden muss (Vgl. z.B. Paragraph 1125 des Spanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs). Er weist sogar darauf hin, dass wenn eine Laufzeit nicht explizit bestimmt worden ist, die Absicht des Darlehensnehmers, eine solche festzusetzen, angenommen werden muss, weil *eine Frist durch die essentielle Natur des Darlehensvertrages erforderlich ist*. In diesem Falle muss es einer dritten Partei (den Gerichten) erlaubt sein, die entsprechende Laufzeit festzulegen (diese Lösung wird im Paragraph 1128 des Spanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs angewandt), Vgl. Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2, S. 317.

31 Eindeutig ist es das *tantundem*, welches dem Deponenten ständig bereit gehalten wird, und nicht dieselben spezifischen Einheiten, die deponiert worden sind. In anderen Worten *gewinnt der Depositär keine wirkliche Verfügbarkeit*, obgleich der Besitz der konkreten physischen, deponierten Einheiten übergeben wird und diese genutzt werden können, weil das, was er an spezifischen Einheiten, die er erhält, gewinnt, genau durch den notwendigen Verlust an äquivalenter Verfügbarkeit bezüglich anderer spezifischer Einheiten, die sich bereits in seinem Besitz befinden, ausgeglichen wird. Die Notwendigkeit liegt in der Verpflichtung begründet, dass *tantundem* ständig dem Deponent verfügbar zu halten. Beim monetären Depositenvertrag wird diese ständige Verfügbarkeit für den Deponent gewöhnlich mit dem Ausdruck „bei Sicht“ bezeichnet, was den wesentlichen, unmißverständlichen Zweck des Bankkontos oder des Vertrag der „Sicht“einlage veranschaulicht: das *tantundem* ständig dem Deponenten bereitzuhalten.

32 An dieser Stelle sollte die Aufmerksamkeit auf den Vertrag der „Termineinlage“ gelenkt werden, der die ökonomischen und rechtlichen Eigenschaften eines wahren Darlehens und nicht eines Deposits besitzt. Wir müssen betonen, dass dieser Gebrauch der Terminologie irreführend ist und den wahren Darlehensvertrag verschleiert, in dem Gegenwartsgüter gegen Zukunftsgüter ausgetauscht werden, die Verfügbarkeit des Geldes für die Dauer einer festgesetzten *Laufzeit* übergeben wird und der Kunde das Recht hat, die korrespondierenden Zinsen zu beziehen. Diese verwirrende Terminologie macht es den Bürgern noch komplizierter und schwieriger zwischen einer wahren (Sicht)einlage und einem Darlehensvertrag (mit Laufzeit) zu unterscheiden. Gewisse ökonomische Agenten haben wiederholt und eigennützig von diesen Begriffen Gebrauch gemacht, um aus der bestehenden Verwirrung Nutzen zu ziehen. Die Situation verschärft sich noch weiter, wenn Banken, was recht oft geschieht, Termin“einlagen“ (welche wahre Darlehen sein sollten) anbieten, die *de facto* „Sicht“einlagen werden, weil die Banken die Möglichkeit anbieten, die Gelder jederzeit ohne Sanktion abzuheben.

TABELLE 1-1

WESENTLICHE UNTERSCHIEDE ZWISCHEN ZWEI GRUNDLEGENDE VERSCHIEDENEN VERTRÄGEN

Monetäre depositum irregulare

Gelddarlehen

Ökonomische Unterschiede

- | | |
|---|--|
| 1. Gegenwartsgüter werden nicht gegen Zukunftsgüter ausgetauscht. | 1. Gegenwartsgüter werden gegen Zukunftsgüter ausgetauscht. |
| 2. Es besteht eine vollständige, kontinuierliche Verfügbarkeit zugunsten des Deponenten. | 2. Die völlige Verfügbarkeit wird vom Darlehensgeber zum Darlehensnehmer übertragen. |
| 3. Es gibt keine Zinsen, da kein Tausch von Gegenwartsgütern gegen Zukunftsgüter stattfindet. | 3. Es gibt Zinsen, da ein Tausch von Gegenwartsgütern gegen Zukunftsgüter stattfindet. |

Rechtliche Unterschiede

- | | |
|---|---|
| 1. Das wesentliche Element (und die Hauptmotivation des Deponents) ist die <i>Bewachung</i> und sichere Aufbewahrung des <i>tantundem</i> . | 1. Das wesentliche Element ist die Übertragung der Verfügbarkeit der Gegenwartsgüter an den Darlehensnehmer. |
| 2. Es gibt keine Laufzeit für die Rückgabe des Geldes, vielmehr ist der Vertrag „auf Sicht“. | 2. Der Vertrag erfordert die Festlegung einer <i>Laufzeit</i> für die Rückgabe des Darlehens und die Berechnung und Zahlung des Zinses. |
| 3. Die Verpflichtung des Depositors ist es, das <i>tantundem</i> dem Deponenten jederzeit verfügbar zu halten (100-Prozent Bargeldreserve). | 3. Die Verpflichtung des Darlehensnehmers ist es das <i>tantundem</i> am Ende der Laufzeit zurückzugeben und den vereinbarten Zins zu zahlen. |

4

DIE ENTDECKUNG DER ALLGEMEINEN RECHTSPRINZIPIEN, DIE DEN VERTRAG DES MONETÄREN DEPOSITUM IRREGULARE BESTIMMEN, DURCH RÖMISCHE RECHTSEXPERTEN

DIE ENTSTEHUNG VON TRADITIONELLEN RECHTSPRINZIPIEN NACH MENGER, HAYEK UND LEONI

Die traditionellen, universellen Rechtsprinzipien, die wir im letzten Abschnitt in Verbindung mit dem Vertrag des monetären depositum irregulare behandelt haben, sind nicht in einem Vakuum

entstanden. Das Konzept des Rechts, verstanden als eine Reihe von Regeln und Institutionen, an welche die Menschen stetig, fortwährend und den Gewohnheiten folgend ihr Verhalten anpassen, ist in einem repetitiven, evolutionären Prozess entwickelt und verfeinert worden. Vielleicht einer von Carl Mengers wichtigsten Beiträgen war die Entwicklung einer vollständigen ökonomischen Theorie sozialer Institutionen. Nach seiner Theorie entstehen soziale Institutionen als das Ergebnis eines evolutionären Prozesses, in dem unzählige Menschen interagieren, von denen jeder Einzelne mit seiner eigenen kleinen persönlichen Habe an subjektiven Wissen, praktischen Erfahrungen, Wünschen, Angelegenheiten, Zielen, Zweifeln, Gefühlen, etc ausgestattet ist. Durch diesen spontanen, evolutionären Prozess bilden sich im Gebiet der Ökonomie und der Sprache wie auch des Rechts eine Reihe von Verhaltensmustern oder *Institutionen* heraus, die das Leben in der Gesellschaft ermöglichen. Menger entdeckte, dass Institutionen durch einen sozialen Prozess, der sich aus einer Vielzahl von menschlichen Handlungen zusammensetzt, entstehen. Dieser Prozess wird immer durch eine relativ kleine Gruppe von Individuen, Menschen aus Fleisch und Blut, angeführt, die in ihren jeweiligen historischen und geographischen Umständen als erste bestimmte Verhaltensmuster entdecken, die ihnen helfen, ihre Ziele effizienter zu erreichen. Diese Entdeckung initiiert einen dezentralen Prozess von Versuch und Irrtum, der viele Generationen umfasst und in dem sich jenes Verhaltensmuster allmählich immer weiter verbreitet, welches sich am effektivsten gegen soziale Unordnungen erweist. Somit findet ein unbewusster sozialer Prozess des Lernens und der Imitation statt, welcher erklärt, wie sich im Gefolge der erfolgreichsten und kreativsten Individuen deren Verhalten ausbreitet und von den restlichen Mitglieder der Gesellschaft übernommen wird. Zudem pflegen sich durch diesen evolutionären Prozess jene Gesellschaften auszubreiten und gegen andere soziale Gruppen durchzusetzen, welche als erste erfolgreiche Prinzipien und Institutionen annehmen. Obgleich Menger seine Theorie in Bezug auf den Ursprung und die Entstehung des *Geldes* entwickelt hat, erwähnt er auch, dass das gleiche theoretische Schema ohne Umstände für die Untersuchung des Ursprungs und der Entwicklung der *Sprache* und zudem für unser jetziges Thema, die *rechtlichen Institutionen* anwendbar ist. Daraus folgt die paradoxe Tatsache, dass die moralischen, rechtlichen, ökonomischen und linguistischen Institutionen, die am wichtigsten und unentbehrlichsten für das Leben des Menschen in der Gesellschaft sind, nicht durch den Menschen selbst geschaffen worden sind, weil ihm die notwendige intellektuelle Kapazität abgeht, um die gewaltigen Menge an verstreuten Informationen, die diese Institutionen mit sich bringen und generieren, zu assimilieren. Im Gegenteil, diese Institutionen entspringen unvermeidbar und spontan dem sozialen Prozess der menschlichen

Interaktion, der in Mengers Meinung der Hauptgegenstand der ökonomischen Forschung sein sollte.³³ Mengers Ideen wurden später von F.A. von Hayek in seinen verschiedenen Werken über die Grundsätze des Rechts und der rechtlichen Institutionen³⁴ sowie vor allem von Bruno Leoni weiterentwickelt. Leoni, ein italienischer Professor der Politikwissenschaften, hat als erster das Folgende in eine synoptische Theorie der Rechtsphilosophie verbunden: die ökonomische Theorie der sozialen Prozesse, die von Menger und der Österreichischen Schule entwickelt wurde, die altehrwürdige römische Rechtstradition, und die angelsächsische Tradition des *rule of law*. In der Tat ist es Bruno Leonis großer Verdienst, gezeigt zu haben, dass die Österreichische Theorie der Entstehung und Evolution der sozialen Institutionen perfekt durch das Phänomen des Gewohnheitsrechts illustriert wird, und dass dieses schon der römischen Klassischen Rechtsschule bekannt und von dieser formuliert worden war.³⁵ Leoni, der Ciceros Wiedergabe von Catos Worten zitiert, betont besonders, dass die römischen Juristen wußten, dass das römische Recht nicht die persönliche Erfindung eines Menschen war, sondern vielmehr eine Kreation von vielen Menschen über Generationen und Jahrhunderte hinweg:

[...] während unser Staat nicht durch die geistige Leistung eines, sondern vieler Männer, und nicht in einem Menschenleben, sondern in einer Reihe von Jahrhunderten und Menschenaltern geschaffen worden sei. Denn, so sagte er, nie habe eine so gewaltige Geisteskraft existiert, daß es je einen Menschen gegeben hätte, dem nichts verborgen blieb, und wenn selbst alle Geistesgaben in einen Menschen zusammenströmen, so könnten sie doch nicht in einem Augenblick so viel vorausschauen, daß sie alles erfaßten ohne eine langjährige praktische Erfahrung.³⁶

33 Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere* (Leipzig: Duncker und Humblot, 1883), vor allem S. 182. Menger selbst formuliert eloquent diese neue Frage, die das wissenschaftliche Forschungsprogramm, welches er für die Ökonomie vorschlägt, beantworten soll: Wieso vermögen dem Gemeinwohl dienende und für dessen Entwicklung höchst bedeutsame Institutionen ohne eine auf ihre Begründung gerichteten **Gemeinwillen** zu entstehen? (S. 163)
Die beste und vielleicht brillianteste Zusammenfassung von Mengers Theorie des evolutionären Ursprungs des Geldes erschien in seinem Artikel „On the Origin of Money“, *Economic Journal* (Juni 1892): 239-55. Dieser wurde von Israel M. Kirzner erneut in dessen *Classics in Austrian Economic: A Sampling in the History of a Tradition* (London: William Pickering, 1994), Vol. 1, S. 91-106, veröffentlicht.

34 F.A. von Hayek, *Die Verfassung der Freiheit* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 4. Aufl. 2005); *Recht, Gesetz und Freiheit* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2003); *Die verhängnisvolle Anmaßung: Die Irrtümer des Sozialismus* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996).

35 Vgl. Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política* (Madrid: Unión Editorial, 1994), Kapitel 10, S. 121.28, und Bruno Leonis Werk, *Freedom and the Law* (Princeton, N.J.: D. Van Nostrand Company, 1961), welches eine grundlegende Lektüre für alle Juristen und Ökonomen ist.

36 [...] nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multarum, nec una hominis vita, sed aliquod constitutum saeculis et aetatibus, nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate. (Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, 2, 1-2, in: *Cicero Staatstheoretische Schriften*, 2. Aufl., Akademie-Verlag, Berlin, 1979, S. 251-252). Vgl. zudem Leoni, *Freedom and the Law*, p. 89). Leonis Werk ist in allen Belangen außergewöhnlich. Er enthüllt nicht nur die Parallele zwischen

Kurzgefasst war Leonis Meinung, dass sich das Recht in einem kontinuierlichen Prozesses des Ausprobierens herausbildet, in dem jedes Individuum seine eigenen Umstände und das Verhalten anderer berücksichtigt. Das Recht wird in einem evolutionären Prozess perfektioniert.³⁷

RÖMISCHE RECHTSSPRECHUNG

Die Größe der klassischen römischen Rechtssprechung ist auf die Erkenntnis dieser wichtigen Wahrheit und auf die kontinuierlichen Anstrengungen der Rechtsgelehrten zurückzuführen, welche sie dem Studium, der Interpretation der Rechtsgewohnheiten, der Exegese, der logischen Analyse, dem Schließen von Gesetzeslücken und der Berichtigung von Fehlern widmeten, wobei sie alles mit der notwendigen Umsicht und Ruhe besorgten.³⁸ Der Beruf der klassischen Juristen war eine richtige Kunst, dessen gleichbleibendes Ziel die Ermittlung und Definition des Wesens der rechtlichen Institutionen war, die sich im evolutionären Prozess der Gesellschaft entwickelt hatten. Des Weiteren maßten sich die klassischen Juristen niemals an, „originell“ oder „clever“ sein zu wollen. Vielmehr waren sie „die Diener von bestimmten *fundamentalen Prinzipien*, und wie Savigny herausstellt, liegt hierin ihre Größe begründet.“³⁹ Ihr wichtigstes Ziel war die Entdeckung der universellen Prinzipien des Rechts, die unveränderlich und in der Logik der menschlichen Beziehungen inhärent sind. Es ist indes wahr, dass die soziale Evolution selbst oft der Anwendung dieser unveränderlichen universellen Prinzipien auf neue Situationen und Probleme, die ständig aus

Markt und Gewohnheitsrecht (oder *common law*) auf der einen Seite und Sozialismus und positiven Recht auf der anderen Seite, sondern er ist auch der erste Jurist, der begreift, dass Ludwig von Mises Argument der Unmöglichkeit der Wirtschaftsrechnung im Sozialismus als einen besonderer Fall ist des allgemeineren Prinzips, das kein Gesetzgeber allein und ohne irgendeine Art der kontinuierlichen Mitarbeit aller betroffenen Personen in der Lage sein würde, die Regeln aufzustellen, die das wirkliche Verhalten aller in den unzähligen Beziehungen mit allen anderen lenken. (S. 18-19)

Für Infomationen über das Werk Bruno Leonis, dem Gründer der angesehenen Zeitschrift *Il Politico* im Jahre 1950, vgl. *Omaggio a Bruno Leoni*, Pasquale Scaramozzino, Hrsg. (Mailand: Ad. A. Giuffrè, 1969), und den Aufsatz „Bruno Leoni in Retrospect“ von Peter H. Aranson, *Harvard Journal of Law and Public Policy* (Sommer, 1988). Leoni war ein vielseitiger Mensch und äußerst aktiv in den Gebieten der universitären Lehre, des Rechts, der Unternehmung, der Architektur, der Musik und der Sprachwissenschaft. Er wurde auf tragische Weise in der Nacht vom 21. November 1867 von einem seiner Mieter ermordet, als er versuchte die Miete zu kassieren. Er wurde 54 Jahre alt.

37 In den Worten Bruno Leonis erfolgt eine Herausbildung des Rechts durch

una continua serie de tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al propio potere di determinare quel comportamento, qualora propio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo. (Bruno Leoni, „Diritto e politica,“ in seinem Buch *Scritti di scienza politica e teoria del diritto* [Mailand: A. Giuffrè, 1880], S. 240)

38 Tatsächlich war der Deuter des *ius der prudens*, d.h. der Rechtsgelehrte oder *iuris prudens*. Es war sein Aufgabe das Recht *offen zu legen*. Die Juristen versorgten die Individuen mit Rat und Beistand, unterwiesen sie in Geschäftspraktiken und Vertragsarten, boten Antworten zu ihren Fragen an und berieten Richter und Prätores. Vgl. Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6. überarb. Aufl. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1972), S. 54-55.

39 Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, S. 56. Und vor allem Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano, Clásicos del Pensamiento Jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 1997), vor allem 196-202 und 251-53.

diesem evolutionären Prozess entstehen, benötigt.⁴⁰ Ferner arbeiteten die römischen Juristen unabhängig und waren nicht im Staatsdienst. Trotz mehrfacher Versuche durch offizielle Rechtsexperten zu römischer Zeit, waren diese niemals in der Lage, der freien Praxis der Rechtssprechung ein Ende zu setzen. Letztere verlor niemals ihr gewaltiges Ansehen und ihre Unabhängigkeit.

Die Jurisprudenz, bzw. Rechtswissenschaft, wurde im dritten Jahrhundert nach Christus eine unabhängige Profession. Die wichtigsten Juristen vor Christus waren Marcus Porcius Cato und sein Sohn Cato Licinianus, der Konsul Mucius Scaevola, und die Juristen Quintus Mucius Scaevola, Servius Sulpicius Rufus und Alfenus Varus. Im zweiten Jahrhundert nach Christus begann die klassische Ära. Die wichtigsten Juristen in dieser Zeit waren Gaius, Pomponius, Africanus und Marcellus. Im dritten Jahrhundert folgten ihrem Beispiel Papinianus, Paulus, Ulpianus und Modestinus neben anderen Juristen. Von dieser Zeit an erfreuten sich die Lösungen, die von diesen unabhängigen Juristen gefunden worden waren, eines so großen Ansehens, dass ihnen Gesetzeskraft zugesprochen wurde. Und um die Schwierigkeiten, die aus den unterschiedlichen Meinungen in den juristischen Schriften entstehen konnten, zu verhindern, wurde den Werken von Papinianus, Paulus, Ulpianus, Gaius, und Modestinus und den Lehren der von ihnen zitierten Juristen Gesetzeskraft gegeben, solange diese Referenzen durch Vergleiche mit den Originalschriften bestätigt werden konnten. Wenn diese Autoren unterschiedlicher Meinung waren, war der Richter gezwungen, der Lehre zu folgen, die von der Mehrheit verteidigt wurde; und in dem Falle einer Stimmengleichheit würde sich die Meinung Papinianus durchsetzen. Falls dieser nicht seine Meinung über den Sachverhalt vermittelt hatte, mußte der Richter frei entscheiden.⁴¹

Die klassischen römischen Juristen haben sich den Verdienst erworben, die wichtigsten Rechtsinstitutionen, die das Leben in der Gesellschaft möglich machen, als erste entdeckt, interpretiert und perfektioniert zu haben. Zudem war ihnen bereits, wie wir sehen werden, der Vertrag des depositum irregulare bekannt. Sie verstanden seine wesentlichen Prinzipien und umrissen seinen Inhalt und sein Wesen, wie wir zuvor schon dargelegt haben. Der Vertrag des depositum irregulare ist keine intellektuelle, abstrakte Kreation. Er ist die logische Konsequenz der menschlichen Natur, die sich in den vielfachen Akten der sozialen Interaktion und Kooperation manifestiert, welche sich selbst in einer Reihe von Prinzipien darstellen, die nicht missachtet

40 Der Beruf der *interpretatio* war sehr eng mit der Rolle des Beraters von Individuen, Prätores und Richtern verknüpft und bestand in der Anwendung altehrwürdiger Prinzipien auf neue Anforderungen; das bedeutet die Ausdehnung des *ius civile*, selbst wenn keine neuen Institutionen formell gegründet wurden. (Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano* [Madrid: Ediciones Darro, 1972], S. 30)

41 Erstmals ergibt sich diese Gesetzeskraft aus einer Verfassung aus dem Jahr 426, die als das Zitationsgesetz von Theodosius und Valentinianus III bekannt ist. Vgl. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, S. 3

werden können, ohne schwerwiegende Folgen für das Netzwerk der menschlichen Kooperation zu zeitigen. Die große Bedeutung des Rechts in diesem evolutionären Sinne, durch die Wissenschaft der Rechtsexperten entdeckt und von seinen logischen Fehlern gereinigt, besteht in der Anleitung, die es den Menschen in ihrem täglichen Leben anbietet, obwohl die Menschen nicht in der Lage sein mögen, die spezifische Funktion jeder rechtlichen Institution gänzlich zu identifizieren und zu verstehen. Erst in der jüngsten Vergangenheit der Evolution des menschlichen Denkens ist es möglich geworden, die Gesetze des sozialen Prozesses zu verstehen und die Rolle der verschiedenen Rechtsinstitutionen dürftig zu erfassen, wofür größtenteils die Beiträge der Nationalökonomie verantwortlich waren. Eine unserer wichtigsten Ziele ist die ökonomische Analyse der sozialen Konsequenzen, die sich aus der Verletzung der universellen Rechtsprinzipien ergeben, die den Vertrag des monetären depositum irregulare regeln. Im vierten Kapitel werden wir die theoretische ökonomische Analyse dieser rechtlichen Institution (des Vertrags des monetären depositum irregulare) beginnen.

Das Wissen, welches wir heute von den universellen Rechtsprinzipien besitzen, die von den römischen Juristen entdeckt worden waren, ist uns durch das Werk von Kaiser Justinian überliefert, der in den Jahren 528-533 nach Christus die gewaltige Anstrengung unternahm, die Beiträge der klassischen römischen Juristen zusammenzutragen. Er schrieb sie in vier Bücher nieder (den *Institutiones*, den *Digest*, dem *Codex Constitutionum* und den *Novellae*) die seit der Ausgabe von Dionysius Gottfried⁴² als der *Corpus Juris Civilis* bekannt sind. Die *Institutiones* sind ein grundlegendes Werk, welches sich an Studenten richtet und auf Gaius *Institutiones* beruht. Der *Digest* oder *Pandecta* ist eine Zusammenstellung von klassischen Rechtstexten, die über 9000 Ausschnitte aus den Werken verschiedener angesehener Juristen umfasst. Passagen aus den Werken von Ulpianus, die ein Drittel des *Digest* ausmachen, zusammen mit Ausschnitten von Paulus, Papinianus und Julianus, nehmen einen größeren Raum des Buches ein als die restlichen Juristen zusammengenommen. Insgesamt erscheinen im klassischen römischen Recht Beiträge von 39 Spezialisten. Der *Codex Constitutionum* besteht aus einer chronologisch geordneten Sammlung von Gesetzen und Verfassungen der Kaiser (dem heutigen Konzept der Gesetzgebung entsprechend). Der *Corpus* endet mit den *Novellae*, welche die Verfassungen der Kaiser, die auf das *Codex Constitutionum* folgten, beinhalten.⁴³

42 *Corpus Juris Civilis* (Gend: Dionysius Gottfried, 1583).

43 Justinian ordnete an, dass die notwendigen Veränderungen an den gesammelten Materialien vorgenommen wurden, sodass das Gesetz den historischen Umständen angemessen und der Perfektion so nahe als möglich sei. Diese Modifikationen, Korrekturen und Auslassungen werden *interpolaciones* und auch *emblemata Triboniani*, nach Tribonianus, dem Verantwortlichen für die Zusammenstellung, benannt. Seit der Entdeckung, dass eine bedeutende

Nach dieser kurzen Einführung werden wir uns nun den klassischen römischen Juristen und ihrem Verständnis des monetären *depositum irregulare* zuwenden. Es ist eindeutig, dass es als eine besondere Art des *Depositum* mit dessen wesentlichen Eigenschaften begriffen wurde und es als von völlig anderer Natur und Wesen als der *mutuum* bzw. Darlehensvertrag aufgefasst wurde.

DER VERTRAG DES DEPOSITUM IRREGULARE IM RÖMISCHEN GESETZBUCH

Der *Depositum*vertrag im Allgemeinen ist in Abschnitt 3 des 16. Buches des *Digest* mit dem Titel „Über das Deponieren und Entziehen“ (*Depositum vel contra*) erfasst. Ulpianus beginnt mit der folgenden Definition:

Ein *Depositum* ist etwas, was von einem anderen zur sorgfältigen Aufbewahrung gegeben wird. Es wird derart genannt, weil ein Gut *deponiert* wird. Die Präposition *de* intensiviert die Bedeutung des *Depositum*, um zu zeigen, dass alle Verpflichtungen bezüglich der *sicheren Verwahrung* des Gutes der Ehrlichkeit dieser Person anvertraut sind.⁴⁴

Ein *Depositum* kann entweder, im Fall eines spezifischen Gutes, ein *depositum regulare* sein, oder, im Falle des fungiblen Gutes, ein *depositum irregulare*.⁴⁵ In der Tat erklärt Paulus in Nummer 31 des Titels 2 des Buches 19 vom *Digest* den Unterschied zwischen dem Darlehensvertrag bzw. *mutuum* und dem *Depositum*vertrag eines fungiblen Gutes und gelangt zu dem Ergebnis, dass

wenn eine Person einen bestimmten Betrag an losem Geld deponiert, welches sie zählt und

Anzahl der *interpolaciones* nach der Ära Justinians gemacht wurden, gibt einen ganzen Wissenszweig, der sich ihrem Studium widmet, um ihren Inhalt durch Vergleich, logische Analyse, das Studium der Anachronismen in der Sprache, etc. zu bestimmen. Vgl. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, S. 50-51.

44 Ulpianus, geboren in Tyros (Phoenizien) war Berater eines anderen großen Juristen, Papinianus. Zudem war er zusammen mit Paulus ein beratendes Mitglied der *concilium principis* und *praefectus praetorio* unter Alexander Severus. Er wurde im Jahr 228 von den Prätorianern ermordet. Er war ein überaus produktiver Autor, der mehr für sein Wissen der juristischen Literatur als seine kreative Arbeit bekannt war. Er schrieb klar und war ein guter Kompilierer. Seine Werke werden besonders günstig in Justinians *Digest* hervorgehoben, von dem sie einen großen Teil einnehmen. Vgl. zu diesem Thema Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, S. 58. Die im text zitierte Stelle lautet in Latein wie folgt:

Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur, praepositio enim de auge depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet. (Vgl. Idefonso L. García del Corral, hrsg., *Cuerpo de derecho civil romano*, 6 Bände. [Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988], Bd. 1, S. 963)

45 Allerdings tauchte, wie Pasquale Coppa-Zuccari scharfsinnig aufzeigt, der Ausdruck *depositum irregulare* nicht auf, bis er erstmalig von Jason de Maino benutzt wurde, der ein Kommentator des 15. Jahrhunderts von früheren Werken war und dessen Schriften in Venedig im Jahr 1513 veröffentlicht wurden. Vgl. Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, S. 41. Zudem befasst sich das ganze erste Kapitel dieses wichtigen Werkes mit der Behandlung des *depositum irregulare* im römischen Recht. Für eine exzellente, aktuelle Abhandlung auf Spanisch der bibliographischen Quellen über das *depositum irregulare* in Rom vgl. den Artikel von Mercedes López-Amor y García „Observaciones sobre el depósito irregular romano,“ in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 74 (1988-1989), S. 341-59.

nicht versiegelt oder in etwas eingeschlossen übergibt, dann ist die Pflicht der empfangenen Person, den gleichen Betrag zurückzugeben.⁴⁶

In anderen Worten: Paulus zeigt eindeutig, dass beim monetären depositum irregulare des Depositar einzige Verpflichtung darin besteht, das *tantundem* zurückzugeben, d. h. das Äquivalent in Quantität und Qualität der originären Einlage.

Des Weiteren erhielt jemand, wann immer er ein monetäres depositum irregulare machte, ein geschriebenes *Zertifikat* oder eine *Empfangsbestätigung*. Dies wissen wir, weil Papinianus, in Paragraph 24, Titel 3 des 16. Buches des Digest, in Bezug auf das monetäre depositum irregulare sagt,

Ich schreibe diesen Brief von meiner Hand um Dich zu informieren, damit Du weißt, dass die 100 Münzen, die Du mir heute durch den Sklaven und Verwalter Sticho anvertraut hast, in meinem Besitz sind und ich sie Dir unverzüglich zurückgeben werde, wann immer und wo immer Du es wünschst.

Diese Stelle offenbart die unmittelbare Verfügbarkeit des Geldes für den Deponenten und den Brauch, diesem eine Empfangsbestätigung oder Quittung, den monetären depositum irregulare zertifizierend, zu geben, welche nicht nur der Beweis des Eigentumstitels war, sondern welche auch bei der Entnahme vorgelegt werden musste.⁴⁷

Die wesentliche Verpflichtung der Depositar ist es, das *tantundem* ständig für die Deponenten bereit zu halten. Falls, aus irgendeinem Grund, der Depositar bankrott geht, haben die Deponenten ein Vorrecht vor allen anderen Anspruchstellern, wie Ulpianus in geschickter Weise erklärt (Paragraph 2, Nummer 7, Titel 3, Buch 16 des *Digest*):

46 Dies ist eigentlich eine Zusammenfassung, welche Paulus vom *Digest* des Alfenus Varus darlegte. Varus war Konsul im Jahr 39 n. Chr. und der Autor von 40 Büchern des Digest. Paulus seinerseits war ein Schüler des Scaevola und ein Berater des Papinianus während der Zeit, in der Papinianus ein Mitglied des kaiserlichen Rats unter Severus und Caracalla war. Er war eine sehr geistreiche, gelehrte Persönlichkeit und der Verfasser von zahlreichen Schriften. Die Stelle, die im Text zitiert wird, lautet im Lateinischen wie folgt:

Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi *tantundem* pecuniae solvere. (Vgl. Oldefonso L. García del Corral, Hrsg., *Cuerpo de derecho civil romano*, 6 Bände. [Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988], Bd. 1, S. 963)

47 Papinianus, geboren in Syrien, war ab dem Jahr 203 n. Chr. *Praefectus Praetorio* und wurde von Kaiser Caracalla im Jahr 212 zum Tode verurteilt, weil er sich weigerte den Mord an seinem Bruder Geta zu rechtfertigen. Mit Julianus teilte er die Reputation der angesehensten römischen Juristen zu sein. Und nach Juan Iglesias „sind seine Schriften wegen ihres Scharfsinns, ihres Pragmatismus, wie auch ihres nüchternen Stils bemerkenswert.“ (*Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, S. 58). Die im Text zitierte Stelle lautet im Lateinischen wie folgt:

centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epitistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando volis, et ubi voles, confestim tibi numerabo. (García del Corral, Hrsg., *Cuerpo de derecho civil romano*, Bd. 1, S. 840)

Immer wenn sich Bankiers bankrott erklären, werden für gewöhnlich zunächst die Deponenten berücksichtigt. Das sind jene, die Geld deponiert hatten und nicht die, die ihr Geld den Bankiers für Zinsen überließen. Folglich haben, wenn die Güter einmal verkauft worden sind, die Deponenten Priorität vor jenen, die Privilegien haben und jene, die Zinsen erhalten haben, werden nicht berücksichtigt, als wenn sie ein Depositum aufgegeben hätten.⁴⁸

Hier zeigt Ulpianus auch, dass Zinsen als mit dem monetären depositum irregulare unvereinbar betrachtet wurden und dass, wenn Bankiers Zinsen zahlten, die in Verbindung mit einem völlig anderen Vertrag geschah (in diesem Falle, ein mutuum oder Darlehen für den Bankier, welches heute besser als der Vertrag einer „Termineinlage“ bekannt ist).

Im Hinblick auf die Verpflichtungen des Deponenten wird im *Digest* (Buch 47, Titel 2, Nummer 78) ausdrücklich erklärt, dass derjenige, welcher ein Gut als Depositum erhält und es für einen anderen Zweck benutzt, als für den er es erhalten hat, des Diebstahls schuldig ist. Celsus stellt auch im gleichen Titel (Buch 47, Titel 2, Nummer 67) fest, dass das Aneignen des Depositums mit dem Zweck der Täuschung einen Diebstahl darstellt. Paulus definiert Diebstahl als „die betrügerische Aneignung eines Gutes, um, entweder aus dem Gut selbst oder von seinem Gebrauch oder Besitz, einen Gewinn zu erzielen; dies ist durch das *Naturrecht* verboten.“⁴⁹ Wie wir sehen ist, was heute das Verbrechen der Veruntreuung genannt wird, in der Definition des Diebstahls im römischen Recht enthalten. Zudem folgert Ulpianus in Referenz zu Julianus:

wenn jemand von mir Geld erhält, um einen Gläubiger von mir zu bezahlen, er selbst den gleichen Betrag dem Gläubiger schuldet, und er ihm in seinem Namen zahlt, dann begeht er Diebstahl. (*Digest*, Buch 47, Title 2, Nummer 52, Paragraph 16)⁵⁰

In Nummer 3, Titel 24 (über „das Depositum“), Buch 4 der *Codex Constitutionum* des *Corpus Juris civilis*, welches die Verfassung, die unter dem Konsulat des Gordianus und des Aviola im Jahr 239 eingeführt wurde, ist die Verpflichtung, die vollständige Verfügbarkeit des *tantundem* zu

48 Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositatorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. (García del Corral, Hrsg., *Cuerpo de derecho civil romano*, Bd. 1, S. 837)

49 Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usu eius possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere. (Ebenda, Bd. 3, S. 645)

50 Ebenda, S. 663.

gewährleisten wie auch der Tatbestand des Diebstahls, wenn das *tantundem* nicht verfügbar gehalten wird, sogar noch eindeutiger dargelegt. In der Verfassung weist Kaiser Gordianus den Austerus darauf hin, dass

wenn Du eine Einlage machst, wirst Du nicht ohne Grund Zinsen fordern. Der Depositär wird Dir dankbar dafür sein, dass Du ihn der Verantwortung des Diebstahls enthebst, *denn der, welcher wissend und willentlich das deponierte Gut zu seinem eigenem Gewinn gegen den Willen des Eigentümers nutzt, begeht auch das Verbrechen des Diebstahls.*⁵¹

Abschnitt 8 der gleichen Quelle behandelt ausdrücklich den Fall der Depositare, die das Geld, welches sie als Einlage erhalten haben, verleihen, und so für ihren eigenen Gewinn nutzen. Es wird betont, dass eine solche Handlung das Prinzip der sicheren Aufbewahrung verletzt, die Depositare der Zinszahlung verpflichtet, und des Diebstahls schuldig macht, wie wir gerade in der Verfassung des Gordianus gesehen haben. In diesem Abschnitt lesen wir:

Wenn eine Person, die Geld von Dir als Einlage erhalten hat, es in ihrem Namen, oder im Namen irgendeiner anderen Person, verleiht, sind sie und ihre Nachfolger selbstverständlich verpflichtet, die Vertrauensaufgabe zu erfüllen, die sie angenommen haben.⁵²

Kurzum wird erkannt, dass jene, die das Geld als Depositum erhalten, oft versucht sind, es für sich selbst zu nutzen. Dies wird ausdrücklich an einer anderen Stelle des *Corpus Juris Civilis (Novellae, Verfassung LXXXVIII, am Ende des ersten Kapitels)* bestätigt. Zudem wird dort auf die Wichtigkeit der angemessenen Bestrafung dieser Handlungen hingewiesen, die nicht nur in einer Bestrafung des Depositars für den Diebstahl besteht, sondern ihm auch die Zahlung von rückständigen Zinsen auferlegt, „sodass, aus Angst vor diesen Strafen, die Menschen davon ablassen, einen teuflischen, dummen und perversen Gebrauch der Depositum zu machen.“⁵³

Die römischen Juristen führten ein, dass, wenn ein Depositär nicht seiner Pflicht nach kam, das

51 Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, quum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, siquidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit. (Ebenda, Bd, 4, S. 490)

52 Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quam eius successores teneri tibi, certissimum est. (Ebenda, S. 491)

53 „Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi cursum in depositionibus homines cessent.“ Es ist eindeutig, und wir werden dies später weiter ausführen, dass es bereits bewiesen worden ist, dass die Depositare einen perversen Gebrauch dem ihnen von den Deponenten anvertrauten Geldes machten. Vgl. *ibid.*, Bd. 6, S. 310-11.

tantundem unmittelbar auf Verlangen herauszugeben, dieser nicht nur eindeutig des *vorherigen* Verbrechens des Diebstahls schuldig war, sondern er auch für die rückständigen Zinsen haftbar war. Dementsprechend schreibt Papinian:

Jener, welcher ein Depositum eines unversiegelten Geldpakets erhält und einwilligt, den gleichen Betrag zurückzugeben, jedoch dieses Geld zu seinem eigenen Gewinn nutzt, der muss für die Verzögerung der Auslieferung des Depositums Zinsen zahlen.⁵⁴

Dieses vollkommen gerechte Prinzip steht hinter dem sogenannten *depositum confessatum*, welches wir genauer im nächsten Kapitel untersuchen werden und bezieht sich die Umgehung des kanonischen Zinsverbots durch die Verschleierung eines eigentlichen Darlehensvertrages oder *mutuum* als *depositum irregulare*, wobei dann die Rückzahlung absichtlich verzögert wurde, um so die Erhebung von Zinsen zu autorisieren. Wenn diese Verträge von Anfang an öffentlich als Darlehensverträge oder als *mutuum* bezeichnet worden wären, wären sie nach kanonischem Recht nicht erlaubt gewesen.

Schließlich finden wir in den folgenden Auszügen (neben anderen) Hinweise, dass die römischen Juristen den grundlegenden Unterschied zwischen einem Darlehensvertrag bzw. *mutuum* und dem Vertrag des monetären *depositum irregulare* verstanden: Nummer 26, Titel 2, Buch 16 (Absatz von Paulus); Nummer 9, Punkt 9, Titel 1, Buch 12 des *Digest* (Ausschnitte von Ulpian); und Nummer 10 desselben Titels und Buchs. Indes wurden in dieser Hinsicht die klarsten und spezifischsten Anmerkungen von Ulpianus in Abschnitt 2, Nummer 14, Titel 5, Buch 17 des *Digest* gemacht, in denen er ausdrücklich folgert, dass „etwas zu verleihen eine Sache ist und etwas zu deponieren eine andere Sache“. Ulpianus legt fest, dass

sobald die Güter des Bankiers verkauft worden sind und die Belange der Privilegierten beachtet worden sind, sollten die Leuten bevorzugt bedacht werden, die nach den bezeugten Dokumenten Geld in der Bank deponiert haben. Nichtsdestoweniger werden jene, die Zinsen von den Bankiers auf ihr deponiertes Geld erhalten haben, nicht getrennt vom Rest der Gläubiger behandelt werden; und dies aus gutem Grunde, denn zu verleihen ist eine Sache und zu deponieren eine andere.⁵⁵

54 Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem rederet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicōi depositi condemnandus est. (Ebenda, Bd. 1, S. 841)

55 In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Set enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non seperantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. (Ebenda, Bd. 3, S. 386)

Aus den Worten von Ulpianus in diesem Abschnitt wird daher deutlich, dass Bankiers zwei verschiedene Arten von Funktionen ausübten. Einerseits akzeptierten sie Depositen, die kein Recht auf Zinszahlung beinhalteten und den Depositar verpflichteten, die vollständige und ständige Verfügbarkeit des *tantundem* zugunsten des Deponenten zu gewährleisten, welcher bei einem Bankrott ein absolutes Vorrecht besaß. Andererseits erhielten sie Darlehen (Mutuumverträge), die den Bankier verpflichteten Zinsen, an den Darlehensgeber zu zahlen, welcher keinerlei Vorrecht bei einem Bankrott innehatte. Weder hätte Ulpianus in seinen Schlußfolgerungen eine größere Klarheit in der Unterscheidung beider Verträge zeigen können, noch hätte er in den Lösungen der verschiedenen Fälle eine größere Gerechtigkeit an den Tag legen können.

Die klassischen römischen Juristen entdeckten und analysierten die universellen Rechtsprinzipien, die den Vertrag des monetären depositum irregulare bestimmen. Und diese Analyse trifft natürlich mit der Entwicklung einer bedeutenden Geschäfts- und Finanzwirtschaft zusammen, in der die Bankiers eine wichtige Rolle erlangt hatten. Außerdem tauchten diese Prinzipien, trotz der ersten ökonomischen und unternehmerischen Rezession, die durch den Untergang des Römischen Reiches und den Anbruch des Mittelalters bedingt war, später in den mittelalterlichen Gesetzbüchern verschiedener europäischer Länder, auch in Spanien, auf. In *Las Partidas* (Gesetz 2, Titel 3, Punkt 5) ist festgelegt, dass eine Person, die einwilligt, die Güter einer anderen Person zu verwahren, Teil eines depositum irregulare ist, bei dem ihr die Kontrolle der Güter übertragen wird. Nichtsdestoweniger ist sie, abhängig von den Vereinbarungen des jeweiligen Schriftstücks, verpflichtet, ein Gut bzw. den Wert, den der Vertrag jedem Gut zuweist, für jedes Gut zurückzugeben, welches aus dem Depositum verschwunden ist, entweder weil es mit der Erlaubnis des ursprünglichen Eigentümers verkauft wurde oder es aus anderen unerwarteten Gründen entfernt wurde.⁵⁶ Des Weiteren wird im *Fuero Real* (Gesetz 5, Titel 15, Buch 3) unterschieden zwischen

Papinianus seinerseits schreibt, dass, wenn ein Depositar nicht seinen Verpflichtungen nachkommt, das Geld, um die Depositen zurückzugeben, nicht nur mit den deponierten Geldern, die sich im Vermögen des Depositors befinden genommen werden kann, sondern dazu alle Vermögenswerte des Betrügers genutzt werden können. Des Deponents

Recht erstreckt sich nicht nur auf die deponierten Gelder, die sich noch im Vermögen des Bankiers befinden, sondern auf alle Vermögenswerte des Betrügers; und dies dient dem öffentlichen Nutzen angesichts der Notwendigkeit der Bankdienste. Indes haben notwendige Ausgaben immer Vorrang, da die Berechnung der Vermögenswerte nach Abzug dieser erfolgt. (Das hier reflektierte Prinzip der unbegrenzten Haftung der Bankiers befindet sich in Punkt 8, Titel 3, Buch 16 des *Digest*.)

⁵⁶ In *Las Partidas* werden Depositen *condesijos* [versteckte Depositen] genannt. Im Gesetz 2 dieses Werkes lesen wir, dass

die Kontrolle über das Eigentum der Güter, die einem anderen zur sicheren Aufbewahrung gegeben

dem Depositum „von abgezähltem Geld, unverarbeiteten Silber oder Gold“, welches von „einem anderen nach Gewicht“ in Empfang genommen wird, und dem Depositum, „welches versiegelt ist und nicht gezählt oder nach Gewicht gemessen wird.“ In ersten Fall „dürfen die Güter benutzt werden und Güter derselben Quantität und Qualität wie die empfangenen zurückgegeben werden. Im zweiten Fall „darf das depositum nicht benutzt werden und falls dies doch geschieht, muss das Doppelte zurückgezahlt werden.“⁵⁷ Diese mittelalterlichen Gesetzbücher enthalten eine klare Unterscheidung zwischen dem depositum regulare eines spezifischen Gutes und dem depositum irregulare des Geldes und sie weisen darauf hin, dass bei letzterem Eigentum übertragen wird. Jedoch enthalten die Gesetzbücher nicht die wichtige Klarstellung, die im *Corpus Juris Civilis* gemacht wird, dass, obgleich das Eigentum „übertragen“ wird, die Verpflichtung der sicheren Aufbewahrung erhalten bleibt, ebenso wie die Pflicht, das Äquivalent in Quantität und Qualität (*tantundem*) des ursprünglichen Depositums ständig für den Deponenten bereitzuhalten. Vielleicht liegt der Grund für diese Auslassung in der steigenden Verbreitung des depositum confessatum.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die römische Rechtstradition die Institution des monetären depositum irregulare, seine bestimmenden Prinzipien, sowie die grundlegenden Unterschiede zwischen diesem Vertrag und anderen Rechtsinstitutionen oder Verträgen, wie das Darlehen bzw. Mutuum, richtig definiert hat. Im nächsten Kapitel werden wir verschiedene Wege betrachten, mit denen die grundlegenden Prinzipien, welche die menschlichen Interaktionen beim monetären depositum irregulare regeln (und besonders die im Vertrag impliziten Rechte der Verfügbarkeit und des Eigentums), allmählich über den Verlauf der Jahrhunderte als Resultat der verknüpften Handlungen der Bankiers und Politiker korrumpiert wurden. Wir werden die Umstände wie auch die Gründe analysieren, welche diese Entwicklung möglich machten. In Kapitel 3 werden wir die verschiedenen Versuche untersuchen, die von Juristen unternommen wurden, um die Verträge zu rechtfertigen, die sich entgegen den traditionellen Rechtsprinzipien nach und nach durchsetzten. Sodann werden wir in Kapitel 4 beginnen, die ökonomischen Konsequenzen dieser Entwicklung zu betrachten.

werden, wird nicht auf den Empfänger dieser Güter übertragen, außer wenn das Depositum bei der Abgabe gezählt, gewogen oder gemessen wird. Er muss jedoch das Gut oder eine Menge eines anderen zurückgeben, welche der Menge gleich ist, die ihm zur sicheren Aufbewahrung übergeben wurde.

Dieses Thema wird mit äußerster Eloquenz und Klarheit in *Las Partidas* behandelt. Vgl. *Las Siete Partidas*, kommentiert durch den Universitätsabsolventen Gregorio López; Faksimile Ausgabe durch das *Boletín Oficial del Estado* [Eine offizielles Amtsblatt] (Madrid, 1985), Bd. 3, 5. Partida, Titel 3, Gesetz 2, S. 7-8.

⁵⁷ Vgl. die Referenz von Juan Roca Juan hinsichtlich des *Fuero Real* in seinem Artikel über „El depósito de dinero,“ in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Bd. 1, Buch 22, S. 249.