

§ 79 Klagen aus Kauf (*actio empti*, *actio venditi*)

Wolfgang Ernst

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht I (1876) II (1884) III/1 (1905) III/2 (1908); *Rabel*, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (1902); *Arangio-Ruiz*, La compravendita in diritto romano I, 1952 / II, 1954; *Talamanca*, s. v. vendita (dir. rom.), in: Enciclopedia del diritto (ED) 46 (1993), 303–475; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung, 1995; *Jakab*, Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht, 1997; *Wolf*, Per una storia dell’emptio venditio: l’acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione, Iura 52 (2001) 29–56; *Ernst*, Das Kaufrecht in den Institutionen des Gaius, in: Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, 2002, 159–174; *Donadio*, La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti, 2004; *Nörr*, Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht, SZ 121 (2004) 152–188; *Jakab*, Risikomanagement beim Weinkauf, 2009; *Brägger*, Actio auctoritatis, 2012; *Mattiangeli*, La compravendita romana. Un’introduzione generale alla disciplina dell’emptio venditio romana, in: Mattiangeli (Hg.), Emptio-Venditio. Europäische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags, 2014, 37–164.

Inhalt	Rn.
I. Einleitung	1
1. Römisches Kaufrecht	1
2. Vorgeschichte	3
3. <i>Mancipatio</i> und <i>emptio venditio</i>	6
4. Einfache und komplexe Kaufgeschäfte	8
5. Einsatzzwecke der <i>emptio venditio</i> im römischen Rechtsverkehr	10
6. Die Stellung des Kaufs in den Lehrsystemen römischer Juristen	14
7. Die Anwendung von Kaufrecht auf andere Geschäfte	15
8. Zur Forschungsgeschichte des römischen Kaufrechts	16
II. Die <i>emptio venditio</i> im Formularprozess	17
1. Die Bestandteile der Formeln in Überblick und Zusammenspiel	17
2. Die möglichen Parteien	20
a. Erfordernisse für die Parteistellung	20
b. Verkauf/Kauf durch Sklaven, Gewaltunterworfenen oder freie Mittelpersonen	24
c. Personenmehrheiten im Kaufverhältnis	26
3. Zum Verfahren <i>in iure</i> : Auswahl und Ausgestaltung der Formel	31
a. Auswahl der Formel: „Passte“ die <i>actio empti</i> (<i>actio venditi</i>)?	31
b. <i>Agere praescriptis verbis</i> bei den Kaufklagen	37

c. <i>Exceptiones</i>	40
d. <i>Denegatio actionis</i> bei den Kaufklagen	43
e. Der bedingte Kauf im Formularprozess	46
f. <i>Instrumenta edere</i>	48
4. <i>Apud iudicem</i>	49
5. Wechselbeziehung von <i>actio empti</i> und <i>actio venditi</i>	52
6. Kaufbegleitende <i>stipulationes, dicta</i> und <i>pacta</i>	53
a. Kaufbegleitende Stipulationen	53
b. <i>Leges in mancipio dictae</i>	54
c. <i>Pacta</i> als „Nebenabreden“ zum Kauf	57
aa. Das Recht der <i>pacta adiecta</i>	57
bb. Zur aktionenrechtlichen Durchsetzung von <i>pacta</i>	59
cc. Die Typisierung von <i>pacta</i> in Rechtsliteratur und Kaiserjustiz	60
III. <i>Actio empti</i>	61
1. <i>Demonstratio</i>	61
a. <i>Res</i> : Objekte der <i>emptio venditio</i>	61
aa. Sachbezug und Sachexistenz	61
bb. Verkauf von <i>fructus futuri</i> und <i>emptio spei</i>	63
cc. Alternativkauf – Kauf aus beschränktem Vorrat – kein Gattungskauf	66
dd. Kauf eigener, fremder bzw. gestohlener Sachen	70
ee. Wiederholter Verkauf derselben Sache	72
ff. Verkauf des <i>homo liber</i> und der <i>res extra commercium</i>	73
gg. Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechts als Kauf	77
hh. Erbschafts Kauf und Kauf einer Forderung	79
ii. Zusammenfassung	82
b. <i>Venditit</i>	83
aa. <i>Nomen contractus</i>	83
bb. <i>Pretium certum, iustum, verum</i>	86
cc. Formfreiheit	90
dd. Zwang, Arglist und irrtumsbedingter Konsensmangel	94
c. Widerruf des Vertragsschlusses	99
aa. Zu Widerrufs- und Rücktrittsvorbehalten aufgrund <i>pactum</i>	99
bb. <i>In diem addictio</i> : Widerruf wegen eines Bessergebots	101
d. <i>Contrarius consensus: discedere ab emptione</i>	111
2. <i>Intentio</i> der <i>actio empti</i>	115
a. <i>Quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet</i>	115
b. <i>Possessionem tradere</i>	121
aa. Erfordernisse der <i>traditio</i>	121
bb. Gegenständlicher Umfang der geschuldeten <i>traditio</i>	128
c. <i>Ob evictionem se obligare</i>	139
d. <i>Purgari dolo malo</i>	140
e. Inhalt der Verkäuferprästation in Störungsfällen	142
aa. Dynamischer Charakter der <i>intentio</i>	142
bb. Wofür der Verkäufer einstehen muss	143
cc. Zufälliger Untergang, zufällige Beschädigung der Kaufsache	146
dd. Beschädigung der Sache durch Verkäufergebrauch	147
ee. Kaufsache wird dem Verkäufer gestohlen	148
ff. Freilassung und Flucht des verkauften Sklaven	153

gg. Metamorphosen des Kaufobjekts	154
hh. <i>Concursus causarum</i>	155
3. <i>Condemnatio</i> bei der <i>actio empti</i>	159
a. Die wechselnden Bezugspunkte für <i>id quod interest</i>	159
b. <i>Id quod interest</i> bei Nichtübergabe der Kaufsache	164
aa. Der Wert der Sachleistung für den Käufer	164
bb. Zeit- und Ortsmoment der Interessebestimmung	169
cc. <i>Id quod interest</i> ≠ Nichterfüllungsschaden	170
dd. <i>Aestimatio</i> und Stand der Kaufpreisschuld	171
c. <i>Recuperatio pretii</i> als <i>id quod interest</i>	172
4. Vollstreckung	173
IV. <i>Actio Venditi</i>	176
1. <i>Demonstratio</i>	176
2. <i>Intentio</i> der <i>actio venditi</i>	177
a. Pflicht zur Münzübereignung	177
b. Pflicht zur Kaufpreiszahlung ungeachtet eines Sachuntergangs	182
aa. <i>Periculum est emptoris</i>	182
bb. Gefahrtragung bei besonderen Vertragsgestaltungen	185
cc. Zur Ratio des <i>periculum emptoris</i>	194
dd. Versagung der Kaufpreisforderung in Sonderfällen	199
ee. Justinianisches Recht	203
3. <i>Condemnatio</i> bei der <i>actio venditi</i>	204
a. <i>Pretium</i>	204
b. Zinsen wegen Zahlungsverzugs	205
4. Kreditkauf und <i>lex commissoria</i>	209
a. Zahlungstermin(e) für den Kaufpreis	209
b. Rückforderung der Kaufsache wegen Zahlungsverzugs	215
aa. Zweck, Wortlaut, Konstruktion der <i>lex commissoria</i>	215
bb. Die Rechtslage während laufender Zahlungsfrist	217
cc. Verfall und Entscheidung über den Rücktritt	219
dd. Rückabwicklung	221
ee. Justinianisches Recht	227
5. <i>Mora accipiendi</i>	228
V. Die Haftung des Verkäufers für Eviktion und Rechtsmängel	236
1. <i>Emptio venditio</i> und Eigentumserwerb des Käufers	236
2. Die <i>auctoritas</i> -Haftung aufgrund der Manzipation	238
a. Einleitung	238
b. Der Manzipant im gerichtlichen Streit um die Sache	239
c. Die <i>duplum</i> -Haftung mittels der <i>actio auctoritatis</i>	243
d. Die <i>auctoritas</i> in der nachklassischen Entwicklung	251
3. Der Käuferschutz mittels Stipulationen	253
a. Übersicht	253
b. Defensions- und Nichtangriffstipulationen	254
aa. <i>Satisfatio</i> und <i>repromissio secundum Mancipium</i>	254
bb. <i>Stipulatio habere licere</i>	264
c. Garantiestipulationen für den Eviktionsfall	269
aa. Die <i>stipulatio duplae</i>	269
bb. Prozessbezug der Garantiestipulation	270

cc. Die <i>evictio</i> als Verfallsereignis	271
dd. Die promittierte Garantieleistung	274
ee. Geltungsdauer und Rechtsnachfolgen	275
ff. <i>Stipulatio duplae</i> und <i>repromissio secundum Mancipium</i>	277
d. Garantiestipulationen und <i>auctoritas</i> -Haftung im Vergleich	278
4. Käuferschutz <i>ex empto</i>	280
a. Entwicklungsgeschichte	280
b. Die Interessehaftung des <i>venditor sciens</i>	281
c. Verkäuferpflichten <i>ex empto</i> im Zusammenhang mit dem Eviktionsschutz	282
aa. Stipulationszwang <i>ex empto</i>	282
bb. Käuferschutz bei Drittpositionen, die nicht zur Eviktion führen	286
cc. Verkäuferhaftung <i>ex empto</i> wegen/nach erfolgter Eviktion	287
d. Die sogenannte <i>exceptio evictionis imminetis</i>	293
e. Rechtsmängel- statt Eviktionshaftung?	294
VI. Sachmängelhaftung des Verkäufers	295
1. <i>Caveat emptor</i> – ein Überblick	295
2. Die altzivile <i>actio de modo agri</i>	296
3. Rechtsgeschäftliche Instrumente der Qualitätssicherung	300
a. Eigenschaften der Kaufsache als Gegenstand von Stipulationen (<i>promissa</i>)	300
aa. Einleitung	300
bb. <i>Stipulatio praestandi</i> : Entstehen für Fehlerfreiheit	301
cc. Garantiestipulationen für Fehlerfreiheit	304
b. Nebenabreden zur <i>emptio venditio</i>	306
aa. <i>Pactum displicentiae</i>	306
bb. <i>Emptio ad gustum</i>	310
4. Die ädilizischen Edikte zur Mängelhaftung beim Sklaven- und Zugtierkauf	314
a. Der ädilizische Käuferschutz in seiner Entwicklung	314
b. Zuständigkeit und Verfahren	319
c. Die Parteien vor dem Ädil	324
d. Opt out und opt in	327
aa. Opt out	327
bb. Opt in	330
e. Die ädilizischen Rechtsbehelfe im Erbgang	331
f. Sklavenkauf: Die ediktalen Aufklärungsgebote	332
aa. Das Verheißungsedikt	332
bb. <i>Morbus – vitium</i>	334
cc. <i>Fugitivus non esse – erro non esse</i>	339
dd. <i>Noxa solutus esse</i>	344
ee. Spätere Erweiterungen der ediktalen Aufklärungspflicht	345
g. Sklavenkauf: <i>actio redhibitoria</i>	346
aa. Die Formel der <i>actio redhibitoria</i>	346
bb. Positive Restitutionsklausel	347
cc. Negative Restitutionsklausel	360
dd. Sogenannte <i>exceptio temporalis</i>	364
ee. <i>Condemnatio</i>	366
ff. Vollstreckung	367

h. Sklavenkauf: Kaufpreisrückforderung nach freiwilliger Rücknahme des Sklaven	368
i. Sklavenkauf: <i>actio redhibitoria</i> aufgrund <i>dictum</i> oder <i>promissum</i>	369
j. Sklavenkauf: <i>actio quanti minoris</i> (<i>actio aestimatoria</i>)	375
k. Sklavenkauf: Verurteilung wegen Kautionsverweigerung	382
l. Integrale Eviktions- und Mängelstipulation ediktal proponiert?	386
m. Das Edikt <i>De iumentis venumdendis</i>	387
n. Konkurrenzfragen im Zusammenhang mit dem Edikt	393
5. Käuferschutz mittels <i>actio empti</i> in der Entwicklung bis zum Ende der Spätklassik	394
a. Die These vom generellen <i>ex empto</i> -Schutz gegen Sachmängel	394
b. Die Fälle im Einzelnen	395
c. Gründe der Verkäuferhaftung <i>ex empto</i> bei Sachmängeln	399
d. Die <i>condemantio</i> bei mangelbedingter Verkäuferverurteilung	401
e. Zusammenfassung	405
f. Wechselbeziehungen ädilizischer Klagen und <i>actio empti</i>	407
aa. Die <i>Actio empti</i> als Ergänzung der klassischen Ediktsregelung	407
bb. Minderung oder Wandlung mittels <i>actio empti</i> in ediktsgeregelten Fällen?	408
cc. Konkurrenzfragen der <i>actio empti</i> im Sachmängelbereich	410
dd. Ausweitung des ädilizischen Rechts auf alle Kaufgegenstände?	411
6. Justinianisches Sachmängelrecht	412
VII. Haftung des Verkäufers für <i>dolus</i>	413
1. Einleitung	413
2. Fallgruppen der <i>dolus</i> -Haftung	414
a. Unzureichende Offenlegung von Dienstbarkeiten	414
b. Die arglistige Haftungsbeschränkung	417
c. Aktive Manipulationen	418
d. Unzutreffende Verkaufsangaben	419
e. Bloßes Verschweigen negativer Umstände	420
f. Kein Vertragsbruch durch <i>dolus</i> bei bloßer <i>culpa</i>	422
3. Die <i>condemnatio</i> bei der wegen <i>dolus</i> angestellten <i>actio empti</i>	423
VIII. Verhaltenssteuerung nach Leistungserhalt	424
1. <i>Pacta</i> zum weiteren Umgang mit Kaufsache oder Kaufpreis	424
2. Nebenabreden zum weiteren Umgang mit gekauften Sklaven	426
a. Einleitung	426
b. <i>Ut manumittatur</i>	427
c. <i>Ne prostituatur</i>	429
d. <i>Ut exportetur</i>	430
e. <i>Ne manumittatur</i>	433
IX. Kaiserrecht zum Kauf von der frühen Nachklassik bis zu Justinian	435
1. Übersicht	435
2. Diokletian	436
a. Frühnachklassisches Kaufrecht im Spiegel diokletianischer Konstitutionen	436
b. Die Konstitutionen zur <i>laesio enormis</i> und das Höchstpreisedikt	442
3. Kaufrecht im Codex Theodosianus und in den Paulussentenzen	447
4. Justinians Reformen im Kaufrecht	449

I. Einleitung

1. Römisches Kaufrecht

- 1 Was man als römisches Kaufrecht bezeichnen kann, ist ein Zusammenhang von Elementen zivil- und honorarrechtlichen Ursprungs, von typisierten Geschäftspraktiken und rechtswissenschaftlichen Lehrmeinungen, fortentwickelt durch Kaiserkonstitutionen, schlussendlich verwertet für die justinianischen Gesetzgebungswerke. Dieser Komplex hat sich über die Dauer des Berichtszeitraums erheblich gewandelt. Im Zentrum steht die *emptio venditio* als eine Verkaufsvereinbarung, auf die sich der Käufer mit der *actio empti* und der Verkäufer mit der *actio venditi* des prätorischen Edikts stützen können: Rechtsquellenmäßig bildeten für die Durchsetzung der *emptio venditio* als „Verpflichtungsgeschäft“ die vom Prätor im Edikt proponierten Formeln die zentrale Grundlage (Formelwortlaut → Rn. 18). Weitere Rechtsgrundlagen kamen hinzu, namentlich die ädilischen Edikte zum Sklaven- und zum Jumenten-Verkauf (→ Rn. 314–393) sowie spätere Kaiserkonstitutionen (→ Rn. 435–447). Im Übrigen spielte positiviertes Recht – Volksgesetze, Plebiszite, Senatusconsulta – fast keine Rolle.¹ Im justinianischen Recht erscheinen dann alle Elemente als auf einer Ebene stehend, wo sie sich – ungeachtet ihrer heterogenen Entstehungsgeschichten – zu einem weitgehend geschlossenen Kaufrecht der *emptio venditio* fügen sollen.
- 2 Zur Verortung der *emptio venditio* in den Rechtsschichten (→ § 6; § 24 Rn. 3 ff.): Die *emptio venditio* wird auf das *ius gentium* zurückgeführt (Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2²);³ dies ist überraschungsfrei, da sich der Warenumsatz gegen Münze ja wirklich in allen angrenzenden Gesellschaften durchsetzte. Allerdings gelten die aus der *emptio venditio* entstehenden „Leistungspflichten“, für die prätorisches Recht die Klagbarkeit ausspricht, ausweislich der Ediktsformeln als solche des *ius civile*, denn gestritten wird um ein durch den Verkauf bzw. Kauf begründetes ziviles *dare facere oportere*. Insoweit erkannte der Prätor im Rahmen seiner Zuständigkeit die Verbindlichkeit aus dem Kauf als solche des *ius civile* an; darauf ist sogleich zurückzukommen (→ Rn. 4).

¹ Weitere Rechtssetzungsakte (ohne nachklassische Kaiseredikte): *edictum divi Augusti* zum Verkauf des *fundus litigiosus* (ca. 23 v. Chr.) → Rn. 45; Verbot des Verkaufs eines *locus religiosus pro puro* (Augustus) → Rn. 74; SC Hosidianum und SC Volusianum → Rn. 61 a.E.; *lex Fabia de plagiaris* → Rn. 44.

² Dazu Cornioley, *Naturalis obligatio* (1964) 112 ff.

³ Ein mehr technischer Beleg findet sich in Marcian. [?] D. 48.22.15 pr., wonach der Deportierte, der eine *capitis deminutio media* erlitten hat, zwar nicht mehr am *ius civile* teilhat, aber doch nach *ius gentium* agieren, etwa kaufen und verkaufen kann.

2. Vorgeschichte⁴

Der formlose Kauf ist die charakteristische Erscheinung der Geldwirtschaft; er setzt als realweltliche Transaktion zugleich mit dieser ein. Da für den rechtlich anerkannten Kauf nur römische Währung in Betracht kam (→ Rn. 86), kommt es auf deren Einführung an; sie wird in das späte vierte vorchristliche Jahrhundert gesetzt.⁵ Als eine schon an und für sich sinnhafte, der antiken Lebenspraxis seit dem Aufkommen von Münzgeld – nicht nur in Rom – überaus geläufige Transaktion, als Umsatz von Ware gegen Geld, fand die *emptio venditio* (Konsensualkauf) rechtliche Anerkennung.⁶ Diese notwendige Bezogenheit auf den Transaktionstypus „Ware gegen Geld“ lässt sich auch so umschreiben, dass der Kauf kein abstraktes, sondern ein seine *causa* – hier verstanden als Geschäftszweck – in sich tragendes Geschäft ist. Die zeitlich früheste Rechtsbedeutung der *emptio*, die man anerkannt hat, dürfte diejenige als *causa traditionis* bzw. *usucapionis* gewesen sein. Inwieweit die Gültigkeit der *emptio* als *causa traditionis* schon anfänglich davon abhing, dass der Kaufpreis für die in Besitz genommene Sache gezahlt war, ist in der Forschung aufgrund widersprüchlicher Quellenbelege umstritten (→ § 45, § 43 Rn. 9).⁷ Der Zwölftafelsatz, wonach der Eigentumserwerb von der vollständigen Zahlung oder Sicherstellung abhing (XII-Tab. 7,11), scheint jedenfalls in hochklassischer Zeit dahingehend abgemildert gewesen zu sein, dass die einfache Kreditierung (also auch ohne Bestärkung durch eine Stipulation) der Zahlung gleichgestellt wurde (Pomp. 31 Quint. Muc. D. 18.1.19).

Vermutlich zeitversetzt erfolgte die Anerkennung von *emptio* und *venditio* auch als „Verpflichtungsgeschäft“: Aufgrund der Kaufvereinbarung kann wegen der noch nicht erbrachten Leistungen gerichtlich gegen den anderen Teil vorgegangen werden. Von der Entwicklung, die hier stattgefunden hat, ist ohne Spekulation nur der Endzustand auszumachen, nämlich die im Edikt erhaltenen Formeln der *actio empti* bzw. der *actio venditi*, die sich recht verlässlich rekonstruieren lassen (→ Rn. 18). Für die vorangegangene Entwicklungsgeschichte sind verschiedene Fragen zu stellen: (1) Gab es für die formlose Kaufvereinbarung einen Rechtsschutz schon mittels einer der *legis actiones*, und wenn ja, erfolgte auch hierbei schon die Moderierung durch die *bona fides*? In

⁴Zur Vorgeschichte der *emptio venditio* s. insb. Gagliardi, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 101–180; Cancelli, *Origine* (1963); Corbino, *Iura* 64 (2016) 9–100; zur Kaufrechtspraxis, wie sie bei Plautus erkennbar wird, s. Cristaldi, *Index* 39 (2011) 491–523.

⁵Renger et al., s. v. Geld, *Geldwirtschaft*, DNP.

⁶Die Geldentstehung wird von Paulus (im Anschluss an Aristoteles) thematisiert in Paul. 33 ed. D. 18.1.1 pr.,1; dazu Marotta, in: Baldus et al. *Dogmengeschichte* (2012) 161–205; Rüfner, in: Fox/Ernst, *Money* (2016) 93–109; Nicolet, *Athenaeum* 62 (1984) 105–135; D'Alessio, *Denaro* (2018) 35–45 u. öfters.

⁷Dozhdev, *Atti Burdese I* 551–578; Feenstra, *Reclame en revindicatie* (1949) 11–97; Honoré, *Stud. Thomas* 56–72; sowie die Beiträge in: Vacca, *Vendita e trasferimento I* (1991) und II (1991); Romeo, *Appartenenza e alienazione* (2010); Harke, *Vertrag* (2013) 54–86; Stagl, *SZ* 132 (2015) 186; Miquel, *Hom. Murga Gener* 573–596.

diesem Fall würde vielleicht ein Übergang dieses Rechtsschutzes in den honorarrechtlichen Schutz gemäß den Ediktsformeln stattgefunden haben. (2) Zu welchem Zeitpunkt gewährte der Prätor der Kaufvereinbarung erstmals Rechtsschutz im Formularverfahren? (3) Welche Instrumente nutzte der Rechtsverkehr, um Kaufgeschäfte unter dem älteren Rechtszustand gerichtsfest zu machen, in welchem die formlose Kaufvereinbarung noch keine eigene Klagegrundlage bildete? Diese Frage erscheint umso dringlicher, je später man das Einsetzen prätorischen Rechtsschutzes datiert. Weiterhin erscheint es als denkbar, dass der prätorische Rechtsschutz sich an den vorgefundenen Praktiken orientierte, was eine gewisse Fortwirkung in der Ausbildung und Anwendung der Ediktsformeln mit sich gebracht hätte. (4) Ist in der Aufbietung des prätorischen Rechtsschutzes eine Pionierrolle des *praetor peregrinus* anzunehmen, von dem der *praetor urbanus* dann den Rechtsschutz übernommen hätte? (5) Wie erklärt sich der Umstand, dass die Leistungspflichten von Käufer und Verkäufer als solche des *ius civile* erscheinen, obschon das Geschäft auf das *ius gentium* zurückgeführt wird und Rechtsschutz auf honorarrechtlicher Basis gefunden hat? Hat hier eine Rezeption von Honorarrecht in das Zivilrecht stattgefunden oder war das durchsetzbare Recht der formlosen *emptio venditio* von Anfang an ein Teil des *ius civile*? Das Bündel dieser Fragen hat immer wieder dazu angespornt, in sich stimmige Entwicklungsgeschichten zu zeichnen. Durchweg handelt es sich nur um Wahrscheinlichkeitsurteile, so dass sehr unterschiedliche Narrative entfaltet wurden. Die Fragen stellen sich im Wesentlichen gleichlautend auch für die anderen *iudicia bonae fidei*, für die der Forschungsstand vorne umfassend berichtet ist (→ § 78 Rn. 12–18). Im Folgenden seien nur Beobachtungen nachgetragen, die sich spezifisch auf die *emptio venditio* beziehen.

- 5 Oft ist die Rede von der Herkunft der *emptio venditio* aus dem Barkauf.⁸ Ein beidseits sofort vollzogener Kauf konnte jedoch – beim damaligen Fehlen von Gewährleistungsregeln – überhaupt keine Klagbarkeitsprobleme aufwerfen; eine Verpflichtungslage entstand nicht und die *emptio* bildete lediglich die *causa* für den Erwerb. Ein solcher Geschäftsvorfall bringt daher für die Entwicklung zur Klagbarkeit keine Erklärung. Anders verhält es sich mit Austauschvorgängen, bei denen die eine Seite sofort leistet gegen ein Versprechen späterer Leistung, das in Stipulationsform abgegeben sein mag: Der Käufer zahlt sofort gegen ein Versprechen zukünftiger Lieferung;⁹ der Käufer erhält die Kaufsache sofort gegen das – in Stipulationsform gegebene – Versprechen späterer Zahlung. Von hier aus bestünde der wesentliche Entwicklungsschritt zur Gerichtsfestigkeit des formlosen Kaufs darin, dass für die abgegebene Gegenverpflichtung von der Stipulationsform abgesehen wurde. Hierfür sprechen die stipulationsartigen (oder stipulationsähnlichen) Versprechensformeln in den römischen Formelbüchern (→ Rn. 11), wie auch der Umstand, dass der Kauf im Rechtsverkehr weithin von sichernden Stipulationen vielfältiger Art begleitet wurde. Fürs Erste abgeschlossen war

⁸ Kaser, RP I 171 mit Fn. 5, 545.

⁹ Zu Geschäften dieser Art s. Ernst, SZ 114 (1997) 272–344.

die Entwicklung, sobald der noch von keiner Seite vollzogenen Kaufvereinbarung in beide Richtungen Klagschutz gewährt wurde. Für den Käufer mag der Gerichtsschutz davon abgehangen haben, dass er den Kaufpreis gezahlt oder seinerseits in Stipulationsform versprochen hatte; noch → Rn. 52.¹⁰ Demgegenüber hatte das Zahlungsverprechen des Käufers, das in der formlosen Kaufvereinbarung inbegriffen erscheint, in etwa dieselbe Wirkung wie ein in Stipulationsform gegebenes Zahlungsverprechen: Der Käufer muss zahlen, nicht wenn und weil er die Sache erhalten hat, sondern weil er sie gekauft hat. Vielleicht spiegelt sich diese Sichtweise auch in den Anforderungen an die Bestimmtheit des Kaufpreises, die von gleichsam exekutivischer Strenge sind (→ Rn. 87–89). Abschließend erwähnt sei noch die These Mommsens, wonach die Klagbarkeit privater Kaufverträge ihr Vorbild in Geschäften des *ius publicum* gehabt hat; der römische Staat trat sowohl als Käufer (Heeresversorgung) als auch als Verkäufer (Beuteversteigerung) auf,¹¹ und für diese Geschäfte lassen sich in der Tat gewisse Eigenheiten ausmachen, so die Formlosigkeit und die Verpflichtung des Staates auf „Ehrlichkeit“.¹²

3. *Mancipatio* und *emptio venditio*

Im römischen Recht begegnen zwei Umsatzgeschäfte, die ältere *mancipatio* (→ § 17 Rn. 1–5) und die *emptio venditio*. Beide Geschäfte waren kategorial verschieden. Die altzivile *mancipatio* war ein formaler Registerakt mit Ursprüngen in einer noch nicht verschriftlichten Rechtskultur: Unter Zeugen wurde für den *mancipio accipiens* der entgeltliche Erwerb von Privateigentum nach dem Recht der römischen Bürgerschaft proklamiert. Es handelte sich um ein wirkliches „Rechtsgeschäft“, indem die Durchführung der *mancipatio* auf die privatrechtliche Güterzuordnung abzielt. Auf diese Art „registerfähig“ waren italische Grundstücke, Sklaven, Pferde, Rinder, Esel, Maulesel (*res mancipi*), daneben die *servitus praedii rustici* (→ § 50 Rn. 6).¹³ Mit der formlosen *emptio venditio* hingegen ging es um die Abgabe einer beliebigen Sache in ihrer gegenständlichen, natürlichen Nutzbarkeit; die Übertragung des Eigentums war nicht ihr unmittelbarer Geschäftszweck (→ Rn. 236).¹⁴ Der Kreis der Personen, denen diese Geschäfte offenstanden, unterschied sich, indem die *mancipatio* den Bürgern (→ § 26) und Peregrinen mit dem *ius commercii* (Ulp. reg. 19,4) vorbehalten war, die *emptio venditio* dagegen keinen Exklusivcharakter hatte, wie es ihrer Anbindung an das *ius gentium* entspricht.

¹⁰ S. außerdem Dozhdev, Atti Burdese I 551–578.

¹¹ Zu Geschäften dieser Art s. Donadio, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico (2016) 195–314.

¹² Mommsen, Ges. Schr. III 132–144; die These wurde wieder aufgegriffen von Zlinsky, Et. Ankum II 677–684.

¹³ Gai. 2.14a, 2.29.

¹⁴ Für den Erwerb von Verbrauchsgut spielt die Frage des Eigentumstitels lebenspraktisch selten eine Rolle.

- 7 Die *emptio venditio* konnte von jeher auch *res Mancipi* als Vertragsobjekt haben. Der Konsensualverkauf von *res Mancipi* ist in erheblichem Umfang vorgekommen. Dabei handelte es sich weder um einen Typenmissgriff noch um ein Umgehungsgeschäft. Vielmehr wurde einfach eine Sache zum Objekt einer *emptio venditio* gemacht, für die zugleich unter römischen Bürgern die grundsätzliche Möglichkeit bestand, einen förmlichen Registerakt zu vollziehen. Die wesentlichen durch die *emptio venditio* begründeten Hauptleistungspflichten des Verkäufers, dem Käufer dauerhaft die lebens-tatsächliche Nutzung und Verwendung der Kaufsache einzuräumen und zu garantieren (→ Rn. 120–141), waren für *res Mancipi* und *res nec Mancipi* unterschiedslos zu erfüllen, eben weil es insoweit um das Sachobjekt in seiner realweltlichen Körperlichkeit ging. Der Abschluß einer *emptio venditio* über eine *res Mancipi* ließ die Möglichkeit römi-scher Bürger, diese auch zu manzipieren, also für sie auch den förmlichen „Registerakt“ durchzuführen, unberührt: Die Geschäfte schlossen sich nicht aus. Die kaufrechtlichen Erörterungen der römischen Juristen müssen zu einem erheblichen Teil den Fragen gegolten haben, die sich aus dem Zusammenspiel der *emptio venditio* mit der *man-cipatio* und deren Folgen ergaben: (1) Sofern auch eine *mancipatio* erfolgte, konnte die in diesen Akt ursprünglich integrierte Entgeltzahlung „ausgegliedert“ werden; der Kaufpreis wurde dann *emptionis causa* gezahlt – durchaus auch zu einem anderen Zeitpunkt als dem, zu dem die *mancipatio* durchgeführt wurde; die *mancipatio* erfolgte *nummo uno*,¹⁵ woraus sich gewisse Komplikationen ergaben, indem Klagen aus der *mancipatio* auf die als Gegenleistung „abgewogene“ Quantität, d. h. auf den gezahlten Geldbetrag, abstellten (*mancipatio emptiois causa*); → Rn. 248. (2) Sofern eine *mancipatio* erfolgt war, standen dem Käufer/Erwerber anschließend sowohl die Klagen aus der Manzi-pation zu als auch die *actio empti*: Es ergaben sich Konkurrenzprobleme (→ Rn. 291). (3) Sofern eine *mancipatio* (noch) nicht erfolgt war, stellte sich die Frage, ob der Käufer aufgrund der *emptio venditio* verlangen konnte, dass ihm die *res Mancipi* manzipiert wurde (→ Rn. 139). (4) Wenn dem Käufer die verkaufte *res Mancipi* tradiert, aber nie manzipiert wurde, ergaben sich noch Fragen hinsichtlich seiner Rechtsposition gegen-über (a) seinem Verkäufer und (b) dessen Erben sowie (c) Dritten; dieser Komplex wird unter dem Stichwort „bonitarisches Eigentum“ angesprochen (*exceptio rei venditae et traditae* → § 59 Rn. 233 ff., § 39 Rn. 7; *actio Publiciana* → § 63). Zu (a) gehört noch, dass man im Rechtsverkehr durch zusätzliche Stipulationen einen Ersatz für die spe-ziellen Klagen schaffte, welche aufgrund einer *mancipatio* zur Verfügung gestanden haben würden (zur *satisfactio secundum Mancipium* → Rn. 254–263). (5) Bei der Vor-nahme einer *mancipatio* waren Verkaufsbedingungen durch *leges Mancipio dicta* zu integrieren; beim Verkauf mittels *emptio venditio* wurde diese Funktion von Stipula-tionen oder *pacta* übernommen (→ Rn. 57–60). – Die Überlieferungslage ist insofern eher ungünstig, da die Justinianische Kodifikation die *mancipatio* aus der Rechtsord-

¹⁵ Hierzu Scevola, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 413–595; Pfeifer, *Fortschritt* (2013) 108–111; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 93 ff.; Romeo, *Appartenenza e alienazione* (2010) 223–242.

nung ausgeschieden und diesbezügliche Text- und Problemspuren verwischt hat (→ Rn. 450). Die gestreckte Entwicklung, in welcher die *mancipatio* außer Gebrauch gekommen ist, soll in der nachklassischen Zeit stattgefunden haben; Einzelheiten sind wenig geklärt.¹⁶ Jedenfalls muss man davon ausgehen, dass die *mancipatio* über die gesamte klassische Zeit hinaus als ein geltendes Rechtsinstitut die Aufmerksamkeit der Juristen erheischte. In den Fragmenta Vaticana spielen *res Mancipi* und die *mancipatio* als offenbar lebendes Recht eine Rolle (z. B. Frg. Vat. 1, 45, 47 ff.); ebenso wird die *mancipatio* im Zusammenhang mit der *emptio venditio* noch in den Paulussentenzen behandelt, in denen der Autor doch nur ihm ganz wesentlich Erscheinendes dargestellt haben wird (Paul. sent. 2.17.3, mit den an die Manzipation geknüpften Folgen der *auctoritas*-Haftung in Paul. sent. 2.17.3 und der *actio de modo agri* in Paul. sent. 2.17.4).

4. Einfache und komplexe Kaufgeschäfte

Die *emptio venditio* hatte zunächst einen im Kern einfachen Inhalt: Eine Sache in ihrer 8
Gegenständlichkeit wechselte um Geld den Besitzer; der Verkäufer hatte hierfür den Preis zu beanspruchen, der Käufer, dass ihm der Verkäufer die Sache in ihrer Gegenständlichkeit auf Dauer überließ. Der Rechtsverkehr hat diesen an sich elementaren Inhalt der Kauftransaktion an die immer wieder wechselnden Umstände der konkreten Geschäftsvorfälle angepasst. Besondere Vereinbarungen wurden getroffen, die – in heutiger Sprache – u. a. die Modalitäten von Lieferung und Zahlung, die Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel, Vertragsstrafen, die Finanzierung des Kaufpreises, den weiteren Sachgebrauch und eine etwaige Wiederauflösung des Geschäfts betrafen. Mittel hierzu waren außer Bedingungen vor allem Nebenabreden (*pacta*) (→ Rn. 57–58) und verbundene Geschäfte mit eigener Klagemöglichkeit, typischerweise Stipulationen. Eine lebenswirkliche Kauftransaktion war dann nicht mehr nur durch ein einziges Rechtsgeschäft *emptio venditio* verfasst, sondern durch einen Verbund mehrerer Geschäftselemente. Die Juristen bezeichnen einen Kauf, der ohne Zusatzvereinbarung abgeschlossen wird, als *simpliciter emptio*; die genaue Bedeutung ist kontextabhängig.¹⁷

Die zahlreichen Elemente, die in der kaufrechtlichen Praxis zum Zusammenspiel 9
gebracht wurden, waren heterogen, indem eine etwaige Manzipation und/oder geschäftsbegleitende Stipulationen entsprechende Förmlichkeiten verlangten, die dem Abschluss der *emptio venditio* fremd waren, und ebenso unterschiedlich gestalteten sich auch die jeweiligen Klagemöglichkeiten. Es war Sache der Jurisprudenz, die verschiedenen Elemente – auch rechtsschichtenübergreifend – in ein stimmiges Zusammenspiel zu bringen (→ § 6 Rn. 163 ff.). In einem über Jahrhunderte anhaltenden Prozess kristallisierten sich Rechtsaussagen zu den unterschiedlichsten Einzelfragen heraus, die

¹⁶ Nowak, JJP 41 (2011) 103–122; auch → Rn. 450.

¹⁷ S. noch → Rn. 305.

in den großen Ediktskommentaren des zweiten und frühen dritten Jahrhunderts ihren Niederschlag fanden. So erscheint im Rückblick das „römische Kaufrecht“ als eine fein differenzierte Rechtsmaterie, die eine „objektive“ Existenz zu haben scheint, in der geschichtlichen Entwicklung aber aus der Kreativität des Rechtsverkehrs, aus der literarischen Fixierung und Erläuterung von Geschäftsformularen, aus dem Erlass magistratischer Edikte, aus der Berücksichtigung konkreter Umstände und allgemeiner Vertragspraktiken seitens der *iudices* und aus der fortlaufenden Arbeit der Juristen an der Materie hervorgegangen ist.

5. Einsatzzwecke der *emptio venditio* im römischen Rechtsverkehr

- 10 Die Einsatzzwecke der *emptio venditio* überspannten einen überaus großen Bogen geschäftlicher Aktivitäten. Es gehört zu dem geschilderten Differenzierungsprozess, dass insbesondere die wirtschaftlich zentralen Umsatzgeschäfte, genannt seien hier nur Grundstücks-,¹⁸ Sklaven-,¹⁹ Vieh-, Pferde-,²⁰ Getreide-, Öl- und Weinkauf,²¹ besondere Praktiken und damit Regeln hervorbrachten, die diesen jeweiligen Geschäften ihr eigenes Gepräge gaben. Zu einer regelrechten Bildung von rechtlich selbständigen „Untertypen“ ist es aber nicht gekommen: In allen wechselnden Anwendungszusammenhängen bleibt die Gemeinsamkeit der Durchsetzung aufgrund ein und derselben Formel. Dem entspricht es, dass die großen Ediktskommentare zwanglos zwischen ganz verschiedenen Anwendungszusammenhängen hin und her wechseln. Für alle diese Einsatzzwecke sind in der modernen Forschung Versuche zu verzeichnen, die ökonomische Seite des Geschehens besser zu verstehen;²² dabei verschränkt sich die Fragestellung mit der Suche nach einem römischen Handelsrecht.²³

¹⁸ Finkenauer, SZ 135 (2018) 219 ff.

¹⁹ Zum Sklavenkauf Jakab, s. v. Sklavenkauf, HAS I (2006); lebensstatsächlich: Trümper, Slave Markets (2009); Bradley, Dialogues d'histoire ancienne Année 41 (2015) 162–163; Kudlien, Historia 25 (1986) 240–256; Serrao, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 31 ff.; umfassend Gardner, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 414–437; immer noch wertvoll Buckland, Slavery (1908) 39–72.

²⁰ Misera, ANRW II.14 550 f.

²¹ Zum Weinkauf Jakab, Weinkauf (2009); Jakab, SZ 116 (1999) 71–111; Jakab, JJP 29 (1999) 33–44; Jakab, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 87–110; Israelowich, Hermes 149 (2021) 53–69; Benítez López, Venta de vino (1994); Yaron, Stud. Zulueta 71–77; Frier, SZ 100 (1983) 257–295; Harder, FS Bärmann 17–30; Tchernia, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 223 ff.

²² Auswahl: Bang, Bazaar (2008); Paturet, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 13–36; Kehoe, Law and Rural Economy (2007); Temin, JRS 91 (2001) 169–181; Kehoe, in: Kehoe et al., Transaction Costs (2015) 231–252; Kehoe/Frier, in: Scheidel et al., Economic History (2007) 113–143; Melillo, Catégorie économique (2000) 43–75; s. auch die Beiträge in: ACop. VII und in Dari-Mattiacci/Kehoe, Economics (2020).

²³ S. z. B. Paturet, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 13–36, sowie die Beiträge in Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018).

Römische Schriftsteller haben für den Praxisgebrauch geschäftsübliche Formulare 11 zusammengestellt. Außer Catos *De Agri Cultura* und Varros *De re rustica*, die jeweils auch kaufvertragliche Regelungen vorformulieren,²⁴ hat – wie wir u. a. von Cicero²⁵ und Varro²⁶ erfahren – Manilius ein speziell kaufrechtliches Werk verfasst (*Venalium vendendorum leges*), von dem freilich nichts überliefert ist. Vertragsbedingungen wurden typischerweise verkäuferseitig gestellt; „Einkaufsbedingungen“ kamen wohl nicht vor. Die überlieferten Kaufurkunden werden ausgiebig analysiert, namentlich darauf hin, ob sie Aussagen und Themen der Schuljurisprudenz widerspiegeln oder diese als lebensfremd erkennen lassen. Eine durchgehende Beobachtung geht dahin, dass die in der Rechtsliteratur diskutierten Gestaltungen auch in der Praxis wiederkehren. Mit der gebotenen Zurückhaltung kann man sagen, dass die Rechtsliteratur – die zu erheblichem Teil auch Glasperlenspiel ist – eine brauchbare Annäherung auch für das „law in action“ darstellt.

Die Anzahl der edierten Kaufurkunden ist überschaubar.²⁷ Lateinisch-römische 12 Urkundenpraxis (→ § 8) wird durch die folgenden Dokumente belegt:

Aus dem Archiv der Sulpicier, 1. Hälfte des 1. Jahrhunderts n. Chr.:²⁸

TPSulp 42 – Sklavenkauf, Puteoli, 18. März 26 (?)

TPSulp 43 – Sklavenkauf, Puteoli, 21. August. 38²⁹

TPSulp 44 – Sklavenkauf, fragmentarisch, Volturnum, undatiert

Aus Herculaneum, überwiegend 2. Hälfte des 1. Jahrhunderts n. Chr.:³⁰

TH² 59 + D01 – Sklavenkauf, Herculaneum, 63–64 n. Chr.

TH² 60 – Sklavenkauf, Herculaneum, vor 63 n. Chr.

TH² 61 – Sklavenkauf, Herculaneum, 8. Mai 63 n. Chr.³¹

TH² 62 – Sklavenkauf, Herculaneum, 30. November 47 n. Chr.

TH² A 6 – Sklavenkauf, Herculaneum, ca. 50–70 n. Chr.

TH² D12 – Verkauf von *fructus fundi*

²⁴ Carbone, RDR 2016/17; Lübtow, Catos Leges (1957) (= Lübtow, Symb. Taubenschlag III 227–441); Castresana, FS Knütel 163–182; Bassanelli Sommariva, in: Ravenna Capitale (2020) 1–6.

²⁵ Cic. orat. 1,58,246.

²⁶ Varro rust. 2,3,5; 2,5,11; 2,7,6.

²⁷ Für Hilfe bei der Zusammenstellung dieses Verzeichnisses bin ich Éva Jakab zu Dank verpflichtet. Überblick bei Jakab, in: Jakab, Sale and Community (2015) 213–231; Meyer, Legitimacy (2004) 125–168. Zu Sklavenkäufen Marichal, in: Lalou, Tablettes à écrire (1992) 165–185; zu Sklavenverkäufen in griechischen Papyri s. Straus, Achat et vente (2004).

²⁸ Camodeca, TPSulp.

²⁹ Jakab, in: Cairns/Du Plessis, Legal Humanism (2015) 236 f.

³⁰ Camodeca, TH I; s. auch Comodeca, FS Wolf 53–76.

³¹ Romeo, Appartenenza e alienazione (2010) 131, 411.

Aus den Provinzen:

FIRA III 87 = CIL III p 936,06 (p. 2215) – *emptio puellae*, Dacia, 139 n. Chr.³²

FIRA III 88 = CIL III p 940,07 (p. 2215) – *emptio pueri*, Dacia, 142 n. Chr.

FIRA III 90 = CIL III 944,08 – *emptio domus*, Dacia, 159 n. Chr.

FIRA III 132 = Meyer, Jur.Pap. 37 = P. Lond. II 229 = ChLA III 200 = CPL 120 – *emptio pueri Seleuciaie Pieriae contracta*, 24. Mai 166 n. Chr.³³

FIRA III 89 = CIL III p 959,25 (p. 1058, 2215) – *emptio ancillae*, Dacia 169 n. Chr.

FIRA III 136 = PSI VI 729 = ChLA 25.782 = CPL 186 – Kauf eines Pferdes, Ägypten, 7. Juni 77 n. Chr.

FIRA III 140 = P.Ital. II 37 – *instrumentum emptionis*, Ravenna

FIRA III 141 = Mon. Boic. n. 2 – *instrumentum venditionis Bavaricum*

FIRA III 134 = SB III 634 = CPL 193 – Ravenna, ca. 151 n. Chr.³⁴

Dem römischen Formular folgen diese Urkunden in griechischer Sprache:

P. Yadin 21, 22 – Kauf einer Dattelernte, Maḥoza (Arabia), 130 n. Chr.³⁵

FIRA III 133 = BGU III 887 = M.Chr. 272 = CPJ III 490 – Side (Pamphylien), 8. Juli 151 n. Chr.

FIRA III 138 = CPL 344 = P.Dura 26 – Kauf eines Weingartens, 26. Mai 227 n. Chr.

P. Turner 22 – Sklavenkauf, Side (Pamphylien), 142 n. Chr.³⁶

R. Tomlin, *The Girl in Question*, Britannia 34 (2003) 41–51 – Kauf einer Sklavin, Ende 1. Jh./Anfang 2. Jh.³⁷

AE 1994, 01093 – Londinium, 2. Jh. (Museum of London) – möglicherweise Kauf von Land³⁸

Spätantike:

FIRA III 135 = BGU I 316 = M.Chr. 271 – Askalon (Palestina), 12. Okt. 359 n. Chr.

FIRA III 139 = CIL VIII 25902 – *emptio fundi Africana*, 493 oder 494 n. Chr.

Tablettes Albertini, Numidia, 484–496 n. Chr.³⁹

³² Zu dieser und den folgenden beiden Tafeln s. Mattiangeli, in: Mattiangeli, *Emptio-Venditio* (2014) 113–127; Romeo, *Appartenenza e alienazione* (2010) 407 ff.; Jakab, in: Cairns/Du Plessis, *Legal Humanism* (2015) 237 f.

³³ Hierzu Jakab, SZ 135 (2018) 497 f.; Eck, in: Lo Cascio/Mantovani, *Economia* (2018) 780.

³⁴ Hierzu Jakab, SZ 135 (2018) 501.

³⁵ Chiusi, in: Czajkowski et al., *Roman Provinces* (2020) 101–114; der Erwerber versprach eine Mischleistung von Geld und eine Quantität der von ihm abzuerntenden Datteln; die Einordnung als *emptio vendito* ist nicht zweifelsfrei.

³⁶ Dazu Hagedorn, P. Turner 109.

³⁷ Hierzu auch Tomlin, Britannia 34 (2003) 41–51; Camodeca, ZPE 157 (2006) 225–230; Korporowicz, RIDA³ 58 (2011) 211–224; Camodeca, Scr. Franciosi I 397–404; Du Plessis, in: Czajkowski et al., *Roman Provinces* (2020) 450 f.

³⁸ Tomlin, Pap. Chapman 209–215; Du Plessis, in: Jakab, *Sale and Community* (2015) 171–180.

³⁹ Die Kaufurkunden betreffen sämtlich Grundstücke mit den Ausnahmen T. Alb. II (Sklavenkauf) und XXXI (Kauf einer Ölprelle); T. Alb. I ist eine Dotalurkunde; zu den Grundstückskäufen s. Weßel, *Tablettes* (2003) 124 ff.

FIRA III 140 = P.Ital. III 37 – *instrumentum emptiois ex Ravenna*, 591 n. Chr.

FIRA III 141 = Mon. Boic. n. 2 – *instrumentum venditionis Bavaricum*, 7. oder 8. Jh. n. Chr.⁴⁰

Auch für den kaufmäßigen Warenumsatz ist für die römischen Provinzen mit einem Nebeneinander von angestammten Rechtsüberzeugungen („Volksrechte“) und römischem Rechtsdenken auszugehen (zum Rechtspluralismus → § 8 Rn. 49 ff.). Möglicherweise stand den Parteien im Bereich des Verkehrsrechts eine Art Rechtswahl offen. Speziell für die *emptio venditio* ist die Frage zu stellen, in welchem Umfang und mit welchen Modifikationen stadtrömisches Recht, insbesondere auch das Edikt der kurlischen Ädilen, in den Provinzen lebendig war (→ Rn. 315).⁴¹ 13

6. Die Stellung des Kaufs in den Lehrsystemen römischer Juristen

Die *emptio venditio* wird von Gaius zu den Konsensualverträgen gerechnet (→ § 24). Da der Kauf als *contractus* bezeichnet wird, bezieht sich die allgemeine Diskussion um diesen Begriff⁴² auch auf den Konsensualkauf. Die *emptio venditio* wird von Ulpian im Anschluss an *Labeo* – neben *locatio conductio* und *societas* – als *contractus*, als *ultra citroque obligatio*, *quod Graeci synallagma vocant*, bezeichnet (Ulp. 11 ed. D. 50.16.19).⁴³ Diesem Ausspruch, es wird meist noch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr.–2 hinzugenommen, ist in der Forschung viel Aufmerksamkeit zuteil geworden.⁴⁴ Es ist schon die Frage, ob hier auf die Herstellung des *consensus* zweier Interessenten Bezug genommen ist (beidseitiger Obligierungsakt) oder auf den Umstand, dass sich beide Kontrahenten gegenseitig verpflichten (beide Teile verpflichtendes Schuldverhältnis); in diese Richtung deutet Gai. 3.137.⁴⁵ Weiter ist nicht sicher, ob die (recht unterschiedlichen) Systemvorstellungen und Vertragstheorien, die man in den Text hineingelesen hat,⁴⁶ wirklich von diesem getragen werden. Die Hauptbedeutung der Figur scheint in dem Bereich der Vereinbarungen gelegen zu haben, für die ein unmittelbarer Rechtsschutz nicht bestand, wohl mit der Tendenz, unbenannte Austauschvereinbarungen 14

⁴⁰ Die FIRA III 137 als *Emptio bovis Frisica* betitelte Urkunde ist vielleicht kein Kauf: *Bowman/Tomlin/Worp*, JRS 99 (2009) 156–170.

⁴¹ S. zum Beispiel *Jakab*, SZ 135 (2018) 489 ff.

⁴² Statt aller s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 444–468, mit Referat des Meinungsstandes 459–468.

⁴³ → § 90 Rn. 57.

⁴⁴ Auswahl: *Gröschler*, Symp. Pieler 51–72; *Dalla Massara*, Causa (2004) 299; *Biscardi*, *Labeo* 29 (1983) 127, 135; *Pelloso*, in: *Garofalo*, *Obbligazioni I* (2007) 3–100; *Ernst*, *Einrede* (2000) 61; *Plat-schek*, *Pecunia constituta* (2013) 78 ff.; *Gallo*, *Synallagma I* (1992); *Garofalo*, *ACop. VII* 424–429; *Fiori*, in: *McGinn*, *Obligations* (2012) 45–48; *Zhang*, *Contratti* (2007) 167–223; *Cannata*, *Iura* 58 (2010) 33–100.

⁴⁵ Zum Begriff der Obligation → § 68.

⁴⁶ *Novitskaya*, in: *Klausberger et al.*, *Disputationes Tirolenses* (2014) 105–120; *Gröschler*, Symp. Pieler 51–72.

besser zu schützen (→ § 90 Rn. 20 ff.). Dagegen hat für die *emptio venditio* der Synallagma-Begriff offenbar keine Rolle gespielt. Auch in der Sache haben die römischen Juristen eine umfassende Doktrin der Wechselseitigkeit zweiseitiger Leistungsversprechen – was die moderne Dogmatik das (genetische bzw. funktionelle) Synallagma nennt – nicht entwickelt (→ Rn. 52–53).

7. Die Anwendung von Kaufrecht auf andere Geschäfte

- 15 Das Recht der *emptio venditio* galt ohne weiteres für den Pfandverkauf; dieser erfolgte durch den Pfandgläubiger aufgrund eines mit dem Verpfänder abgeschlossenen *pactum de vendendo*.⁴⁷ Der durch *fiducia* (→ § 88) gesicherte Gläubiger verwertete die *res mancipi* durch entgeltliche Manzipation aufgrund eigenen Rechts; für ihn mag ein *pactum de vendenda fiducia* im Spiel gewesen sein.⁴⁸ Die *datio in solutum* wurde von manchen Juristen wie ein Kauf behandelt; nach deren Ansicht erhält der Gläubiger hinsichtlich der ihm an Erfüllung statt gegebenen Sache die Rechtsstellung entsprechend der eines Käufers (Schulenstreit).⁴⁹ Der Gedanke wird auch in der Kaiserjustiz aufgegriffen: Ant. C. 8.44.4 (a.212) bejaht einen an den Kauf angelehnten Eviktionsschutz des Erwerbers. Der Quasi-Erwerb einer Sache durch den Beklagten, der die *litis aestimatio* zahlt, wird ebenfalls als kaufähnlich behandelt.⁵⁰ Im Teilungsurteil aufgrund der *actio communi dividundo* setzt der Richter für die jeweils zugewiesenen Sachen ein *iustum pretium* fest und verordnet eine Eviktionsstipulation zugunsten des erwerbenden Teils (Paul. 23 ed. D. 10.3.10.2). Bei der Grundstücksteilung soll nach Ant. C. 3.38.1 (a.229) jeder für den ihm zugewiesenen Teil als Käufer angesehen werden. Der Verkauf von Gesamtvermögen zum Vollstreckungszweck begegnet als *venditio bonorum*.⁵¹ Zur Anwendung von Kaufrecht – oder Teilen desselben – auf den Tausch, → Rn. 33. Der Freikauf von Sklaven war ein zweiseitiger kaufähnlicher Vorgang, wenn der Sklave seinem Eigentümer Geld dafür gab, dass dieser ihn freilassen wird; schaltete der Sklave eine Vertrauensperson ein, die mit Geld des Sklaven diesen zunächst kaufen und dann freilassen soll, lag ein sogenanntes Freikaufmandat und, im Verhältnis von Mandatar und Eigentümer, im Grundsatz ein regulärer Sklavenkauf vor.⁵²

⁴⁷ Dazu Pozsonyi, in: Klausberger et al., *Disputationes Tirolenses* (2014) 121–136.

⁴⁸ → § 46 Rn. 16 f.

⁴⁹ Saccoccio, Aliud pro alio (2008); Wimmer, SZ 129 (2012) 364–391; Leesen, Gaius meets Cicero (2010) 264–276; Saccoccio, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 629–699; Saccoccio, St. Labruna VII 4893–4912; Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 272; ältere Lit. bei Harder, Leistung an Erfüllung statt (1976).

⁵⁰ Pennitz, Enteignungsfall (1991) 306 ff.; Wacke, *Actiones praestare* (2010) 270 ff.; andere Fälle, in denen die *aestimatio* eine Kaufähnlichkeit aufweist, identifiziert de Jong, SZ 135 (2018) 364–394.

⁵¹ Dazu → § 14 Rn. 15.

⁵² → § 36 Rn. 64; § 82 Rn. 65 f.; Heinemeyer, Freikauf (2013); Knütel, s. v. Freikauf mit eigenem Geld, HAS IV (2012); Finkenauer, FS Knütel 345–357; Knütel, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum* (1993) 353–374.

8. Zur Forschungsgeschichte des römischen Kaufrechts

In der Gestalt, in der die justinianische Kodifikation das römische Kaufrecht aufbereitet hatte, fand die europäische Jurisprudenz seit dem Mittelalter die Grundlage des Kaufrechts. Von Anfang an wurden die vorgefundenen Regelungen weiter systematisiert und rationalisiert; diesen Tendenzen leistete die justinianische Präsentation Vorschub. Kontingent erscheinende Einzelregelungen wurden nun verallgemeinert und die Haftungsvoraussetzungen (vor allem des Verkäufers) in einer einsichtigeren, abstrakteren Weise reformuliert. Für alle „Fortschritte“, die man in diese Richtung machte, bemühte man sich um eine – häufig recht gezwungene – textliche Absicherung. Das aus der Handhabung der Digesten seit dem Mittelalter herausgewachsene Kaufrecht stellt sich schließlich als eine erhebliche Neuformulierung des klassischen römischen Rechts dar. Im Einklang mit den Textexegeten des Mittelalters neigt freilich auch die neuzeitliche romanistische Forschung dazu, diese „Fortschritte“ als Leistungen schon der spätklassischen Juristen zu sehen. Damit wird das Kaufrecht der spätklassischen Zeit durchgängig verzeichnet: Es erscheint in vielen Einzelheiten als zu abstrakt-modern, mit rationalen Verallgemeinerungen auf neue Grundlagen gestellt. Als Beispiele können dienen: die Anwendungsbreite des Kaufs, umfassend jeden Sach- wie Rechtskauf (→ Rn. 77–82), die Annahme, die *emptio venditio* sei auch für einen sogenannten „reinen“ Gattungskauf in Betracht gekommen (→ Rn. 68), die Interessebestimmung entlang Linien mittelalterlicher Schadenskategorien (→ Rn. 170), die vermeintlich allgemeine Verfügbarkeit der *actio empti* zum Ausgleich von Rechts- und Sachmängeln (→ Rn. 280–294 bzw. Rn. 404–419) sowie die Vorstellung, ein moderner, theoretischer Synallagma-Gedanke hätte das Verhältnis der gegenläufigen Parteipflichten geordnet (→ Rn. 52). Im Folgenden soll gezeigt werden, dass und wie die hoch- und spätklassische Jurisprudenz die Bestände römischen Kaufrechts in unzähligen Einzelheiten eindrucksvoll verfeinert, abgestimmt und abgerundet hat – grundlegende Neuansätze, mit denen man zu den soeben aufgezählten „Designelementen“ des Kaufrechts durchgebrochen wäre, kann man der spätklassischen Jurisprudenz m. E. nicht zuschreiben. Außerdem bedarf stärkerer Berücksichtigung, dass noch das spätklassische Recht in einem erheblichen Umfang mit den Rechtswirkungen der *mancipatio* (insb. *auctoritas, dicta in mancipio*) befasst war, die durch die justinianische Kodifikation ausgeblendet wurden.

II. Die *emptio venditio* im Formularprozess

1. Die Bestandteile der Formeln in Überblick und Zusammenspiel

Das römische Kaufrecht der *emptio venditio* hat sich in der Durchführung von Formularverfahren und mit Bezug auf diese entwickelt. Die Überlieferungslage ist hierfür insoweit nicht ganz ideal, als viele Einzelheiten formulartechnischer Natur in der justinianischen Kodifikation entfernt oder umgestaltet worden sind. Immerhin behandelt

Gaius in seinen Institutionen an mehreren Stellen Formelbestandteile der Kaufklagen in einer exemplarischen Weise, so dass deren Rekonstruktion mit einer seltenen Gewissheit möglich ist.⁵³ Das rechtliche Verständnis des Kaufverhältnisses, wie es sich auf der Grundlage des Formularprozesses ausbildete, blieb ganz überwiegend auch noch maßgeblich, nachdem der Übergang auf das Kognitionsverfahren stattgefunden hatte. Im julianischen Edikt (→ § 3 Rn. 15 f.) finden sich die Formeln für den Kauf im XIX. Titel „*De bonae fidei iudiciis*“. Mit einer Entwicklung der Formel wird nicht gerechnet; diese dürfte von der erstmaligen Aufstellung des Edikts bis zur hadrianischen Schlussredaktion gleichgeblieben sein. Eine Rechtsschutzverheißung des Prätors fehlte offenbar im Edikt – jedenfalls in seiner unter Hadrian fixierten Gestalt – und konnte fehlen, seitdem man die *emptio venditio* als in das *ius civile* integriert ansah (→ Rn. 3).

- 18 Als Beispiel diene die *actio empti* beim Verkauf eines Sklaven.⁵⁴

[*demonstratio*:]

Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem, quo de agitur emit, quia de re agitur,

Was das betrifft, dass Aulus Agerius von Numerius Negidius den Sklaven so und so gekauft hat, worum sich hier der Streit dreht,

[*intentio*:]

quidquid ob eam rem Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona,

was immer in dieser Angelegenheit Numerius Negidius dem Aulus Agerius in guten Treuen zu übereignen oder zu tun schuldet,

[*condemnatio*:]

eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

auf das sollst du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten von Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht herausstellt, sollst Du freisprechen.

- 19 Die *demonstratio* bestimmte die Kaufvereinbarung, aus der sich die zivilrechtliche Leistungspflicht ergeben soll, wegen welcher der Beklagte belangt wird. Damit wird das streitgegenständliche Kaufverhältnis, die *res de qua agitur*, fixiert. Durch die *demonstratio* wurde auch die Reichweite der Konsumptionswirkung der *litis contestatio* vorbestimmt. Die *intentio* der Käuferklage bezieht sich auf die zivilrechtliche(n) Leistungspflicht(en) des Verkäufers, die aus dem gültigen Kaufvorfall, wie in der *demonstratio* angesprochen, entsprangen; bei der Verkäuferklage entsprechend. Die *intentio* ist *civilis, in ius concepta*. Es handelt sich um eine *intentio incerta*.⁵⁵ Wegen der möglichen judiziellen Konkretisierung der Leistungspflicht(en) geht es nicht um eine binäre Entscheidung des Bestehens oder Nichtbestehens nur einer einzigen, schon vorab bestimmten zivilen Rechtsposition. Das, was verkäuferseitig zu leisten sein konnte, überstreicht eine große Bandbreite (*dare, facere*); es schließt z. B. die Abgabe von Stipulationen (insbesondere von *cautiones*) ein, die Vertragsaufhebung (Ulp. 32 ed.

⁵³ S. Ernst, FS Mayer-Maly (2002) 159–174.

⁵⁴ Zur Rekonstruktion → § 78 Rn. 34–40.

⁵⁵ Grundlegend Selb, Formeln (1974).

D. 19.1.11.5), die Abtretung von Klagen, die Depurierung der Kaufsache von bestehenden Pfandrechten (nicht nur beim Pfandverkauf)⁵⁶ oder die Rücknahme der Kaufsache (→ Rn. 120). Für den Käufer kommt z. B. das Geltenlassen eines Pachtverhältnisses in Betracht (→ Rn. 424). Das vielgestaltige *dare facere oportere ex fide bona* wird in der *condemnatio* in eine Zahlungsschuld umgesetzt. Während der Verpflichtungsinhalt, den der *Judex* zu konkretisieren hat und aufgrund dessen dann die Verurteilung erfolgen kann, plastischer Natur war, war die *condemnatio* – wie üblich – binär gestaltet. Die Klausel erlaubte keine *condemnatio ex bono et aequo*. Die Formel gewährte daher „in der *intentio* dem Richter durch die Erlaubnis, Grund und Umfang *ex fide bona* zu prüfen, den weitest nur denkbaren Ermessensspielraum ... ; in der *condemnatio* wies die Formel den Richter hingegen an, den sich aus der *intentio* ergebenden Anspruch ohne weitere Veränderung in Geldwert auszudrücken“.⁵⁷ Es ist nicht gesichert, ob im Hinblick auf die spätere Bezifferung des klägerseitigen Interesses eine *taxatio* möglich war, bei welcher der Kläger einen Maximalbetrag angab, der dann – unter dem Vorbehalt prätorischer Korrektur – in die *condemnatio* eingeschaltet wurde;⁵⁸ auch → Rn. 160.

2. Die möglichen Parteien

a. Erfordernisse für die Parteistellung

Keine der Parteien musste römischer Bürger sein; nur soweit die *actio empti* bzw. *venditi* vor den *praetor urbanus* gebracht wurden, wird die Bürgerstellung beider Parteien erforderlich gewesen sein. 20

Der Kauf durch/an einen *pupillus sine tutoris auctoritate* hat die römischen Juristen unter verschiedenen Gesichtspunkten beschäftigt. Im Grundsatz kann der *pupillus* aus dem Geschäft nicht in Anspruch genommen werden; er selbst erwirbt jedoch die seiner Parteirolle entsprechende Vertragsberechtigung (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.29), die er aber nur durchsetzen kann, wenn er seinerseits zur Erfüllung bereit ist (Paul. 5 quaest. D. 18.5.7.1).⁵⁹ Der im Hinblick auf Inst. 1.21 pr. geprägte Ausdruck *negotium claudicans* ist nicht klassisch. Hatte der Käufer die Kaufsache vom *pupillus sine tutoris auctoritate* erhalten, stellt sich die Frage, ob er *pro emptore* ersitzt.⁶⁰ Der Verkauf durch oder an einen *furiosus* ist nichtig (Paul. 54 ed. D. 41.4.2.16; Paul. sent. 2.17.10.). 21

Gewisse Personen waren oder wurden im Laufe der römischen Rechtsentwicklung von bestimmten Kaufgeschäften ausgeschlossen. Vormünder durften keine Sachen ih- 22

⁵⁶ Dazu Klingenberg, Lib. Am. Krampe 193–213, insb. zu Iul. 2 Urs. Fer. D. 18.1.41 pr.

⁵⁷ Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 242.

⁵⁸ Eher bejahend Grzimek, *Taxatio* (2001) 50–54, dort auch S. 43 f. zu Diocl./Maxim. C. 4.49.4 (a.290); hierzu auch Harke, *Iuris prudentia* (2019) 166 f.; s. schon Lenel, EP 154 Fn. 3.

⁵⁹ Dazu Ernst, Einrede (2000) 29 f.

⁶⁰ S. z. B. den viel behandelten Text Paul. 54 ed. D. 41.4.2.15; dazu etwa Wacke, TR 64 (1996) 309–357; Carvajal Ramírez, in: Castresana, *Defectos* (2014) 13–43; Jakobs, FS Flume 58 ff.; Carvajal Ramírez, REHJ 33 (2011) 145–171.

rer Mündel kaufen (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.7).⁶¹ Für den Fall einer notwendig fehl-schlagenden Veräußerung eines Dotalgrundstücks durch den Ehemann kommt die Möglichkeit in den Blick, dass der beim Tod der Frau eintretende Verfall des Dotalvermögens an den Ehemann zur Konvaleszenz führt (Pap. 3 quaest. D. 41.3.42; Marcian. 7 dig. D. 23.5.17).⁶² Nicht näher behandelt werden hier weitere Besonderheiten von Kaufverhältnissen, die sich aus Eigentümlichkeit des römischen Personenrechts ergaben, wie z. B. die Unmöglichkeit von Kaufgeschäften zwischen Vater und Haussohn, unter Ausnahme der *res castrenses* (→ § 34 Rn. 39 ff.); Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2 pr.

- 23 Im Verlauf der römischen Antike mehren sich gesetzliche Verkaufsverbote mit Bezug zur Staatsverwaltung; diese seien hier nur auswahlweise und cursorisch erwähnt: Provinzialbeamte dürfen kaufweise nur Lebensbedürfnisse decken (Ulp. 1 off. procons. D. 1.16.6.3).⁶³ Amtsträger dürfen kein Verwaltungsvermögen veräußern (Marcian. del. sing. D. 18.1.46). Militärangehörige durften in ihren Provinzen kein Land erwerben (Marcian. 3 inst. D. 49.16.9 pr.).

b. Verkauf/Kauf durch Sklaven, Gewaltunterworfenen oder freie Mittelspersonen

- 24 Beim Abschluss der Kaufvereinbarung können auf Verkäufer- wie auf Käuferseite Sklaven stehen.⁶⁴ Ist eine Kaufpartei Sklave, so fällt die Aktivberechtigung dem *dominus* an, während für dessen Inanspruchnahme die kaufrechtlichen *actiones* als adjektizische Klagen gewährt wurden (→ §§ 101–103).⁶⁵ Haftete der *dominus* dabei nur beschränkt (z. B. *dumtaxat de peculio*), so musste der Gegner seinerseits nur gegen vollständigen Empfang des ihm Geschuldeten leisten (Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.; Paul. 7 Plaut. D. 12.1.31.1).⁶⁶ Entsprechendes galt beim Verkauf durch/an Gewaltunterworfenen.
- 25 Eine freie Person kann nicht für einen anderen kaufen. Nimmt jemand einen Kauf zugleich für sich und einen Dritten vor, soll nach Iav. 11 epist. D. 18.1.64 der Kauf allein für den Auftretenden aufrechterhalten werden; die gewollte Beteiligung des Dritten auf Erwerberseite wird ignoriert.⁶⁷ Aus Kaufverträgen, an denen ein Geschäftsleiter oder Kapitän beteiligt ist, kann dessen Vertragspartner womöglich mittels der *actio institoria* bzw. der *actio exercitoria* gegen den dahinterstehenden Geschäfts- bzw. Schiffseigner vorgehen (→ § 104). – Bei einer heute sogenannten indirekten oder mittelbaren (wirtschaftlichen) Stellvertretung kauft oder verkauft ein Beauftragter (zum Auftrag

⁶¹ Einzelheiten zum Insichgeschäft des Tutors → § 31 Rn. 65.

⁶² S. *Stagl*, *Favor dotis* (2009) 257 ff.

⁶³ Zur kaiserrechtlichen Weiterentwicklung dieses Verbots s. *Liebs*, in: Avenarius, *Hermeneutik* (2008) 172.

⁶⁴ Dazu → § 36 Rn. 14, sowie insb. *Rainer*, CRRS IV.2/5/6 1–40.

⁶⁵ Probleme, die sich ergeben, wenn am kaufenden Sklaven ein *ususfructus* besteht, behandelt *Sturm*, *Ausgew. Schr.* II 751–769, auf der Grundlage von Gai. 7 ed. Prov. D. 41.1.43.2, Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25.1, Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.5 sowie Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.10.

⁶⁶ *Ernst*, *Einrede* (2000) 26 ff.

⁶⁷ *Staffhorst*, *Teilnichtigkeit* (2006) 109 f.; *Eckardt*, *Iavoleni epistulae* (1978) 78–80.

→ § 82) eine Sache für seinen Prinzipal bzw. Mandanten, der für den Preis aufkommen und die Sache erhalten bzw. seine Sache abgeben und hierfür den Kaufpreis weitergeleitet bekommen soll.⁶⁸ Das Kaufgeschäft findet hier im Grundsatz zwischen dem Beauftragten und seinem Geschäftspartner statt, doch ergeben sich aus dem Handeln im Auftrag zahlreiche Besonderheiten auch für die Abwicklung des Kaufs.⁶⁹ Zum Beispiel erhält beim Verkaufsauftrag über *res Mancipi* der Käufer aufgrund seines Geschäfts und der Verkaufsermächtigung des Eigentümers bonitarisches Eigentum; er kann die eventuelle Vindikation des Eigentümers abwehren (Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.2).⁷⁰ Vom Verkauf durch einen *procurator* unter Beigabe einer Eviktionsgarantie handelt instruktiv Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.25. In Paul. 32 ed. D. 17.1.26.7 und Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.5 wird der Fall diskutiert, dass der vom Einkaufskommissionär erworbene Sklave diesen bestiehlt. Ulp. 4 ed. D. 2.14.16.1 behandelt den Fall, dass der Eigentümer sich mit dem Erwerber auf eine Rücknahme des Sklaven verständigt, wodurch für denjenigen, der in seinem Auftrag verkauft hatte, die *actio venditi* undurchsetzbar wird.⁷¹ Zur Sicherung des Käufers durch die *satisfactio secundum Mancipium* → Rn. 254–263. – Ein Kaufauftrag zum Sklavenkauf kam auch derart vor, dass der Sklave selbst einen Dritten beauftragte, ihn mit vom Sklaven gestelltem Geld zu kaufen und anschließend freizulassen.⁷²

c. Personenmehrheiten im Kaufverhältnis

Im Prozess steht auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite zwingend lediglich eine Person. Das Auftreten von Personenmehrheiten auf Verkäufer- und Käuferseite war prozessual in Klagen von einzelnen Käufern/Verkäufern gegen einzelne Verkäufer/Käufer zu bewältigen. Grundsätzlich konnte dabei jeder aus der Vertragspartnermehrheit auf das Ganze (*in solidum*) verklagt werden; die Klagemöglichkeit gegen die anderen entfiel erst mit Erhalt der Leistung (Solutionskonkurrenz).⁷³ Marcell. 6 dig. D. 19.2.47 bringt eine Weiterentwicklung: Soweit jeder von mehreren Käufern oder Pächtern zahlungsfähig ist, können sie ihre Verurteilung auf den auf sie entfallenden Kaufpreisteil beschränken.⁷⁴ Die Frage der Einzel- oder Gesamtwirkung von *exceptiones pacti* erörtert Paul. 3 ed. D. 2.14.17.5. Auf Käuferseite ergibt sich eine Personenmehrheit eigener Art, wenn der Käufer ein *servus communis* ist (vgl. etwa Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.7,8). Rechtsfragen von Käufer- bzw. Verkäufermehrheiten wurden insbesondere noch für die Sachmängelhaftung behandelt (→ Rn. 334–335).⁷⁵

⁶⁸ Briguglio, in: Garofalo, *Obbligazioni II* (2007) 53–108; Miceli, in: Garofalo, *Obbligazioni II* (2007) 109–170; Finkenauer, SZ 125 (2008) 479 ff., zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.25.

⁶⁹ Wieling, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum* (1993) 235–267; Hofstetter, Mel. Wubbe 161–177.

⁷⁰ S. etwa Miquel, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum* (1993) 275; zum beispielhaften Fall von Ulp. 16 ed. D. 6.2.14 s. Krampe, Ess. Pool 182–189.

⁷¹ Dazu Finkenauer, Iura 68 (2020) 104–106.

⁷² → Rn. 15 Fn. 52.

⁷³ So die h. M., s. Kaser/Hackl, RZ 306 Fn. 41.

⁷⁴ Dazu Steiner, *Solidarobligationen* (2009) 18, 263, 266 ff.; Finkenauer, SZ 130 (2013) 193 f., sieht eine Übertragung des *beneficium cedendarum actionum* auf den Kauf.

- 27 Eine Personenmehrheit auf Verkäufer- und Käuferseite entsteht nachträglich, wenn der Verkäufer oder der Käufer stirbt und eine Erbengemeinschaft an seine Stelle tritt. Die durch die *emptio venditio* begründete Rechtsstellung von Käufer und Verkäufer ist aktiv und passiv vererblich. Aufgrund des Satzes *nomina ipso iure divisa* (→ § 58 Rn. 20 ff.) trifft Miterben des Käufers eine individuelle Haftung nur auf den auf sie entfallenden Kaufpreisanteil; klagt einer der Miterben gegen den Verkäufer, kann dieser seine Leistung freilich von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig machen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.8 und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.8).⁷⁶
- 28 Wo eine Sache im Miteigentum stand (→ § 47), konnten mehrere parallele Verkäufe *pro parte* erfolgen: Jeder Verkäufer verkauft in einem je eigenen Geschäft seinen Anteil an denselben Käufer;⁷⁷ er haftet an sich auch nur für den von ihm verkauften Anteil, doch konnte eine Solidarhaftung der mehreren Verkäufer vertraglich übernommen werden.⁷⁸ Solche Verkäufe durch mehrere Miteigentümer scheinen insbesondere bei Grundstücken vorgekommen zu sein – möglicherweise ein Reflex von vorangegangenen Teilungen im Erbgang. Der justinianische Codex bringt fünf Kaiserkonstitutionen zum Verkauf gemeinschaftlicher Sachen unter dem Titel *De communium rerum alienatione* (C. 4.52).
- 29 Zu den Handelsgesellschaften der Sklavenwirtschaft, den *societates ad emendum* bzw. *vendendum certam rei* → § 81 Rn. 6. Zum Kauf bzw. Verkauf durch *universitates* → § 32 Rn. 26.
- 30 Von jeder der beiden Seiten wurden nicht selten Bürgen (*fideiussores*) gestellt (→ § 73); auf Käuferseite für die Kaufpreiszahlung (Paul. 4 epit. Dig. D. 18.1.40.2; Alf. 2 dig. D. 44.1.14; Pomp. 35 Sab. D. 46.3.26), auf Verkäuferseite typischerweise für den Eviktionsfall (Eviktionsbürgen), z. B. Diocl./Maxim. C. 8.44.31 (a.294).⁷⁹ Die Inanspruchnahme solcher Bürgen erfolgte prozessual in getrennten Verfahren (*condictio* bzw. *actio ex stipulatu*), für die auch ein anderer Judex eingesetzt wurde. Die Frage der Akzessorietät wird z. B. für den Fall der Vertragsaufhebung in Paul. 33 ed. D. 18.5.3 behandelt.

3. Zum Verfahren *in iure*: Auswahl und Ausgestaltung der Formel

a. Auswahl der Formel: „Passte“ die *actio empti* (*actio venditi*)?

- 31 *In iure* wird vor allem über die richtige Formel und deren eventuelle Anpassung an die besonderen Umstände und Anliegen verhandelt.⁸⁰

⁷⁵ Steiner, Solidarobligationen (2009) 265 ff.; Tafaro, Labeo 19 (1973) 31–41.

⁷⁶ Ausf. Ernst, Einrede (2000) 36–38.

⁷⁷ Argumentum Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10; noch → Rn. 325–326, 331.

⁷⁸ So vielleicht in den Kaufurkunden aus Ravenna; z. B. P. Ital. 34.11: *singuli et in solidum [n]os oblig[antes atque] [fidedicentes ...]*.

⁷⁹ → Rn. 254; → § 20 Rn. 5.

⁸⁰ Zum Verfahren *in iure* → § 12.

In der *editio actionis* wird der Kläger die *actio empti* bzw. die *actio venditi* benennen. 32
 Zu der vor und mit dem Prätor geführten Verhandlung gehörte die Klärung, ob Rechte aus der vereinbarten Transaktion mittels einer *actio empti* bzw. *venditi* oder mittels einer anderen *actio* geltend zu machen waren. Nebenabreden konnten dazu führen, dass das Geschäft sich nicht mehr als *emptio venditio* qualifizieren ließ.⁸¹ Wenn es sich nicht um eine glatte Kauftransaktion handelte, konnte die Klage aus dem Kauf möglicherweise durch die Erweiterung *praescriptis verbis* modifiziert werden (→ Rn. 37–38); möglicherweise war aber auch eine für einen anderen Vertrag (z. B. *locatio conductio*; → § 80) aufgestellte Formel passend; schließlich konnte in den Bereich von Innominatvereinbarungen ausgewichen werden (→ § 90). Von Grenzfällen dieser Art, die in vielfältiger Weise vorkamen, seien drei besonders bekannte herausgehoben:

Die Frage, ob der Sachtausch als *emptio venditio* zu erfassen war, wurde von den 33
 römischen Juristen kontrovers beantwortet. Es handelte sich um einen Schulenstreit; dieser ist bei Gaius abgebildet (Gai. 3.141). Da es sich um einen besonders prominenten Fall des Gegensatzes von Proculianern und Sabinianern handelt, wird das Thema eindringlich erforscht (→ § 90 Rn. 25 ff.).⁸² Die Proculianer verlangten, dass die für die Sache vereinbarte Gegenleistung in Geld bestehen muss, während Sabinus und Cassius darauf verzichten wollten und die Tauschabrede an der Klagbarkeit des Kaufs teilnehmen liessen. Dem Argument, damit verliere man die Möglichkeit, Preis und Ware zu unterscheiden, wurde von Caelius Sabinus mit der Begründung widersprochen, dass als Verkäufer derjenige gelten sollte, der seine Sache zur Veräußerung angeboten hatte. Paulus vertieft die proculianische Position mit dem Hinweis auf die Asymmetrie in den Leistungspflichten von Verkäufer und Käufer: Der Verkäufer schuldet nur die Gewährung des *habere licere*, während der Käufer den Verkäufer zum Eigentümer der gezahlten Münzen machen muss (Paul. 32 ed. D. 19.4.1.1). Die Erfassung des Tauschs, wie sie sich auf der Grundlage der proculianischen Meinung entwickelte⁸³ (diese bestätigt schließlich auch durch Inst. 3.23.2⁸⁴), gehört in den Bereich der Innominatverträge (→ § 90). Dies gilt auch für das Geschäft, bei dem eine Sachleistung gegen eine Werk-

⁸¹ So Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18.1.80.3 für die Vereinbarung, dass Eigentum nicht (nie?) auf den Erwerber übergehen solle; zu diesem Text → Rn. 236, sowie Peters, SZ 96 (1979) 203; Harke, Irrtum (2005) 198 f.; Zhang, Contratti (2007) 143–145.

⁸² Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 263–272 und 525–531; Aubert, Et. Andreau 109–120; Nicosia, Iura 62 (2014) 24 ff.; Leesen, Gaius meets Cicero (2010) 215 ff.; Blaho, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 53–60; Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 208–211; Falcone, AUPA 58 (2015) 42 ff.; D'Alessio, Denaro (2018) 43 f. u. passim; Behrends, Ausgew. Aufs. I 629–652; Möller, FS Liebs 459–463; Du Plessis, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020) 455–459; alle mit Nachw. älterer Literatur.

⁸³ S. Leesen, Gaius meets Cicero (2010) 232 ff., dort auch zu Gord. C. 4.64.1 (a.238) und Diocl./Maxim. C. 4.64.7 (a.294); diese Konstitutionen sind auch behandelt bei Aubert, Et. Andreau 117–119.

⁸⁴ Der *permutatio* sind Titel in den Digesten (19.4) und im Codex (4.64) gewidmet.

leistung erbracht wird. Der Hingabe eines Grundstücks an einen Bauunternehmer, der im Gegenzug ein anderes Grundstück des Gebers bebauen wird, wird der Kaufcharakter abgesprochen von Ner. 1 resp. D. 19.5.6; mit einer gewissen Variation kann das Geschäft aber unter den Kauf gebracht werden (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.1).⁸⁵

- 34 Sollte der Erwerber eine Sache erhalten, die vom anderen Teil erst herzustellen war, stellte sich ein Abgrenzungsproblem zur *locatio conductio (operis)* (→ § 80 Rn. 58 ff.).⁸⁶ Wird das Material vom Hersteller beigebracht, war nicht zweifelhaft, dass *ex conducto* geklagt werden muss. Kommt das Material vom Abnehmer, bestand ein Meinungs- und möglicherweise Schulenstreit: Cassius wollte das Geschäft in zwei Verträge aufspalten, in einen Kauf des Materials und in eine *locatio conductio* über die Herstellung (Gai. 3.147). Die Gegenmeinung, die eine einheitliche *emptio venditio* annahm,⁸⁷ setzte sich durch und wurde schließlich durch Justinian bestätigt (Inst. 3.24.4). Wo freilich der Eigentumserwerb des Abnehmers ohne gewillkürte Übereignung stattfand, wurde eine *locatio conductio* angenommen, nämlich beim Bau eines Gebäudes auf dem Grundstück des Abnehmers mit Material des Unternehmers (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.20) oder bei der Ausbesserung von Kleidung mit Faden/Stoff des Unternehmers.
- 35 Ein *in perpetuum* geschlossener Vertrag über die Vergabung von Munizipialgrundstücken ist trotz Zweifeln nicht Kauf, sondern *locatio conductio* (Gai. 3.145).⁸⁸ – Gaius erkennt die Möglichkeit an, dass ein Geschäft abhängig von Eintritt bzw. Ausfall einer Bedingung als *emptio venditio* oder als *locatio conductio* zu qualifizieren sein kann (Gai. 3.146: Gladiatoren gelten als vermietet, falls sie überleben; als gekauft, wenn sie im Kampf fallen); es musste also nicht *praescriptis verbis* geklagt werden.⁸⁹ Die Möglichkeit einer solchen zunächst pendenten Qualifikation mag zuvor bestritten gewesen sein.
- 36 In erheblichem Umfang wurden Fallkonstellationen, in denen ein Verkaufsvorgang eine Rolle spielte, mit anderen *actiones* als mit den *actiones empti* bzw. *venditi* aufgelöst. Diese Klagen stammen vor allem aus dem Bereich, den wir heute als Deliktsrecht klassifizieren. Hier sind insbesondere Fälle zu nennen, in denen dem Käufer mit der *actio doli* gegen den Verkäufer geholfen wird.

⁸⁵ Dazu *Paricio*, FS Knütel 849–854; → § 90 Rn. 25 ff.

⁸⁶ Gröschler, in: Ernst/Jakab, *Usus* (2005) 59–76; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 299–304; *S. Longo*, Index 38 (2010) 291–336; *Corbino*, in: Garofalo/Zhang, *Tradizione e modernità* (2017) 117–128; *Cochis*, RDR 3 (2003).

⁸⁷ Z. B. Iav. 9 epist. D. 18.1.65 und dazu *Ernst*, SZ 114 (1997) 310–334; *Eckardt*, Iavoleni Epistulae (1978) 167 ff.

⁸⁸ *S. Longo*, *Locare* (2012).

⁸⁹ Dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 296 ff.; *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 183 Fn. 30; *Effer-Uhe*, *Conditio* (2008) 120–124.

b. *Agere praescriptis verbis* bei den Kaufklagen

Für ein und dasselbe Kaufverhältnis kann mittels der auf die *bona fides* gestellten *intentio* sukzessive eine Mehrzahl von Leistungspflichten Anlass zur gerichtlichen Verfolgung geben. Dies war unter dem Gesichtspunkt der Konsumption problematisch (→ § 12 Rn. 16 f., § 13 Rn. 91): Wenn etwa der Käufer die *actio empti* anstellen muss, um den Verkäufer nur wegen einer ganz bestimmten „Nichterfüllung“ verurteilen zu lassen, wird er sich die Klage unter Umständen für spätere Leistungen offenhalten wollen. Hierzu bediente sich der Kläger einer *praescriptio pro actore*. Deren Verwendung wird von Gaius so geschildert (Gai. 4.131a): Ein Käufer verlangt mit der *actio empti* die Manzipation des verkauften *fundus*; er wird später möglicherweise noch die *tradito* der *vacua possessio* (oder andere Leistungen) verlangen müssen. Indem vorangestellt wird *ea res agatur de fundo mancipando*, wird die Klage als Teilklage deklariert und verhindert, dass die Klage mit ihrer *incerta intentio* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*) insgesamt konsumierend wirkt.⁹⁰ Lenel vermutete, dass das Edikt zu diesem Zweck eine Standard-*praescriptio* für alle *bonae fidei iudicia* bereit hielt.⁹¹

Für den Gesamtverkauf mehrerer Sachen (mehrere Sachen/ein Gesamtpreis) stellte sich ein vergleichbares Problem. Das Geschäft wird als einheitliches begriffen, dem auch nur eine einzelne *actio empti* (bzw. *actio venditi*) entsprach. Nach einem Bericht des Gaius (Gai. 4.59) sollen Labeo und andere Juristen beim Kumulativverkauf eine Klage auf nur einen von zwei Kaufgegenständen gutgeheißen haben, die auch der späteren Anstellung einer anderen Klage wegen des zweiten Gegenstands nicht entgegenstehen sollte. Dies geschah dadurch, dass in der *demonstratio* nur einer der Gegenstände genannt wurde; eine *praescriptio pro actore* war bei diesem Vorgehen entbehrlich.⁹² Für eine Beschränkung des Streitgegenstandes kamen also im Grundsatz sowohl die Fassung der *demonstratio* als auch die Formelfassung *praescriptis verbis* in Betracht. Es verhielt sich damit anders als bei der Stipulation, für die nach Ulp. 46 Sab. D. 45.1.29 der Grundsatz *tot stipulationes quot res* galt: für jeden Gegenstand stand eine eigene *condictio/actio ex stipulatu* zur Verfügung (→ § 21 Rn. 11). Trotz der Klagenbeschränkung auf einen der Kaufgegenstände konnte der Umstand, dass es sich um einen Gesamtverkauf handelte, berücksichtigt werden: Bei Störungen, die sich auf einen der Kaufgegenstände beziehen, wurde gefragt, ob es auf eine Gesamtbetrachtung ankommen soll, so dass etwa die Mindergröße eines der Grundstücke durch eine größere als die vereinbarte Fläche des anderen Grundstücks ausgeglichen wird, oder ob die Störung dem Käufer Rechte gibt ohne Rücksicht auf den anderen Kaufgegenstand (Paul. 2

⁹⁰ S. auch Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 57 ff., 63 f. m. Nachw.

⁹¹ Lenel, EP 154 f.

⁹² Ulp. 23 ed. D. 19.1.33 wird bisweilen als Bestätigung genommen, doch ergibt dieses Fragment sicher nur das Vorkommen des Verkaufs mehrerer Sachen zum Gesamtpreis; dazu Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 277, 278 Fn. 44.

quaest D. 19.1.42).⁹³ Probleme warf der gemeinsame Verkauf von mehreren Sachen vor allem im Hinblick auf die Interessebestimmung⁹⁴ und das ädilische Edikt auf; s. Afr. 6 quaest. D. 21.1.34.1; Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.14 und dazu → Rn. 323, Rn. 400. Die mehreren Gegenstände können, müssen übrigens nicht „zusammengehören“ und eine sogenannte „Gesamtsache“, ein *corpus ex distantibus*, bilden (Beispiel: die Quadriga).⁹⁵

- 39 Die Möglichkeit, dem Inhalt von *pacta* mit den *actiones* für die *emptio venditio* Durchsetzbarkeit zu verleihen, war nicht unbegrenzt (zur aktionenrechtlichen Durchsetzung von ergänzenden *pacta* → Rn. 59). Gab es eine genaue Grenze zwischen solchen Vertragsvereinbarungen, die noch im Rahmen der *bona fides*-Klausel der *demonstratio* berücksichtigt werden konnten, und solchen Gestaltungen, die nur aufgrund einer Formelerweiterung *praescriptis verbis* geltend gemacht werden konnten?⁹⁶ Es liegt nahe, hier entscheidende Bedeutung dem Umstand beizumessen, dass der *emptio venditio* Klagbarkeit verliehen war als einer Standardtransaktion, deren Bedeutung sich jedermann ohne weiteres erschließt. Dies muss auch für die dem Geschäftsverkehr bekannten, vertypen Nebenabreden (*lex commissoria, in diem addictio* usw.) gegolten haben. Wo es nicht mehr um die Ausdeutung einer solchen Standardtransaktion ging, wo mithin die Verkehrsanschauung keine Beurteilung bereithielt, sondern eine für sich einzigartige Transaktion die Grundlage bildete, war der Anwendungsbereich der direkten *actiones empti* und *venditi* verlassen. Dies wird insbesondere auch in Fällen gegolten haben, wo sich hinsichtlich der *demonstratio* Zweifel aufdrängten, ob wirklich im Sinne des Edikts verkauft bzw. gekauft war.⁹⁷ Das Abstellen auf das *bona fide* Geschuldete wirkte damit zugleich als Triebkraft für die Innovation wie als deren Begrenzung, insoweit nur das Verkehrsbliche berücksichtigt werden konnte. Aufgrund der Elastizität der *actiones empti* und *venditi* wird die Grenze beweglich gewesen sein.

⁹³ Schmidt-Ott, Pauli Quaestiones (1993) 40–45, mit teilw. zu weitreichenden Interpolationsannahmen.

⁹⁴ Tafaro, Labeo 19 (1973) 31–41.

⁹⁵ Mayer-Maly, Est. d’Ors II 853–867; s. auch Daubermann, Sachgesamtheit (1993).

⁹⁶ Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 276 u. öfter, rechnet mit einer weitgehenden Austauschbarkeit und auch mit einem gelegentlichen Nebeneinander von einem Formeleingang *praescriptis verbis* und einer gleichzeitigen Konkretisierung der *demonstratio* im selben Fall; auch → § 90 Rn. 15 ff.

⁹⁷ Ulp. 11 ed. D. 18.1.50 behandelt den Ankauf einer Bibliothek unter der Bedingung, dass die Stadt ein Grundstück (für deren Aufstellung) verkauft. Zum Eintritt dieser Bedingung kommt es wegen des Käufers nicht. Labeo bejahte eine *actio praescriptis verbis*, wogegen Ulpian die direkte Anwendbarkeit der *actio venditi* befürwortet, vielleicht wegen einer Fiktion des treuwidrig verhinderten Bedingungseintritts. Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 71–78, nimmt hier die formeltechnische Isolierung der Bedingung *praescriptis verbis* an; s. auch Thomas, RIDA³ 26 (1979) 418 f.; weiterhin Behrends, St. Labruna I 361–385; außerdem Pennitz, Periculum (2000) 84–87; Gallo, Synallagma I (1992) 194 f.

c. *Exceptiones*

Seit langem umstritten ist die Frage, ob der Judex Einwände, die bei einem Verfahren mit *intentio certa* nur mittels *exceptio* Berücksichtigung finden könnten, im Rahmen seines Ermessens berücksichtigen konnte, ohne dass *in iure* eine *exceptio* in die Formel eingesetzt worden wäre.⁹⁸ Das Thema wird unter dem Schlagwort von der Inhärenz der *exceptio doli (generalis)* diskutiert (→ § 107 Rn. 10, § 106 Rn. 6 ff.). Für die klassische Zeit geht man im Ergebnis davon aus, dass der Richter auch ohne eingeschaltete *exceptio doli* die *absolutio* auf einen klägerseitigen *dolus* stützen konnte. Ob dazu das *oportere* im Hinblick auf den klägerseitigen *dolus* verneint wurde (h.M.)⁹⁹ oder ob trotz Bejahung des zivilrechtlichen *oportere* der Judex seine *absolutio* auf das *officium iudicis* stützte, wie Lenel angenommen hat,¹⁰⁰ sei hier dahingestellt. Jedenfalls galt der Judex „als ermächtigt, einen prätorischen Absolutionsgrund auch ohne prätorische Anweisung zu berücksichtigen“.¹⁰¹ Nicht unplausibel ist die Annahme, dass die *exceptio doli* in solchen Fällen entbehrlich war, in denen dem Kläger ein Verstoß gegen den generellen Standard redlichen Verkäufer- bzw. Käuferverhaltens vorgeworfen wurde, wogegen eine Treuwidrigkeit, die sich situativ aus einer besonderen Konstellation jenseits der Standard-Kaufbeziehung ergab, vom Judex nur aufgrund einer eingeschobenen *exceptio doli* zu berücksichtigen war.¹⁰² Eine andere Wirkungsweise hatte die *dolus abesse*-Stipulation (*cautio de dolo*), indem sie eine gegenläufige Klage *ex stipulatu* ermöglichte; ihr Gebrauch deutet auf einen Rechtszustand hin, in dem ein *dolus* die Klagen aus dem Kauf nicht ohne weiteres zu entkräften vermochte.¹⁰³

Von einer Inhärenz wird auch für die *exceptio pacti* ausgegangen, doch ist diese Annahme bestritten worden (Grosso) (Einzelheiten → § 107 Rn. 8). Hier macht sich der Gesichtspunkt geltend, dass das *pactum* mitvereinbart ist: *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* (Iav. 11 epist. D. 19.2.21). Das Wirksamwerden der *exceptio* wird daher auf der entsprechenden, *pactum*-gerechten Ausdeutung des *oportere* beruhen haben. Ob der Beklagten auch hier die Formel vorsorglich um eine *exceptio pacti* erweitern konnte, ist eine andere, wohl nicht eindeutig zu entscheidende Frage.¹⁰⁴ Die einredeweise Entkräftung einer Klage war auch insofern möglich, als sich das Klagebegehren selbst auf

⁹⁸ Speziell den Kauf betreffend nur Iul. 33 dig. D. 30.84.5; s. im Übrigen Iul. 13 dig. D. 12.2.40; Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.3 (= Frg. Vat. 266); Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.7; Pap. 8 quaest. D. 12.6.56; Marcian. 3 reg. D. 12.6.40 pr.; Ant. C. 2.3.5 (a.213).

⁹⁹ Kupisch, FS Huber 401–421, mit umfassenden Nachw.; Metro, Scr. Franciosi III 1731–1753.

¹⁰⁰ Lenel, Ges. Schr. I 79 ff.: *exceptio doli* wird vom Richter kraft seines *officium* subintelligiert. Nach Lenel verhinderte die *exceptio* „die Condemnation, ohne doch das civile *oportere* zu zerstören“ (S. 95).

¹⁰¹ Lenel, Ges. Schr. I 96.

¹⁰² Grundlegend Finkenauer, Iura 68 (2020) 77–136.

¹⁰³ Zu ihnen schon Beck, FG Simonius 17; speziell zu Ulp. 11 ed. D. 4.3.7.3 s. Lambrini, Dolo generale (2010) 51 ff.

¹⁰⁴ Zuletzt wieder Finkenauer, SZ 135 (2018) 206.

ein angebundenes *pactum* stützte (→ Rn. 57–59); s. insb. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.5 zur Entkräftung eines als Preisnachlass verstandenen *pactum* mittels der *exceptio legis Cinciae*. Wiederholt findet man den Ausspruch, im *bonae fidei iudicium* zeichne sich die *exceptio* durch eine Wirkung *ipso iure* aus, so für den Kauf in Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28: Die Redeweise wird man am ehesten so zu verstehen haben, dass man hier nicht auf den Prätor angewiesen war, dieser also nicht durch *denegatio actionis* (→ Rn. 43–45) oder Einfügung einer *exceptio* intervenieren musste.¹⁰⁵

- 42 Nur für solche Exzeptionen kam die Inhärenzlösung in Betracht, bei denen der Einredetatbestand impliziert, dass das klägerische Begehren vom Iudex auch ohne ausdrückliche Ermächtigung durch den Prätor abgewiesen werden darf. Dies wird bei den *exceptiones doli, metus*¹⁰⁶ und *pacti* der Fall gewesen sein. Für alle übrigen Exzeptionen ist davon auszugehen, dass es eines entsprechenden Formeleinschubs bedurfte.¹⁰⁷

d. *Denegatio actionis* bei den Kaufklagen

- 43 Die Möglichkeit einer *denegatio actionis* (→ § 12 Rn. 5) als Ergebnis des Verfahrens *in iure* bestand auch für die Kaufklagen. Es ist fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen (und mit welchen Rechtsfolgen) die *denegatio actionis* – über die Fälle fehlender Prozessvoraussetzungen hinaus – zum Abschluss des Verfahrens schon *in iure* führen konnte. Der genaue Umfang der prätorischen Kognitions- und Entscheidungsgewalt ist in der prozessrechtlichen Literatur umstritten; dieser Streit hängt auch mit der grundsätzlichen Vorstellung zusammen, die man sich von der Ausbildung der Prozessteilung in zwei Verfahrensabschnitte macht.¹⁰⁸ Manche gehen davon aus, dass die *demonstratio* in der Anfangszeit des Formularverfahrens nur eine zwischen den Parteien unstreitige und/oder vom Prätor mit Wirkung gegen diese festgestellte Rechtslage in Bezug nehmen konnte,¹⁰⁹ von welcher der *iudex* auszugehen hatte. Sei dem wie es wolle, der vollentwickelte Formularprozess jedenfalls gibt in der *demonstratio* eine noch ungesicherte Parteibehauptung wieder, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit erst *apud iudicem* ermittelt wird. Die *actiones empti* und *venditi* waren auch nicht von einem *causa cognitio*-Vorbehalt begleitet, weshalb die prätorische Kognition für den klassischen Formularprozess nur in geringem Umfang eine Rolle gespielt haben kann. Der Prätor dürfte die „Prozesswürdigkeit“ verneint haben, wenn er ohne weitere Beweisführung feststellen konnte, dass das klägerische Begehren unbegründet ist;¹¹⁰ insofern

¹⁰⁵ Lenel, Ges. Schr. I 99 u. passim.

¹⁰⁶ Zu Paul. 11 ed. D. 4.2.21.4 s. Milani, Om. Burdese III 213–255.

¹⁰⁷ Zur Frage der Existenz einer *exceptio non adimpleti contractus* (dies ein Rechtsbegriff aus dem Mittelalter), für welche man, abgesehen von der Sachfrage, auch die Inhärenzfrage zu beachten hätte, → Rn. 52.

¹⁰⁸ Grundlegend Martini, Causae cognitio (1960); Martini, St. Donatuti II 695–708.

¹⁰⁹ Broggin, Iudex (1957) 103 ff.

¹¹⁰ Kaser/Hackl, RZ 239.

würde ein Rest von „materiellrechtlicher“ Kognitions- und Entscheidungsbefugnis fortbestanden haben. In den Worten Friedrich Ludwig Kellers: *Denegatio actionis* „erfolgt, wenn das Vorbringen des Klägers unter keinem Gesichtspunkt als erheblich, d. h. zur Herbeiführung einer Kondemnation u. dgl. geeignet erscheint, mit anderen Worten, wenn es weder zu einer vorhandenen Formula passt, noch werth ist, dass eine neue oder alte Formula ihm angepasst werde; oder aber wenn die Erheblichkeit, welche daselbe an und für sich hätte, durch eine nicht bloß erhebliche, sondern auch bereits liquide Einwendung wieder aufgehoben ist.“¹¹¹

Ein mit dem Verkauf verbundener Gesetzesverstoß dürfte zur *denegatio actionis* 44 geführt haben. Eine klare Abschichtung von Gesetzesverstößen, die als solche stets in der Kognitionsgewalt schon des Prätors abgehandelt wurden, von solchen, über die noch eine Verhandlung vor dem Judex stattfinden konnte/musste, scheint angesichts unseres Kenntnisstandes kaum möglich. Kaser nahm an, dass der Prätor mit einer *denegatio actionis* reagiert habe, wenn das Geschäft einen klaren Rechtsverstoß beinhaltet, und zwar sowohl bei sogenannten perfekten wie bei imperfekten Verbotsgesetzen. Für den Fall einer *lex imperfecta*, bei dem die Feststellung, ob der Verbotstatbestand verwirklicht war, eine eingehende Prüfung erforderte, hat Kaser angenommen, es werde eine *exceptio* eingeschaltet und damit die Prüfung dem Judex überwiesen;¹¹² gesichert erscheint dies aber nur für Klagen aus Stipulation. Zum Verkauf unter Ehegatten „zum Freundschaftspreis“, dem als heute sogenannter gemischter Schenkung die *lex Cincia* entgegenstand, heißt es bei Ulpian, dieser sei *nullius momenti*.¹¹³ Soll man aus dieser Wendung schließen, dass eine *denegatio actionis* zu erfolgen hatte? Vielleicht darf man hierher den Fall rechnen, dass Käufer und Verkäufer beide wissentlich über eine *res furtiva* kontrahiert haben (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.3)? Die republikanische *lex Fabia de plagiariis* verbot u.a. auch Kauf und Verkauf eines auf der Flucht befindlichen Sklaven unter Androhung einer beidseitigen Geldbusse (Paul. sent. 1.6a.2). Die Juristen behandeln die Wirkung gesetzlicher Verbote für den Kauf oft nur indirekt, indem sie die Rechtsstellung des Käufers gegenüber Klagen *in rem* erörtern.¹¹⁴ So verhält es sich beim Verkauf der Pfandsache, die eine Frau ihrem Gläubiger entgegen dem *SC Velleianum* (→ § 29 Rn. 27) gegeben hatte (Ulp. 17 ed. D. 6.1.39.1 [Julian] mit Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.40). Bei der Veräußerung eines *praedium dotale* entgegen dem Recht der *lex Iulia* (→ § 35 Rn. 154) wurde das Grundstück ähnlich einer *res furtiva* behandelt (Pap. 3 quaest. D. 41.3.42).¹¹⁵ Ebenso mag es sich verhalten haben, wenn der Gegenstand einer verbotenen Ehegattenschenkungen vom beschenkten Ehegatten weiterverkauft wurde. Sodann entfiel für den Käufer die Ersitzungsmöglichkeit, wenn dem verkaufenden

¹¹¹ Keller/Wach, Civilprozess⁵ (1876) 244 f. (§ 50).

¹¹² Kaser, Verbotsgesetze (1977) 63, 111.

¹¹³ Ulp. 7 disp. D. 18.1.38 u. dazu Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 82–87; s. auch Scevola, Negotium mixtum (2008) 198–203 und öfter; sowie → Rn. 58.

¹¹⁴ Chorus, Ess. Nicholas 85–92; ders., St. Cannata 117 ff.

¹¹⁵ S. auch Wacke, Scr. Zablocka 1069–1156.

Magistrat die Sache *contra legem repetundarum* geschenkt worden war (Paul. 7 Plaut. D. 41.1.48 pr.). Der Ausfall der Ersatzungsmöglichkeit bedeutete für den Verkäufer, dass er unbegrenzt einem Eviktionsregress ausgesetzt blieb. Vormünder durften Mündelgut nicht kaufen (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.7; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5.2–4).¹¹⁶ In den vorgenannten Fällen handelt es sich weniger um Anordnungen einer völligen Unwirksamkeit des Kaufgeschäfts *emptio venditio*, sondern eher um Veräußerungsverbote, die beim Konsensualkauf dadurch dinglich wirkten, dass man der konkreten Kaufvereinbarung die Qualität einer *iusta causa* (*emptionis*) absprach. Es ist nicht undenkbar, dass bei einer gerichtlichen Durchsetzung der Verpflichtungen aus dem Kauf derartige Veräußerungsverbote zunächst unbeachtet blieben.¹¹⁷ Im Hinblick auf die mehrfach belegte Gewährung der *actio empti* an den Käufer in den Fällen des Verkaufs des *homo liber*, der *res sacra* oder *publica* (→ Rn. 73–76) ist zu bemerken, dass eine etwaige *denegatio actionis* einseitig nur für die angestellte Klage erfolgte, also nicht ohne weiteres auf die Möglichkeit einer gegenläufigen Klage des anderen Teils einwirkte.

- 45 Eine Konstellation, bei der – jedenfalls seit Augustus – mit einer *denegatio actionis* gerechnet werden darf, ist der Verkauf eines *fundus litigiosus*.¹¹⁸ Der Erwerb eines streitbefangenen *fundus Italicus* (nicht: *res* schlechthin) von der nichtbesitzenden/klagenden Partei durch einen bösgläubigen Käufer wurde in einem *edictum divi Augusti* (ca. 23 v. Chr.) mit einer Geldbusse belegt; daneben war die Ungültigkeit des Kaufs ausgesprochen.¹¹⁹ Nach Gai. 4.117a war der *sciens emptor*, der wohl durch Manzipation erworben hatte, durch eine *exceptio* gehindert, die Sache vom (erneut beklagten) Besitzer mit der Vindikation herauszuverlangen; ebenso Ulp. 76 ed. D. 44.6.1.1 (später sog. *exceptio rei litigiosae*). Es wird angenommen, dass es um die Klagen Proskribierter (oder deren Erben) ging, die, durch lange Prozessdauer ermüdet, bereit waren, unter Wert an Spekulanten zu verkaufen; die an einer Klärung der Rechtslage interessierten Besitzer mussten sich auf immer neue Prozesse einlassen. Die Gegenwirkung aufgrund des Edikts soll man sich so vorstellen: A erhebt gegen B die *rei vindicatio* wegen eines von diesem besessenen italischen Grundstücks, dann manzipiert er dieses dem C, der von dem Prozess weiss. Die *exceptio edicti divi Augusti* hindert C daran, B mit der *rei vindicatio* zu belangen. A ist bei Urteilsfällung nicht mehr Eigentümer und muss seinen Prozess verlieren. Einer neuerlichen Klage des C mochte die *exceptio rei iudicatae* entgegenstehen. C soll abgeschreckt werden, einen zweiten Prozess zu beginnen. Eine im

¹¹⁶ Kaufbeschränkungen, die für Provinzbeamte und Militärangehörige erlassen wurden, werden hier nicht dargestellt.

¹¹⁷ Zu magistratischen Veräußerungsverböten, etwa gegen Verschwender, → § 30 Rn. 31; zu rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen über Veräußerungsver- und -gebote → Rn. 424. Die Auswirkung von Spezial- und Generalverpfändung auf die Möglichkeit der Veräußerung durch den Verpfänder behandelt Van Hoof, TR 85 (2017) 474–491.

¹¹⁸ Gröschler, *Actiones* (2002) 127–129; De Marini Avonzo, *Limiti* (1967) 173 ff.; Kiefner, GS Kunkel 117–177.

¹¹⁹ Fr. de iure Fisci 8 (FIRA II 628).

provinzialen Kognitionsprozess erfolgte Ausdehnung auf den *fundus provincialis* mag strenger gewirkt haben, indem die Unwirksamkeit der *emptio venditio* dem traditionsweisen Eigentumserwerb die nötige *causa* entzog; insoweit hatte wohl die Verfügung ihre Wirksamkeit eingebüsst. Ein umfangreiches Justizedikt Konstantins enthielt u. a. eine Bestimmung, die generell die Übertragung (aus welchem Grund auch immer) streitbefangener Gegenstände untersagt; Const. Cod. Theod. 4.5.1 pr. (a.331).¹²⁰ Kenntnis des Erwerbers wird nicht als Voraussetzung genannt. Als Rechtsfolge ist ausgesprochen, dass der begonnene Prozess fortgesetzt werden kann, was als Unwirksamklärung der Übertragung zu verstehen sein wird. Gratian, Valentinian und Theodosius erweitern den Anwendungsbereich in das Erbrecht hinein; Grat./Valentin./Theodos. C. 8.36.3 (a.380). Unter Justinian wird das *vitium litigiosi contractus* mit der Unwirksamkeit der Übereignung bestätigt und auf die Übertragung von rechtshängigen *actiones* erstreckt; Iust. C. 8.36.5 (a.532). Codex und Digesten enthalten je einen eigenen Titel *De Litigiosis* (D. 44,6; C. 8.36). Schließlich suchte die Nov. 112.1 (Iust. a.541) weitere Zweifelsfragen einer Klärung zuzuführen.

e. Der bedingte Kauf im Formularprozess

Für die *emptio venditio* wird in verschiedener Hinsicht der Einsatz der Bedingung (*condicio*) erörtert.¹²¹ Der unbedingte Kauf wird als *emptio pura* bezeichnet (z. B. Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2. pr). Es handelte sich um Suspensivbedingungen. Wie namentlich Werner Flume herausgearbeitet hat, war in der Vorstellung der römischen Juristen ein unter Suspensivbedingung vereinbartes Geschäft, solange die Bedingung nicht eingetreten ist, noch nicht im Rechtssinne abgeschlossen.¹²² Mit den Worten Ulpians: *condicionales ... venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio*; Ulp. 28 Sab. D. 18.1.7 pr. (Verkauf eines Sklaven unter der Bedingung, dass dieser dem Verkäufer/Eigentümer gegenüber abrechnet). Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, musste daher schon die *demonstratio* ins Leere gehen, konnte es nicht zu einer Ausfüllung der *intentio* und zu einer Kondemnation kommen. Durch Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.9 i.f. ist gesichert, dass die Klageerhebung vor Bedingungseintritt keine Konsumptionswirkung hatte.¹²³ Rechtsstreitigkeiten, bei denen es darum ging, ob eine Bedingung überhaupt vereinbart, ob eine vereinbarte Bedingung eingetreten oder ein Bedingungseintritt vereitelt worden ist, werden wohl vor den *Judex* gekommen sein;¹²⁴ es ist nicht undenkbar, dass die Prüfung der Bedingung dem *Judex praescriptis verbis* vorgegeben wurde.

¹²⁰ Gröschler, *Actiones* (2002) 122–127.

¹²¹ Effer-Uhe, *Condicio* (2008) 106–114; einen Kauf, der durch zwei Ereignisse bedingt ist, von denen eines sicher eintritt, behandelt Ulp. 33 ed. D. 18.6.8.1; dazu Rodger, TR 50 (1982) 337–350; Pennitz, *Periculum* (2000) 233 ff.

¹²² Flume, *Rechtsakt* (1990) 120–147; zustimmend aus formeltechnischer Sicht Steiner, SZ 123 (2006) 185–196; ebenfalls zust. Jakob, *Weinkauf* (2009) 190 f.

¹²³ Dazu Babusiaux, *Quod actum* (2006) 50.

¹²⁴ Hierauf deutet vielleicht das *ex vendito agi posse* in Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, wo es um die Vereitelung der Bedingung geht; zum Fall → Rn. 39.

- 47 Die Rechtslage *pendente condicione* gab Anlass zu diversen Fragen. Der leitende Grundsatz dürfte darin bestanden haben, dass ein Kaufvertrag überhaupt erst und nur bei Eintritt der Bedingung in rechtliche Erscheinung tritt. Der bedingte Kaufvertrag war *pendente condicione* keine *causa traditionis* bzw. *usucapionis* (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4 pr.).¹²⁵

f. *Instrumenta edere*

- 48 Schließlich wird der Kläger – Käufer oder Verkäufer – diejenigen Beweisurkunden vorlegen, die er *in iudicio* verwenden will (*instrumenta edere*).¹²⁶ Aus den *in iure* vorgelegten *instrumenta* (oder aus dem Fehlen solcher) kann sich ergeben, dass der Kläger den Verkauf nicht beweisen können. Dies mag vor allem bei einem mündlichen Vertragsschluss vorgekommen sein. Hier war es möglich, dass der Beklagte in einem Eid (*iusiurandum*) den Abschluss des Vertrages bestätigte, woran dann der Judex gebunden war.¹²⁷ Hiermit wird sozusagen der Vertragsschluss zugestanden, außer Streit gestellt. Ulpian behandelt die Frage, ob ein solcher vom Verkäufer abgegebener Feststellungseid dieser Art zugleich eine Grundlage für die gegenläufige Verkäuferklage auf (Rest-)Kaufpreiszahlung darstellt (Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.3). Andere Stellen sprechen von einer *pactio litigatorum* (Gai. 5 ed. prov. D. 12.2.1). Ob bei evidenter Aussichtslosigkeit der späteren Beweisführung eine *denegatio actionis* erfolgte, ist nicht gesichert.

4. *Apud iudicem*

- 49 *Apud iudicem* konnte sowohl um die in der *demonstratio* bezeichnete Kaufvereinbarung als auch um die sich daraus ergebende(n) Leistungspflicht(en) gestritten und Beweis erhoben werden sowie auch noch um den Kondemnationsbetrag. Streng genommen wird die Kaufvereinbarung in ihrer Bedeutung für die *demonstratio* nur in der Beschränkung behandelt, die sich durch den vertragsnotwendigen Inhalt ergibt – es muss nur überhaupt „verkauft“ sein –, während weitere Kaufvereinbarungen, die sich auf den Leistungsumfang bezogen, erst in Bezug auf die *intentio* zu thematisieren waren.¹²⁸ Ob *apud iudicem* tatsächlich eine derartige Abschtung erfolgte, ist nicht gesichert. Kaum belegbar ist die These,¹²⁹ dass sich in einer Frühphase des Formularprozesses das Eingehen auf die *intentio* durch den Judex in einer Geldschätzung erschöpfte.¹³⁰

¹²⁵ Zur Gefahrtragung beim bedingten Kauf → Rn. 186.

¹²⁶ Babusiaux, Quod actum (2006) 170–173.

¹²⁷ Dieser Eid als Prozesshandlung ist zu unterscheiden von einer Beeidung sogleich des Vertragsschlusses als einer – optionalen – Förmlichkeit zur Bestärkung des Konsenses (→ Rn. 92); s. Münsks, Parteieid (1992) 19 ff.

¹²⁸ Babusiaux, Quod actum (2006) 170 ff.

¹²⁹ So z. B. Schmidlin, St. Sanfilippo V 716 ff.

¹³⁰ Kaser/Hackl, RZ 311; Babusiaux, Quod actum (2006) 166 ff.

Obschon die Formel keine Arbiträrklausel enthielt, wird der *Judex* doch – wegen der *bona fides*-Klausel und/oder legitimiert durch das *officium iudicis* – Leistungen bis zur Urteilsfällung berücksichtigt haben, da es – wohl ungeachtet des diesbezüglichen Schuldenstreits (Gai. 4.114) – um ein *iudicium absolutorium* ging. Man geht davon aus, dass die richterliche Erforschung des *ex fide bona* zu Leistenden von einer Interaktion mit den Parteien begleitet war, und dass diese sich günstigenfalls bereits auf einen Ausgleich verständigen, der dann eine Kondemnation vermeidet (Gütegedanke).¹³¹ In erheblichem Umfang ist auch mit der Abgabe von Stipulationen *apud iudicem* zu rechnen.

Für das Verfahren *apud iudicem* sei hier nur angemerkt, dass sich die Formfreiheit der Kaufvereinbarung in einer Beweismittelfreiheit spiegelte (→ § 13 Rn. 39 ff.). Die Parteien waren aber auf solche Beweismittel beschränkt, die sie *in iure* vorgelegt hatten (Ulp. 4 ed. D. 2.13.1.3).

5. Wechselbeziehung von *actio empti* und *actio venditi*

Das Verhältnis der *actiones empti* und *venditi* wird am besten als „independence of actions“ erfasst. Die Erhebung einer der Klagen führte nicht zu einem *iudicium duplex* (wie bei Teilungsklagen), für das sich schon die *intentio* auf das wechselseitig Geschuldete beziehen muss.¹³² Von vornherein wird nach allgemeinen Grundsätzen eine Widerklage möglich gewesen sein, so dass die beiden, an sich getrennte Klagformeln nach gesonderten Litiskontestationen immerhin vor denselben *iudex* kamen.¹³³ Von der Widerklagemöglichkeit dürfte in der Tat Gebrauch gemacht worden sein; hierfür spricht jedenfalls die wiederholte Befassung der Kaiserjurisprudenz mit der Widerklage im „gegenseitigen Vertrag“ (→ Rn. 452). Gab es daneben einen Mechanismus, durch den die Verurteilung oder die Vollstreckung in die Urteilsschuld von der Erbringung der Gegenleistung abhängig gestellt wurde (*exceptio non adimpleti contractus*)? Die Frage wird in der Literatur bejaht.¹³⁴ Anachronistisch wird oft auch vom „funktionellen Synallagma“ gesprochen. Nach der Überzeugung des Verfassers gab es im Formularprozess keinen allgemeinen Mechanismus dieser Art.¹³⁵ Bei Vorgehen einer Vertragspartei aufgrund eines noch beiderseits unerfüllten Vertrages war die Lage von Verkäufer und Käufer verschieden: Dem Verkäufer drohte ohnehin nur eine Verurteilung in das

¹³¹ Düll, Gütegedanke (1931) 56 ff.

¹³² Dazu Kaser/Hackl, RZ 346.

¹³³ Kaser/Hackl, RZ 343 f.

¹³⁴ Viaro, Corrispettività e adempimento (2011), dazu Stagl, SZ 131 (2014) 525–531; Viaro, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 787–864; Kupisch, FS Huber 414 f.; Vacca, Atti Burdese IV 331–352; Benöhr, Synallagma (1965).

¹³⁵ Ausf. Ernst, Einrede (2000); krit. dazu Benöhr, SZ 121 (2004) 623–627; Viaro, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 787–863; Viaro, Corrispettività e adempimento (2011); dazu Stagl, SZ 131 (2014) 525–531; Finkenauer, Iura 68 (2020) 86 f.

Käuferinteresse, der gegenüber er den Kaufpreis im Wege der Kompensation abziehen lassen konnte. Nur in Sonderfällen, in denen dem Verkäufer kein durchsetzbarer Anspruch auf den (ganzen) Kaufpreis zustand, wurde zu seinen Gunsten die Kaufsache als *pignoris loco* (*quasi pignus*) angesehen, womit auf volle Kaufpreiszahlung hingewirkt werden konnte: So, wenn der Käufer lediglich mit der Beschränkung *dumtaxat de peculio* haftet (Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.; Paul. 7 Plaut. D. 12.1.31.1), wenn der Verkäufer beim *negotium claudicans* (→ Rn. 23) ganz ohne Klagemöglichkeit wegen des Kaufpreises ist (Paul. 5 quaest. D. 18.5.7.1) oder wenn er die Kaufpreiszahlung in Bruchteile aufgespalten in einer Mehrzahl von Prozessen gegen die Erben des Käufers verfolgen müsste (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.8 und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.8). Scaev. 2 resp. D. 18.4.22 gewährt dem nur zum Teil bezahlten Erschaftsverkäufer ein pfandartiges Zurückbehaltungsrecht an einzelnen Nachlassgegenständen. Auch von einer *retentio* ist die Rede (Paul. 5 quaest. D. 18.5.7.1).¹³⁶ Die vorgenannten Rechtsaussagen wären kaum verständlich, wenn jedem unbezahlten Verkäufer ohnehin eine (inhärente?) *exceptio non adimpleti contractus* zugestanden hätte. Der unbezahlte Verkäufer braucht sich übrigens auch eine eigenmächtige Wegnahme der Sache durch den Käufer nicht gefallen zu lassen; vielmehr kommt ihm hiergegen die *actio furti* zu (Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.1). Insofern wirkt der Sachbesitz des Verkäufers für diesen als gleichsam natürliches Sicherungsmittel. Schließlich kann man noch einen Zusammenhang dazu herstellen, dass für die Herstellung der *causa emptio* als Grundlage des Eigentumserwerbs die Kaufpreiszahlung gefordert wurde (→ § 43 Rn. 9; § 45). Grundsätzlich verschieden war nach der hier vertretenen Ansicht die Lage des Käufers: Dieser musste sich eine Verurteilung in den Kaufpreis gefallen lassen, auch wenn er die Sache noch nicht erhalten hatte. Angesichts des generischen Charakters der Zahlungspflicht fehlt es dem Käufer an einem retentionsfähigen Gegenstand. Die ediktale *exceptio mercis non traditae*¹³⁷ betraf eine besondere Konstellation; sie richtete sich nicht gegen die *actio venditi*, sondern gegen die *condictio certae pecuniae*, wenn der Erwerber dem *argentarius*, der die Sache für den Einlieferer versteigert hatte, in Stipulationsform Zahlung versprochen hatte: Hier musste der Käufer gegen die Inanspruchnahme aus der Stipulation geschützt werden, wenn er die Sache vom Einlieferer nicht erhielt (→ Rn. 85).¹³⁸ – Um die Rechtsstellung des Käufers richtig einzuordnen, muss man bedenken, dass dieser bereits gekauft hat und ihm z. B. schon die Nutzungen aus der Kaufsache zustehen (→ Rn. 134–138). Die unbedingte Zahlungspflicht des Käufers erscheint insofern nicht als unbillige „Vorleistungspflicht“. Die offenbar asymmetrische Behandlung von Verkäufer und Käufer (Paritätsmangel) schließt m. E. aus, dass die römischen Juristen für die Wechselbeziehung der Leistungserbringungen von einem

¹³⁶ Zutr. zum „natürlichen Pfand“ des Verkäufers an seiner Sache *Viario*, *Corrispettività e adempimento* (2011) 245 ff.

¹³⁷ Gai 4.126a; s. *Lenel*, EP 503 f.

¹³⁸ Zu Iul. 54 dig. D. 19.1.25 s. *Spruit*, Sat. Feenstra 157–172; *Ernst*, Einrede (2000) 20 f.; zu Paul. 71 ed. D. 44.4.5.4 s. schon *Talamanca*, *Contributi* (1954) 121 ff.

theoretischen Konzept wie demjenigen des „funktionellen Synallagma“ ausgegangen sind, das sich als solches ja gerade durch Symmetrie auszeichnen sollte. Dergleichen ist auch in keinem der Klassikertexte ausgesprochen. Wegen der Möglichkeit der Aufrechnung → § 111.

6. Kaufbegleitende *stipulationes, dicta und pacta*

a. Kaufbegleitende Stipulationen

Bei Ergänzung des Kaufverhältnisses durch Stipulationen¹³⁹ waren diese in der gehörigen Form abzuschließen (→ § 21 Rn. 6 ff.). Wo immer die Stipulation den an sich formfreien Kaufkonsens absorbiert, wird die eigentliche Formfreiheit des Konsensalkaufs (→ Rn. 90) bedeutungslos. Die nachklassische Entwicklung hin zur Schriftlichkeit der Stipulation betrifft auch die dem Kauf beigegebenen Stipulationen. – Der Käufer (oder der Verkäufer) verfolgte seine etwaigen Rechte aus der Stipulation mittels einer *condictio* oder einer *actio ex stipulatu*. Damit ergaben sich Konkurrenzprobleme zur *actio empti* bzw. zur *actio venditi*. Im Formularprozess wurden die zwei nebeneinander in Betracht kommenden Klagen getrennt eingeleitet und von verschiedenen *iudices* entschieden. Die Klagen konnten auch zu verschiedenen Zeitpunkten erhoben worden sein; eine Reihenfolge, etwa derart, dass zunächst die Stipulation ausgeklagt werden musste, war nicht zwingend vorgeschrieben. Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28 behandelt ein Strafversprechen betreffend ein (im Text nicht spezifiziertes) Käuferverhalten, das der Käufer dem Verkäufer zugesagt hatte, der es deswegen *ex fide bona* aus dem Verkauf heraus beanspruchen konnte: Nach erfolgreicher Ausklagung der Stipulation kann die *actio venditi* nur noch auf den Betrag erhoben werden, um den das Interesse die erlangte *poena* übersteigt. Der *Judex* wird aufgrund des *officium iudicis* die *condemnatio* bei der *actio venditi* vermindert haben; der Prätor musste hierfür keine Grundlage geschaffen haben (*ipso iure* – Wirkung der judizialen Konsumption). Die *actio* aus dem Kauf wurde damit zur Nachforderungsklage (Liebs).¹⁴⁰ Nach Julian kann aber auch zuerst aus dem Kauf geklagt werden, wobei dann offenbar die Verurteilung ohne Rücksicht auf die Stipulation erfolgt; der späteren Klage aus der Stipulation kann die *exceptio doli* entgegengesetzt werden, soweit schon *ex vendito* der Pönalbetrag (oder mehr) erlangt worden ist. Das Verhältnis der Klagen wird als mittelbare (judizielle bzw. prätorische) Konsumption angesprochen.¹⁴¹ Eine alternative Rechtstechnik, die darin besteht, dass der zuerst befassende Richter auf den vollen Betrag nur erkennt, indem er ein kautionsgesichertes *remittere actionem* der anderen Klagegrundlage erzwingt, ist für den Kauf nicht überliefert. Die Aussagen zur Klagenkonkurrenz in Iul. 3 Urs. Fer.

¹³⁹ Auch der altzivilrechtliche Manzipationskauf konnte schon von Stipulationen begleitet sein.

¹⁴⁰ Liebs, *Klagenkonkurrenz* (1972) 208, 246; s. auch Baldus, *OIR* 5 (1999) 76–78; auch → § 74 Rn. 8.

¹⁴¹ Kaser/Hackl, *RZ* 307.

D. 19.1.28 dürften grundsätzlich auch bei Stipulationen zum Eviktionsschutz (→ Rn. 291, 292) und bei Stipulationen zur Sachmängelgewähr (→ Rn. 393, 411) gegolten haben.

b. *Leges in mancipio dictae*

- 54 Wann immer eine *res Mancipi* manzipiert wurde (sei es kaufeshalber, sei es zu einem anderen Zweck), konnten seitens der Beteiligten rechtswirksame Erklärungen abgegeben werden. Auf die Frage, welche Kategorien solcher Erklärungen es gegeben hat (*nuncupationes/dicta in mancipio/leges Mancipii*) und wie diese sich möglicherweise unterschieden, wird hier nicht eingegangen (aber → § 19 Rn. 9).¹⁴² Diese *leges dictae* waren inhaltlich vielgestaltig. Ein regelrechter *numerus clausus* wird nicht bestanden haben, doch haben sie alle einen notwendigen Bezug zu einer der Rechtswirkungen der *mancipatio*: Durch Modifikation der Rechtswirkung der konkreten *mancipatio* wird diese den Geschäftsabsichten der Parteien angepasst. Sollte der Erwerbsvorgang durch Begründung anderweitiger Rechte/Pflichten gestaltet werden, mussten begleitende Stipulationen dazu kommen. Bestimmte *leges dictae* waren offenbar verkehrsüblich und erscheinen insoweit als vertyp. Wenn es zutrifft, dass die *mancipatio* auch in spätklassischer Zeit weiterhin in Gebrauch war und diesbezügliche Rechtsfragen die Juristen beschäftigten, dürften zugleich auch die *leges in mancipio dictae* noch eine erhebliche Rolle gespielt haben.
- 55 Die einzelnen *leges in mancipio dictae* werden im jeweiligen Sachzusammenhang näher dargestellt; hier soll ein Überblick genügen: Beim Grundstückskauf wurde möglicherweise eine vollständige und richtige Ansage aller das Grundstück belastenden Rechte erwartet; etwa entsprechend einem modernen „Grundbuchauszug“.¹⁴³ Die in der *nuncupatio* gemachte Ansage *uti optimus maximusque sit* versprach die vollständige Freiheit des verkauften Grundstücks von Servituten; dies entspricht in etwa der Erklärung, es liege ein „reines Grundbuchblatt“ vor.¹⁴⁴ Wegen Drittrechten, die der Man-

¹⁴² Randazzo, *Leges Mancipii* (1998); Cursi, Ess. Sirks 145–160; Finkenauer, SZ 135 (2018) 184–186; Olde Kalter, *Dicta* (1963) 19–26; Staffhorst, *Teilnichtigkeit* (2006) 77 f. Da die *mancipatio* auch zu anderen Zwecken als dem des kaufmäßigen Warenumsatzes erfolgte, konnten solche *nuncupationes* auch in anderen Zusammenhängen auftreten, namentlich (und vielleicht zuerst) beim Manzipationstestament (→ § 17 Rn. 9, § 18 Rn. 1); s. Wimmer, FS Hausmaninger 341–356.

¹⁴³ Mod. 5 resp. D. 19.1.39 weist insoweit auf die *veteres* zurück; Cic. off. 3.16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori* ... Für die von Cicero im Anschluss angesprochene Verkäuferhaftung ist umstritten, ob sie sich auf die *actio empti* oder auf die *actio auctoritatis* oder einen anderen (uns unbekannten), an die Manzipation anknüpfenden Rechtsbehelf bezieht; s. Backhaus, FS Laufs 12 Fn. 40 mit Nachw.

¹⁴⁴ Diese Zusage wird in Cels. 8 dig. D. 18.1.59, Ner. 6 membr. D. 21.2.48 und Ven. 16 stip. D. 21.2.48 sowie Proc. 6 epist. D. 50.16.126 behandelt. Diese Texte könnten ursprünglich von einer *lex mancipationis* (*dictum in mancipio*) gehandelt haben; die Klausel mag später aber auch in Stipulationen vorgekommen sein, die den Grundstückskäufer sicherten. Zu der diesbezüglichen *ex empto*-Haftung → Rn. 415–416.

zipant richtig angesagt hatte, konnte er später nicht in Anspruch genommen werden; die Ansage wirkt wie ein Haftungsausschluss. Der Manzipant konnte sich selbst den *usus fructus* (→ § 49)¹⁴⁵ oder Dienstbarkeiten (→ § 50) vorbehalten, letzteres auch zugleich zugunsten eines Nachbarn (Zweifel behandelt Iav. 2 epist. D. 8.4.5).¹⁴⁶ Eine Manzipation unter erklärtem Rückbehalt der *superficies* war dagegen nicht möglich (Paul. 74 ed. praet. D. 44.7.44.1 i. f.).¹⁴⁷ Weiterhin konnte beim Grundstückskauf durch *dictum* ein bestimmter Flächeninhalt zugesagt werden; war diese Angabe unrichtig, stand dem Erwerber die auf diesen Zweck zugeschnittene *actio de modo agri* zu (→ Rn. 296–299). Bei der Sklavenmanzipation hatte man es anzusagen, wenn der zu manzipierende Sklave schon bedingt freigelassen war (→ Rn. 246). Häufig wurden dem Erwerber Vorgaben für seinen weiteren Umgang mit dem Sklaven gemacht: Er erhielt diesen manzipiert, *ut manumittatur, ne manumittatur, ut exportetur* (= *ne in Roma/Italia esset*), *ne serva prostituatur*. Diese *leges dictae* hatten „dingliche“ Wirkung, indem ein Verstoß den Veräußerer zur *manus iniectio* berechnigte, was offenbar zu einem Rückerwerb führte. Dabei darf man annehmen, dass solche *leges dictae* Wirkung grundsätzlich auch gegenüber Nacherwerbern entfalteten (→ Rn. 426–434). Durch *dicta* konnte auch zugesagt werden, dass zur manzipierten *res* ein weiterer Gegenstand hinzukommen sollte: Mit einem Grundstück konnte Betriebszubehör oder ein Sklave mitgehen, mit einem Sklaven ein *peculium* (→ Rn. 132). – Stellte sich heraus, dass die auf die Sache bezogene Rechtslage nicht dem entsprach, was mit der konkreten *mancipatio* festgesetzt worden war, standen dem Erwerber bzw. dem Manzipanten spezifische altzivilrechtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung (*actio de modo agri, actio auctoritatis, manus iniectio*); die Parteien waren insofern nicht auf die *actio empti* bzw. auf die *actio venditi* angewiesen. Neben diesen Rechtsbehelfen dürfte für den Käufer die *actio empti* (bzw. für den Verkäufer die *actio venditi*) in die Funktion einer Nachforderungsklage gerückt sein, wie es auch beim Zusammentreffen mit Klagen aus der Stipulation der Fall war (→ Rn. 53). – Man hat sich schließlich gefragt, ob in der *nuncupatio* Qualitätsangaben beliebiger Art gemacht werden konnten, was eine Frühform von Sachmängelhaftung bedeuten würde. Eine Vermutung in diese Richtung wird in der Forschung nicht mehr unterstützt.¹⁴⁸ *Leges dictae* bezogen sich stets auf die altzivilrechtlichen Manzipationsfolgen und die Manzipation war – soweit wir wissen – nicht mit einem ihr eigenen rechtlichen Mechanismus verbunden, mit dem auf unrichtige Qualitätszusagen reagiert worden wäre. Allerdings hat das ädilische Edikt dann dem Erwerber, demgegenüber in *mancipio* ein Qualitäts-*dictum* abgegeben worden war, das Recht zur Wandlung gegeben, wenn die Qualitätszusage nicht zutraf (→ Rn. 370). Spätklassische Juristen haben den Verkäufer mittels der *actio empti* wegen *dolus* haftbar gemacht, wenn er ein die Sach-

¹⁴⁵ Frg. Vat. 50; s. Randazzo, *Leges mancipii* (1998) 50 ff.

¹⁴⁶ Dazu Staffhorst, *Teilnichtigkeit* (2006) 109–112.

¹⁴⁷ [*tradendo*] (*mancipando*), s. Staffhorst, *Teilnichtigkeit* (2006) 77 f.

¹⁴⁸ Als Quellenbezug diente Cic. Off. 3,16,65, s. Voigt, XII Tafeln (1883) 120; gegen ihn schon Bechmann, *Kauf I* (1876) 249.

beschaffenheit betreffendes *dictum* in Kenntnis der Unrichtigkeit abgegeben hatte (→ Rn. 399). Ein Manzipationsbezug war hierfür offenbar nicht mehr erforderlich.

- 56 Die Überlieferungslage ist ungünstig, weil die justinianische Redaktion die *mancipatio* aus den Texten getilgt hat (→ Rn. 7, 450) und daher auch die auf deren spezifische Rechtsfolgen bezogenen *nuncupationes* nicht als solche fortführen konnte. Man darf vermuten, dass Fragen von *leges mancipio dictae* in inhaltsgleiche *pacta adiecta* umgestaltet wurden. Das Recht zur *manus iniectio* wurde umschrieben, möglicherweise als vertraglich ausbedungene *abducendi potestas*, usw. Ein etwaiger Streit über die Einhaltung des Zugesagten konnte nun ausschließlich noch mittels der *actiones empti* bzw. *venditi* ausgetragen werden.¹⁴⁹ Der justinianischen Verwischung der ursprünglichen *dicta in mancipio* und ihrer Wirkungsmechanismen ist aber schon in klassischer Zeit eine Entwicklung vorangegangen, in deren Verlauf die *actio empti* zur Durchsetzung von verkäuferseitigen *dicta* eingesetzt wurde, jedenfalls bei *dolus* (→ Rn. 399, Rn. 414–416). Beim Sklaven- und Zugtierkauf berechnete ein unzutreffendes *dictum* den Käufer, nach dem ädilischen Edikt vorzugehen (→ Rn. 369–374). Was Nebenabreden im Sklavenhandel betraf, wurde die Rechtslage durch spät- und nachklassische Kaiserkonstitutionen umgestaltet (→ Rn. 426–427, 429–430). Überlieferungsgeschichtlich bleibt die Verdrängung oder Überlagerung der älteren, manzipationsgestützten Mechanismen durch jüngere Rechtselemente mit Unsicherheiten belastet.

c. *Pacta* als „Nebenabreden“ zum Kauf

aa. Das Recht der *pacta adiecta*

- 57 Im Hinblick auf ein Kaufgeschäft treffen die Parteien oft zusätzliche Vereinbarungen. Diese werden üblicherweise als „Nebenabreden zum Kauf“ angesprochen.¹⁵⁰ Für das *pactum* ergab sich die prozessuale Durchsetzbarkeit im Grundsatz mittels der *actio empti* bzw. *venditi* (sogenannte *pacta adiecta*), jedenfalls dann, wenn das konkrete *pactum* verkehrsfähig war, so dass seine Beurteilung *ex fide bona* möglich war; ganz hochindividuelle Vertragsgestaltungen mögen ein Klagen *praescriptis verbis* erfordert haben (→ Rn. 39). Die Wirkungsweise war vom Inhalt des *pactum* und von dessen Abschlusszeitpunkt (*in continenti* – *ex intervallo*) abhängig: Für Vereinbarungen, durch die der geschäftstypische Verpflichtungsinhalt beschränkt wurde (*pacta ad minuendam obligationem*), stellt sich die Frage der Inhärenz der *exceptio pacti* (→ § 107 Rn. 8). Soweit solche Vereinbarungen sogleich mit der Kaufvereinbarung getroffen wurden, verschmolzen sie gleichsam mit dem übrigen (Standard-)Inhalt der Vertragspflichten (Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5). Vereinbarungen, die den Pflichteninhalt der Parteien erweitern

¹⁴⁹ Kaser/Hackl RZ 142.

¹⁵⁰ Carro, Hom. Torrent 101–113; Babusiaux, Quod actum (2006) 173–186; Hohlweck, Nebenabreden (1996); Sicari, Leges venditionis (1996); Pókecz Kovács, RIDA³ 58 (2011) 315–338; Nicosia, In diem addictio (2013); Hernández-Tejero García, Hom. Murga Gener 565–572; Mohino Manrique, Pactos en el contrato (2006); Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 104–114.

(später sog. *pacta ad augendam obligationem*) verlangten eine abweichende und differenzierte Behandlung: Soweit sie zusammen mit dem Kaufvertrag abgeschlossen wurden (*in continenti*), sperrte sich die Typizität des Geschäfts zunächst gegen eine Erweiterung des Pflichtenprogramms auf Käuferseite, insoweit damit die erforderliche Festlegung auf einen festen Geldbetrag in Frage gestellt wurde. Dieser Standpunkt wurde gelockert: Pomponius befürwortete für das Zusatzversprechen einer Bauleistung neben der Preiszahlung die *actio venditi* (Pomp. 9 ad Sab. D. 19.1.6.1). Die Käuferzusage, sich an einen mit dem Verkäufer geschlossenen Pachtvertrag zu halten, wurde schon von Servius Sulpicius und Tubero behandelt und schlussendlich die Durchsetzbarkeit mittels einer *ex vendito*-Klage anerkannt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.30); Alex. C. 4.65.9 (a.234)¹⁵¹ bestätigt dies und hält noch fest, dass es keiner Schriftform bedarf. Eine Konstitution Gordians lässt die (verpflichtungssteigernde) Vereinbarung von Verzugszinsen auf den Kaufpreis ab einem bestimmten Termin zu; Gord. C. 4.54.5 (o.A.).¹⁵² Hermogenian schließlich bringt eine Verallgemeinerung, indem er die Klagbarkeit mit der *actio empti* anerkennt, zunächst konkret für ein Käuferversprechen der Rückverpachtung an den Verkäufer oder die Beschränkung des Weiterverkaufs auf den Rückverkauf, dann aber auch, wenn *simile aliquid paciscatur* (Herm. 2 epit. D. 18.1.75). Wird die Zusatzabrede freilich erst später (*ex intervallo*) abgeschlossen, stand die Regel, dass *ex nudo pacto actio non nascitur* einer Erweiterung von Vertragspflichten entgegen. Daher kann nachträglich zwar die Verpflichtung zur Abgabe einer anfänglich geschuldeten *stipulatio duplae* erlassen werden, eine nachträgliche Zusage des Doppelten (oder des diesbezüglichen Versprechens in Stipulationsform) war dagegen wirkungslos (Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr.); das leistungserhöhende Versprechen könne immerhin einredeweise gegen eine Klage der anderen Partei verwendet werden¹⁵³ – eine *exceptio non adimpleti pacti* (→ Rn. 52). Nochmals Besonderes galt für die nachträgliche Änderung des Kaufpreises: Da der Preis zur „Substanz“ des Vertrages gehört, ist seine Änderung kein bloßer Vertragszusatz, sondern eine Änderung des zugrunde liegenden Vertrages; sie kommt einer Kombination von Vertragsaufhebung und Vertragsschluss gleich und wird daher von Paulus (und von Papinian) nur *re integra* zugelassen (Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr.,¹⁵⁴ s. auch Pomp. 24 Sab. D. 18.5.2 sowie → Rn. 113).

Das gültige Zustandekommen von *pacta adiecta* und deren Rechtswirkungen gaben 58 Anlass zu vielfältigen Einzelfragen. Indem diese teilweise die Rechtsfigur des *pactum* als solche betrafen – und nicht bloß dessen konkreten Inhalt – führte die Diskussion dieser Fragen zu einer Art Rechtsgeschäftslehre eigens für das *pactum*. So wurden Fragen wie die nach Auslegung¹⁵⁵ und der Irrtumsrelevanz speziell für das *pactum*

¹⁵¹ Dazu Verstegen, Mél. Wubbe 483–508; Verstegen, Et. Ankum II 567–582.

¹⁵² Noch → Rn. 211.

¹⁵³ Dazu Knütel, SZ 84 (1967) 144 f.; Knütel, Contrarius consensus (1968) 61–70; Babusiaux, Quod actum (2006) 219 f.

¹⁵⁴ Babusiaux, Quaestiones (2011) 189.

¹⁵⁵ Pap. 5 quaest. D. 2.14.39: Zweideutige Nebenabreden werden zulasten des Verkäufers interpretiert; s. auch Behrends, FS Otte 457–479; Krampe, SZ 100 (1983) 217–224.

behandelt.¹⁵⁶ Insbesondere konnte ein *pactum contra leges* oder *contra bonos mores* abgeschlossen sein. Fälle gesetzeswidriger *pacta* haben die Juristen viel beschäftigt, fast mehr noch als Gesetzesverstöße des Kaufs als solchen, da dieser als verkehrsrübliche Standardtransaktion Verbotsgesetze kaum berühren konnte.¹⁵⁷ Namentlich galt eine Freizeichnung für *dolus* als unwirksam (→ Rn. 417).¹⁵⁸ Es ist umstritten, wie der Gesetzesverstoß eines *pactum* prozessual geltend gemacht wurde. Chorus vertritt die Ansicht, im Rahmen eines *bonae fidei iudicium* habe ein verbotswidriges *pactum* einfach keine Wirkung entfaltet;¹⁵⁹ die im Edikt vorgesehene *exceptio* betreffend Verstöße gegen *Senatusconsulta* hätte dann nur bei strengrechtlichen Klagen z. B. aus *Stipulation* eine Rolle spielen können.¹⁶⁰ Dem wurde von Kaser widersprochen: Es habe einer auf das Verbotsgesetz Bezug nehmenden *exceptio* bedurft;¹⁶¹ diese Position müsste man noch dahingehend ergänzen, dass dann, wenn die durch *pactum* begründete Position mittels *exceptio pacti* geltend zu machen war, eine *replicatio* erforderlich wurde. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.3 behandelt den Fall einer – wie wir sagen würden – gemischten Schenkung unter Ehegatten:¹⁶² Julian folgend hielt Ulpian das ganze Geschäft wegen Verstoßes gegen die *lex Cincia* (→ § 29 Rn. 44) für unwirksam. Dagegen teilte Neraz, welchem Pomponius zustimmte, bei Verkaufsabsicht des Ehemanns das Geschäft in einen Kauf und ein Preisnachlass-*pactum*; nur Letzteres falle unter das Schenkungsverbot: *venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere*. Die Differenzhaftung der dadurch beschenkten Ehefrau wird durch den Bereicherungsgedanken beschränkt, so dass ein zwischenzeitlicher Wertverlust ihre Haftung verminderte. Ähnlich lag der Fall eines Verkaufs unter Ehegatten mit einem *pactum de non petendo*, durch das auf Gewährleistungsrechte verzichtet wird: Der Gesetzesverstoß des *pactum* lässt nach Pomponius den Kauf als solchen bestehen, offenbar im Widerspruch zu anderen Juristen (Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.5).¹⁶³ Eine einheitliche Linie dazu, ob die Unwirksamkeit eines *pactum* den Kauf als Ganzen invalidierte, ist nicht sicher auszumachen; es hat sie vielleicht auch nicht gegeben.¹⁶⁴

¹⁵⁶ Paul. 33 ed. D. 18.1.34 pr. behandelt die Frage, ob ein Grundstückskauf trotz Dissenses hinsichtlich des mitverkauften Sklaven gültig ist; dazu Harke, Irrtum (2005) 85; Krampe, SZ 100 (1983) 217–224; Schermaier, SZ 115 (1998) 274 ff.; Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 112 f.

¹⁵⁷ Umf. Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 105–114.

¹⁵⁸ Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23 (allgemein redend für *bonae fidei iudicia*); s. auch Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.7 (*depositum*); Paul. 29 ed. D. 13.6.17 pr. (*commodatum*) sowie Paul. 3 ed. D. 2.14.27.3.

¹⁵⁹ Chorus, Handeln (1976) 37; so jetzt wieder Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 113.

¹⁶⁰ Unter dem Titel *Si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*, Lenel, EP 513 ff.

¹⁶¹ Kaser, Verbotsgesetze (1977) 65 f. und öfter.

¹⁶² S. Misera, FS Wahl 38 ff.; Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 107 f.; Scevola, Negotium mixtum (2008) 171–177, dort auch 228–238 zu Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.25–26.

¹⁶³ Dazu Oğuz, Simulation (1998) 37–43.

¹⁶⁴ Nach Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 113 f., begünstigte der Umstand, dass *pacta adiecta* im Wesentlichen ergänzenden Charakter haben, die Aufrechterhaltung des Kaufs bei etwaiger Unwirksamkeit des *pactum*.

bb. Zur aktionenrechtlichen Durchsetzung von *pacta*

Soweit dem Inhalt von *pacta* im Rahmen einer *actio empti* oder *venditi* Geltung gegeben wurde, handelte es sich um die Ausfüllung der *intentio*, also um eine Beurteilung durch den Judex.¹⁶⁵ Obschon es sich nicht um prätorisches Honorarrecht handelte, wurde doch die Handhabung der *intentio* als rechtsgeleitet und zugleich normgebend verstanden. Das Recht der *pacta* gehörte nicht dem *ius civile* an. Weil *pacta* nur unter den geschilderten Einschränkungen (→ Rn. 57) Rechtsschutz genossen, war es – auch soweit für sie die *actiones empti* bzw. *venditi* zum Einsatz kamen – nicht einerlei, ob es sich im konkreten Fall um die Verwirklichung der einfachen Kauftransaktion oder um die Durchsetzung eines begleitenden *pactum* handelte. Auf der Grundlage des unverfeinerten Kaufkonsenses (*res/pretium*) war nur durchsetzbar, was mit dem Geschäftsüblichen, mit der gängigen Verkehrsauffassung vom Kaufen und Verkaufen, einherging. Obschon ein Formerfordernis für das *pactum* nicht bestand, ist viel eher noch als beim nicht weiter ausdifferenzierten Standardkauf mit der Aufsetzung eines Dokuments zu rechnen. Die aktionenrechtliche Durchsetzung von *pacta* wirft besondere Probleme auf, soweit es sich um sog. Rücktrittsvorbehalte handelt, weil deren Wirkung in der Beseitigung des Kaufverhältnisses liegen soll; → Rn. 99–100.

cc. Die Typisierung von *pacta* in Rechtsliteratur und Kaiserjustiz

Die verschiedenen *pacta* verfolgten unterschiedliche Zwecke und waren nach Inhalt und Wirkung voneinander verschieden. Von den Juristen wird das konkrete *pactum* betrachtet und interpretiert. Bestimmte Nebenabreden waren indes so geläufig, dass sie als eigene Typen behandelt wurden. Eine gewisse Typizität hat die Klauseln ausgezeichnet, sonst wären sie kaum als solche zum Gegenstand abstrakter juristischer Erläuterungen geworden. Soweit Kaiserkonstitutionen die Wirkungen bestimmter Klauseln präzisierten, wurden solche Klauseln objektivrechtlich geregelt, damit zugleich weiter vertyp. Ein Großteil dessen, was man als differenziertes römisches Kaufrecht anspricht, beruhte auf dem Recht der *pacta*. Die vertypen *pacta* werden in ihrem jeweiligen Sachzusammenhang behandelt.

III. *Actio empti***1. *Demonstratio*****a. *Res*: Objekte der *emptio venditio*****aa. Sachbezug und Sachexistenz**

In die *demonstratio* war der konkrete Kaufgegenstand eingerückt. Die *emptio venditio* war ein gegenstandsbezogenes Geschäft: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat*

¹⁶⁵ S. Carro, Hom. Torrent 101–113; Babusiaux, Quod actum (2006) 173–186; Talamanca, in: Vacca, Caducazione (2006) 1–93; Ziliotto, TSDP XII (2019) sieht einen Schulenstreit.

potest intellegi (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8). Ohne Angabe einer *res* lässt sich die *demonstratio* nicht formelgemäß bilden. Soweit in der juristischen Literatur abstrakt vom Kaufgegenstand die Rede ist, wird von *res*, gelegentlich auch von *merx*, gesprochen. Im Kern und am Anfang der möglichen Gegenstände, die als Kaufobjekte in Betracht kommen, steht gewiss die körperliche Sache, die Gegenstand der *traditio* (und der *usucapio*) sowie Objekt des *habere licere* sein kann.¹⁶⁶ Eine Unterscheidung von *res Mancipi* und *res nec Mancipi* ist nicht erkennbar. Auch die Bruchteile, zu denen jemandem eine Sache gehörte, konnten Gegenstand einer *emptio venditio* sein (→ Rn. 28); dies ist vornehmlich für Grundstücke, aber auch für Sklaven belegt. Bruchteile an *res Mancipi* waren möglicher Gegenstand schon der *Mancipatio*; bei dieser erscheint der Bruchteil gleichsam als eine eigene *res Mancipi*. Als Kaufgegenstand wurde die Herde (*grex*), d. h. die Gesamtheit aller Tiere einer Herde, anerkannt (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.6);¹⁶⁷ vom ebenfalls möglichen Gesamtverkauf mehrerer Sachen (→ Rn. 38) unterscheidet sich der Verkauf einer Sachgesamtheit, indem sich diese als *corpus ex distantibus* darstellt.¹⁶⁸ Das Senatusconsultum Hosidianum (47 n. Chr.)¹⁶⁹ verbot den Aufkauf von Häusern in der Absicht, diese einzureissen und das Baumaterial mit Gewinn zu veräußern. Hat hier der Käufer die auf Zuwiderhandlung stehende Strafe (Kaufpreis-*duplum*) entrichtet, kann er den schon gezahlten Kaufpreis zurückfordern, weil sich das Verbot auch an den Verkäufer richte (Paul. 52 ed. D. 18.1.52).

- 62 Als ein gegenstandsbezogenes Geschäft bleibt die Kaufvereinbarung unwirksam, wenn sie sich auf einen nicht oder nicht mehr¹⁷⁰ existenten Gegenstand bezieht. Ein berücktigter Text, in seiner Echtheit ganz oder zu Teilen oft angezweifelt, behandelt den Fall, dass beim Verkauf eines Hausgrundstücks das Haus abgebrannt ist (Paul. 5 Plaut. D. 18.1.57):¹⁷¹ Obschon die Bodenfläche noch vorhanden sei, sei nach Nerva, Sabinus und Cassius nichts verkauft; Paulus stimmt dem offenbar zu. Für den Kauf einer Plantage, die einem Waldbrand zum Opfer gefallen ist, wird dieselbe Lösung von Papinian unterstützt (Pap. 10 quaest. D. 18.1.58).¹⁷² Die Sachentscheidung entspricht dem, was wir auch sonst über die *emptio venditio* erfahren, und braucht in ihrer Echtheit nicht

¹⁶⁶ Zu freien Personen als Objekt der *emptio venditio* → Rn. 73.

¹⁶⁷ Dazu nochmals → Rn. 189.

¹⁶⁸ Zu Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30 pr. s. *Hammerstein*, Herde (1975) 1 ff.

¹⁶⁹ *Galsterer*, DNP s. v. „Senatus consultum Hosidianum“, dort auch zum wenig später ergangenen SC Volusianum (56 n. Chr.).

¹⁷⁰ Paul. 5 Sab. D. 18.1.15 pr., dazu *Harke*, Irrtum (2005) 81 ff.; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 264.

¹⁷¹ *Apathy*, SZ 111 (1994) 110; *Harke*, Irrtum (2005) 188 ff.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 107 f.; *Arp*, Unmöglichkeit (1988) 107 ff.; *Peters*, FS Kaser (1976) 290 ff.; *Greiner*, Opera Neratii (1973) 97 f.; *Pennitz*, St. Talamanca VI 199–232; *Schermaier*, in: Castresana, Defectos (2014) 142–145; *Pennitz*, Periculum (2000) 155–157; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 96 f., mit einem Formelvorschlag 275 (*praescriptio*).

¹⁷² Der Fall des durch Feuer nach Vertragsschluss vernichteten Gebäudes wird auch in Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 a. E. ins Spiel gebracht, wo für den Erbschaftsverkäufer eine Pflicht zur Übertragung des Brandgrundstücks bejaht wird.

angezweifelt zu werden. Paul. 5 Plaut. D. 18.1.57 pr. spinnt den Ausgangsfall in Varianten fort, u. a. derart, dass das Gebäude zu weniger als der Hälfte abgebrannt ist; der Käufer soll das Grundstück zu einem abzuschätzenden Minderkaufpreis erwerben; diese „Fortsetzung“ wird oft als interpoliert angesehen.¹⁷³ – Ist der verkaufte Sklave in Feindeshand, ist er eine *res in potestate hostium*, deren Rechtsstellung von den Juristen in verschiedenen Kontexten diskutiert wird; Octavenus hielt nach dem Bericht des Pomponius den Kauf nicht für ungültig, der Richter werde aber die Verurteilung des Verkäufers aufschieben (Pomp. 10 epist. D. 19.1.55).¹⁷⁴

bb. Verkauf von *fructus futuri* und *emptio spei*

Schon vorhandene Früchte konnten so verkauft werden, dass der Käufer selber die 63
Aberntung übernahm, etwa von Oliven am Baum (*olea pendens*)¹⁷⁵ oder von Trauben am Rebstock (Iul. 54 dig. D. 19.1.25);¹⁷⁶ urkundlich: TH² D12, P. Yadin 21 und 22.¹⁷⁷ Bei solchen Geschäften bestand eine besondere Verkäuferpflicht in der Einlassung des Käufers zur Aberntung. Auch eine Sache, deren Entstehung im Zeitpunkt des Verkaufs erst noch erwartet wurde (*res sperata*), konnte schon zum Gegenstand des Kaufs gemacht werden.¹⁷⁸ Der idealtypische Fall ist der Verkauf erwarteter Früchte (*fructus futuri*). Pomponius erfasst die Vereinbarung so, dass bei Entstehung der verkauften Frucht das Geschäft – von der Einigung an – einen gültigen Kauf darstellt; kommt es nicht zur Fruchtentstehung, gibt es auch keinen Kauf (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8 pr.). Die Gegenstandsbezogenheit des Kaufs ist gewahrt; der Gegenstand ist freilich erst in der Entstehung. Trotz einer gewissen Ähnlichkeit liegt hier eine regelrechte Bedingung nicht vor, bei welcher erst mit Bedingungseintritt von einer *emptio venditio* die Rede sein kann (→ Rn. 46). Die entstandene Sache ergänzt den Konsens zum gültigen Verkauf, der indes schon ab seiner Vereinbarung verbindlich ist. Aufschlussreich ist Paul. 33 ed. D. 19.1.21 pr.: Verkauft wird das zu gebärende Kind einer unfruchtbaren Sklavin: Der unwissende Käufer wird gegenüber einem wissenden Verkäufer mit einer Klage *ex empto* geschützt.

Es begegnet noch das Geschäft, bei dem gegen Geld die Auslieferung dessen ver- 64
sprochen wurde, was sich aus einer Gewinnungsaktivität erwerben ließ. Man spricht

¹⁷³ S. die in Fn. 164 nachgewiesene Lit.

¹⁷⁴ Dazu D'Amati, in: Garofalo, *Obbligazioni* II (2007) 377–411.

¹⁷⁵ Verkauf von Oliven ab Baum; Cato agr. 146, Verkauf von Trauben ab Rebstock: Cato agr. 147; zur Abgrenzung dieser Geschäfte von der Verpachtung des Grundstücks (*locatio conductio rei*) s. Krämer, *Pfandrecht* (2007) 152 ff.

¹⁷⁶ Dazu Spruit, *Sat. Feenstra* 157–172; Ernst, *Einrede* (2000) 20 f., 70; ähnlich liegt es nach Pomp. 31 Quint. Muc. D. 19.1.40 noch beim Verkauf von Bäumen zur Abholzung; dazu Corbino, in: Scr. Marrone 57 ff.

¹⁷⁷ Chiussi, in: Czajkowski et al., *Roman Provinces* (2020) 101–114.

¹⁷⁸ Randazzo, in: Garofalo, *Obbligazioni* I (2007) 247–276; Forschner, in: Mattiangeli, *Emptio-Venditio* (2014) 207 f., mit Nachw. älterer Lit.; Ernst, *SZ* 114 (1997) 302 f.; Pennitz, *FS Mader* 237 ff.

von der *emptio spei*, dem Hoffnungskauf.¹⁷⁹ Beispiele sind der Verkauf des künftigen Fangs von Fischen oder Vögeln und des *captus missilium* (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8.1; Paul. 14 Plaut. D. 18.4.7; Cels. 27 dig. D. 19.1.12). Bei den *missilia* handelte es sich um Gegenstände, die u. a. bei den römischen Triumphzügen unter die Menge geworfen wurden.¹⁸⁰ An Stelle von Gegenständen, die sich nicht werfen ließen (Tiere, Schiffe, Grundstücke),¹⁸¹ wurden beschriftete *tesserae* benutzt. Das Geschäft hat hier zum Gegenstand, dass sich der „Verkäufer“ für einen festen Betrag in das nicht ungefährliche Gedränge warf; was er fing, gebührte dem Zahlenden. Nach Pomponius kann der Zahlende *ex empto* klagen, muss also nicht auf eine Klage *praescriptis verbis* ausweichen. Die Eviktionshaftung gilt als stillschweigend abbedungen (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8.1 i.f.); dies entspricht dem Umstand, dass der Fänger von der Herkunft des Gegenstandes keine Kenntnis haben konnte (Plünderungsbeute?). Bleibt der Teil, dem die Gewinnungsaktivität obliegt, untätig, kann er mit der *actio empti* in Anspruch genommen werden; so für den untätigen Fischer Cels. 27 dig. D. 19.1.12. Entsprechend verhält es sich nach Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8 pr. beim Verkauf des *partus ancillae* oder *fructus, si id egerit venditor ne nascatur aut fiant*.

- 65 In der romanistischen Forschung hat man nach einer trennscharfen Abgrenzung von Kauf der erhofften Sache und Hoffnungskauf gefragt: Ist in beiden Fällen der Kaufgegenstand die Sache, wobei nur das aleatorische Moment, das beide Vertragsgestaltungen auszeichnet, unterschiedlich stark ausgeprägt ist? Oder ist beim Hoffnungskauf wirklich die *spes*, die *alea*, der verkaufte Gegenstand („Chance“ als Vertragsgegenstand)? In den als *emptio spei* angesprochenen Fällen soll die Zahlungspflicht unabhängig davon sein, ob überhaupt etwas gefangen wird (und was genau), während beim Verkauf von *fructus futuri* der Verkaufstatbestand erst durch die Entstehung der als solche durchaus bestimmten Früchte vervollständigt wird: Ohne Fruchtentstehung gibt es hier im Grundsatz keine Zahlungspflicht. Dem entspricht es, wenn Pomponius im Fall der *emptio spei* die *alea* – die Gewinnchance – gleichsam als den vergeistigten Vertragsgegenstand ansieht, um sich über den vorläufigen Mangel eines Sachgegenstands hinwegzuhelfen. Das Geschäft ist perfekt ohne Rücksicht auf den Ausgang der Unternehmung; der Empfänger ist auch zu einer entsprechenden Tätigkeit verpflichtet.¹⁸² Die gefangenen oder erjagten Objekte werden dann jedoch die *res emptae* gewesen sein, für deren Eigentumserwerb (*traditio, usucapio*) die Kaufvereinbarung als *causa* gedient haben muss.

¹⁷⁹ Knütel, SZ 117 (2000) 445–453; Benke, OIR 11 (2006) 7–29; Harke, Irrtum (2005) 195 ff.

¹⁸⁰ Dies und das Folgende nach Knütel, SZ 117 (2000) 445–453.

¹⁸¹ Vgl. Suet. Nero 11,2.

¹⁸² Wie hier Forschner, in: Mattiangeli, *Emptio-Venditio* (2014) 208; ebenso schon Karlowa, RRG II 615; s. auch Kurz, Labeo 20 (1974) 194–209.

cc. Alternativkauf – Kauf aus beschränktem Vorrat – kein Gattungskauf

Gültig war der Alternativkauf, bei dem schließlich nur einer von zwei benannten Gegenständen zum Käufer wechseln soll (Ulp. 34 ed. D. 18.1.25; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6).¹⁸³ Das Wahlrecht lag beim Verkäufer, konnte aber einvernehmlich auch dem Käufer zugewiesen werden, doch durfte diesem nicht freigestellt sein, ob er überhaupt einen der Gegenstände erwerben will. Zur Gefahrtragung beim Alternativkauf → Rn. 192.

Gaius behandelt für die Kategorie der *res quae pondere numero mensurave constant* verschiedene Verkaufsvarianten (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5–7)¹⁸⁴ unter dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung; → Rn. 188–189. Was die Eignung zum Verkaufsobjekt angeht, wird der Verkauf einer vereinbarten Menge aus einem größeren Warenvorrat des Verkäufers nur anerkannt für vertretbare Sachen, *res quae pondere numero mensura constant*.¹⁸⁵ bei diesen ist es wirtschaftlich gleichgültig, welche konkreten Gegenstände dem Vorrat entnommen werden.

Es ist seit langem umstritten, ob die *emptio venditio* sich auch zum Abschluss eines reinen Gattungskaufs eignete.¹⁸⁶ Gemeint ist damit ein Vertrag, bei dem der Verkäufer die Lieferung eines nur beschriebenen Gegenstandes verspricht („sale by description“), bei dem also kein Bezug zu einem bestimmten Vorrat besteht, der Verkäufer sich vielmehr selbst noch „auf dem Markt“ mit erfüllungstauglicher Ware eindecken muss. Argumente für oder gegen die Möglichkeit eines Einsatzes der *emptio venditio* in dieser Weise haben sich auf verschiedene Vorstellungen vom „Wesen“ des römischen Kaufs gestützt. Geht man von den Quellen aus, so gibt es nicht einen einzigen klaren Beleg dafür, dass ein derartiges Geschäft als *emptio venditio* abgeschlossen oder eingeordnet worden wäre. Angesichts der doch umfänglichen Behandlung von Fragen des Vorratskaufs sollte dieser Quellenbefund für die Feststellung ausreichen, dass die *emptio venditio* als reiner Gattungskauf nicht vorkam. Man darf m. E. einen Schritt weitergehen und vermuten, dass die römischen Juristen die *emptio venditio* für einen reinen Gattungskauf als nicht geeignet hielten. Immerhin haben sie in zahlreiche andere Richtungen die äußerst noch möglichen Anwendungsfälle diskutiert, im Allgemeinen mit vorsichtig expansiver Tendenz. Angesichts der Detailfragen, die hinsichtlich der Erfüllung eines generischen Sachleistungsversprechens entstehen müssten, darf aus dem Fehlen einschlägiger Texte gefolgert werden: Ein Geschäft, mittels welchem gegen einen Preis eine Verpflichtung zur Lieferung einer nur beschriebenen Sache eingegangen

¹⁸³ Bessenjö, OIR 1 (1995) 54–77 mwN.

¹⁸⁴ Rüfner, Vertretbare Sachen (2000) 49 ff.; Ernst, SZ 114 (1997) 272–344; Bessenjö, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 38 f.; Jakab, Weinkauf (2009) 235 ff.

¹⁸⁵ Dazu Rüfner, Vertretbare Sachen (2000) insb. 49–55.

¹⁸⁶ Bessenjö, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 1–51; Forschner, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 203 ff.; Fercia, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 699–743; Ernst, SZ 114 (1997) 272–344; Pennitz, Periculum (2000) 327–340; Abatino, Obbligazioni generiche (2012) 79–160.

wurde, so dass diese Verpflichtung durch *traditio* einer beschreibungsgemäßen Sache erfüllt worden wäre, war keine *emptio venditio*.¹⁸⁷

- 69 Während die *emptio venditio* nicht in Frage kam für eine Vereinbarung, die das Versprechen einer nur durch Gattungszugehörigkeit beschriebenen Sache mit der Bestimmung eines hierfür zu zahlenden Preises verknüpfte, war ein Geschäft dieses Inhalts dem römischen Rechtsverkehr doch nicht unbekannt: Der Lieferant versprach – gegen Geldempfang – eine zukünftige Warenleistung und machte diese Leistungszusage durch ein selbständiges Strafversprechen rechtsverbindlich; so vermutlich im Fall von Paul. 6 resp. D. 19.1.47.¹⁸⁸ Auch in Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.294) dürfte es um eine derartige Vertragskonstruktion gegangen sein.¹⁸⁹ Hingegen fehlt jede quellenmäßige Unterstützung für die beliebte These, man hätte einen reinen Gattungskauf mittels einer Kombination zweier (wie verknüpfter?) gegenläufiger Stipulationen – auf Kaufpreiszahlung und auf Sachübergabe (*dare* oder *facere*?) – abgeschlossen.¹⁹⁰ – Die römische Kaiserjustiz bekam es noch mit einer hellenistischen Vertragspraxis zu tun, bei der man sich eines fingierten Darlehens bedient: Der Lieferant bekennt urkundlich den Empfang einer Warenmenge als geliehen und verpflichtet sich zur Rückleistung einer entsprechenden Menge zu einem vereinbarten Termin; in Wirklichkeit hat er einen Geldbetrag – den Kaufpreis für die Liefermenge – empfangen.¹⁹¹ Auf die römischen Rechtsvorstellungen von der *emptio venditio* haben solche Vertragsgestaltungen keinen erkennbaren Einfluss ausgeübt.

dd. Kauf eigener, fremder bzw. gestohlener Sachen

- 70 Es ist eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts, dass der Kauf der eigenen Sache von den Juristen für unwirksam erklärt wird (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.16 pr.).¹⁹² Der Verkäufer hat dem Käufer das *ex causa emptionis habere* zu gewähren, und dies ist zugunsten eines Käufers, dem die Sache gehört, nicht möglich. Daher führt die Kaufpreiszahlung bei einem Kauf des eigenen Sklaven (vom bösgläubigen Verkäufer) zur *condictio (indebiti)*, ungeachtet der Bös- bzw. Gutgläubigkeit des Käufers (Iul. 3 Urs. Fer. D. 12.6.37).¹⁹³

¹⁸⁷ Dieser Ansicht zustimmend: Pennitz, *Periculum* (2000) 327 ff.; Rüfner, *Vertretbare Sachen* (2000) 51 f.

¹⁸⁸ Dazu Ernst, SZ 114 (1997) 300 ff.

¹⁸⁹ Harke, *Iuris prudentia* (2019) 136 ff.; Ernst, SZ 114 (1997) 288 f.; Jakob, *Risikomangement* (2009) 169 f.

¹⁹⁰ Ernst, SZ 114 (1997) 276 f.

¹⁹¹ S. Rupprecht, *Mneme Petropoulos II* 273–283; Scheibelreiter, in: Jakob, *Sale and Community* (2015) 185 f., 195 ff.; umf. zu den folgenden Kaiserkonstitutionen Ernst, SZ 114 (1997) 277–292: Diocl./Maxim. C. 4.2.5 (a.293), Diocl./Maxim. C. 4.2.6 (a.293), Diocl./Maxim. C. 4.2.10 (a.294) mit Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.294); s. zu Diocl./Maxim. C. 4.2.10 (a.294) und Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.294) auch Jakob, *Weinkauf* (2009) 170 ff., und Harke, *Iuris prudentia* (2019) 136 ff.

¹⁹² Dazu umfassend M. Zimmermann, *Rechtserwerb* (2001) 109–132; Harke, *Irrtum* (2005) 197 ff.; Russo Ruggeri, *Scr. Guarino VI* 2813–2855.

¹⁹³ S. Apathy, *FS Mayer-Maly* (2002) 12; Harke, *Irrtum* (2005) 197 ff.; Zimmermann, *Rechtserwerb* (2001) 125–128.

Offenbar führt das Kaufgeschäft über die käufereigene Sache zu etwas wie einer absoluten Ungültigkeit. Ist Gegenstand des Kaufs eine Sache, die dem Käufer schon zu einem Bruchteil gehört, wird der Kauf für den restlichen Teil aufrechterhalten (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.18 pr.).¹⁹⁴ Zulässig und als Kauf erfasst wird ein Geschäft, bei dem es dem Käufer nur darauf ankommt, anstelle des Verkäufers in die prozessual günstigere Position des Besitzers zu kommen (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.4).¹⁹⁵

Für sich genommen stellte der Verkauf der fremden Sache nicht notwendig ein Problem dar, weil die Verkäuferleistung in der dauerhaften Verschaffung der ungestörten Besitz- und Gebrauchsmöglichkeit bestand (→ Rn. 121) und diese Leistung durchaus auch für eine verkäuferfremde Sache erbracht werden kann. Nach der römischen Auffassung vom Kaufgeschäft ist der Verkauf einer fremden Sache also keineswegs auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Den Kauf der zuvor einmal gestohlenen Sache behandelt unter Bezugnahme auf Pomponius Paul. 33 ed. D. 18.1.34.3: Bei beidseitiger Kenntnis der Furtivität entstehen für keine der Parteien Vertragspflichten. Bei Kenntnis nur des Käufers wird ihm der Verkäufer nicht verpflichtet; der Verkäufer kann den Kaufpreis nur verlangen, wenn er die Sache freiwillig leistet. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil an dem Umsatz der gestohlenen Sache kein Anstand genommen wird.¹⁹⁶ Wer wissentlich eine Sache kauft, die nicht dem Verkäufer gehört, besitzt aber anschließend nicht *pro emptore*, sondern *pro possessore* (Iul. 44 dig. D. 41.3.33.1). Verkauft der bösgläubige Verkäufer an einen gutgläubigen Käufer, sind nach Paulus beide Teile verpflichtet; die Entscheidung stimmt damit überein, dass in diesem Fall den Verkäufer eine *ex empto*-Haftung trifft (→ Rn. 281). 71

ee. Wiederholter Verkauf derselben Sache

Die *emptio venditio* ist *causa traditionis* bzw. *usucapionis* (→ § 45). Auf dem gültig vereinbarten Austausch können die Parteien mittels der *actiones empti* bzw. *venditi* bestehen, die Kaufvereinbarung begründet für den Käufer jedoch keine *actio in rem* hinsichtlich der Kaufsache. Dieser Satz ist elementar (vgl. Paul. 2 inst. D. 44.7.3 pr.); erst die Kaiserjustiz muss ihn gegenüber Zweifeln (aus der Provinz?) ernsthaft verteidigen; Diocl./Maxim. C. 3.32.15 pr. (a.293),¹⁹⁷ für den Erbschaftskäufer schon Alex. C. 4.39.6 (a.230). Derselbe Verkäufer kann daher die schon verkaufte, aber noch nicht übereignete Sache ein zweites Mal verkaufen. Der Vorgang, dass derselbe Verkäufer dieselbe Sache an zwei verschiedene Käufer verkauft, findet sich in der überlieferten 72

¹⁹⁴ M. Zimmermann, *Rechtserwerb* (2001) 118 ff.; *Staffhorst*, *Teilnichtigkeit* (2006) 99 ff.

¹⁹⁵ Einzelheiten sind str.; s. *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 176 f.; *Effer-Uhe*, *Conditio* (2008) 116.

¹⁹⁶ Die Stelle bestätigt m. E. das Fehlen einer regelmäßigen spielenden *exceptio non adimpleti contractus*. → Rn. 52.

¹⁹⁷ Der Petent wird aufgeklärt, dass sich von den zwei Käufern derjenige durchsetzt, dem nachweislich das Kaufgrundstück zuerst übergeben worden ist; wahlweise könne er aber auch den Kaufpreis zurückfordern (wegen Verkäufer-*dolus*?); dazu *Ernst*, in: *Ernst/Jakab*, *Kaufen* (2008) 88; *Kreuter*, *Interpretatio* (1993) 91 f.; *Sella-Geusen*, *Doppelpverkauf* (1999) 32–35.

Literatur unter dem Gesichtspunkt behandelt, welchem der beiden Käufer die *actio Publiciana* (→ § 63) zustand (Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.4).¹⁹⁸ In einer viel diskutierten *quaestio* behandelt Paulus den Verkauf eines Einzelgegenstandes aus einer bereits verkauften Erbschaft; eingeschaltet findet sich vergleichsweise der Fall, dass eine *res singularis* zweimal verkauft wird (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21).¹⁹⁹ Die detailreiche Erörterung ergibt jedenfalls die Gültigkeit beider Kaufverträge (→ Rn. 154). Aus Paul. SC Turp. sing. D. 48.10.21 entnimmt man, dass unter Einfluss Hadrians der zweite Verkauf unter das Verbot der *lex Cornelia de falsis* gezogen wurde, doch ist die Deutung des Sachverhalts nicht frei von Zweifeln.²⁰⁰

ff. Verkauf des *homo liber* und der *res extra commercium*

- 73 Für den offenen Selbstverkauf (der Freie macht sich zum Sklaven des Käufers) oder für den offenen Verkauf von Kindern stand die *emptio venditio* (anders, als wohl zuvor das *nexum* bzw. die *mancipatio*) nicht zur Verfügung;²⁰¹ erst die Kaiserjustiz musste dies eigens klarstellen.²⁰² Es galt als unsittlich (*nefas*), einen freien Menschen unter der Bedingung zu verkaufen, dass dieser zukünftig versklavt wird (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.2). Beim Sklavenkauf kam es vor, dass das Kaufobjekt in Wirklichkeit ein freier Mensch war; der wahre Status war dem Verkäufer dabei bekannt oder unbekannt (zum *bona fide serviens* → § 36 Rn. 30).²⁰³ Der unpassende *status libertatis* nahm dem Geschäft keineswegs jede Wirkung.²⁰⁴ Im Anschluss an Julian behandelt Ulpian den Fall einer Beauftragung zum Sklavenfreikauf, bei dem sich der Auftraggebende nachträg-

¹⁹⁸ Dazu Apathy, SZ 99 (1982) 158–187; Kreuter, Interpretatio (1993) 91 Fn. 71.

¹⁹⁹ Jakobs, Lucrum (1993) 10 ff.; Pennitz, Periculum (2000) 103–117; Ullrich, Doppelverkauf (1990); Schmidt-Ott, Pauli Quaestiones (1993) 136–143; Sella-Geusen, Doppelverkauf (1999) 36–43; Harke, Mora debitoris (2005) 31 ff.; Rüfner, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 164 ff.; Kupisch, Mél. Cannata 37–52; aus dem 19. Jh. s. Jhering, JhJb 3 (1859) 449–488; Pennitz, in: Lokin et al., Jhering heute (2018) 145–158.

²⁰⁰ Dazu Sella-Geusen, Doppelverkauf (1999) 43 ff. mwN.; Ernst, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 88.

²⁰¹ Zum Selbstverkauf ausf. → § 36 Rn. 27 ff.

²⁰² Diocl./Maxim. C. 4.43.1 (a.294) sowie Const. C. 4.43.2 (a.329) ≈ Cod. Theod. 5.10.1, und hierzu García Mac Gaw, Hom. Annequin I 203–212; Liebs, SZ 118 (2001) 290 ff.; zweifelnd Isola, SZ 136 (2019) 117, dort auch zu Ant. C. 7.16.1 (a.211–217?), für diese Konstitution wird vermutet, dass eine (freie) Mutter ihre Kinder als vermeintliche Sklaven verkauft hat. Weitere Quellenzeugnisse sind Const. Frg. Vat. 34 (a.313), Const. Frg. Vat. 33 (a.315), Const. Cod. Theod. 4.8.6 pr. (a.323), Theodos. Cod. Theod. 3.3.1 (a.391), Paul. sent. 5.1.1; zu alldem auch Simon, Kaiserrecht (1977) 35–44; zur Frage der Selbstversklavung in Rom s. noch Silver, Fundamina 22 (2016) 67–93. – Zur *coemptio*, durch welche eine Tochter dem Ehemann gegen Entgelt zur Frau gegeben wurde (der Manzipation nachgebildet), → § 19 Rn. 9.

²⁰³ Im Fall von Diocl./Maxim. C. 8.44.25 (a.294) hat der (selbst gutgläubige) Verkäufer einer irrtümlich als Sklavin verkauften freien Frau später deren Freiheit gegen den Käufer durchgesetzt: der unterlegene Käufer könne wahlweise aus der Stipulation das *duplum* oder *ex empto* sein Interesse verfolgen; dazu Harke, Iuris prudentia (2019) 156 f.

²⁰⁴ Eingehend Söllner, CRRS IX 8–30.

lich als *homo liber* herausstellt, der auf den Freikauf nicht angewiesen gewesen wäre (Ulp. 31 ed. D. 17.2.8.5):²⁰⁵ Da hierbei Käuferrechte gegen den Verkäufer diskutiert werden, kann der Kauf nicht unwirksam gewesen sein. Licinius Rufinus berichtet als Mehrheitsmeinung, dass der Verkauf zwischen zwei gutgläubigen Parteien wirksam sei, wie auch der Kauf durch einen gutgläubigen Käufer; bei Bösgläubigkeit des Käufers gebe es aber keine *emptio* (Lic. 8 reg. D. 18.1.70). Ein betrügerisches Zusammenwirken des Verkäufers mit seinem „Kaufobjekt“ Scheinsklave zum Nachteil des Käufers (*pretii participandi causa*) wurde vom Edikt dadurch sanktioniert, dass dem Scheinsklaven die *vindicatio in libertatem* versagt wurde. Dies zwang den Scheinsklaven in eine Art honorarrechtliches Quasi-Sklavenverhältnis zum Käufer; der Betroffene musste hierfür 20 Jahre oder älter sein.²⁰⁶ Das Edikt verhiess dem Käufer eine (Pönal-) Klage auf das *duplum*, gerichtet gegen den Scheinsklaven,²⁰⁷ möglicherweise gedacht für die Fälle, in denen der Verbleib beim Käufer nicht erzwungen wurde. Julian behandelt den Fall, dass ein Vater seinen Sohn (wohl nicht von jenem Edikt erfasst) als angeblichen Sklaven verkauft hat; die Frage nach der Haftung des Verkäufers wegen erfolgter Eviktion (*vindicatio in libertatem*) wird bejaht, sogar so, dass es auf die Kenntnis des Verkäufers nicht einmal ankomme. Julian hat hier möglicherweise von der *actio auctoritatis* (→ Rn. 238–252) gehandelt;²⁰⁸ der Leser der Digesten muss eine andere Grundlage für die Eviktionshaftung unterstellen. Als Wahrscheinlichkeitsannahme liegt nahe, dass bei Manzipation eines Scheinsklaven die gegen den Käufer angestellte *vindicatio in libertatem* die *auctoritas*-Haftung auslöste, es sei denn, der Käufer hätte den wirklichen Status gekannt. Die Überlieferung der Digesten (→ Rn. 75) lässt erkennen, dass dem gutgläubigen Käufer die *actio empti* zustand. Wenn diese Haftung von der Kenntnis des Verkäufers (*dolus*) unabhängig gewesen sein sollte, mag darin die objektive Haftung bei erfolgter Manzipation nachgewirkt haben.

Uneinheitlich sind Ansätze und Entwicklungen für den Verkauf, der eine der Kategorien von *res divini iuris* (→ § 38 Rn. 3 ff.) betrifft.²⁰⁹ Es handelte sich um den *locus sacer* (durch *dedicatio* dem Götterdienst geweihtes Gebäude/geweihte Fläche) und den *locus religiosus* (≈ *sepulchrum*, Grabstätte).²¹⁰ Der *locus sacer* war unverkäuflich (Pap. 3

²⁰⁵ Dazu Heinemeyer, Freikauf (2013) 159 ff.; s. auch Kleňová, TR 85 (2017) 434–473.

²⁰⁶ Hierzu und zum Folgenden Gröschler, *Actiones* (2002) 92–94; Söllner, CRRS IX 27 f.; nachklassisch mag ein regulärer Sklavenstatus befürwortet worden sein, so Liebs, SZ 118 (2001) 293.

²⁰⁷ Lenel, EP 387.

²⁰⁸ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 71 ff.

²⁰⁹ Paturet, in: Mattiangeli, *Emptio-Venditio* (2014) 165–195; Murga, AHDE 41 (1971) 608 ff.; Murga, RIDA³ 21 (1974) 308 ff.; Trisciunglio, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 277–310; Platschek, *Pecunia constituta* (2013) 83; dazu Paz, RLT 10 (2014) 61 Fn. 3; Gröschler, *Actiones* (2002) 135–139; Evans-Jones/MacCormack, SZ 112 (1995) 330–351; *Alvensleben*, *Res extra commercium* (2019) 127–147.

²¹⁰ Dazu *Alvensleben*, *Res extra commercium* (2019) 37–44, 45–68, 69–74; s. auch (Yan) Thomas, in: Pottage/Mundy, *Law, Anthropology and the Constitution* (2004) 40–72; Zarro, RIDA³ 44 (2017) 383–407; speziell zu Gai. 2 inst. D. 1.8.1 pr. s. Kaiser, Index 44 (2016) 7–20. Für die *res sancta* (≈

resp. D. 18.1.73: *venire non potest*). Beim *locus religiosus* ging es regelmäßig um ein Grundstück, von dem nur eine Teilfläche als Grabstätte gewidmet ist.²¹¹ Hier konnte sich der Verkäufer ein Zugangsrecht (*iter*) (→ § 61 Rn. 34) vorbehalten (Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 19.1.53.1).²¹² Augustus verpönte den Verkauf/Kauf eines *locus religiosus pro puro*.²¹³ Im Gebrauch war eine Vertragsklausel (vielleicht in Reaktion auf dieses Edikt), durch die – offenbar unbewusst Miterfasstes – von sakraler oder religiöser Qualität nicht verkauft sein soll; diese Klausel wird von Papinian (Pap. 10 quaest. D. 18.1.72.1)²¹⁴ und Ulpian (Ulp. 28 Sab. D. 18.1.22 i.f./24)²¹⁵ interpretiert. Ulpian berichtet, dass der Prätor beim Verkauf eines *locus religiosus pro puro* eine *actio in factum* demjenigen gebe, *ad quem ea res pertinet*; das genaue Klageziel ist nicht überliefert. Ein Nachsatz spricht für diese Klage die passive Vererblichkeit aus, *cum quasi ex empto actionem contineat* (Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.1–2).²¹⁶ Daraus wird teilweise geschlossen, dass die Klage dem Käufer zustehen soll (h.M.).²¹⁷ Wenn der Prätor hier wirklich dem Käufer Rechtsschutz gewährt hätte (Kaufklage *praescriptis verbis* oder *actio empti utilis* mit Fiktion eines gültigen Kaufvertrages?), wären die späteren Erörterungen klassischer Juristen wenig verständlich;²¹⁸ es erscheint eher plausibel, dass der Prätor eine ediktale Pönalklage verhielt, durch deren Anstellung seitens eines „Betroffenen“ dem kaiserlichen Verbot Nachdruck gegeben wurde.²¹⁹ Manche Texte drücken für den Fall des Verkaufs eines *locus religiosus* eine über die Kaufpreistrückzahlung (*condictio*) hinausgehende Verkäuferhaftung zugunsten speziell des gutgläubigen Käufers aus. Hierfür mag eine Rolle gespielt haben, dass der Käufer dazu verleitet wird, unvorsätzlich die Grabstätte zu entweihen, was dem Verkäufer anzulasten ist. Modestin lässt den insoweit dolosen Verkäufer mit der *actio empti* haften, obwohl der Kaufvertrag nicht gelte, und hier wird das Klageziel spezifiziert als das Interesse daran, nicht getäuscht worden zu sein (Mod. 5 reg. D. 18.1.62.1). Ant. C. 3.44.2 (a.216) spricht die Unverkäuflichkeit des

Befestigungen auf dem geheiligten Grenzstreifen längs der Stadtmauern) gibt es keine Problemerkörterung zum Verkauf; zu dieser Kategorie *Alvensleben* 69–74, → § 38 Rn. 8).

²¹¹ Zur räumlichen Ausdehnung des *locus religiosus* s. Kaser, SZ 95 (1978) 64 f.

²¹² Inschriftlich überlieferte Vorbehalte des Zugangs *ad sepulchrum* sind in FIRA III 84 zusammengestellt.

²¹³ D. 44.6; C. 8.36[37].

²¹⁴ Dazu *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 138 Fn. 468; *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 102–104.

²¹⁵ Zu diesem Text s. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 101 f.; *Harke*, Irrtum (2005) 187 mit Fn. 108.

²¹⁶ Dazu *Lenel*, EP 227 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 187–189; *Gröschler*, Actiones (2002) 135–139.

²¹⁷ *Lenel*, EP 513.

²¹⁸ Nach *Levy* soll man bei der Aufstellung des besagten Edikts die *actio empti* noch nicht zur Verfügung haben, die für Modestin belegt ist (nicht zwingend): *Levy*, Privatstrafe (1915) 66 mit Nachw. älterer Lit. in Fn. 2.

²¹⁹ Die Klageberechtigung dessen, *ad quem res pertinet*, ist auch für die prätorische *sepulchri violati actio* überliefert; wie hier im Text auch *Harke*, Vertrag (2013) 39 Fn. 2; s. noch *Pennitz*, SZ 133 (2016) 543–545.

locus religiosus aus, doch bleibt ein Teilflächenverkauf, der das Grabmal ausspart, möglich; Philipp./Philipp. C. 3.44.9 (a.245).

Die Jurisprudenz zieht verschiedene Fälle zusammen und sucht nach allgemeineren Formeln. Eine lehrhafte Zusammenfassung findet sich bei Paulus, der definiert, man könne *recte* verkaufen *omnia res, quas quis habere vel possidere vel persequi potest*; dem werden die *res extra commercium* entgegengestellt, deren Status auf der Natur der Sache, dem *ius gentium* oder den *mores civitatis* beruhen kann (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.1).²²⁰ Bei Ulpian heißt es für den Verkauf von *res sacra, religiosa* oder *publica: nullam esse emptionem* (Ulp. 27 Sab. D. 18.1.22). Die justinianische Kompilation schließt dem die Aussage an, dem Käufer, der bereits gezahlt hat, stehe die *condictio* auf Rückzahlung offen (Paul. 5 Sab. D. 18.1.23); dies dürfte klassischem Recht entsprechen. (Das justinianische Recht vereinheitlicht die Verkäuferhaftung betreffend die *res extra commercium* und die beim Verkauf des *homo liber*; Inst. 3.23.5). Pomp. 9 Sab. D. 18.1.4 bejaht für den Verkauf des *homo liber, locus sacer* oder *religiosus* eine *emptio*, wenn der Käufer von dem Hindernis nichts gewusst hat. Deutlicher kommt die Einseitigkeit des Kaufverhältnisses in Mod. 5 reg. D. 18.1.62.1 zum Ausdruck: Der unwissende Käufer von *loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis* kann seinen Verkäufer *ex empto* verklagen, mit dem Ziel des Ausgleichs für sein Interesse *ne deciperetur*. Hierin kommt zum Ausdruck, dass ein *vendidit* in der *actio empti* bejaht werden kann, obschon für eine gegenläufige *actio venditi* das *emit* verneint würde,²²¹ wenn bei dieser nicht sogar schon eine *denegatio actionis* erfolgen würde (→ Rn. 43–45).²²² Ein Problem wird man darin nur sehen, wenn man auf der modernrechtlichen Festschreibung eines Vertrags als entweder nur (für beide Seiten) gültig oder (für beide Seiten) ungültig besteht; diese Sichtweise passt nicht zu den überlieferten Texten, in denen sich vielmehr die „independence of actions“ ausdrückt (→ Rn. 52).

Was den Haftungsumfang betrifft, so sehen manche hier eine Haftung auf das heute sogenannte negative Interesse.²²³ Vorzugswürdig ist die Gegenansicht, wonach der Käufer Ausgleich in Höhe des Interesses erhielt, das er an der Leistung des Menschen (wenn es sich um einen Sklaven gehandelt hätte) oder des Grundstückes (wenn es privat gewesen wäre) hatte;²²⁴ nach dieser Ansicht musste wohl der Kaufpreis gegenerechnet werden. Jedenfalls haben die Entscheidungen nichts mit einer modernrecht-

²²⁰ Hierzu Kaser, *Ius gentium* (1993) 120 f.

²²¹ Inzwischen wohl h. M., s. Flume, *Rechtsakt* (1990) 114 ff.; Gröschler, *Actiones* (2002) 137; Harke, *Irrtum* (2005) 186.

²²² Nach Ansicht von Medicus hat man schon vor dem Prätor solche Unmöglichkeitfälle ausgeschieden, in denen die Schätzung des Wertes aus tatsächlichen oder (wie beim *homo liber*) rechtlichen Gründen unmöglich war, Medicus, *SZ* 86 (1969) 79; doch s. auch Schermaier, *Lib. Am. Végh* 142.

²²³ Medicus, *Quod interest* (1962) 165.

²²⁴ Flume, *Rechtsakt* (1990) 116 f. mwN.; Gröschler, *Actiones* (2002) 138 Fn. 98 f.; Alvensleben, *Res extra commercium* (2019) 146–147; s. auch (in anderem Zusammenhang) Rabel, *Haftung des Verkäufers* (1902) 159 Fn. 1: „nicht betrogen sein heisst auch vertragsmäßig befriedigt sein“.

lichen *culpa in contrahendo* zu tun, für welche der Haftungsgrund in einem Verschulden gesucht wird, das auf die mangelnde Vertragsgültigkeit bezogen ist (Verkäufer haftet auf Schadensersatz wegen schuldhafter Eingehung eines Scheinvertrages).²²⁵

gg. Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechts als Kauf

- 77 In einer gewissen Vielfalt finden wir Vereinbarungen, durch die ein Eigentümer einem anderen gegen Entgelt eine bestimmte Benutzung seiner Sache erlaubte, indem er eine entsprechende Dienstbarkeit (→ § 50) errichtete.²²⁶ Soweit es um Rechte an *res mancipi*, insbesondere an Grundstücken ging, lag eine Erfassung als *emptio* schon insoweit nahe, als die Errichtung die Vornahme einer *mancipatio* erforderte und insofern einen kaufartigen Erwerb darstellte. Es verwundert daher nicht, wenn römische Juristen einen solchen Erwerb als *emptio* bezeichneten (Iul. 7 dig. D. 8.5.16).²²⁷ Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.80.1 spricht als *emptio* eine Vereinbarung an, wonach der Überstand von Balken in das Nachbargrundstück (wohl gegen Entgelt) geduldet werden soll; gezahlt wird für das *ita mihi habere licere*; gegebenenfalls kann *ex empto* geklagt werden; ein regelrechtes *ius in re aliena* war hier offenbar nicht zu begründen. Dieses Geschäft erscheint nicht als „Rechtskauf“ (Kauf einer *res incorporalis*) und der Kauf ist auch nicht *sine re*. Der Vertrag hat in dem betreffenden Grundstück seinen körperlichen Gegenstand; lediglich die Verpflichtung des Eigentümers ist eine andere als die des gewöhnlichen Verkäufers. – An der Verkäuflichkeit von Provinzialgrundstücken hat man nicht gezweifelt, obwohl diese im Staatseigentum standen (→ § 38 Rn. 14).²²⁸ Die Kardinalpflichten aus der *venditio* – Verschaffung des *habere licere* und Stellung eines Eviktionschutzes – konnte ein Verkäufer für ein Provinzialgrundstück ebenso erfüllen wie für ein italisches Grundstück. Für das Provinzialgrundstück bestand keine Möglichkeit der Manzipation; die Übertragung des privaten Besitz- und Nutzungsrechts erfolgte durch *traditio ex iusta causa* (Gai. 2.19–21).²²⁹
- 78 Nach Iav. 5 post. Lab. D. 8.1.20 hat Labeo die Ansicht vertreten, dem Erwerber eines Durchgangsrechts (*via*) sei dessen Gewährung durch Sicherheitsleistung (Stipulation) zu bewerkstelligen;²³⁰ Javolen geht davon ab, da man in der Einräumung des *usus iuris* eine *traditio possessionis* sehen könne, aufgrund derer der Erwerber geschützt sei (zur *quasi possessio* → § 61 Rn. 11 Fn. 18). Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.5 behandelt den entgelt-

²²⁵ Statt aller s. *Procchi*, in: McGinn, *Obligations* (2012) 76–101, insb. 83 ff.; *Procchi*, *Dolus* (2007) 225–229; *Procchi*, *Licet emptio non teneat* (2012).

²²⁶ Hiervon zu unterscheiden sind die Ansage von bestehenden Dienstbarkeiten bei der *mancipatio* (→ Rn. 415–416) und die Manzipation, bei der sich der Verkäufer eine Dienstbarkeit oder den Nießbrauch vorbehält (→ Rn. 55).

²²⁷ Zuletz *De Francesco*, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 311–346.

²²⁸ *Jördens*, OH RLS 553–567; *Kantor*, in: Kantor et al., *Legalism* (2017) 55–74.

²²⁹ Instruktiv Pap. 12 resp. Frg. Vat. 259: zugleich mit dem Provinzialgrundstück verkaufte Sklaven und Zugtiere müssen manzipiert werden.

²³⁰ Vielleicht besteht ein Zusammenhang mit Labeos Ansicht, ein Geschäft, bei dem der Eigentumsübergang abbedungen werde, sei kein Verkauf (Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.80.3), dazu → Rn. 236.

lichen Erwerb einer Wegedienstbarkeit (*iter*), der daran scheitert, dass dem Erwerber das Nachbargrundstück nicht gehört; hier war ursprünglich vielleicht von einer *mancipatio* die Rede.²³¹ Wer Wechselstuben auf öffentlichem Grund verkauft, verkauft nicht den Boden, sondern das Recht der Nutzung als Verkaufsbude (Ulp. 44 Sab. D. 18.1.32).

hh. Erbschaftsverkauf und Kauf einer Forderung

Die römischen Juristen haben den Kauf einer bereits angefallenen Erbschaft als *emptio venditio* erfasst. Das Geschäft tritt zunächst als Abwandlung der Manzipation in Erscheinung (rückblickend Gai. 2.252). In der klassischen Literatur erscheint es als Anwendungsfall der *emptio venditio*.²³² Die Sicherung durch begleitende Stipulationen hat sich erhalten. Eine erhebliche Zahl von Texten, sehr ins Detail gehend, indiziert eine nicht unerhebliche Bedeutung im Rechtsleben. Für den Abschluss des Erbschaftskaufs sind keine Besonderheiten erkennbar. Die Erbschaft (*hereditas*) muss bestehen; dies ist nicht der Fall, wenn die Erbschaft einer inexistenten oder noch lebenden Person verkauft werden soll (Pomp. 9 Sab. D. 18.4.1). Paulus grenzt dementsprechend den Kauf einer Erbschaft vom Kauf einer Chance (*alea*) ab, um die es etwa beim Verkauf des Jagdfangs gehe; die Vertragsunwirksamkeit bedeute Kondizierbarkeit eines schon gezahlten Preises (Paul. 14 Plaut. D. 18.4.7). Fragt man nach dem Kaufgegenstand, so handelt es sich um das Konglomerat von Sachen und Rechten, das in seiner Gesamtheit auch als Klagegegenstand der *hereditatis petitio* (→ § 64) anerkannt war. Man kann auch eine Ähnlichkeit mit der *venditio bonorum* (→ § 14 Rn. 15) ausmachen. Was die zahlreichen Einzelheiten des Erbschaftskaufs betrifft, wird auf die Spezialliteratur verwiesen.²³³ Besonders genannt sei hier lediglich noch eine „cause célèbre“, nämlich die von Paulus behandelte Kollision eines Erbschaftsverkaufs mit einem Einzelverkauf eines Nachlassgegenstandes (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21).²³⁴

Zum Verkauf einer einzelnen Forderung gibt es nur eine schmale Überlieferungsbasis. Es ging um Geldforderungen. Die Erfüllung erfolgte durch Klagenzession; daher wird manchmal auch vom Klagenkauf gesprochen.²³⁵ Den Verkäufer traf eine Haftung für den Bestand der Forderung (Ulp. 32 ed. D. 18.4.4.; Paul. 33 ed. D. 18.4.5 sowie Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74.3); diese Haftung wird auf das Erfüllungsinteresse gerichtet gewesen sein.²³⁶ Eine Haftung für die Solvenz des Schuldners bestand nicht. Der Rechtsverkehr trug einer zweifelhaften Schuldnersolvvenz durch Disagio Rechnung.²³⁷ Der

²³¹ *<mancipavero>* [*vendidero*]?

²³² *Talamanca*, s. v. *vendita*, ED 46 (1993) 348–355; *Torrent*, *Venditio hereditatis* (1966), dazu die Rezension *Mayer-Maly*, SZ 85 (1968) 535–539; *González Roldán*, *Venta de herencia* (1997); *Gulina*, in: *Garofalo*, *Obbligazioni II* (2007) 635–688; *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 203–212.

²³³ S. die Nachweise in der vorigen Fn.

²³⁴ Dazu bereits die Lit.-Nachw. → Rn. 73 Fn. 199.

²³⁵ Möglicherweise erfolgte die Erfüllung von Forderungsverkäufen auch durch Einträge in den *codices accepti et expensi* → § 23.

²³⁶ *Flume*, *Rechtsakt* (1990) 118 f.

²³⁷ *Verboven*, *Belgisch Tijdschrift voor Numismatiek en Zegelkunde* 155 (2009) 111–114 mit Hinweis u. a. auf Cic. Att. 12,3,2.

Zessionsregress, der demjenigen zugutekommen soll, der eine fremde Schuld begleicht, zeichnet sich durch eine gewisse Nähe zum Forderungskauf aus, indem der Dritte sich durch seine Zahlung die Forderung wirtschaftlich „erkauft“. Hier war es die Frage, ob der regressweise Erwerb eine Kaufabrede voraussetzte; dazu Pap. 3 resp. D. 3.5.31 pr.; Gord. C. 8.42.5 (a.238).²³⁸

- 81 Für den Erbschaftsverkauf und den Verkauf von Einzelforderungen sind einschlägige Exzerpte aus der Schulliteratur in den Digesten (D. 18.4) und Kaiserkonstitutionen im Codex (C. 4.39) zusammengestellt.

ii. Zusammenfassung

- 82 Überschaute man den Kreis der für eine *emptio venditio* geeigneten Gegenstände, so handelt es sich im Ausgang und im Kern um die körperliche Sache (*res nec Mancipi* wie *res Mancipi*), für welche käuferseitig das *habere licere* das Erwerbsziel darstellt und deren Besitz einen Eigentumserwerb durch *traditio/usucapio* nach sich ziehen kann. Von hier aus ergibt sich die Anerkennung eines Kaufgeschäfts über zukünftige Sachen in ihrer Entstehungsphase. Ein einheitliches Kaufgeschäfts konnte sich auf mehrere Sachen beziehen;²³⁹ die mehreren Kaufgegenstände konnten, aber mussten nicht eine Sachgesamtheit bilden. Vertretbare Sachen (und nur diese) ließen sich gültig auch mittels abstrakter Quantitätsangabe verkaufen, wenn die später zu leistende Menge einem im Vertrag bestimmten Vorrat des Verkäufers zu entnehmen war. Der Kauf wurde aber nicht in ein Lieferungsgeschäft abgewandelt, bei welchem der Verkäufer das Versprechen der *traditio* einer bestimmten, erst noch vom Markt zu beziehenden Menge einer nur abstrakt beschriebenen Ware abgegeben hätte. Rechtliche Bruchteile an einer *res Mancipi* waren für sich genommen manzipationsfähig; dies setzt sich (wohl ebenso auch für *res nec Mancipi*) in einer Anerkennung als möglichem Gegenstand der *emptio venditio* fort. – Als Verkaufsgegenstand eigener Art erscheint die *hereditas*, wie sie als Gegenstand einer *mancipatio* und der *hereditatis petitio* dem Rechtsleben bekannt war. Der Verkauf von isolierten Forderungen hat sich wohl in Anlehnung an den Umstand entwickelt, dass der Erbschaftsverkäufer Forderungen, die zur Erbschaft gehören, abtreten musste. Als unkörperlicher Kaufgegenstand erscheint vor allem die *alea* bei der *emptio spei*; mit Recht hat Fritz Schulz diese Weiterung als „bold idea“ bezeichnet.²⁴⁰ – Soweit das Geschäft über die Einräumung von beschränkten Nutzungsbefugnissen als *emptio* bezeichnet und erfasst wird, geht es um die Gestaltung der Rechtslage von Grundstücken; die Errichtung von Servituten und *usufructus* bezüglich *res Mancipi* erfolgte von jeher durch Manzipation, mithin durch eine Kaufverfügung. Eine Verallgemeinerung zu einem „Rechtskauf“, gedacht als systematische Vereinigung des Forderungskaufs und des Kaufs von Nutzungsrechten am Grundstück, ist nicht feststellbar.

²³⁸ Emunds, Solvendo quisque pro alio liberat eum (2007) 74–87.

²³⁹ Ebenso bildeten eine mitverkaufte Nebensache und die hauptsächlich verkaufte *res* zwei Kaufgegenstände im Rahmen derselben *emptio venditio*; → Rn. 130.

²⁴⁰ Schulz, CRL 528.

b. *Vendidit*aa. *Nomen contractus*

Wie das Wortpaar *emptio venditio* das *nomen contractus* bildet, so ist *vendere* bzw. *emere* 83 der operative Rechtsbegriff der Formel.²⁴¹ Es handelt sich darum, dass die Parteien für die in der *demonstratio* bezeichnete Sache einen bestimmten Preis vereinbart haben, zu dem sie abgegeben wird. Der Kaufpreis musste in der Formel nicht genannt sein; das Formelerfordernis *vendidit* bzw. *emit* konnte aber nur bejaht werden, wenn ein Preis vereinbart war (→ Rn. 86). Die römischen Juristen haben den Worten *vendidit* bzw. *emit* in der ediktsmäßigen Formel die Bedeutung beigelegt, dass die beiden Transaktionsparteien eine Übereinstimmung, einen Konsens, erzielt haben müssen (→ § 24); z. B. Ulp. 26 Sab. D. 18.1.9 pr. *Consensus* ist selbst kein ediktmäßiger Begriff. Eine rechtstechnische oder gar eine vertragstheoretisch aufgeladene Definition von Konsens ist uns von den römischen Juristen nicht überliefert.²⁴² Wir erfahren aber, dass der Kauf zu seinem Abschluss keiner besonderen Formelworte bedarf (Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1); dies wird mit seiner Rückbindung an das *ius gentium* (→ Rn. 2) in Zusammenhang gebracht sowie damit, dass das Geschäft realweltlich aus sich heraus verständlich war:²⁴³ „Der auf welche Weise immer zustande gekommene Konsens wird als natürlich aufgefasst gegenüber dem vom positiven Recht vorgeschriebenen Formalismus der Stipulation“ (Max Kaser).²⁴⁴ Obschon mit der Transaktion jede Partei etwas von der anderen erhält, ist doch der Kaufkonsens nicht die Kombination zweier gegenläufiger Leistungsversprechen, die sich wie die förmlichen Versprechen zweier Promissoren gegenüber stünden. Man könnte sagen, der notwendige Wille der Parteien sei nicht auf die Hervorbringung von wechselseitigen Pflichten gerichtet, sondern auf die Vereinbarung einer Transaktion „Ware gegen Geld“, worauf sich unter Beachtung der *bona fides* ergibt, was zu leisten ist, damit die Transaktion im Sinne der Vereinbarung durchgeführt (oder ihre Nichtdurchführbarkeit/Nichtdurchführung angemessen unter den Parteien ausgeglichen) wird.

Der Vertragsschluss im Wege einer Auktion war weit verbreitet, wobei nicht bloß 84 Waren (Landesprodukte, aber auch überzähliger Hausrat usw.), sondern auch andere Leistungen und Aufträge versteigert wurden; die Auktion ist als Mechanismus nicht kaufspezifisch.²⁴⁵ Den Hergang einer solchen Auktion stellt sich die moderne Forschung wie folgt vor:²⁴⁶ Die Auktion wird öffentlich angekündigt, durch Ausrufen

²⁴¹ Zur Etymologie s. Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 249–252; zum Asyndeton *emptio venditio* jüngst Adams, Asyndeton (2021) 5.7, 8.

²⁴² Zutr. Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 233; aus der umfangreichen Literatur s. Cassione, Consensus (2003).

²⁴³ Paul. 34 ed. D. 19.2.1.

²⁴⁴ Kaser, *Ius gentium* (1993) 142.

²⁴⁵ Zur Entwicklung der römischen Privatauktion umfassend Malmendier, Societas (2002) 101 ff.; s. auch Andreau, Banking (1999) 38 f.; zu Auktionen bei Plautus s. Donadio, in: Cantarella/Gagliardi, Diritto e teatro (2007) 117–198.

²⁴⁶ Zum Folgenden: Talamanca, Contributi (1954); Ankum, St. Scherillo I 380 ff.; Thielmann, Privatauktion (1961); Jakob, Weinkauf (2009) 53 f.; s. auch schon Karlowa, RRG II 629 f.

(*auctionem praedicere*), das einem Ausrufer (*praeco*) übertragen wird, oder Aushang einer *tabula* (*auctionem proscribere*), die außer Ort und Zeit der Auktion auch schon die *leges venditionis* enthalten kann. Als Auktionator agiert wieder der *praeco*. Dieser ruft einen Preis aus, worauf ihm aus dem Bieterkreis Zustimmung signalisiert wird. Er erhöht den Preis, solange er Zustimmende findet; bleibt sein Gebot ohne Zustimmung, geht er auf den zuletzt mit Erfolg aufgerufenen Preis zurück (*pretium redit*) und bringt durch eine *addictio* den Vertrag zustande (Zuschlag). Eine genauere juristische Analyse des vorangegangenen Bietvorgangs durch die römischen Juristen ist uns nicht überliefert, was zu deren Desinteresse an einer Zerlegung der Konsensherstellung in Einzelschritte passt (→ Rn. 83). Ein Kaufangebot als solches entfaltete keine Bindungswirkung; es liegt daher nahe, dass Gebote zurückgezogen werden konnten, solange noch keine *addictio* erfolgt war. Eine später beliebte Konstruktion, wonach auf jeder Bietstufe schon ein Vertrag zustande gekommen wäre, freilich noch mit *in diem addictio*-Klausel (→ Rn. 101–110),²⁴⁷ lässt sich für die römische Präsenzauktion nicht belegen.²⁴⁸ Obschon von *per praeconem vendere* die Rede ist, kam der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Höchstbietenden zustande.

- 85 Zusätzliche Rechtsprobleme wurden aufgeworfen, wo die Auktion ein Dreipersonenverhältnis bildete; dies war offenbar häufig der Fall. Von dem in der vorigen Rn. geschilderten Ablauf unterscheidet sich der Hergang nach der modernen Forschung typischerweise wie folgt:²⁴⁹ Als Auktionator fungierte ein *argentarius*.²⁵⁰ Dieser vermittelte den Abschluss eines Kaufvertrags zwischen dem Ersteher und dem Einlieferer (*dominus*). Regelmäßig schoss der *argentarius* dem verkaufenden *dominus* schon vor der Auktion einen festen Betrag vor und übernahm damit eine Kreditierungsfunktion. Nach erfolgtem Zuschlag ließ sich der *argentarius* den vereinbarten Preis vom Käufer in Stipulationsform versprechen.²⁵¹ Die Kaufsache erhielt der Käufer vom *dominus*, den Gestehungspreis erbrachte er, indem er auf die Stipulationsschuld, d. h. an den *argentarius*, zahlte. Den Schutz des Käufers gegen Inanspruchnahme durch den *argentarius*, obschon der Käufer die Sache nicht erhielt, leistete die ediktale *exceptio mercis non traditae*.²⁵²

²⁴⁷ In der gemeinrechtlichen Literatur hat man teilweise angenommen, kraft stillschweigend vereinbarter *in diem addictio*-Klausel sei jeder Bieter an sein Gebot gebunden gewesen, bis ein Höhergebot erfolgte und vom Verkäufer angenommen wurde; auch der Verkäufer wäre danach – schon vor der *addictio* durch den *praeco* – an das letztendliche Höchstgebot gebunden gewesen; s. Glück, Pand. XVI 267 ff.

²⁴⁸ Wirtschaftlich ähnelt der Verkauf mit *in diem addictio*-Klausel einem über eine bestimmte Frist gestreckten Auktionsvorgang ohne Präsenzerfordernis.

²⁴⁹ *Talamanca*, *Contributi* (1954) 121 ff.; *Ankum*, St. Scherillo I 380 ff.; *Bürge*, SZ 104 (1987) 481 Fn. 71; anders noch *Thielmann*, *Privatauktion* (1961) 94 ff.: Kaufvertrag zwischen *argentarius* und Ersteher, durch Kaufpreisstipulation verstärkt.

²⁵⁰ Die *argentarii* handelten oft als (regulierte und überwachte) Gesellschaft (→ § 84 Rn. 33 m. Nachw.).

²⁵¹ Zur *stipulatio argentaria* z. B. *Sturm*, *Ausgew. Schriften* II 607–620.

²⁵² *Ernst*, *Einrede* (2000) 18 ff.

bb. *Pretium certum, iustum, verum*

Der Preis musste in Einheiten von *nummi signati* bestimmt sein, Einheiten der „gesetzlichen Währung“: *materia forma publica percussa* (Maecian. distrib. 45). Münzen fremder Währung wurden als *merx*, als Ware, klassifiziert.²⁵³ Die *emptio venditio* war als Rechtsgeschäft nur auf dem Boden der römischen Währungsordnung möglich. Der Preis musste vor allem bestimmt sein (Gai. 3.140).²⁵⁴ Nach Gaius kommt ein Kauf nicht zustande, falls der Anbieter den Kaufinteressenten einlädt, dieser könne die Ware zum Preis seiner Wahl erwerben (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.1). Gültig ist aber ein Verkauf, bei dem der Preis bestimmbar ist, mag er auch für die Parteien nicht unmittelbar zutage liegen: so beim Kauf zum Einstandspreis des Verkäufers oder zu dem Betrag, den der Käufer in seiner *arca* hat (Ulp. 48 Sab. D. 18.1.7.1); das aleatorische Moment ist dem Vertragsschluss unschädlich. Ulp. 3 disp. D. 18.1.37 behandelt den reizvollen Fall, dass der Verkauf durch einen Erben zu dem Preis erfolgen soll, zu dem der Erblasser seinerzeit das Landgut erworben hatte; dieser hatte es indes als Geschenk erhalten: Ulpian behandelt diese an sich offenbar gültige Preisabrede wie eine Bedingung, die hier ausgefallen ist. Ein bestimmter Preis wird auch bejaht, wenn ein Preis festgesetzt wird, der sich um den Weiterverkaufsgewinn des Käufers (oder einen Teil davon) erhöhen soll: Das *Fixum* wird als das vertragsauslösende *pretium* angesehen, das eventuell noch eine Steigerung erfährt: Ulp. 48 Sab. D. 18.1.7.2. Bei entsprechender Formulierung kann eine solche Abrede, die für den Grundstückskauf belegt ist, auch den Mehrerlös bei einem Weiterverkauf durch den Käufererben erfassen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.24). Übernimmt der *colonus* das Betriebszubehör gegen Verpflichtung zur (späteren?) Zahlung des Schätzwerts, wird diese Nebenabrede zur Pacht als Kauf (oder kaufähnlich) behandelt (Pomp. 9 Sab. D. 19.2.3).²⁵⁵ In den eindringlichen Diskussionen der römischen Juristen um die Bestimmtheit des Preises wirkte möglicherweise noch eine Vorstellung nach, die sich am stipulationsweisen Zahlungsversprechen und/oder der Barzahlung entwickelt hatte, denen eine klare Bezifferung des Betrages innewohnt.

Beim Verkauf einer Quantität zu einem für die Masseinheit festgesetzten Preis muss noch durch Abwägen, Abmessen oder Abzählen der Gesamtpreis ermittelt werden (*emptio ad mensuram*). Die anschließende Abwägung eröffnete Möglichkeiten der Manipulation. Für den Fall der vom Käufer veranlassten Verwendung falscher (zu schwerer) Gewichte, um den zu ermittelnden Gesamtpreis zu drücken, besteht eine mehrschichtige Überlieferung, die sowohl die *actio furti* (Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.22) mit der *condictio furtiva* (möglicherweise Ulp. 11 ed. D. 19.1.32) als auch die *actio de dolo* (Paul. 11 ed. D. 4.3.18.3) in Erwägung zieht.²⁵⁶ Zur Gefahrtragung bei der *emptio ad mensuram* → Rn. 188–189.

²⁵³ Kauf und Verkauf von Münzen fremder Währung gegen römisches Geld („Geldwechsel“) werden daher Fälle der *emptio venditio* gewesen sein.

²⁵⁴ Kooiker, GROM 21 (2004) 37–62; Benke, Fundamina 23 (2017) 211–221; zu Ulp. 3 disp. D. 18.1.37 s. Metzger, RLT 2 (2004) 27–58.

²⁵⁵ Babusiaux, Quod actum (2006) 174 Fn. 825.

²⁵⁶ Stein, CLJ 13 (1955) 226–232.

- 88 Wie wir aus der justinianischen Reformkonstitution Iust. C. 4.38.15 pr.–3 (a.530) und aus Inst. 2.23.1 erfahren, war die Frage, ob die Preisbestimmung einem Dritten überlassen werden kann, Gegenstand einer (Schul-)Kontroverse gewesen. Dies und die beteiligten Juristen sind auch in Gai. 3.140 berichtet.²⁵⁷ Justinian beendete den Streit mit der Zulassung der Drittbestimmung, wobei es sich aber um ein *arbitrium boni viri* handeln muss.
- 89 Die Preishöhe musste grundsätzlich keinen besonderen Anforderungen genügen, damit ein gültiges Kaufen/Verkaufen vorlag.²⁵⁸ Für den Manzipationskauf stand schon der strenge Formalismus der Möglichkeit einer heteronomen Preiskontrolle entgegen. Auch die *mancipatio nummo uno* (→ § 17 Rn. 4 f.) zeigt, dass die Erwerberleistung jeden Wert annehmen konnte. Für die *emptio venditio* sprechen Schuljuristen aus, dass die Preisbildung aus den gegenläufigen Interessen der Parteien hervorgeht, die legitimer Weise ihren Vorteil suchen (Paul. 34 ed. D. 19.2.22.3; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.4).²⁵⁹ Schließlich ergibt auch die Regelung zum Schutz des *minor viginti quinque annis* vor Übervorteilung (→ § 30 Rn. 24) im Umkehrschluss, dass im Übrigen eine Übervorteilung der Geschäftsgeltung im Grundsatz unschädlich war. Eine Täuschung durfte freilich nicht im Spiel sein. Cic. Off. 3,12,50–53 behandelt die Ausnutzung von Informationsvorsprüngen im Handel aus ethischer Sicht; die rechtliche Unbedenklichkeit scheint vorausgesetzt.²⁶⁰ – Nur für besondere Vorgänge hat man nach der Angemessenheit des Preises gefragt,²⁶¹ etwa bei einem Verschaffungsvermächtnis (→ § 97 Rn. 21), bei welchem der Erbe einer Verurteilung (mit *Litiscrescenz*) durch Zahlung der *aestimatio* ausweichen konnte, wenn für ihn keine Ankaufsmöglichkeit zu einem vernünftigen Preis bestand (z. B. Ulp. 51 ed. D. 30.71.3: Eigentümer verlangt *immensum pretium*).²⁶² Die Bestimmung eines angemessenen Preises war auch ein Thema bei der *actio communi dividundo* (Paul. 23 ed. D. 10.3.10.2) und beim Pfandverkauf; s. nur Philipp./Philipp. C. 8.40.18 (a.244) mit dem Begriff des *iustum pretium*.²⁶³ Bei derglei-

²⁵⁷ Willems, *Quinquaginta Decisiones* (2017) 104–125; Leesen, *Gaius meets Cicero* (2010) 215 ff.; Nelson/Manthe, *Gai Inst. Kontraktsoblig.* 259–261; Falcone, *AUPA* 58 (2015) 45 ff.; Cristaldi, *RIDA*³ 58 (2011) 99 ff.

²⁵⁸ Koops, *OH RLS* (2016) 609–620.

²⁵⁹ Dazu, dass *circumscribere* nicht ein (wechselseitiges) Betrügen, also *dolus* meint, s. Wacke, *SZ* 94 (1977) 184 ff.

²⁶⁰ Drei konkrete Vorkommnisse sind bei Cicero argumentativ verwoben: (1) Ein Händler schickt Getreide nach Rhodos, das unter Warenknappheit leidet; er offenbart nicht, dass noch andere Lieferungen unterwegs sind und kann dadurch zu einem höheren Preis verkaufen. Cicero sieht im Anschluss an den Stoiker Antipater eine Verpflichtung zur Aufklärung über zu erwartenden Lieferungen auf ethischer Grundlage, die aber rechtlich nicht sanktioniert sei. (2) Ein Hauseigentümer, gegen den gerade eine Abbruchverfügung ergangen ist, verkaufte ohne Offenlegung dieses *vitium* und wurde von M. Cato zu Schadenersatz verurteilt. (3) Quintus Mucius Scaevola erkannte als Hauskäufer einen verbindlich festgesetzten Preis als zu tief und zahlte in altrömischer Tugendhaftigkeit mehr als er schuldete; ausf. Backhaus, *FS Laufs* 4–6 mwN.

²⁶¹ Díaz-Bautista Cremades, *Sem.Compl.* 27 (2014) 307–320; auch → Rn. 15.

²⁶² Dazu Isola, *SZ* 137 (2020) 102 ff.

²⁶³ Dazu Schnebelt, *Reskripte* (1974) 42–46.

chen Erörterungen geht es freilich eher um eine Orientierung am Normalpreis als um die theoretische Tauschgerechtigkeit; sie bestätigen nur den grundsätzlichen Befund, dass für die klassischen römischen Juristen im Kaufverhältnis der Preis, dem ohne Arglist frei zugestimmt worden war, der gültige und – wenn man so will – „richtige“ Kaufpreis ist. Zu den Konstitutionen Diocletians (*laesio enormis*) → Rn. 442–445. Die in der Kaiserzeit zunehmend institutionalisierte Sicherung der Lebensmittelversorgung, vor allem mit Getreide,²⁶⁴ aber auch mit Öl oder Schweinefleisch, erfolgte unter Bekämpfung von Warenwucher und teilweise durch Preisregulierungen im Zusammenhang mit verordneten Monopolbildungen; diese Massnahmen liegen ausserhalb der vorliegenden Darstellung des privaten Kaufrechts. – Die gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung (→ § 45 Rn. 11 ff.) verleiteten dazu, eine Schenkung als Kauf zu verschleiern; daraus ergab sich das Erfordernis eines „echten“ Preises (später: *pretium verum*).²⁶⁵ Die Problematik gehört in das Recht der Schenkung.

cc. Formfreiheit

Der Konsensualkauf bedurfte zu seiner Verbindlichkeit keiner Form (Gai. 3.125).²⁶⁶ Wie der Konsens zwischen den Parteien hergestellt wird, spielte keine Rolle. Es bestand kein Erfordernis der Simultanpräsenz; Abschluss durch Brief oder Boten war möglich (Gai. 3.136).²⁶⁷ Eine Aufgliederung der Konsensbildung in eine Abfolge von zwei „Willenserklärungen“ (Angebot und Annahme) sowie diesbezügliche Fragen (Annahmefrist? Bindung an die Offerte?) scheinen nicht interessiert zu haben. Die Abgabe einer Verkaufsofferte war für sich genommen ohne Rechtswirkung. Im Handel hat man Sachen wohl oft zu bekannt gemachten Verkaufsbedingungen zum Verkauf angeboten (*res venales*); es lag dann am Kaufinteressenten, die feilgebotene Sache für einen bestimmten Preis für gekauft zu erklären, worauf der Verkäufer zustimmt.²⁶⁸ Möglicherweise wirkte hier das Modell der Manzipation nach; rechtlich bedeutsam war diese Abfolge für das Zustandekommen der *emptio venditio* nicht.²⁶⁹ Ein Unterschied zwischen einem ausdrücklich und einem stillschweigend hergestellten Konsens wurde nicht gemacht. Das Vertragsverhältnis wird nicht durch ein einmaliges Ereignis des Vertragsschlusses ein für alle Mal ausgelöst, sondern tragend ist, dass sich die Parteien über die Transaktion einig sind. Die Parteien können daher auch – unter bestimmten Voraussetzungen – ihr Einigsein beenden und damit die Transaktion abbrechen (*contrarius consensus* → Rn. 111–114). Es fehlte eine scharfe Entgegensetzung des Kaufver-

90

²⁶⁴ Sirks, Food (1991); Marzano, Ess. Clemente (2019) 435–458.

²⁶⁵ Salomone, Venditio donationis causa (2012); Harke, Iuris prudentia (2019) 129–132; Staffhorst, Teilnichtigkeit (2006) 82–87.

²⁶⁶ Meyer, Legitimacy (2004) 115–120.

²⁶⁷ Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 236 f.

²⁶⁸ Wolf, Error (1961) 36 ff.

²⁶⁹ Bei der Erfassung des Tauschs im Kaiserrecht wurde es rechtserheblich, dass zuerst ein Verkaufsangebot vorlag, bei dem dann die Geldleistung durch eine Sachleistung ersetzt wurde; dies eröffnete die Anwendbarkeit von Kaufrecht, vgl. Gord. C. 4.64.1 (a.238).

hältnisses und seines „Errichtungsaktes“ (wie aber bei der Stipulation die geschehene Errichtung und die erzeugte Obligation auseinandertreten). Für die käuferseitige Ersetzung der Kaufsache stellt sich die Frage, ob der für die *bona fides* maßgebliche Zeitpunkt schon durch das *initium contractus* oder durch das *initium traditionis* bestimmt wurde; Sabinus und Cassius begründeten den Vorzug des letztgenannten Zeitpunkts (Ulp. 16 ed. D. 41.3.10 pr.). Die Schuljurisprudenz hat im Hinblick auf den Übergang der Gefahr mit der Lehre von der Perfektion des Kaufs (→ Rn. 193) den Eintritt der Vertragsgeltung präzisiert.

- 91 Der entwickelte römische Rechtsverkehr hielt den Kauf vielfach in einem *instrumentum venditionis/emptionis* fest.²⁷⁰ Um ein Gültigkeitserfordernis handelte es sich nach klassischem Recht nicht (Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1: *conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*). Es mag sich aber so verhalten haben, dass der Kläger, um die *denegatio actionis* zu vermeiden, entweder eine Urkunde vorlegen oder vom Gegner ein beeidetes Zugeständnis des erfolgten Vertragsschlusses erhalten musste (→ Rn. 48). Die vereinbarte Schriftform wird unter Justinian geregelt werden (→ Rn. 451).
- 92 Eine Bekräftigung des Kaufs durch Eid dürfte vor allem in älterer Zeit vorgekommen sein; s. z. B. Plaut. Curc. 2,3,88; 4,4,10. Mit dem bei Vertragsschluss abgegebenen Eid wird man vermieden haben, dass man später als Kläger eine *denegatio actionis* wegen voraussichtlicher Beweislosigkeit hinzunehmen hatte. Um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handelte es sich nicht.
- 93 Die Rechtsfigur eines Angeldes oder einer vorab übergebenen Sache, die eine geplante Vertragsbeziehung absichern soll, war der ganzen antiken Welt als *arrha* oder *arra* oder *arrabon* geläufig.²⁷¹ Idealtypisch ging es um eine für sich genommen nicht rechtsverbindliche Zusage, einen ausgehandelten Vertrag alsbald in verbindlicher Form abzuschließen; für die Einhaltung dieser Zusage, also für den Abschluss des Vertrages, wird ein Anreizmechanismus geschaffen: Entzieht sich die Partei dem förmlichen Vertragsschluss, büsst sie die *arrha* ein. Für das klassische römische Recht der *emptio venditio* passte diese Rechtsfigur nicht, da bei Einigkeit der Parteien der Kaufvertrag sogleich verbindlich war. Dem entsprechend stellt die Schuljurisprudenz klar, dass die Vereinbarung oder der Empfang einer *arrha* für die Wirksamkeit der *emptio venditio* keine Rolle spielt; die *arrha* erfülle lediglich eine Beweisfunktion (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35 pr.).²⁷² Mögliche Gegenstände der Draufgabe sind Geld oder andere Fahrnissachen, z. B. ein Ring (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6), oder Gold; Diocl./Maxim. C. 4.45.2.1 (a.293). Der zentrale Bericht Ulpians (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6) ergibt fol-

²⁷⁰ Zu den erhaltenen Urkunden → Rn. 12.

²⁷¹ Zum Folgenden Jakob, Weinkauf (2009) 109 ff.

²⁷² Dazu umfassend Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 252 ff.; Jakob, Weinkauf (2009) 100–122; Gokel, in: Baldus et al. Dogmengeschichte (2012) 635–662; Földi, Lib. Am. Tsuno 71–101; Talamanca, Arra (1953); aus der älteren Literatur Bergold, Geschichte und Wesen des Arrabons (1923).

gende rechtliche Behandlung:²⁷³ Wurde der Kaufvertrag beiderseits erfüllt, konnte der Käufer die *arrha* zurückfordern, und zwar (spätestens) seit Julian *ex empto*; Ulpian will auch die *condictio ob causam finitam* eröffnen.²⁷⁴ Eine Konstitution nahm die Frage auf: Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293).²⁷⁵ Eine Verfallklausel derart, dass das gezahlte Angeld bei Nichtzahlung des Kaufpreises dem Verkäufer verfällt, kommt nur in Verbindung mit einer *lex commissoria* (→ Rn. 215–226) vor, ohne die der Verkäufer auf die Verfolgung seines Kaufpreisanspruches beschränkt bleibt. Durch eine solche Verfallsabrede wird die *arrha* in das klassische Recht – ausser als Beweis für den Vertragsschluss – als Sicherungsmittel der Vertragserfüllung integriert. Im justinianischen Recht sichert die *arrha* unter Umständen – wie in anderen antiken Rechten – den Vertragsabschluss, wenn nämlich für diesen die Schriftform vereinbart ist, womit sich die Parteien der formgerechten Eingehung der Vertragsbindung noch entziehen konnten; → Rn. 451. Ohne einschneidende Besonderheit war die einfache Anzahlung (*pars pretii*, *pars pecuniae*), die nur eine Restkaufpreisschuld für die zukünftige Erfüllung bestehen liess.

dd. Zwang, Arglist und irrumsbedingter Konsensmangel

Der Rechtsschutz gegen *metus* ist nicht vertragstypenspezifisch: der prätorische Schutz findet beim Kauf wie bei anderen Geschäften Anwendung.²⁷⁶ Dasselbe gilt im Grundsatz für die prätorischen Schutzmittel gegen *dolus*.²⁷⁷ Auf die gesonderten Darstellungen (*metus* → § 109; *in integrum restitutio* → § 110; *dolus* → § 94) kann verwiesen werden. Vom *dolus* des Verkäufers wird noch besonders im Hinblick auf Rechtsmängel (→ Rn. 281) und auf versteckte Sachmängel (→ Rn. 399) die Rede sein; zusammenfassend zur Haftung für *dolus* → Rn. 413–424. *Dolus* beim Vertragsschluss kann auch dem Käufer zur Last fallen: Den Fall, dass ein Käufer den Erben zum Erbschaftsverkauf veranlasst, indem er einen geringeren Bestand des Nachlasses vortäuscht, behandelt Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.5: Julian wird die Bejahung der *actio venditi* zugeschrieben, gerichtet auf den Fehlbetrag; die Alternative scheint die *actio de dolo* gewesen zu sein (s. auch Ulp. 11 ed. D. 4.3.9 pr.). Wenn ein Erbe eine Erbschaftssache in Erfüllung eines irrig angenommenen Damnationslegats verkauft, kann er dem Käufer (der den Irrtum durchschaut?) die Arglisteinrede entgegenhalten (Paul. 3 Sab. D. 19.1.5.1).²⁷⁸ Alex.

²⁷³ Dazu etwa Behrends, SZ 95 (1978) 200; Möller, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 291–293; Jakab, Weinkauff (2009) 109 f.

²⁷⁴ Zur Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus* nach Empfang einer *arrha* → Rn. 113.

²⁷⁵ Dazu Harke, Iuris prudentia (2019) 143 ff.

²⁷⁶ Die Anwendung von Zwang begegnet vor allem bei der Durchführung des Kaufs. Zur erzwungenen *traditio* in Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4–6 s. Gaulhofer, Metus (2019) 307–335; ältere Lit. bei Hartkamp, Zwang (1971) 166–172, 178–181.

²⁷⁷ Das justinianische Recht selbstständig die Kaufaufhebung wegen *dolus* und zieht das kaiserrechtliche Material *De rescindenda venditione* zusammen (C. 4.44), wobei der korrespondierende Digestentitel auch noch das Material zur konsensualen Vertragsaufhebung aufnimmt (D. 18.5: *De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere*).

²⁷⁸ Finkenauer, Iura 68 (2020) 90–93.

C. 4.39.4 (a.223) nimmt die Problematik auf. Diocl./Maxim. C. 4.44.5 (a.293) erlaubt einem getäuschten Verkäufer dann sogar eine Klage auf Rückabwicklung.

95 Die Fälle des Irrtums finden sich von den Juristen speziell für den Rechtsakt *emptio venditio* entwickelt. Ein Irrtum kann nur durch die Verneinung des Konsenses relevant werden, wobei sich die Möglichkeit des Missverständnisses für alle Parameter des erforderlichen Konsenses (und nur für diese) auftut.²⁷⁹ Ein Irrtum ist relevant, weil und indem ein Missverständnis dazu führt, dass man nicht sagen kann *vendidit* (bzw. *emit*), und dies ist der Fall, wenn es am Konsens der Parteien fehlt. Der von Juristen behandelte *error* ist demgegenüber nicht selbst Gesetzes- oder Rechtsbegriff. Eine Vielzahl von Texten bezeugt eine intensive Befassung der römischen Juristen mit diesem Problemfeld. Die Texte sind immer wieder und mit wechselnden Thesen analysiert worden.²⁸⁰ Im Vordergrund stand und steht das zweifelhafte Bemühen, eine widerspruchsfreie römische Lehre vom Irrtum zu rekonstruieren; in diesem Bestreben ist auch viel mit Interpolationsannahmen gearbeitet worden.

96 Nach Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9 pr. ist der Dissens hinsichtlich des Preises schädlich. Ebenso kommt kein Kauf zustande, wenn sich die Kaufabsicht des Käufers auf das cornelianische Grundstück, die Verkaufsabsicht auf das sempronianische Grundstück bezieht; hier liege ein *dissentire in corpore* vor. Dasselbe gilt beim Verkauf eines (abwesenden) Sklaven; nur bei dessen Abwesenheit kann das Missverständnis derart bestehen, dass sich die Geschäftsabsichten auf verschiedene Sklaven beziehen. Die übereinstimmende Falschbezeichnung des Kaufobjekts schadet dagegen nicht, soweit das *corpus* feststeht (Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.1). Die hauptsächliche Schwierigkeit im Bereich des Irrtums beim Kauf ist seit jeher der *error in substantia* oder *materia*. Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.2 behandelt schulmäßig das *in substantia dissentire*, indem dieselbe Flüssigkeit von dem Verkäufer für Weinessig, vom Käufer für Wein gehalten wurde (als Parallelfälle werden Erz/Gold und Blei/Silber genannt). Das Beispiel ist wohl insofern ein Lehrbuchfall, als die Preisangabe zur Aufklärung des Missverständnisses führen sollte. Nach Ulpian's Bericht hat Marcellus den Kauf für wirksam erklärt; dies kann man so deuten, dass für Marcellus die Beschaffenheit kein Gegenstand des maßgeblichen Konsenses ist. Für ihn musste daher jedes *in substantia dissentire* unschädlich sein. Ulpian seinerseits verneint beim *dissentire* über Erz/Gold und Blei/Silber einen Kauf und differenziert bei Essig/Wein: Wenn der Essig aus Wein entstanden sei, ist der Kauf gültig

²⁷⁹ Es werden freilich parallel gelagerte Probleme auch bei (u.a.) der Stipulation erörtert, → § 21 Rn. 70–73.

²⁸⁰ Schanbacher, FS Liebs 521–541; Schermaier, Wesentlicher Irrtum (2000) 41 ff.; Harke, Irrtum (2005), dazu Schermaier, SZ 125 (2008) 826–835; Jakobs, SZ 125 (2008) 375–424; Wacke, Index 22 (1994) 267–292; Harke, Irrtum wesentliche Eigenschaften (2003); Misera, FS Trinkner 45–50; Schermaier, SZ 115 (1998) 235–288; Schermaier, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 107–132; Cornioley, St. Grosso II 249–295; Apathy, SZ 111 (1994) 95–154; Frier, SZ 100 (1983) 268–295; Schmidlin, Mél. Tercier 69–84; Wieacker, Mél. Meylan I 383–408; Flume, Eigenschaftsirrtrum (1948) 64–69; Flume, FS Schulz I 248 ff.; ältere Lit. bei Kaser, RP I 238 Fn. 24.

(der Gedanke der Substanzgleichheit wird bemüht), wogegen im Fall, dass es sich von Anfang an um Essig gehandelt hat, eine *aliud pro alio venire* vorliegt, was die Unwirksamkeit bedeute; (nur) für die erstgenannte Variante stimmt Ulpian also dem Marcellus zu. Der Umstand, dass eine Sache als Gegenstand mit bestimmten Eigenschaften verkauft wurde (*pro solida, pro aureo* usw.), stellte für Ulpian ein zusätzliches Element des Konsenses dar.²⁸¹ Ulpian führt noch ein schwer verständliches Argument an; es ist vielleicht so zu verstehen, dass – aus Ulpians Sicht – Marcellus beim Kauf durch einen Blinden oder durch einen materialwirtschaftlich Unerfahrenen für unwirksam halten müsste, weil Marcellus hier nicht einen bloßen *dissensus in materia* sehen könne und daher den Konsens überhaupt verneinen müsste (Ulp. 28 Sab. D. 18.1.11 pr.). Ulp. 28 Sab. D. 18.1.11.1 schließt mit dem gut passenden Fall, dass die als vermeintliche Jungfrau gekaufte Sklavin bereits *mulier* ist, was dem Kauf nicht entgegenstehe. Mit all dem stimmt Iul. 3 Urs. Fer. D 18.1.41.1 zusammen, handelnd vom Verkäufer, der (gutgläubig) seinen silberbeschlagenen Tisch als vollsilbern verkauft: Der Vertrag ist nicht zustande gekommen; der gezahlte Preis wird kondiziert. Man darf vermuten, dass Ulpian hiermit an Julian anknüpfte.

Handelten die bislang genannten Texte von einer Geschäftsabsicht des Käufers, die nicht mit der Beschaffenheit der angebotenen Sache übereinstimmte, wechselt Ulp. 28 Sab. D. 18.1.14 zu zwei Fällen, in denen beide Parteien die *substantia* übereinstimmend falsch einschätzen.²⁸² Das konkretere Beispiel ist ein Teilungsgeschäft unter Erben, bei dem ein Erbe seine Miterben für einen fälschlich für golden gehaltenen Armreif auszahlt, der aber überwiegend aus Bronze besteht: Der Verkauf sei gültig, weil der Gegenstand auch Gold enthielt.²⁸³ Der andere (später ergänzte?) Fall behandelt – abstrakter gefasst – den Verkauf von Bronze als Gold, was kein gültiges Geschäft entstehen lasse. Bleibt man bei dem Geschäft unter Miterben, muss man annehmen, dass bei einem individuellen Handwerksprodukt der Goldgehalt nicht als so wesentlich galt, dass von einem *aliud pro alio venire* die Rede sein konnte. Davon lässt sich der Schulfall einer Verwechselung zweier Rohmetallsorten durchaus abgrenzen. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 behandelt den Verkauf einer Sklavin, die vom Käufer für eine Jungfrau gehalten wird, wobei der Verkäufer den Irrtum durchschaut. Dem Käufer wird – offenbar wegen eines dem *dolus* gleichstehenden Verkäuferverhaltens – eine Klage *ex empto* auf Rückabwicklung des Geschäfts gewährt. Paulus erklärt den Kauf von Tischen, die der Käufer unzutreffend als aus wertvollem Zitrusholz gefertigt hielt, für gültig, befürwortet aber eine

²⁸¹ Die Erklärung, der Kaufvertrag sei unter die regelrechte Bedingung des So-Seins gestellt, wird nicht mehr vertreten.

²⁸² Harke, Irrtum (2005) 68 ff. mit umf. Nachw.; Schermaier, *Materia* (1992) 122; Apathy, SZ 111 (1994) 147 f.; Schermaier, SZ 115 (1998) 261, 286; Zilletti, *Dottrina dell'errore* (1961) 428 ff.; Schanbacher, FS Liebs 521–542; Schermaier, in: Castresana, *Defectos* (2014) 145–148; Flume, *Eigenschaftsirrtrum* (1948) 64–69.

²⁸³ Diese Aussage findet eine gewisse Bestätigung in Paul. 5 Sab. D. 18.1.15 pr.; dazu Harke, Irrtum (2005) 81 ff.

Verkäuferhaftung auf das Käuferinteresse *non esse deceptum* (Paul. 33 ed. D. 19.1.21.2); hier wird der Irrtum als ein solcher *de qualitate* bezeichnet. Vom Entscheidungsmaterial macht diese Stelle wohl die meisten Schwierigkeiten; auf die umfangreiche Literatur wird verwiesen.²⁸⁴

- 98 Versucht man eine Summe zu ziehen, so geht es durchweg darum, dass Fehlverständnisse den Konsens ausschließen. Diese Fehlverständnisse sind in der Regel ein Problem beider Parteien; es geht nicht um einen einseitigen psychologischen Tatbestand, derart, dass die Vertragserklärung nur der einen Partei, etwa wegen eines Auseinanderfallens von „Wille“ und „Erklärung“, von zweifelhafter Rechtswirkung ist. Dies entspricht dem Ansatz, dass die Konsensfindung nicht in eine Abfolge zweier isoliert zu analysierenden Willenserklärungen aufgespaltet wird (→ Rn. 90). Auf dieser Grundlage findet man die Konsensverfehlung hinsichtlich Preis und Sache von den römischen Juristen eingängig entwickelt. Ob auch die Sachsubstanz einen Konsensparameter darstellte, war unter ihnen umstritten. Marcellus verneinte es; die überwiegende Meinung bejahte es und musste eine Abgrenzung finden zwischen Fällen, in denen das Missverständnis hinsichtlich Sacheigenschaften den Konsens ausschloss, und solchen, in denen es gleichwohl zum Konsens kam. Über das Mass, in dem für diese Unterscheidung fachphilosophisches Gedankengut herangezogen wurde, wird heute gestritten. Die Einzelentscheidungen sind feinsinnig und erklären sich ohne theoretischen Überbau. Grundlegende Meinungsverschiedenheiten sind – abgesehen von der Position des Marcellus – nicht wirklich auszumachen. Die auch sonst zu beobachtende Möglichkeit, einseitig nur die *actio empti* zu gewähren, erlaubte einen Käuferschutz, der bei einer Beschränkung auf eine binäre Alternative eines entweder beidseits gültigen oder ungültigen Vertrages kaum zu erreichen gewesen wäre.

c. Widerruf des Vertragsschlusses

aa. Zu Widerrufs- und Rücktrittsvorbehalten aufgrund *pactum*

- 99 Mittels *pactum*²⁸⁵ konnte einer der Parteien die Befugnis eingeräumt werden, vom Kaufvertrag abzugehen. Es handelte sich um heterogene Gestaltungen, die unterschiedliche Zwecke verfolgten und sich auch unterschiedlicher Rechtstechniken bedienten.²⁸⁶ Hier werden die *pacta*, welche herkömmlich sämtlich als Rücktrittsvorbehalte bezeichnet werden, in den jeweiligen Sachzusammenhängen dargestellt: Bei der *in diem addictio* handelte es sich um einen Widerrufsvorbehalt, der es dem Verkäufer erlaubt, die Sache an einen anderen Kaufinteressenten abzusetzen, der einen höheren Preis zu

²⁸⁴ Schanbacher, FS Liebs 540 f., verdächtigt die Stelle einer Interpolation; s. auch Harke, Irrtum (2005) 82 ff.; noch → Rn. 397, 422.

²⁸⁵ Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf schon → Rn. 57–60.

²⁸⁶ Ziliotto, Atti Burdese IV 475–516 = SDHI 69 (2003) 335–366; Pókecz Kovács, RIDA³ 58 (2011) 315–338; Talamanca, in Vacca (Hrsg.), Caducazione (2006) 1–93; Jahr, FS Niederländer 27–40; Flume, Rechtsakt (1990) 147–170; Wesel, SZ 85 (1968) 94–172.

zahlen bereit ist (→ Rn. 101–110). Ebenfalls als Widerrufsvorbehalt erscheint das *pactum displicentiae*, das dem Käufer befristet einen Widerruf erlaubt, wenn er mit der Sache und ihren Qualitäten nicht zufrieden ist; dieses *pactum* wird im Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung besprochen (→ Rn. 307–309). Die *lex commissoria*, die beim Kreditkauf dem Verkäufer die Vertragsauflösung wegen Zahlungsverzugs ermöglicht, wird im Zusammenhang mit der Verkäuferklage auf Kaufpreiszahlung dargestellt (→ Rn. 215–226). Allen diesen *pacta* ist gemeinsam, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Kaufsache *inempta* sein soll. Es handelt sich durchweg um Ereignisse, deren Herbeiführung von einer der Parteien gesteuert werden kann; diese „Steuerungsmöglichkeit“ ist dann regelmäßig vererblich. Die Abhängigkeit von einem zukünftigen Ereignis hat zu der Grundsatzfrage geführt, wie sich die Klauseln zu der Lehre von der Bedingung verhalten. Ist der Kaufvertrag suspensiv bis zum Ablauf der Aufhebungsfrist bedingt, oder ist er als solcher sogleich unbedingt abgeschlossen, jedoch mit einer Vorabvereinbarung einer möglichen Wiederauflösung? Bei der letzteren Deutung geht die Folgefrage dahin, ob der Kaufvertrag als „auflösend bedingt“ angesehen werden sollte (Resolutivbedingung), so dass die fortdauernde Gültigkeit des Kaufvertrags unmittelbar vom Nichteintritt des Ereignisses abhing, oder ob es sich darum handelte, dass die Aufhebungsbefugnis „bedingt“, nämlich an eine bestimmte tatbestandliche Voraussetzung gebunden ist (Savigny: „suspensiv bedingte Vernichtung des Rechtsgeschäfts“²⁸⁷)?²⁸⁸ Die Frage wird hier differenziert bei den einzelnen Klauseln erörtert.

Wird die Aufhebungsklausel wirksam, entsteht oft eine Rückabwicklungsproblematik. Soweit die römischen Juristen Meinungen zur passenden *actio* geäußert haben, finden sich die folgenden Angaben. Für die *in diem addictio*: (→ Rn. 101–110): die Vertragsklage (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.4); für das *pactum displicentiae* (→ Rn. 307–309): die Vertragsklage (Paul. 2 ed. D. 18.5.6);²⁸⁹ unter Umständen konnte die im ädilischen Edikt proponierte *actio redhibitoria* benutzt werden;²⁹⁰ für das *pactum de retrovendo* (→ Rn. 425): *actio in factum* (Proc. 11 epist. D. 19.5.12),²⁹¹ nach einer hochklassischen Konstitution wahlweise die *actio praescriptis verbis* oder die Vertragsklage (Alex. C. 4,54,2 [a.222]);²⁹² für die *lex commissoria* (→ Rn. 215–226) die Vertragsklage (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6.1 und Ulp. 32 ed. D. 18.3.4 pr.). In der letztgenannten Stelle wird das Problem der Vertragsklage nach erfolgter Aufhebung des Vertrags thematisiert und ein Reskript von Sev./Ant. erwähnt. Soweit die Vertragsklagen angestrengt wurden,

²⁸⁷ Vom *resolvi emptionem sub condicionem* spricht Ulp. 28 Sab. D. 18.3.1; ähnl. Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2 pr.

²⁸⁸ *Jahr*, FS Niederländer 27–40; *Pichonnaz*, St. Labruna VI 4261 ff.; *Effer-Uhe*, *Condicio* (2008) 125–138; *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 177–186.

²⁸⁹ Eingehend *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 179 f. mwN.

²⁹⁰ Dazu unten → Rn. 346–374.

²⁹¹ Dazu *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 95–98, 179 mwN.

²⁹² S. *Artner*, *Agere praescriptis verbis* (2002) 95–98 mwN.

beruhte dies auf der Möglichkeit, den Inhalt des *pactum* in das zivile Leistensollen zu integrieren (→ Rn. 117).

bb. *In diem addictio*: Widerruf wegen eines Bessergebots

- 101 Mit dem *pactum additionis in diem*²⁹³ wird dem Verkäufer erlaubt, die Kaufvereinbarung zu widerrufen, sofern er ein besseres Kaufgebot erhielt. Diese Befugnis war befristet (Paul. 5 Sab. D. 18.2.1 pr.). Es ist der Sinn der Abrede, dem Verkäufer das Eingehen auf das Bessergebot und die Erfüllung des dadurch zustande kommenden Vertrags offenzuhalten. Die Juristen sprechen von *prior* und *posterior emptor*. Ein Verkauf mit *pactum additionis in diem* stellt für den Verkäufer sicher, dass er seine Ware abgesetzt bekommt, wenn auch vielleicht zu einem für ihn weniger attraktiven Preis; die Addiktionsfrist lässt ihm etwas Zeit, einen Verkauf zu einem höheren Preis zu erreichen. Der Käufer muss es als ungesichert hinnehmen, ob er die Ware zum vereinbarten Preis erhält; für diese Ungewissheit mag er einen Ausgleich darin finden, dass er günstig gekauft hat, wenn es beim Verkauf bleibt. Es gibt nicht „die“ eine *in diem addictio*; vielmehr wird von den Juristen das konkrete *pactum* betrachtet und interpretiert. Es ist daher Vorsicht geboten, wenn man versucht, dem Fallmaterial Allgemeinaussagen für „die“ *in diem addictio* zu entnehmen. Ein gewisse Typizität hat die Klausel aber gewiss ausgezeichnet, sonst wäre sie kaum als solche zum Gegenstand juristischer Kommentierung geworden.
- 102 Eine *in diem addictio* findet sich schon bei Plautus.²⁹⁴ Sie kam in weitem Umfang bei den Versteigerungen durch die Staatsverwaltung zum Einsatz,²⁹⁵ wovon sie vielleicht ihren Ausgang genommen hat. Sie wird auch möglich gewesen sein, wo der Auktionsator vom Veräußerer verschieden war.²⁹⁶ Ein Einsatz in einer Präsenzauktion ist nicht belegt und daher wäre es verfehlt, sich für die rechtliche Konstruktion des Vertragschlusses bei der Auktion einfach an die Regeln zur *in diem addictio* zu halten.²⁹⁷ Die eingehende Behandlung durch die römischen Juristen deutet auf eine große Beliebtheit der Klausel im Rechtsverkehr. Im Privatrechtsverkehr begegnen als Kaufgegenstände, bei denen die *in diem addictio* verwendet wird, hauptsächlich Sklaven und Grundstü-

²⁹³ Dazu Pókecz Kovács, RIDA³ 58 (2011) 315–338; Pókecz Kovács, Lib. Am. Tsuno 317–334; Flume, Rechtsakt (1990) 161–165; Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 7–49, 210–223; Babusiaux, Quod actum (2006) 186–189; De Senarclens, in: Recueil Expo Nationale Suisse (1896) 241–296; Pennitz, Periculum (2000) 247–249; Bissoto Queiroz de Moraes, Pacto (2010); Nicosia, In diem addictio (2013); Nicosia, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 257–275; Lambrini, St. Metro III 383–402.

²⁹⁴ Plaut. Capt. 1,2,76–78, dazu Bissoto Queiroz de Moraes, RGDR 14 (2010) 1–19; vgl. auch Cato agr. 144,13.

²⁹⁵ S. insb. zu Paul. 3 decr. D. 49.14.50: Sirks, SZ 112 (1995) 411–422; allgemein bereits Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 15–25.

²⁹⁶ Argumentum Paul. 5 Sab. D. 18.2.1.

²⁹⁷ In der gemeinrechtlichen Literatur hat man für jeden Auktionsverkauf annehmen wollen, kraft stillschweigend vereinbarter *in diem addictio*-Klausel ergebe sich, dass der Verkäufer bis zum Zuschlag ungebunden bleibe; s. Glück, Pand. XVI 267 ff.

cke, also *res Mancipi*. Es liegt nahe, dass die Kaufsache dem Käufer während der für das Höhergebot vereinbarten Frist nicht manzipiert, möglicherweise aber schon übergeben wurde. Die Erörterung von Rückabwicklungsproblemen (→ Rn. 107) zeigt, dass die Frist von erheblicher Länge sein konnte.

Es scheint eine Meinungsverschiedenheit darüber bestanden zu haben, ob die Klausel eine Suspensivbedingung darstellt. Ausweislich von Paul. 54 ed. D. 41.4.2.4 werden manche Juristen dies bejaht haben, wogegen diese Stelle und Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2.1 Julian die Meinung zuschreiben, der Kauf sei perfekt. Nach Ulpian kommt es auf die Parteiabsicht an: Möglich sei eine (Suspensiv-)Bedingung derart, dass der Vertrag nur (und erst) bei Ausbleiben eines Bessergebots geschlossen sein soll,²⁹⁸ ebenso sei es aber möglich, dass ein Vertrag *purus* (unbedingt) abgeschlossen sei, von dem unter einer bestimmten Voraussetzung indes wieder abgegangen werden darf (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2 pr., unter Berufung auf Julian). Mit dieser Aussage dürfte der Versuch unternommen sein, unterschiedliche Ansichten der Juristen zu vermitteln; wobei die klassische Lehre von Paulus und Julian von einem unbedingten, aber einseitig aufheb-
baren Kauf ausging.²⁹⁹ In diesem Fall erfordert die eventuelle Umgestaltung des Kaufverhältnisses aufgrund eines Bessergebots ein Tätigwerden des Verkäufers (oder ausnahmsweise des Käufers); daher ist die so verstandene Bessergebotsklausel nicht als Bedingung im technischen Sinne aufzufassen, so dass schon das Bessergebot als solches über die Gültigkeit des Kaufvertrags entscheiden würde. Es handelt sich vielmehr darum, dass dem Verkäufer innerhalb einer gesetzten Frist ein Abgehen vom Vertrag erlaubt ist, wofür eine (im *pactum* definierte) Voraussetzung (*condicio*) erfüllt sein muss, nämlich ein wirkliches Bessergebot. In den Einzelfragen spiegelt sich gelegentlich die offenbar streitige Einordnung der *in diem addictio*-Klausel.

Von besonderem Interesse war die Rechtslage des *prior emptor* während der Bessergebotsfrist. Soweit es sich (wie zumeist) um *res Mancipi* handelt, beginnt der ursprüngliche Käufer, dem die Sache übergeben wird, zu ersitzen und er genießt offenbar den Schutz der *actio Publiciana*.³⁰⁰ Soweit es sich um *res nec Mancipi* handelte, darf man annehmen, dass nur eine *traditio precario* erfolgte,³⁰¹ was einen Eigentumserwerb verhinderte: Der Kauf mit *in diem addictio*-Klausel wird „keine *iusta causa* für den sofortigen Erwerb des quiritischen Eigentums gewesen sein“. ³⁰² Dem entsprechend ist für die Bestellung einer Wasserservitut nach Paul. 49 ed. D. 39.3.9 pr. vorsorglich die Zustimmung sowohl vom ersten Käufer als auch vom Verkäufer einzuholen. Gegen eine etwaige Vindikation seitens des Verkäufers schützt den ursprünglichen Käufer die *exceptio rei venditae et traditae* (→ § 59 Rn. 233). Er erhält das Eigentum an den von ihm gezogenen Früchten. Die Aktivlegitimation für das Interdikt *aut vi aut clam* beim Ver-

²⁹⁸ In diesem Fall galten die Regeln über den suspensiv bedingten Kauf.

²⁹⁹ Vgl. Paul 54 ed. D. 41.4.2.4: *alii et hanc sub condicione esse contractam [putant]*.

³⁰⁰ Von dieser wird Ulp. 17 ed. D. 6.1.41 pr.,1 gehandelt haben.

³⁰¹ Argumentum Ulp. 71 ed. D. 43.24.11,12; s. auch *Stagl*, SZ 132 (2015) 186 f. mwN.

³⁰² *Flume*, Rechtsakt (1990) 165.

kauf mit *addictio in diem* wird von mehreren Juristen kontrovers erörtert (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.4; Ulp. 71 ed. D. 43.24.1.10).³⁰³

105 Rechtslage bei Eingang eines Bessergebots: Die durch die Klausel begründete Widerrufsbefugnis des Verkäufers hängt von einem wirklichen Bessergebot ab. In vielfältigen Variationen behandeln die Juristen die Frage, wann ein besseres Gebot vorliegt (*melior condicio*): Nicht nur der Preis, sondern auch Leistungsbedingungen von Verkäufer- und Käuferseite, daneben auch Solvenzfragen, werden hierbei berücksichtigt.³⁰⁴ Probleme ergaben sich, wenn beim Gesamtverkauf mehrerer Sachen ein auf eine dieser Sachen beschränktes Bessergebot abgegeben wird oder im umgekehrten Fall das Bessergebot einen Gesamtverkauf betrifft. Das Bessergebot muss von dritter Seite kommen; auch Fragen dieser notwendigen Personenverschiedenheit haben die Juristen beschäftigt.³⁰⁵ Missbräuchliche Gebote („shell bidding“), die z. B. nur den Zweck haben, dem Verkäufer die Lösung vom Vertrag zu erlauben, fallen außer Betracht.³⁰⁶

106 Die Abgabe eines Bessergebots erlaubt es dem Verkäufer, einseitig vom ursprünglichen Kauf abzugehen. Die Ausübung der Widerrufsbefugnis erfolgte wohl einfach dadurch, dass der Verkäufer auf das Bessergebot eintrat. Er konnte auch darauf verzichten und so beim ersten Verkauf stehenbleiben. Wie sich aus Paul. 5 Sab. D. 18.2.7 und Paul. 33 ed. D. 18.2.8 ergibt, war der Käufer berechtigt, auf das Bessergebot (mit gleichem Betrag) einzutreten und sich so den Kaufvertrag zu erhalten; er kann gleichsam „mitbieten“. Der Verkäufer muss den ersten Käufer daher vom Eingang des Bessergebots unterrichten.³⁰⁷ Lässt der erste Käufer seine Eintrittsmöglichkeit ungenutzt, verfällt diese. Es bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung, damit der Käufer berechtigt ist, das Bessergebot seinerseits zur Auflösung seiner Vertragsbindung zu nutzen, selbst wenn der Verkäufer auf das Bessergebot nicht eingeht, so dass dem Verkäufer keiner der Kaufverträge bleibt.³⁰⁸ Geht der Verkäufer auf das Bessergebot nicht ein, läuft die Frist weiter; es könnte ja ein weiteres/günstigeres Gebot kommen, auf das er dann vielleicht eingehen will.³⁰⁹

107 Rückabwicklungsfragen: Geht aufgrund eines Bessergebots der Verkäufer zu Recht vom ersten Verkauf ab, und hat der erste Käufer die Sache bereits erhalten, muss er diese dem Verkäufer zurückgewähren, dies mit allen Früchten und befreit von etwaigen Belastungen. Nach Ulp. 32 ed. D. 18.2.16 und Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.4 i.f. (Julian zitie-

³⁰³ Fagnoli, Legittimazione (1998) 60, 62–66.

³⁰⁴ Hierzu Nicosia, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 267 ff.; Pókecz Kovács, Lib. Am. Tsuno 319–324.

³⁰⁵ Paul. 5 Sab. D. 18.2.14 pr.–1; dazu Talamanca, in Vacca (Hrsg.), Caducazione (2006) 46–54.

³⁰⁶ Zum *falsus emptor*s. Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.5.; anders gelagert ist der Fall, dass der Verkäufer ein anderweitiges Gebot gegenüber dem Erstkäufer fälschlich als „besser“ ausgibt: Paul. 5 Sab. D. 18.2.14 pr.; s. auch Honsell, Quod interest (1969) 117 f.

³⁰⁷ Her. 1 iur. epit. D. 4.4.35 behandelt die Bessergebotsfrage für einen minderjährigen Käufer.

³⁰⁸ So Ulp. 28 Sab. D. 18.2.9.

³⁰⁹ Der Fall, dass der Verkäufer auf ein Bessergebot unter Beifügung wiederum einer *in diem addictio*-Klausel eingeht, war offenbar Gegenstand eines Schulenstreits: Ulp. 28 Sab. D. 18.2.11 pr.

rend) stand hierfür die *actio venditi* zur Verfügung. In der Literatur wird gemutmaßt, dass man sich (vor Julian?) einer *actio in factum* bedient habe, weil doch die *res inempta* sei;³¹⁰ hierfür fehlt ein Beleg und es erscheint auch etwas doktrinär. Einen lebensstat-sächlichen Streit um die Fruchterstattung, betreffend eine fiskalrechtliche *in diem ad-dictio*, behandelt Paul. 3 decret. D. 49.14.50.³¹¹ Was das Verhältnis zu Dritten betrifft, so endet für den ursprünglichen Käufer mit der Aufhebung seines Kaufs der Ersitzungsbesitz; ihm stehen fortan die *actio Publiciana* und auch das *interdictum quod vi aut clam* nicht mehr zur Verfügung.³¹² Hat er die Sache an einen Abkäufer weitergegeben, ist dieser der *rei vindicatio* des Verkäufers ausgesetzt. Gegen die Fruchtherausgabe kann der erste Käufer nach einer Entscheidung des Kaisers Septimus Severus die von ihm nachweislich getätigten Aufwendungen geltend machen; übersteigen diese den Wert der Früchte, steht ihm sogar eine Klage (*ex empto*) gegen den Verkäufer zu (Ulp. 32 ed. D. 18.2.16).³¹³ Der erste Käufer konnte einen etwa schon bezahlten Kaufpreisteil zu-rückverlangen. Hierfür haftete ihm nur sein Verkäufer, nicht auch der zweite Käufer, es sei denn, der Verkäufer habe sich vom zweiten Käufer für den Kaufpreis ein Stipula-tionsversprechen geben lassen und durch Delegation hieraus den ersten Käufer berech-tigt (Pap. 3 resp. D. 18.2.20).

Eine besonders umstrittene Frage geht dahin, ob die Ausübung der Bessergebots- 108
klausel zu einem sogenannten dinglichen Rückfall führt.³¹⁴ Damit meint man, dass das vom ersten Käufer (vermeintlich) schon erworbene Eigentum automatisch an den Verkäufer zurückfällt (was sich mit der – hier unpassenden – Vorstellung einer Reso-lutivbedingung verbindet). Geht man davon aus, dass bei einer Überlassung der Kaufs-ache an den ursprünglichen Käufer ein Eigentumsübergang vermieden wurde (→ Rn. 104), ist die Vorstellung eines dinglichen Rückfalls entbehrlich.

Bleibt ein Bessergebot aus oder wird ein gemachtes Bessergebot vom Verkäufer nicht 109
angenommen, wird der erste Verkauf mit Ablauf der Bessergebotsfrist endgültig wirk-sam. Hinsichtlich der Rechtslage widerspiegelt sich der Streit der Juristen um die Rechtsnatur der *in diem addictio* (→ Rn. 103): Da nach Julian (und Paulus) nur die Bedingung für die Vertragsauflösung ausgeblieben ist, kommen seit Vertragsschluss alle Früchte dem ersten Käufer zu, der auch sogleich zu ersitzen begonnen hatte; die Ge-

³¹⁰ Pennitz, Periculum (2000) 253 mwN.

³¹¹ Der Fall ist vielfach besprochen, s. Daalder, Julius Paulus (2018) 567–583; Cerami, Contrahere (1973) 352–356; Zwalm, in: De Blois et al., Representation and perception (2003) 157–169; Kehoe, Investment (1997) 187–189; Versteegen, FS Nève 551–583; ältere Lit. bei Mayer-Maly, Locatio con-duccio (1956) 42–46, und bei Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 244–248.

³¹² Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.12; dazu Fagnoli, Legittimazione attiva (1998) 50, 56.

³¹³ Ausf. Rizzi, RIDA³ 62 (2015) 346–348.

³¹⁴ Die Diskussion dreht sich vor allem um Ulp. 17 ed. D. 6.1.41 pr. und um eine zweifach über-lieferte Entscheidung des Marcellus zum Fall eines vom ursprünglichen Käufer bestellten Pfandes: Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.3 sowie Ulp. 8 disp. D. 20.6.3; dazu Flume, Rechtsakt (1990) 162 f., dort (164 f.) auch zu Paul 49 ed. D. 39.3.9 pr.: Bestellung einer Wasserservitut an dem *pacto additionis* in *diem* verkauften Grundstück.

genansicht kann diese Wirkungen erst im ergebnislosen Auslauf der Bessergebotsfrist beginnen lassen, weil erst damit die Bedingung für den bis dahin suspensiv bedingten Kaufvertragsabschluss eintritt (Paul. 54 ed. D. 41.4.2.2);³¹⁵ *pendente condicione* läuft ja keine Ersitzung (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4 pr.; s. auch Paul. 54 ed. D. 41.4.2.2). Aus Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2.1 ergibt sich als weitere, mit dem Übrigen gut übereinstimmende Konsequenz der Ansicht Julians, dass der erste Käufer auch schon während der Bessergebotsfrist die Gefahr trägt.³¹⁶

- 110 Das prätorische Edikt enthielt für die *in diem addictio* offenbar keine besondere Bestimmung. In der justinianischen Kodifikation ist der *in diem addictio* der Titel D. 18.2 gewidmet.

d. *Contrarius consensus: discedere ab emptione*

- 111 Wer sich mit dem Gegner auf die Stornierung des Kaufgeschäfts geeinigt hat, sollte dessen Durchsetzung nicht mehr erzwingen können. Über die Verortung und Entwicklung dieses elementaren Gedankens bestehen in der Forschung unterschiedliche Vorstellungen.³¹⁷ Der Vorgang wird als *discedere ab emptione* angesprochen. Die Geschäftsaufhebung ist ein *pactum ex intervallo* (dies im Unterschied etwa zum *pactum in diem additionis*). Um aufgrund einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung die Verurteilung abzuwehren, war – anders als bei einem *pactum de non petendo* (→ § 107 Rn. 5) – kein Einschub einer *exceptio pacti* notwendig: Eine Aufhebungsvereinbarung stand wegen der Bestimmung des Geschuldeten nach der *bona fides* einer Verurteilung ohne weiteres entgegen. Die Aufhebung des Kaufverhältnisses wurde von dem Erlass der durch den Vertrag begründeten Obligationen unterschieden; dieser setzte die Novation (z. B.) der Kaufpreisschuld und eine anschließende *acceptilatio* voraus.
- 112 Die Juristen erklären eine Vereinbarung der Parteien für erforderlich; diese wurde (spätestens seit Paulus) als *contrarius consensus* (auch: *contrarius dissensus, mutuus dissensus*) bezeichnet. Die Jurisprudenz (Pomp. 4 Quint. Muc. D. 46.3.80) betonte den allgemeineren Gedanken, dass die Übereinstimmung zur Aufhebung geeignet sei, wie sie ja auch zur Begründung des Geschäfts ausreiche (Konträraktsprinzip).³¹⁸ Damit wurden *consensus* und *contrarius dissensus* nun so aufeinander bezogen wie *stipulatio* und die zum Erlasszweck benutzte *acceptilatio*; deutlich Ulp. 48 Sab. D. 50.17.35. In der

³¹⁵ Dazu Pókecz Kovács, Lib. Am. Tsuno 327 f.

³¹⁶ S. Pennitz, Periculum (2000) 247–253.

³¹⁷ → § 24 Rn. 8; § 107 Rn. 16; Knütel, *Contrarius consensus* (1968); Chinchilla Imbett, RDP 28 (2015) 79–126; Luminoso, *Mutuo dissenso* (1980); Marini, *Contrarius consensus* (2017) 85 f., 158 f.; Marini, *Actus contrarius* (2016); Guarino, Labeo 14 (1968) 271–280; Flume, *Rechtsakt* (1990) 45–52; Cardilli, FS Knütel 147–158; Hernández-Tejero García, Hom. Murga Gener 565–572.

³¹⁸ Das entwicklungsgeschichtliche Verhältnis von *contrarius consensus* und der Figur des *contrarius actus* ist im Einzelnen nicht streitfrei geklärt; hierzu insb. Fiori, St. Labruna III 1957 ff. und die in der vorigen Fn. genannten Autoren; weiterhin Harke, *Iuris prudentia* (2019) 143 ff., speziell zu Gord. C. 4.45.1 (o.A.).

Forschung ist umstritten, ob der *contrarius consensus* von den römischen Juristen als ein dem *ius civile* angehöriges Geschäft begriffen wurde, das insoweit die Zugehörigkeit des Kaufs zum *ius civile* gespiegelt hätte (und in dieser Gestalt möglicherweise auch nur beim Kauf begegnete), oder als eine besondere Erscheinung des *pactum*, das honorarrechtlich die Forderungen aus dem Kauf entkräftete (zur Inhärenz der *exceptio pacti* → Rn. 41).³¹⁹ Knütel rechnete mit einer Kontroverse, indem er bei Paulus, nicht aber bei einem anderen der spätklassischen Juristen, das Verständnis eines selbständigen zivilrechtlichen Vertrages klar ausgedrückt findet (z. B. Paul. 11 ed. D. 4.2.21.4).³²⁰ Mit diesem Verständnis müsste wohl auch die Vorstellung von einer nur einredeweisen Wirkung verlassen worden sein; der *contrarius consensus* hätte dann *ipso iure* gewirkt. War zwischen den Parteien umstritten, ob eine Vertragsaufhebung stattgefunden hatte, mag hierüber *in iure* oder *apud iudicem* gestritten worden sein. In den Fällen, in denen nicht schon der Prätor die Klage denegierte, konnte die Vertragsaufhebung selbst zum Streit- und Beweisthema werden; in diesem Fall ist unsicher, ob der *contrarius consensus* schon bei der *demonstratio* berücksichtigt wurde, weil die Behauptung, es sei „verkauft“ bzw. „gekauft“, nicht mehr aufgestellt werden konnte (liegt nahe), oder erst bei der *intentio*, weil man sich nichts mehr schuldete. Die Möglichkeit der Vertragsaufhebung wird mit der *litis contestatio* geendet haben.

Die Aufhebungsvereinbarung entfaltete beim Kaufvertrag ihre Wirkung nur, wenn 113 noch von keiner Seite erfüllt worden war (*re non secuta; re integra*); Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1, Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293).³²¹ Ansonsten hätte eine Vertragsaufhebung zu „Rückgewährpflichten“ führen müssen; diese waren jedenfalls aufgrund nur eines *pactum* nicht durchsetzbar (→ Rn. 57). Julian behandelt die reizvolle Frage nach einer Kaufaufhebung, wenn der gekaufte Sklave vor Übergabe gestorben ist (Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2); die Vertragsauflösung scheint zweifelhaft, da der Verkäufer aufgrund der Gefahrtragung des Käufers so angesehen wird, als habe er tradiert; es stehe den Parteien aber frei, durch eine *iusta conventio* den Klagen aus dem Kauf die Durchsetzbarkeit zu nehmen.³²² Schwierigkeiten bei dem Versuch, einen teilweise vollzogenen Kauf in einen Zustand zurückzusetzen, in welchem die Aufhebung durch *contrarius consensus* möglich ist, behandeln Ner. 3 membr. D. 2.14.58, Ulp. 4 ed. D. 2.14.16.1 und Paul. 3 quaest. D. 20.6.10 (Rückgängigmachung eines Pfandverkaufs).³²³ Die Möglichkeit einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung konnte durch eine *arrha* (→ Rn. 93) in Frage gestellt sein. Bestand diese in einer *pars pretii*, war ein Teilvollzug des Vertrages erfolgt und die einvernehmliche Vertragsaufhebung verunmöglicht; dem Käufer verbleibt eine Restschuld sowie der Erfüllungsanspruch gegen den Verkäufer. War eine *arrha* gegeben,

³¹⁹ Der ältere Streitstand ist aufbereitet bei Knütel, *Contrarius consensus* (1968) 102 ff.; seither vor allem Finkenauer, Iura 68 (2020) 80.

³²⁰ Knütel, *Contrarius consensus* (1968) 117 f.

³²¹ Ausf. Cardilli, FS Knütel 147–158; Mayer-Maly, FS Wesener 306–311.

³²² Zu den streitigen Einzelheiten s. Vallar, FS Bürge 419–434.

³²³ Dazu Knütel, *Contrarius consensus* (1968) 44 ff.

die keine Teilleistung darstellte, blieb die Vertragsauflösung möglich; die *arrha* ging an den Käufer zurück (Pomp. 24 Sab. 18.5.2; Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1; Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.285)).³²⁴ Die Juristen diskutieren zahlreiche weitere Einzelfragen, etwa die, wie sich die Hinzufügung einer Kaufpreisstipulation oder eines (Eviktions-)Bürgen auf Möglichkeit und Folgen einer Vertragsaufhebung auswirken (Paul. 33 ed. D. 18.5.3),³²⁵ oder ob eine *acceptilatio* (→ § 21 Rn. 87–89) (der novierten Kaufpreisforderung) als Aufhebungspaktum zu deuten ist (Iul. 15 dig. D. 18.5.5 pr.).

- 114 In der justinianischen Kodifikation sind Rechtsfragen der Kaufaufhebung in je einem Titel zusammengefasst (D. 18.5; C. 4.45).

2. *Intentio der actio empti*

a. *Quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet*

- 115 Die *intentio* lautet auf *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet* und damit stets auf ein *incertum*. Es handelt sich um ein Blankett. Aus der *bona fides* muss sich ergeben, was *in concreto* der Verkäufer dem Käufer schuldet (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1 pr./1). Die *bona fides* gilt als Grund wie Maßstab bei der Ermittlung des „Geschuldeten“, des „Pflichtenprogramms“ (→ § 78 Rn. 3): „Bei den *bonae fidei iudicia* war die *bona fides* Grund des Anspruchs und bestimmte zugleich den Anspruchsumfang, und aufgrund der *bona fides* war dem Richter ein weiter Ermessensspielraum bei der Feststellung des juristisch erheblichen Tatbestandes eingeräumt, während er dann die Rechtsfolge strikt aussprechen musste.“³²⁶ Schon die römischen Zeitgenossen haben versucht, das Charakteristische der *bonae fidei iudicia* auszumachen. Bei Cic. off. 3,17,68 ff. wird ein *dictum* des Quintus Mucius Scaevola angeführt, wonach Klagen mit der Anweisung, *ex fide bona* zu verurteilen, eine *summa vis* zukomme.³²⁷ In Cic. off. 3,15,16 wird die Klausel wegen ihrer Eignung gelobt, dem *dolus* entgegenzutreten. Die *bona fides* gilt als Verweisung, als Bezugnahme, indem vorgefundene Verhaltensstandards im konkreten Fall als Massstab angelegt werden: Es geht darum, wie sich der redliche Teilnehmer am Geschäftsverkehr, der *bonus vir*, verhält.³²⁸ Regionale Unterschiede können zu berücksichtigen sein.³²⁹

³²⁴ S. Harke, *Iuris prudentia* (2019) 143 ff.

³²⁵ Dazu Finkenauer, *Iura* 68 (2020) 80; Flume, *Akzessorietät* (1932) 138 f.

³²⁶ Nelson/Manthe, *Gai Inst. Kontraktsoblig.* 243.

³²⁷ Dazu Dajczak, *RIDA*³ 46 (1999) 224–229.

³²⁸ Cardilli, in: Lovato, *Vir bonus* (2013) 179–207. Die Römer erkannten die Problematik dieses Verweises, dass man nämlich erst einmal wissen muss, was als anständige Geschäftspraxis durchgeht: *Sed qui sint boni, et quid sit bene agi magna quaestio est?*, fragt Cicero (Cic. off. 3,17,70). Nicht Stellung genommen wird hier zur Frage, ob die Bezugnahme auf die Standards des *bonus vir* schon sogleich mit der Maßgeblichkeit der *bona fides* mitgegeben war, oder ob ursprünglich eine Zuständigkeit für eine freie Einschätzung beim Richter lag, die dann einem stärker aussenweltbezogenen Standard weichen musste. Nach Carcaterra, *Bonae fidei iudicia* (1964) 17 ff., ist es um ein abstraktes ethisches Konzept gegangen (Mindermeinung).

³²⁹ Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.20; Ulp. 10 ed. D. 22.1.37 behandelt die *negotiorum gestio*, doch

Das Konzept der *bona fides* ist wegen seiner zentralen Bedeutung eine der am eindringlichsten untersuchten Erscheinungen römischen Rechtsdenkens (→ § 77). Die Forschung fragt nach den Eigendeutungen der *bona fides* durch die römischen Juristen,³³⁰ nach möglichen Einflüsse anderer Rechtsordnungen (vermittelt u. a. durch den *praetor peregrinus*) oder religiösen oder weltanschaulichen Gedankenguts (Stoa), des gesellschaftlich-kulturellen Konzepts der römischen *fides*,³³¹ der Infiltration des Konzepts in das eigentliche Rechtssystem und dessen dadurch angestossenen Weiterentwicklungen, und schließlich nach dem Verhältnis zur *aequitas*. Weitere Themata der Forschung sind die Gegenüberstellung der *negotia bonae fidei* und der Rechtsinstitute *stricti iuris*, deren Vertiefung durch Kaiserrecht, schließlich die Verschmelzung mit christlichem Gedankengut³³² und die Stellung des Konzepts im justinianischen Recht.³³³ Die Literatur ist unübersehbar geworden.³³⁴ Unter Ausblendung zahlreicher Aspekte geht es hier nur um die rechtstechnische Bedeutung der *bona fides* für die Kaufklagen.

Die *bona fides* schafft die Grundlage dafür, dass das von den Parteien Vereinbarte (*id quod actum est*) den Verpflichtungsinhalt bestimmt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1: ... *nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est*).³³⁵ Die *bona fides*-Klausel erlaubte und forderte eine Auslegung der Vereinbarung. Die Auslegung spielte damit eine Rolle sowohl für die Feststellung, ob überhaupt ein Konsens über den Verkauf besteht – insofern eine Frage der Richtigkeit der *demonstratio* – als auch betreffend den Pflichteninhalt im Einzelnen. Gegenstand der Auslegung sind vor allem die konkreten *dicta* und *leges venditionis*. Wenn von einer Regel die Rede ist, eine *ambiguitas* sei *contra venditorem* aufzulösen, bezieht sich dies auf verkäuferseitig gestellte Geschäftsbestimmungen.³³⁶ Neben der Auslegung wird die Sachgesetzlichkeit der Transaktion bemüht, womit auch nicht ausdrücklich vereinbarte Verpflichtungsfolgen anerkannt werden.³³⁷ Der Umstand, dass das Geschäft als ein solches des *ius gentium* gilt, begünstigt Argumentationen gestützt auf die *aequitas*³³⁸ und aus den

erlaubt das Ende *ut est in bonae fidei iudicii constitutum* den Schluss, es verhalte sich entsprechend bei allen *iudicia bonae fidei*.

³³⁰ Dajczak, RIDA³ 46 (1999) 219–242.

³³¹ S. auch Prescendi/Schiemann, s. v. Fides, DNP.

³³² Rodríguez López, Atti Burdese III 255–278.

³³³ Garbarino, Atti Burdese II 191–202.

³³⁴ Diese Übersicht konzentriert sich auf ausgewählte Veröffentlichungen der letzten Jahrzehnte, die i. d. R. jeweils ältere Lit. nachweisen: Kleiter, Entscheidungskorrekturen (2010) 54 f.; Freyburger, Fides (1986); Fiori, in: Fiori, Modelli III (2008); Schmidlin, FG Lübtow (1980) 359–372; s. auch die Beiträge in Atti Burdese (Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea), insbesondere: Schermaier, Atti Burdese III 387–416; Cannata, Atti Burdese I 257–274; Dajczak, Atti Burdese I 409–428; Talamanca, Atti Burdese IV 1–313;

³³⁵ Statt aller s. Babusiaux, Quod actum (2006) 30 f.

³³⁶ Zu Pomp. 33 Sab. D. 18.1.33 Krampe, SZ 100 (1983) 212–217.

³³⁷ Cardilli, Damnatio (2016) 237 f.; Veronese, Ric. Talamanca II 276.

³³⁸ Ausgesprochen ist dies in Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr.: *Bona fides quae in contractibus exigitur*

Sachgesetzmäßigkeiten der Transaktion: ... *ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1). Es geht um Rechtsschutz für eine reale, der Lebenswirklichkeit entsprungene Transaktion, deren Eigengesetzmäßigkeiten der Richter aufnehmen kann und soll. Die byzantinische Jurisprudenz hat diesen Ansatz überhöht und vom Lebenspraktischen in das Rechtstheoretische verschoben, indem sie den Anspruch erhob, dass das sachgesetzlich Angemessene bereits mit dem „Wesen“ eines bestimmten Vertragstypus, mit der *natura contractus*, mitgegeben sei.³³⁹ Die klassische römische Jurisprudenz hat sich für die Verfeinerung des Kaufrechtsverhältnisses zu einem sehr erheblichen Teil einfach auf die Abwehr von *dolus* gestützt (→ Rn. 413–423).

- 118 Die nachfolgend aus der Rechtsliteratur zusammengestellten Aussagen zu einzelnen Pflichten des Verkäufers (und des Käufers, → Rn. 177–203) geben nicht ein von vornherein geltendes, positiviertes römisches Kaufrecht wieder.³⁴⁰ Vielmehr ist dieser Normbestand das Ergebnis einer allmählichen Entwicklung, die ihren Ursprung in der vielfältigen richterlichen Handhabung der *intentiones* hatte, bei den zahlreichen Fragen also, *quid veniat in actionem*. Für den *Judex* ging es nicht um die rechtsförmliche Anwendung präexistenter „Regeln“, sondern um eine im Hinblick auf das konkrete Verhältnis zu findende Lösung für den von ihm zu entscheidenden Fall. Das im Einzelfall vom *iudex privatus* gefundene *bonum et aequum* hatte an sich keine Rechtsnormqualität in dem Sinne, dass es – wie ein „precedent“ – eine Regel enthalten hätte, die immer erneut zur Anwendung hätte kommen können oder müssen. Eine konkrete Erkenntnis des *iudex privatus*, was der Verkäufer dem Käufer *ex fide bona* zu leisten hatte, hatte an sich keinen normativen Status. In der hoch- und spätklassischen Schuljurisprudenz findet dann, namentlich durch die Verfasser der Ediktskommentare, eine Normativierung statt. Mit den zahllosen diesbezüglichen Ausführungen wird rechtswissenschaftlich in abstrakter Weise fixiert, was das *bonum et aequum* in einzelnen Hinsichten jeweils ausmacht. Die von Ediktskommentatoren wie Ulpian und Paulus insoweit getroffenen Entscheidungen beanspruchten bereits, die regelmäßig „richtigen“ Vertragsfolgen zu entwickeln. Durch den alles übergreifenden Anspruch einer gültigen Fixierung der gesamten, auf das Edikt bezogenen Rechtserkenntnis wurde die unterschiedliche Normativität, die im Formularprozess aufgrund der Zuständigkeit des *iudex* für das *quod veniat in actionem* bestand, eingebnet.

- 119 Der Umstand, dass bestimmten Rechtsaussagen zum Kauf, formuliert von den klassischen Juristen und gedeckt durch deren *auctoritas*, eine Regelhaftigkeit zugeschrieben wurde, bedeutete, dass diese Rechtsaussagen bei gleichgelagerten Situationen auch wieder zur Anwendung kommen sollen. Parteien, denen dies nicht gelegen kommt, sind insoweit gehalten, die Nichtgeltung eines solchen „Rechtssatzes“ zu vereinbaren.

aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis?

³³⁹ Ernst, Stud. Kupiszewski 80–82.

³⁴⁰ Zum Folgenden s. Ernst, Stud. Kupiszewski 61–86.

Von Ulpian wird das Verhältnis zwischen der konkreten Parteiabrede und den für das *bonae fidei iudicium* entwickelten Regeln thematisiert (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1): Nachdem die Maßgeblichkeit der konkreten Vereinbarung ausgesprochen ist, heißt es: *Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*.³⁴¹ Der für die *intentio* entwickelte Bestand solcher Rechtssätze ist dispositiver Natur. In der spätklassischen Literatur findet sich ein Einbezug der Beweislastfrage: Wer sich auf eine besondere Vereinbarung beruft, muss diese beweisen.³⁴² Diese Linie setzt sich bruchlos im Kaiserrecht fort. Alex./Sev. C. 8.45.1 (a.223) verlangt, eine abweichende Regelung müsse *nominatim* erfolgen. Alex./Sev. C. 4.65.9 (a.234) behandelt die Frage, ob der Grundstückskäufer zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit dem *colonus* verpflichtet sei; es bedürfte einer Vereinbarung, die der Verkäufer zu beweisen hat (→ Rn. 424).³⁴³ Iust. C. 7.17.2.1 (a.531) stellt die Regelung gemäß der *natura contractus* zu der durch die Urkunde bewiesene Vereinbarung in Gegensatz. Bei den byzantinischen Juristen erscheint dann die „objektivrechtliche“ Regel als Inhalt einer *praesumptio*.³⁴⁴

Durch die *emptio vendito* verpflichten sich die Parteien auf ein der vereinbarten Transaktion entsprechendes Verhalten. Der Verkäufer promittiert nicht einen Erfolg, sondern legt sich auf ein transaktionsgerechtes, anständiges Gesamtverhalten fest. Die *actio empti* ist eine Generalklage wegen „Vertragsbruchs“, wobei die Frage, ob der Verkäufer sich nicht so verhalten hat, wie es der vertraglichen Vereinbarung entsprochen hätte, nach der *bona fides* beurteilt wird. Das Entstehenmüssen des Verkäufers (*praestare*) kann sich auf Pflichten unterschiedlicher Art beziehen. Die weite Fassung der *intentio* erlaubt es dem Judex, auf Verpflichtungen sowohl zu einem *facere* (z. B. die Übergabe der Kaufsache) als auch zu einem *dare* (z. B. eine Kaufpreisrückzahlung) zu erkennen. Unter Umständen ergeben sich in der Entwicklung des Vertragsverhältnisses für den Verkäufer neue, anders geartete Leistungspflichten, während ursprüngliche Pflichten gegenstandslos werden (→ Rn. 142–158). Zu dem, was vom Verkäufer je nach der Situation *ex fide bona* verlangt werden kann, gehört unter anderem der Abschluss von Stipulationen, die Rückzahlung des Kaufpreises (*recuperatio pretii*) oder ein Geldausgleich für den Käufer, der – getäuscht oder irrend – überteuert gekauft hat; auch eine regelrechte Rückabwicklung nach dem Vorbild des ädilizischen Edikts kann in besonderen Fällen *ex empto* geschuldet sein (zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3 → Rn. 396, 399). Umstellungen kommen auch dergestalt vor, dass der Verkäufer dem Käufer statt der

³⁴¹ Die Nachrangigkeit dessen, was kraft Geschäftsüblichkeit oder Natur der Sache gilt, gegenüber dem konkret Verabredeten ist im Bereich des Kaufs auch ausgesprochen in: Ulp. 32 ed. D. 18.4.4; Her. 2 iur. epit. D. 18.4.23 pr.; Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr.; Pap. 3 resp. D. 18.6.19 pr.; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.10; D. 19.1.17.2; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33 pr.; Ulp. 32 ed. D. 21.2.37 pr.

³⁴² Babusiaux, *Quod actum* (2006) 217, mit Hinweis etwa auf Ulp. 32 ed. D. 19.1.17.2.

³⁴³ Dazu Ernst, Stud. Kupiszewski 76.

³⁴⁴ Basil. Schol. 1 zu D. 12.1.3 (Heimbach); zur byzantinischen Vorstellung von *natura contractus* s. De Jong, Stephanus (2008) 284–296; De Jong, *ByzZ* 106 (2013) 683–712.

verkauften Sache ein verändertes Sachobjekt oder einen vereinnahmten Geldbetrag zu leisten hat (→ Rn. 154), oder dass eine Verpflichtung zur Klagenabtretung entsteht (→ Rn. 151). Kurzum: *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet* ist dynamisch und passt sich dem Fortschreiten oder Stocken des Vertragsvollzugs an, dies im Gegensatz zu der durch Stipulation begründeten Schuld *stricti iuris*, die im Grundsatz statisch ist. – Für die ursprünglichen Leistungspflichten des Verkäufers hat der Spätclassiker Paulus (zur Abgrenzung vom Tausch) die schulmäßige Trias aufgestellt: *ob evictionem se obligare – possessionem tradere – purgari dolo malo* (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.).³⁴⁵ Diese drei Hauptpflichten werden im Folgenden durchgegangen:

b. *Possessionem tradere*

aa. Erfordernisse der *traditio*

- 121 Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache zu übergeben (*traditio*), mit dem Ziel, dem Käufer die *possessio* zu verschaffen.³⁴⁶ Diese ermöglicht dem Käufer den fortgesetzten ungestörten Genuss der Sache in ihrer realen Gegenständlichkeit (*habere licere*). Eigentum hat der Verkäufer dem Käufer nicht zu verschaffen: Den Verkäufer trifft keine Verpflichtung zum *dare*, anders als den Käufer hinsichtlich der *nummi* (→ Rn. 177); Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2, Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr. Hinsichtlich der Kaufsache muss also keine *datio* erfolgen, welche die *solutio* von einer Übereignungspflicht bewirken würde. Der Kaufvertrag ist die *causa* für die *traditio*.³⁴⁷ Läuft es für den Käufer darauf hinaus, dass er Eigentum erst durch Ersitzung erwirbt, so ersitzt er nicht *pro soluto*, sondern *pro emptore*.³⁴⁸ Die *traditio* erscheint beim Kauf nicht als *solutio obligationis*, sondern *complementum emptionis*. Zu der umstrittenen Frage, ob der Eigentumserwerb durch *traditio ex iusta causa* schon in republikanischer und klassischer Zeit die Zahlung (oder Sicherstellung) des Kaufpreises erforderte, wie es im justinianischen Kontext durch Iust. 2.1.41 verlangt wird; → § 43 Rn. 9.³⁴⁹ Eine Übergabe unter der Bedingung, dass der Übergebende Eigentümer ist, verschafft keinen Besitz, wenn das Grundstück einem anderen gehört; Iul. 44 dig. D. 41.2.38.1: Die *possessio* kann somit im Grundsatz bedingt übertragen werden. Ist die Sache dem Käufer übergeben, besitzt er grundsätzlich *pro emptore* (was noch nicht zwangsläufig bedeutet, dass er die Ersitzung *pro emptore* erfolgreich abschließt); entscheidend hierfür ist das objektive Vorliegen einer *emptio venditio*. Damit *pro emptore* besessen wird, muss der Besitzerwerb auf der *traditio* durch

³⁴⁵ Umfassend Cristaldi, *Obbligazione del venditore* (2007).

³⁴⁶ Bussmann, *Délivrance du vendeur* (1933).

³⁴⁷ Zum *causa*-Erfordernis der *traditio* → § 43 Rn. 6.

³⁴⁸ S. die Texte im Digestentitel D. 41.4 (*Pro emptore*) sowie im Codextitel C. 7.26 (*De usucapione pro emptore vel transactione*); s. auch Pool, SZ 138 (2021) 83–179.

³⁴⁹ Aus der umfangreichen Lit. s. Dozhdev, *Atti Burdese I* 551–578; Feenstra, *Reclame en revindicatie* (1949) 11–97; Honoré, *Stud. Thomas* 56–72; sowie die Beiträge in: Vacca, *Vendita e trasferimento I* (1991) und II (1991); Romeo, *Appartenenza e alienazione* (2010); Harke, *Vertrag* (2013) 54–86; Stagl, SZ 132 (2015) 186; Miquel, *Hom. Murga Gener* 573–596.

den Verkäufer beruhen (Paul. 63 ed. D. 41.2.5 und Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.1).³⁵⁰ Für die in der Pandektistik diskutierte Frage, ob der Käufer vom Verkäufer beanspruchen kann, dass dieser ihm die Kaufsache mit *animus dominii transferendi* tradiert,³⁵¹ gibt es im antiken Quellenmaterial keine Entsprechung. Beim „Verkauf“ von Dienstbarkeiten (→ Rn. 77) besteht naturgemäß keine Verpflichtung zur *traditio vacuae possessionis*; ersatzweise muss der Verkäufer dem Käufer durch Stipulation Sicherheit dafür stellen, dass nichts geschehe, was diesen an der Ausübung hindert (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.2).

Erörterungen, die sich beim Kauf beweglicher Sachen mit dem Ort der Übergabe befassen, sind spärlich. Immerhin ergibt sich aus Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.4 das Vorkommen einer Ortsklausel. Paulus stellte klar, dass eine förmliche Arbiträrklausel, die es dem Judex erlaubt, die Verurteilungssumme anzupassen, wenn an einem anderen als dem Leistungsort geklagt wird, für die *actio empti* (wie für andere *bonae fidei iudicia*) selbst dann nicht eingeschaltet wurde, wenn ein bestimmter Leistungsort vereinbart war (Paul. 28 ed. D. 13.4.7).³⁵² Eine Ortsklausel eröffnete keinen anderen oder weiteren Gerichtsstand. Die Ortsfrage wurde jedoch bei der Ermittlung des Käuferinteresses berücksichtigt (→ Rn. 168). Keine Erörterungen finden sich für die Frage der Transportgefahr, die durch eine Ortsklausel aufgeworfen werden könnte; aus dem *periculum emptoris* (→ Rn. 182) ergibt sich, dass die Gefahr schon bei Vertragsschluss und also vor jedem etwaigen Transport auf den Käufer übergeht.

Bei Grundstücken gehört zum Traditionsvorgang die Grenzbestimmung (*demonstratio finium*), ein Vorgang von einiger Förmlichkeit mit Berührung zur Disziplin der *agrimensores* (Feldmesser).³⁵³ Überlieferte Urkunden weisen klare Grenzangaben auf.³⁵⁴ Scaev. 2 resp. D. 19.1.48 fragt, ob ein Erbe, der Land in dem Umfang verkaufte, wie es dem Erblasser gehört hatte, die unterbliebene *demonstratio finium* nachholen und dem Käufer allenfalls vorhandene Urkunden ausliefern muss, was im Hinblick auf die *bona fides* bejaht wird.

Bei Grundstücken begegnet das Erfordernis, dass *vacua possessio* einzuräumen ist: Zum Besitzerwerb des Käufers gehört, dass niemand außer ihm das Grundstück besitzt.³⁵⁵ Der Verkäufer ist zum *in vacuam possessionem inducere* gehalten, der Käufer vollzieht das *in vacuam possessionem ire/intrare* oder *ire in fundum*. Der Ausdruck wird auch in der Urkundenpraxis benutzt.³⁵⁶ Die Einweisung in den Besitz verband sich mit

³⁵⁰ Dazu Pool, SZ 138 (2021) 83–179.

³⁵¹ Karlowa, Rechtsgeschäft (1877) 206–217.

³⁵² Dazu Pulitano, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 579–634.

³⁵³ Vinci, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 409–454; Daube, JRS 47 (1957) 39–52; s. Burian, s. v. Feldmesser, DNP; Dilke, Land Surveyors (1971); Möller, in: Lindermann et al., Feldmesserbuch (2018) 85–107, sowie die Beiträge in: Knobloch/Möller, Feldmesser (2014).

³⁵⁴ S. z. B. Weßel, Tablettes (2003) 136–141; Kaiser, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 111–125; in der Formula Baetica (FIRA III 92 = CIL 2 p. 5042) werden für das zu manzipierende Grundstück die Nachbarn genannt.

³⁵⁵ Bussmann, Délivrance du vendeur (1933) 38; Kniep, Vacua possessio (1886).

³⁵⁶ Weßel, Tablettes (2003) 68, 149.

der *demonstratio finium* (→ Rn. 123).³⁵⁷ Die Einführung in das Grundstück musste durch den Verkäufer – als den jetzigen wirklichen Besitzer – geschehen; ein von ihm geschickter Sklave kann ihn vertreten (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.18.1); die bloße Beauftragung eines Dritten, den Käufer einzuweisen, genügt nicht; es bedarf des Realakts (Pomp. 32 Sab. D. 41.2.33).³⁵⁸ Ein ursprüngliches Erfordernis, dass der Erwerber das Grundstück umschreitet oder betritt, hat sich in klassischer Zeit offenbar verloren (Paul. 54 ed. D. 41.2.3.21); die Erklärung des Verkäufers, *se tradere possessionem*, scheint bei Ferneinweisung notwendig zu bleiben. Über die Einweisung selbst kann eine Urkunde aufgesetzt werden; Diocl./Maxim. C. 4.38.12 (o.A.): *instrumentum testationis vacuae possessionis*.

- 125 Es geht beim Erfordernis der *vacua possessio* nicht bloß um die Räumung durch den Verkäufer und die rein physische Abwesenheit jeglicher anderen Person auf dem Kaufgrundstück, sondern darum, dass der Käufer die *possessio* übernehmen kann: Der Käufer muss eine Position erhalten, die sich beim Streit um den Besitz gegen andere durchsetzt. Für die Verschaffung der *vacua possessio* kommt es daher auf die Rechtslage bezüglich des Interdiktenschutzes an.³⁵⁹ Der Besitz muss dem Käufer *sine vitio* verschafft werden. Konnte sich ein vom Verkäufer aus dem Besitz Vertriebener mittels Interdiktenschutz den Besitz wieder einräumen lassen, war der Besitz nicht „leer“. ³⁶⁰ Wenn Besitzschutz nur gegen den Verkäufer besteht, nicht aber gegen den Käufer, kann dieser in die *vacua possessio* eingewiesen werden (Paul. 54 ed. D. 41.3.4.22). Sind Nachlassgläubiger oder ein Fideikommiss- bzw. Vermächtnisnehmer in das Grundstück eingewiesen, erscheint dessen – an sich noch möglicher – Besitz nicht mehr als „leer“; Paul. 5 Sab. D. 19.1.2.1. Es ist für das Verständnis der *emptio venditio* aufschlussreich, dass bestehender Interdiktenschutz für einen Dritten als Nichtverschaffung des „leeren“ Besitzes sogleich zur Haftung auf *id quod interest* führt, während das Bestehen von Drittrechten, die zu einer gerichtlichen Entziehung der Sache berechtigen, erst dadurch zu einer Nichterfüllung der Verkäuferpflicht führt, dass der Dritte die Sache dem Käufer erfolgreich abstreitet (→ Rn. 236).

- 126 Die Verschaffung der *vacua possessio* war für die römischen Juristen der Punkt, an dem der Verkauf eines verpachteten Grundstücks rechtlich problematisch wurde. Einen Rechtssatz „Kauf bricht nicht Miete“ kannte das römische Recht nicht. Pap. 46 quaest. D. 43.16.18 pr.:³⁶¹ Der Verkäufer des verpachteten Grundstücks hat den Käufer

³⁵⁷ Cic. Tull. 7,17: *Fines Acerronio demonstravit neque tamen hanc centuriam Populianam vacuam tradidit* (das angrenzende populianische Land war nicht mehr „leerer“ Besitz).

³⁵⁸ Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18.1.78.1: Kann der Käufer, der das noch nicht übergebene Grundstück in seine Verwaltung bekommt, weil er zum Vormund des Sohnes seines (verstorbenen) Verkäufers bestellt wird, sich selbst einweisen?

³⁵⁹ Inwiefern eine Nichterfüllung derart, dass die *possessio* nicht *vacua* war, auch den Eigentumserwerb durch *traditio ex iusta causa* vereitelte, ist eine andere, hier nicht vertiefte Frage; vgl. etwa Diocl./Maxim. C. 4.49.8 (a.293), und dazu Ernst, Einrede (2000) 65 f.

³⁶⁰ Diesbezügliche Fragen erörtert Solidoro Maruotti, Studi sull'Abbandono (1989).

³⁶¹ Dazu Brandsma, Subseciva Groningana IX (2014) 319–326; J.A.C. Thomas, TR 41 (1973) 35–44; Babusiaux, Quaestiones (2011) 193; Sklenář, RIDA³ 41 (1994) 379–389.

in den Besitz eingewiesen; der Käufer wurde aber vom Dauerpächter (*colonus*) ferngehalten (vielleicht nur durch Widerspruch, der als *vis* gewertet wurde) und hat sich dann mit Gewalt gegen diesen durchgesetzt. Papinian bejaht zunächst das *interdictum unde vi* (→ § 66 Rn. 33) zugunsten des Verkäufers/Verpächters gegen seinen Pächter, weil die Vertreibung des von ihm eingewiesenen Käufers einer Vertreibung seiner selbst gleichstehe. Der Verkäufer/Verpächter sei hierfür auch noch aktivlegitimiert, da seine *possessio* gerade noch nicht auf den Käufer übergegangen sei. Zugleich sei aber auch der Pächter gegen den Käufer mit dem Interdikt *unde vi* geschützt (obwohl dieser in das Grundstück mit dem Willen des Verpächters eindringt);³⁶² dieses Element der Lösung wird mit dem Argument unterstützt, Selbsthilfe verdiene keinen Schutz. Auch nach Marc. 19 dig. D. 43.16.12 wird die Weigerung des Pächters, den Käufer einzulassen, einer Weigerung gegenüber dem Verpächter gleichgesetzt, der als *possessor* nicht ausgeschlossen werden darf. Einen gewaltsamen Eingriff seitens des Käufers muss sich der Pächter aber nicht gefallen lassen; ihm steht dann seinerseits das Interdikt *unde vi* zu. Die Vertreibung des Pächters ist alleine Sache des Verpächters/Verkäufers, der sich als *possessor* durchsetzen kann, wobei er vom vertriebenen Verpächter wegen Vertragsbruchs mit der *actio conducti* haftbar gemacht werden kann (→ § 80 Rn. 6). Anschließend mag er den Käufer ungehindert in die *vacua possessio* einweisen. Er kann also die auf den Besitz gegründete Möglichkeit, den Pächter effektiv zu vertreiben, nicht gleichsam an den Käufer delegieren; eine Mandatierung des Käufers erscheint geradezu als widerrechtlich.³⁶³ Die Einweisung des Käufers in die *vacua possessio* des bislang verpachteten Grundstück kann ausser nach vorheriger Vertreibung des Pächters (durch den Verpächter) natürlich auch erfolgen, indem der Pächter überzeugt wird, den Käufer einzulassen. Ein Weg hierzu wird darin bestanden haben, dass der Käufer sich in einem *pactum* mit dem Verkäufer verpflichtete, den Pächter weiter auf dem Land zu dulden (→ Rn. 57, Rn. 424).

Die Verpflichtung auf das *vacuam possessionem tradere* eignete sich zur Überführung 127 in Stipulationsform (*stipulatio faciendi*); Pomp. 9 Sab. D. 19.1.31.³⁶⁴ Eine solche Stipulation erfasst nach Pomponius nicht die dem Käufer geschuldeten Früchte (→ Rn. 135–137), die aber unverändert *ex empto* verlangt werden können. Papinian behandelt dieselbe Frage, offenbar mit der Tendenz, die Früchte in die *actio incerti* zu integrieren (Pap. 27 quaest. D. 22.1.4 pr.).³⁶⁵

³⁶² Ob die Klageberechtigung des Pächters hierbei voraussetzt, dass er sich mit seiner Weigerung, dem Käufer zu weichen, vom *detentor* zum *possessor* aufgeschwungen hat, muss hier nicht erörtert werden.

³⁶³ Pap. 46 quaest. D. 43.16.18 pr.: *mandatum illicitum*.

³⁶⁴ Eine (wohl unteilbare) *stipulatio incerti*: Ulp. 43 ed. D. 45.1.75.7; zur Novationsproblematik s. Sturm, Ausgew. Schriften II 771–789; Apathy, Animus (1975) 220–222.

³⁶⁵ Dazu Babusiaux, Quaestiones (2011) 204, 225 mwN.

bb. Gegenständlicher Umfang der geschuldeten *traditio*

- 128 (1) Die nähere Bestimmung des Kaufobjekts. Der Verkäufer schuldet die Übergabe des hauptsächlichen Kaufobjekts, wie es vertragsauslösend im Konsens bepreist worden ist. Auch ohne besondere Zusage ist der Verkäufer dabei verpflichtet, bestimmte Gegenstände mitauszuliefern, soweit diese sich als Teil der verkauften *res* darstellen. Ein besonderes *dictum* ist nicht erforderlich. Einen Teil der überaus reichen Kasuistik bringen Ulp. 29 Sab. D. 18.1.47,49; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.31; D. 19.1.15; D. 19.1.17.7–9; Cels. 8 dig. D. 19.1.38.2. Vor allem beim Grundstückskauf geht es darum, welche mit dem Boden oder dem Gebäude verbundenen Gegenstände den Kaufgegenstand „ausmachen“. Zur verkauften *villa* gehörten z. B. Schlösser, Riegel, die für den Brunnenbetrieb eingesetzten Röhren und Sammler sowie Verzierungen wie Wandgemälde. Die Juristen sind dabei ebenso besorgt, die Dinge zu benennen, die der Verkäufer mit Recht zurückbehält: Das Betriebsinventar (*instrumenta*) gehört nicht zu Haus oder Hof, so etwa Weinpressen und -gefäße. Auch dem Grundstück bereits entnommene Substanz, wie Sand, Kies oder gefällte Bäume, sind nicht ohne weiteres mitverkauft. Methodisch handelt es sich weithin darum, den von den Parteien für den Kaufgegenstand benutzten Begriff (z. B. *aedes*) auszulegen. Als hübsches, schon wiederholt untersuchtes Beispiel einer Auslegung sei Proc. 11 epist. D. 18.1.69 erwähnt:³⁶⁶ Der Rutilia Polla war ein See mit einem an die Wasserlinie angrenzenden, zehn Fuß breiten Landstreifen verkauft. Nach Ansteigen des Wasserspiegels fragte sich, ob nun die nächsten zehn Fuß Land, vom Wasser weg gerechnet, der Käuferin zustanden. Proculus verneinte ein Recht auf die vergrößerte Fläche.
- 129 (2) Zugesagte Nebenobjekte. Neben dem Kaufobjekt sind diejenigen Dinge zu übergeben, die der Verkäufer zugesagt hat. In den Juristentexten, die in den Digesten vertreten sind, handelt es sich um eine Haftung *ex empto*; die Texte deuten dabei nicht auf ein diesbezügliches *pactum*, sondern auf eine einseitige Zusage des Verkäufers. Eine gebräuchliche Wendung ist *venditor eam rem accessuram dicit*.³⁶⁷ Der in den Digesten ausgedrückte Rechtszustand dürfte eine nicht-triviale Entwicklungsgeschichte verdecken. In der ältesten Rechtsschicht wird es sich darum gehandelt haben, dass bei der *mancipatio* von *res Mancipi* vom Verkäufer durch *dictum in Mancipio* die Mitlieferung eines weiteren Gegenstandes zugesagt wurde (→ Rn. 54–55).³⁶⁸ Diese Rechtslage schimmert vielleicht noch darin durch, dass derartige Zusagen vorrangig beim Verkauf von Grundstücken und Sklaven begegnen. Es mag eine Zeit gegeben haben, in welcher rechtsverbindliche Zusagen entweder als *dicta in Mancipio* oder, wo eine *mancipatio* nicht erfolgte bzw. – wie bei *res nec Mancipi* – nicht erfolgen konnte, als *promissiones* in

³⁶⁶ Nach Mayer-Maly, Isr. Law Review 29 (1995) 151–160, wird durch *angularius* nicht ein Winkel des Sees (also etwa eine bestimmte Bucht) bezeichnet, vielmehr handele es sich um den Eigennamen des Lago di Bracciano; s. auch Garcia Garrido/Del Portillo Fernandez, Scr. Guarino VI 6 (1984) 2761 ff.

³⁶⁷ Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33 pr.

³⁶⁸ Bannon, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 207–226; s. auch Holthöfer, Sachteil (1972) 30–45.

Betracht kamen.³⁶⁹ In einer Entwicklung, deren Einzelheiten nicht greifbar sind, ist offenbar die Beachtung des *dictum* über Zusatzobjekte auch als *ex empto* klagbar anerkannt worden. Noch Pomponius hielt es für sinnvoll festzustellen: *nam iure civili, ut integra, quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est.*³⁷⁰ Es liegt nahe, dass das *dictum* dabei seinen grundsätzlichen Charakter beibehalten hat.³⁷¹ Es handelte sich danach nicht bloß um eine „Beschreibung“ des geschuldeten Gegenstandes, sondern um ein Leistungsversprechen, das einen zusätzlichen Kaufgegenstand betrifft. Es dürfte eine Erweiterung dergestalt stattgefunden haben, dass Zusagen nach Art eines *dictum* auch für *res nec Mancipi* gemacht werden konnten; für diese kam von vornherein nur eine *ex empto*-Haftung in Betracht.³⁷²

Bei diesen Zusagen weiterer Leistungsgegenstände handelte es sich nicht darum, dass 130 die Parteien konsensual („parteiautonom“) die verkaufte Sache in bestimmten Hinsichten erweiternd definieren. Die zugesagte Nebensache musste zur verkauften *res* nicht in einem objektiven Zubehörverhältnis stehen: „Die zugefügte Sache ist ein Teil des Kaufes, nicht des Kaufgegenstandes.“³⁷³ Paulus stellte klar, dass Hauptsache und Akzession nicht in einem gestuften Wertverhältnis stehen müssen: Manchmal kaufe man ein Hausgrundstück wegen der Statuen und Gemälde, die mehr wert sein können als das Hauptobjekt (Paul. 23 ed. D. 18.1.34 pr.). Eine Erweiterung des ädilischen Edikts legte fest, dass seine Regelungen auch gelten, wenn ein Sklave als Nebensache mit einer weniger wertvollen Sache mitverkauft ist (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44 pr.); für die Ediktsregelung gilt der Sklave objektivrechtlich als die Hauptsache (→ Rn. 319).³⁷⁴ – Die Zusagen/Abreden, die sich auf den Umfang des Gekauften beziehen, unterliegen der Auslegung. Als Beispiel kann eine Klausel gelten, wonach der Verkäufer sich für die Zeit nach der *traditio* die Befugnis zur Entnahme von Steinen aus Steinbrüchen *in eo fundo ubique essent* ausbedungen hatte (Iav. 4 post. Lab. D. 18.1.77): Waren hier nur bekannte Steinbrüche erfasst oder auch solche, die erst nach dem Erwerb durch den Käufer entdeckt oder aufgetan wurden?³⁷⁵ Paul. 5 Sab. D. 18.1.21 bringt die Regel, eine Unklarheit gehe zulasten des Verkäufers als Urheber der *lex venditionis*.³⁷⁶ Auch Irrtümer waren möglich: Im Fall von Paul. 33 ed. D. 18.1.34 pr. sind Verkäufer und Käufer uneins über die Identität des beim Grundstückskauf mit-

³⁶⁹ Auch die Erweiterung des Geschäfts durch *pacta* kam in Betracht.

³⁷⁰ Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.2.33 pr.

³⁷¹ Möglicherweise wurde in einem Zwischenschritt zunächst überhaupt nur für förmliche *dicta in Mancipio* die Klagbarkeit *ex empto* anerkannt.

³⁷² Hiervon zu unterscheiden sind dann weiter die Fälle, in denen ein *dictum* des Verkäufers dem verkauften Gegenstand eine bestimmte Eigenschaft zuschreibt (→ Rn. 413).

³⁷³ *Pernice*, *Labeo* II.2 (1900) 238.

³⁷⁴ Plin. nat. 34, 11–12 behandelt den Verkauf eines überbeurten Kerzenhalters, der unter Zugabe eines unansehnlichen Sklaven versteigert wird; dazu *Liebs*, *Ess. Sirks* (2014) 409–428.

³⁷⁵ Dazu *Negri*, *Diritto minerario* I (1985) 13–25; *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 194 f.

³⁷⁶ Dazu *Gandolfi*, *Interpretazione* (1966) 391–404; *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 203 bei Fn. 972; *Behrends*, *FS Otte* 462 f.

verkauften Sklaven; die Juristen behandeln die Frage, ob dies der Gültigkeit des Kaufs als solchen schadet.³⁷⁷

- 131 Beim Verkauf von Landgütern ist das Betriebszubehör nicht ohne weitere Zusage mitverkauft (Ulp. 32 ed. D. 19.1.17 pr.); vielmehr muss bei der Kaufvereinbarung durch *dictum in mancipio* zugesagt werden, dass das *instrumentum fundo accessorum* werde, wovon dann wieder Ausnahmen gemacht werden können (→ Rn. 55). Beim Grundstückskauf werden sodann berechtigende Dienstbarkeiten unterschiedlicher Art zugesagt. Die Juristen behandeln vielfältige Zweifelsfälle; diese betreffen oft die Frage, ob die Fortdauer des gegenwärtigen Zustands auch für die Zukunft versprochen ist. Die Auslegung eines Rechts auf Wasserbezug ist Gegenstand von Paul. 4 epit. Alf. dig. D. 18.1.40.1,³⁷⁸ um Wasserrohre/Wasserbecken geht es in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18.1.78 pr., um das Recht zur Regenwasserableitung in Pomp. 33 Sab. D. 18.1.33.³⁷⁹ Zur Zusage der Abwesenheit von belastenden Dienstbarkeiten → Rn. 55, Rn. 415 f.
- 132 Ein Sklave konnte *sine* oder *cum peculio* verkauft werden.³⁸⁰ Ulp. 43 Sab. D. 18.1.29 stellt klar, dass ein Sklave an sich *sine peculio* verkauft ist, mag die Auslieferung des *peculium* wegbedungen sein oder nicht: Das *peculium* war stets nur kraft besonderer Vereinbarung mitverkauft, wozu möglicherweise eine gesonderte Preisfestsetzung gehörte. In der Verbindung des Kapitalstocks und des ihn bewirtschaftenden Sklaven kommt ein laufender Betrieb zum Verkauf. Es ist auch denkbar, dass in Einzelfällen das *peculium* den wesentlichen Kaufgegenstand darstellte, dessen Erwerb durch den Kauf des *servus cum peculio* erfolgte („Unternehmenskauf“). Angaben zur Höhe und zur eventuellen Vorbelastung des *peculium* durch bestehende Forderungen müssen eingehalten werden (Cels. 8 dig. D. 19.1.38); ist das *peculium* reicher als angegeben, gebührt es gleichwohl ganz dem Käufer.³⁸¹ Zuwendungen an das *peculium* kann der Käufer beanspruchen, sofern sie von dritter Seite kommen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.13). Den reizvollen Fall, dass der *cum peculio* verkaufte Sklave anschließend den Verkäufer bestiehlt und damit sein *peculium* vermehrt, behandelt Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr.³⁸²
- 133 Die Haftung für Nichteinhaltung der vorgenannten Nebenleistungspflichten folgt teilweise eigenen Regeln; es ist eine Haftung für Nicht- oder Schlechterfüllung, die unmittelbar mit einer Ersatzleistung nach Massgabe des *quod interest* verwirklicht wird.³⁸³ Der Haftungsmassstab ist nicht *dolus*, sondern *culpa* (Ulp. 32 ed.

³⁷⁷ → Rn. 58 Fn. 156.

³⁷⁸ Dazu *Falcone*, Labeo 43 (1997) 255 ff.; *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 195 f.

³⁷⁹ *Krampe*, SZ 100 (1983) 213–216; *Saliou*, *Bâtiments* (1994) 156; *Bannon*, *Gardens* (2009) 211–212.

³⁸⁰ S. schon Varro rust. 2,10,5 (betrifft die Ansage bei der Sklavenmanzipation).

³⁸¹ *Babusiaux*, *Quod actum* (2006) 198 f.

³⁸² Insbesondere zur auffälligen *condictio* als Klagegrundlage für den Verkäufer *Pika*, *Ex causa furtiva condicere* (1988) 94 f.; *Saccoccio*, *Si certum petetur* (2002) 378–391; *Hähnchen*, *Causa condictionis* (2003) 81–87; *Fahrner*, *Logik* (2009) 44–101.

³⁸³ Zur Haftung speziell für Akzessionen s. *Haymann*, *Haftung* (1912) 76 ff., der einen Gleichlauf der Haftung für die prinzipale Kaufsache und die Nebensachen nachweisen wollte.

D. 19.1.13.16); die Rückführung dieser Rechtsansicht auf Celsus mag andeuten, dass dies nicht von vornherein so gesehen wurde. Gehören die zugesagten Gegenstände nicht dem Verkäufer, unterfallen sie nicht der Eviktionshaftung auf das *duplum*; vielmehr wird der Käufer für das Ende des *habere licere* entschädigt (Interessehaftung); Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.17.³⁸⁴ In dem in Paul. 33 ed. D. 21.2.5 erörterten Fall wird nach einem Sklavenkauf *cum peculio* ein im *peculium* gehaltener Untersklave evinziert: Der Verkäufer haftet nach Labeo nicht, da der Untersklave entweder in Wirklichkeit schon nicht zum *peculium* gehört habe oder ein Fehlurteil vorliege (für das der Käufer das Risiko trägt); anders verhalte es sich bei einer verkäuferseitigen Zusage des Untersklaven. Die Leistungspflicht konnte auch generischer Natur sein.³⁸⁵ Die Haftung für die zugesagten Dinge schließt deren Vollzähligkeit (Alf. 2 dig. D. 19.1.26) und Unversehrtheit ein; Paul. 3 epit. Alf. D. 19.1.27: zugesagte *dolia* müssen dicht sein (Qualitätshaftung). Ist beim Grundstückskauf die Mitlieferung von Sklaven versprochen, soll sich der Käufer bei deren Mangelhaftigkeit auf die Bestimmungen des ädilizischen Edikts (→ Rn. 314–403) stützen können (Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.32; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33.1); auch → Rn. 319 a. E. Auch die Nichteinhaltung der Zusage eines *peculium* (→ Rn. 132) konnte zur Grundlage einer Wandlungsklage nach dem ädilizischen Edikt dienen (vgl. Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18.1).

(3) Nach Vertragsschluss zur Kaufsache Hinzugekommenes. Bevor auf einzelne Zuwächse eingegangen wird, sei die spätclassische Verallgemeinerung mitgeteilt: Bei Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.9 heisst es: ... *omne enim commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet*; s. auch Alex. C. 4.48.1 (a.223).³⁸⁶ Als schöner Anwendungsfall gilt die Landanschwemmung (*alluvio*) beim Kauf eines Ufergrundstücks, die dem Käufer zugutekommt, wie er aber auch einen etwaigen Landabriss hinnehmen muss (Paul. 5 Sab. D. 18.6.7 pr.). Verwandt ist die Situation, dass eine neue Insel entsteht, auf die kraft des verkauften Teils des Ufergrundstücks möglicherweise Anspruch erhoben werden kann (Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30 pr.).³⁸⁷ Beim Sklavenkauf gebühren vom Sklaven erworbene Vermächtnisse oder Erbschaften dem Käufer, auch wenn sie vom Erblasser noch in Ansehung des Verkäufers verfügt worden sein sollten (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.18).³⁸⁸ In diesen Weiterungen der Lieferverpflichtung lag ein wesentliches Anwendungsfeld der *ex fide bona*-Klausel der *intentio*. 134

³⁸⁴ Die hier angesprochene *duplum*-Haftung könnte diejenige aus der *actio auctoritatis* oder aus einer Garantiestipulation sein; s. auch Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16 pr. u. dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 53 f. mwN.

³⁸⁵ S. Ernst, SZ 114 (1997) 320–326, zu Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 19.1.54, Marcell. 6 dig. D. 18.1.60 und Alf. 2 dig. D. 19.1.26.

³⁸⁶ S. auch Inst. 3.23.3.

³⁸⁷ Knütel, in: Zimmermann et al., Rechtsgeschichte (1999) 552 ff.; Pennitz, *Periculum* (2000) 161 ff.

³⁸⁸ Einzelheiten bei Pennitz, *Periculum* (2000) 167 ff.

- 135 Anders als bei den Zufallszuwächsen (→ Rn. 134) ist bei bestimmten Kaufgegenständen mit einer Fruchterzeugung zu rechnen; dementsprechend wird diese oft schon in der Kaufvereinbarung bedacht, vor allem, wenn es um erhebliche Werte gehen kann (Jahresernte). Es ist ein vergleichsweise gut belegter Satz klassischen Rechts, dass der Verkäufer die von ihm seit der Perfektion des Kaufs gezogenen Früchte an den Käufer ausliefern muss; Diocl./Maxim. C. 4.49.13 (a.294).³⁸⁹ Pap. 3 resp. Frg. Vat. 2 stellt klar, dass das Recht auf Fruchtauslieferung die *mora* des Verkäufers nicht voraussetzt; die Redeweise von „Verzugsfrüchten“ scheint daher unpassend.³⁹⁰ Eine nachklassische Symmetrieüberlegung bringt die Zuweisung der Kälber des verkauften Viehs an den Käufer mit dessen Verpflichtung zur Tragung der Aufwendungen (→ Rn. 179) zusammen: Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294).³⁹¹
- 136 Die Verpflichtung zur Auszulieferung der Früchte wird in Paul. sent. 2.17.7 auf *operae servorum, fetus pecorum* und *partus ancillae* erstreckt.³⁹² Für die natürlichen Früchte erklärt sich die Regel am einfachsten dadurch, dass die Früchte zum Zeitpunkt des Kaufs noch integraler Bestandteil des Grundstücks und als solcher mitgekauft sind. Ulpian bejaht die Herausgabepflicht auch für die bei Vertragsschluss schon reife Ernte; hier mag der schon abgeschlossene Produktionszyklus Zweifel an der Berechtigung des Käufers begründet haben, der diese nach aber nur im Fall einer entsprechenden Vereinbarung einbüßt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.10). Im Fall von Paul. 4 epit. Alf. dig. D. 18.1.40.3 behält sich der Verkäufer eines Ackers die nächste, noch von ihm ausgesäte Getreideernte vor.
- 137 Auch anderer Nutzen, den der Verkäufer noch aus der Kaufsache zieht, ist dem Käufer auszugleichen, so bei *operae* des Kaufsklaven oder Einnahmen aus dem Transporteinsatz des verkauften Zugtiers oder Schiffes (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.13); da für die letzten Positionen von einer *vectura* die Rede ist, werden Einnahmen aus einer vertraglichen Zurverfügungstellung (*locatio conductio*) gemeint sein (später sogenannte zivile Früchte). Wird hingegen ein schon verpachteter Acker verkauft, musste der Pachtzins nicht abgeführt werden, wenn es nicht besonders vereinbart war (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.11). Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.18 i.f. dürfte die vom Sklaven dem Verkäufer geleisteten Dienste betreffen; auch deren Wert gebührt dem Käufer, sofern nichts Anderes ausgemacht ist.³⁹³
- 138 Die spätclassische Jurisprudenz stellte die Verkäuferpflicht zur Fruchtherausgabe der vom Käufer geschuldeten Verzinsung des Kaufpreises gegenüber; Pap. 3 resp. Frg.

³⁸⁹ Ausf. Pennitz, *Periculum* (2000) 159–173.

³⁹⁰ A. A. Harke, *Mora debitoris* (2005) 43 ff., demzufolge die römischen Juristen schon die Nichtzahlung seitens des Käufers als *mora* gelten ließen.

³⁹¹ Nach Harke, *Iuris prudentia* (2019) 141 f., sind Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294) und Diocl./Maxim. C. 4.49.16 (a.294) Teile derselben Konstitution, in der es um den Tod der verkauften Sklavin bei Geburt eines Kindes gegangen sei.

³⁹² Dazu, ob in dieser Stelle *si pars pretii numerata sit* interpoliert ist, s. Pennitz, *Periculum* (2000) 165 f.

³⁹³ Zu anderen zwischenzeitlichen Zugewinnen beim Sklavenkauf bereits → Rn. 132 a. E.

Vat. 2. Es handelt sich keineswegs um eine perfekte Symmetrie: Die Fruchtherausgabe ist Teil der zivilen Leistungspflicht, wie sie aufgrund der *intentio* konkretisiert wird. Die Pflicht zur Zinszahlung hingegen ist nicht Teil der zivilen Leistungspflicht des Käufers, sondern findet ihre Grundlage im *officium* des Richters (→ Rn. 205). Der Verkäufer schuldet die Früchte der Kaufsache seit Vertragsschluss, wogegen der Richter dem Käufer Zinsen auf den Kaufpreis erst ab Übergabe auferlegt. Wurde die Leistungspflicht des Verkäufers eines Landguts in Form einer Stipulation auf das *vacuam possessionem tradi* erneuert, stellte sich die Frage, ob die Ernte daneben weiterhin *ex empto* zu beanspruchen war (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.1) oder ob mit der *actio ex stipulatu* auch der Wert der Ernte ausgeklagt werden konnte (so fortschrittlicher Pap. 27 quaest. D. 22.1.4 pr., 1).³⁹⁴

c. *Ob evictionem se obligare*

Der Ausdruck *ob evictionem se obligare* (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.) benennt nicht ein einziges, spezifisches Schutzmittel, auf das der Käufer Anspruch hätte: Dem Käufer ist vielmehr ein Eviktionsschutz geschuldet, über dessen Bewerkestellung noch nichts gesagt ist. War eine *res Mancipi* verkauft und manzipiert, ergab sich der Eviktionsschutz in Gestalt der *auctoritas*-Haftung. Für den Verkauf einer *res Mancipi* ist umstritten, ob der Verkäufer mit der *actio empti* zur Vornahme der *mancipatio* angehalten werden konnte.³⁹⁵ Gai 4.131a erlaubt die grundsätzliche Bejahung dieser Frage.³⁹⁶ Dabei konnte es freilich nur um eine Verpflichtung zur Vornahme des Manzipationsakts, also ein *facere*, gehen, da dessen primäre Rechtswirkung – der käuferseitige Eigentumserwerb – nicht geschuldet war. Das geschützte Käuferinteresse konnte insofern nur der aus der *mancipatio* resultierenden Gewährleistung gelten (→ Rn. 238–252). Als generelles Mittel zum *ob evictionem se obligare* kann der Manzipationsakt nicht gedient haben, schon weil er voraussetzte, dass Käufer und Verkäufer römische Bürger waren. Es liegt nahe, dass das *ob evictionem se obligare* beim Kauf von *res Mancipi* auch durch Abgabe einer (annähernd) wirkungsgleichen Eviktionsstipulation bewirkt werden konnte, die unabhängig vom Bürgerstatus möglich war; in erster Linie ist hier an die *satisfactio secundum Mancipium* zu denken (→ Rn. 254–263). Vor allem in der Prozesspraxis erscheint es gut vorstellbar, dass die judizielle Ausdeutung des *ex fide bona* Geschuldeten beim Verkauf von *res Mancipi* auf die Verpflichtung zur Abgabe einer *satisfactio secundum Mancipium* hinauslief und weniger auf eine reale Vornahme der Manzipation allenfalls noch vor dem *Judex*.³⁹⁷ Bezieht man den Paulustext (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.) auf *res nec man-*

³⁹⁴ S. Pennitz, *Periculum* (2000) 163 f.; Babusiaux, *Quaestiones* (2011) 204, 225.

³⁹⁵ Peters, *SZ* 96 (1979) 176 ff.

³⁹⁶ S. auch Paul. sent. 1.13a.4, aus der Literatur: Pugliese, in: Vacca, *Vendita e trasferimento I* (1991) 25–70.

³⁹⁷ Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Mitwirkung an einer *in iure cessio* ist nicht belegt; sie liegt auch völlig fern, da die Vornahme einer *in iure cessio* keinen Eviktionsschutz begründete.

cipi, wird man folgern, dass der Käufer Anspruch auf eine Eviktionsstipulation hatte, mit der sich der Verkäufer ihm für den Eviktionsfall verbindlich machte; dies deutet zudem darauf hin, dass die *actio empti* als solche zu Paulus' Zeiten noch keinen umfassenden Eviktionsschutz leistete (→ Rn. 287–292): Der Verkäufer schuldet dem Käufer ja erst noch die Schaffung (irgend-)eines Schutz- oder Ausgleichsmechanismus für den Eviktionsfall; dieser ist mit der bloßen *emptio venditio* also noch nicht gegeben.

d. *Purgari dolo malo*

- 140 Die Verkäuferpflicht, sich des *dolus* zu enthalten, wird in den Ediktskommentaren als eigenständiges Element des Komplexes von Verkäuferpflichten, gleichsam als „Kardinalpflicht“, behandelt (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.15–17). Die *ex empto*-Haftung des Verkäufers für *dolus* hat mit aller Wahrscheinlichkeit ein vertyptes Stipulationsversprechen zum Vorläufer, wie es auch bei zahlreichen anderen Geschäften abgegeben wurde, und etwa lautete *dolum malum abesse afuturumque esse*.³⁹⁸ Es handelte sich sowohl um nur hierauf beschränkte Stipulationen als auch um eine Klausel, die in Stipulationen anderen Inhalts integriert war. Juristen der Hoch- und Spätklassik stellen demgegenüber in erheblichem Umfang die *actio empti* in den Dienst der „*dolus*-Repression“ (Ausdruck von Ernst Rabel³⁹⁹). Obschon die *ex fide bona*-Klausel der Formel auf erste Sicht nahelegt, dass auf *dolus* von Anfang an mit der Vertragsklage reagiert werden konnte, deuten die einschlägigen Texte eher darauf hin, dass die *dolus*-Abwehr keineswegs sogleich mit dem prätorischen Zurverfügungstellen der *actio empti* von dieser übernommen worden wäre; noch in spätrepublikanischer Zeit mag dies als problematisch erschienen sein.⁴⁰⁰
- 141 Eine erhebliche Rolle spielte die Verpflichtung zum *purgari dolo malo* zur Bewerkstelligung eines Käuferschutzes gegen unerwarteten Rechts- (→ Rn. 281) oder Sachmangel (→ Rn. 399). Freilich war es für die Arglisthaftung nicht von Bedeutung, ob ein verheimlichter oder vorgespiegelter Umstand die Sachbeschaffenheit oder die Rechtslage hinsichtlich der Kaufsache betraf. Es handelte sich nicht um Haftung dafür, dass die Sache mangelhaft war, sondern dafür, dass der Verkäufer sich gegenüber dem Käufer arglistig verhalten hatte. Daher wird auch das *id quod interest* für die *condemnatio* bei einer Verurteilung wegen dolosen Verhaltens eigenständig bestimmt, indem gefragt wird, inwiefern der Käufer besser stünde, wenn er nicht Opfer der Arglist geworden wäre. Zur geschlossenen Darstellung dieser und anderer Eigenheiten wird die Verkäuferhaftung wegen *dolus* in einem eigenen Abschnitt behandelt; → Rn. 413–424.

³⁹⁸ Hierzu insb. grundlegend Coing, Ges. Aufs. I 75–104; s. auch Nörr, SZ 121 (2004) 173–188.

³⁹⁹ Rabel, Haftung (1902) 69.

⁴⁰⁰ Ausführlich Backhaus, FS Laufs 3–23, insb. auch zu Cic. off. 3,16; Coing, Ges. Aufs. I 61–74; Horvat sah den Ursprung der *bona fides*-Klausel gerade in der Abwehr arglistigen Verhaltens: Horvat, Bona fides (1939) 85, 91 u. passim; Horvat, St. Arangio-Ruiz I 426.

e. Inhalt der Verkäuferprästation in Störungsfällen

aa. Dynamischer Charakter der *intentio*

142 Tritt hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistung eine Störung ein, ist dies für das Kaufrecht des Formularprozesses eine Frage der *intentio*: Was ist nach Eintritt einer Störung vom Verkäufer zu verlangen, was beinhaltet nun *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet*?⁴⁰¹ Ein den Verkäufer betreffendes „Leistungshindernis“ schließt nicht aus, dass sich der Schuldinhalt auf die veränderten Verhältnisse umstellt; es ist dann eine andere, modifizierte Leistung geschuldet. So kann beispielsweise eine Pflicht zur Klagenzession an die Stelle der Übergabepflicht treten (→ Rn. 146). Das, was unter die *intentio* zu subsumieren ist, ist also dynamisch. Wird die aufgrund eines Störungsfalls neu bestimmte Verkäuferleistung nicht erbracht, kann der Käufer deswegen klagen, wobei das für die *condemnatio* zu bestimmende Käuferinteresse dann auf den modifizierten Leistungsinhalt zu beziehen ist. Die Nichtübergabe der Kaufsache ist nicht der einzige denkbare Störungsfall. Möglich ist auch, dass die Kaufsache nur in einem nach Vertragsschluss verschlechterten Zustand übergeben werden kann (→ Rn. 146–147). Weitere Störungen liegen in der Vorenthaltung von zugesagten Nebensachen, in deren Unvollständigkeit oder Unbrauchbarkeit (→ Rn. 133). Nochmals anders liegt es, wenn an der Kaufsache ein Sachmangel hervortritt (→ Rn. 395–406) oder die Kaufsache dem Käufer von einem Dritten entzogen wird (→ Rn. 280–294). Sofern Pomp. 10 epist. D. 19.1.55 (→ Rn. 62) (auch) auf den Fall zu beziehen wäre, dass ein Sklave nach seinem Verkauf in Feindeshand fällt (unsicher), wäre insofern das richterliche Abwarten die gebotene Reaktion auf eine möglicherweise vorübergehende *difficultas in praestando*. Anachronistisch könnte man von einer vorübergehenden Unmöglichkeit sprechen.

bb. Wofür der Verkäufer einstehen muss

143 Der Verkäufer muss für alles einstehen, was sich als Verstoß gegen die gute Treue, als *mala fides*, als *dolus*, darstellt. Es kommt darauf an, dass das Verkäuferverhalten nicht dem entspricht, was zur redlichen Durchführung der Transaktion geboten wäre. Wie die möglichen Störungen von großer Vielfalt sind, so gibt es auch nicht ein einheitliches, in allen Störungsfällen gleichermassen maßgebliches Kriterium dafür, ob die unzureichende Erfüllung der Verkäuferpflicht diesem als Redlichkeitsverstoß vorzuwerfen ist. Ein willentliches Verhalten, durch das der Verkäufer sich die Übergabe selbst verunmöglicht, etwa die Freilassung des verkauften Sklaven, führte geradewegs zu einer Kondemnation auf den durch *id quod interest* bestimmten Betrag (→ Rn. 153), nicht anders als die willentliche Nichterfüllung einer an sich erfüllbaren Verkäuferpflicht. Für die meisten weiteren Fälle geht die Tendenz der klassischen Juristen dahin, dass dem Verkäufer ein Verhalten schadet, welches als *culpa* zu werten ist. Als Beleg kann der etwas umständliche Text Alf. 2 dig. D. 18.6.12 dienen, wo es um ein nach Verkauf in

⁴⁰¹ S. auch Schermaier, in: Castresana, Defectos (2014) 125–163.

Brand gesetztes Mietshaus geht: Wenn es ohne Verschulden des Eigentümers/Verkäufers zur Fremdbbrandstiftung gekommen ist, haftet er nicht.⁴⁰² Ein Abstellen auf das *culpa*-Kriterium ergibt sich auch aus Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.16 (→ Rn. 133). Der in diesen Klassikertexten erkennbaren Überzeugung, dass regelmäßig auf *culpa* abzustellen ist, mag ein Rechtszustand vorausgegangen sein, in dem man sich für die Feststellung von *dolus* je nach Störungsfall an verschiedenen anderen Maßstäben orientiert hat, so z. B. am von jeher üblichen Umgang mit der Kaufsache in Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 19.1.54 pr. Für den Diebstahlsverlust ist in der Forschung umstritten, ob die klassischen Juristen verlangten, dass die unzureichende *custodia* verschuldet sein muss (→ Rn. 149–152). Für eine Gehilfenhaftung den Verkäufer betreffend gibt es keinen Beleg.⁴⁰³ Da der Verkäufer grundsätzlich eine Sache aus eigenem Bestand abgibt, konnte es auch nicht dazu kommen, dass er den Kauf nicht erfüllte, weil er selbst nicht beliefert wurde.

144 Wenn es am Käufer liegt, dass ihm die Sache nicht übergeben wird, haftet der Verkäufer fortan nur bei *dolus* (Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.6.18; ähnl. auch Paul. 5 Sab. D. 18.6.5 a. E.); zum Gläubigerverzug → Rn. 299.

145 Würde man die Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis*⁴⁰⁴ auf die Verpflichtung des Verkäufers übertragen, müsste bei einem an sich schuldlosen Verlust der Kaufsache, der den Verkäufer im Lieferungsverzug ereilt, dessen Haftung auf *id quod interest* fortbestehen; der Kaufpreis verbliebe oder gebührte dabei unverändert dem Verkäufer; die so angenommene Rechtslage würde dann vermutlich in einer *compensatio* (→ § 111) ihre Abwicklung finden. Es gibt in den Quellen jedoch keinen kaufspezifischen Beleg dafür, dass man die Rechtslage so angesehen hätte. In den Quellen zum Kauf erscheint die *mora* des Verkäufers vielmehr als Außerkraftsetzung des *periculum emptoris* (→ Rn. 200); s. z. B. Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 (*quoniam moram in tradendo non feci*),⁴⁰⁵ Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294) und Diocl./Maxim. C. 4.48.4 (a.294). In einer solchen Konstellation entfiel also sehr wohl die Verpflichtung des Verkäufers, der hier aber seinerseits den Kaufpreis nicht mehr beanspruchen konnte.⁴⁰⁶ Diese Lösung eines beidseitigen Freiwerdens ist von einer (mit dem vollen Kaufpreis erkauften) Interes-

⁴⁰² Hierzu ausf. Pennitz, Periculum (2000) 404 f.; Knütel, SZ 100 (1983) 348 f., gegen Schulz, GrünhutsZ 38 (1911) 40 f. (*custodia*-Haftung absorbiert Gehilfenhandlungen). Zur Frage, ob Sachbeschädigung durch Dritte als Fall der nicht-prästierten *custodia* galt, → Rn. 149 bei Fn. 428.

⁴⁰³ Für eine Gehilfenhaftung bietet Alf. 2 dig. D. 18.6.12 keine hinreichende Grundlage; → Fn. 402. Der eine Wandlung begehrende Käufer musste Verschlechterungen, die durch Familienangehörige oder durch einen *procurator* verursacht worden waren, ebenso ausgleichen wie selbst verursachte Verschlechterungen (→ Rn. 353).

⁴⁰⁴ Umfassend Albers, Perpetuatio obligationis (2019).

⁴⁰⁵ Harke, Mora debitoris (2005) 30–34; Harke, Iuris prudentia (2019) 142, nimmt für den Kauf eine *perpetuatio obligationis* im Sinne einer Verkäuferhaftung an; s. auch Pennitz, Periculum (2000) 136 f.

⁴⁰⁶ Zur Unanwendbarkeit der *perpetuatio obligationis* bei den *bonae fidei iudicia* s. schon Genzmer, SZ 44 (1924) 115 f., 161.

shaftung des Verkäufers regelmäßig nur wenig verschieden, insbesondere, wenn man die enge Orientierung des Interesses am gewöhnlichen Wert der Kaufsache berücksichtigt (→ Rn. 164–168). Die Lösung eines beiderseitigen Freiwerdens (die bei der Stipulation nicht in Betracht kam)⁴⁰⁷ kann sogar als überzeugend einfach gewertet werden. – Gab ein Verzug des Verkäufers den Anlass zur Anstellung der Klage, wurde dies bei der Bestimmung des Käuferinteresses berücksichtigt (Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3, → Rn. 163).

cc. Zufälliger Untergang, zufällige Beschädigung der Kaufsache

Kann der Verkäufer die Kaufsache nicht – oder nicht in unbeschädigtem Zustand – übergeben, bleibt der Käufer ohne Klagemöglichkeit, sofern das Verkäuferverhalten im Zusammenhang mit dem Sachverlust nicht hinter dem zurückbleibt, *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet*. Eine modernrechtliche Sicht kann dazu verleiten, hier ein „Freiwerden“ des Verkäufers von seiner Übergabepflicht zu sehen, begründet in einer unverschuldeten Unmöglichkeit als „Befreiungstatbestand“. Historisch angemessener erscheint die Sichtweise, dass für den Käufer einfach ein Klagegrund fehlte, da der Verkäufer nichts getan hat, was seiner Generalverpflichtung auf korrekte Kaufabwicklung widersprechen würde. Hierher rechnen all die Fälle, in denen sich für die römischen Juristen das *periculum emptoris* verwirklicht (→ Rn. 182–198): Der weiter zahlungspflichtige Käufer hat keine Möglichkeit, wegen Nichtübergabe gegen den Verkäufer zu klagen, da dessen Verhalten dem *bona fide* Gebotenen nicht zuwider gelaufen ist. Für den Fall des ohne Zutun des Verkäufers gestorbenen Kaufsklaven erfasst Julian diesen Befund mit der Vorstellung, das Kaufverhältnis sei nun so anzusehen, *ac si traditus fuisset* (Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2);⁴⁰⁸ die Übergabepflicht ist nicht erloschen, sondern gilt als erfüllt. Zu den Ereignissen, die beim Kauf auf diese Weise behandelt werden, gehören außer dem Tod des Sklaven⁴⁰⁹ der Flächenbrand (*incendium*)⁴¹⁰ oder beim Weinkauf das Umschlagen in Essig.⁴¹¹ Stets muss man sich diese Ereignisse als solche vorstellen, deren Verhinderung außerhalb der Steuerungsmöglichkeit des Verkäufers liegt. Bleiben sinnvolle Restleistungen möglich, werden diese geschuldet: Ist ein Hausgrundstück (wohl als Bestandteil einer Erbschaft) verkauft und das Haus ohne Verschulden des Verkäufers abgebrannt, beschränkt sich dessen Leistungspflicht auf das *tradere* des Brandgrundstücks (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21). Beruht der Verlust auf einer Einwirkung von dritter Seite, suchen die Juristen dem Käufer einen hierbei eventuell ausgelösten Rechtsschutz zugutekommen zu lassen. Hierzu dienen unterschiedliche Mechanismen. Ulp. 32 ed. D. 19.1.12.13

⁴⁰⁷ Die *perpetuatio obligationis* kann damit in Verbindung gebracht werden, dass die *intentio* der *condictio* – anders als die der *bonae fidei iudicia* – nicht flexibel/dynamisch ist.

⁴⁰⁸ Julian sah das Problem, dass infolge des Sachuntergangs die Voraussetzung einer Vertragsaufhebung (*res integra*) möglicherweise nicht mehr gegeben ist; dazu → Rn. 113.

⁴⁰⁹ Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6; Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294).

⁴¹⁰ Pap. 3 resp. Frg. Vat. 23.

⁴¹¹ Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16; Diocl./Maxim. C. 4.48.5 (a.285).

spricht eine breite Verkäuferpflicht zur Klagenzession aus, nämlich hinsichtlich der *actio aquae pluviae arcendae* (→ § 62 Rn. 55), des Anspruchs auf die *cautio damni infecti* (→ § 62 Rn. 14), der *actio legis Aquiliae* (→ § 92)⁴¹² und des Interdikts *aut vi aut clam* (→ § 66 Rn. 33). Wenn das Interdikt *aut vi aut clam* auf einen Eingriff vor dem Verkauf reagiert, bleibt der Verkäufer aktivlegitimiert; er hat gegebenenfalls eine Einbusse in Form eines niedrigeren Kaufpreises erlitten; bei einem *opus* nach erfolgtem Verkauf gebührt das Interdikt (als *commodum*) dem Käufer (Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.8/9).⁴¹³ Bei diesen Feststellungen einer Verkäuferpflicht zur Klagenzession wird man ohne anderweitigen Hinweis davon ausgehen, dass beim Dritteingriff ein Verschulden des Verkäufers nicht mitgewirkt hat; der Nachteil, der den Käufer trifft, wird diesem daher einzig durch die Klagenzession ausgeglichen; mehr schuldet ihm der Verkäufer nicht. Dies findet sich in Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr. für Fälle der gewaltsamen Entziehung ausgesprochen, hinsichtlich derer keine *custodia*-Haftung bestehe. Die Durchsetzung der Zessionspflicht wird man sich so vorstellen, dass der Verkäufer eine *cautio* dafür zu stellen hatte, dass der Käufer an seiner Stelle klagen konnte.⁴¹⁴ – Die justinianischen Institutionen bekräftigen eine breite Verpflichtung des Verkäufers zur Klagenzession, die *actio legis Aquiliae* einschliessend (Inst. 3.23.3 i. f.).

dd. Beschädigung der Sache durch Verkäufergebrauch

- 147 Wenn der Verkäufer die Kaufsache vor der Übergabe beschädigt hatte, kam seine Haftung auf den Minderwert in Betracht (Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 19.1.54 pr.).⁴¹⁵ In dem zu entscheidenden Fall hatte der Verkäufer dem Kaufsklaven eine Verrichtung aufgetragen, bei deren Durchführung dieser sich das Bein brach. Labeo wollte darauf abstellen, ob die Verrichtung zu dem gehörte, was der Sklave beim Verkäufer im Allgemeinen zu tun hatte; das in der Vergangenheit Übliche sollte also den Massstab bilden. Paulus besteht auf einer regulären Anwendung des *culpa*-Erfordernisses: Der konkrete Einsatz des Sklaven darf nicht mit der Vertragspflicht zur unversehrten Auslieferung unvereinbar sein. Wie noch anklingt, führt ein schuldhaft vertragswidriger Einsatz zu einer Gefahrübernahme durch den Verkäufer, indem dieser für alles haftet, was dem Sklaven dabei etwa zustößt.

ee. Kaufsache wird dem Verkäufer gestohlen

- 148 Ein hervorstechender Störungsfall besteht darin, dass die Kaufsache dem Verkäufer gestohlen wird. Die Haftung des Verkäufers für das diebstahlsbedingte Ausbleiben der Sachlieferung ist mit der Figur der Haftung für *custodia* verbunden; damit verknüpft ist die Frage der Aktivlegitimation der *actio furti* (→ § 98 Rn. 9), hier im Verhältnis von

⁴¹³ Fargnoli, Legittimazione (1998) 62–66.

⁴¹⁴ Ausf. (Jan) Wacke, Actiones praestare (2010) 109–114.

⁴¹⁵ Zu diesem viel besprochenen Fall s. nur Pennitz, Periculum (2000) 119–122; Cardilli, Praestare (1995) 323–325.

Käufer und Verkäufer.⁴¹⁶ Hinsichtlich der generellen Entwicklung der *custodia* konkurrieren verschiedene Deutungsmuster: Wohl überwiegend wird davon ausgegangen, dass am Anfang der Entwicklung eine rein objektive Haftung verschiedener Vertragsschuldner (insb. des *commodatar*) für Diebstahlsverlust stand.⁴¹⁷ Das justinianische Recht hebt sich hiervon mit der klaren Aussage ab, dass eine garantiemäßige Haftung nur kraft besonderer Zusage eintritt; ansonsten ist ein Verschulden die unabdingbare Haftungsvoraussetzung (Inst. 3.23.3a). Umstritten ist in der Hauptsache, ob darin eine spezifisch justinianische Subjektivierung des Haftungsrechts zu sehen ist,⁴¹⁸ oder ob und inwieweit Justinians Juristen nur eine Entwicklung vollendeten, die bereits in spätklassischer Zeit eingeleitet worden war.⁴¹⁹ Soweit Letzteres angenommen wird, soll der Beitrag der Schuljurisprudenz im Wesentlichen darin bestanden haben, *custodia* systematisch als Sonderform der *culpa* einzuordnen. Dies wird mit einer ursprünglich objektivierten Haftungsfigur gerne so harmonisiert, dass ein Vorkommnis von Diebstahl stets als *culpa* gewertet worden sein soll („objektivierte“ oder „typisierte“ *culpa*).⁴²⁰ Teilweise stellt man einen Bezug zur These her, wonach ein in die republikanische Zeit zurückreichendes Nebeneinander von *dolum*, *culpam*, *custodiam praestare* durch die hoch- und spätklassische oder nachklassische Schuljurisprudenz in ein ausschließliches Gegensatzpaar von *dolus* und *culpa* überführt worden sei.⁴²¹ Der Fragenkomplex greift weit über den Kauf hinaus, auf den sich die folgende Darstellung beschränkt. Die Frage der Aktivlegitimation der *actio furti* ist beim Kauf anders gelagert als bei solchen Verträgen, bei denen der diebstahlsbetroffene Vertragsschuldner nicht der Eigentümer ist (z. B. *commodatum*, *locatio conductio*): Beim Kauf ist die Aktivlegitimation des Verkäufers, sofern er Eigentümer ist, der klare Ausgangspunkt.⁴²² Unzweifelhaft ist weiterhin, dass im Fall des Diebstahls dem Verkäufer als Eigentümer die

⁴¹⁶ Wird die bereits übergebene Kaufsache dem Käufer gestohlen, erwächst diesem die *actio furti* auch in dem Fall, dass ihm die *traditio* kein Eigentum verschafft hat, der Verkäufer also als aktivlegitimiert scheinen könnte (Inst. 4.1.15).

⁴¹⁷ Umf. Pennitz, *Periculum* (2000) 380–408; Nelson/Manthe, *Gai Institutiones* III 182–225 (2007) 309–318. Eine Gegenansicht sieht schon am Anfang der Entwicklung eine Pflicht zur sorgfältigen Bewachung, was eine *culpa in custodiendi* zur durchgängigen Haftungsvoraussetzung gemacht hätte: Voci, *SDHI* 56 (1990) 29–143; MacCormack, *SZ* 89 (1972) 149–219; einen Überblick über die Forschungsgeschichte Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* (2006) 61–112, speziell zum Kauf dort S. 263–314.

⁴¹⁸ Hinsichtlich der justinianischen Redaktion wurde lange auch die Vermutung gepflegt, die Stärkung des Verschuldensmoments sei mit einer weitgehenden Textersetzung von *custodia* durch *diligentia* verbunden gewesen; zuletzt Litewski, *SZ* 105 (1988) 868 ff. Ausweislich von Inst. 4.1.13–17 und Iust. C. 6.2.22.1d (a.530) ist nicht zu bezweifeln, dass die justinianische Gesetzgebung im Bereich der *custodia*-Haftung zur Kontroversenbereinigung eingegriffen hat; dazu ausf. Ankum, *RI-DA*³ 47 (2000) 463–479; Willems, *Justinian als Ökonom* (2017) 336–349.

⁴¹⁹ Der Vorgang wird in die Nachklassik gesetzt von Cannata, *Responsabilità contrattuale* I (1966) 115 ff.

⁴²⁰ Bauer, *Periculum* (1998) 60; Kaser, *RP* I 507.

⁴²¹ Cardilli, *Praestare* (1995) 445 ff.; im Anschluss an Tafaro, *Regula* (1984).

⁴²² Kaser, *SZ* 96 (1979) 89–128; s. auch Reichard, *Drittschadensersatz* (1993) 74 f., 105 ff., 285.

rei vindicatio erwuchs; die *condictio furtiva* (→ § 93 Rn. 15) teilte die Aktivlegitimation mit der *rei vindicatio*, indem sie an das Eigentum anknüpft (Ulp. 28 Sab. D. 13.1.1). Nach klassischem wie nach justinianischem Recht musste der Verkäufer beide sachverfolgenden Klagen seinem Käufer abtreten.

- 149 Geht man mit der neueren Forschung davon aus, dass die klassische Figur der *custodia* nicht in erster Linie einen Haftungsmaßstab bezeichnet, sondern einen Aspekt der vertraglichen Leistungspflicht,⁴²³ hatte die *custodia* formeltechnisch ihren Sitz in der *intentio*: Der Verkäufer schuldete dem Käufer die Bewachung des Kaufobjekts (*custodiam praestare*).⁴²⁴ Die Bewachung der verkauften Sache gehört zu dem Verhalten, *quod venditor emptori ex fide bona facere oportet*. Nach klassischem Recht stellte dabei jedes Vorkommen eines Diebstahls einen „breach“ dieser Verpflichtung dar.⁴²⁵ Ein für *custodia* Verantwortlicher haftete mit der einschlägigen Vertragsklage für den Sachverlust, ohne dass es auf sein konkretes Verschulden angekommen wäre.⁴²⁶ Insofern war *custodia* der Inhalt einer speziellen vertraglichen Leistungspflicht mit einer inhärenten Erfolgshaftung.⁴²⁷ Im Kaufverhältnis konnte demnach Sachverlust durch Diebstahl in keinem Fall unter die Regel des *periculum emptoris* kommen (→ Rn. 182–198), aus dessen Anwendungsbereich der Diebstahl, gleichgültig ob durch Nachlässigkeit ermöglicht oder nicht (in diesem Fall spricht man vom *casus minor*), ausgeschlossen war. Zu dieser Sicht gehört schließlich, dass die *actio furti* ausnahmslos dem Verkäufer wegen dessen stets gegebenem Haftungsinteresse erwachsen und verbleiben musste. Im Bereich des Kaufs ist eine Ausnahme dahingehend, dass bei Insolvenz des *custodia*-Schuldners (hier: Verkäufer) die Aktivlegitimation *ipso iure* beim Gläubiger (hier: beim Käufer) liegt, nicht erkennbar. Ob die Figur der *custodia* außer dem Diebstahlsfall auch die Sachbeschädigung betraf, die durch Bewachung verhindert wird, erscheint zweifelhaft;⁴²⁸ möglicherweise bestand eine Kontroverse (vgl. für die *locatio conductio* Ulp. 5 ed. D. 19.2.41).⁴²⁹

⁴²³ Robaye, Obligation (1987); Cardilli, Praestare (1995).

⁴²⁴ So schon *Cannata*, Responsabilità contrattuale I (1966) 39 ff., insb. 128; (Jan) Wacke, *Actiones praestare* (2010) 140 ff., 169 ff., 196 ff.

⁴²⁵ Grundlegend Schulz, SZ 32 (1911) 73–76. Ob diese Einstandspflicht ursprünglich („archaisch“) war oder erst aufgrund geschäftsüblicher vertraglicher Übernahme zum Verkehrsstandard wurde, wird hier nicht diskutiert.

⁴²⁶ Zur *custodia* beim *commodatum* → § 89 Rn. 18 ff.

⁴²⁷ Die Redeweise vom „objektivierten“ oder „typisierten“ Verschulden hat keine Quellengrundlage; sie dient dazu, den Unterschied zwischen klassischem und justinianischem Recht zu verdecken oder abzumildern.

⁴²⁸ Quellen zum Kauf: Nach Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.12 gebührt die *actio legis Aquiliae* dem Käufer, doch ist damit nicht gesagt, dass hierfür ein Haftungsinteresse aufgrund der *custodia* den Ausschlag gab. In Paul. 7 Plaut. D. 19.1.36 wird die Verpflichtung des Verkäufers, sich für das noch nicht übergebene Grundstück die *cautio damni infecti* geben zu lassen, auf die Verpflichtung zum *praestare custodiam et diligentiam* gestützt, deren Vernachlässigung den Verkäufer haftbar macht. In Alf. 2 dig. D. 18.6.12 geht es um die Zulassung einer Fremdbbrandstiftung: sei die *custodia* mit Diligenz prästiert, hafte der Verkäufer nicht. Zu Belegstellen außerhalb des Kaufs s. Bauer, *Periculum* (1998) 61 Fn. 203.

⁴²⁹ Zur eigenmächtigen Flucht des verkauften Sklaven vom Verkäufer → Rn. 153.

Mit alldem stimmen die Texte, wie sie durch die justinianische Kodifikation überliefert sind, nicht überein.⁴³⁰ Das neue Recht ist kernhaft in Inst. 3.23.3a zusammengefasst, wobei der Diebstahl eines Sklaven und dessen eigenmächtige Flucht zusammen behandelt werden;⁴³¹ die Regelungen soll der Rechtsanwender noch auf Tiere und Sachen übertragen. Fehlen auf Verkäuferseite *dolus* und *culpa*, komme es auf eine etwaige Bewachungszusage des Verkäufers an; nur durch diese übernimmt er eine Erfolgshaftung (*periculum; casus*). Ohne eine solche Garantiezusage sei er sicher. In jedem Fall aber müsse der Verkäufer seine Vindikation und die *condictio* (*furtiva*) abtreten, da diese vor der Übereignung der Sache nur dem Verkäufer erwachsen könnten. Dies gelte auch für die *actio furti* und die *actio* aus der *lex Aquilia*. Die *custodia*-Haftung wurde verschuldensabhängig gestellt; eine Erfolgshaftung (Garantiehaftung) bestand nurmehr, wenn sie vom Verkäufer besonders übernommen war. Ein speziell für diesen Fall hochgeschraubter Sorgfaltsmaßstab (*diligentia exactior*⁴³² o. ä.) sorgte dafür, dass sich der Unterschied zur Erfolgshaftung in Grenzen hielt. Gegenüber dem Rechtszustand, den man für die Zeit der Klassik vermuten darf, verkomplizierte sich die Rechtslage damit wie folgt:⁴³³ (1) Bei unverschuldetem Verlust und wenn auch keine Bewachungsgarantie abgegeben war, haftete der Verkäufer nicht auf das *quod interest*, musste aber dem Käufer die sachverfolgenden Klagen sowie die *actio furti* abtreten. Der Schritt, in diesem Fall von vornherein den Käufer als den zur Diebstahlsklage Aktivlegitimierten anzuerkennen, blieb aus (Papinian hatte sich dagegen ausgesprochen⁴³⁴). Die Lieferpflicht des Verkäufers ist auf diese Klagenabtretungen umgestellt und reduziert; der Käufer bleibt im Gegenzug zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Insofern findet durchaus ein Austausch statt. Als dessen Ergebnis erhält der Verkäufer jedenfalls den Kaufpreis; dabei bleibt es für ihn. Werden Dieb bzw. Sache wieder aufgefunden, geht alles, was man dem Dieb mit Erfolg abverlangen kann, an den Käufer.⁴³⁵ Soweit diese Verfolgung nicht gelingt, trägt der Käufer endgültig den Verlust. In rückblickender Systematik liegt es nahe, den – bei Anlegung eines hohen Sorgfaltsmaßstabs – unverschuldeten Diebstahlsverlust mit den herkömmlichen Fällen des *periculum emptoris* (→ Rn. 182–198) zusammenzustellen; dergleichen Überlegungen hat die justinianische Gesetzgebung nicht eingebracht. (2) Bei einem durch Verkäuferverschulden ermöglichten Diebstahl, ebenso wie bei Übernahme einer Bewachungsgarantie, trifft den Verkäufer die Haftung auf *id quod interest* (→ Rn. 163–169) wegen Nichtprästierung dessen, *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet*. Der Käufer bleibt zur Kaufpreiszahlung verpflichtet; der Verkäufer „verdient“ sich den Kaufpreis

⁴³⁰ Zum justinianischen Recht, bezogen auf das *commodatum*, → § 89 Rn. 53.

⁴³¹ Zur *custodia*-Haftung des *commodatars* für Sklavenflucht → § 86 Rn. 34.

⁴³² Paul. 5 Sab. D. 18.6.3 mit der Wendung, der Verkäufer schulde *diligentia exactior, quam in suis rebus adhiberet*. Die Echtheit dieser Wendung wird mit guten Gründen bezweifelt.

⁴³³ Zum frühbyzantinischen Recht s. *De Jong*, RIDA³ 65 (2018) 397–416.

⁴³⁴ Pap. 12 quaest. D. 47.2.81 pr.; dazu weiter unten im Text.

⁴³⁵ Zum Klagenübergang bei *custodia* s. auch (*Jan*) Wacke, *Actiones praestare* (2010) 170 ff.

gleichsam mit der Aufbringung der Interesseleistung. Für die Aktivlegitimation zur Diebstahlsklage in diesem Fall fehlt eine direkte Regelung. Die originäre Legitimation zur Diebstahlsklage lag unzweifelhaft auch in diesem Fall beim Verkäufer; im Umkehrschluss und wegen des erkennbaren Haftungsinteresses des Verkäufers ist anzunehmen, dass dieser nach justinianischem Recht keiner Abtretungspflicht unterlag. Während für das *commodatum* ein Wahlverhältnis zwischen der Anstellung der Diebstahlsklage und der Klage aus dem Vertrag gesehen und geregelt wird (Inst. 4.1.16; Inst. C. 6.2.22 pr.–3a [a.530]),⁴³⁶ findet sich für den Kauf verständlicher Weise keine entsprechende Regelung.⁴³⁷

- 151 Zur Quellenlage im Einzelnen:⁴³⁸ Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr. behandelt die gewaltsame Wegnahme der Sache: Dem Käufer seien nur die sachverfolgenden Klagen abzutreten; dagegen verbleiben die *actio vi bonorum raptorum* (→ § 93 Rn. 13 f.) und/oder das Interdikt *aut vi aut clam* (→ § 66 Rn. 33) offenbar dem Verkäufer.⁴³⁹ Eine Haftung für *custodia* wird verneint, weil Bewachung nichts gegen Gewalt ausrichte. Den Fortgang des Textes wird man so zu verstehen haben, dass der Verkäufer mit der Klagenabtretung seine Pflicht abschließend erfüllt, unabhängig davon, ob der Käufer von diesen Klagen erfolgreich Gebrauch machen wird. Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.4⁴⁴⁰ und Inst. 3.23.3a erscheinen aufeinander abgestimmt; die justinianische Gesetzgebung dürfte von einer Vorlage des Gaius ausgegangen sein: Zunächst komme es auf eine etwaige Vereinbarung hinsichtlich der Sachbewachung an. Fehlt eine solche, sei *custodia* nach dem Massstab eines *bonus pater familias* zu prästieren. Komme der Verkäufer seiner Bewachungspflicht nach, sei er sicher, habe aber dem Käufer die *rei vindicatio* (→ § 59) und die *condictio (ex causa furtiva)* (→ § 93 Rn. 15) abzutreten. Im Umkehrschluss ist (im Einklang mit Inst. 3.23.3a) anzunehmen, dass die eingangs ins Spiel gebrachte *custodia*-Abrede als ein verschuldensunabhängiges Ersatzversprechen (Garantieversprechen) für den Diebstahlsfall gedacht ist. Man mag dies so auffassen, dass die ältere regelmäßige Erfolgshaftung fortgeführt, nun aber von einer entsprechenden Abrede abhängig gestellt wird. Sei eine *res aliena* verkauft und daher diese Klagenprästation unmöglich, hafte der Verkäufer dem Käufer. Auffällig ist die Übergehung der *actio furti*. War möglicherweise von ihr im ursprünglichen Text keine Rede, weil nach dem klassischen Rechtszustand die *actio furti* stets dem Verkäufer verblieb? Pap. 12 quaest. D. 47.2.81 pr. überprüft die Aktivlegitimation des Verkäufers zur *actio furti*, die er unter Hinweis auf dessen Eigentümerstellung bestätigt; der Text verliert an Stringenz, indem das Ergebnis alternativ noch auf die Verpflichtung zur Klagenabtretung – als *custodia*-Prästation – gestützt wird.⁴⁴¹ Die originäre Zuständigkeit des Ver-

⁴³⁶ → § 89 Rn. 55.

⁴³⁷ S. auch Reichard, Drittschadensersatz (1993) 96 ff.

⁴³⁸ Von der umfassenden Mitteilung der Interpolationsannahmen ist hier abgesehen.

⁴³⁹ Rüfner, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 162; Reichard, Drittschadensersatz (1993) 75.

⁴⁴⁰ Ausf. Pennitz, Periculum (2000) 385 ff.; Reichard, Drittschadensersatz (1993) 73.

⁴⁴¹ Hierzu Rüfner, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 161 ff.

käufers für die *actio furti*, von Papinian (und Ulpian) beglaubigt und in Justinians Institutionen aufgegriffen, dürfte sich verlässlich dem klassischen Recht zuschreiben lassen (Celsus wird als Gewährsmann genannt). Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14 pr.⁴⁴² spricht zunächst den Kernsatz aus, dass der Käufer nicht aus eigenem Recht die *actio furti* anstellen könne, diese vielmehr seit Celsus dem Verkäufer zustehe. Die Pflicht zur Klagenabtretung wird hier für die *condictio furtiva*, die *vindicatio* und die *actio furti* bejaht; die Letztere vermutlich interpoliert. Was der Verkäufer aus der Eigenverfolgung dieser Klagen schon erlangt hat, gebührt dem Käufer. Der Text stellt noch einen Zusammenhang her mit der vom Käufer zu tragenden Sachgefahr; dies darf freilich nicht so verstanden werden, als seien *custodia*-Haftung und *periculum emptoris* beim Kauf als zwei gegenläufige Elemente des Haftungsdesigns von Anfang an bewusst gegeneinander austariert worden. – Für den Erbschaftsverkauf wird in Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 die Frage behandelt, wem das vom Verkäufer mit der *actio furti* bereits eingezogene *duplum* gebührt.⁴⁴³ Paulus geht davon aus, dass sich die Lieferverpflichtung des Verkäufers infolge des schuldlosen Sachverlust auf die Abtretung der Klage umstellt und beschränkt, entsprechend der Entscheidung, dass der Hausverkäufer, nachdem das Gebäude ohne sein Verschulden abgebrannt ist, nun das Trümmergrundstück zu übertragen hat. Daher verbleibe dem Verkäufer die Ersatzleistung des Diebes. Die nach Paulus gleichwohl zur Abtretung bestimmten Klagen können folglich nur die sachverfolgenden sein. – Paul. sent. 2.31.17 überrascht mit der Feststellung, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer zur Anstellung der *actio furti* berechtigt sind, da beide ein Interesse an der Übergabe haben. Es ist nicht festzustellen, ob diese Aussage eine durchgedrungene nachklassische Rechtsentwicklung wiedergibt oder bloß eine Vereinfachung seitens des Autors, den der klassische Rechtszustand überforderte.⁴⁴⁴ Gegenüber der Lösung in Paul. sent. 2.31.17 stellt sich das justinianische Recht als Rückkehr zum klassischen Rechtszustand dar, auch wenn dieser erheblich modifiziert wird.

Im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils ist für das klassische Recht anzunehmen, dass der Verkäufer beim Diebstahl der noch nicht übergebenen Kaufsache dem Käufer garantiemäßig auf das Interesse haftete und selbst die *actio furti* er- und behielt, dagegen seine sachverfolgenden Klagen dem Käufer abzutreten hatte. Damit ergeben sich für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der denkbaren Verläufe die folgenden Risiko- und Verlustzuweisungen. (1) Blieben Dieb und Sache unauffindbar, war der Käufer mit

⁴⁴² Viaro, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 843–845; Rüfner, in: Vacca, *Danno risarcibile* (2011) 163 f.; zuvor schon Reichard, *Drittschadensersatz* (1993) 70 ff.

⁴⁴³ Ausf. Reichard, *Drittschadensersatz* (1993) 77 ff.; weitere Literatur zu diesem Fragment → Rn. 154 Fn. 452.

⁴⁴⁴ Der Deutung, der nachklassische Jurist habe die Situationen vor und nach Abtretung der *actio furti* ansprechen wollen, womit die spätere justinianische Lösung schon für die Zeit der Paulussentenzen belegt wäre (Mommsen, *Strafrecht* 744 Fn. 7), steht die Formulierung entgegen, die ein gleichmäßiges Interesse und eine gleichmäßige Berechtigung ausdrückt, wogegen bei einer Zessionspflicht doch letztlich allein das Käuferinteresse entscheidet und befriedigt wird.

der Interesseleistung entschädigt; der Verkäufer musste sich den Kaufpreis, der ihm unverändert zustand, mit der Interesseleistung aus seinem Vermögen erkaufen. Einen Ausgleich für diese Verlustzuweisung kann man darin sehen, dass gleichzeitig das Risiko von Ereignissen höherer Gewalt bereits ab Vertragsschluss vom Käufer zu tragen war (zum *periculum emptoris* → Rn. 182–198).⁴⁴⁵ (2) Wurden Dieb und Sache aufgefunden, erhielt der Verkäufer die *poena* aus dem Diebstahl, während der Käufer die Sache an sich bringen konnte.⁴⁴⁶ Wenn es sich um ein *furtum nec manifestum* handelte, kam bei erfolgreicher Belangung des Diebes – wirtschaftlich betrachtet – der dreifache Sachwert zwischen Verkäufer und Käufer zur Verteilung: Der Verkäufer erhielt den Sachwert zweimal (aufgrund der *actio furti*), der Käufer einmal (mittels der *rei vindictio* bzw. der *condictio furtiva*). Dem Verkäufer wurde damit der Verlust infolge der *custodia*-Haftung ausgeglichen, der „zweite“ Sachwert war für ihn ein „Überschuss“; ein „Überschuss“ gleichen Umfangs ergab sich für den Käufer, der außer der Interesseleistung des Verkäufers (die er behielt) mit Zeitverzug vom Dieb nun auch noch die Sache (oder eine entsprechende Sachwertzahlung) erhielt. Gemessen am *status quo ante* wurde im wirtschaftlichen Ergebnis die mit der Diebstahls-*poena* zusätzlich ins Spiel gekommene „Verteilungsmasse“ beim *furtum nec manifestum* zwischen Verkäufer und Käufer hälftig aufgeteilt. Die Verdoppelung der *poena* beim *furtum manifestum* kam ausschließlich dem Verkäufer zugute. Jede der Vertragsparteien trug das Durchsetzungsrisiko der ihr zukommenden Klagen. (3) Es bestanden noch weitere Verlaufsmöglichkeiten mit wiederum verschiedenen wirtschaftlichen Ergebnissen, wenn man nämlich des Diebes habhaft wurde, aber nicht der Sache oder umgekehrt. – Betrachtet man gesamthaft die Zuweisungen von Risiken, Verlusten und Gewinnen (Diebstahls-*poena*), erscheint das klassische Recht nicht als disfunktional ungerecht. Es ist keineswegs anstößig verkäuferfeindlich und wird nicht erst dadurch wertungsmäßig annehmbar, dass man der *custodia*-Haftung ein *culpa*-Erfordernis aufmontiert.⁴⁴⁷

ff. Freilassung und Flucht des verkauften Sklaven

- 153 Lässt der Verkäufer den verkauften Sklaven frei, haftet er dem Käufer (Iul. 13 dig. D. 19.1.23);⁴⁴⁸ zur Bestimmung der *condemnatio* in diesem Fall → Rn. 166–167. Diocl./Maxim. C. 4.49.11 (a.293) stellt klar, dass die Möglichkeit der Freilassung für den Verkäufer endet, wenn er sich durch *traditio* seines Eigentums begibt. – Der Fall, dass der verkaufte Sklave vor Übergabe flieht, wird im justinianischen Recht derselben Regelung unterstellt, die für den beim Verkäufer eingetretenen Diebstahlsverlust aufgestellt ist (Inst. 3.23.3a), → Rn. 150.⁴⁴⁹ Das klassische Recht betreffend fehlt ein Beleg

⁴⁴⁵ Statt aller etwa Fritz Schulz, CRL 533.

⁴⁴⁶ Zum anschließenden Erwerb prätorischen Eigentums durch den Käufer s. (Jan) Wacke, *Actiones praestare* (2010) 343–344.

⁴⁴⁷ Insgesamt ist dem Urteil von Fritz Schulz zuzustimmen, dem die Ergebnisse klassischen Rechts als „far from being unjustified“ und „an ideal solution of the problem“ erschienen sind, CRL 533.

⁴⁴⁸ Ernst, SZ 139 (2022) 352 ff.; einen ähnlichen Fall bescheidet Diocl./Maxim. C. 4.49.11 (a.293).

⁴⁴⁹ Diese Gleichstellung wurde vielleicht dem Recht des Commodats entlehnt; → § 86 Rn. 34.

dafür, dass im Kaufverhältnis die eigenmächtige Flucht eines Sklaven wie dessen Diebstahl durch einen Dritten als Bruch der *custodia* angesehen worden wäre. Für das klassische *custodia*-Verständnis hätte dies eine verschuldensunabhängige Haftung bedeutet (→ Rn. 149–152), die hier aber ohne den Ausgleich in der Aktivlegitimation des Verkäufers für die *actio furti* geblieben wäre. Angesichts der weiteren Überlieferung ist eher zu vermuten, dass der Verkäufer für die Flucht seines Sklaven nur bei *culpa* haftete (der konkrete Sklave war als bewachungsbedürftig bekannt).⁴⁵⁰

gg. Metamorphosen des Kaufobjekts

Zurückhaltend stehen die römischen Juristen der Möglichkeit gegenüber, die Pflicht zur Lieferung von der Kaufsache auf eine andere Leistung umzustellen.⁴⁵¹ Zur Abgrenzung von eventuellen Zusatzverpflichtungen des Verkäufers, neben der Kaufsache auch noch Nebensachen/Früchte herauszugeben bzw. Geldersatz für Nutzungen zu leisten (→ Rn. 135–138), spricht man heute (quellenfern) vom Surrogat oder vom „stellvertretenden *commodum*“: ein neues Leistungsobjekt soll die Kaufsache vertreten. Die moderne Sichtweise verknüpft die Frage noch mit dem Gedanken, es sei eine Bereicherung beim Verkäufer abzuschöpfen. Die Entscheidungen im Einzelnen: Wenn die Kaufsache sich im Zeitpunkt des Verkaufs bei einem Dritten befunden hat, den der Eigentümer mit der *rei vindicatio* beklagt, kann der Grundsatz der Geldkondemnation dazu führen, dass der Verkäufer statt der Sache die *litis aestimatio* erhält. Die Verkäuferpflicht wird hier indes nicht zur Auskehrung der *litis aestimatio* umgestaltet, sondern richtet sich weiter auf die Sache selbst, was zur Verurteilung in *id quod interest* führen muss (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21). Daneben findet sich in Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 die weitere Erwägung, dass bei einem Zweitverkauf einer *res singularis* (→ Rn. 72), der dem Verkäufer den Kaufpreis trotz des Todes des Sklaven eingetragen hat (zum *periculum emptoris* → Rn. 182–198), ein Anspruch des früheren Käufers auf diesen Erlös verneint wird: Verkauft sei die Sache, nicht eine *actio*. Von dem seitens des späteren Käufers gezahlten Preis heisst es: *non ex re sed propter negotiationem percipitur* – Surrogate sind keine Früchte, die *ex re* gezogen werden. Der frühere Käufer verliert den Anspruch auf die Sache, weil diese ohne Verkäuferverschulden untergegangen ist; der Verkäufer darf daher nicht in Verzug gewesen sein. In der Sekundärliteratur wird bezweifelt, ob eine Zahlungspflicht des ersten Käufers impliziert ist, was vielfach verneint wird, weil es angeblich wertungsmäßig unvertretbar sein soll.⁴⁵² Sofern nicht dem Ver-

⁴⁵⁰ Von manchen wird die justinianische Regelung als Beleg auch für das klassische Recht genommen; s. Söllner, CRRS X/6 209 mit Fn. 674; auf das Bestehen einer Kontroverse deutet vielleicht Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.6 hin; s. Schulz, SZ 32 (1911) 49 f. Fn. 2, 83 f.

⁴⁵¹ Rüfner, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 155–170; Pennitz, Periculum (2000) 408–419.

⁴⁵² Zutr. dagegen Weyand, TR 51 (1983) 265 f. Fn. 194; weitere Lit. zu der viel besprochenen Stelle: Jakobs, Lucrum (1993) 10 ff.; Pennitz, Periculum (2000) 103–117; Ullrich, Doppelverkauf (1990); Schmidt-Ott, Pauli Quaestiones (1993) 136–143; Sella-Geusen, Doppelverkauf (1999) 36–43; Harke, Mora debitoris (2005) 31 ff.; Rüfner, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 164 ff.; Kupisch, Mél. Cananata 37–52; aus dem 19. Jh. s. Jhering, JhJb 3 (1859) 449–488; dazu Pennitz, Jhering heute (2018) 145–158.

käufer doloses Verhalten vorgeworfen werden kann (was der Text nicht besagt), entspricht die Entscheidung indes der Rechtslogik; die Vermeidung ungerechtfertigter Bereicherung stellt – anders als *dolus* – keinen Grund zur Entscheidungskorrektur dar. Aus Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 ergibt sich aber auch, dass der Erbschaftsverkäufer, der eine zur Erbschaft gehörende Einzelsache anderweitig verkauft, den Erlös mit der Erbschaft dem Erbschaftskäufer schuldet. Die unterschiedliche Behandlung im Vergleich zum doppelten Verkauf als Einzelsache legt eine Affinität des Surrogatsgedankens zu Vermögensgesamtheiten (*hereditas, dos, grex*) nahe, bei denen die Zugehörigkeit eines abgehenden Vermögensstücks die Zuordnung des zum Ausgleich Erworbenen wiederum zur Gesamtheit rechtfertigt.⁴⁵³ – In einem zuerst von Celsus behandelten Fall ist ein hälftiger Miteigentumsanteil an einem Landgut verkauft worden; das vom anderen Miteigentümer herbeigeführte *iudicium communi dividundo* (→ § 67) weist das ganze Eigentum entweder dem Kläger zu – dann schuldet der Verkäufer dem Käufer den für seinen Miteigentumsanteil erhaltenen Ausgleichsbetrag; oder aber das alleinige Eigentum wird dem Verkäufer zugeschlagen, in welchem Fall er das ganze Grundstück zu übertragen hat, wogegen der Käufer neben dem Kaufpreis den von seinem Verkäufer dem ehemaligen Miteigentümer zu erstattenden Ausgleichsbetrag schuldet (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.17).⁴⁵⁴ Die mit dem Kauf verbundene Eviktionsgewährleistung bleibt auf den ursprünglich verkauften Anteil beschränkt, doch muss der Verkäufer hinsichtlich der anderen Hälfte immerhin *de dolo malo repromittere*. Teilt der Judex das Grundstück gegenständlich unter den Miteigentümern auf, schuldet der Verkäufer das ihm zugesprochene Teilgrundstück. Für die Lösungen aller dieser Varianten mag den Ausschlag gegeben haben, dass es sich um Metamorphosen des Kaufgegenstandes handelt, die in diesem angelegt waren und mit denselben Ergebnissen auch beim Käufer hätten eintreten können.⁴⁵⁵ – Die vorgenannten Entscheidungen fügen sich keinesfalls zu einem allgemeinen Rechtssatz, wonach Unmöglichkeit der Leistung stets zu einem Käuferrecht auf ein etwaiges Surrogat führen würde. Vom gegenteiligen Ausgangspunkt her hat es aber Sonderfälle gegeben, bei denen – unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten – eine Umstellung auf ein Surrogat befürwortet wurde. Keinen Hinweis gibt es auf den Gedanken, es gelte mit der *actio empti* eine etwaige Bereicherung des Verkäufers abzuschöpfen.

hh. *Concursus causarum*

- 155 Ein von den Juristen in diversen Variationen behandelter Störungsfall besteht darin, dass die verkaufte Sache dem Käufer noch aus einem anderen Rechtsgrund zukommt. Die Juristen sprechen in vielen Fällen vom *concursus (duarum) causarum*. Ursprünge der Rechtsfigur liegen wohl schon im altrömischen Recht, doch wird mit einer erheb-

⁴⁵³ S. Welle, In universalibus (1987).

⁴⁵⁴ S. auch Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.13.

⁴⁵⁵ Zu dem längeren Traktat Afr. 8 quaest. D. 19.2.33, das die Enteignung eines Landguts während eines laufenden Pachtverhältnisses und im Vergleich dazu auch in ihrer Auswirkung auf einen Verkauf behandelt, → Rn. 202.

lichen Weiterentwicklung der juristischen Lösungen gerechnet. Die Figur greift über das Kaufrecht hinaus, wird hier aber nur in ihrem Vorkommen beim Kauf angesprochen.⁴⁵⁶ Es wurde unterschieden, ob der anderweitige Erwerb *ex causa onerosa* oder *ex causa lucrativa* erfolgte: Der Kauf kann mit einem weiteren onerosen Erwerbsgrund, also einem zweiten Kauf durch denselben Käufer, zusammentreffen oder mit einem lukrativen Erwerb, d. h. es wird dem Käufer die Kaufsache geschenkt, vererbt oder durch Testament vermacht; in den letztgenannten Fällen ist zugleich das Recht von Schenkung bzw. Legat betroffen (→ § 97 Rn. 23). Ist in diesen Situationen der Dritte *verus dominus* gewesen, wird im Kaufverhältnis eine zunächst bestehende Eviktionsgefahr ausgeschaltet; insofern betrifft das Problem auch das Gebiet der Eviktionshaftung.⁴⁵⁷

Für den lukrativen Erwerb von dritter Seite ist Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.15 = Paul. sent. 156 2.17.18 der Kardinalbeleg. Die Überlieferung in den Paulus-Sentenzen stellt klar, dass die dem Käufer zustehende *actio empti* auf Kaufpreistrückzahlung (*recuperatio pretii*) gerichtet ist. Ohne diese Rückforderung bliebe die unentgeltliche Zuwendung an den Käufer ohne bereichernden Effekt.⁴⁵⁸ Auch die vielfach behandelte Stelle Iul. 33 dig. D. 30.84.5⁴⁵⁹ ergibt – ungeachtet zahlreicher Zweifelsfragen – die Kaufpreistrückzahlung als Folge des anderweitigen lukrativen Erwerbs. Der Verkäufer schuldet dem Käufer das *habere licere* der Kaufsache nicht bloß an und für sich, sondern gestützt auf die gemeinsam geschaffene *causa emptionis*. Besitzt der Käufer aufgrund einer anderen *causa*, ist diese Leistung unmöglich geworden. Iul. 4 Min. D. 19.1.29⁴⁶⁰ behandelt den Sonderfall, dass der Empfänger eines bedingten Vermächtnisses die vermachte Sache unbedacht vom Erben kauft: der Käufer kann den Kaufpreis zurückverlangen. Die Begründung unterliegt Zweifeln;⁴⁶¹ man muss annehmen, dass es um die Situation nach Bedingungseintritt geht.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Lambrini, SDHI 67 (2001) 203–238; Lambrini, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 745–785; Wimmer, TR 69 (2001) 203–219; Pfeil, *Concursus duarum causarum* (1998); Lambrini, *Concursus causarum* (2000); Ankum, *SemCompl.* 8 (1996) 57–98; Emunds, *Solvendo quisque pro alio liberat eum* (2007) 52–55; Halbwachs, s. v. *Lucratarum causarum concursus*, DNP; M. Zimmermann, *Rechtserwerb* (2001) 133–136.

⁴⁵⁷ Paul. 76 ed. D. 21.2.9 (die Stelle betraf wahrscheinlich die *actoritas*-Haftung); Paul 2 ed. aed. cur. D. 21.2.41 pr.; zu beiden Texten s. Ernst, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 30 ff.

⁴⁵⁸ Von Ernst, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 57–59, wird ein möglicher Bezug auf die *actio auctoritatis* vermutet; dagegen Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 150 f.; s. auch Knütel, in: Castresana, *Defectos* (2014) 119–121.

⁴⁵⁹ Dazu Knütel, in: Castresana, *Defectos* (2014) 109–124; Harke, OIR 11 (2006) 80; Ernst, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 49 ff.; Lambrini, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 745–785; Honsell, *Quod interest* (1969) 40 f.; Ankum, *SemCompl.* 8 (1996) 86–89; Misera, *St. Talamanca V* 439–450; Lambrini, SDHI 67 (2001) 211 ff.

⁴⁶⁰ Dazu, mit umfassenden Nachw., Ernst, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 39–41; Russo Ruggeri, *Scr. Guarino VI* 2823 f.; Zimmermann, *Rechtserwerb* (2001) 138–131; Knütel, in: Castresana, *Defectos* (2014) 109–113.

⁴⁶¹ Möglicherweise ging es Julian um ein Vindikationslegat.

⁴⁶² Um die Eviktionsstipulation im Hinblick auf einen vom Käufer bereits verlorenen Heraus-

- 157 Der Fall, dass der Käufer die ihm verkaufte Sache nochmals von einem Dritten erwirbt, ist grundsätzlich anders gelagert als derjenige des lukrativen Erwerbs (vorige Rn.), und zwar aus folgendem Grund: Ein Selbsterwerb durch den Käufer, der die Sache zum zweiten Mal kauft, und zwar jetzt vom *verus dominus*, kann nicht ohne weiteres zu einem Ausgleichsanspruch gegen den Verkäufer führen, weil damit die Voraussetzungen der Eviktionshaftung (→ Rn. 271) umgangen würden. Belegt ist denn auch nur die Befugnis des Käufers, einen noch nicht gezahlten Kaufpreis zurückzubehalten (Pomp. 11 Sab. D. 21.2.29 pr.).⁴⁶³ Dies geht konform mit der Lehre, dass drohende Eviktionsgefahr zur Zurückbehaltung des Kaufpreises berechtigt (→ Rn. 293).⁴⁶⁴
- 158 Dem *concursum causarum* verwandt sind Fälle, in denen der Käufer Rechtsnachfolger des Verkäufers wird oder umgekehrt. Um die Beerbung des *verus dominus* durch den Käufer geht es in Paul. 76 ed. D. 21.2.9. Die Stelle dürfte von der *auctoritas*-Haftung gehandelt haben (→ Rn. 238 ff.),⁴⁶⁵ die aufgrund des Erbgangs nicht mehr ausgelöst werden kann. Paulus gewährt dem Käufer einen Anspruch *ex empto*; das Klageziel ist die Kaufpreisrückzahlung. Paul. 2 ed. aed. cur. D. 35.2.48 mit Paul. 2 aed. cur. D. 21.2.41 pr.–2 behandeln die Auswirkung der Konfusion auf die Eviktionsstipulation.⁴⁶⁶ Diese kann nicht mehr verfallen. Dem Käufer wird ein Ausgleich gewährt durch Kaufpreisrückzahlung *ex empto*. Der umgekehrte Fall, dass der *verus dominus* den Käufer beerbt, wird von Marcellus im Zusammenhang mit einem Kaufauftrag behandelt (Marcell. 6 dig. D. 17.1.49).⁴⁶⁷

3. *Condemnatio* bei der *actio empti*

a. Die wechselnden Bezugspunkte für *id quod interest*

- 159 Wenn der klagende Käufer obsiegt, kommt es zu einer Geldkondemnation des Verkäufers. Die Verurteilungssumme wird vom *iudex* festgesetzt. Da die *intentio* auf ein *incer-*

gabeprozess geht es in Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.57 pr., 1. Das *principium* behandelt den Fall, dass der Käufer wegen des erbenlosen Versterbens des Klägers die Sache behält (eine Eviktion tritt nicht ein). In § 1 wird nach der Lage gefragt, wenn der siegreiche Kläger die Sache dem Käufer schenkt oder vermacht, ohne sie ihm vorher abverlangt zu haben: die Eviktionsstipulation verfällt nicht; anders, wenn der Kläger die Sache an sich bringt und danach verschenkt oder vermacht; s. *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 47 f.

⁴⁶³ *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 76 f.

⁴⁶⁴ In dem gelegentlich noch angeführten Text Iul. 73 dig. D. 44.7.19 frustriert der lukrative Erwerb eine *promissio dotis* (→ § 29 Rn. 18–21), wobei ein Vergleich zum Käufer angestellt wird; dazu *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 49–52.

⁴⁶⁵ *Brägger*, *Actio auctoritatis* (2012) 150 f.; zuvor schon *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 26 Fn. 109, 45.

⁴⁶⁶ *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 42–47; *Knütel*, in: Castresana, *Defectos* (2014) 113–119, 121 ff.

⁴⁶⁷ Hierzu *Wimmer*, *Pocita Blahovi* (2014) 723–738; *Andrés Santos*, *Subrogación* (1997); *Zilletti*, *Dottrina dell'errore* (1961) 127; *Nishimura*, in: *Nörr/Nishimura*, *Mandatum* (1993) 109.

tum lautet, können es ganz unterschiedliche „Zuwiderhandlungen“ sein, die zur Verurteilung führen (→ Rn. 115, Rn. 142). Die konkrete *aestimatio* bezieht sich auf die spezifische Leistung, wegen deren Nichtprästierung der Verkäufer verurteilt wird: Die *aestimatio* hat einen wechselnden Bezug.⁴⁶⁸ Schon bei Behandlung der *intentio* hat sich gezeigt, dass je nach Situation vom Verkäufer auch die Rückzahlung des Kaufpreises (*recuperatio pretii*), eine Teilrückzahlung wegen „Minderung“, eine Klagenzession oder anderes geschuldet sein kann (→ Rn. 120). Für jeden dieser unterschiedlichen Schuldinhalte ist gesondert die Frage nach dem korrespondierenden *quod interest* des Käufers zu stellen. Wegen des Umfangs der Verkäuferhaftung *ex empto* im Fall des Sachmangels (insb. zu Ulp. 23 ed. D. 19.1.13.3) → Rn. 399–402; im Fall der Eviktion → Rn. 287–292. Ist ein *dolus* des Verkäufers die Verurteilungsgrundlage, ergibt sich ein nochmals anderer Bezug für das *quod interest*, indem der Verkäufer auf das Käuferinteresse *non esse deceptum* haftet; → Rn. 396, 400.

Die *aestimatio* richtet sich an dem wirtschaftlichen Unterschied aus, der sich für den Käufer aus dem Vergleich des ganz konkreten „Zuwiderhandelns“ des Verkäufers mit dem ergibt, was dieser insofern *ex fide bona* schuldete: *Id quod interest* ist verhaltensbezogen, nicht objektbezogen. Die Formel *id quod interest* wird für alle möglichen Vertragsverstöße von Verkäuferseite benutzt. Es verhält sich dabei nicht so, dass die Formel ihre primäre Bedeutung aus dem Fall der Nichtlieferung der Kaufsache bezogen hätte, dass dieser Fall sozusagen als prägendes „Leitbild“ gewirkt hätte, das mit ausnahmsweisen Anpassungen z. B. auf den Fall des dolosen Handelns nur noch hätte ergänzt werden müssen.⁴⁶⁹ Auch wenn das Verkäuferverhalten, das zur Verurteilung führt, in der Nichtübergabe der Kaufsache (oder einer Nebensache) bestand, die konkrete Leistungshandlung also ein Sachobjekt erfassen sollte, ging es beim diesbezüglichen *quod interest* nicht unmittelbar um dessen Sachwert (wie bei der *quanti ea res est*-Formel), sondern um das Käuferinteresse an dem geschuldeten Verkäuferhandeln, hier also an der Sachübergabe. Freilich findet in diesem Fall das abzuschätzende Käuferinteresse im Handelswert der nicht tradierten Sache einen ersten Ankerpunkt (→ Rn. 164).

Jede Verkäuferpflicht besteht gerade dem Käufer gegenüber; deswegen musste der Judex fragen, welchen Unterschied es für den Käufer machte, dass der Verkäufer sich ihm gegenüber in einer konkreten Hinsicht vertragswidrig verhalten hatte. Die *aestimatio* zielte auf die Geldbewertung der betreffenden Verkäuferleistung als einer dem Käufer geschuldeten. Dieser subjektive Einschlag des *quod interest* entspricht nur der Rechtslogik. Er ist offenkundig, wenn es sich um den Ersatz des käuferseitigen Interesses wegen eines Verhaltens des Verkäufers handelte, mit dem dieser durch einen am Käufer verübten Betrug seine Verpflichtung zum *purgari dolo malo* verletzt hat: In Geld abzuschätzen war dabei die Betroffenheit gerade des betrogenen Käufers; hierfür gibt es

⁴⁶⁸ Grundlegend Wilinski, Index 3 (1972) 443–453.

⁴⁶⁹ So aber etwa Medicus, Quod interest (1962) 28–43, 49–153, 163–169.

keinen überindividuell bestimmbaren „Marktwert“. Aber auch in allen anderen Fällen eines Vertragsbruchs – wie etwa dem der ausgebliebenen *traditio* – ging es um die geldmässige Bedeutung des konkreten Vertragsbruchs gerade für den davon betroffenen Käufer. Wie noch zu erläutern sein wird, bedeutete die Abschätzung des Werts, mit dem man die dem Käufer vorenthaltene Leistung des Verkäufers veranschlagen soll, freilich nicht, dass man sich an der gesamthaften Auswirkung der Nichtleistung im Käufervermögen orientiert hätte; → Rn. 170.

162 Die Frage, ob immaterielle Interessen (Affektionsinteressen) berücksichtigt werden konnten, spielt in der Überlieferung zum Kaufrecht kaum eine Rolle. Eine *ratio affectionis* scheint in Pap. 10 quaest. D. 18.7.7. auf, wo es um den Verstoß gegen eine Exportauflage beim Sklavenkauf geht (→ Rn. 430).⁴⁷⁰ Auch dieser Text, der die Klagemöglichkeit des Verkäufers erörtert, bietet indes keinerlei Anhalt dafür, dass die *aestimatio* für das *iudicium empti* auf ein Affektionsinteresse Rücksicht genommen hätte.

163 Die Bestimmung des *quod interest* galt den römischen Juristen nicht als Rechts-, sondern als Tatfrage (Paul. 5 Sab. D. 50.17.24).⁴⁷¹ Dazu, ob der Prätor dem Judex bei der *actio empti* einen Höchstbetrag durch *taxatio* vorgeben konnte, → Rn. 19 a. E. Forschung, die auf das Verständnis des *quod interest* gerichtet ist,⁴⁷² bezieht einen weiteren Kreis von Klagen ein; die folgende Darstellung beschränkt sich auf das Material zur *actio empti*.⁴⁷³

b. *Id quod interest* bei Nichtübergabe der Kaufsache

aa. Der Wert der Sachleistung für den Käufer

164 In Ulp. 28 Sab. D. 19.1.1 pr. wird das Käuferinteresse bestimmt: *hoc est quod rem habere interest emptoris*; dies könne das *pretium* übersteigen. Hier ist mit *pretium* der Kaufpreis gemeint;⁴⁷⁴ dies wurde manchmal zu Unrecht bezweifelt. Damit ist vorausgesetzt, dass sich ein vom konkreten Kaufpreis abweichender Geldwert angeben lässt, mit dem das Interesse des Käufers an der ausgebliebenen Verkäuferleistung abgeschätzt wird. Es wird darauf abgestellt, wie die Kaufsache im Verkehr in Geld abgeschätzt wird, wobei

⁴⁷⁰ Kindler, *Affectionis aestimatio* (2012) 112–116, 121–124; dort auch 130–133 zur Abgrenzung von Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr., dazu wiederum Wacke, FS Behrends 555–588; Babusiaux, *Quaestiones* (2011) 257; Kindler, *Affectionis aestimatio* (2012) 99–112; zuletzt Harke, SZ 138 (2021) 300 ff.

⁴⁷¹ Die Aussage wird sich auf den Kauf bezogen haben: Lene, Pal. Ulp. ad ed. lib. LXXVII Nr. 1695 ff.

⁴⁷² Medicus, *Quod interest* (1962); Honsell, *Quod interest* (1969); Procchi, Ric. Talamanca II 481–550; Schieder, *Interesse* (2011); Schermaier, HKK-BGB II.2 Rn. 47; Babusiaux, *Diritto romano e economia* 708–746.

⁴⁷³ Padovan, Om. Burdese III 329–387; Kupisch, TR 43 (1975) 1–22.

⁴⁷⁴ Medicus, *Quod interest* (1962) 29 f. Die Lesart *pretium* = Marktwert sollte einmal die Theorie unterstützen, dass Folgeschäden der Nichterfüllung als grundsätzlich ersatzfähig in Betracht kommen wären.

die Juristen berücksichtigen, dass sich für verschiedene Handelsplätze und verschiedene Zeiten unterschiedliche Werte ergeben können (insb. Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.3). Am ehesten wird man hier den Handelswert („Verkehrswert“) der Kaufsache angesprochen sehen.⁴⁷⁵ Den quellenfremden Begriff „Marktpreis“ sollte man vermeiden,⁴⁷⁶ auch weil damit ein Bezug auf ständige Märkte mit laufenden Preisnotierungen nahegelegt wird; von solchen Warenbörsen kann man für die römische Antike mit wenigen Ausnahmen nicht ausgehen.⁴⁷⁷ Keine Unterstützung bieten die Quellen für die Annahme, die Juristen hätten den Handelswert deswegen als maßgeblich angesehen, weil der Käufer sich zum Handelspreis durch (tatsächlich vorgenommenes oder bloss hypothetisches) Ersatzgeschäft eindecken konnte, so dass man also einen dem Käufer zugefügten Schaden mit dessen Ersatzbeschaffungskosten gleichgesetzt hätte (→ Rn. 170).⁴⁷⁸ Mit der Orientierung am Handelswert ging es einfach um einen Wertansatz gerade und nur für die ausgebliebene Sachleistung.

Als schwierige Kardinalstelle der Schuljurisprudenz gilt von jeher Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3:⁴⁷⁹ In die Schätzung sei *omnis utilitas* des Käufers einzustellen, *quae modo circa ipsam rem consistit*. Diese abstrakte Feststellung wird von Paulus durch Lehrfälle veranschaulicht: Nicht ersatzfähig ist beim Weinkauf ein konkreter Weiterverkaufsgewinn, genauso wenig wie bei der Nichtlieferung des gekauften Getreides Ausgleich für die verhungerten Sklaven des Käufers zu zahlen ist: *nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*. Es handelt sich um einen Schulfall, vielleicht sogar um ein Absurditätsargument; Spekulationen dazu, ob⁴⁸⁰ und wie die Sklaven überhaupt gestorben sein könnten, sind unangebracht. Wie Paulus weiter erläutert, wird die Verkäuferhaftung durch Verzug nicht um solche Verzögerungsfolgen erweitert; wohl aber kann die Abschätzung des Werts der ausgebliebenen Verkäuferleistung darauf Rücksicht nehmen, wenn der Handelswert von Wein bis zum Verurteilungszeitpunkt gestiegen ist. In dieser Schlusspassage kommt zum Ausdruck, dass der Handelswert für das Käuferinteresse so etwas wie den Anker darstellt. Die Formel *circa ipsam rem*, die

⁴⁷⁵ Die *aestimatio* ist freilich nicht davon abhängig, dass sich die Kaufsache als regelrechte Handelsware darstellt; die römischen Juristen sehen offenbar auch keinen rechtlich relevanten Unterschied darin, ob es für die Kaufsache einen Marktpreis gab oder nicht.

⁴⁷⁶ Die Redeweise vom Marktpreis z. B. bei *Medicus*, Quod interest (1962), z. B. 31.

⁴⁷⁷ S. die Beiträge in Lo Cascio, Mercati (2000); Bang, Roman Bazaar (2008) 131–201. Die staatliche Regulierung des Getreidehandels durch den *praefectus annonae* (seit Augustus) erlaubte es vielleicht, dessen Abgabepreis gleichsam als einen notierten Marktpreis zu verstehen; s. zum röm. Getreidehandel *Temin*, Market (2013) 97–113; zum Marktwesen in Rom auch *Jakab*, Praedicere (1997) 5–7.

⁴⁷⁸ Ähnl. auch *Babusiaux*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 724.

⁴⁷⁹ *Pichonnaz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 339–352; *Kupisch*, TR 43 (1975) 1–22; *Padovan*, Om. Burdese III 352 ff.; *Grzimek*, Taxatio (2001) 52–54; *Harke*, Mora debitoris (2005) 35 ff.; *Huwiler*, Lib. Am. Vogt 147 f.; *Below*, Lucrum cessans (1964) 98–102; *Schermaier*, HKK-BGB II.1 S. 1225 f. Rn. 47.

⁴⁸⁰ *Pringsheim* erwog, das Hungern der Sklaven als Affektionsinteresse zu verstehen; Ges. Abh. II 133.

man seit dem Mittelalter mit dem Gegenbegriff *interesse extra ipsam rem* im Sinne einer Dichotomie behandelt,⁴⁸¹ ist Gegenstand immer neuer Deutungsversuche geworden. Bleibt man beim antiken Text, überzeugt am ehesten die folgende Sichtweise:⁴⁸² Eine Zweiteilung des Interesses *circa rem – extra rem* ist von Paulus nicht ausgesprochen. Es kann daher für das klassische römische Recht nicht darum gehen, nach einem Kriterium zu suchen, mit dem das eine vom anderen unterschieden worden wäre. Sprachlich liegt es nahe, dass hier schlicht das Interesse am Haben gerade dieser Sache selbst (*ipsa res*) angesprochen ist. Es wird damit nicht verlangt, dass ein „Schadensposten“ sich durch eine bestimmte räumliche „Nähe“ zur Sachleistung⁴⁸³ oder einen besonders kurzen Kausalnexus zu deren Ausbleiben qualifizieren müsste („unmittelbarer Schaden“), damit er in die Interesseberechnung eingestellt werden kann. Es wird *omnis utilitas* auch nicht aufgespalten, indem von einer umfassenden gedachten *utilitas* der Kaufsache nur ein Teil für die Bemessung des *id quod interest* relevant wäre, so dass Teile oder Aspekte der *utilitas* ausgesondert wären. Vielmehr macht das Interesse *circa rem* die gesamte *utilitas* aus, erschöpft diese.⁴⁸⁴ Die Ersatzfähigkeit des Weiterverkaufsgewinns wird von Paulus keineswegs deswegen verneint, weil die Verursachung oder die Vorhersehbarkeit wegen der Marktverfügbarkeit von Ersatzware fraglich erscheint⁴⁸⁵ (in welchem Fall man die Erwägungen des Textes vielleicht auf den Verkauf von vertretbaren Sachen einzuschränken hätte), sondern weil der Weiterverkaufsgewinn nichts ist, was der Verkäuferleistung *traditio* angehört.⁴⁸⁶ Zutreffend fand schon Niedermeyer, das Interesse sei für die römischen Juristen eine „objektiv gebundene Größe“,⁴⁸⁷ wobei die Bindung hier eine solche an die Verkäuferpflicht zur Übergabe des konkreten Kaufobjekts war.⁴⁸⁸ Kaiserkonstitutionen bestätigen diese Linie; Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.294); C. 4.2.10 (a.294).⁴⁸⁹

⁴⁸¹ Lange, Schadensersatz (1955) 19 ff.

⁴⁸² Knobbe-Keuk, Vermögensschaden (1972) 173–179; ähnl. auch HKK/Schermaier BGB §§ 280–285 Rn. 46 ff.

⁴⁸³ Die Redeweise von Schadensfolgen „im Umfeld der Sache selbst“ bei Medicus, Quod interest (1962) 39.

⁴⁸⁴ Nach Babusiaux, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 722 f., spielt *utilitas* im Zusammenhang mit der Interessebestimmung auf einen Gebrauchswert (in Ergänzung zum Tauschwert) an.

⁴⁸⁵ Nach Below fand Paulus die Vermögensfolgen nicht ersatzfähig, weil es sich nicht um einen Verlauf gehandelt habe, der objektiv-typisch bei jedem *emptor* aufgetreten wäre; Below, Lucrum cessans (1964) 100.

⁴⁸⁶ Es wäre eine Überinterpretation von Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3, wenn man aus der Nichtberücksichtigung eines konkret angezielten Weiterverkaufsgewinns schließen wollte, es sei generell scharf zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis unterschieden worden, wobei sich die Ersatzbestimmung am Einkaufspreis orientiert hätte.

⁴⁸⁷ Niedermeyer, FS Schulz I 435.

⁴⁸⁸ Für eine starke Anlehnung von *id quod interest* an den Sachwert auch Medicus, Quod interest (1962) 44 und öfter; zu Unrecht hiergegen Honsell, Quod interest (1969) 19.

⁴⁸⁹ Ernst, SZ 114 (1997) 287–292; Harke, Mora debitoris (2005) 37 Fn. 37; Harke, Iuris prudentia (2019) 138–140.

Wenn der Verkäufer den *cum peculio* verkauften Sklaven freilässt (Iul. 13 dig. 166 D. 19.1.23, → Rn. 153), hat er nach Julian Ersatz zu leisten für das *peculium* im Manumissionszeitpunkt, aber auch für den nachfolgenden Zuwachs infolge fortgesetzter Produktivität des Pekuliarvermögens bis zum Urteilszeitpunkt; für den Gewinn, den der Freilasser (= Verkäufer) dadurch erlangen wird, dass er einmal seinen *libertus* beerben wird (→ § 37 Rn. 17 ff.), soll der Verkäufer zu einer *cautio* verpflichtet werden, da dieser Vorteil jetzt noch nicht ästimiert werden kann. Man kann Julians Lösung vorab entnehmen, dass für solche Interesse-Posten, die erst in der Zukunft anfallen und/oder bestimmbar werden, dem Verkäufer eine Sicherheitsleistung abverlangt werden konnte. Eine *nota* des Marcellus korrigiert Julians Lösung. Die Stelle ist viel diskutiert worden.⁴⁹⁰ Von zentraler Bedeutung dürfte sein, dass der Sklave hier mit dem *peculium* als gewinntragendem Kapitalstock, als „going concern“, gekauft war. Die Produktivität des Kapitalstocks beruht auf der Bewirtschaftung durch den Sklaven. Der Sklavenkauf erscheint dadurch als Instrument der Vermögensanlage:⁴⁹¹ Solange der Sklave das *peculium* bewirtschaftet, ist es aus sich heraus rentierbar. Die Lösung Julians stellt sicher, dass dem Käufer die aus der Bewirtschaftung durch den mitverkauften „Manager“ zu erzielenden Erträge vollumfänglich ersetzt werden.⁴⁹² Mit der Berücksichtigung des Sklavenerwerbs und der späteren Erbberechtigung geht es Julian nicht um „Folgeschäden“, sondern darum, den konkreten Wert der ausgebliebenen Leistung richtig, d. h. unter Einbezug aller Faktoren, zu ermitteln. Eine Überkompensation ist hierin nicht zu sehen.

Es ist nicht vollständig klar, welche Gesamtlösung hiergegen Marcellus in Iul. 13 dig. 167 D. 19.1.23 vorschwebt. Soll man annehmen, dass Marcellus dem Käufer etwas abspricht, das ihm von Julian zugesprochen wird, und wenn ja: Um welche Positionen verkürzt Marcellus die Ersatzberechtigung? In der Sekundärliteratur denkt man an ganz einschneidende Beschränkungen des Ersatzumfangs, indem für den Zeitraum von *manumissio* bis zum Urteil eine andere Größe, nämlich das hypothetisch beim Verbleib im Sklavenstatus erwirtschaftete zugrunde zu legen wäre und der Erwerb kraft Erbgangs ganz in Wegfall käme; dieses Verständnis steht im Einklang mit dem (m.E. unbegründeten) Verdacht, Julian befürworte eine Überkompensation.⁴⁹³ Keinen hinreichenden Anlass und keinen Anhalt im Text gibt es für die Deutung durch J. G. Wolf, wonach die von Julian vertretene Verkäuferhaftung überhaupt aus dem Bereich des Ersatzdenkens herausfallen und als Abschöpfung eines vom Verkäufer durch Vertragsbruch erzielten Gewinns zu verstehen sein soll.⁴⁹⁴ Wenig überzeugend ist schließlich die

⁴⁹⁰ Weyand, TR 51 (1983) 225–269; Wolf, TR 45 (1977) 1–25; Medicus, Quod interest (1962) 41 ff.; Rastätter, Marcelli notae (1981) 145–150; Honsell, Quod interest (1969) 16 ff.; Giglio, Restitution for Wrongs (2007) 137–139.

⁴⁹¹ Kaulla, ZgS 58 (1902) 415 mwN.

⁴⁹² Für eine verbesserte Untersuchung von Iul. 13 dig. D. 19.1.23 s. Ernst, SZ 139 (2022) 352–358.

⁴⁹³ Liebs, Iura 35 (1984) 280–290.

⁴⁹⁴ Wolf, TR 45 (1977) 1–25; Wolf folgend Liebs, Iura 35 (1984) 280–290 und Giglio, Restitution for Wrongs (2007) 138 f.

Annahme, dass Julian die reale Entwicklung, Marcellus dagegen eine hypothetische zur Grundlage genommen hätte.⁴⁹⁵

- 168 Kaum Sicheres ist Ner. 3 membr. D. 19.1.31.1 zu entnehmen. Hier ist schon fraglich, ob die Sachaussage zur Herausgabepflicht hinsichtlich dessen, was der Kaufsklave erwerben mag, sich noch als Erläuterung auf den vorangegangenen Fall bezieht, wo die Verkäuferpflicht zur Abtretung der sachverfolgenden Klagen angeordnet ist, wenn der Kaufsklave dem Verkäufer gewaltsam weggenommen wurde (Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr.: kein Fall nicht-prästierter *custodia*, → Rn. 151), oder ob zum ganz anderen Thema des einfachen Lieferverzugs übergegangen wird. Die Verkäuferhaftung soll sich auf das vom Sklaven noch für den Verkäufer Erworbene erstrecken; zu ersetzen sei aber auch, *quod emptor iam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset*. Bezogen auf den Fall des pr., ist die Herausgabepflicht dessen, was als Erwerb noch dem Verkäufer angefallen ist, einsichtig; der nachfolgende Satz passt schlecht dazu, dass die Verkäuferhaftung nicht auf das ganze Interesse gerichtet ist und einen Anklang an Verzug zu haben scheint; er ist daher in seiner Echtheit angezweifelt worden.⁴⁹⁶ Nimmt man dagegen an, der Text habe nicht mehr den Fall der gewaltsamen Wegnahme zum Gegenstand, geht es um eine Aussage zur Haftung wegen verzögerter Übergabe.⁴⁹⁷ Der Text spezifiziert nicht, worin der Erwerb bestanden haben soll: Vermutet wurden schon eine entgangene Erbschaft,⁴⁹⁸ ein entgangenes Legat⁴⁹⁹ und der Wert verlorenen Arbeitserwerbs.⁵⁰⁰

bb. Zeit- und Ortsmoment der Interessebestimmung

- 169 Zeitmoment und Ortsmoment der Interessebestimmung werden in Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.3 behandelt:⁵⁰¹ Unterscheiden sich die Handelswerte am Verkaufsort und am Klageort, orientiert sich der Richter am höheren der beiden Werte. Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.4 verfeinert dies dahingehend, dass anstelle des Klageorts der Lieferungsort massgeblich sein soll. Hat sich der Handelswert zwischen Vertragsschluss und Verurteilung verändert, so orientiert sich der Richter ebenfalls an dem höheren der beiden Werte:⁵⁰² „Die Verpflichtung des säumigen Schuldners zeitigte keine Haftung für Nichterfüllung in Ansehung der Zeit, sondern eine zeitlich versetzte Haftung für einfache Nichterfüllung.“⁵⁰³ In der Literatur werden verschiedene Verfeinerungen als An-

⁴⁹⁵ So Honsell, *Quod interest* (1969) 17 f.

⁴⁹⁶ Haymann, SZ 40 (1919) 330.

⁴⁹⁷ So Krüger, Dig. editio stereotypa: (*Mora in tradendo servo vendita facta*).

⁴⁹⁸ Pringsheim, Ges. Abh. II 132 Fn. 59.

⁴⁹⁹ Niedermeyer, FS Schulz I 436.

⁵⁰⁰ Rabel, *Warenkauf I* (1936) 476.

⁵⁰¹ Dazu Harke, *Mora debitoris* (2005) 34.

⁵⁰² Hiermit stimmt der Schlusssatz von Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3 überein. Es führt nicht weiter, wenn man das Wahlrecht des Käufers als Ausfluss der *perpetuatio obligationis* „erklärt“; so Harke, *Mora debitoris* (2005) 34 ff., 110. Zur Nichtgeltung des Grundsatzes der *perpetuatio obligationis* bei der Verkäuferverpflichtung → Rn. 145.

⁵⁰³ Harke, *Schuldnerverzug* (2006) 11.

sicht des Pomponius ausgegeben oder vermutet; diese sind jedoch ohne Anhalt im Text: So wurde gemutmasst, der Käufer könne möglicherweise den höchsten Preis zwischen den beiden Zeitpunkten verlangen.⁵⁰⁴ Eine andere Spekulation geht dahin, mit dem *venire* sei nicht das Verkaufen, sondern das Liefern gemeint.⁵⁰⁵ Schließlich meinen manche, der spätere Zeitpunkt sei nicht derjenige der *condemnatio*, sondern – wie bei strengrechtlichen Klagen – derjenige der *litis contestatio* gewesen; auch für diese Ansicht fehlt ein hinreichender Anhalt im Text.⁵⁰⁶ Pomponius stellt noch klar, dass die Regeln nicht gelten, wenn die Verzögerung am Käufer gelegen hat: dann gelte der niedrigere der beiden Preise in der Zeit, massgeblich sei der niedrigere Ortswert (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.4); diese Passage ist in der Sache insofern schwer verständlich, als es um eine Klage gegen den nichtliefernden Verkäufer geht, der aber vorher einmal leistungsbereit gewesen sein muss.⁵⁰⁷ – Zu dem Fall, dass der Käufer die ihm geschuldete Leistung zwar erhalten hat, dies aber mit Verspätung, fehlt es an einem sicheren Beleg dafür, dass er dann noch die *actio empti* allein für einen zurückgebliebenen Verspätungsschaden anstellen konnte. Auf Ner. 3 membr. D. 19.1.31.1 wird man sich kaum stützen wollen.⁵⁰⁸ Insofern blieb das isolierte Zeitinteresse vermutlich ohne selbständigen Rechtsschutz.

cc. *Id quod interest* ≠ Nichterfüllungsschaden

Gemäß dem Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* wird die geschuldete, aber nicht erbrachte Leistung in Geld bewertet. Dies darf nicht so gedeutet werden, als wäre an die Stelle eines „Primäranspruchs“ auf naturale Erfüllung ein „Sekundäranspruch“ getreten, dessen – neues – Ziel der Ausgleich all derjenigen Schäden gewesen wäre, die aus dem Vertragsbruch entstanden sind: Die Bestimmung des *quod interest* kann mit dem modernen „Nichterfüllungsschaden“ nicht einmal im Ansatz gleichgesetzt werden. Moderne Schadensdogmatik identifiziert den Schaden mit einer Rechengröße, die durch Untersuchung des Vermögens des Gläubigers als des durch die Nichterfüllung „Geschädigten“ zu ermitteln ist. Für die römischen Juristen ging es um die Bewertung der konkret ausgebliebenen Leistung, nicht um die Abschätzung eines dem Käufervermögen durch die Nichterfüllung zugefügten Schadens. Insofern handelt es sich nicht um Schadensrecht im heutigen Sinne. Damit fehlen auch Überlegungen, die man im modernen Schadensdenken als solche zu einer „schadensausfüllenden Kausalität“ einordnen würde, wobei man Kausalitätsketten betrachtet, die im Käufervermögen von der Nichterfüllung angestossen werden. Der Ansatz der römischen Juristen, wonach es

⁵⁰⁴ Dazu *Medicus*, *Quod interest* (1962) 32.

⁵⁰⁵ *Betti*, *Litis aestimatio* (1919) 11.

⁵⁰⁶ *Betti*, *Litis aestimatio* (1919) 11; hiergegen *Medicus*, *Quod interest* (1962) 33 f.

⁵⁰⁷ Soll man annehmen, der Käufer habe sich trotz Lieferbereitschaft gegen die Abnahme *in natura* und für eine auf das Geldinteresse gerichtete Klage entschieden?

⁵⁰⁸ *Diocl./Maxim. C. 4.49.15* (a.294) könnte vielleicht noch als Diskussion von Verzögerungsschaden gedeutet werden.

um die Bewertung der ausgebliebenen Leistung gerade für den konkreten Käufer ging, dem sie geschuldet war (→ Rn. 161), führte also keineswegs dazu, dass man Folgeschäden im gesamten Käufervermögen – Weiterwirkungen der Nichtleistung in den Vermögensverhältnissen des Käufers – für die *aestimatio* in Betracht gezogen hätte. Nicht die Entwicklung des Käufervermögens wird in Geld bemessen, sondern die dem Käufer vorenthalte Leistung. Soweit dem Käufer außer dem nicht gelieferten Kaufgegenstand die gezogenen Früchte oder anderer, mit der Kaufsache verbundener Erwerb (z. B. Erbanfall beim Kaufsklaven) vorenthalten und im Rahmen des *quod interest* mit ausgeglichen werden, geht es für die römischen Juristen nicht um entgangenen Gewinn als einen „Folgeschaden“, sondern darum, den konkreten Wert der ausgebliebenen Leistung richtig, d. h. unter Einbezug aller wertbildenden Faktoren, abzuschätzen.⁵⁰⁹ Die Erwägung, dass eine hypothetische Nutzung der Kaufsache, die dem Käufer die Erzielung eines Gewinnes erlaubt hätte, mit einem Ausgleichsbetrag im Rahmen des *quod interest* zu veranschlagen sein könnte, findet in den Texten der römischen Juristen keine Grundlage. Ganz außerhalb des römischen Ästimationsvorgangs lag auch die Vorstellung, die Ermittlung des Urteilsbetrages sei an einer durch die Nichtlieferung veranlassten Ersatzbeschaffung und deren Kosten auszurichten, worin eine indirekte, nämlich geldvermittelte Naturalentschädigung gelegen hätte.⁵¹⁰ Keinen Beitrag zum Verständnis des römischen Konzepts von *id quod interest* beim Kauf darf man sich schließlich von der Unterscheidung nach Spezies- und Gattungsverkäufen versprechen, die relevant gewesen sein soll, weil sich der Gattungskäufer mit Ersatzware eindecken kann.⁵¹¹

dd. *Aestimatio* und Stand der Kaufpreisschuld

- 171 Eine Arbiträrklausel enthielt die Formel nicht (→ Rn. 50). Wurde die Käuferklage wegen Nichtübergabe angestellt, so behielt der verurteilte Verkäufer die Kaufsache. Die vielfach gemachte Beobachtung, dass nach römischem Kaufrecht die Nichtübergabe für den Käufer kein Rücktrittsrecht begründet, trifft zwar zu; man darf aber nicht übersehen, dass mit der Erhebung der *actio empti* die Durchführung des Leistungsaustauschs endgültig abgebrochen ist. Die Klagemöglichkeit *ex empto* erfüllte damit sehr wohl die zentrale Funktion des Rücktritts, dem Vertragsgläubiger eine Ersatzbeschaffung zu erlauben, ohne Gefahr zu laufen, sich doppelt einzudecken.⁵¹² – Der Verurteilung liegt allein die Abschätzung der dem Käufer zukommenden, aber nicht erbrachten

⁵⁰⁹ Von *lucrum cessans* ist in den Quellen zum Kauf nicht die Rede.

⁵¹⁰ Ohne Belang war die heute gängige Folgefrage, ob Kosten einer Ersatzbeschaffung konkret (anhand effektiv getätigten Deckungskaufs) oder abstrakt (anhand der börsenmäßigen Preisnotierung) ermittelt werden sollten.

⁵¹¹ Etwa bei Honsell, *Quod interest* (1969) 1–19. Dazu, dass die *emptio venditio* nicht als Gattungskauf vorkam, → Rn. 68.

⁵¹² Bei der *actio venditi* lag es anders, hier musste zum Abbruch des Kaufs ein Rücktrittsvorbehalt vereinbart worden sein, die *lex commissoria* (→ Rn. 215–226).

Leistung zugrunde. Wie es nur konsequent ist, hat es auf diese Wertbestimmung keinen Einfluss, ob der Käufer seinerseits den Kaufpreis schon gezahlt hat oder nicht. Der „Klagenverbrauch“ der *actio empti* (zur Präklusion → § 13 Rn. 90) erfasste die *actio venditi* nicht (zur „independence of actions“ → Rn. 52). Bei dieser Rechtslage musste dem römischen Recht eine Figur wie das „schadensrechtliche Abrechnungsverhältnis“ ganz fremd sein, bei dem für die Ermittlung des Nichterfüllungschadens die Befreiung des Käufers von seiner Kaufpreisschuld zum Abzugsposten wird, so dass die Verurteilung nur auf einen sogenannten „Differenzschaden“ geht: Den römischen Juristen ging es schon gar nicht um eine am Käufervermögen orientierte Schadensbilanzierung. Im wenig wahrscheinlichen Fall, dass der Käufer eine Verurteilung des Verkäufers in das Interesse erreicht, ohne seinerseits gezahlt oder die Zahlung promittiert zu haben, wird aber eine Aufrechnung mit dem Kaufpreis möglich gewesen sein (→ § 111).

c. *Recuperatio pretii* als *id quod interest*

In gewissen Fällen wird die *recuperatio pretii* als *id quod interest* befürwortet (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.18; Paul. sent. 2.17.18, → Rn. 156; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5, → Rn. 397). In diesen Fällen verhält es sich so, dass der Käufer bei einem Verkäuferverhalten entsprechend der *bona fides* den Kaufpreis nicht bezahlt hätte; der entrichtete Kaufpreis bestimmt hier wirklich den Betrag, um den sich der Käufer infolge des konkreten Vertragsbruchs schlechter steht. Wo immer ein römischer Jurist zugunsten des Käufers eine *recuperatio pretii* befürwortet, kann man vermuten, dass das als treuwidrig gewertete Verkäuferverhalten darin bestand, den Käufer zu diesem konkreten, für ihn sinnlosen Kauf verleitet zu haben. Die *recuperatio pretii* sollte der *aestimatio* des *id quod interest* anhand der Nichtlieferung (→ Rn. 164) nicht so entgegengesetzt werden, als sei es um Erfüllungsinteresse einerseits, Vertrauensschaden andererseits gegangen. Mittels dieser Konzepte wird im modernen Recht der Schaden des Käufers durch Vergleich seines realen Vermögens mit zwei unterschiedlichen, beidesmal irrealen (hypothetischen) Entwicklungen ermittelt, die einerseits die vertragsgemäße Erfüllung, andererseits die durch Aufklärung etc. veranlasste Abstandnahme vom Vertrag zugrundelegen. Betrachtungen auf der Grundlage von derartigen „counterfactuals“ sind für die römischen Juristen nicht nachweisbar. 172

4. Vollstreckung

Endete das Verfahren mit einer verurteilenden Sentenz, lautete diese auf einen Geldbetrag. Die Vollstreckung erfolgte regulär mittels der *actio iudicati* (→ § 14 Rn. 5 ff.). Auf die Urteilsschuld fallen nach Quellen der Kaiserzeit Zinsen eigener Art und Höhe an.⁵¹³ Wiederholte Neuregelungen der Urteilszinsen in der Spätantike zeigen starke 173

⁵¹³ Kaser/Hackl, RZ 496.

Ausschläge.⁵¹⁴ Eine justinianische Reformkonstitution setzt den Zinssatz auf 12 Prozent fest, das doppelte des nach justinianischem Recht vertraglich zulässigen Zinsmaximums; Iust. C. 7.54.2 (a.529).

- 174 Eine Möglichkeit für den Käufer, sich im Wege der Naturalvollstreckung in den Besitz der Kaufsache bringen zu lassen, bestand nach klassischem Recht nicht. In dem Fall, dass der Käufer die verkauften Früchte selbst abernten sollte, schützte Julian ihn in seiner vertraglichen Befugnis zur naturalen „Selbsterfüllung“ (Iul. 54 dig. D. 19.1.25: Traubenkauf, bei dem der Verkäufer den Käufer an der Traubenlese hindert.)⁵¹⁵ Die kontrovers behandelte, auch in ihrer Echtheit angezweifelte Stelle gibt dem Käufer eine *actio iniuriarum* in diesem Fall, wie auch dann, wenn der Käufer später vom Verkäufer an der Traubenkelter gehindert würde oder daran, eigene Sachen (Arbeitsmittel?) wieder an sich zu nehmen. Auch gegenüber Dritten wird die dem Käufer gestattete Selbstvornahme – und damit eine Naturalerfüllung – geschützt: Der Käufer, dem die Abholzung von ihm verkauften Bäumen gestattet war, kann gegen einen Dritten, der diese Bäume schlägt, mit dem Interdikt *aut vi aut clam* vorgehen (Ulp. 71 ed. D. 43.24.13.4). – Wo vom Verkäufer eine Klagenzession geschuldet wurde (→ Rn. 146, 152), muss diese vom Richter *in forma specifica* erzwungen worden sein; vgl. Pap. 2 def. D. 41.2.49.2 (*cogitur*). Sah der Richter den Verkäufer als verpflichtet an, eine Stipulation abzugeben, ist es denkbar, dass bei Weigerung eine direkte Verurteilung in den Inhalt dessen erfolgte, was (i.d.R. bedingt) zu verprechen war.

- 175 Die Entwicklung der Naturalvollstreckung im Kaiserrecht nahm eine Unterscheidung der Schuldinhalte (*dare, facere, restituere*) auf. Im Ausgangspunkt ist es auch im Kaiserrecht und im Recht der justinianischen Kodifikation beim Grundsatz der Geldkondemnation geblieben.⁵¹⁶ Während für die *obligatio restituendi* die Möglichkeit eröffnet wurde, die Sache dem Restitutionsschuldner durch staatlichen Zwang wegnehmen zu lassen,⁵¹⁷ ist für die *obligatio faciendi*, um die es sich beim Verkäufer handelte, dergleichen nicht überliefert. Es mag sein, dass das Klagebegehren des Käufers auf die Herausgabe der Sache gerichtet werden durfte, doch blieb die Verurteilung eine solche auf Geldzahlung.⁵¹⁸ In Fällen einer vertragswidrigen Grundstücksbelastung scheint die Kaiserjustiz wiederholt Käuferbegehren auf effektive Beseitigung der Belastung zu unterstützen; z. B. Ant. C. 8.44.5 (a.212);⁵¹⁹ dies schließt nicht aus, dass gegen den untätig

⁵¹⁴ Kaser/Hackl, RZ 496, 624 mit Fn. 7.

⁵¹⁵ Ausf. Raber, Injurienansprüche (1969) 163 ff.; Spruit, Sat. Feenstra 157–172; Thomas, RIDA³ 26 (1979) 423 f.; zur selben Problemlage beim Verkauf von Bäumen zur Abholzung s. Pomp. 31 Quint. Muc. D. 19.1.40; dazu Corbino, in: Scr. Marrone 57 ff.

⁵¹⁶ Inst. 4.6.32; zur Klarstellung bezüglich der Ausnahmslosigkeit der *condemnatio pecuniaria* s. Blank, SZ 99 (1982) 303–316.

⁵¹⁷ Ulp. 51 ed. D. 6.1.68 und dazu Kaser/Hackl, RZ 610 f., 629 f.

⁵¹⁸ Von der Möglichkeit einer Erzwingung der Herausgabe im Kognitionsverfahren geht aus Harke, Iuris prudentia (2019) 166.

⁵¹⁹ Zu dieser Konstitution ausf. Ernst, Einrede (2000) 63–65; seither Harke, Iuris prudentia (2019) 185 f.; Finkenauer, Iura 68 (2020) 106 ff.

bleibenden Verkäufer schlussendlich doch nur eine am Käuferinteresse bestimmte Geldverurteilung erging. Gerade das Kognitionsverfahren (→ § 15) wird dem Arrangement einer die Verurteilung abwendenden Sachleistung – während des laufenden Verfahrens – zugänglich gewesen sein. Die justinianische Kodifikation übernimmt im Bereich der Verkäuferhaftung mehrere Klassikertexte, die wenig sinnvoll wären, wenn das Prinzip der Geldkondemnation für die Verkäuferpflicht zur Sachlieferung aufgegeben oder eingeschränkt worden wäre (insb. Ulp. 28 Sab. D. 19.1.1 pr.). Am Ende von Iust. C. 4.21.17 pr. (a.528), wo es um Fragen der vereinbarten Urkundsform geht, wird bei noch fehlender Vertragsperfektion jede Verpflichtung des Verkäufers verneint, *vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*. Ein Käuferrecht auf Sachkondemnation ist darin nicht ausgesprochen.

IV. *Actio Venditi*

1. *Demonstratio*

Hinsichtlich der *demonstratio* kann auf die *actio empti* verwiesen werden 176
(→ Rn. 61–98).

2. *Intentio der actio venditi*

a. Pflicht zur Münzübereignung

Die Zahlungspflicht des Käufers geht auf *dare*: der Käufer muss den Verkäufer zum 177
Eigentümer der zwecks Zahlung übergebenen Münzen machen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2). Der Verkäufer erhält diese *pro soluto*. Sofern der Käufer die Kaufpreiszahlung mittels Stipulation versprochen hatte, konnte gegen ihn die *condictio* angestellt werden. Die Zahlungspflicht des Käufers konnte auch zum Gegenstand eines *constitutum debiti* (→ § 71) gemacht werden; Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.6; Iust. C. 4.18.2.1a (a.531);⁵²⁰ diese Gestaltung erlaubte dem Verkäufer die Verfolgung seines Zeitinteresses, das bei der *actio venditi* nur sehr begrenzt auf den Verurteilungsumfang einzuwirken vermochte (→ Rn. 164, 171).

Für den Käufer wird nirgends grundsätzlich ausgesprochen, dass ihn eine Verpflichtung zum *purgari dolo malo* treffen würde. Juristen seit der Hochklassik zögern aber 178
nicht, den Käufer wegen dolosen Verhaltens haftbar zu machen; → Rn. 88, Rn. 94.

Als einen gelegentlich zum Kaufpreis hinzutretenden Zahlungsposten anerkennen 179
Juristen schon früh Aufwendungen, die der Verkäufer nach Vertragsschluss machen musste. Als zentraler Beleg gilt Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22:⁵²¹ Labeo und Trebaz sollen Ersatz für Aufwendungen zum Gebäudeerhalt bejaht haben; als weitere Beispiele wer-

⁵²⁰ Zu beiden Quellen (mit Zweifeln) *Platschek*, *Pecunia constituta* (2013) 7, 126 f.

⁵²¹ Ausf. *Pennitz*, *Periculum* (2000) 157 ff.; *Harke*, *Mora debitoris* (2005) 97.

den angefügt die Behandlungskosten infolge einer Erkrankung des Kaufsklaven und eine Ausbildung, die ansonsten der Käufer mit Wahrscheinlichkeit veranlasst hätte. Auf Labeo wird die Überwälzung auch der Beerdigungskosten zurückgeführt, wenn der Kaufsklave ohne Verschulden des Verkäufers bei diesem gestorben ist (→ Rn. 362). In der Forschung ist erwogen worden, dass die Einbeziehung all dieser Kosten auf einer Bestimmung des *id quod interest* bei Verurteilung nur eines säumigen Käufers beruht;⁵²² im Text findet diese Vermutung keine Stütze. Näher liegt die Annahme, dass es sich schon um eine Erweiterung des *ex fide bona* Geschuldeten handelt.⁵²³ In Diocl./Maxim. C. 4.49.16 (a.294) wird die Zuweisung der Kälber des verkauften Viehs an den Käufer mit dessen Verpflichtung zur Tragung der Aufwendungen verknüpft. Dies bietet eine gewisse Grundlage dafür, den vergleichsweise weit gefassten Aufwendungsersatz mit dem anderweitig überlieferten Grundsatz zu verbinden, dass *incommoda* und *commoda* zusammen zugewiesen werden sollten, und dem Käufer ja ab Vertragsschluss auch die Nutzungen gebühren (→ Rn. 134–138).⁵²⁴ Weitergehend pflegt die Sekundärliteratur noch die Gefahrtragung des Käufers (→ Rn. 182–198) und dessen Verpflichtung zum Aufwendungsersatz unter einen Oberbegriff der *incommoda* zu ziehen; diese höhere Abstraktionsebene ist indes quellenfremd. Die Gegenstände, für welche der Aufwendungsersatz bejaht wird, sind durchwegs *res Mancipi*; der Übergang von einem Eigentümer zum nächsten soll sich ohne Gefährdung der Sache und ihrer Produktivität vollziehen. Der Verkäufer tut (möglicherweise überobligationsmäßig) das Richtige, wenn er sich für den Erhalt der Sache einsetzt, bis diese vom Käufer übernommen worden ist; für Auslagen gebührt ihm Ersatz. Diese Sichtweise versagt bei den Beerdigungskosten für einen Sklaven.

- 180 Störungen, welche die Erfüllung der Zahlungspflicht behindern, sind kaum denkbar. Zahlte der Käufer mit Münzen, die ihm nicht gehörten, wird Erfüllung mit *commixtio* oder *consumptio nummorum* eingetreten sein (→ § 42 Rn. 28 f.). In der Überlieferung einzigartig steht Lab. 4 post a Iav. epit. D. 19.1.50 da:⁵²⁵ Der Käufer ist durch ein außerordentliches *beneficium legis* von der Verpflichtung zur Geldzahlung frei geworden.⁵²⁶ Wenn er noch nicht beliefert worden ist, kann der Verkäufer die Übergabe

⁵²² S. *Talamanca*, s. v. *vendita*, ED 46 (1993) 425.

⁵²³ *Cardilli*, *Praestare* (1995) 327–331.

⁵²⁴ Die Parömie *cuius commoda eius et incommoda* erscheint u. a. – kontextlos – in Paul. 3 Sab. D. 50.17.10 (*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*), findet sich indes nirgends mit speziellem Bezug auf das Kaufverhältnis ausgesprochen; *Talamanca*, s. v. *vendita*, ED 46 (1993) 418 ff.; *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, *Giusnaturalismo* (2007) 675–713; s. auch *van den Bergh*, FS Scheltema 25 ff.

⁵²⁵ Dazu *Ernst*, *Einrede* (2000) 57 f.; *Talamanca*, s. v. *vendita*, ED 46 (1993) 376; *Sturm*, *Ausgew. Schr.* II 717–722; *Gallo*, *Synallagma I* (1992) 215; *Viaro*, in: Garofalo, *Obbligazioni I* (2007) 798 Fn. 27; *Viaro*, *Corrispettività e adempimento* (2011) 9 Fn. 19, 14 Fn. 35; *Pennitz*, *Periculum* (2000) 370–374; *Pugsley*, *IJ* 7 (1972) 381–387.

⁵²⁶ Dazu, um welche gesetzliche Massnahme es sich gehandelt haben kann, s. *Benöhr*, *Synallagma* (1965) 82 f.

verweigern; hat er aber bereits erfüllt, ist ihm nicht mehr zu helfen. Offenbar kann dem Verkäufer dann auch die allenfalls einschlägige *exceptio rei venditae et traditae* weiterhin entgegengehalten werden.

Die Zahlungspflicht des Käufers aus dem Kauf wurde einer Delegation (→ § 76) 181 dadurch zugänglich, dass von diesem zunächst ein inhaltsgleiches oder -ähnliches Stipulationsversprechen abgegeben wurde. Pap. 3 resp. D. 46.2.27 überliefert als passende Novationsformel das *promittere, quidquid ex vendito dare facere oportet*.⁵²⁷

b. Pflicht zur Kaufpreiszahlung ungeachtet eines Sachuntergangs

aa. *Periculum est emptoris*

Die Pflicht zur Kaufpreiszahlung wird nicht davon berührt, dass die Kaufsache nach 182 Vertragsschluss durch Zufall untergeht: *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* heisst es schulmäßig (Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr.). Ob der Satz von der Käufergefahr wirklich eine Regel des klassischen Rechts wiedergibt, ob und warum die Regel durch Ausnahmen durchbrochen war, und woraus sich all dies für die römischen Juristen ergab, gehört zu den besonders intensiv diskutierten Fragen des römischen Kaufrechts.⁵²⁸

Der Befund, dass der Käufer den Kaufpreis zahlen (bzw. einen schon entrichteten 183 Kaufpreis dem Verkäufer belassen) muss, ist für einen überschaubaren Kreis von Ereignissen belegt: Umschlagen von Wein,⁵²⁹ Untergang der Sache in einer Feuersbrunst⁵³⁰ oder Tod des verkauften Sklaven.⁵³¹ Diesen Ereignissen ist gemeinsam, dass sie die Sache in (seinerzeit) unabwendbarer Weise betrafen; man könnte von der Verwirklichung des Sachschicksals sprechen. In den Quellen wird einfach vom *periculum (rei venditae)* gesprochen. Die Regel *periculum est emptoris* fand im klassischen Recht keine Anwendung auf den Diebstahl, für dessen vertragsrechtliche Bewältigung vielmehr die Figur der *custodia* die Grundlage abgab (→ Rn. 148–152).⁵³² Sieht man in der *custodia*-Haftung der klassischen Zeit eine strikte Haftung, welche die Erörterung eines

⁵²⁷ S. dazu Alonso, Delegación I.2 (2002) 438 Fn. 4; zur Novationsproblematik bei den zu einem *bonae fidei iudicium* führenden Obligationen s. Sturm, Ausgew. Schr. II 771–789.

⁵²⁸ Scognamiglio, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 171–221; Pennitz, Periculum (2000); Ernst, SZ 99 (1982) 216–248; Ernst, SZ 121 (2004) 363–378; Jakab, Weinkauf (2009) 187–209; Flume, Rechtsakt (1990) 111–113; Marchi, Rev. Fac. São Paulo 93 (1998) 25–57; Behrends, in: Garofalo/Zhang, Diritto romano (2017) 25–42; Talamanca, SemCompl. 7 (1995) 230 ff.

⁵²⁹ Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16; Diocl./Maxim. C. 4.48.5 (a.285); dazu Harke, Iuris prudentia (2019) 140 f.

⁵³⁰ Pap. 3 resp. Frg. Vat. 23.

⁵³¹ Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6; Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294), mit Harke, Iuris prudentia (2019) 141.

⁵³² Für das justinianische Recht ist es richtig, den Diebstahl der Kaufsache, der einen überaus sorgsamem Verkäufer betrifft, der auch keine Bewachungsgarantie abgegeben hatte, als einen weiteren Fall des *periculum emptoris* einzureihen, → Rn. 150.

konkreten Verschuldens weder erforderte noch zuließ, haftete der Verkäufer nach klassischer Rechtsvorstellung auch für einen Diebstahl, der sich für ihn daher als „Zufall“ darstellen mochte.⁵³³ Gewaltsame Wegnahme stellte keinen Fall verletzter *custodia* dar; der Verkäufer war nur noch zur Klagenzession verpflichtet (Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr.) – auch in diesem Fall blieb der Käufer zur (vollen) Kaufpreiszahlung verpflichtet; insofern erfolgte die gewaltsame Wegnahme auf sein Risiko, weshalb man auch hierin einen Fall des *periculum emptoris* sehen mag. Die romanistische Lehre hat für das klassische römische Recht höhere und niedere Zufallsgefahr, *vis maior* und *vis minor*,⁵³⁴ entgegengesetzt; nur für Erstere galt der Satz *periculum est emptoris*.⁵³⁵ In dieser Entgegensetzung stuft man den unverschuldeten Diebstahl als *vis minor* ein, die gewaltsame Wegnahme hingegen als *vis maior*. Es handelt sich um eine im Quellenmaterial so nicht direkt abgreifbare Umschreibung, die der Sache nach zutrifft.

- 184 Soweit die Kaufsache von einem Ereignis betroffen wird, das als *periculum emptoris* galt, spielte es grundsätzlich keine Rolle, ob die Sache untergegangen oder bloß beschädigt worden war (so ausdrücklich Inst. 3.23.3). Da das *periculum emptoris* zum Gegenstand hatte, dass das durch den Kaufvertrag begründete Recht des Verkäufers auf den Kaufpreis vom Sachschicksal unberührt blieb, war eine Differenzierung zwischen Beschädigung (mit der hypothetischen Folge einer Preisreduktion?) und vollständigem Untergang der Sache nicht geboten. Beim bedingten Kauf freilich unterschieden römische Juristen zwischen dem Totalverlust der Sache und deren bloßer Verschlechterung (→ Rn. 186).

bb. Gefahrtragung bei besonderen Vertragsgestaltungen

- 185 Das Kaufverhältnis konnte von den Parteien in zahlreichen Hinsichten ausgestaltet werden. Solche Vertragsgestaltungen beeinflussen unter Umständen die Gefahrtragung für die Sache. Die Vielfalt von Entscheidungen dieser Art ist kein Anlass, an der Grundregel des *periculum emptoris* zu zweifeln;⁵³⁶ es handelt sich einfach darum, dass spezielle Vertragsklauseln auch eine besondere Regelung von Gefahrzuweisung enthalten oder verlangen.⁵³⁷
- 186 (1) Bedingter Kauf. Auffällig ist die Überlieferung zur Gefahrtragung beim bedingten Kauf, wobei die Bedingung hier nur als Suspensivbedingung in Betracht gekommen ist. Wie sich aus Diocl./Maxim. C. 4.48.5 (a.285) = Frg. Vat. 23 ergibt, trug der Käufer nicht die Gefahr, wenn die Kaufsache *pendente condicione* in einem Flächenbrand

⁵³³ Der Begriff *periculum custodiae* ist, wenn ich recht sehe, quellenfremd.

⁵³⁴ S. auch Gerkens, Ess. Pool (2005) 109–120; Ernst, Index 22 (1994) 293–321.

⁵³⁵ Kritische Einwendungen gegen dieses Verständnis von *periculum* bei Jakob, Weinkauf (2009) 195–199; für ein prozessrechtliches Verständnis von *periculum* Pennitz, Periculum (2000) 54 ff., 94 ff. u. öfter; dazu → Rn. 198.

⁵³⁶ So sprach Ernst Rabel von der „Prinzipienlosigkeit“ in dieser Frage: Rabel, SZ 42 (1921) 543–564; ähnlich Van Oven, Romeinsch Privaatrecht (1948) 252.

⁵³⁷ Für Nachweise zu Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 und der Gefahrtragung beim zweifachen Verkauf derselben Sache → Rn. 72 Fn. 199.

unterging.⁵³⁸ Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr. behandelt die Frage schulmäßig unter dem Gesichtspunkt der Vertragsperfektion, welche die Risikozuweisung an den Käufer auslöst. Fällt die Bedingung aus, lehrt Paulus: *nulla est emptio*. Infolge Nichtzustandekommen des Vertrages kann der Verkäufer den Kaufpreis nicht beanspruchen. Ist der Kauf schon teilweise vollzogen, könne der Käufer das, was er auf den Kaufpreis bezahlt hat, zurückfordern, wie umgekehrt der Verkäufer die vom Käufer gezogenen Früchte zurückverlangt. Geht die Kaufsache während der Schwebezeit (*pendente condicione*) unter, ergibt sich diese Rechtslage durch das Verständnis, das die römischen Juristen von der Bedingung haben:⁵³⁹ Ist der Vertrag nur bedingt vereinbart, wird das Zustandekommen des Vertrags (und nicht erst die Auslösung seiner „Rechtsfolgen“) aufgeschoben, bis die Bedingung eintritt (→ Rn. 46). Ist nun beim bedingten Kauf die Sache bei Bedingungseintritt nicht mehr vorhanden, kann der Kauf nicht wirksam werden: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8 pr.). Bei Untergang *pendente condicione* kommt es nicht mehr darauf an, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt. Wenn hingegen die Kaufsache lediglich verschlechtert fortbesteht, sei dies der Schaden des Käufers, wie Paulus und möglicherweise weitere Juristen annehmen. In diesem Fall findet der Bedingungseintritt das Vertragsobjekt vor, das für die Vertragsbegründung, die nun erfolgt, unverzichtbar ist. Der Vertrag verpflichtet den Käufer zur vereinbarten Kaufpreiszahlung, ungeachtet des verschlechterten Sachzustandes; mit der Vertragsgültigkeit kommt das reguläre *periculum emptoris* zur Anwendung. Die unterschiedliche Behandlung von Sachuntergang und -verschlechterung ist also nicht das Ergebnis einer ausgleichenden Verteilung von Risiken und sie spiegelt auch nicht den Gesichtspunkt der „Brauchbarkeit“ der Kaufsache.⁵⁴⁰ Für die Lösung im Fall des Bedingungseintritts werden von Paulus Proculus, Octavenus und Pomponius als Gewährsleute genannt (Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr. *quod si – probat*). Ob sich hierin eine Kontroverse andeutet und worin diese bestanden haben kann, ist ohne Spekulation nicht zu beantworten.⁵⁴¹ Das Umschlagen von Wein in Essig wird man eher als Verschlechterung denn als vollständigen Sachfortfall einordnen.⁵⁴²

(2) Kauf mit *lex commissoria*. Nachdem die meisten Juristen seit Pomponius den Kauf mit *lex commissoria* als Kauf mit einer durch Zahlungsverzug bedingten Aufhebungsmöglichkeit ansahen (→ Rn. 216), war es folgerichtig, dass mit dem Vertrags-

⁵³⁸ Dazu Ernst, SZ 99 (1982) 220 f.; Pennitz, Periculum (2000) 185–245 mit umfassenden Nachw.

⁵³⁹ Zuerst Ernst, SZ 99 (1982) 218–225; dem zustimmend: Jakab, Weinkauf (2009) 190 f.; Flume, Rechtsakt (1990) 120 ff.; Bauer, Periculum (1998) 31–37; leicht anders Pennitz, Periculum (2000) 185–245.

⁵⁴⁰ So aber Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 147.

⁵⁴¹ Für Proculus und Octavenus könnte es sich darum gehandelt haben, dass sie einem Verständnis der Bedingung folgten, das von der „herrschenden Meinung“ der römischen Juristen abwich und in Gai. 3.179 mit Servius Sulpicius in Verbindung gebracht ist; s. dazu Mitteis, RP 249 Fn. 57; Flume, Rechtsakt (1990) 124–131.

⁵⁴² A. A. Pennitz, Periculum (2000) 304: Umschlagen in *acor* als Untergang des Weines; dagegen m. E. zutr. Jakab, Weinkauf (2009) 223 Fn. 47.

schluss die Gefahr von Sachverschlechterung wie -untergang dem Käufer zugewiesen war; dieser trug also nicht nur – wie beim bedingten Kauf (→ Rn. 186) – die Gefahr der Sachverschlechterung.⁵⁴³ Bezieht man Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16⁵⁴⁴ auf den Verkauf *lege commissoria*, so besagt die Stelle, dass der Käufer die Gefahr des Weinumschlags schon vor dem *dies pretii solvendi* trägt, ebenso wie beim bedingten Kauf *pendente condicione*. Pomponius setzte sich mit der Frage auseinander, ob der Käufer der Aufhebung des Vertrages Vorschub leisten kann, indem er nicht zahlt, nachdem ihm die Betroffenheit der Sache von einem Schadensereignis bekannt geworden ist, um so die Tragung der Sachgefahr abzuwenden (Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2): Es steht jedoch im Belieben nur des durch die Klausel begünstigten Verkäufers, den Vertrag aufzuheben.

- 188 (3) Kauf mit *mensura*. Schwierigkeiten bereiteten Käufe, bei welchen ein Messvorgang, möglicherweise verbunden mit einer Aussonderung aus einem Warenvorrat, vereinbart ist (*mensura*). Hiervon handelt Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5–7.⁵⁴⁵ Gaius' schulmäßige Erörterung spielt den Verkauf vertretbarer Sachen (Wein, Öl, Getreide) in verschiedenen Varianten durch, wobei sowohl die Bestimmtheit des Preises als auch diejenige des Kaufobjekts zum Problem werden. Am wenigsten Schwierigkeiten macht der Letzte seiner Fälle (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.7): Aus einem größeren Weinvorrat ist eine bereits vereinbarte Menge verkauft: Vor der Abmessung, hier also der Konkretisierung des Kaufgegenstandes,⁵⁴⁶ trägt der Verkäufer nach Gaius alle Gefahr (d. h. die Gefahr sowohl des Untergangs als auch der Verschlechterung); es komme nicht darauf an, ob der Preis pauschal oder pro Mengeneinheit vereinbart worden war. Dieses Ergebnis kann man einfach auf den Umstand zurückführen, dass es die gekaufte Sache, für die man dem Käufer die Gefahr zuweisen könnte, vor der Abmessung nicht gibt. Aus der Zuweisung von *omne periculum* an den Verkäufer ergibt sich ferner, dass Gaius diesen Vertrag nicht als durch die *mensura* bedingt angesehen hat. Dieselbe Fallgestaltung eines Verkaufs aus verkäufereigenem Vorrat wird überwiegend auch in Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16 wiedererkannt, wo sich eine übereinstimmende Argumentation findet.⁵⁴⁷ Wenig später setzt die Konstitution Alex. C. 4.48.2 (a.223) die Rechtslage auf dieselbe Weise auseinander.⁵⁴⁸ Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.1 zeigt, dass der Verkäufer vor der

⁵⁴³ Die Lösungen für den bedingten Kauf dürften für den Kauf mit *lex commissoria* allerdings Geltung gehabt haben, sofern man mit Sabinus hierin einen durch Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Kauf sah (→ Rn. 216). Es ist also mit einer Kontroverse auch hinsichtlich der Gefahrragung zu rechnen; s. auch Pennitz, Periculum (2000), 254–259.

⁵⁴⁴ Ernst, SZ 114 (1997) 320 ff.

⁵⁴⁵ Ausführlich Pennitz, Periculum (2000) 279–302; Ernst, SZ 99 (1982) 234–236; Jakob, Weinkauf (2009) 235–242; Rüfner, Vertretbare Sachen (2000) 49–55; umfassend Ernst, SZ 114 (1997) 305–319.

⁵⁴⁶ Sie erfolgte beim Weinkauf durch Abfüllung in *dolia*, die für den Käufer versiegelt wurden; die Rechtswirkung dieser Siegelung wird von Ulpian behandelt Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr., und dazu z. B. Jakob, Weinkauf (2009) 227–242; Pennitz, Periculum (2000) 304 ff. und öfters.

⁵⁴⁷ Alonso Pérez, AHDE 31 (1961) 363–388; Ernst, SZ 99 (1982) 231 ff.; Ernst, SZ 114 (1997) 320–326; Pennitz, Periculum (2000) 328 ff.

⁵⁴⁸ Die Verzögerung einer *mensura* durch den Käufer ist nach Alex. C. 4.48.2 pr. (a.223) ein

mensura hinsichtlich des gesamten Weinorrats für *custodia* (→ Rn. 148–152) einzustehen hatte.⁵⁴⁹ Es liegt also eine Kaufvereinbarung vor, zu einem bestimmten Preis eine bestimmte Menge vom Verkäufer zu erhalten, nur mangelt zu dieser Kaufvereinbarung bis zur *mensura* noch das konkrete Kaufobjekt. Die vorstehenden Texte, in denen sich die gekaufte Sache erst im Akt der *mensura* entsteht, erlauben m. E. nicht, sich die Fälle ganz unabhängig von einem Verkäufervorrat zu denken, so dass sie von einem sogenannten reinen Gattungskauf handeln würden, bei dem der Verkäufer sich mit vertragsgemäßer Ware erst noch indecken muss (→ Rn. 68).

In Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5 behandelt Gaius zwei Vertragsvarianten, zum einen 189 den durch Vereinbarung eines Gesamtpreises sogleich perfekten Verkauf eines ganzen Vorrats, zum anderen den Verkauf, der erst durch Zumessung, Zuwägung oder Zuzählung perfekt wird, obschon man sich über den Preis pro Mengeneinheit bereits geeinigt hat. Im ersten Fall kommt ein bestimmter Vorrat als einheitlicher Gegenstand zum Verkauf, nicht anders als eine Einzelsache.⁵⁵⁰ Der zweite Fall einer Preisbestimmung pro Mengeneinheit wird von der Forschung unterschiedlich gedeutet: Ist hier ebenfalls ein Vorrat als Ganzes verkauft, dessen Gesamtpreis aber noch bestimmt werden muss, indem die Anzahl der enthaltenen Mengeneinheiten durch *mensura* ermittelt werden (dann geht es also nur noch um die Gesamtpreisermittlung), oder ist außer dem Einheitspreis die Anzahl gekaufter Mengeneinheiten fest bestimmt, so dass der konkrete Kaufgegenstand erst noch durch Ausscheidung („Konkretisierung“) der richtigen Menge aus dem größeren Vorrat bestimmt werden muss?⁵⁵¹ Diese letzte Erwägung liegt indes fern, da derselbe Fall noch in Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.7 behandelt wird und sich sonst auch nicht derselbe elegante Anschluss an den unmittelbar folgenden Fall des Herdenverkaufs (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.6) ergibt, der – in schöner Parallele zum Vorhergehenden – entweder *uno pretio* erfolgen kann oder so, dass der Preis pro Tier vereinbart wird; in diesem Fall müssen die Tiere noch gezählt werden, um den Herdenpreis zu ermitteln. Da Gaius zufolge diese Fälle ebenso zu behandeln sein sollen wie die zuvor angesprochenen, dürfte es in Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5 doch darum gehen, dass ein vertraglich bestimmter Warenvorrat des Verkäufers in seiner Gänze zu einem Preis pro Mengeneinheit verkauft ist; deshalb ist der Vorrat noch auszumessen. Gaius lässt erkennen, dass die Perfektionsfrage unter den Juristen umstritten war: Sabinus und Cassius – und damit wohl auch Gaius selbst – sahen den Kauf als durch die *mensura* quasi-bedingt an. Die ausstehende *mensura* soll nicht glatt mit einer Bedin-

Grund, diesem die Gefahr zuzuweisen; s. auch Jakab, Weinkauf (2009) 198; Ernst, SZ 114 (1997) 320 ff.; Ernst, SZ 99 (1982) 232 f.; Fercia, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 1701 ff.; Harke, Iuris prudentia (2019) 138.

⁵⁴⁹ Hierzu Ernst, SZ 114 (1997) 305 ff.; Jakab, Weinkauf (2009) 227, 240, 246.

⁵⁵⁰ Dies bestätigt Alex. C. 4.48.2.1 (a.223).

⁵⁵¹ Es ist nicht anzunehmen, dass sich die Parteien zunächst nur auf den Verkäufervorrat bezogen haben, aber erst beim Abmessungsvorgang konsensual festlegen wollen, wie viel Mengeneinheiten der Käufer effektiv abnehmen, der Verkäufer abgeben will.

gung für die Vertragsgeltung gleichgesetzt werden (*quasi*).⁵⁵² Der Perfektionsmangel liegt hier ja auch nicht an einer Bedingtheit durch ein äusseres Ereignis, sondern in der noch ausstehenden Preisermittlung.⁵⁵³ Paulus wird dies in seine Definition der *emptio perfecta* integrieren, für die er u. a. verlangt *sit et pretium* (Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr.). Für die Gefahrtragung ergab sich aus der Rechtsanschauung von Sabinus, Gaius und Paulus jedenfalls, dass bei Gesamtuntergang des Verkäufervorrats der Käufer von jeder Zahlungspflicht frei wird. Nur Vermutungen sind möglich, wie entschieden worden wäre, wenn der Vorrat eine Verschlechterung erlitten hat, was Zumessung bzw. Zuzählung ja nicht ausschliesst. Zieht man eine Parallele zum bedingten Kauf her (→ Rn. 186), könnte dem Käufer die Verschlechterungsgefahr des Vorrats zugewiesen worden sein. Ein Beleg in den Quellen fehlt. Ob eine Gegenposition vertreten wurde und worin diese bestanden haben könnte, lässt sich ebenfalls nicht ohne Spekulation sagen. Im Bereich der vertretbaren Sachen, um die es nur geht, dürfte für die Verschlechterungsgefahr vor allem Wein in Betracht gekommen sein (*periculum acoris et mucoris*); hier mag die verkehrtsübliche Degustationsklausel dafür gesorgt haben, dass der Käufer die Verschlechterungsgefahr in einer Zwischenzeit bis zur Abholung nicht tragen musste.

- 190 (4) Vom Weinkauf mit Degustationsabrede handeln u. a. Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr.⁵⁵⁴ und Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4 pr.–1 (zu dieser sog. *emptio ad gustum* → Rn. 310–313).⁵⁵⁵ Für die Frage der Gefahrtragung ergibt sich aus dieser Klausel ohne weiteres, dass alle Gefahren der Weinverschlechterung (*acor et mucor*) bis zur *degustatio* vom Verkäufer getragen werden, da dem Käufer die Zurückweisung möglich ist; dies vermutlich aber nur auf der Grundlage eines tatsächlichen Befundes von *acor* oder *mucor*.⁵⁵⁶ Jakob sieht die so verabredete *degustatio* als den abschließenden Akt des hinausgeschobenen Vertragsschlusses; erst mit der Billigung durch den Käufer sei der Wein endgültig gekauft (fraglich).⁵⁵⁷ Jedenfalls sollte man den Kauf mit Degustationsabrede nicht einfach als bedingten Kauf einordnen.⁵⁵⁸ Was gilt, wenn es am Verkäufer liegt, dass die Probe nicht zur vereinbarten Zeit stattfinden konnte? Catos Formulare raten dazu, dass man vorsorglich schon eine tageweise Verlängerung der Probefrist vereinbart.⁵⁵⁹ Die Rechtslage, wie sie sich ohne eine solche Verlängerungsklausel dar-

⁵⁵² Zutr. Pennitz, *Periculum* (2000) 314 f.; unklar noch Ernst, SZ 99 (1982) 235 f.

⁵⁵³ Treffend hat J.A.C. Thomas die Bedeutung mangelnder Perfektion in diesem Passus zusammengefasst: „In D 18, 1, 35, 5–7, in sale at so much per unit, lack of an immediately ascertainable price makes the sale of a given bulk [!] imperfect in the sense of non-existent: it is ‚Abschluss‘, not ‚Vollziehbarkeit‘ of the contract which is in issue“, Thomas, TR 35 (1967) 88 f.; ebenso schon Casavola, Scr. Jovene 551–580.

⁵⁵⁴ Pennitz, *Periculum* (2000) 303–311.

⁵⁵⁵ Pennitz, *Periculum* (2000) 316–327; Ernst, SZ 99 (1982) 237; ausführlich Jakob, Weinkauf (2009) 210–226; Babusiaux, *Quod actum* (2006) 191 f.

⁵⁵⁶ Pennitz, *Periculum* (2000) 317 f.; Babusiaux, *Quod actum* (2006) 191 bei und mit Fn. 906.

⁵⁵⁷ Jakob, Weinkauf (2009) 221, unter Bezugnahme auf Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr.: *quasi tunc plenissime veneat*.

⁵⁵⁸ So aber noch Ernst, SZ 99 (1982) 237.

⁵⁵⁹ Cato, agr. 148.

stellt, wird von Ulpian diskutiert (Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4 pr.): Entweder soll der Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung des Weins lediglich bis zum Ablauf der Verkostungsfrist tragen, oder aber die Schwebezeit dauert an, so dass der Käufer noch verkosten darf und der Verkäufer weiterhin die Verschlechterungsgefahr trägt; schließlich zieht er eine Analogie zu einem bedingten Vertragsschluss in Betracht, so dass mit der Nichtverkostung die Bedingung ausgefallen ist. Nach Ulpian entscheidet die Vertragsauslegung, wobei ohne klares Auslegungsergebnis der Schwebezustand als andauernd anzunehmen sei.⁵⁶⁰

Beim Verkauf *aversione*, in Bausch und Bogen,⁵⁶¹ ging die Gefahr sogleich wie in jedem Fall einer verkauften Spezies auf den Käufer über (Mod. 15 reg. D. 18.1.62.2).⁵⁶² Die Besonderheiten des Verkaufs *aversione* bringt es mit sich, dass einer Degustation regelmäßig unterbleibt, womit der Käufer auf die Kontrolle des Qualitätsrisikos verzichtet. Diesbezügliche Probleme erörtert Ulpian Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4.1–2.⁵⁶³

(5) Die Gefahrtragung beim Alternativkauf behandelt Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6.⁵⁶⁴ Versterben die zwei alternativ verkauften Sklaven sukzessive, trägt der Verkäufer die Gefahr des Erstversterbenden, indem er den Überlebenden leisten muss; stirbt auch dieser, muss der Käufer im Sinne des *periculum emptoris* zahlen. Elegant wird für den Fall des gleichzeitigen Versterbens gefolgert, dass der Käufer zahlen muss, *unus enim utique periculo emptoris vixit*.

(6) *Emptio perfecta*. Paulus hat die verschiedenen Gesichtspunkte in einer Definition gebündelt, indem er als Voraussetzungen für die Zuweisung der Sachgefahr an den Käufer verlangt, dass die Kaufsache nach Identität, Qualität und Quantität bestimmt, ein Preis festgesetzt und die Einigung eine unbedingte ist; beim Gegebensein dieser Voraussetzungen spricht er von einer *emptio perfecta*; Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr. Es handelt sich damit um einen Begriff der spätclassischen Schuljurisprudenz. Er geht auch in das Kaiserrecht ein.⁵⁶⁵

cc. Zur Ratio des *periculum emptoris*

Eine ausufernde Diskussion gilt der Frage nach einer „Erklärung“ des *periculum emptoris*. Ein Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die Regel von vielen als wenig sachgerecht empfunden wird, insbesondere, weil sie nicht zur modernen Vorstellung des sogenannten funktionellen Synallagma passt. Ein anderer Zweifel an der Überzeu-

⁵⁶⁰ Nach Babusiaux erwägt Ulpian ein *pactum displicentiae*; Babusiaux, *Quod actum* (2006) 191 f.

⁵⁶¹ Ausführlich Jakob, *Weinkauf* (2009) 243–258; Ernst, *SZ* 114 (1997) 304 ff.

⁵⁶² Es mag dahinstehen, ob dieser Text auf den Weinkauf oder auf einen Grundstückskauf zu beziehen ist, wie Jakob, *Weinkauf* (2009) 249, annimmt.

⁵⁶³ Ausf. Jakob, *Weinkauf* (2009) 243 ff.

⁵⁶⁴ Pennitz, *Periculum* (2000) 268–275; Schulz, *Einf.* 100; Flume, *Rechtsakt* (1990) 110; Peters, *FG Kaser* 229, erklärt die Stelle unnötigerweise so, dass die Gleichzeitigkeit in Wirklichkeit eine Nachzeitigkeit mit kleinem Zeitabstand sei, sozusagen ein Fall einer „juristischen Sekunde“.

⁵⁶⁵ Harke, *Iuris prudential* (2019) 138–140.

gungskraft des *periculum emptoris* speist sich aus dem Grundsatz *res perit domino*: Da der Verkäufer bis zur *traditio* Eigentümer bleibe, müsse der Sachverlust eigentlich ihn treffen.⁵⁶⁶ Aufgrund solcher Beunruhigung hat man in der Zeit exzessiver Interpolationenkritik versucht, den Satz *periculum est emptoris* überhaupt aus dem Bestand klassischer Rechtsansichten auszuschneiden.⁵⁶⁷ Die Summe der weitreichenden Textkorrekturen, die man zu diesem Zweck vorgeschlagen hat, war aber in ihrer Gesamtheit unannehmbar, wie zuerst Hoetink gezeigt hat.⁵⁶⁸

195 Ernst Levy vertrat die Ansicht, die er Emil Seckel zugeschrieben hat, dass die Gefahr auf den Käufer mit und aufgrund der „Abholungsreife“ der Kaufsache übergehe; diese Abholungsreife sei mit dem Begriff *emptio perfecta* bezeichnet worden. Das *periculum emptoris* erscheint damit als eine Folge des Gläubigerverzugs: Da der Käufer die Sache abholen kann, trage er auch schon die Gefahr, solange er sie noch nicht abgeholt habe.⁵⁶⁹ Es handelt sich um eine den Quellen nicht zu entnehmende Rationalisierung.⁵⁷⁰ Die Perfektion bezieht sich nach Paulus auf die *emptio*, also auf den Geschäftsabschluss, nicht auf eine Situation erst der Vertragsabwicklung.⁵⁷¹

196 Verbreitet ist die Argumentation mit dem Entäußerungscharakter der *emptio venditio*.⁵⁷² Nach dieser Vorstellung hat der Käufer mit dem Abschluss des Vertrages die Sache *inter partes* bereits erworben; obschon er sich gegenüber Dritten erst nach erfolgter *traditio* auf erworbenes Eigentum oder zivile *possessio ex causa emptionis* stützen konnte, war im Verhältnis zum Verkäufer die Sache schon ihm zugeordnet: Dem Käufer gebührten ab Vertragsschluss die Früchte und Nutzungen der Sache (→ Rn. 135–138), wie er umgekehrt auch für deren Erhaltungskosten aufkommen musste (→ Rn. 179). Diese Überlegung trifft auch nach der Überzeugung des Verfassers etwas Richtiges:⁵⁷³ Mit dem Abschluss der *emptio venditio* ist die Sache gekauft; der Käufer ist für seinen Erwerb auch bereits aufgekommen, indem er den Kaufpreis bar entrichtet oder durch Stipulation sichergestellt hat oder allenfalls *ex vendito* noch zur Zahlung verurteilt werden kann. Wenn der Kaufsache nun etwas zustößt, kann er aus diesem Grunde nicht den Kaufpreis, soweit gezahlt, zurückfordern bzw. eine in Höhe des Preises ge-

⁵⁶⁶ De Zulueta, Law of Sale (1945) 34.

⁵⁶⁷ Namentlich zu nennen sind Haymann, SZ 41 (1920) 44–185; Haymann, SZ 48 (1928) 314–418; und Beseler, TR 8 (1928) 279–313.

⁵⁶⁸ Hoetink, Periculum (1928).

⁵⁶⁹ Seckel/L Levy, SZ 47 (1927) 152 und öfter; die Theorie Levys wurde in ähnlicher Weise schon vertreten von Bechmann, Kauf I (1876) 593, III/1 (1905) 173; in dieselbe Richtung ging Jhering, JhJb 3 (1859) 465: Käufer „in der Mehrzahl der Fälle“ am Aufschub sofortiger beiderseitiger Erfüllung „schuld“.

⁵⁷⁰ Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit Levy s. Ernst, SZ 99 (1982) 238 f.

⁵⁷¹ „Emptio perfecta cannot possibly mean anything else but the conclusion of the contract“, Schulz, CRL 533.

⁵⁷² Weyand, TR 51 (1983) 225–269.; ähnl. Wolf, TR 45 (1977) 1–25; Flume, Rechtsakt (1990) 112 mit Fn. 73; Härke, Irrtum (2005) 197; im 19. Jh. schon Windscheid, Windscheid/Kipp II 660.

⁵⁷³ S. Ernst, SZ 99 (1982) 243–245, Ernst, Einrede (2000) 57–62.

gebene Stipulation entkräften (*exceptio doli*?); ebenso wenig kann er, wenn er erst noch mit der *actio venditi* auf Kaufpreiszahlung in Anspruch genommen werden muss, hiergegen den Untergang oder die Verschlechterung der Sache einwenden.

Es wurde schon angenommen, dass die Juristen mit dem *periculum emptoris* lediglich Vertragsklauseln (zum Weinkauf) verallgemeinerten, die dem Käufer die Gefahr konkret zugewiesen haben.⁵⁷⁴ Angesichts des Umstandes, dass das *periculum emptoris* als Rechtsregel für eine Vielzahl von Kaufgegenständen – und eigentlich als anwendbar auf jeden Kaufgegenstand⁵⁷⁵ – erscheint, dürfte dieser Vorschlag zu kurz greifen. Soll wirklich das von Juristen für den Tod des Sklaven ausgesprochene *periculum emptoris* seinen letzten Grund in Vertragsklauseln zum Weinkauf gehabt haben?

Martin Pennitz hat eine aktionenrechtliche Ableitung des *periculum emptoris* vorgeschlagen und diese an der ganzen Breite des Materials erprobt.⁵⁷⁶ Beim Ausdruck *periculum* gehe es typischerweise um ein „Prozessrisiko“. *Periculum emptoris* bezeichnet damit eine Situation, in der der Käufer prozessrechtlich keine Aussicht hat, den durch das negative Sachereignis eintretenden Schaden von sich abzuwenden. Diesem Ansatz ist im Grundsatz zuzustimmen.⁵⁷⁷ Der aktionenrechtliche Grund des *periculum emptoris* liegt nach der hier vertretenen Auffassung in der „independence of actions“, indem die käuferseitige Zahlungspflicht unbedingt und – von Ausnahmen abgesehen – nicht einredeweise von der Sachleistung abhängig zu stellen ist; → Rn. 52. Das *periculum emptoris* ergibt sich einfach daraus, dass aufgrund der Kaufvereinbarung die *actio venditi* zur Durchsetzung des Rechts des Verkäufers auf den Kaufpreis gegeben ist, wobei diese *actio* prozessual eben nicht an den Stand der Erfüllung des gegenläufigen Käuferanspruchs gekoppelt war. Geht man vom Quellenbestand aus, haben die römischen Juristen niemals erwogen, dass aufgrund der eingetretenen Unmöglichkeit die Rückerstattung des Kaufpreises als etwas, *quod venditor emptori ex fide bona dare oportet*, geschuldet worden wäre, oder dass die Inanspruchnahme des Käufers *ex vendito* trotz nachträglicher Unmöglichkeit der Sachleistung als mit der *bona fides* unvereinbar abzulehnen sei.

dd. Versagung der Kaufpreisforderung in Sonderfällen

Es gibt eine überschaubare Gruppe von Fällen, in welchen abweichend vom *periculum emptoris* eine Lieferungsstörung den Käufer von der Kaufpreisverpflichtung befreit, so dass eine beiderseitige Haftungsbefreiung eintritt.

Falls der Verkäufer sich mit der Übergabe der Kaufsache in Verzug befand, als die Kaufsache (durch Zufall) unterging, soll der Käufer nicht die Gefahr tragen; Paul. 16

⁵⁷⁴ So Jakob, Weinkauf (2009) 187–209; hiergegen Ernst, SZ 128 (2011) 605–620.

⁵⁷⁵ So besagt Alex. C. 4.48.2.1 (a.223) i. f., dass die in der Konstitution gemachten Aussagen nicht bloß für den Weinkauf, sondern auch für den Öl- und Getreidekauf und noch bei ähnlichen Geschäften gelten.

⁵⁷⁶ Pennitz, Periculum (2000).

⁵⁷⁷ S. schon Ernst, SZ 121 (2004) 363–378.

quaest. D. 18.4.21 (Gefahrtragung des Käufers, da der Verkäufer *mora in tradendo non fecit*); Gord. C. 4.48.4 (a.239); Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294).⁵⁷⁸ Diese Entscheidungen sind nicht auf den Grundsatz der *perpetuatio obligationis* zurückzuführen, dessen Geltung für die Verpflichtung des Verkäufers nicht anzunehmen ist (→ Rn. 145). Ohne Grundlage in den Quellen ist die rechtliche Analyse, wonach der Verkäufer in dieser Situation infolge der *perpetuatio obligationis* auf *id quod interest* hafte, so dass sich nach Abzug des Kaufpreises (*compensatio*) unter Umständen noch ein Ausgleichsbetrag für den Käufer ergeben müsste.⁵⁷⁹ Beim Kauf führt der Zufallsverlust im Verzug für die römischen Juristen zu einem Freiwerden sowohl des Verkäufers als auch des Käufers. Die Sachgefahr sprang sozusagen auf den Verkäufer zurück, sobald dieser in Verzug kam.⁵⁸⁰

201 Im Fall von Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 18.6.13 und 15 pr. verknüpfen sich wohl Annahmeverzug des Käufers und hoheitlicher Eingriff: Der Verkäufer hatte die verkauften Betten auf die öffentliche Strasse gestellt, wo der Ädil sie als verkehrsbeindernd zerschlagen ließ. Hier wird die Gefahrtragung des Käufers davon abhängig gemacht, dass die auf der Strasse befindlichen Betten dem Käufer schon übergeben waren oder die Übergabe aus Gründen, die beim Käufer liegen, unterblieben ist; ansonsten trage der Verkäufer die Gefahr. Wegen des Widerspruchs zum *periculum emptoris* versuchen vielfältige Deutungen, die Lösung mit den lebensstatsächlichen Besonderheiten des Falles in Verbindung zu bringen.⁵⁸¹ Zu Paul. 6 resp. D. 21.2.11 pr.⁵⁸² → Rn. 353.

202 Unter den Zugriffen der „Staatsgewalt“ auf die Kaufsache sticht der Fall der Enteignung (*publicatio*) hervor, die auch unter dem Blickwinkel des römischen Verwaltungsrechts intensiv untersucht wird.⁵⁸³ Unzählige exegetische Bemühungen sind für Afr. 8 quaest. D. 19.2.33 zu verzeichnen.⁵⁸⁴ Diese Quaestio interessiert hier nur insofern, als African im Vergleich zur Enteignung eines verpachteten Grundstücks denselben Staatszugriff auf eine Kaufsache miterörtert. Die Lösung für den Kauf soll im Wesentlichen darin bestehen, dass der Verkäufer dem Käufer auf Rückzahlung des auf die Kaufpreisforderung schon Gezahlten haftet, aber nicht auf das *id quod interest*, das sich am Erhalt

⁵⁷⁸ Dazu Pennitz, *Periculum* (2000) 438 f.

⁵⁷⁹ So aber Kaser, RP I 553 Fn. 73.

⁵⁸⁰ Wie hier wohl De Zulueta, *Law of Sale* (1945) 31; Bauer, *Periculum* (1998) 64.

⁵⁸¹ Hierzu Krampe, St. Labruna IV 2695–2700; Bauer, *Periculum* (1998) 64; Ernst, SZ 99 (1982) 238 f.; Ernst, SZ 114 (1997) 337 f.; Serrano-Vicente, *Custodiam praestare* (2006) 275–282.

⁵⁸² Pennitz, *Periculum* (2000) 377–379, Pennitz, *Enteignungsfall* (1991) 233–238; Jakab, *Weinkauf* (2009) 114 (vermutet eine *lex commissoria*).

⁵⁸³ Lozano Corbi, *La expropiación forzosa* (1994); Pennitz, *Enteignungsfall* (1991), zu beiden Werken s. Ernst, SZ 113 (1996) 527–534; s. auch Lozano Corbi, *Anales* (2005) 195–226; Lozano Corbi, *Anales* (2006) 89–112; Lozano Corbi, *Est. Calonge II* 635–641; ältere Lit.: De Robertis, *La espropriazione* (1936).

⁵⁸⁴ Pennitz, *Enteignungsfall* (1991) 219 ff.; Ankum, SZ 97 (1980) 157 ff.; Ernst, FS Lange 63; Wacke, ANRW II.15 (1976) 455–496; Wieacker, SZ 94 (1977) 349 f.; Müller, *Gefahrtragung* (2002) 59–67; San Martín Neira, RDP (2015) 47–77; Vacca, St. Talamanca V 249–280.

der *vacua possessio* bemessen würde. Einen durchgreifenden Grund, diese Lösung anzuzweifeln, gibt es m. E. nicht. Jedenfalls wurde die Enteignung nicht als ein glatter Fall für das *periculum emptoris* angesehen.

ee. Justinianisches Recht

In der justinianischen Kodifikation handelt je ein Titel *De periculo et commodo rei venditae* (D. 18.6 bzw. C. 4.48). Die Institutionen bringen eine Kernaussage in Inst. 3.23.3. 203

3. *Condemnatio* bei der *actio venditi*

a. *Pretium*

Der Verurteilungsbetrag wird durch das *pretium*, den Kaufpreis, bestimmt (Ulp. 32 ed. 204
D. 19.1.13.20). Es handelt sich um eine Verurteilung auf der Grundlage des verkäuferseitigen *quod interest*: Abgeschätzt wird hierbei der Wert der dem Käufer geschuldeten Zahlung – und dieser ist nichts anderes als der Betrag des Kaufpreises. Der Käufer wird hingegen nicht zum Geldausgleich eines Schadens verurteilt, den er dem Verkäufer durch Vorenthaltung des Kaufpreises zugefügt hat.⁵⁸⁵ Daraus ergibt sich, dass ein etwaiger Vermögensnachteil, den der Käufer infolge des verspäteten Zahlungseingangs erleidet, nicht in die Interessebestimmung einzubeziehen war; schon für die Zusprechung von Verzugszinsen muss eine andere Grundlage gefunden werden (→ Rn. 205). – Auf die Verurteilung des säumigen Käufers in den Betrag des Kaufpreises hatte es keinen Einfluss, ob der Verkäufer seinerseits die Kaufsache schon übergeben hatte oder nicht und letzterenfalls eventuell noch verklagt werden konnte; der „Klagenverbrauch“ der *actio venditi* (zur Präklusion → § 13 Rn. 90) erfasste die *actio empti* ja nicht. Es wurde mithin kein „Differenzschaden“ gebildet (→ Rn. 171). Es verhielt sich auch nicht generell so, dass der Verkäufer, um mit der Kaufpreisklage durchzudringen, die Kaufsache übergeben haben müsste (zur „independence of actions“ → Rn. 52). – Wie u. a. Diocl./Maxim. C. 4.49.6 (a.293) hervorhebt, stand einem Verkäufer, der die Kaufsache vorgeleistet hatte, keineswegs ein Anspruch auf deren Rückgabe (gleichsam als ein Teil des *quod interest*) zu, außer er hätte sich durch *lex commissoria* gesichert (→ Rn. 215–226). Die Durchsetzung der Kaufpreiszahlung mit der *actio venditi* führte also nicht zum Abbruch der Kauftransaktion (wie es aber die Anstellung der *actio empti* tut; → Rn. 170). Wenn man annimmt, dass die *iusta causa emptionis* nur bei erfolgter oder sichergestellter Kaufpreiszahlung gegeben war (→ Rn. 3 a. E.), muss man sich fragen, ob für dieses Erfordernis die Leistung der *litis aestimatio* der Kaufpreiszahlung gleichgestellt wurde (vermutlich ja).

⁵⁸⁵ Vergleichsweise für das Interesse des Käufers, bei dem sich die *aestimatio* nicht auf eine Schadensanalyse des Käufervermögens gründet, → Rn. 164, 170.

b. Zinsen wegen Zahlungsverzugs

- 205 Nach Her. 2 iur. epit. D. 18.6.20 sind dem Käufer bei Verzug mit der Kaufpreiszahlung *usurae* abzuverlangen.⁵⁸⁶ Hermogenian stellt klar, dass die Verurteilung in die Zahlung (auch) von Verzugszinsen nicht eine eigentliche, *ex fide bona* hergeleitete Obligation des Käufers widerspiegelt: Zinsen sind nicht *in obligatione*; die Verzinsung findet ihre Grundlage vielmehr im *officium iudicis* (Her. 2 iur. epit. D. 19.1.49.1; so auch für die *locatio conductio* Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.).⁵⁸⁷ Dem entspricht es, dass es keine selbständige Klage nur auf die Zinsen gab; Ant. C. 4.32.13 (o.A.). Die Höhe der *usurae* wurde in richterlichem Ermessen bestimmt. Wie für ein anderes *bonae fidei iudicium* ausgesprochen ist, soll der Richter die Ortsgewohnheiten berücksichtigen.⁵⁸⁸ Für einen weitergehenden Schaden aus dem verzögerten Zahlungseingang gibt es keinen Ersatz: Hermogenian verdeutlicht dies am Beispiel des Kaufmanns, der bei pünktlichem Zahlungseingang durch Neugeschäfte mehr als den Zins hätte verdienen können.⁵⁸⁹ Die Einbeziehung von Zinsen erscheint als richterliche Ordnungsmassnahme, die mutwilligem Zahlungsverzug entgegenwirkte; es geht um eine objektive Bekämpfung von Zahlungsverzögerung. Aus einem anderen Zusammenhang ergibt sich, dass es nicht um eine Begünstigung des Klägers ging (Paul. usur. sing. D. 22.1.17.3 i.f.). Die Überlegung, man pauschaliere mit den Zinsen einen an sich bezifferbaren Verzugschaden,⁵⁹⁰ wird in den Quellen nicht unterstützt. Zutreffend findet Harke, „dass die bei *mora* eintretende Verzinsung nicht der Befriedigung eines Zeitinteresses des Gläubigers dient“.⁵⁹¹ Ein regelrechter Strafgedanke war damit m. E. nicht zwingend verbunden.⁵⁹² Zum sogenannten Nutzungszins → Rn. 212–214.
- 206 Der Käufer konnte den Zinslauf außer durch Zahlung auch durch Hinterlegung beenden, sofern der Zahlung Hindernisse entgegenstanden; Paul. 3 resp. D. 22.1.18.1; Sev./Ant. C. 4.32.2 (o.A.).
- 207 Eine Novation (→ § 76) alldessen, was der Käufer aus dem Kauf schuldet, erfasste offenbar auch aufgelaufene Zinsen; die durch Novation begründete Schuld war im Grundsatz unverzinslich; Pap. 3 resp. D. 46.2.27. Kam es dem Verkäufer darauf an, dass er für die nichtrechtzeitige Zahlung einen Ausgleich erhielt, war der Abschluß eines *constitutum debiti* (→ § 71) das Mittel der Wahl.

⁵⁸⁶ Hierzu umfassend *Cervenca, Usurae* (1969) 42 ff., 295 f. und öfters; *Medicus, Quod interest* (1962) 18 ff. (dort auch zur vermutlichen Textkorruption); *Pennitz, Periculum* (2000) 440 ff.

⁵⁸⁷ Dies lässt es denkbar erscheinen, dass Zinsen auch bei einer aus Kaufpreisstipulation gestützten *condictio* zugesprochen (oder vom Kaufpreisbürgen verlangt) werden konnten.

⁵⁸⁸ Ulp. 32 ed. D. 22.1.37 (*usurae ... quae in regione frequentantur*) und dazu *Dajczak, RIDA*³ 46 (1999) 238–241; *Harke, Mora debitoris* (2005) 46.

⁵⁸⁹ *Harke, Mora debitoris* (2005) 45 f.; s. bereits *Below, Lucrum cessans* (1964) 102 f.; *Honsell, Quod interest* (1969) 168 f., vermutet, dass die Verneinung des Ersatzes für entgangenen Gewinn den Zinsbeschränkungen Rechnung tragen wollte (zweifelhaft).

⁵⁹⁰ So etwa *Kaser, RP* I 516.

⁵⁹¹ *Harke, Mora debitoris* (2005) 44.

⁵⁹² Dazu tendieren *Harke, Mora debitoris* (2005) 28 f., und *Lohsse, HKK-BGB* II.1 §§ 286–292, Rn. 8, 11.

Auf die Urteilsschuld fallen nach Quellen der Kaiserzeit Zinsen eigener Art und Höhe an.⁵⁹³ Wiederholte Neuregelungen der Urteilszinsen in der Spätantike zeigen starke Ausschläge.⁵⁹⁴ Eine justinianische Reformkonstitution setzt den Zinssatz auf 12 Prozent fest, das doppelte des vertraglich zu vereinbarenden Zinsmaximums; Iust. C. 7.54.2 (a.529).

4. Kreditkauf und *lex commissoria*

a. Zahlungstermin(e) für den Kaufpreis

Für die Kaufpreiszahlung ließ sich ein *dies pretii solvendi* vereinbaren. Auch Ratenvereinbarungen kamen vor. Man darf vermuten, dass bei Kaufvereinbarungen, bei denen die Parteien den Zahlungstermin nicht ausdrücklich aufgeschoben hatten, der Kaufpreis typischerweise schon bei Vertragsschluss gezahlt oder sichergestellt wurde; zwingend ist dies nicht. Wenn der Käufer die Kaufsache schon vor dem Zahlungstermin erhielt, wird das Geschäft zum Kreditkauf. Der Kreditkauf war vor allem bei teuren Gegenständen weit verbreitet.⁵⁹⁵ Sehr häufig verband sich eine hinausgeschobene Zahlung mit einer *lex commissoria*, einem Rücktrittsvorbehalt wegen Zahlungsverzugs (→ Rn. 215–225). Die *lex commissoria* scheint insbesondere beim Kreditverkauf von Grundstücken beliebt gewesen zu sein; vermutlich erwirtschaftete der Käufer die Raten aus den Ernteerträgen. Der Kauf mit aufgeschobener Zahlung und Rücktrittsvorbehalt bei Nichtzahlung wird von den römischen Juristen und auch von der Kaiserjustiz in vielen Einzelheiten behandelt.⁵⁹⁶

Der Rechtsverkehr, die römischen Juristen und die Kaiserjustiz haben sich mit der Frage beschäftigt, wie es dem Verkäufer auszugleichen ist, dass der Käufer in den Genuss der Sache kommt, ohne schon den Kaufpreis bezahlt zu haben.⁵⁹⁷ Eine offenbar frühe Vertragsgestaltung sah vor, dass der Käufer für den Gebrauch der Kaufsache einen Mietzins entrichten soll, bis der Kaufpreis vollständig gezahlt ist („Mietkauf“);⁵⁹⁸ s. z. B. Iav. 7 Cass. D. 18.6.17. Hier kann der Mietzins als Zins auf die Vorfinanzierung des Erwerbs durch den Verkäufer angesehen werden: Mit Kaufpreiszahlung endet die Miete (Iav. 11 epist. D. 19.2.21). Wird der Kaufvertrag aufgehoben, endet

⁵⁹³ Fasolino, Scr. Franciosi II (2007) 759–792; Kaser/Hackl, RZ 496.

⁵⁹⁴ Kaser/Hackl, RZ 496, 624 mit Fn. 7.

⁵⁹⁵ Verboven, Belgisch Tijdschrift voor Numismatiek en Zegelkunde 155 (2009) 114 f., verweist z. B. auf Ciceros Kauf eines *deversorium* von Canuleius (Cic. Att. 10,5,3; 11,5; 13,2 und 15,4).

⁵⁹⁶ Ein Responsum Papinians behandelte zahlreiche Einzelfragen in ihrem Zusammenhang, Pap. 3 resp. Frg. Vat. 11 ff.; dazu De Filippi, Fragmenta Vaticana (2012) 35 f., 112 ff.

⁵⁹⁷ Die Vereinbarung eines *dies pretii solvendi* ändert ohne anderslautende Absprache nichts daran, dass die Früchte, die der Verkäufer ab Vertragsschluss aus der noch nicht übergebenen Sache zieht, dem Käufer gebühren, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist (Pap. 3 resp. Frg. Vat. 15).

⁵⁹⁸ Ziliotto, Scr. Corbino VII 629–654; Knütel, FS Kaser (1973) 33–56; s. auch Stagl, SZ 132 (2015) 196 f.

auch das Mietverhältnis (Paul. 34 ed. D. 19.2.22 pr.).⁵⁹⁹ Es handelt sich um „verbundene Geschäfte“. Zur Wiedererlangung der Sache kann der Vermieter/Verkäufer die *actio locati* anstellen.⁶⁰⁰

- 211 Eine andere Gestaltung mag darin bestanden haben, dass gerade für den später fällig werdenden Kaufpreis eine Verzinsung für die Zeit schon ab Vertragsschluss verabredet wurde. Eine solche Vereinbarung könnte Gord. C. 4.54.5 (o.A.) zugrunde gelegen haben.⁶⁰¹ Hier wurde die Anfrage des Klägers dahingehend beschieden, dass er sich die bis zur aufgeschobenen Zahlung gewünschte Verzinsung beim Vertragsschluss durch ein *pactum* hätte ausbedingen müssen; ohne solche Abrede setze die Verzinsung erst mit Verzug ein. Hier geht es m. E. darum, dass sich der Verkäufer die Vorfinanzierung des Erwerbs, der durch den Zahlungsaufschub erfolgt, vergüten lässt, und zwar durch einen Zins auf den noch nicht fälligen Betrag;⁶⁰² dies im Unterschied zu der Verzinsung einer fälligen Forderung.⁶⁰³ Es handelt sich gleichsam um die vertragliche Aufstockung zu einem „Ratenzahlungspreis“.
- 212 Nach Pap. 3 resp. Frg. Vat. 2 und Paul. sent. 2.17.9. löste schon die Übergabe der Kaufsache an den Käufer eine Verzinsungspflicht aus. Papinian hält für die Zinsverpflichtung und zugleich für die Verpflichtung zur Fruchtherausgabe (→ Rn. 135–136) ausdrücklich fest: *in neutro mora considerabitur*. Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.20 begründet die Verzinsungspflicht ab dem *dies traditionis* damit, dass der Kaufpreisverzinsung die Nutzbarkeit der Sache durch den Käufer gegenübersteht (*aequissimum est*).⁶⁰⁴ Man spricht vom Nutzungszins oder, im Hinblick darauf, dass eine Inverzugsetzung entbehrlich ist, vom Fälligkeitszins.⁶⁰⁵ Wenn es danach auf die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit angekommen sein sollte, wird die Überlassung zu prekariarischem Besitz, wie sie bei Rücktrittsvorbehalten vorkam, ausgereicht haben. Für den Verkauf durch den Fiskus ergibt sich aus Paul. usur. sing. D. 22.1.17.5 die Sonderregel, dass die Verzinsungspflicht bereits mit dem Vertragsschluss begann (möglicherweise regelmäßig so ausbedungen?), doch korrigiert Severus dies und macht auch hier die erfolgte Übergabe zur Voraussetzung (Paul. 1 decr. D. 22.1.16.1).⁶⁰⁶
- 213 Zu den Stellungnahmen von Papinian/Ulpian (→ Rn. 212) passt das Kaiserrecht nur teilweise. Diocl./Maxim. C. 4.49.5 (a.290) spricht einem minderjährigen Verkäufer Zinsen (auf einen Restkaufpreis) zu, weil Nutzungen gezogen werden konnten; einzig wegen der Minderjährigkeit des Verkäufers werde vom Erfordernis der *mora* abgese-

⁵⁹⁹ Vielleicht dauerte die Pflicht zur Mietzahlung bis zur Rückgabe der Sache an.

⁶⁰⁰ Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 272 f.

⁶⁰¹ Zu C. 4.54.5. s. Sturm, Ausgew. Schr. II 731–740; Harke, Iuris prudentia (2019) 169.

⁶⁰² Ähnl. Harke (vorige Fn.).

⁶⁰³ Die Konstitution kann nicht so verstanden werden, dass die Verzinsung für den Verzugsfall vereinbart wurde; *tardius* und *mora* sind hier gerade nicht gleichgesetzt.

⁶⁰⁴ Zur Bezugnahme auf die *aequitas* s. Kleiter, Entscheidungskorrekturen (2010) 34; Rizzi, RI-DA³ 62 (2015) 352 f.; Solidoro Maruotti, Morale e diritto (2013) 130.

⁶⁰⁵ Ausf. Knütel, SZ 105 (1988) 514–540.

⁶⁰⁶ S. Daalder, Julius Paulus (2018) 283–292.

hen.⁶⁰⁷ Auch Diocl./Maxim. C. 4.49.13 (a.294) macht für eine im *officium iudicis* gegründete Verzinsungspflicht eine *mora* des Käufers zur Voraussetzung.⁶⁰⁸ Wie sind diese Entscheidungen (und Her. 2 iur. epit. D. 18.6.20) mit der für Papinian/Ulpian überlieferten Rechtsansicht zum Nutzungszins vereinbar, derzufolge *mora* entbehrlich sein müsste (→ Rn. 212)? Siber hielt den Nutzungszins für nachklassisch; ursprünglich sei die Verzinsung eine *mora*-Folge gewesen mit einem Privileg nur für den minderjährigen Käufer.⁶⁰⁹ Harke nimmt an, dass die Nichtzahlung des Kaufpreises bei *traditio* unmittelbar *mora* bedeutet habe.⁶¹⁰ Meines Erachtens könnten sich unterschiedliche Beurteilungen auch daraus ergeben haben, dass das Kaufpreisversprechen teilweise in Stipulationsform erneuert worden war, wobei eine Verzinsung nur aufgrund eines ausdrücklichen *pactum* in Frage gekommen wäre; die Figur des „Nutzungszinses“ hätte sich insofern auf Kaufpreisklagen *ex vendito* beschränkt. Die ursprünglich möglicherweise unterschiedlichen Ansätze für *condictio* und *actio venditi* mögen eine wechselseitige Beeinflussung ausgelöst haben. Schließlich ist noch an die (gewiss eher seltenen) Fälle zu denken, in denen der Käufer vorauszahlungspflichtig war; hier konnte bei Säumnis eine Verzinsung nicht auf die Nutzungsmöglichkeit gestützt werden. Die Frage ist nicht restlos aufgeklärt.

Pap. 3 resp. Frg. Vat. 11 sieht in der Vereinbarung, dass sich der Schuldbetrag bei nicht termingerechter Zahlung verdoppelt, eine *fraus iuris*, soweit sich daraus eine Überschreitung der *centesima usura* (→ § 84 Rn. 86) ergibt; die gesetzliche Verzinsung bleibt offenbar unberührt.⁶¹¹ Bei einer *lex commissoria* liege es anders; die Deutung dieses Satzteils ist nicht ganz klar: Sollte es sich vielleicht um eine Vereinbarung handeln, wonach der Käufer durch die nachträglich Zahlung des Kaufpreisdoppelten dem Verkäufer das Rücktrittsrecht nehmen kann?

b. Rückforderung der Kaufsache wegen Zahlungsverzugs

aa. Zweck, Wortlaut, Konstruktion der *lex commissoria*

Beim Kreditkauf geht ein vorrangiges Interesse des Verkäufers dahin, die dem Käufer überlassene Sache bei Nichtzahlung wieder an sich zu bringen. Das Recht der *emptio venditio* eröffnete dem Verkäufer jedoch keine Rücktrittsmöglichkeit für den Fall der Nichtzahlung. Bei einer gerichtlichen Durchsetzung der Kaufpreiszahlung *ex vendito* verblieb die Sache dem Käufer; die Durchführung dieser Klage ändert an seinem Erwerb nichts.⁶¹² Die Beifügung eines *pactum* (*lex commissoria* oder *pactum commissori-*

⁶⁰⁷ Harke, *Iuris prudentia* (2019) 50 f., 170, weist auf einen anderen Teil der Konstitution hin: Diocl./Maxim. C. 2.40.3 (a.290).

⁶⁰⁸ Dazu Harke, *Iuris prudentia* (2019) 167 f.

⁶⁰⁹ Siber, SZ 46 (1925) 154.

⁶¹⁰ Harke, *Mora debitoris* (2005) 42; Harke, *Iuris prudentia* (2019) 169.

⁶¹¹ Die Ansicht Papinians ist auch überliefert in Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.26; s. Staffhorst, *Teilnichtigkeit* (2006) 108 f.

⁶¹² Demgegenüber führt die Klage *ex empto* zum Verzicht auf den kaufweisen Sachumsatz, weil der Käufer auf einen Geldbetrag klagt; → Rn. 171.

um) erlaubte es dem Verkäufer, wegen Nichtzahlung des Kaufpreises die *actio venditi* für die Rückforderung der Sache zu benutzen.⁶¹³ Die Klausel mag etwa so gelaute haben: *si ad diem pecunia soluta non sit ut fundus inemptus sit* (Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2). Ob es bei der *mancipatio* eine entsprechende *lex dicta* gegeben hat, ist ungesichert.⁶¹⁴ Für das klassische Recht des Konsenskaufs handelte es sich um ein *pactum adiectum*.⁶¹⁵ Die *lex commissoria* verbindet sich vorzugsweise mit der Hingabe einer *arrha*, die dem Verkäufer bei Vertragsauflösung verfiel (→ Rn. 93).⁶¹⁶ Angesichts des Umstandes, dass die *emptio venditio* als solche keine Rücktrittsmöglichkeit für den Fall der Nichterfüllung einschloss, kam der *lex commissoria* gesteigerte Bedeutung zu; dies spiegelt sich in einem reichen Bestand von juristischen Erörterungen und Entscheidungen der Kaiserjustiz. Zu den gleich genannten Verfallklauseln bei Pfand (→ § 87 Rn. 6, 59 ff.) und *fiducia* (→ § 46 Rn. 11) bestehen gewisse Ähnlichkeiten.

- 216 Die Juristen diskutierten unterschiedliche „Konstruktionen“. Entweder konnte man den Kauf selbst als suspensiv bedingt abgeschlossen ansehen (vollständige Kaufpreiszahlung als aufschiebende Bedingung?) oder die *lex commissoria* stellte eine an einen Tatbestand geknüpfte, insoweit – untechnisch – „bedingte“ Aufhebungsabrede dar. Paul. 54 ed. D. 41.4.2.3 deutet darauf hin, dass Sabinus (nur dieser?) den Kauf als solchen als bedingt ansah und deswegen den Ersitzungsbesitz des Käufers verneinte bzw. erst mit der Zahlung beginnen ließ.⁶¹⁷ Bei Pomponius findet sich das Verständnis, der Kaufvertrag sei unbedingt, jedoch mit einer durch den Zahlungsverzug bedingten Rücktrittsberechtigung (Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2); diese Konstruktion wird in der Spätclassik bevorzugt (Ulp. 28 Sab. D. 18.3.1).

bb. Die Rechtslage während laufender Zahlungsfrist

- 217 Soweit es sich um *res Mancipi* handelt, geht man davon aus, dass beim Verkauf *lege commissoria* die Manzipation regelmäßig (aber nicht zwangsläufig) zunächst einvernehmlich unterblieb; sie erfolgte erst und nur bei eingegangener Vollzahlung.⁶¹⁸ Beim Verkauf von *res nec Mancipi*, musste der Käufer, sobald man von der Rechtsansicht Sabinus' abgegangen war (nach diesem war der Kauf durch vollständige Zahlung aufschiebend bedingt; → Rn. 216), an der ihm übergebenen Sache Ersitzungsbesitz erhal-

⁶¹³ Nicosia, In diem addictio e lex commissoria (2013); Flume, Rechtsakt (1990) 154–160; Stagl, SZ 132 (2015) 194 f.; Pennitz, Periculum (2000) 254–258; Wieacker, Lex commissoria (1932); Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 50–82; Ziliotto, Atti Burdese IV 475–516; Deli, Salus (2015) 57 ff.; Nasser Olea, Asimilaciones (2010) 129 ff.

⁶¹⁴ Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 70 f.

⁶¹⁵ Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf → Rn. 57–60; zu den Rücktrittsvorbehalten und ihrem Aktienrecht → Rn. 99–100.

⁶¹⁶ Jakab, Weinkauf (2009) 109 ff.

⁶¹⁷ Dazu Stagl, SZ 132 (2015) 193 f.; Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 112 ff.; Flume, Rechtsakt (1990) 155 f.

⁶¹⁸ Stagl, SZ 132 (2015) 193 f.

ten.⁶¹⁹ Wegen der Möglichkeit der *usucapio*, für die zugunsten des Käufers die Ersitzungszeit lief, musste auf eine maximale Länge der Zahlungsfrist von einem Jahr bzw. von zwei Jahren bei Grundstücken geachtet werden, weil der Verkäufer danach die dingliche Rückforderungsmöglichkeit verloren haben dürfte. Aus Ulp. 2 resp. D. 43.26.20 und der Konstitution Alex. C. 4.54.3 (o.A.) darf man schließen, dass diesem Problem durch bloß prekaristische Überlassung (→ § 40 Rn. 38) ausgewichen wurde.⁶²⁰ Stagl spricht anschaulich vom „Besitzvorbehalt“.⁶²¹

Der Käufer bezieht die Früchte (Ner. 5 membr. D. 18.3.5).⁶²² Die Gefahrtragung während einer Zahlungsfrist wird in Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16 behandelt, → Rn. 187. Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2 stellt klar, dass, wenn der Käufer nach Abbrennen des Hauses den Verfall eintreten lässt, der Verkäufer gleichwohl beim Vertrag stehen bleiben kann.⁶²³

cc. Verfall und Entscheidung über den Rücktritt

Der Verfall tritt mit Nichtzahlung zum Verfalltag ein. Der Verfall bei der *lex commissoria* ist für die römischen Juristen der Ort, an welchem die *mora debitoris* des Käufers in Einzelheiten behandelt wird: Eine *interpellatio* war nicht erforderlich, da ein Zahlungsangebot vom Käufer ausgehen musste (Ulp. 32 ed. D. 18.3.4.4).⁶²⁴ Irgend ein subjektives Erfordernis (konkretes Käuerverschulden als Verzögerungsursache) ist nicht erkennbar; der Verfall trat objektiv mit dem Verstreichen des Zahlungstermins ein. Konnte der Käufer am Zahlungstermin die Zahlung an den unauffindbaren Verkäufer nicht bewirken, muss er zur Vermeidung des Verfalls bei erster Möglichkeit der Zahlung zahlen (Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.1.51.1); der Käufer musste also dauernd zahlungsbereit bleiben, wollte er den Verfall vermeiden. Javolen billigt dies, es sei denn, der Verkäufer habe arglistig gehandelt. Auch die diokletianische Kanzlei empfiehlt dem Käufer, dessen Verkäufer sich gegen die Annahme der Zahlung sperrt, die Hinterlegung; Diocl./Maxim. C. 4.54.7 (o.A.).⁶²⁵ Weiterhin wurde das Problem erörtert, dass die wegen Abwesenheit des Verkäufers erfolgte Nichtzahlung durch einen Fiskaleingriff unmöglich wird (Scaev. 7 dig. D. 18.3.8).⁶²⁶ Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293) behandelt die Frage, ob es noch zum Verfall kommen kann, wenn der Kauf vor Eintritt des Verfallstages durch *contrarius consensus* beseitigt wird.⁶²⁷ Eine *cause célèbre* stellt Paul. 1 decr. D. 4.4.38 pr. dar: Die Tutoren der unmündigen Rutiliana, die den Käufer beerbt

⁶¹⁹ Zur Abschwächung des Zwölftafelsatzes, wonach der Eigentumserwerb von der vollständigen Zahlung oder Sicherstellung abhing (XII-Tab. 7,11), → Rn. 3.

⁶²⁰ Harke, *Iuris prudentia* (2019) 148.

⁶²¹ Stagl, *SZ* 132 (2015) 193 f.

⁶²² S. Talamanca, in Vacca (Hrsg.), *Caducazione* (2006) 54–58.

⁶²³ Pennitz, *Periculum* (2000) 254 ff.

⁶²⁴ Zu dem gesamten Ulpian-Fragment s. Toro, *RIDA*³ 61 (2014) 273 mwN.

⁶²⁵ Harke, *Iuris prudentia* (2019) 149 f.

⁶²⁶ Hierzu insb. Pennacchio, *TSDP* 10 (2017) 1–44.

⁶²⁷ S. Harke, *Iuris prudentia* (2019) 143 ff.

hat, versäumen die Restzahlung.⁶²⁸ Auch die *purgatio morae*⁶²⁹ wird zum Thema (Scaev. 2 resp. D. 18.3.6.2).⁶³⁰

- 220 Infolge des Verfalls kann der Verkäufer den Kaufvertrag als nicht geschlossen behandeln. Nach Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6.1 konnte er auch beim Vertrag stehen bleiben.⁶³¹ Dem entspricht es, dass sich die Rückforderung der Kaufsache wie die Ausübung einer Befugnis ausnimmt. Nach Papinian muss der Verkäufer sich sofort zwischen Vertragsdurchsetzung und -auflösung entscheiden; Ulp. 32 ed. D. 18.3.4.2 spricht vom *commissoriam exercere*. Modernes Rechtsdenken mag hier ein Gestaltungsrecht erkennen. Mit der Klage auf den Restkaufpreis gibt der Verkäufer, wieder nach Papinian, die schon entstandene Rücktrittsberechtigung aus der *lex commissoria* auf; umgekehrt kann deren Ausübung nicht rückgängig gemacht werden (Pap. 3 resp. Frg. Vat. 3 und 4). Es ergeben sich Folgeprobleme wie die Frage, ob Zahlung und Annahme einer Teilzahlung an oder nach dem Verfalltag einen Verzicht des Verkäufers auf die Wirkung der *lex* beinhaltete. Nach Alex. C. 4.54.4 (o.A.) führt auch eine nach dem Verfalltag auf Zinszahlung gerichtete Klage zum Verlust von Vertragsaufhebung und Sachrückforderung.⁶³²

dd. Rückabwicklung

- 221 Hat der Verkäufer – namentlich durch Rückforderung der Sache – zu erkennen gegeben, dass er den Kaufvertrag als erledigt ansieht, kommt es zu einer Rückabwicklung. Der Verkäufer ist beim Verkauf von *res Mancipi* aufgrund des Manzipationsvorbehalts nach *ius civile* Eigentümer geblieben; eine bonitarische Position des Käufers wird durch die Vertragsaufhebung ohne weiteres beendet (Fortfall der *causa*).⁶³³ Ist eine *res nec Mancipi* unter Besitzvorbehalt überlassen, ist der Käufer nur Prekarist. Für die grundsätzlich bestehende Vindikationsmöglichkeit (Scaev. 7 dig. D. 18.3.8; Alex. C. 4.54.4 [a.223])⁶³⁴ ist beim Käufer, der Gegenforderungen geltend macht, die Passivlegitima-

⁶²⁸ Zum Rechtsstreit um den *fundus Rutilianus* s. Liebs, Richter Roms (2007) 149–158; Choe, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 23–53; Kupisch, SZ 94 (1977) 247–266; Daalder, Julius Paulus (2018) 192–215; Musumeci, St. Brogginini 245–261; Musumeci, Protezione (2013) 235–253; Wankerl, Appello (2009) 95–110; Rizzi, Imperator (2012) 363–381; Di Mario, TSDP 7 (2014) 1–175 (mit umfassender Bibliographie); Jakab, Weinkauf (2009) 114.

⁶²⁹ Zur *purgatio morae* s. allgemein Magdelain, Et. 679–684; Harke, Mora debitoris (2005) 74–81, 91 f.

⁶³⁰ Zu dieser Stelle Jakab, Weinkauf (2009) 113; Gokel, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 635–661.

⁶³¹ Hierzu insb. Talamanca, Caducazione 29–33.

⁶³² Sturm, Ausgew. Schr. II 731–740; Harke, Iuris prudentia (2019) 147 f.

⁶³³ Die berüchtigte Frage eines dinglichen Rückfalls eines zunächst übertragenen Eigentums stellte sich nach all dem nicht.

⁶³⁴ Ulp. 2 resp. D. 43.26.20 bestätigt, dass gegen den Prekaristen mit der Vindikation vorgegangen werden konnte. Zur Frage der Passivlegitimation des Käufers, insoweit dieser bloßer *detentor* ist (allgemein → § 59 Rn. 169), s. Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 226 f.

tion fraglich; dazu Alex. C. 4.54.3 (222).⁶³⁵ In der Entwicklung hat sich die Rückforderung zunehmend auf vertragliche Grundlagen verlagert. Als Regelklage erscheint die *actio venditi*, vielleicht nach Überwindung des Zweifels, dass *res inempta* ist (Ulp. 32 ed. D. 18.3.4 pr.). Wo der Kauf mit einer *locatio conductio* verbunden worden war (Mietkauf) (→ Rn. 210), konnte sich der Verkäufer der *actio locati* bedienen (Paul. 34 ed. D. 19.2.22 pr.).⁶³⁶

Mit der Sache müssen dem Verkäufer die vom Käufer bezogenen Früchte restituiert werden.⁶³⁷ Auch hierzu diente nach entwickelter Ansicht (bestätigt durch die Antoninen) die *actio venditi* (Ulp. 32 ed. D. 18.3.4 pr., möglicherweise schon Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14), doch lässt Alex. C. 4.54.2 (a.222) offenbar wahlweise eine Klage *praescriptis verbis* zu. In einem anderen Reskript desselben Kaisers Alex. C. 4.54.4 (o.A.) ist auch von einer Vindikation die Rede. Verfügbarkeit und taktische Wahl der Klagen ist hier von nochmals veränderter Bedeutung, weil sich *rei vindicatio* und *actio venditi* hinsichtlich der formeltechnischen Möglichkeiten, Ersatz für die Früchte einzubeziehen, unterscheiden.⁶³⁸ Der Pflicht zur Fruchterstattung wird ein Ausgleich für käuferseitige Aufwendungen gegenübergestellt, die im Wege der Zurückbehaltung/Aufrechnung, nach Ulp. 32 ed. D. 18.2.16 aber auch offensiv mit der hier von Severus gebilligten *actio empti* durchzusetzen ist.⁶³⁹

Ulp. 32 ed. D. 18.3.4 pr. berichtet von einer in der *lex commissoria* gelegentlich vorkommenden Klausel, wonach der Verkäufer vom säumigen Käufer Ersatz für den Minderbetrag verlangen kann, den er bei einem erneuten Verkauf des Grundstücks erzielt. Aus modernrechtlicher Sicht liegt hier so etwas wie eine (vereinbarte) Kombination von Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung vor, Letzterer bestimmt anhand des konkreten Deckungsverkaufs. Die Klagegrundlage für die Durchsetzung mag für die römischen Juristen zweifelhaft erschienen sein, weil der Verkäufer hier womöglich erst nach bereits abgeschlossener Abwicklung des Verkaufs nochmals an den Käufer herantrat. Es wurde aber die *actio venditi* bejaht (Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14; Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6.1). Dieses Verkäuferrecht dürfte von einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung abhängig geblieben sein.

Wenn der Verkäufer bereits eine gewisse Zahlung vom Käufer empfangen hatte, stellt sich die Frage nach deren Rückforderung. Ulpian erwog sowohl die *condictio* (wegen Wegfalls der *vendito* als Zahlungsgrund) als auch die *actio empti*, für deren Verfügbarkeit sich Julian ausgesprochen hatte (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6).⁶⁴⁰

⁶³⁵ Umfassend zum Verhältnis der beiden Konstitutionen; *Flume* Ges. Schr. I. 235; *Sturm*, Ausgew. Schr. II 731–740 mit Nachw. älterer Lit.; seither *Harke*, *Iuris prudentia* (2019) 147 ff.

⁶³⁶ Dazu *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 272 f.

⁶³⁷ S. hierzu *Talamanca*, *Caducazione* 40–44.

⁶³⁸ *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 272 Fn. 6.

⁶³⁹ *Talamanca*, *Caducazione* 40–44; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 239 f.

⁶⁴⁰ Dazu etwa *Behrends*, SZ 95 (1978) 200; *Jakab*, *Weinkauf* (2009) 109 f.; *Möller*, in: *Lieberwirth/Lück*, *Akten Rechtshistorikertag Halle* (2008) 291–293.

- 225 War eine *arrha* so gegeben, dass sie dem Verkäufer bei Vertragsauflösung bleiben („ihm verfallen“) sollte (→ Rn. 93), ist die Vertragsaufhebung für ihn mit einer fixen „Entschädigung“ in Geld verbunden. Man ist hier an die Verbindung von Vertragsrücktritt und „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ des modernen Rechts erinnert; Letzterer in diesem Fall pauschaliert oder einer Vertragsstrafe ähnlich. Dabei entstand ein Gegensatz von rückforderbarer *pars pretii* und verfallender *arrha*; dies bestätigt Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293).⁶⁴¹ Scaev. 2 resp. D. 18.3.6 pr. verneint eine Rückgewähr von dem, *quod arrae vel alio nomine datum esset*. Soll man dies so deuten, dass es nicht darauf ankommt, ob die erbrachte Zahlung sich als *arrha* (zur Vertragsbegründung) oder als schlichte Teilzahlung verstand?⁶⁴² Sofern die vom Käufer geleistete Zahlung dem Verkäufer verfiel, verblieben dem Käufer die von ihm gezogenen Früchte (Ulp. 32 ed. D. 18.3.4.1).⁶⁴³
- 226 Bei Rückgabe der Sache an den Verkäufer stellte sich für die *usucapio* (→ § 44) und das *interdictum utrubi* (→ § 66) die Frage der *accessio temporis*; hierzu Iav. 1 epist. D. 41.3.19 und Afr. 8 quaest. D. 44.3.6.1

ee. Justinianisches Recht

- 227 Für Texte zur *lex commissoria* wurde je ein Titel in den Digesten (D. 18.3) und im Codex (C. 4.44) geschaffen; der Letztere ist *De rescindenda venditione* betitelt.

5. *Mora accipiendi*

- 228 Unterbleibt die Übergabe der Kaufsache aus Gründen, die am Käufer liegen, so wirkt dieser Umstand in mehrfacher Hinsicht auf das Kaufverhältnis ein.⁶⁴⁴ Die Entgegennahme der angebotenen Sache war nicht Teil dessen, was *ob eam rem emptor venditori dare facere oportet ex fide bona*: Eine Anstellung der *actio venditi* mit dem Ziel, den Käufer auf ein an der ausgebliebenen Abnahme der Kaufsache bemessenes *id quod interest* verurteilen zu lassen, war für den Verkäufer im Grundsatz nicht möglich. Im Hinblick auf die „independence of actions“ (→ Rn. 52) war der Verkäufer für seine eigene Berechtigung auf den Kaufpreis auch gar nicht darauf angewiesen, die Sache effektiv zu übergeben oder den Käufer mit einem Übergabeangebot in Annahmeverzug zu setzen. Verallgemeinert wird die Problematik als Frage der *mora creditoris* oder *mora accipiendi* im römischen Schuldrecht behandelt; die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Quellen zum Kauf.

⁶⁴¹ Einzelheiten bei Jakob, Weinkauf (2009) 115; Harke, Iuris prudentia (2019) 143 ff., dort auch zu Diocl./Maxim. C. 4.54.1 (a.216).

⁶⁴² Zu dieser Stelle Jakob, Weinkauf (2009) 113.

⁶⁴³ Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 239, 270 f.

⁶⁴⁴ Benke, RIDA³ 61 (2014) 111–130; Reetz, TR 83 (2015) 392–420; Apathy, SZ 101 (1984) 190–205; Talamanca, s. v. vendita (dir. rom.) ED 46 (1993) 411 f.; Jakob, Weinkauf (2009), 176 ff.; Harke, Mora debitoris (2005) 81–86; Pennitz, SZ 123 (2006) 152–184; Zaera García, in: Castresana, Defectos (2014) 165–192; Möller, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 285–290.

Für den Kauf ergibt sich aus Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.6.18, dass sich mit Eintritt des Gläubigerverzugs der Haftungsmaßstab für den Verkäufer auf *dolus* reduziert. Paul. 5 Sab. D. 18.6.5 behandelt die Nichtabnahme von Wein; es hat am Käufer gelegen: Als Rechtsfolge wird ausgesprochen, dass der Verkäufer nicht mehr hafte, außer es falle ihm *dolus* zur Last.⁶⁴⁵ Lag eine Verzögerung am Käufer, kann er sich bei einer gegen den Verkäufer angestellten Klage nicht mehr auf ein zwischenzeitliches Steigen des Handelswerts der Sache berufen (→ Rn. 169).

Als weitere Instrumente, durch welche der Verkäufer geschützt wird, begegnen ein Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen und ein Preisgaberecht; in besonderen Fällen war offenbar auch eine Klage *ex vendito* wegen Nichtabnahme möglich. Über das Verhältnis dieser Schutzmittel zueinander wie über die zeitliche Folge ihrer Entwicklung bestehen verschiedene Ansichten. Die Quellenlage im Einzelnen: Cels. 8 dig. D. 19.1.38.1 berichtet zustimmend, dass der Käufer gemäß Sextus Aelius und Drusus Ersatz für die Verpflegungskosten des Kaufsklaven schuldet, *si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur*.⁶⁴⁶ Der Durchsetzungsmechanismus ist nur mit den Worten *per arbitrium* angedeutet. Das Problem der Stelle liegt darin, dass der Käufer – in Gegenzug zu seinem Recht auf Früchte/*commoda* – offenbar ohnehin die Aufwendungen zu tragen hatte, zu denen der Verkäufer nach Vertragsschluss veranlaßt war (→ Rn. 179). Harke sieht im Eintritt des Annahmeverzugs eine Zäsur, indem der Verkäufer danach nicht mehr zur Erhaltung der Sache verpflichtet sei; daher hätten seine Aufwendungen nicht mehr als notwendig gelten können und es hätte einer Neuerklärung des Aufwendungsersatzes von diesem Zeitpunkt an bedurft.⁶⁴⁷ Weyand sieht im Hintergrund eine Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Unterhaltskosten, die ihren Ausgleich darin finden, dass der Verkäufer die Sache noch nutzt, und außergewöhnlichen Kosten, die der Käufer ausgleichen muss.⁶⁴⁸ Apathy vermutet eine Rechtsentwicklung: Zuerst sei der Aufwendungsersatz nur bei Annahmeverzug, später ohne Rücksicht auf diesen ab Vertragsschluss als vom Käufer geschuldet anerkannt worden.⁶⁴⁹ Der Text lässt auch die Möglichkeit offen, dass es um die Klage des Käufers gegangen ist, für die der Judex die *condemnatio* von dem beglichenen Aufwendungsersatz abhängig machte (*retentio*). Dies tat er nur, wenn der Käufer die Verantwortung dafür trug, dass die Sache noch beim Verkäufer verblieb. Im Unterschied hierzu geht es in Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22 um eine Klage des Verkäufers, mit welchem alle seit Vertragsschluss gemachten Aufwendungen geltend gemacht werden konnten.

Pomp. 20 Sab. D. 19.1.9 belegt eine Klagemöglichkeit *ex vendito* auf Abnahme der aus

⁶⁴⁵ Für dieses Fragment nimmt Jakob an, Paulus habe eine Stipulationsschuld behandelt: Jakob, Weinkauf (2009) 183 ff., hiergegen krit. Ernst SZ 128 (2011) 609; s. auch Harke, Mora debitoris (2005) 96; Apathy, SZ 101 (1984) 204.

⁶⁴⁶ Harke, Mora debitoris (2005) 96 f.; Apathy, SZ 101 (1984) 196.

⁶⁴⁷ Harke, Mora debitoris (2005) 98; ähnl. Apathy, SZ 101 (1984) 196.

⁶⁴⁸ Weyand, TR 51 (1983) 250 f.

⁶⁴⁹ Apathy, SZ 101 (1984) 197 ff.

einem Steinbruch verkauften Steine.⁶⁵⁰ Die Literatur nimmt die Stelle gerne aus dem Bereich der *mora creditoris* heraus, indem behauptet wird, der Käufer schulde hier ausnahmsweise die Abnahme, weswegen es sich um eine *mora debitoris* handle;⁶⁵¹ gelegentlich wird von einer Nebenpflicht des Käufers gesprochen. Auch wurde die Überlegung angestellt, dass der Käufer sich hier durch besondere Abrede zur Abholung verpflichtet hatte, dies bisweilen noch in der Variante, dass ein sogenanntes gemischtes Geschäft vorlag, indem der Käufer zwei Leistungen unterschiedlicher Art (Zahlung und Abholung) versprochen haben soll.⁶⁵² Abgesehen von diesen mehr klassifikatorischen Deutungen ist es richtig, dass der Fall besonders liegt. Eine Übergabeaktivität des Verkäufers ist offenbar entbehrlich. Es liegt nahe, dass der Verkäufer ein handfestes Interesse an der Grundstücksräumung gehabt haben wird. Aufgrund des palingenetischen Zusammenhangs hat Benke vermutet, dass der Verkäufer sich der Gefahr ausgesetzt sah, wegen der Steine (Gebäudeabbruch) eine *cautio damni infecti* abgeben zu müssen.⁶⁵³

232 Ein hervorstechender Verkäuferbehef begegnet beim Weinkauf, indem der Verkäufer den nicht abgenommenen Wein ausschütten darf (*effusio vini*). Diese Befugnis wurde auch vertraglich ausbedungen.⁶⁵⁴ In der juristischen Literatur spiegelt sich die Problematik in Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.3.⁶⁵⁵ Sabinus verlangte eine *denuntiatio*, die dem Käufer eine letzte Gelegenheit zur Weinabholung und Abwendung des Wegschüttens einräumte. Daneben kommen bei Ulpian auch der Selbsthilfeverkauf und die Lagerung in anzumietenden *dolia* (mit Abwälzung der Kosten auf den Käufer) als gleichsam mildere Mittel in den Blick, deren Verfügbarkeit aber die Rechtmäßigkeit des Ausschüttens offenbar nicht beseitigen können. Der Sachgrund für das einschneidende Vorgehen des Verkäufers wurde von Jakob plausibel gemacht: Es geht um den Verkauf von frischem Most, den der Käufer direkt von der Kelter mit eigenen Auffanggefäßen abzunehmen hatte.⁶⁵⁶ Das Geschäft hat Termincharakter. Wenn der Käufer nicht pünktlich erscheint, hat der Verkäufer für den frisch gepressten Wein gar keine Auffangmöglichkeit; für ihn ist der weitere Produktionsprozess blockiert. Es ist bezeichnend, dass dem mit einem Weinvermächtnis belasteten Erben, der sich solchen Schwierigkeiten nicht gegenüberieht, ein Recht zur *effusio vini* nicht eingeräumt wird (Pomp. 6 epist. D. 33.6.8). Keine Einigkeit besteht über die Grundlage und den Rechtsmechanismus. Die konventionelle Lesart geht dahin, dass bei einer etwaigen Klage des Käufers

⁶⁵⁰ Benke, RIDA³ 61 (2014) 111–139; Apathy, SZ 101 (1984) 204 f.; Astolfi, SDHI 53 (1987) 372 ff.; Pennitz, SZ 123 (2006) 180 ff.; nach Harke, Mora debitoris (2005) 99, war die Pflicht zur Abnahme ohne Zeitmoment, so dass die nicht-rechtzeitige Abnahme keine Klagegrundlage gebildet haben soll.

⁶⁵¹ Honsell, Quod interest (1969) 114; Apathy, SZ 101 (1984) 204 f.

⁶⁵² Übersicht über ältere Lit. bei Benke, RIDA³ 61 (2014) 111–139.

⁶⁵³ Benke, RIDA³ 61 (2014) 111–139.

⁶⁵⁴ Cato agr. 148; dazu Jakob, Weinkauf (1999) 47 ff. mit umfassenden Nachw.; Reetz, TR 83 (2015) 404 f.

⁶⁵⁵ Harke, Mora debitoris (2005) 94–96; Pennitz, SZ 123 (2006) 52–184; Apathy, SZ 101 (1984) 200 ff.; Reetz, TR 83 (2015) 404–409; Nachw. älterer Lit. bei Jakob, Weinkauf (2009) 182 Fn. 106.

⁶⁵⁶ Jakob, Weinkauf (2009) 182–186.

eine Vertragsverletzung seitens des Verkäufers verneint wird. Es erscheint nicht nötig, dies noch durch die Überlegung auszubauen, wonach bei Annahmeverzug eine Haftungsmilderung auf *dolus malus* erfolgen soll.⁶⁵⁷ Es genügt, dass unter Würdigung der konkreten Umstände das Verkäuferverhalten nicht als Verstoß gegen das, was er nach der *bona fides* zu tun oder zu unterlassen hat, zu werten ist. Daneben wurde auch die Ansicht vertreten, Sabinus habe sich zu einer (strengrechtlich zu handhabenden) Klausel einer Stipulation über die Lieferpflicht geäußert,⁶⁵⁸ Ulpian dagegen hätte die Rechtslage nach dem der *bona fides* unterstehenden Konsensalkauf erläutert. Bei dieser Auslegung wäre das in der Sache oft als anstößig empfundene Preisgaberecht auf eine (konkludente?) Vertragsvereinbarung zurückgeführt, ohne die es nicht bestanden hätte. Spätestens bei Justinian – aber vermutlich auch schon in Ulpians Werk – dürfte es indes um die Aufstellung „objektivrechtlicher“ Kautelen für das Recht der *emptio venditio* gegangen sein, die sich als Ausprägungen der *bona fides* darstellen. Für eine allgemeine Berechtigung des Verkäufers, auf Abnahme zu klagen, kann Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.3 nicht in Anspruch genommen werden.

Eine wiederkehrende Voraussetzung dafür, dass sich die Rechtsstellung des Verkäufers infolge verzögerter Abnahme verbessert, wird mit *per emptorem stare* umschrieben. Man hat viel über die Frage diskutiert, wie beim Gläubigerverzug die Wendung *per creditorem stare quo minus rem accipiat* zu verstehen ist: Schwingt ein Erfordernis von Unsorgfältigkeit mit, so dass für einen Gläubiger, den kein Vorwurf einer Nachlässigkeit treffen würde, das *per creditorem stetisse* zu verneinen wäre (sog. *culpa*-Theorie)?⁶⁵⁹ Für den römischen Kauf geht die Frage an den einschlägigen Quellen vorbei. Stets geht es lediglich darum, dass es aus irgendeinem Grund am Käufer gelegen hat, dass m. a. W. der Verkäufer die Leistung an sich erbringen konnte.

Hingewiesen sei noch auf die reizvolle Erörterung eines Zusammentreffens von *mora accipiendi* und *mora tradendi* in Pomp. 6 Q. Muc. D. 18.6.18 sowie Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.1.51 pr.⁶⁶⁰ Labeo will die Rechtslage so beurteilen, als sei allein der Käufer *in mora* (*accipiendi*). Pomponius weist auf die Möglichkeit hin, dass der zunächst in Verzug gesetzte Verkäufer die Kaufsache danach erfolglos anbietet; hier werde der später in Verzug gekommene Käufer belastet (wir würden den früheren Verzug als geheilt ansehen).⁶⁶¹

Zusammenfassung: Es wäre eine Fehlvorstellung, wenn man für die römischen Juristen nach einer Regel fragen würde, die den Tatbestand des Annahmeverzugs mit „Rechtsfolgen“ fest verknüpfen würde, was zu der Frage nach einem starren Verhältnis von Aufwendungsersatz, Preisgaberecht und *id quod interest*-Haftung für Nichtabho-

⁶⁵⁷ Harke, *Mora debitoris* (2005) 99, im Anschluss an Seckel/Levy, SZ 47 (1927) 242 Fn. 1.

⁶⁵⁸ Jakab, *Weinkauf* (2009) 176 ff.; Harke, *Mora debitoris* (2005) 95.

⁶⁵⁹ Nachweise bei Harke, *Mora debitoris* (2005) 100–104; Reetz, TR 83 (2015) 394 ff.

⁶⁶⁰ Für andere Schuldverhältnisse finden sich noch andere Lösungen diskutiert, auf die hier nicht eingegangen wird.

⁶⁶¹ Pennitz, *Periculum* (2000) 439 f.

lung führen müsste. Die verschiedenen Schutzmittel für den an der Leistung gehin-
derten Verkäufer sind für unterschiedliche Probleme der Nichtabnahme entwickelt, die
bei verschiedenen Kaufgegenständen und in verschiedenen Situationen auftreten und
damit unterschiedliche Erwartungen an das, was der redliche Käufer zu tun hat, bedin-
gen. Es muss nicht bei jedem Vorkommnis einer *mora accipiendi* das stets gleiche
Arsenal von Verkäuferrechten zur Verfügung gestanden haben.

V. Die Haftung des Verkäufers für Eviktion und Rechtsmängel

1. *Emptio venditio* und Eigentumserwerb des Käufers

- 236 Aufgrund der *emptio venditio* konnte der Käufer das *habere licere* der Kaufsache bean-
spruchen, das nicht in Frage gestellte Haben und Verwenden-Können der Sache in ihrer
Realweltlichkeit (→ Rn. 121). Anders als bei der *mancipatio* (→ Rn. 6) war die sofortige
Verschaffung der Sache zu Eigentum weder die sofortige Rechtswirkung der Vertrags-
vereinbarung, noch gab der Verkäufer ein Versprechen ab, den Käufer anschließend
zum Eigentümer zu machen. Der Unterschied von einem rechtlichen Gehören (*iure
dominii*) und dem *optinere sine interpellatione* des Käufers wird in Paul. 33 ed.
D. 50.16.188 pr. herausgestellt. Ist die Kaufsache einmal übergeben, wird das *habere
licere* nur und erst damit betroffen, dass ein besser Berechtigter dem Käufer die Sache,
gestützt auf sein Recht, im Prozesswege entzieht und damit dessen faktisches Haben
beendet (bzw. dem Käufer für den weiteren Behalt der Sache die *litis aestimatio* ab-
nimmt). Auf den Eintritt dieses Moments der „Nichterfüllung“ in der Prästierung des
habere licere ist die Verpflichtung des Verkäufers gerichtet, insofern er den Eintritt
dieser Nichterfüllung verhindern oder durch Geldleistung an den Käufer ausgleichen
muss (Rückzahlung des Kaufpreises oder eines Mehrfachen davon). Dieses Thema wird
im Rückblick oft als Frage der „Rechtsmängelhaftung“ beim römischen Kaufbehandelt,
doch ist die römische Problematik anders gelagert als der moderne Ausdruck sugge-
riert: Es ging nicht um die Durchsetzung eines Leistungsanspruchs auf Eigentumsver-
schaffung, sondern darum, dass dem Käufer die ihm geschuldete Möglichkeit der fak-
tischen Sachnutzung erhalten – oder deren Verlust an einen besser Berechtigten
ausgeglichen – wurde. Der Kauf war freilich als *causa emptionis* zugleich die Grundlage
für einen Erwerb des Eigentums durch *traditio*, sofern die Sache vom Eigentümer
gekauft und übergeben war (→ § 43); andernfalls kam der zeitversetzte Eigentumser-
werb durch Ersitzung *pro emptore* in Betracht (zur *usucapio* → § 44). Für diese Vor-
gänge des Eigentumserwerbs stellte sich der Konsens der *emptio venditio* als Teilelement
dar. Obschon die vereinbarte *emptio venditio* als solche nicht auf die Eigentumslage
einwirkte – deren Veränderung der Käufer auch nicht vom Verkäufer beanspruchen
konnte (→ Rn. 121) –,⁶⁶² lief sie im Regelfall doch auf die dem Kaufumsatz entspre-
chende Eigentumsübertragung hinaus.

⁶⁶² Cels. 3 dig. D. 12.4.16 verneint die Frage, ob die Hingabe von Geld für die Verschaffung des

In allen seinen unterschiedlichen Formen war der Käuferschutz durch einen engen Bezug auf das Recht der zivilprozessualen Sachverfolgung bestimmt. Auch für das römische Recht trifft zu, was Fritz Pringsheim im Hinblick auf die Haftung des Verkäufers nach griechischem Recht gefunden hat, dass nämlich die Regelungen der Verkäuferhaftung „are affected by the nature of the . . . action for recovery of property“.⁶⁶³ Im Zuge der Entwicklung ist der innige Zusammenhang von Käuferschutz und prozessualer Verteidigung wohl etwas gelockert worden.⁶⁶⁴ Namentlich verdrängte eine direkte Liquidation in Geld die tatsächliche Beteiligung des Verkäufers an der prozessualen Verteidigung des Käufers gegen den Dritten. Trotz dieser und anderer Entwicklungen blieb aber der grundsätzliche Bezug des Käuferschutzes auf die Gewährung des *habere licere* unverändert und bestimmte noch das justinianische Recht. Der Käuferschutz auf diesem Gebiet beruhte auf einem Zusammenspiel von verschiedenen Figuren der Verkäuferhaftung, die sich jeweils – und in ihrem Zusammenspiel – über die Zeit hin entwickelt haben. Nach der Haftungsgrundlage unterschieden, ergibt sich eine Dreiteilung: auf die Manzipation als solche gegründete Haftung, sog. *auctoritas*-Haftung (dazu 2.), Haftung auf der Grundlage vom Verkäufer abgegebener Stipulation (dazu 3.), und die Haftung aufgrund des bloßen Konsensualkaufs, also mittels der *actio empti* (dazu 4.).

2. Die *auctoritas*-Haftung aufgrund der Manzipation

a. Einleitung

War eine Sache (*res Mancipi*) manzipiert, bestand für den Veräußerer die altzivile Verpflichtung, dem Erwerber Beistand zu leisten, sobald dieser von einem Dritten wegen der manzipierten Sache gerichtlich belangt wurde.⁶⁶⁵ Überwiegend wird heute angenommen, dass die Defensionspflicht sich ohne weiteres aus dem Manzipationsakt ergab; einer besonderen Übernahme durch den Manzipanten habe es nicht bedurft.⁶⁶⁶ Wenn der Manzipant seiner Defensionspflicht nicht nachkam oder wenn seine Defension erfolglos blieb, haftete er dem Erwerber auf das Doppelte des gezahlten Kaufpreises. Im ersten Fall sagt man vom Veräußerer *auctoritatem defugit*,⁶⁶⁷ im zweiten

Eigentums an einem Sklaven wenigstens teilweise als Kauf angesehen werden kann. Labeo stellte klar, dass eine Vereinbarung der Parteien, wonach Eigentum nicht übergehen soll, einer Qualifikation ihres Geschäfts als *emptio venditio* entgegensteht (Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18.1.80.3); zu diesem kontextlosen Fragment s. Peters, SZ 96 (1979) 203; Harke, Irrtum (2005) 198 f.

⁶⁶³ Pringsheim, Law of Sale (1950) 430.

⁶⁶⁴ Vacca, Et. Ankum II 549–565; Schermaier, FS Liebs 548–551.

⁶⁶⁵ Lenel, EP 543 ff.

⁶⁶⁶ A. A. noch Karlowa, Rechtsgeschäft (1877) 190–192, 198, demzufolge ein *dictum in Mancipio* („*auctor sum*“) notwendig gewesen sein soll (→ Rn. 54–56).

⁶⁶⁷ Der Ausdruck wird u. a. Ven. 6 stip. D. 45.1.139 entnommen; s. weiter Lenel, EP 543 Fn. 6; Kaser/Hackl, RZ 99 mit Fn. 66; Ankum, ACost. III 16 f.; Magdelain, Et. 685–705.

Fall *auctoritatis nomine victus est*.⁶⁶⁸ Die Rekonstruktion der *auctoritas*-Haftung, die mit der Manzipation aus dem romanistischen Traditionsgut entfernt war, gehört zu den besonderen Leistungen der modernen Romanistik seit Mommsen.⁶⁶⁹ Lange wurde bezweifelt, ob es die so rekonstruierte Rechtsfigur wirklich gegeben hat. So bestritt Sargenti die Existenz einer regelrechten *actio auctoritatis*; *auctoritas* sei vielmehr ein allgemeiner, auch gar nicht besonders auf die *mancipatio* bezüglicher Ausdruck gewesen, der keine spezielle *actio* bezeichnet habe; zur Geltendmachung der *auctoritas* seien vielmehr nur die *actio ex stipulatu* oder die *actio ex empto* in Betracht gekommen.⁶⁷⁰ Casinos Mora wiederum hat die *auctoritas*-Haftung als solche anerkannt und nur den Konnex mit der Manzipation bestritten; die Haftung sei vielmehr eine öffentlich-rechtlich auferlegte Sanktion.⁶⁷¹ Die letztgenannten Ansichten haben sich nicht durchgesetzt. Ebenfalls nicht haltbar ist die These Pugsleys,⁶⁷² die *actio auctoritatis* sei eine gegen den nichtberechtigten Veräußerer gerichtete Klage, der – wie Pugsley wider die ganz einhellige Ansicht annimmt – dem Erwerber durch *mancipatio* Eigentum verschafft habe.⁶⁷³

b. Der Manzipant im gerichtlichen Streit um die Sache

- 239 Wurde der besitzende Käufer von einem Dritten mit der Vindikation belangt, verlangte das Hineinziehen des Verkäufers in den Prozess verschiedene Kommunikationsakte; Einzelheiten sind streitig:⁶⁷⁴ (1) Der vindikationsbeklagte⁶⁷⁵ Käufer gab dem Verkäufer (oder dessen einem⁶⁷⁶ bzw. mehreren⁶⁷⁷ Erben) Nachricht von der Prozesseinleitung, im Sinne einer gleichzeitigen Aufforderung, sich pflichtgemäß an der Verteidigung zu

⁶⁶⁸ Lenel, EP 543 Fn. 7.

⁶⁶⁹ Mommsen, Ges. Schr. III 458–466; zur Forschungsgeschichte im Einzelnen s. Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 21 ff., zur Arbeit Bräggers s. Wolf, Iura 62 (2014) 365–377.

⁶⁷⁰ Sargenti, *Evizione* (1960) 17–80; sowie Sargenti, St. Betti IV 15–77; dem folgend Calonge, *Evicción* (1968) 9 ff., insb. 17; Mostert, *Acta Jur.* (1969) 15. Gegen Sargenti s. Ankum, *ACost.* III 3–45; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 228 f.; u. bereits knapp Kaser, *FG Lübtow* (1970) 481 Fn. 1.

⁶⁷¹ Casinos Mora, *Auctoritas* (2000); Casinos Mora, *FHI* 1999; Casinos Mora, *Labeo* 48 (2002) 110–120; gegen Casinos Mora s. Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 230 f.; u. bereits knapp Ankum, *FS Mayer-Maly* (2002) 1 Fn. 4.

⁶⁷² Pugsley, *Property and Obligations* (1972) 15 f.; Pugsley, *Americans* (1989) 32 ff.

⁶⁷³ Gegen Pugsley ausführlich Ankum, in: Vacca, *Vendita e trasferimento II* (1991) 606 ff.; sowie Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 228 f.

⁶⁷⁴ Hierzu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 81–95; Ankum, *Fundamina* 20 (2014) 1–14, beide mwN.

⁶⁷⁵ Für die Zeit des Formularprozesses kennen wir eine ganze Palette von *auctoritas*-auslösenden Klagen (→ Rn. 246); ob in der Zeit des Legisaktionenprozesses dieselben gegen den Käufer gerichteten Klagen im Spiel waren, ist nicht gesichert.

⁶⁷⁶ Ulp. 80 ed. D. 21.2.51.1; dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 81 f., 89, 160, 213, 222.

⁶⁷⁷ Mehrere Erben des Manzipanten sind *in solidum* zu denuntzieren: Paul. 75 ed. D. 45.1.85.5 u. dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 90 f.

beteiligen. Dieser (wohl außerprozessuale) Vorgang wird mit den Ausdrücken *venditorem convenire, a venditore postulare, ex causa auctoritatis intendere* und *interpellare venditorem ut adsistat* umschrieben.⁶⁷⁸ Dass *denuntiatio* hier den *terminus technicus* darstellte, liegt anhand der Quellen nahe, ist aber nicht gesichert. Eine Bindung an bestimmte Wortformeln oder andere Formerfordernisse ist nicht erkennbar; man geht davon aus, dass es sich nicht um eine *in ius vocatio* (mit dem entsprechenden Durchsetzungsmechanismus) handelte. Bei Unterbleiben einer rechtzeitigen *denuntiatio* musste der Käufer später die *auctoritas*-Haftung auf das *duplum* entbehren. Hierbei ist nicht restlos geklärt, ob dies auf einem Klauselbestandteil beruhte, der die Klage positiv von der *denuntiatio* abhängig machte (Eviktion eingetreten *sine dolo malo actoris*)⁶⁷⁹ oder auf der Mobilisierung der *exceptio doli (generalis)*.⁶⁸⁰ Die *denuntiatio* war nicht nur ein wesentliches Element der *auctoritas*-Haftung, sondern erhielt sich auch für die weiteren, ebenfalls prozessbezogenen Haftungsgrundlagen (→ Rn. 258 und → Rn. 270). (2) Sodann gab der vindikationsbeklagte Käufer dem Kläger (und dem Prätor/Gericht) bekannt, wer sein Verkäufer gewesen ist. Dieser Akt wird als *laudatio auctoris* bezeichnet, s. etwa Gell. 2,6,15–16.⁶⁸¹ Es handelte sich um eine Prozesserklärung, die möglicherweise auch als Formelbestandteil aufschien.⁶⁸² Es mag sein, dass die *laudatio auctoris*, durch die der Beklagte zu erkennen gab, sich auf einen derivativen Erwerb zu stützen, zur Vertagung führte. (3) Bei Valerius Probus ist die formelhafte Anfrage überliefert: *Quando in iure te conspicio postulo anne far auctor* (Not. iur. 4,7).⁶⁸³ Wenn man nicht annimmt, dass damit eine feststehende Formel für die Notifizierung des Manzipanten angesprochen ist (die dann also doch formgebunden gewesen wäre), liegt es nahe, hierin eine Prozessklärung an den *in iure* anwesenden Manzipanten zu sehen, die von diesem mit einem *auctor sum* oder *nego* beantwortet werden konnte; die bejahende Antwort begründete die förmliche Prozessbeteiligung. Ob die Frage vom Kläger oder vom Beklagten ausgesprochen wurde und wie sie in den Ablauf der *legis actio sacramento in rem* eingeschoben war, ist nicht geklärt.

Für den Manzipanten, dem der Prozess denuntiiert worden war, bestand Einlassungsfreiheit. Eine Klage, die unmittelbar auf eine Prozessbeteiligung in irgendeiner Form (als *facere*) gerichtet gewesen wäre, hat es weder im Bereich der Legisaktionen noch später im Formularprozess gegeben. Wenn man von einer „Defensionspflicht“, von einer „Auctoritas-Verpflichtung“ o. ä. spricht (und von deren „Nichterfüllung“, dann versteht sich dies so, dass das Ausbleiben oder die Erfolglosigkeit der Defension Kondemnationsbedingung der als solche auf das Kaufpreis-*duplum* gehenden Aukto-

240

⁶⁷⁸ Ankum, Fundamina 20 (2014) 5 mit Nachw.

⁶⁷⁹ Hierfür, gestützt auf Paul. 77 ed. D. 21.2.53.1, Ankum, Fundamina 20 (2014) 6.

⁶⁸⁰ Ankum, Fundamina 20 (2014) I 6.

⁶⁸¹ Brägger, Actio auctoritatis (2012) 81 f.

⁶⁸² Cannata, Atti Provera 195.

⁶⁸³ Zu vorgeschlagenen Textkorrekturen s. Brägger, Actio auctoritatis (2012) 82; s. auch Cic. Caecin. 19,54 und Cic. Mur. 12,26.

ritätsverbindlichkeit gewesen ist.⁶⁸⁴ Dies schließt nicht aus, dass man die den Käufer schützende Prozessbeteiligung als Gegenstand eines „Sollens“ ansah.

241 Blieb der Manzipant dem Prozess ganz fern, löste dies als *auctoritatem defugere* die *duplum*-Haftung aus, und zwar vermutlich unabhängig vom späteren Prozessausgang. Für den Fall, dass der Manzipant sich auf die Prozessbeteiligung einließ, versucht die Forschung, seine Prozessrolle näher zu bestimmen: Übernahm er die Beklagtenrolle privativ vom *mancipio accipiens*;⁶⁸⁵ hatte er diesem lediglich als Nebenpartei Beistand zu leisten;⁶⁸⁶ handelte er als dessen Prozessvertreter oder unterstützte er den Beklagten lediglich formlos, z. B. durch Zeugenaussage? Daß der Verkäufer anstelle des Käufers den Prozess als dessen *cognitor in rem suam* führte, ist nachweislich vorgekommen;⁶⁸⁷ ebenso ein Handeln als *procurator in rem suam*.⁶⁸⁸ Damit liegt nahe, dass dies auch die „gebotene“ Form der Beteiligung des Manzipanten war. Eine privative Verdrängung des Käufers ist dagegen weniger wahrscheinlich, ebenso eine Stellung als Nebenpartei.⁶⁸⁹ Mit dem Vorstehenden hängt noch die Frage zusammen, ob der Manzipant auch bei einem Offensivprozess des Erwerbers zur Beistandsleistung – dann in welcher Form? – verpflichtet war.⁶⁹⁰

242 Die Defensionspflicht war zeitlich befristet. Der einschlägige Zwölftafelsatz (6.3) ist von jeher Gegenstand einer intensiven und kontroversen Diskussion.⁶⁹¹ Im Kern wurde hier eine Zeitspanne bestimmt, in der einerseits der Manzipant defensionsverpflichtet blieb (*auctoritas*) und andererseits der Erwerber die Sache ersitzen kann (*usus* → § 44 Rn. 2 ff.); die Möglichkeit, sich auf den Erwerb kraft Ersitzung zu stützen, macht den weiteren Beistand des Manzipanten überflüssig.⁶⁹² Die Zeit war vom Zwölftafelgesetz für Grundstücke auf ein Jahr, für alle weiteren Sachen (*res Mancipi*) auf zwei Jahre festgesetzt. War eine geraubte Sache manzipiert, bestand die *auctoritas* unbefristet (Gell. 17,7,1); dies dürfte dem Ausschluss geraubter Sachen von der Möglichkeit des Ersitzerwerbs entsprechen (→ § 44 Rn. 6, 23).⁶⁹³ Keine sichere Deutung gibt es für

⁶⁸⁴ Die sogenannte Defensionsverpflichtung war daher als solche auch nicht bürgschaftsfähig.

⁶⁸⁵ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 14.

⁶⁸⁶ Karlowa, RRG II 579.

⁶⁸⁷ Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.2; dazu Ankum, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 285 ff.; Brägger, Actio auctoritatis (2012) 124 ff. mit Nachw.; Finkenauer, Stipulation (2010) 86 Fn. 178; Babusiaux, Quaestiones (2011) 232.

⁶⁸⁸ Iul. 3 dig. D. 3.3.75; Lit. wie vorige Fn.

⁶⁸⁹ Von einer „Nebenintervention“ spricht Brägger, Actio auctoritatis (2012) 127 f., im Hinblick auf Diocl./Maxim. C. 8.44.21.1 (a.293).

⁶⁹⁰ Dafür, aufgrund von Iul. 3 dig. D. 3.3.75, Iul. 57 dig. D. 21.2.39.1, Pap. 28 quaest. D. 21.2.66 pr., Brägger, Actio auctoritatis (2012) 78 ff.

⁶⁹¹ S. Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 26; Söllner, FS Coing I 369 ff.; Cursi, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 345–355; D’Angelo, SemCompl. 23/24 (2010/11) 237–292; zum Asyndeton *usus auctoritas* jüngst Adams, Asyndeton (2021) 5.10.

⁶⁹² Brägger, Actio auctoritatis (2012) 141 ff., stützt dies auf Gai. 28 ed. prov. D. 21.2.54 pr. und Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.1.

⁶⁹³ Brägger, Actio auctoritatis (2012) 141.

einen weiteren Fall unbefristeter *auctoritas* (Cic. off. 1,12,37: *adversum hostem aeterna auctoritas*): Es ist unklar, in welcher Rolle man hier den *hostis*, den Cicero als *peregrinus* versteht, sehen soll: ist er der Manzipant, der Erwerber oder der gegen diesen auftretende Kläger?⁶⁹⁴ Der Sachlogik folgend liegt es vielleicht am nächsten (ist aber nicht gesichert), dass es um die unbefristet fortbestehende Defensionspflicht gegenüber einem peregrinen Kläger ging, dem gegenüber die Verteidigung aufgrund Ersitzungserwerbs möglicherweise nicht möglich war.⁶⁹⁵ Instruktiv ist noch die ausnahmsweise Zulassung einer Inanspruchnahme des Manzipanten ohne Rücksicht auf die altzivilrechtliche Zeitgrenze: Beim Verkauf eines *statuliber* bestand für den Käufer keine Möglichkeit, die bedingte Freilassungsanordnung durch Ersitzung außer Kraft zu setzen – hier traf den Verkäufer eine unbefristete Haftung (Iul. 57 dig. D. 21.2.39.4).⁶⁹⁶ Dieselbe Problematik hat Diocl./Maxim. C. 8.44.21 (a.293) zum Gegenstand.⁶⁹⁷

c. Die *duplum*-Haftung mittels der *actio auctoritatis*

Die Durchsetzung der Verkäuferhaftung für ausgebliebene/erfolglose Defension – sie gehörte dem *ius civile* an – muss in der Zeit der Legisaktionen in einer der anerkannten Prozessarten erfolgt sein. Es ist umstritten und nicht mit Sicherheit zu entscheiden, welche die einschlägige Prozessart war.⁶⁹⁸ Die Duplierung des Kaufpreises als Klageziel reicht gewiss schon in diese Zeit zurück. Es handelt sich nicht um einen Fall der Litis-kreszenz.⁶⁹⁹ Viel ist in diesem Zusammenhang um die Frage gestritten worden, ob die *auctoritas*-Haftung ursprünglich Deliktscharakter hatte, wie dies Kaser im Anschluß an Jhering⁷⁰⁰ vor allem wegen der Haftungssteigerung auf das *duplum* angenommen hat: Der Verkäufer, der sich für eine fremde Sache bezahlen lasse, habe damit ein dem *furtum nec manifestum* nahestehendes Delikt begangen.⁷⁰¹ Andere sehen den Rechtsgrund in einer ausdrücklich – in der *nuncupatio*⁷⁰² – oder stillschweigend mit der Manzipation⁷⁰³ übernommene Defensions-Garantie, die ursprünglich mit einer Selbstvergeiselung des Manzipanten gesichert gewesen sei;⁷⁰⁴ Vertreter dieser Ansicht

⁶⁹⁴ Meinungsstand bei Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 139 f., auch → § 44 Rn. 3.

⁶⁹⁵ So auch Flach, XII tab. 205.

⁶⁹⁶ Dazu Ernst, FS Knütel 284 f.; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 145 f.; Kleňová, TR 85 (2017) 437 f. sowie 459 ff.; Reduzzi Merola, Hom. Clavel-Lévêque III 316–321; ähnl. noch Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 u. dazu Ernst, FS Knütel 271–311; zum *statuliber* s. auch Wesener, St. Donatuti III 1396.

⁶⁹⁷ Dazu Harke, *Iuris prudentia* (2019) 154.

⁶⁹⁸ Bericht bei Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 221 f.

⁶⁹⁹ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 169 f.

⁷⁰⁰ Jhering, Geist I (1891) 157 u. öfter.

⁷⁰¹ Kaser, RP I 133; zust. Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 55 Fn. 48.

⁷⁰² Karlowa, RRG II 575, 578 f.; Haftung für die lügnerische, unwahre Zusage der Defension in der *nuncupatio*. Prägnant auch Kübler: „Strafe auf die Lüge bei der Manzipation“, *Römisches Recht* (1929) 178.

⁷⁰³ Bechmann, Kauf I (1876) 123 u. öfter; ähnl. Lévy-Bruhl, *Problèmes* (1934) 139 ff.

⁷⁰⁴ Beseler, Kritik IV (1920) 307.

verweisen darauf, dass nicht schon die Manzipation der fremden Sache als solche haftungsauslösend wirkt, sondern erst die Versagung oder die Erfolglosigkeit der Verteidigung des Käufers im Streit mit dem Dritten. Die Duplierung wird dann – m. E. plausibel – durch die Annahme eines allgemeinen Satzes erklärt, wonach auf Nichteinhaltung des in der *nuncupatio* Versprochenen durchweg die *poena dupli* stand.⁷⁰⁵ Vermittelnd wollen wieder andere die Nichtleistung der mit der Manzipation übernommenen Defension als deliktsartige Unterlassung ansehen.⁷⁰⁶

244 Nach dem Übergang zum Formularprozess muss eine entsprechende Formel (ohne Rechtsschutzverheißung) im Edikt aufgestellt worden sein.⁷⁰⁷ Ihren Platz soll sie im Abschnitt über die prätorischen Stipulationen gehabt haben, möglicherweise wegen des Zusammenhangs mit der *satisfactio secundum Mancipium* (→ Rn. 254–263). Die im Formularprozess benutzte *actio* wird üblicherweise als *actio auctoritatis* bezeichnet, daneben auch als *actio de auctoritate*.⁷⁰⁸ Eine verlässliche Angabe der Bezeichnung, mit der die römischen Juristen diese *actio* ansprachen, erscheint nicht möglich; mit dieser Maßgabe wird im Folgenden von der *actio auctoritatis* gesprochen.

245 Für die Formel wird hier von den letzten Rekonstruktionsversuchen Ankums ausgegangen.⁷⁰⁹ Die Wiedergabe erfolgt mit der Maßgabe, dass eine vorbehaltlose wissenschaftliche Unterstützung in jeder Einzelheit hiermit nicht ausgesprochen sein soll:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio rem Mancipio dedisse et auctoritatem defugisse vel Aulum Agerium in rei vindicatione sine dolo malo eius victum esse,

Wenn es sich herausstellt, dass Numerius Negidius die Sache dem Aulus Agerius manzipiert und sich der Schirmungsverantwortung entzogen hat oder Aulus Agerius im Eigentumsstreit ohne eigene Arglist unterlegen ist,

si non plus quam annus [duo anni] erat, cum eam rem Mancipio dederat,

und kein Jahr [keine zwei Jahre] vergangen war[en], seitdem er die Sache manzipiert hatte,

quanti ea res Mancipio data est, tanta pecunia duplum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato,

verurteile Du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius auf das Doppelte des Geldbetrages, für den die Sache manzipiert wurde,

si non paret absolvito!

wenn es sich nicht herausstellt, sprich ihn frei.

⁷⁰⁵ Karlowa, RRG II 579.

⁷⁰⁶ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 10 u. passim.

⁷⁰⁷ Brägger, Actio auctoritatis (2012) 222 f. mit Nachw. auch der kritischen Auffassungen.

⁷⁰⁸ Ankum, ACost. III 44 f.

⁷⁰⁹ Ankum, Lib. Am. Krampe 14 Fn. 9; sowie Ankum, Fundamina 20 (2014) 6. Die Rekonstruktion Ankums ist hier noch um den Versuch einer Temporalklausel ergänzt. Die Negativbedingung *sine dolo malo eius*, in der sich auch das Denuntiationserfordernis verbirgt, müsste sich indes wohl auch auf den Fall des *auctoritatem defugere* beziehen, also vor *auctoritatem defugisse* eingeschaltet gewesen sein. Übersicht über ältere Rekonstruktionsversuche bei Brägger, Actio auctoritatis (2012) 223; noch gegen jede Rekonstruktionsmöglichkeit Lenel, EP 546 bei Fn. 3.

Die Formel enthielt zwei haftungsauslösende Tatbestände, nämlich (sinngemäß) *auctoritatem defugere* (→ Rn. 241) und *auctoritatis nomine victum esse*. Das *auctoritatis nomine victum esse* lag in dem Moment vor, in welchem der Iudex die für den Drittberechtigten lautende *sententia* aussprach.⁷¹⁰ Der nachfolgende effektive Besitzverlust – die für andere Haftungsgrundlagen zentrale *evictio* – war hier zur Haftungsauslösung nicht erforderlich.⁷¹¹ Wie man annehmen darf, war die Haftung vermittlels der *actio auctoritatis* allein auf das Ausbleiben bzw. die Erfolglosigkeit der Defension gestellt; sie war eine sogenannte objektive Haftung, die den *auctor* auch dann traf, wenn ihm der Mangel seiner eigenen Berechtigung unbekannt geblieben war, und selbst dann, wenn er den Erwerber wie geschuldet im Prozess unterstützt hatte. Der Manzipant trug also grundsätzlich das Prozessrisiko, für das Cicero den Begriff *periculum iudicii* benutzt (Cic. Mur. 2,3). Hiervon wurden Ausnahmen zugelassen, nämlich der Prozessverlust *iniuria iudicis*,⁷¹² möglicherweise auch ein ungeschicktes Prozessieren des Käufers (Einzelheiten zweifelhaft).⁷¹³ Der Formelbestandteil *sine dolo malo* soll vor allem dafür gesorgt haben, dass ein Manzipant, dem die Klage gegen den Erwerber nicht angezeigt worden war (→ Rn. 239), haftungsfrei blieb.⁷¹⁴

Während der Ausgangsfall der *auctoritas*-Haftung gewiss die Inanspruchnahme des Käufers mittels der *rei vindicatio* war (auch gerichtet auf einen gegenständlichen Teil der manzipierten Sache⁷¹⁵ oder gestützt auf einen Eigentumsbruchteil⁷¹⁶), sind im Laufe der Entwicklung weitere Klagen als *auctoritas*-relevant anerkannt worden, und zwar solche, die dem Vindikationsmodell folgen: *vindicatio ususfructus*,⁷¹⁷ vermutlich auch die *vindicatio servitutis*,⁷¹⁸ die *actio negatoria* und die *actio Publiciana*.⁷¹⁹ Auch die *vindicatio in libertatem* löste die Haftung aus.⁷²⁰ Die Durchsetzung der Freiheit durch einen manzipierten *statuliber* war haftungsauslösend, doch konnte diese Haftung vermieden werden, indem bei der Manzipation die Freilassungsbedingung richtig angesagt wurde (→ Rn. 55).⁷²¹ Zweifelsfälle sind die *actio Serviana* und die Besitzinterdik-

⁷¹⁰ Zur *appellatio* s. Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 129, 187 (zu Mod. 6 resp. D. 21.2.63.2).

⁷¹¹ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 184 ff.

⁷¹² Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 190 ff.; Klingenberg, Et. Ankum I 177–191.

⁷¹³ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 186 ff.

⁷¹⁴ Ankum, *Fundamina* 20 (2014) 6 u. passim; s. auch Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 85 ff.

⁷¹⁵ Zu Pap. 7 quaest. D. 21.2.64 pr. s. Hackel, SZ 114 (1997) 435–448; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 69 ff.; Tafaro, *Labeo* 19 (1973) 33 f.

⁷¹⁶ Zu Iul. 57 dig. D. 21.2.39.3 s. Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 70 ff.

⁷¹⁷ Cels. 27 dig. D. 21.2.62.2 und dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 74 ff.

⁷¹⁸ Ankum, FB Hosten 7–18; das Käuferinteresse an einer befriedigenden Rechtslage hinsichtlich der Servituten ließ sich noch gesondert durch eine Stipulation (und zuvor durch eine Ansage in Form einer *lex mancipio dicta*) schützen (*uti optimus maximusque sit*); dazu → Rn. 55; umfassend Backhaus, FS Knütel 57–75.

⁷¹⁹ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 73.

⁷²⁰ Iul. 57 dig. D. 21.2.39.3 und dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 71 ff.

⁷²¹ Zu der fragwürdigen Stelle Scaev. 2 quaest. D. 21.2.69 s. Kleňová, TR 85 (2017) 440–447; dort auch S. 452 ff. zu Afr. 6 quaest. D. 21.2.46.

te,⁷²² bei welchen formelbedingt eine *actio auctoritatis utilis* notwendig geworden sein mag; hinreichende Quellenzeugnisse fehlen.⁷²³ Aufgrund von Iul. 57 dig. D. 21.2.39.1 kann man annehmen, dass die *actio auctoritatis* auch begründet war, wenn die Sache einem Abkäufer des Käufers streitig gemacht wurde, ohne dass der Manzipant dem Zweitkäufer erfolgreich den Defensionsbeistand leistete.⁷²⁴ Mit Recht sagte Kaser, dass die Einbeziehung des Weiterverkaufs in die *auctoritas*-Haftung „von der Sache her unausweichlich geboten war“.⁷²⁵

248 Die Duplierung war objektivrechtlich vorgegeben; ein anderer Faktor zur Vervielfachung des Kaufpreises ließ sich offenbar nicht vereinbaren.⁷²⁶ Das *duplum* war auf den gezahlten und empfangenen Kaufpreis bezogen.⁷²⁷ Die bei der Manzipation erfolgte (oder förmlich als erfolgt erklärte) Zahlung war damit Haftungsvoraussetzung.⁷²⁸ Die römischen Juristen erörterten auch in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Sicherstellung des Kaufpreises ausreichte.⁷²⁹ Wenn die Manzipation *nummo uno* vollzogen worden war, richtete sich die *duplum*-Haftung auf den Wert zweier entsprechender Münzen; diese Gestaltung wurde benutzt, um den Verkäufer von der Defensionspflicht freizuzeichnen, etwa bei einer Manzipation zur Begründung einer *fiducia*.⁷³⁰ Was galt, wenn ein reales Kaufgeld gezahlt wurde, aber nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einer als *imaginaria venditio* vollzogenen *mancipatio*? Es wird plausibel vermutet, dass hier der abseits des Manzipationsrituals gezahlte Kaufpreis dupliert wurde.⁷³¹

249 Von der indirekten zeitlichen Begrenzung der Defensionspflicht bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Käufer (abstrakt) in der Lage sein musste, sich auf einen durch *usucapio* erworbenen Titel zu stützen (→ Rn. 242), ist die Frage zu unterscheiden, ob

⁷²² Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 75 ff.

⁷²³ Ein gegenüber dem Käufer bestehender Interdiktschutz wurde als Nichtverschaffung der *vacua possessio* gewertet: der Käufer konnte sogleich *ex empto* wegen nicht erfolgter *traditio* klagen; → Rn. 125.

⁷²⁴ Zu dieser viel behandelten Stelle s. Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 194 ff.; Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 27 f., 75 Fn. 1 f.; Beseler, SZ 45 (1925) 468; Kaser, FG Lübtow (1970) 482 ff.; Reduzzi Merola, Hom. Clavel-Lévêque III 316–321; Ankum, ACost. III 38 ff.; Ankum, Ess. Lustrum VI Utrecht 18 Fn. 6; Ankum, HB Warmelo 11 ff.; Ankum, Lib. Am. Krampe 19 f.; krit. zu Ankums Deutungen Finkenauer, Stipulation (2010) 82–86; abw. auch Corbino, Iura 27 (1976) 60.

⁷²⁵ Kaser, FG Lübtow (1970) 487; wie Kaser auch Ankum, ACost. III 31 bei Fn. 64; Ankum, ACost. IV 776 und Ankum, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 611 ff.

⁷²⁶ Paul. sent. 2.17.3 und dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 171.

⁷²⁷ Huschke nahm an, im Manzipationsformular sei ein bestimmter Betrag genannt worden, zu dem der Manzipant zu haften versprach; dieser Betrag sei an sich beliebig gewesen, hätte aber – anders als bei der *stipulatio* (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.56 pr.) – nicht höher sein dürfen als das Doppelte des Kaufpreises; Nexum (1846) 188 ff.

⁷²⁸ Paul. sent. 2.17.1 und dazu Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 56 mwN.

⁷²⁹ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 59 ff., zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2.

⁷³⁰ Form. Baetica, FIRA III 92 = CIL II 5042 u. dazu statt aller Noordraven, Fiduzia (1999) 146 ff.; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 56.

⁷³¹ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 60 ff.

die einmal engagierte *actio auctoritatis* eine *actio temporalis* gewesen ist; hierauf gibt es keinen Hinweis. Die Annahme, die *actio auctoritatis* sei aktiv und passiv vererblich gewesen,⁷³² ist jedenfalls für die Aktivseite glaubhaft, aber ohne Quellengrundlage.

Eine *actio auctoritatis utilis* soll in verschiedenen Konstellationen in Betracht gekommen sein. Genannt wird vor allem der Fall, dass (im Hinblick auf eine *vindicatio*) um eine *restitutio in integrum* gestritten wurde;⁷³³ auch Afr. 6 quaest. D. 21.2.46 pr. wird als Beleg für eine *actio auctoritatis utilis* erwogen.⁷³⁴ 250

d. Die *auctoritas* in der nachklassischen Entwicklung

Die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* war noch bis in die nachklassische Zeit die anerkannte Verkäuferhaftung im Anschluss an die Manzipation.⁷³⁵ Im Verlauf der Kaiserzeit mag sie schon zunehmend an praktischer Bedeutung verloren haben, weil der Rechtsverkehr mehr und mehr zum Gebrauch von Eviktionsstipulationen überging und sich die Vornahme des Manzipationsakts, auch wo diese möglich gewesen wäre, ersparte.⁷³⁶ Jedenfalls wandten die römischen Juristen der klassischen Zeit noch zwei Grundformen der Verkäuferhaftung nebeneinander an, nämlich die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* und die auf ein gesondertes Vertragsgeschäft (Stipulation, *emptio venditio*) gestützte Eviktionshaftung. Zu den Konkurrenzproblemen → Rn. 292. 251

In der justinianischen Kodifikation ist die Rechtsfigur der *auctoritas* zusammen mit der *mancipatio* beseitigt worden (→ Rn. 450).⁷³⁷ Wo Texte verwertet wurden, die von der *actio auctoritatis* gehandelt hatten, wurden andere Ausdrücke benutzt, z. B. *actio evictionis* u. ä.;⁷³⁸ vor allem hat man Texte auch so angepasst, dass sie sich neu auf die eine oder andere Eviktionsstipulation bezogen. 252

3. Der Käuferschutz mittels Stipulationen

a. Übersicht

Der Käuferschutz mittels Stipulationen ist ein Produkt des Rechtsverkehrs. Von vornherein geht es also nicht um „das“ römische Recht im Sinne einer objektiven Ordnung, 253

⁷³² Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 210 ff.

⁷³³ Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr., eine oft behandelte Stelle: s. u.a. Ankum, *Ess. Lustrum IV Utrecht* 8 ff.; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 201 ff.; Jakab, *Praedicere* (1997) 277 ff.

⁷³⁴ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 205 ff.; zum Fortgang der Stelle s. Kleňová, *TR* 85 (2017) 452 ff.

⁷³⁵ Anders Söllner, *SZ* 122 (2005) 21 mit Fn. 75: *auctoritas*-Haftung in klassischer Zeit bereits abgestorben.

⁷³⁶ Ankum spricht davon, dass die *stipulatio duplae* die *auctoritas*-Haftung geradezu verdrängt habe, und nennt als Ursache das Edikt der curulischen Ädilen, das den Abschluss einer *stipulatio duplae* beim Marktverkauf von Sklaven obligatorisch gemacht habe, *Ess. Lustrum VI Utrecht* 1, 17; dazu → Rn. 386.

⁷³⁷ Kaser, *RP II* 392 bei u. mit Fn. 58; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 19 ff.

⁷³⁸ Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 19 ff.

denn die Parteien waren weitgehend frei, käuferschützende Stipulationen nach ihren Bedürfnissen und Verhandlungspositionen zu gestalten. Eine Darstellung kann nur approximativ und idealtypisierend die gebrauchten Gestaltungsvarianten nachzeichnen.⁷³⁹ Honorarrechtlich objektiviert war allerdings im prätorischen Edikt der Wortlaut der *satisfactio secundum Mancipium* und möglicherweise derjenige der *stipulatio duplae* als Teil einer zusammen mit dem ädilischen Edikt proponierten Stipulation; wie es sich mit Letzterer verhielt, ist ungesichert (→ Rn. 386). Die zum Käuferschutz geläufigen Verbalobligationen werden im Folgenden danach unterschieden, ob sie den Promittenten zu einem Verhalten verpflichteten (b.) oder reine Garantiestipulationen waren (c.).

b. Defensions- und Nichtangriffsstipulationen

aa. *Satisfactio* und *repromissio secundum Mancipium*

- 254 *Satisfactio secundum Mancipium* (s.s.m.) und *repromissio secundum Mancipium* (r.s.m.) sind im Anschluss an die *auctoritas*-Haftung des Manzipanten zu erfassen.⁷⁴⁰ Bei ihnen geht es um die Imitation der *auctoritas*-Verpflichtung in der Form einer Verbalobligation.⁷⁴¹ Die römischen Juristen bezeichneten sie geradezu als *stipulatio* (auch: *promissio*) *auctoritatis*⁷⁴² und handelten insoweit *de contrahendo auctoritate*.⁷⁴³ Man könnte von einer in Stipulationsform versprochenen *auctoritas* reden. Die Defensionsstipulation ließ sich durch Bürgschaftstipulationen bestärken;⁷⁴⁴ hiervon wurde Gebrauch gemacht und der Eviktionsbürge als *auctor secundus* bezeichnet.⁷⁴⁵ Es liegt nahe, dass als Eviktionsbürgen die Vormänner des Promissor aufgeboten wurden. Man wird nicht ausschließen, dass für die *satisfactio secundum Mancipium* die Verstärkung durch Bürgen vorgeschrieben war.⁷⁴⁶ Bei *satisfactio* und *repromissio secundum Mancipium* handelte es sich an sich nach heutigem Erkenntnisstand im Kern um ein und dieselbe Defensionsstipulation, mit dem Unterschied, dass mit dem Ausdruck *satisfactio secundum Mancipium* diese Defensionsstipulation als eine ediktal vorgeschrie-

⁷³⁹ Nörr, SZ 121 (2004) 152–188.

⁷⁴⁰ Ankum, Lib. Am. Krampe 13–28; Dalla Massara, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 285 f.; Brägger, Actio auctoritatis (2012) 118 f.

⁷⁴¹ Ankum, ACost. IV 759 f. u. passim.

⁷⁴² Frg. Vat. 10 u. dazu Ankum, ACost. III 22 u. Ankum, ACost. IV 762.

⁷⁴³ Paul. sent. Rubrica 5.10.

⁷⁴⁴ Ankum, Lib. Am. Krampe 14; Dalla Massara, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 285; aus der Urkundenpraxis: FIRA III 89 = CIL III p 959,25 (p. 1058, 2215): *f(ideiussore) a(ccepto)*.

⁷⁴⁵ Z. B. Ulp. 32 ed. D. 21.2.4 pr.

⁷⁴⁶ Die Wiederholung der *auctoritas*-Verpflichtung des Manzipanten in Form einer Verbalobligation erleichterte Sponsionsbürgschaften, namentlich durch die Vormänner des Manzipanten (*auctor secundus* usw.), die sich nur an eine Verbalobligation anlehnen konnten; hierauf stellten ab Lenel, EP 546 f.; Kaser, RP I 554 bei und mit Fn. 12; Kaser, Eigentum (1956) 66 f.; Arangio-Ruiz, Compravendita II (1954) 329 ff.; ähnlich bereits Bechmann, Kauf I (1876) 369 f.

bene, insofern vielleicht bürgschaftsverstärkte, prätorische Stipulation angesprochen wurde.

Der soeben skizzierte Erkenntnisstand beruht vor allem auf Forschungen Hans Ankums.⁷⁴⁷ Frühere, teilweise stark abweichende Überlegungen können als überholt gelten: Nach Meylan sollte die *satisfatio secundum Mancipium* überhaupt keine Eviktionsstipulation darstellen, sondern eine Garantie für die Gewährung der *vacua possessio* bei der Manzipation eines entfernten *fundus*.⁷⁴⁸

Als Spuren der (im justinianischen Recht beseitigten) *satisfatio* bzw. *repromissio s. m.* müssen u. a. in Betracht gezogen werden: aus den literarischen Quellen Plaut. Persa II 523–524,⁷⁴⁹ Cic. Att. 5,1,2,⁷⁵⁰ die *Notae Lindenbrogianae s. v. s.s.m.*, aus dem juristischen Material: Frg. Vat. 328 = Pap. 2 resp. D. 3.3.67,⁷⁵¹ Pap. 3 resp. Frg. Vat. 10,⁷⁵² Paul. sent. Rubrica 5.10 (*de contrahenda auctoritate*), Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.1,⁷⁵³ Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8,9,⁷⁵⁴ Ulp. 32 ed. D. 21.2.4 pr.,⁷⁵⁵ Iul. 57 dig. D. 21.2.39,⁷⁵⁶ Iul. 58 dig. D. 21.2.40,⁷⁵⁷ Iul. 58 dig. D. 21.2.43,⁷⁵⁸ Ulp. 81 ed. D. 21.2.52,⁷⁵⁹ Paul. 77 ed. D. 21.2.53,⁷⁶⁰ Ven. 17 stip. D. 21.2.76⁷⁶¹ und Ven. 6 stip. D. 45.1.139.⁷⁶² Stets geht es um *res Mancipi*. Dabei ist im Einzelnen oft streitig, ob die Stellen nicht vielmehr auf die *actio auctoritatis* oder auf die *stipulatio duplae* zu beziehen sind.

Es ist nicht abschließend geklärt, ob es sich bei der *satisfatio secundum Mancipium* um eine reine Garantiestipulation handelte oder ob der Promissor eine regelrechte Defensionspflicht übernahm, wie sie aufgrund der Manzipation für den *Mancipio dans* begründet war (→ Rn. 239–241). In folgenden Fragmenten will man eine regelrechte

⁷⁴⁷ Ankum, ACost. IV 740–792; Ankum, Lib. Am. Krampe 13–28.

⁷⁴⁸ Meylan, RHD 26 (1948) 1–35; ausf. Auseinandersetzung mit Meylan bei Arangio-Ruiz, *Comparavendita II* (1954) 329 ff.; Calonge, *Evicción* (1968) 20 ff. und bei Ankum, ACost. IV 752 ff.

⁷⁴⁹ Dazu Ankum, ACost. III 9 ff.; Ankum, ACost. IV 760 f.

⁷⁵⁰ Ankum, ACost. IV 763 f.

⁷⁵¹ Dazu Ankum, ACost. IV 766.

⁷⁵² Ankum, ACost. IV 762.

⁷⁵³ Ankum, Lib. Am. Krampe 16 Fn. 16; Ankum, ACost. IV 782 ff.; Noordraven, *Fiduzia* (1999) 21 f.

⁷⁵⁴ Ankum, ACost. IV 785 f.: [*habere licere*] (*secundum Mancipium*) mit weiterer Lit. in Fn. 149, dazu noch (im Sinne Ankums) Honsell, *Quod interest* (1969) ausf. 22 f.

⁷⁵⁵ Ankum, ACost. IV 789 sowie 770 Fn. 104. Anders Lenel, *Pal. Ulp. ad ed. lib. XXXII Nr. 930* mit Fn. 2: *actio auctoritatis*.

⁷⁵⁶ Ankum, Lib. Am. Krampe 19; Ernst, FS Knütel 284 mwN.; Casinos Mora, FHI 1999.

⁷⁵⁷ Ankum, Lib. Am. Krampe 20 ff.; Ankum, ACost. IV 777 f.: [*de evictione*] (*secundum Mancipium*).

⁷⁵⁸ Ankum, Lib. Am. Krampe 22 ff.; Ankum, ACost. IV 772 Fn. 109: [*duplae*] (*auctoritatis*).

⁷⁵⁹ Ankum, Lib. Am. Krampe 27 f.; Ankum, ACost. IV 772 Fn. 112: [*duplae*] (*auctoritatis*).

⁷⁶⁰ Ankum, Lib. Am. Krampe 24 ff.; Ankum, ACost. IV 779 ff.

⁷⁶¹ Ankum, Lib. Am. Krampe 24; Ankum, ACost. IV 777 ff.: [*id est actionem pro evictione*], 778 Fn. 123 a. E.; Ankum, ACost. III 23; Brägger, *Actio auctoritatis* (2012) 153 ff.

⁷⁶² Nach Ankum ist die Inskription in *liber* [6] [16] *stipulationum* zu verbessern, in welchem Venuleius von der *actio auctoritatis* gehandelt haben soll (ACost. IV 778 Fn. 124); es wäre aber vielleicht noch eher an *liber* 17 zu denken, vgl. Ven. 17 stip. D. 21.2.76. S. auch Ankum, ACost. III 23.

Defensionspflicht erkennen: Ven. 6 stip. D. 45.1.139, wohl auch Paul. 75 ed. D. 45.1.85 und Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74, Cels. 27 dig. D. 21.2.62.1, sowie Sev./Ant. C. 8.44.8 (a.222).⁷⁶³ Dies führt zu der weiteren Frage, wie diese Defensionspflicht in die Stipulationsformel integriert war. Es könnte sich um eine Doppelstipulation⁷⁶⁴ – einerseits der Defension als *facere*, andererseits der Zahlung (*dare*) der im Fall der Nichtdefension geschuldeten *poena* – gehandelt haben oder um ein durch das Verfallsereignis der Nichtdefension bedingtes Pönalversprechen, bei dem also die Defension nicht *in obligatione*, sondern nur *in condicione* gewesen wäre. Eine Stipulation etwa des Wortlauts *fieri, quod si factum non erit, quanti ea res data est, tantae pecuniae duplum dari* ist von anderen prätorischen Stipulationen her geläufig.⁷⁶⁵ Aufgrund der Annahme, es habe sich um eine Doppelstipulation gehandelt, kann sich Ankum den folgenden Wortlaut vorstellen (spekulativ): *Auctoritatem mihi praestare et si auctoritatem defugisses vel in rei vindicatione sine dolo malo victus sim duplam pecuniam recte mihi dare spondes?*⁷⁶⁶ Eine abschließende Antwort auf die Frage nach dem konkreten Wortverlauf der *satisfatio secundum Mancipium* erscheint beim jetzigen Kenntnisstand nicht möglich.

258 Sofern man Paul. 77 ed. D. 21.2.53 auf die *satisfatio secundum Mancipium* bezieht,⁷⁶⁷ hätte man einen Beleg dafür, dass die bedingte Zahlungspflicht, wie sie in der Stipulationsformel begründet war, von einer *denuntiatio* abhängig war; möglicherweise diene das Klausелеlement *sine dolo malo* zur Abwehr einer Käuferklage *ex stipulatu*, wenn der Käufer eine Benachrichtigung des Promissors/Verkäufers unterlassen hatte.⁷⁶⁸ Hierfür spricht der Anschluss an das Recht der *auctoritas* kraft Manzipation (→ Rn. 239) und eine entsprechende Handhabung der *stipulatio duplae* (→ Rn. 270).

259 Sollte der Verkäufer aufgrund der Abgabe der *s.s.m.* oder *r.s.m.* gehalten gewesen sein, den Käufer zu verteidigen, gleich ob die Verteidigung *in obligatione* oder nur *in condicione* war, ergäbe sich eine besonders klare Abgrenzung gegenüber der *stipulatio duplae* (→ Rn. 270) als einer reinen Garantiestipulation. Die *stipulatio duplae* kam beim Verkauf sowohl von *res Mancipi* wie auch von *res nec Mancipi* zum Einsatz. Es ist naheliegend, aber nicht hinreichend gesichert, sich das Verhältnis der Eviktionsstipulationen so zurecht zu legen, dass beim Verkauf von *res Mancipi*, die lediglich tradiert wurden, die Defensionsstipulation zum Einsatz kam, beim Kauf von *res nec Mancipi* die *stipulatio duplae*, doch dürfte dies der Vielfalt des Rechtsverkehrs nicht entsprechen.⁷⁶⁹ Schlussendlich muss die *stipulatio duplae* im Rechtsverkehr die *stipulatio auctoritatis* jedoch ganz abgelöst haben, da die *Mancipatio* außer Gebrauch kam (→ Rn. 450; → § 17 Rn. 2–3).

⁷⁶³ Ankum, Lib. Am. Krampe 26 Fn. 64: [*ex stipulatu*] (*auctoritatis*); s. schon Bechmann, Kauf I (1876) 371 ff.

⁷⁶⁴ Zu ihr Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 65 ff.

⁷⁶⁵ S. Kaser, SZ 90 (1973) 210; Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 63.

⁷⁶⁶ Ankum, Lib. Am. Krampe 14 ff.

⁷⁶⁷ So Ankum, Lib. Am. Krampe 24 ff.; Ankum, *Fundamina* 20 (2014) 6.

⁷⁶⁸ Ankum, Lib. Am. Krampe 26 f.

⁷⁶⁹ Dies betont Nörr, SZ 121 (2004) 152–188.

Wenn die Defensionsstipulation als *satisfatio secundum Mancipium* angesprochen wird, handelte es sich um eine prätorische Stipulation. Im Edikt war sie vermutlich für den Verkauf einer *res Mancipi* – als einer *res aliena* – durch einen *procurator* vorgeschrieben; dieser konnte die Manzipation der Sache seines *dominus* ja nicht stellvertretend für diesen vollziehen, sondern nur ohne Begründung einer *auctoritas*-Haftung tradieren. Die Annahme, es sei enger (nur) um den Schutz des Käufers gegen eine Vindikation gerade seitens des *dominus* gegangen,⁷⁷⁰ dürfte zu kurz greifen; der Käufer bedurfte beim Erwerb einer *res Mancipi aliena* Schutz nicht nur gegen den Fall ausbleibender Genehmigung durch den *dominus*, wofür schon die *cautio ratam haberi* sorgte, sondern auch Ersatz für den Schutz, den er durch eine Manzipation genossen hätte.⁷⁷¹

Bei der *postulatio* der *actio venditi* wurde der verkaufende Prokurator bei Anstellung der *actio venditi* vom Prätor zur Abgabe der *satisfatio secundum Mancipium* angehalten, und zwar zunächst wohl durch Androhung einer Denegation der *actio venditi*, dann möglicherweise durch einen mittelbaren Stipulationszwang, indem bei Ausbleiben der *satisfatio* der Verkäufer aufgrund der *actio empti* auf die Zahlung des *duplum* kondemniert wurde.⁷⁷² Der eine *res Mancipi* seines *dominus* veräußernde *procurator* wird gezwungen, sich selbst als Kaufbürgen für den Verkauf der fremden Sache zu stellen – dies könnte den Ausdruck *satisfatio* erklären.⁷⁷³ Eine (ediktale) Pflicht, zusätzlich Dritte als Eviktionsbürgen zu stellen, bestand nicht,⁷⁷⁴ wenn man nicht annehmen will, dass der Prätor stets auch eine zusätzliche Bürgensicherung durchsetzte. Die *satisfatio secundum Mancipium* war damit auf dieselbe Situation bezogen wie die *cautio ratam rem haberi*.⁷⁷⁵ So dürfte sich der Befund erklären, dass die *satisfatio secundum Mancipium* zusammen mit ihr im prätorischen Edikt proponiert gewesen ist,⁷⁷⁶ und zwar im Abschnitt über die prätorischen Stipulationen.⁷⁷⁷

⁷⁷⁰ So tendenziell Finkenauer, Stipulation (2010) 49.

⁷⁷¹ Ankum nennt Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8,9, ACost. IV 785 f. § 8: [*habere licere*] (*secundum Mancipium*), Ven. 17 stip. D. 21.2.76, a. a. O., 777 f., und aus den literarischen Quellen Cic. Att. V 1,2.

⁷⁷² Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8 wird von Ankum ja auf die *s.s.m.* bezogen, ACost. IV 785 f.

⁷⁷³ Nach Ankum soll der technische Ausdruck *satisfatio* erkennen lassen, dass die Formulierung der Stipulation Angelegenheit des zu ihrer Abgabe verpflichteten Verkäufers gewesen ist, ACost. IV 747 f.

⁷⁷⁴ Ulp. 32 ed. D. 21.2.4 pr. Eviktionsbürgen waren in antiken Rechten verbreitet. Diocl./Maxim. C. 4.38.12 pr. (o.A.) muss der (aus dem griechischen Rechtsraum stammenden?) Ansicht entgegenreten, ein Kauf ohne Eviktionsbürgen sei überhaupt unwirksam; dazu Harke, Iuris prudentia (2019) 175; zu den Kaufbürgen in antiken Rechten schon Mitteis, Reichsrecht (1891) 503 ff.

⁷⁷⁵ Zu ihr s. Lenel, EP 98, 541; Kaser/Hackl, RZ 280.

⁷⁷⁶ Lenel, EP 546 ff.; s. auch Ankum, ACost. IV 768 ff.

⁷⁷⁷ Lenel, EP 47. Ob die *satisfatio s. m.* überhaupt der Grund gewesen ist, warum auch die *actio auctoritatis* im Edikt vorgekommen ist (weil man jene nicht ohne diese habe verstehen können), wie Ankum, ACost. IV 771 f. meint, ist fraglich. – Auch in den Paulussentenzen fällt die Zusammenstellung mit der *cautio damni infecti* als einer anderen prätorischen Kautio auf, s. Ankum, ACost. IV 764 f.; Ankum, Lib. Am. Krampe 17 ff.

262 Die *repromissio secundum Mancipium* war nichts anderes als das in Stipulationsform gegebene Defensionsversprechen, wie es im freien Rechtsverkehr – also ohne den Hintergrund prätorischen Stipulationszwangs – verwendet wurde. Die Formel der *satisfactio secundum Mancipium* konnte im Rechtsverkehr zwanglos übernommen werden, wenn andere Gründe als die Einschaltung eines Prokurators den Vollzug durch eine Manzipation und damit das Entstehen der *auctoritas*-Haftung verhinderten, die Parteien aber an der Begründung einer der *auctoritas*-Haftung entsprechenden Haftung des Veräußerers interessiert waren.⁷⁷⁸ Es handelt sich etwa um den Verkauf einer *res Mancipi* durch einen *filiusfamilias*, einen Sklaven oder einen Peregrinen, oder aber um den Verkauf an einen Peregrinen ohne das *ius commercii*. Weiterhin geht es möglicherweise um Fälle einer Manzipation, die *nummo uno* erfolgte und darum keine *auctoritas*-Verbindlichkeit zur Folge hatte, z. B. bei einer *fiducia*,⁷⁷⁹ sowie um den Pfandverkauf durch den Gläubiger, der die ihm verpfändete *res Mancipi* ja nicht manzipieren konnte: Hier soll dann für den Erwerber eine der *auctoritas*-Haftung entsprechende Gewährleistung begründet werden (sofern das Pfand nicht – wie üblich – ohne Eviktionshaftung verkauft wurde).⁷⁸⁰ Für die *r.s.m.* wird sich also ein überaus breites Anwendungsgebiet gefunden haben. Für den Wortlaut der *repromissio* dürfte die *satisfactio secundum Mancipium* mit ihrer vom Prätor vorgeschriebenen Wortformel in gewissem Sinne als Vorbild gedient haben.⁷⁸¹ In der *formula Baetica* ist von einer *repromissio* die Rede *ut in ea verba quae in verba satis secundum Mancipium dari solet*.⁷⁸²

263 Die *secundum Mancipium* erfolgten Stipulationen wurden in der justinianischen Kodifikation wegen ihres Bezugs auf die Manzipation zusammen mit dieser beseitigt; einige mit ihr zusammenhängenden bezügliche Texte sind möglicherweise auf die *duplae stipulatio* umgemünzt worden.

bb. *Stipulatio habere licere*

264 Die *stipulatio habere licere* war eine Nichtangriffsstipulation mit der Formel *eam rem recte mihi habere licere spondes?*⁷⁸³ Versprochen wurde nicht eine *poena*, sondern ein

⁷⁷⁸ Ankum, Lib. Am. Krampe 16, 18.

⁷⁷⁹ Auch Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.7 soll einen Fall betreffen, indem nach Manzipation *nummo uno* eine *cautio secundum Mancipium* die Verkäuferhaftung begründen muss, dazu ausf. Ankum, BIDR 22 (1980) 70 ff.

⁷⁸⁰ Darauf beruht die Problematik von Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.1, dazu Ankum, ACost. IV 782 f.: [*evictionem*] (<*auctoritatem*>) und [*evictionis*] (<*auctoritatis*>). Weitere Nachw. ebenda in Fn. 137 f., dazu noch Noordraven, Fiducia (1988) 26 ff.

⁷⁸¹ Anders als bei der *satisfactio secundum Mancipium*, zu deren Abgabe und daher auch zu deren Formulierung der Prokurator als Verkäufer einer *res aliena* verpflichtet gewesen sei, sei hier die Versprechensformel vom Käufer formuliert worden, was in dem Begriff *repromissio* erkennbar sei, Ankum, ACost. IV 747 f.

⁷⁸² FIRA III, 92 = CIL II 5042; s. Ankum, ACost. IV 756 ff.

⁷⁸³ Quellen sind FIRA III 90 = CIL III 944,08 Z. 5–7; Varro rust. 2,3,5; 2,4,5; 2,2,6, dazu Jakob,

(non) *facere*,⁷⁸⁴ indem *reus se obligat, ne ipse faciat quo minus habere liceat*. Die *stipulatio habere licere* unterscheidet sich dadurch grundlegend von den Garantiestipulationen, die an die Dritteviktion den Verfall einer promittierten *poena* auslösten. Eher ist die *stipulatio habere licere* mit der *satisfatio* und der *repromissio secundum Mancipium* auf eine Ebene zu stellen, indem diese den Promissor – in welcher Form auch immer – zur Defension verpflichteten, während die *stipulatio habere licere* ihn in erster Linie zum Nichtangriff verpflichtete.⁷⁸⁵ Ein Spezifikum der *stipulatio habere licere* liegt im Kaufobjekt:⁷⁸⁶ Während *satisfatio* und *repromissio secundum Mancipium* beim Verkauf von *res Mancipi* vorkamen, weil sie die *auctoritas*-Haftung zum Vorbild haben, wurde die *stipulatio habere licere* überwiegend, wenn nicht gar ausschließlich, beim Verkauf von *res nec Mancipi* vereinbart,⁷⁸⁷ also bei Gegenständen, bei denen keine Möglichkeit bestand, dem Käufer durch *Mancipatio* Eigentum zu verschaffen.

Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.3 präzisiert, was der Promissor zu unterlassen verspricht:⁷⁸⁸ Er verpflichtet sich, *ne controversiam faciat*, wobei jede Art von Streitigkeit, 265
gehe es um den Besitz, den Nießbrauch oder eine Servitut an der verkauften Sache, als Zuwiderhandeln und damit – bei Ergänzung um eine Strafklausel – als Verfallsereignis begriffen wird. Dabei wird das *controversiam facere* jedenfalls nicht dasjenige voraussetzen, was bei den Garantiestipulationen zur Verfallsvoraussetzung erhoben ist, nämlich der Besitzverlust in Folge eines verlorenen Prozesses (→ Rn. 271). Die *stipulatio habere licere* und die *stipulatio duplae*, obschon auch diese auf das *habere licere* bezogen ist, haben also einen unterschiedlichen Bezug, indem Erstere jedes *controversiam facere* – als ein Tun – verbietet, während Letztere als Garantiestipulation auf die Eviktion als Ereignis bezogen ist, das erst mit verlorenem Vindikationsprozess eintritt.

Praedicere (1997) 57 ff.; *Ortu*, in: Garofalo, *Obbligazioni II* (2007) 323 ff.; weiter Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2; vielleicht auch noch Pap. 10 resp. D. 21.2.67, s. *Knütel*, *Stipulatio poenae* (1976) 160; umfassend auch *Nörr*, *SZ* 121 (2004) 159 ff.

⁷⁸⁴ S. Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.7, wo die Stipulation *per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotelem habere liceat* als Beispiel einer Stipulation *in non faciendo* gebracht wird, die als solche auf ein *incertum* gerichtet sei. Zu dieser Stelle Calonge, *Evicción* (1968) 28 Fn. 57 mwN. Zur zutr. Einordnung als *facere*-Stipulation s. *Kaser*, *SZ* 90 (1973) 192, 200; *Medicus*, *Quod interest* (1962) 56.

⁷⁸⁵ Ganz anders *Meylan*, *RHD* 26 (1948) 1–35, demzufolge die *stipulatio habere licere* überhaupt keine Eviktionsstipulation darstellt, sondern eine Garantie für die Besitzverschaffung bei der *Mancipatio* einer nicht präsenten und also auch nicht tradierten *res nec Mancipi*, wie sie seines Erachtens beim Verkauf von *res Mancipi* durch die *satisfatio secundum Mancipium* begründet wurde (→ Rn. 255).

⁷⁸⁶ *Rabel*, *Haftung des Verkäufers* (1902) 59, 142; ebenso *Karlowa*, *RRG II* 623; *Calonge*, *Evicción* (1968) 27, 32.

⁷⁸⁷ *Kaser*, *SZ* 90 (1973) 192 ff., 193 Fn. 53 (dort insb.), 200 ff.; s. auch *Kaser*, *RP I* 555 Fn. 20, 556 Fn. 22; *Kaser*, *RP II* 391 Fn. 54; *Kaser*, *SZ* 54 (1934) 162–188; ebenso *Arangio-Ruiz*, *Compravendita II* (1954) 339 f.; *Ankum*, *ACost. III* 19 f. Zu den durch Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.7 begründeten Zweifeln s. *Calonge*, *Evicción* (1968) 28 f.

⁷⁸⁸ Zu diesem Fragment s. *Ernst*, *Rechtsmängelhaftung* (1995) 175 Fn. 234.

266 In der romanistischen Forschung ist umstritten, welche Haftung den Promissor der *stipulatio habere licere* als Folge eines Zuwiderhandelns traf. In Ermangelung eindeutiger Belege geht es nur um Annahmen größerer oder geringerer Plausibilität. Die auf ein *facere* gehende Stipulation war mit einer auf *quidquid dare facere oportet* lautenden *actio* auszuklagen,⁷⁸⁹ womit der Promissor auf den Geldwert des ihm promittierten *non facere* kondemniert wurde. Es ist uns nicht überliefert, wird aber allgemein angenommen,⁷⁹⁰ dass es sich dabei – wie auch bei den anderen Stipulationen eines *incertum*⁷⁹¹ – um eine Kondemnation in *id quanti actoris interest* handelte.⁷⁹² Für den Fall der Störung des *habere licere* konnten die Parteien aber auch, anstatt es bei dieser Haftungsfolge zu belassen, eine Vertragsstrafe vereinbaren, die ihrerseits einen bestimmten Geldbetrag oder *quanti ea res est*⁷⁹³ beinhalten konnte: Dies mag wegen der notorischen Schwierigkeit und Ungewissheit der richterlichen Bestimmung des Geldwerts der Leistung⁷⁹⁴ nahegelegen haben, wie es ja auch bei einer größeren Anzahl von *facere*-Stipulationen offenbar zur Ergänzung durch Strafklauseln gekommen ist. Stipulationstechnisch war zweierlei möglich:⁷⁹⁵ das Versprechen sowohl von *habere licere* und für den Fall von dessen Störung (Nichtgewähr des *habere licere*) eine Vertragsstrafe (Doppelstipulation), oder eine Umformulierung der *stipulatio habere licere* dahingehend, dass das *habere licere* aus der Primärleistung herausgenommen und seine Störung nurmehr als Verfallsbedingung der Vertragsstrafe als dem einzigen *in obligatione* befindlichen Schuldinhalt vereinbart wurde (selbständiges Strafversprechen). Auch in einer solchen denkbaren Fassung als selbständiges Strafversprechen hätte sich die *stipulatio habere licere* von der *stipulatio duplae* insofern noch unterschieden, als diese auf das Verfallsereignis eines Entzugs des *habere licere* durch Dritteviktion gestellt war. Dagegen trat das Verfallsereignis für eine als konditionales (unechtes) Strafversprechen formulierte *stipulatio habere licere* wohl bereits damit ein, dass der Verkäufer gegen den Käufer vorzugehen begann.⁷⁹⁶ Wie nochmals betont sei, ist uns eine konkrete Strafklausel für die *stipulatio habere licere* nicht überliefert.⁷⁹⁷ Mit dem Vorstehenden dürfte

⁷⁸⁹ *Medicus*, Quod interest (1962) 56, wobei *Medicus* noch mit der Beifügung einer *taxatio* rechnet.

⁷⁹⁰ Wenn man nicht Pap. 10 resp. D. 21.2.67 auf die *stipulatio habere licere* beziehen will, s. *Knütel*, *Stipulatio poenae* (1976) 160 f.

⁷⁹¹ Vgl. *Medicus*, Quod interest (1962) 212 ff.

⁷⁹² *Arangio-Ruiz*, *Compravendita* II (1954) 3, 34; *Medicus*, Quod interest (1962) 57 mit Fn. 14. S. ausf. *Calonge*, *Evicción* (1968) 29 f. mit Fn. 62.

⁷⁹³ Oder möglicherweise auch im *id quod interest* des Käufers, so *Knütel* für Pap. 10 resp. D. 21.2.67, *Stipulatio poenae* (1976) 160 ff.

⁷⁹⁴ *S. Kaser*, SZ 90 (1973) 206 f., 213 u. öfter; *Knütel*, *Stipulatio poenae* (1976) 53.

⁷⁹⁵ *S. Knütel*, *Stipulatio poenae* (1976) 27 ff., 65 ff. (zur Doppelstipulation insbesondere), jew. mwN.

⁷⁹⁶ *S. Ulp.* 49 Sab. D. 45.1.38.2.

⁷⁹⁷ *Ulp.* 49 Sab. D. 45.1.38.2 verweist unter einem anderen Gesichtspunkt auf die Strafklausel, die aber ebenfalls nicht ausgeführt wird.

allerdings der mögliche Bereich dessen abgesteckt sein, was bei Anwendung der unter den römischen Juristen gängigen Stipulationstechniken in Betracht gekommen ist. Damit ist jedenfalls die Behauptung Rabels zurückzuweisen, die *stipulatio habere licere* hätte sich spezifisch auf die Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet.⁷⁹⁸ Vor allem sollte die zeitweilig, besonders von Girard favorisierte Gleichsetzung der *stipulatio habere licere* mit der *stipulatio simplae* erledigt sein,⁷⁹⁹ welche danach als Variante der *stipulatio duplae*⁸⁰⁰ eine auf die Eviktion – als Verfallsereignis – gestellte Garantiestipulation, und keine *facere*-Stipulation gewesen wäre.⁸⁰¹ Mit Recht sagt Calonge hiergegen, die *stipulatio habere licere* sei von der *stipulatio simplae* „totalmente distinta“.⁸⁰²

Ein wesentliches Charakteristikum der *stipulatio habere licere* dürfte darin bestanden haben, dass sie regelmäßig auch den Nichtangriff durch die Erben des Promissor einschloss;⁸⁰³ dies entsprach vielleicht ihrer ursprünglichen Funktion als Ersatz für eine absolut wirkende Eigentumsposition. Eine entsprechende *mentio heredis* kam vor, war aber möglicherweise sogar überflüssig.⁸⁰⁴ Freilich ist die Behandlung von Auslegungsproblemen in Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 in der romanistischen Forschung umstritten geblieben:⁸⁰⁵ Die Stipulation *habere licere spondes* wird von Ulpian, entweder in Bestätigung von Sabinus oder im Widerspruch zu diesem, dahingehend ausgelegt, dass das Versprechen des *habere licere* beinhaltete, *nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat*, wobei diese Auslegung zu einem Konflikt mit der Regel *nemo alienum factum promittendo obligatur* führt. Wirksam verpflichtet ist der Promittent nach Ulpian nur dahingehend, *ne ipse faciat, quo minus habere liceat*.⁸⁰⁶ Soweit man darüber hinausgehend promittierte, dass auch ein Dritter sich der Störung des *habere licere* enthält, ist diese Stipulation wirkungslos (§ 1), was aber durch die Beifügung einer Strafklausel vermieden werden kann (§ 2, 1. Satz). Es war eine auch sonst geläufige Formulierungstechnik, ein Drittverhalten zum Verfallsereignis einer Strafklausel zu

⁷⁹⁸ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 136 ff. S. dagegen bereits Medicus, a. zuletzt a. O.

⁷⁹⁹ Grundlegend Girard, NRH 7 (1883) 556 ff. Ähnl. auch Coudert, demzufolge die *stipulatio poenae* sich nur durch die Strafklausel von der *stipulatio habere licere* als einer Stipulation *sine poena* unterscheide, Stipulations (1957) 79.

⁸⁰⁰ Zutr. Medicus, Quod interest (1962) 55 mit Fn. 4; Calonge, Evicción (1968) 29 Fn. 62.

⁸⁰¹ Zutr. insoweit bereits Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 132 ff.; Arangio-Ruiz, Compravendita II (1954) 341 ff.

⁸⁰² Calonge, Evicción (1968) 29 Fn. 62.

⁸⁰³ Finkenauer, Stipulation (2010) 57 u. passim. Außer bei zivilrechtlicher und prätorischer Erbfolge mag sich ein entsprechendes Problem noch bei der *venditio bonorum* gestellt haben.

⁸⁰⁴ Finkenauer, Stipulation (2010) 60 ff. mit Nachw.

⁸⁰⁵ Nörr, SZ 121 (2004) 159 ff.; auch zu den Itp.-Vermutungen, s. Lévy, RHD 32 (1954) 345 f.; Kaser, SZ 90 (1973) 192 ff.; Knütel, Stipulatio poenae (1976) 49 f. mwN.; Coudert, Stipulations (1957) 30 ff., 76 ff.; Calonge, Evicción (1968) 30, 118 Fn. 318; Sargenti, Evizione (1960) 101 ff.; Finkenauer, Stipulation (2010) 52 ff.

⁸⁰⁶ Die Aussage, dass auch gegen einen Angriff durch den Erben des Promissors bereits dessen *facere*-Stipulation hilft, und die Frage, ob hierzu die Nennung des Erben erforderlich ist, soll hier auf sich beruhen. Dazu Kaser, a. a. O.

machen, womit man die durch die Regel *nemo alienum factum promittendo obligatur* bedingte Unwirksamkeit vermied:⁸⁰⁷ „Man macht zum Gegenstand der Stipulation das Geldinteresse des Gläubigers daran, dass der Zustand des *habere licere* ... bestehen bleibt, und unterstellt dabei stillschweigend, dass es nicht darauf ankommen soll, wer diesen Zustand verletzt“ (Kaser).⁸⁰⁸

- 268 Um die *stipulatio habere licere* ist in der romanistischen Forschung in einem Ausmaß gestritten worden, das zu der eher geringfügigen Überlieferungsmasse kaum mehr in Verhältnis steht. Dabei geht es vor allem darum, der *stipulatio habere licere* einen Platz in der mutmaßlichen Entwicklungsgeschichte der Verkäuferhaftung zuzuweisen, und damit bestimmte entwicklungsgeschichtliche Thesen abzurunden. Hier sei vorab festgehalten, dass eine „stimmige“ Entwicklungsgeschichte, in der jeder der vorkommenden Stipulationen ein fixer Ort zugewiesen würde, bislang nicht erzählt wurde; sie liegt möglicherweise außerhalb dessen, was angesichts der Quellenlage zu leisten ist. Der Streit dreht sich im Kern darum, ob die *stipulatio habere licere* entgegen der Entscheidung Ulpian in Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 in älteren Zeiten, nämlich noch von Sabinus,⁸⁰⁹ als Versprechen des Inhalts anerkannt worden ist, dass das Unterbleiben auch von Interventionen Dritter (gültig) promittiert wurde. Die *stipulatio habere licere* hätte dann in ihrer älteren, später aber von Ulpian abgelehnten Auslegung Garantiefunktion gehabt, womit sie ein Vorläufer der auf die Dritteviktion bezogenen Garantiestipulationen, insbesondere also der *stipulatio duplae*, gewesen wäre.⁸¹⁰ Insbesondere Kaser vertrat die Ansicht,⁸¹¹ die *stipulatio habere licere* sei in der älteren Zeit erforderlich gewesen, um für den Käufer einen Anspruch auf Interesseersatz im Eviktionsfall zu begründen; mit der Anerkennung der *actio empti* als Grundlage eines Ersatzanspruchs im (Dritt-)Eviktionsfall sei die *stipulatio habere licere* insofern überflüssig geworden; sie hätte daher von den klassischen Juristen wegen der sich durchsetzenden Regel *nemo alienum factum promittendo obligatur* auf den Fall des Verkäuferangriffs beschränkt werden können.⁸¹² Gegen diese Meinung hatte schon Rabel der *stipulatio habere licere*

⁸⁰⁷ Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.13–15 und Ven. 9 stip. D. 46.7.19.1 zur Stipulation *dolum malum abesse afuturumque*, und dazu Kaser, a. a. O., 195 mwN.; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.4, dazu Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 50 Fn. 29 mwN.

⁸⁰⁸ Kaser, SZ 90 (1973) 204.

⁸⁰⁹ Zur Zuordnung des Eingangsstücks *Stipulatio ista – obligatur* zu Sabinus s. auch Schulz, *Sabinus-Fragmente* (1906) 91.

⁸¹⁰ So zuletzt Finkenauer, *Stipulation* (2010) 66 ff. und passim; früher Arangio-Ruiz, *Compravendita II* (1954) 339 f.; Betti, *Struttura dell'obbligazione* (1955) 35, 155; Sargenti, *Evizione* (1960) 101 ff. und – den Letztgenannten folgend – Calonge, *Evicción* (1968) 31 f. Ebenso noch ausf. Lévy, RHD 32 (1954) 345 f.; sowie, knapp, Watson, *Obligations* (1965) 86.

⁸¹¹ Kaser, SZ 54 (1934) 176 ff.; Kaser, SZ 90 (1973) 193 mit Fn. 53 a.E.; Kaser, RP I 555 f.; Kaser, RP II 391 Fn. 54. Wie Kaser auch Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 49 Fn. 24 mwN.

⁸¹² Ebenfalls als eine auf den Fall der Dritteviktion gestellte Stipulation, nur auf andere Weise, sah Girard die *stipulatio habere licere*, die – anders als die *stipulatio duplae* – anstelle auf die *dupla pecunia* auf das Interesse des Käufers an dem durch die Eviktion beendeten Behalten der Kaufsache gerichtet gewesen sei, Girard, *Mél. II* (1923) 147. Damit wird der Unterschied zwischen einer *facere*- und einer

eine Funktion nur für die Entwicklungsstufe zugewiesen, auf der die Tradition noch nicht zu einem „absoluten“ Erwerb des Eigentums führte, der Käufer also zu seiner Verteidigung gegen den die Sache eventuell herausverlangenden Verkäufer eines besonderen Schutzes bedurft hatte. Die *stipulatio habere licere* hätte damit dieselbe Schutzfunktion gehabt wie die – jüngere – *exceptio rei venditae et traditae*, durch deren Anerkennung die *stipulatio habere licere* entbehrlich geworden sei.⁸¹³ Dieser Sichtweise hat sich 2004 Dieter Nörr angenähert.⁸¹⁴ Es wird hier nicht zu dieser Streitfrage Stellung genommen. Sämtliche auf Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 gestützten Entwicklungshypothesen sind insofern fragwürdig, als die *stipulatio habere licere* von Ulpian gar nicht als spezifisch kaufrechtliches Instrument behandelt wird: Von Verkäufer und Käufer ist in der ganzen Katene kein einziges Mal die Rede; der Inskription zufolge ist das Fragment der Darstellung des Rechts der Verbalobligation entnommen.⁸¹⁵ Es ist eine Unterstellung, dass man Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 ohne weiteres auf den Kauf bezogen hat, denn die *stipulatio habere licere* mag sehr wohl noch andere Anwendungen gehabt haben als beim Kauf. Deswegen ergibt sich aus dem Ulpian-Fragment auch nicht zwingend, dass die *stipulatio habere licere* zur Zeit Ulpians speziell noch beim Kauf üblich gewesen wäre.

c. Garantiestipulationen für den Eviktionsfall

aa. Die *stipulatio duplae*

Der Wortlaut der *stipulatio duplae* (scilicet: *pecuniae*) wird etwa wie folgt rekonstruiert:⁸¹⁶ *Si quis eam rem evincerit quominus emptorem habere possidereque recte liceat, qua de re lis tibi recte denuntiata erit, tum quanti eam rem empti est et alterum tantum dare spondes?* Ausweislich der überlieferten Geschäftsurkunden und der Kaufobjekte, die in der römischen Rechtsliteratur im Zusammenhang mit der *stipulatio duplae* auftreten, bezog sich die *stipulatio duplae* auf *res Mancipi*.⁸¹⁷ Das *duplum* wurde offenbar stipuliert, wenn beim Vollzug des Kaufgeschäfts keine Grundlage für die *auctoritas*-Haftung des Verkäufers geschaffen wurde, sei es, dass die Manzipation unterblieb, sei es, dass diese von zweifelhafter Gültigkeit war.⁸¹⁸ Die Manzipation als Aktform stand beim

Garantiestipulation verkannt. Die gegen Girards Auffassung sprechenden Gründe schon bei Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 31, 132 ff.

⁸¹³ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 56 ff., insb. 68 ff.; Honsell, Quod interest (1969) 46 Fn. 126.

⁸¹⁴ Nörr, SZ 121 (2004) 161 f. u. passim.

⁸¹⁵ Bei Lenel, Pal., Ulp. ad Sab. lib. XLIX Nr. 2967.

⁸¹⁶ Etwa in Anlehnung an die siebenbürgischen Wachstafeln, CIL III, 940, auch bei Lenel, EP 567 f.; zur Urkundenpraxis der *stipulatio duplae* s. Camodeca, Labeo 33 (1987) 167–185; zu den Vertragsklauseln in den Tablettes Albertini s.: Weßel, Tablettes (2003) 176–222.

⁸¹⁷ Kaser, SZ 54 (1934) 188 mit Nachw. in Fn. 4.

⁸¹⁸ Karlowa, der davon ausging, dass die *auctoritas*-Haftung an eine ausdrückliche Defensionszusage in der *nuncupatio* anknüpft, nahm an, dass die *stipulatio duplae* nicht (oder nicht in erster

Verkauf einer *res Mancipi* ja nicht zur Verfügung, wenn eine der Kaufparteien ein Ausländer ohne *ius commercii* oder der Verkäufer Prokurator oder Sklave war.⁸¹⁹ Auch die *stipulatio duplae* ersetzte – wie die *satisfactio* und die *repromissio secundum Mancipium* – die *auctoritas*-Haftung, für die wegen der situationsbedingten Unmöglichkeit einer wirksamen Manzipation keine Grundlage geschaffen werden konnte. Wenn bei einer *mancipatio nummo uno* die *auctoritas*-Haftung nur auf zwei *nummi* gerichtet gewesen sein sollte, wird auch eine solche Situation den Bedarf nach einer Eviktionsstipulation begründet haben.

bb. Prozessbezug der Garantiestipulation

- 270 Die *stipulatio duplae* als Garantiestipulation begründete keine Defensionspflicht.⁸²⁰ Keine der überlieferten Stipulationsurkunden lässt eine Defensionspflicht erkennen. Diejenigen Stellen in der juristischen Literatur, die von einer Verbalobligation handeln und gleichwohl eine Defensionspflicht erwähnen, werden auf die *satisfactio* bzw. *repromissio secundum Mancipium* zu beziehen sein (→ Rn. 254–263). Eine Verknüpfung mit dem gegen den Käufer in Gang gesetzten Herausgabeprozess bestand aber dann, wenn die Stipulationsformel eine erfolgte *denuntiatio* zur weiteren Verfallsvoraussetzung machte. Dies scheint zumeist – wenngleich nicht immer⁸²¹ – der Fall gewesen zu sein. Es handelte sich dann um eine außerprozessuale Kenntnissgabe. Ob diese so frühzeitig erfolgten musste, dass dem Promissor eine Prozessübernahme/-unterstützung noch möglich war? In Pomp. 19 Sab. D. 21.2.29.2 lässt Pomponius die dem Käufer obliegende Denuntiation als rechtzeitig genügen, wenn sie nur vor dem Urteil erfolgt – was für einen zur Defension verpflichteten Verkäufer doch wohl bei weitem zu spät wäre.⁸²² Die Kaiserjustiz hält an dem Erfordernis der *denuntiatio* fest: Alex. C. 8.44.9 (a.222); Alex. C. 8.44.8 (a.222). – Die Haftung aufgrund der Eviktionsstipulationen ist eine Regresshaftung: Die Inanspruchnahme des Verkäufers erfolgt als Rückgriff für die erfolgreiche Inanspruchnahme des Käufers durch den Dritten. Ein Vorwurf der Nicht-

Linie) dem manzipationslos vollzogenen Kauf angeschlossen habe, sondern dem Kauf, der zwar durch Manzipation, aber ohne die – in Wegfall gekommene – *nuncupatio* vollzogen worden sei; RRG II 622.

⁸¹⁹ S. Ankum, Ess. lustrum VI Utrecht 2 Fn. 6; sowie Ankum, HB Warmelo 6–19, gegen Corbino, Iura 27 (1976) 62 ff.

⁸²⁰ A. A. Rabel, Haftung des Verkäufers (1902), wonach die *stipulatio duplae* ursprünglich eine Defensionspflicht begründet habe; wie hier im Text bereits Bechmann, Kauf I (1876) 371 ff.

⁸²¹ Die Denuntiationspflicht ließ sich etwa mit den Worten *qua de re lis tibi recte denuntiata erit* in die Formel einbauen (so Kaser, RP I 555 Fn. 13; sowie Schäfer, Nebenintervention (1990) 23 u. insb. 38 ff.), doch musste dies nicht der Fall sein: in anderen Stellen (Paul. 77 ed. D. 21.2.53) wird die Folge der versäumten Denuntiation auf eine mit der *clausula doli* begründete *exceptio* gestützt – dies wäre unnötig, wenn die Denuntiation zu den Verfallsvoraussetzungen gehört haben sollte. S. auch Lenel, EP 568 bei und in Fn. 18.

⁸²² Dazu Ankum, Fundamina 20 (2014) 10 f. Das Fragment behandelt anschließend (§ 1 i.f.) die reizvolle Frage, wem zu denuntieren ist, wenn es sich beim Verkäufer um einen Sklaven handelte, s. dazu Ankum, Ess. Spruit 231–235.

defension ist zur Begründung der Haftung nicht erforderlich. Wenngleich die *stipulatio duplae* auf die *evictio* als Verfallsereignis gestellt ist, so kann es sich doch der Verkäufer/Promissor angelegen sein lassen, den Eintritt dieses Verfallsereignisses durch prozessuale Hilfeleistung abzuwenden. Das Erfordernis der *denuntiatio* zeigt, dass der Verkäufer an der Möglichkeit der Beistandsleistung interessiert war.

cc. Die *evictio* als Verfallsereignis

Ein Verfall der Eviktionsstipulation wurde bei verschiedenen Ereignissen bejaht. (1) 271 Der beklagte Käufer gab die Sache, dem Restitutions-*arbitrium* des Iudex folgend, in Natur heraus (*cum res restituta est petitori*). (2) Der beklagte Käufer ließ die Geldverurteilung gegen sich ergehen und zahlte die Urteilssumme.⁸²³ (3) Der Käufer unterlag gegen einen dritten Besitzer, dem der Käufer die Sache unter Berufung auf seinen Eigentumserwerb abzunehmen versucht hatte;⁸²⁴ zu der letzten Konstellation mag es so gekommen sein, dass der gegen einen Interdiktskläger unterlegene Käufer sich im Anschluss auf sein Recht berufen musste. In allen diesen Fällen ist der Verfall der Eviktionsstipulation eine Reaktion darauf, dass der Käufer infolge des prozessualen Unterliegens im Hinblick auf die Kaufsache *corpus vel pecunia*⁸²⁵ entbehrt. Nicht als verfallsauslösend galt die Vereinbarung eines *compromissum* mit dem Dritten, selbst wenn der Schiedsspruch gegen den Käufer ausfiel (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.56.1).⁸²⁶ Das bloße Auftreten eines Dritten mit der Behauptung von Eigentum oder Pfandrecht ist noch keine *evictio*, wie Sev./Ant. C. 8.44.3 (a.210) klarstellt.

Besondere Probleme warf die teilweise Eviktion der Kaufsache auf.⁸²⁷ Sie stellt einen 272 Teilverfall dar, sofern etwas zur *partis evictio* in die Formel aufgenommen war. Die Eviktion kann einen Miteigentumsteil betreffen oder einen gegenständlichen Teil des Grundstücks, was dann die Frage aufwerfen konnte, ob eine unterschiedliche Güte des evinzierten und des verbliebenen Teils zu berücksichtigen war.⁸²⁸ Die Eviktion von Bestandteilen der vom Käufer zerlegten Kaufsache ist keine teilweise Eviktion (Paul. 29 ed. D. 21.1.36).⁸²⁹ Während die *auctoritas*-Haftung den Käufer nur gerade gegen solche

⁸²³ Die freiwillige Abfindung des *verus dominus* galt nicht als Verfall; Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 81.

⁸²⁴ Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16.1: *Duplae stipulatione committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est*. Die Stelle ist sachlich unbedenklich, Kaser, FG Lütbow (1970) 485 Fn. 19, gegen Beseler, SZ 52 (1932) 46; s. auch Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 81 f.

⁸²⁵ Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21.2 u. dazu Finkenauer, Stipulation (2010) 80 ff.

⁸²⁶ Im Fall von Afr. 5 quaest. D. 21.2.24 gibt die Käuferin den Kaufsklaven als *dos* – also ungewungen – an den wahren Eigentümer, den sie zu heiraten gedenkt – eine Eviktion, die die Stipulation ausgelöst hätte, wird verneint; → Rn. 288 a. E.

⁸²⁷ Knütel, Stipulatio poenae (1976) 89 f.; Calonge, Evicción (1968) 92 ff.; Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 98 f.

⁸²⁸ Zu Pap. 7 quaest. D. 21.2.64.1,2 s. Hackel, SZ 114 (1997) 435–448; Babusiaux, Quaestiones (2011) 307 f.

⁸²⁹ Dazu Eckardt, Iavoleni Epistulae (1978) 218 f.

prozessualen Angriffe schützte, die in Vindikationsform erfolgen (→ Rn. 239), bestand eine derartige Einschränkung bei der *stipulatio duplae* nicht.

- 273 Die Haftung aufgrund der *stipulatio duplae* war – deren Wortlaut entsprechend – eine objektive Haftung: Diese verlief allein aufgrund des Eintritts des Ereignisses *evictio*, auch dann also, wenn der Promissor/Verkäufer sich guten Glaubens für berechtigt gehalten und auch wenn er den Erwerber im Prozess nach besten Kräften unterstützt hatte.

dd. Die promittierte Garantieleistung

- 274 Was die Garantieleistung betrifft, die der Verkäufer für den Eviktionsfall promittierte, zeigen die erhaltenen Geschäftsurkunden für den Handel mit *res mancipi* einen großen Variantenreichtum.⁸³⁰ So begegnen uns Stipulationen, mit denen für den Eviktionsfall die Zahlung von *quantum id erit quod ita ex ea re evictum fuerit sive quod ita licitum non erit*⁸³¹ oder auch das *duplum* dieses Betrages promittiert wird;⁸³² promittiert wurde aber auch die Rückzahlung des einfachen Kaufpreises (*stipulatio simplae*), und dann gelegentlich auch die allbekannte *dupla pecunia*.⁸³³ Bei der promittierten *pecunia* handelt es sich um den Kaufpreis;⁸³⁴ insofern nahm die Stipulation auf das Kaufgeschäft Bezug.⁸³⁵ In den Juristenschriften findet sich noch die Möglichkeit erwähnt, sich das *tripulum* oder *quadruplum* versprechen zu lassen.⁸³⁶ Für die Struktur der Stipulation spielte die konkrete Bestimmung der *poena* keine Rolle. Mit Recht meinte Medicus, die *stipulatio simplae* erscheine nur als eine Variante der *stipulatio duplae*,⁸³⁷ und dies gilt auch für die anderen *poenae*, die man sich stipulieren ließ. Überhaupt folgt die Einordnung einer Stipulation als *stipulatio duplae* einem anderen Ordnungsgesichtspunkt, indem auf den als *poena* versprochenen Betrag abgehoben wird. So könnte man auch eine *satisfactio secundum Mancipium*, sofern das *duplum* promittiert wird, als *stipulatio duplae* bezeichnen. Wenn man von „der“ *stipulatio duplae* spricht, meint man freilich zumeist die auf den Eviktionsfall gestellte reine Garantiestipulation. Sieht man von der konkreten *poena* ab, so ist es sachnäher, von *stipulationes de evictione* zu sprechen.

⁸³⁰ S. vor allem *Ankum*, ACost. III 27 ff.

⁸³¹ FIRA 90 = CIL III p.944,08 (a. 159 n. Chr.).

⁸³² FIRA 136 (a. 77 n. Chr.); ebenso FIRA 89 = CIL III p.959,25 (a. 160 n. Chr.).

⁸³³ FIRA 87 = CIL III p.936,06 (a.139 n. Chr.).

⁸³⁴ *Kaser*, RP I 555; *Knütel*, *Stipulatio poenae* (1976) 37.

⁸³⁵ Nach *Ankum*, Hom. Valls Taberner X 2792, soll gelegentlich auch mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass als *pecunia* derjenige Betrag angesprochen wird, der aufgrund des Verfalls einer Eviktionsstipulation geschuldet wurde, wenn für den Eviktionsfall *quantum id erit quod ita ex ea re evictum fuerit sive quod ita licitum non erit* als *simplum*, möglicherweise aber auch das *duplum* dieses Betrages, stipuliert war.

⁸³⁶ Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.56 pr.

⁸³⁷ *Medicus*, *Quod interest* (1962) 55.

ee. Geltungsdauer und Rechtsnachfolgen

Die Haftung aufgrund der *stipulatio duplae* war zeitlich unbegrenzt. Die Aktivstellung aus einer schon verfallenen *stipulatio duplae* als einer *stipulatio dandi* war vererblich: Nach einem noch beim Käufer erfolgten Verfall konnte die noch nicht ausgeklagte Garantieleistung von dessen Erben beansprucht werden.⁸³⁸ Damit auch eine Eviktion beim Erben des Käufers zum Verfall führt, musste dies in der Stipulationsformel berücksichtigt werden, was durch die Klausel geschah, dass die Eviktion bei *is ad quem eam res pertinebit* genügte.⁸³⁹ Die Sonderfälle, dass der stipulationsgesicherte Käufer von seinem Verkäufer beerbt wird oder umgekehrt, sind wiederholt behandelt worden; s. etwa Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.41 pr.–2.⁸⁴⁰

Ob die *stipulatio duplae* eine Schutzwirkung noch für den Einzelrechtsnachfolger des Käufers entfaltete, ist umstritten. Man hat zu unterscheiden: Zum einen müsste *is ad quem eam res pertinebit* (→ Rn. 275) auch den Einzelrechtsnachfolger erfasst haben; ob dies der Fall war, ist umstritten.⁸⁴¹ Zum anderen würde der durch Eviktion beim Abkäufer o. ä. ausgelöste Verfall den Anspruch aus der Stipulation in der Person des Versprechensempfängers begründet haben. Ungeklärt ist weiter, ob hierfür ein besonderes rechtliches Interesse des Stipulators gefordert wurde, etwa weil man seine Haftung gegenüber dem Abnehmer als Eviktionsersatz wertete. Für den Fall einer Verwendung der Kaufsache als Dotalgut wurde offenbar auf ein solches Interesse abgestellt; Tryph. 6 disp. D. 23.3.75; Paul. 16 quaest. D. 21.2.71.⁸⁴² Als Beleg für den Weiterverkauf wird Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21.1,2 diskutiert.⁸⁴³ Eine eigene Aktivlegitimation des Abkäufers schied jedenfalls aus.⁸⁴⁴

ff. *Stipulatio duplae* und *repromissio secundum Mancipium*

Mit der *satisfactio* und der *repromissio secundum Mancipium* teilte die *stipulatio duplae* den Bezug auf die Veräußerung von *res Mancipi*. Diese beiden Typen von Verbalobligationen, durch die sich der Käufer gegen den Verlust der Sache sichern kann, standen zur Wahl. Ein glattes entwicklungsgeschichtliches Nacheinander – Ablösung der älteren *repromissio secundum Mancipium* durch die *stipulatio duplae* – lässt sich wegen der schon sehr frühen Hinweise auf die *stipulatio duplae*⁸⁴⁵ nicht annehmen. Ob die eine oder die andere Form gewählt wurde, hing davon ab, ob man den Verkäufer dergestalt zur aktiven Defension anhalten wollte, dass schon dessen Untätigkeit den Verfall der Stipulation zur Folge hatte, oder ob man den Verfall allein an das Ereignis der Eviktion

⁸³⁸ Finkenauer, Stipulation (2010) 26 f., 87.

⁸³⁹ Finkenauer, Stipulation (2010) 26 f., 87.

⁸⁴⁰ Dazu Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 42 ff. mit Nachw.

⁸⁴¹ Dafür: Finkenauer, Stipulation (2010) 79 ff.; dagegen: Ankum, Ess. Spruit 239, jew. mwN.

⁸⁴² Stagl, Favor dotis (2009) 267 ff., 280; Finkenauer, Stipulation (2010) 88 ff.; Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 23 Fn. 94.

⁸⁴³ Finkenauer, Stipulation (2010) 80 ff.

⁸⁴⁴ Finkenauer, Stipulation (2010) 93 ff.

⁸⁴⁵ Varro rust. 2,10,5.

knüpfte, und es damit dem Belieben des Verkäufers überließ, inwieweit er sich um die Vermeidung des Eintritts dieses Ereignisses bemühte. Von diesen beiden Gestaltungsmöglichkeiten kann keine den Vorzug einer irgendwie gearteten größeren „Richtigkeit“ beanspruchen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass man beide Arten nebeneinander in Gebrauch findet. Man mag allerdings die von der Defensionspflicht abstrahierte Garantiestipulation als die für den entwickelten Handelsverkehr zweckmäßigere Form empfinden; die Vermutung leuchtet ein, dass mit der Entwicklung des Geschäftsverkehrs die *stipulatio duplae* als reine Garantiestipulation zulasten der Defensionsstipulationen immer gebräuchlicher geworden ist.⁸⁴⁶ Eine zunehmende Verwendung der *stipulatio duplae* als Garantiestipulation hatte aber eine regelrechte Abkehr von der *repromissio secundum Mancipium* als Defensionsstipulation weder zur Voraussetzung noch zur zwingenden Folge, weil es sich einfach um zwei verschiedene Möglichkeiten handelt, den Käufer vertraglich abzusichern. Dementsprechend ist ja auch die *satisfactio secundum Mancipium* für den Verkauf von *res Mancipi* durch einen Prokurator im prätorischen Edikt erhalten geblieben.

d. Garantiestipulationen und *auctoritas*-Haftung im Vergleich

- 278 Die *actio auctoritatis* und die stipulationsbasierte Eviktionshaftung dienten grob betrachtet demselben Zweck, nämlich dem Käufer eine „vertragliche“ Sicherung für den Fall zu geben, dass ihm die Sache von einem Dritten streitig gemacht wird. Bei näherem Hinsehen bestanden zwischen der Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* und der Eviktionshaftung, wie sie sich aus der *stipulatio duplae* ergab, erhebliche rechtstechnische Unterschiede.⁸⁴⁷ Die Haftung aufgrund der *stipulatio duplae* ergab sich aufgrund der *in concreto* abgegebenen Verkäuferstipulation in Anwendung des gewöhnlichen Rechts der Stipulation, das den Parteien eine weite Gestaltungsfreiheit einräumt. Die *actio auctoritatis* war als eine an die Manzipation geknüpfte Sonderhaftung des *ius civile* in ihren Voraussetzungen und Folgen weithin vorgegeben.
- 279 Im Einzelnen: Die *actio auctoritatis* ging unveränderlich auf die *dupla pecunia*, während die Parteien der Eviktionsstipulation die bei deren Verfall geschuldete Leistung frei bestimmen konnten. Während bei der *auctoritas*-Haftung der Manzipant zur prozessualen Defension – in welcher Form auch immer – verpflichtet gewesen sein wird,⁸⁴⁸ erzeugte die *stipulatio duplae* als Garantiestipulation keine Defensionspflicht (→ Rn. 270). Für die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* war nicht der prozessual erwirkte Sachverlust ausschlaggebend, sondern die Nichterfüllung der Defensions-

⁸⁴⁶ Von der Lästigkeit der prozessualen Hilfsleistung für den entwickelten Handelsverkehr gehen aus *Bechmann*, Kauf I (1876) 376, und *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 29.

⁸⁴⁷ Zusammenfassend *Ankun*, ACost. III 30 ff., 43 ff.

⁸⁴⁸ S. dazu und zu der Frage, um welche Form von „Verpflichtung“ es sich gehandelt haben könnte, → Rn. 241.

pflicht.⁸⁴⁹ Man nimmt an, dass die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* bei Ausbleiben des defensionsverpflichteten Manzipanten selbst dann begründet war, wenn es dem *mancipio accipiens* gelang, die Klage auch ohne den Defensionsbeistand durch den fernbleibenden *mancipio dans* abzuwehren.⁸⁵⁰ Ebenso wird angenommen, dass die *actio auctoritatis* bei erfolgloser Defension engagiert blieb, selbst dann, wenn der Kläger von der Vollstreckung absah und die Sache dem *mancipio accipiens* beließ.⁸⁵¹ So heißt es bei Rabel: „Die Haftung [mittels der *actio auctoritatis*] ist engagiert, sobald der Prozess eingeleitet ist; und nur die Beseitigung des Drittanpruchs kann noch den Auktor befreien.“⁸⁵² Auch die vom *mancipio dans* für den verurteilten Käufer erbrachte Zahlung der *litis aestimatio* soll die engagierte *auctoritas*-Haftung nicht mehr beseitigt haben.⁸⁵³ Im Gegensatz dazu stellte die Formel der *stipulatio duplae* auf den effektiven Sachverlust ab. Sodann wird aufgrund von Paul. 21 ed. D. 6.1.16 pr. angenommen, dass im Fall eines Untergangs der Kaufsache nach Prozessbeginn die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* bestehen blieb,⁸⁵⁴ während für die *stipulatio duplae* in diesem Fall galt: *si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur*; Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21 pr.⁸⁵⁵ Unterschiedlich soll noch die Behandlung der *iniuria iudicis* gewesen sein:⁸⁵⁶ Nach dem – Ankum zufolge – auf die *satisfactio secundum mancipium* bezüglichen Fragment Pap. 3 resp. Frg. Vat. 10⁸⁵⁷ trägt der *promissor* einer *stipulatio auctoritatis* nicht die Gefahr eines richterlichen Fehlurteils.⁸⁵⁸ Dies hielt Papinian vielleicht deswegen für mitteilenswert, weil bei der *auctoritas*-Haftung gerade umgekehrt der *mancipio dans*, der ja die Verteidigung zu übernehmen hatte, damit zugleich das *periculum iudicii* trug, nicht anders, als sei er selbst der Beklagte.⁸⁵⁹ Aufgrund von Iul. 57

⁸⁴⁹ A. A. Karlowa, RRG II 622: Auch der Anspruch gegen den *auctor* sei immer an die Bedingung geknüpft gewesen, dass *res iudicio evicta est*, habe also nicht bestanden, wenn der Käufer trotz ausgebliebener Defension des Verkäufers gesiegt habe.

⁸⁵⁰ So Beseler, Kritik IV (1920) 307: die für den Käufer glückliche Pronuntiation wirke ja nicht zurück.

⁸⁵¹ Ankum, ACost. III 30.

⁸⁵² Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 27; ebenso Mitteis, GrünhutsZ 17 (1890) 39 und zusammenfassend Ankum, ACost. III 30.

⁸⁵³ Ankum, ACost. III 30 sub 2).

⁸⁵⁴ Ankum, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 611 Fn. 36; so schon Mitteis, GrünhutsZ 17 (1890) 39; zust. Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 27. Zu der Stelle s. Kaser, SZ 51 (1931) 111; Wacke, FS Hübner 672 ff.; Wacke, FS Niederländer 155 Fn. 52; Reduzzi Merola, Hom. Clavel-Lévêque III 316–321.

⁸⁵⁵ S. auch Diocl./Maxim. C. 8.44.26 (a.294).

⁸⁵⁶ Klingenberg, Et. Ankum I 177–191.

⁸⁵⁷ → Rn. 256.

⁸⁵⁸ Dies findet eine Unterstützung in Phil./Phil. C. 8.44.15 (a.245), wonach dem Käufer bei Unterliegen durch *iniuria iudicis* auch die Verwertung eines Eviktionspfandes verwehrt ist; dazu Schnebelt, Reskripte (1974) 48 f.

⁸⁵⁹ Ankum, ACost. III 20, 22, unter Hinweis auf Cic. Mur. 11,3; s. auch Ankum, ACost. IV 762.

dig. D. 21.2.39 pr. nimmt Ankum⁸⁶⁰ noch an, dass die aufgrund einer *restitutio in integrum* angestellte *rei vindicatio utilis* als solche die *actio auctoritatis* nicht habe begründen können, weil es sich um eine *actio nova* handle, die im Zeitpunkt der Manzipation nicht begründet gewesen sei (wohl wurde von Julian eine *actio auctoritatis utilis* befürwortet), während ein Verlust des *habere licere*, auch wenn er auf einer solchen *actio nova* beruhte, die Garantiestipulation ohne weiteres verfallen ließ.⁸⁶¹ Schließlich wird aus Iul. 57 dig. D. 21.2.39.1 gefolgert, dass bei der *actio auctoritatis* ein Sprungregress stattfinden konnte, den es bei der Haftung aufgrund der Eviktionsstipulation nicht gab.⁸⁶² Demselben Fragment soll als ein weiterer Unterschied zu entnehmen sein, dass der Käufer, der nach Besitzverlust mit der von ihm gegen einen Dritten angestellten *rei vindicatio* unterlegen ist, aufgrund dieses Prozessverlusts mit der *actio auctoritatis* selbst dann regressberechtigt war, wenn er mit der *actio Publiciana* die Sache dem jetzigen Besitzer erfolgreich abstreiten konnte: Es bedurfte daher der Gewährung einer *exceptio*,⁸⁶³ hinsichtlich der Haftung aufgrund der Eviktionsstipulationen dürfte die Verfügbarkeit der *actio publiciana* dagegen bereits den Verfall der Stipulation verhindert haben.⁸⁶⁴

4. Käuferschutz *ex empto*

a. Entwicklungsgeschichte

- 280 Wenn die *actio empti* die Grundlage für den Käuferschutz bildet, kommen die Eigenheiten dieser Klage, insbesondere die *ex fide bona*-Klausel zum Tragen. Damit im Bereich von Rechtsmängeln der Käufer alleine aufgrund der *emptio venditio* gegen den Verkäufer vorgehen konnte, musste seitens des Verkäufers etwas vorgefallen sein, was als unvereinbar mit der *bona fides*, als Verstoß gegen gute Geschäftspraktik qualifiziert werden konnte. Die Vorenthaltung eines Eviktionsschutzes musste sich, modern gesprochen, als „breach of contract“ darstellen, der einem Verkäufer als „inkorrektes“ Geschäftsgebaren angelastet werden kann. In diesem Sinne sind auf derselben Klagegrundlage (*actio empti*) verschiedene, unter sich ganz heterogene Konstellationen herausgearbeitet worden. Da im herkömmlichen römischen Rechtsverkehr ein Käuferschutz durch die Vornahme der Manzipation (bei *res Mancipi*) und durch Eviktionsstipulationen üblich war, ging es vor allem um die Schließung von Schutzlücken. Im Rückblick hat die romanistische Forschung darin Ausprägungen einer allgemeinen,

⁸⁶⁰ Ankum, Ess. lustrum VI Utrecht 1–21; s. noch Ankum, ACost. III 43 sub 5), und Casinos Mora, FHI 1999.

⁸⁶¹ Die Auslegung von Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr. ist umstritten, s. die Nachweise bei Ankum und Casinos Mora (vorige Fn.).

⁸⁶² Kaser, FG Lütow (1970) 481–492; zust. Ankum, ACost. III 31; abw. Finkenauer, Stipulation (2010) 91.

⁸⁶³ Kaser, FG Lütow (1970) 489.

⁸⁶⁴ Ankum, Ess. lustrum VI Utrecht 17 bei Fn. 56; s. auch Ankum, ACost. III 43 sub 6).

unmittelbar auf die *actio empti* gestützten Eviktionshaftung sehen wollen, die sich auf das Eviktionsereignis ohne weiteres „Handlungsunrecht“ auf Seiten des Verkäufers gründete;⁸⁶⁵ diese Sichtweise wird m. E. vom Quellenbefund nicht gedeckt (→ Rn. 290).

b. Die Interessehaftung des *venditor sciens*

Afr. 8 quaest. D. 19.1.30.1⁸⁶⁶ belegt eine Haftung des Verkäufers, der (anders als sein Käufer) beim Verkauf gewusst hat, dass ihm die Sache nicht gehört.⁸⁶⁷ Der Verkäufer handelt *dolos*. Er haftet dem Käufer auf dessen Interesse. Offenbar als Beispiele für ein verletzbares Käuferinteresse wird die Absicht zur Freilassung des Sklaven⁸⁶⁸ oder zur Verwendung als Pfand genannt.⁸⁶⁹ Bei diesen Verwendungen ist der gültige Eigentumserwerb relevant; hier verletzt der Verkäufere schon das aktuelle Interesse des Käufers, ganz unabhängig von der Gefahr eines zukünftigen Verlustes des *habere licere*. Ihren Rechtsgrund hat die Haftung des Verkäufers in dessen Verpflichtung zum *purgari dolo malo*. Es handelt sich um einen selbständigen Haftungsgrund (→ Rn. 140, 413–423), der neben der Verpflichtung zur Gewährung und allenfalls zur Absicherung des *habere licere* steht.⁸⁷⁰ Zur *condemnatio* in diesem Fall → Rn. 423.

c. Verkäuferpflichten *ex empto* im Zusammenhang mit dem Eviktionsschutz

aa. Stipulationszwang *ex empto*

Der Käufer von *res Mancipi* konnte *ex empto* verlangen, dass ihm der Rechtsschutz zukam, wie er sich aus der Manzipation ergab; er hatte einen Anspruch auf Abgabe einer *stipulatio duplae*; sie wurde als *satisfactio secundum Mancipium* angesprochen (→ Rn. 139). Dieser Stipulationszwang wurde behutsam ausgedehnt. (1) Den Käufern von *res pretiosiores* gab Ulpian *ex empto* einen Anspruch auf Abgabe einer *stipulatio duplae* (Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.1).⁸⁷¹ Als Beispiele werden Perlen, wertvolle Ornamente und Seidenkleider genannt; es geht wohl um Sachen, deren Wert in einem Bereich liegt,

⁸⁶⁵ Entwicklungshypothesen z. B. bei Girard, Mél. II 78, 143 ff.; Honsell, Quod interest (1969) 26 ff.; Calonge, Evicción (1968) 32 ff.

⁸⁶⁶ S. auch Afr. 6 quaest. D. 21.2.24.

⁸⁶⁷ Ausf. Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 12 ff. m. Nachw.; Harke, OIR 11 (2006) 72 ff.; zur Textgeschichte: Kaiser, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 53–71; d’Ors, Quaestiones (1997) 373 f.; Cristaldi, Obbligazione del venditore (2007) 195–199; Kleňová, TR 85 (2017) 458 Fn. 67.

⁸⁶⁸ Paul. 5 Sab. D. 21.2.26 bestätigt, dass der bösgläubige Verkäufer dem Käufer, der den Sklaven freilassen wollte, auf das Interesse haftet, das dieser am Haben des *libertus* hatte; dazu s. Kleňová, TR 85 (2017) 456 ff.

⁸⁶⁹ Nach Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr. ist die wissentliche Hingabe einer *res aliena* zum Pfand ein Haftungsgrund; dazu Scheibelreiter, TR 88 (2020) 50–93.

⁸⁷⁰ Zweifelnd Harke, OIR 11 (2006) 73 f.

⁸⁷¹ Zu den mit dem Fragment verbundenen Streitfragen s. Medicus, Quod interest (1962) 50 Fn. 4; Honsell, Quod interest (1969) 21 f.; Dalla Massara, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 302.

wo auch die Werte mancher *res Mancipi* angesiedelt sind: Ein Seidenkleid mag so teuer gewesen sein wie ein Maultier. Wenn man annimmt, dass der Unterschied zwischen *res Mancipi* und *res nec Mancipi* im Verlauf der Kaiserzeit verblasste, wäre es verständlich, dass die Beschränkung des Anspruchs auf Abgabe einer Eviktionsstipulation auf *res Mancipi*, der seinen Grund in der *auctoritas* als einer altzivilen Manzipationsfolge hatte (→ Rn. 139), wertungsmäßig nicht mehr recht überzeugte. Ulpian stellt den Anspruch des Käufers von Wertgegenständen neben einen durch die Ädilen angeordneten Stipulationszwang (→ Rn. 382–385) und begründet ihn mit dem *bona fides*-Charakter des Konsensualkaufs.⁸⁷² Welche *poena* der Verkäufer zu promittieren hatte, ist umstritten; die Auslegung von Iav. 2 Plaut. D. 21.2.60 ist kontrovers.⁸⁷³ Mit der vorstehenden Darstellung steht am ehesten die Annahme im Einklang, es habe sich um eine *stipulatio duplae* gehandelt; gesichert ist dies nicht. (2) Der Käufer eines Provinzialgrundstücks konnte *ex empto* den Abschluss einer entgegen den üblichen Gepflogenheiten unterbliebenen *stipulatio* (*duplae* oder *simpliciter*) erzwingen (Gai. 10 ed. prov. D. 21.2.6).⁸⁷⁴ Auch hierin kann man eine vorsichtige Verallgemeinerung des hergebrachten Grundsatzes sehen, dass dem Grundstückskäufer (zunächst, soweit es sich um eine *res Mancipi* handelt) eine dauerhafte Schutzgarantie zukommt, die er gegebenenfalls *ex empto* einfordert. (3) Es liegt nahe, dass der in einem *pactum adiectum* (→ Rn. 57–60) *in continenti* vereinbarte Abschluss einer Eviktionsstipulation, falls unterblieben, dem Käufer ebenfalls eine Klageberechtigung *ex empto* gab. Damit dürfte jede formlose Vereinbarung einer Eviktionsgarantie, sofern zugleich mit dem Vertragsschluss erfolgt, *ex empto* klagbar gewesen sein.⁸⁷⁵ Aus Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr. ergibt sich, dass die Verpflichtung des Verkäufers zur Abgabe einer Eviktionsstipulation abzubedingen war.

283 Für den Sklaven- und Jumentenkauf soll im ädilischen Edikt die Abgabe einer *stipulatio duplae* vorgeschrieben gewesen sein; von dieser wird zumeist angenommen, dass sie sich auch auf den Eviktionsfall erstreckte. Diese – zweifelhafte – Annahme wird im Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung behandelt (→ Rn. 386).

284 Die prozessuale Durchsetzung des Stipulationszwangs im Rahmen der *actio empti* wird man sich so vorstellen, dass der Verkäufer *apud iudicem* für verpflichtet erkannt wurde, eine bestimmte Garantiestipulation abzugeben. Dies konnte er zur Abwendung einer Verurteilung noch an Ort und Stelle tun (→ Rn. 50). Es ist umstritten, ob die Verurteilung, die sich an die Verweigerung einer geschuldeten Garantiestipulation anschloss, gleich auf die Garantieleistung ging, die an sich zu promittieren gewesen wäre;

⁸⁷² Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.20, wo Ulpian sich auf die gesamte Garantiestipulation einschließlich der Eviktionsklausel beziehen dürfte; vgl. Lenel, EP 563.

⁸⁷³ Zu dieser Stelle Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 349 ff. mwN. in Fn. 58, der das Fragment als bei jeder Auslegung zweifelhaft bezeichnet.

⁸⁷⁴ Gai. 10 ed. prov. D. 21.2.6.

⁸⁷⁵ Schulz, CRL Rn. 534.

der zukünftige Eintritt des Garantiefalls *evictio* war ja noch ungewiss.⁸⁷⁶ Aufschluss wird von Paul. 5 Sab. D. 21.2.2 erwartet: In der Forschung nimmt man an, Sabinus bzw. Paulus handelten hier nicht vom bereits eingetretenen Eviktionsfall, also von einer Verurteilung wegen Stipulationsverweigerung (unsicher).⁸⁷⁷ Die unmittelbare Verurteilung in das *duplum* ist von der Sache her einsichtig, da eine Verurteilung in *id quod interest* eine schwierige Geldbewertung der ausgebliebenen Eviktionsgarantie verlangt haben würde.

Mit den vorstehend beschriebenen Ausweitungen des Käuferanspruchs auf eine Garantiestipulation dürfte ein im Wesentlichen befriedigender Rechtszustand erreicht worden sein. Beim Kauf verbrauchbarer Sachen wie beim Verkauf von Sachen geringen Wertes spielt die Frage des Eviktionsschutzes praktisch keine Rolle. Als das zentrale Schutzelement hatte sich damit die Eviktionsstipulation herausgeschält, die dem Käufer gegeben worden war oder von ihm beansprucht werden konnte. Es ist nicht verwunderlich, dass die mittelalterlichen Interpreten der Justinianischen Gesetzgebung die Frage gestellt haben, ob ein Mechanismus, der den Käufer bei Eviktion schützt, nicht ein *naturale negotii* der *emptio venditio* ist.⁸⁷⁸

bb. Käuferschutz bei Drittpositionen, die nicht zur Eviktion führen

Der Käufer, selbst wenn er durch eine Eviktionsstipulation geschützt wurde, war auf die *actio empti* verwiesen, soweit es um Drittrechten ging, die nicht zu einer Eviktion führen konnten. Einen solchen Fall behandelt Ulp. 70 ed. D. 19.1.35: Der Bestand eines vertragswidrigen Wegerechts, das gegen den Käufer gerichtlich durchgesetzt wird, bewirkt keinen Verfall der Eviktionsstipulation; der Käufer kann aber *ex empto* klagen.

cc. Verkäuferhaftung *ex empto* wegen/nach erfolgter Eviktion

Wie man aufgrund von Paul. 5 Sab. D. 21.2.2 (→ Rn. 283 a. E.) annimmt, konnte der Verkäufer *ex empto* bereits nach Sabinus zur Nachholung einer versprochenen, aber unterbliebenen Stipulation angehalten werden, sofern die Eviktion noch nicht eingetreten war. Es liegt nahe, dass dem Käufer dieselbe Klagemöglichkeit zukam, wenn er im nicht-garantiegeschützten Zustand die Eviktion bereits erlitten hatte; die Nachholung der Stipulation kam in dieser Situation ja nicht mehr in Betracht.⁸⁷⁹ Diese unmittelbar auf das *duplum* gerichtete *ex empto*-Haftung im Eviktionsfall wird – wenigstens anfänglich – jedoch vorausgesetzt haben, dass der Verkäufer – aus welchem Grunde auch immer – einem Stipulationszwang (*stipulatio duplae*) unterlag. Diese Funktion der *actio empti* findet man durch Paul. sent. 2.1.2 belegt, außerdem durch

⁸⁷⁶ Befürwortend Honsell, Quod interest (1969) 22 f.

⁸⁷⁷ Honsell, Quod interest (1969) 23 mit Nachw. dort in Fn. 15 (Bechmann, Girard, Rabel).

⁸⁷⁸ Vgl. Dilcher, Leistungsstörungen (1960) 246.

⁸⁷⁹ Der Eintritt der Verfallsbedingung würde bereits feststehen; vgl. zur Problematik Knütel, Stipulatio poenae (1976) 99 f.

weitere Fragmente.⁸⁸⁰ In der spätklassischen Kaiserjustiz bietet Alex. C. 8.44.6 (a.222) eine Stütze.⁸⁸¹ Wenn man bereit ist, Alex. C. 8.44.9 (a.222) und Alex. C. 8.44.8 (a.222) auf die *actio empti* zu beziehen (nicht zweifelsfrei), hätte man Belege dafür, dass auch die *ex empto*-Haftung wegen Eviktion von einer *denuntiatio* des Verkäufers (→ Rn. 270) abhängig war.⁸⁸²

288 Eine behutsame Weiterentwicklung der *ex empto*-Haftung ist darin zu sehen, dass in Einzelfällen nach einer erlittenen Eviktion, ganz ohne Rücksicht auf eine „nachzuholende“ Stipulation, *ex empto* geklagt werden konnte.⁸⁸³ Eine solche *ex empto*-Haftung kam zunächst zum Zuge, um Haftungslücken zu schließen. Als Beispiel gilt die Eviktion eines *partus ancillae*, auf den sich die an sich gegebene Verkäuferhaftung nicht erstreckte (Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16 pr.). Ähnlich liegt es hinsichtlich des mitverkauften *instrumentum* beim Grundstückskauf (Iul. 15 dig. D. 21.2.8). Es handelte sich um Nebensachen, für die der Käufer im Eviktionsfall ohne Ausgleich geblieben wäre, weil der evinzierte Gegenstand als solcher nicht manzipiert oder in der Eviktionsstipulation genannt war. Es leuchtet ein, dass die Haftung grundsätzlich auf *id quod interest* ging; dem an sich eviktionsgeschützten Käufer wird für einen „planwidrig“ ungeschützten Ausfall gerade nur in einem Nebenaspekt ein Geldersatz zugesprochen. Hinsichtlich dieser Funktion der *actio empti* ist eine Beschränkung auf den *venditor sciens* nicht zu erkennen. Instruktiv ist auch Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.2: Der Käufer hat sich irrtümlich nur das *simpulum* statt das *duplum* versprechen lassen, er erhält *ex empto* bei erfolgter Eviktion das, was ihm zu wenig promittiert worden ist. Die *ex empto*-Haftung ist dabei gleichsam an die Haftung aufgrund der Stipulation angelehnt: Nach Ulpian muss sich hier der Käufer, um in den Genuss der *ex empto*-Haftung zu kommen, entsprechend der Stipulation verhalten haben, was auf die gehörige *denuntiatio* (→ Rn. 270) zu beziehen sein wird. Afr. 6 quaest. D. 21.2.24 behandelt den Fall, dass der gekaufte Sklave von der Käuferin als Dotalgut gegeben wird, wobei sich der Ehemann als der wirkliche Eigentümer herausstellt: Die abgegebene Eviktionsstipulation kann nicht verfallen; der Frau wird aber die *actio empti* gegen ihren Verkäufer zuerkannt.⁸⁸⁴

289 Der Umstand, dass die generelle Eviktionshaftung *ex empto* im *ius commune* die Standardgrundlage für die Eviktionshaftung geworden ist,⁸⁸⁵ hat die Vorstellung einer

⁸⁸⁰ Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.2, dazu Honsell, Quod interest (1969) 23; Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 (→ Rn. 291 Fn. 897); Frg. Vat. 17; Paul. 5 quaest. D. 21.2.70; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2. Ob auch Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr. mit den Worten *venditori sufficit ob evictionem se obligare* den zivilrechtlichen Stipulationszwang *ex empto* belegt, ist umstritten; dafür (überzeugender): Ankum, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 597–628; dagegen sieht Calonge, Evicción (1968) 36, hier die unmittelbare Garantiefunktion der *actio empti* (→ Rn. 288) angesprochen.

⁸⁸¹ Dazu Harke, Iuris prudentia (2019) 155.

⁸⁸² Zu beiden Konstitutionen s. Harke, Iuris prudentia (2019) 164 f.

⁸⁸³ Kaser, RP I 556; s. auch Coudert, Stipulations (1957) 104 ff.

⁸⁸⁴ Dazu Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 24 f.; Stagl, Favor dotis (2009) 279 f.

⁸⁸⁵ Die schadensersatzbewehrte Verpflichtung zum Entstehen für ein dauerndes *habere licere* erschien – in der Terminologie des *ius commune* – als *essentiale negotii* der *emptio venditio*.

Entwicklungsgeschichte begünstigt, bei der diese allgemeine Eviktionshaftung als der „logische“ Endpunkt der Entwicklung des klassischen Rechts erscheint.⁸⁸⁶ Seit Rabel wird von der „Garantiefunktion“ der *actio empti* gesprochen, oder auch von der Rezeption der Eviktionsgarantie in die *actio empti*.⁸⁸⁷ Eine solche allgemeine Haftung würde bedeuten, dass der Verkäufer allein durch Abschluss der *emptio venditio* eine Garantie für den Eviktionsfall übernahm.⁸⁸⁸ Als Urheber werden Julian, aber auch andere Juristen genannt.⁸⁸⁹ Die Quellen unterstützen meines Erachtens nicht die Vorstellung eines Rechtszustandes, bei dem man sich für den möglichen Eviktionsfall direkt auf die *ex empto*-Haftung verlassen hätte, so dass eine *stipulatio duplae* allenfalls noch zur gelegentlichen Aufbesserung der Haftung wünschenswert gewesen wäre. Man wird beachten, dass die Käufer von *res Mancipi* (→ Rn. 139) und von Gegenständen, die wertmäßig den *res Mancipi* gleich- oder nahestanden, ohnehin eine *stipulatio duplae* fordern konnten (→ Rn. 282); Käufer von Provinzgrundstücken konnten die regional übliche Garantiestipulation beanspruchen (→ Rn. 282). Diese Käufergruppen waren auf einen direkten Schutz *ex empto* nicht angewiesen. Im Gegenteil: Die Ausdehnung des Stipulationsschutzes auf die Käufer von *res pretiosiores* wäre juristisch weniger einleuchtend, wenn diese Käufer ohnehin über eine problemlose *ex empto*-Haftung auf das Interesse verfügt hätten. Versteht man Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr. so, dass dem Käufer ein Eviktionsschutz gebührte, aber derart, dass der Verkäufer hierfür einen im konkreten Fall passenden Verpflichtungsgrund schaffen musste (→ Rn. 139), spricht auch diese Stelle gegen die Annahme eines generell schon *ex empto* gegebenen Eviktionsschutzes. Für eine latente Dauerverpflichtung, um die es sich bei der Eviktionsgewähr handelt, wird ein regelrechtes *promissum* auch passender erschienen sein als das Kaufverhältnis, das ein einmaliges Austauschgeschehen bezweckt. Der Großteil der Detailerörterungen, die uns von den klassischen Juristen zu Eviktionsfällen überliefert sind, betreffen Stipulationen und die *auctoritas*-Haftung: Wenn wirklich noch in der Hoch- und Spätclassik eine weitgehende Verlagerung des Käuferschutzes unmittelbar auf die *actio empti* stattgefunden hätte, könnte man mehr Erörterungen einschlägiger Detailfragen im Kontext der Kaufklagen erwarten. Die Möglichkeit, sich allein *ex empto* wegen einer erfolgten Eviktion schadlos zu halten, hat die Haftung aufgrund von besonderen Stipulationen jedenfalls nicht insoweit verdrängt, dass der Verkehr auf die Abgabe von Eviktionsstipulationen verzichtet hätte. Da die *ex empto*-Haftung in einer

⁸⁸⁶ S. schon Girard, Mél. II 78, 143 ff.

⁸⁸⁷ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 75 ff.; aus der heutigen Lit. s. z. B. Dalla Massara, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 303–310.

⁸⁸⁸ Schulz, CRL 534: Julian „endowed the consensual contract of sale with an implied warranty for eviction“.

⁸⁸⁹ Knüttel, Stipulatio poenae (1976) 351 bei Fn. 66, verweist auf Javolen. Nach Ankum gebührt das Verdienst Pomponius wegen Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.1.66 pr. und Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16 pr., s. Ankum, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 615 Fn. 50; Harke, OIR 11 (2006) 65 f., sieht Pomponius als Vorgänger Julians, nicht aber Javolen.

einzelfallbezogenen Ergänzungsfunktion geblieben ist, ist es auch verfehlt, nach dem „einen“ Begründer der allgemeinen Eviktionshaftung *ex empto* zu fragen; mehrere Juristen haben die Zuständigkeit der *actio empti* für verschiedene Situationen befürwortet.

290 Soweit man von einer generellen Garantiefunktion der *actio empti* ausgeht, hat man darüber gestritten, ob die Klage in diesem Fall auf das *id quod interest* des Käufers gerichtet war⁸⁹⁰ oder auf die Rückzahlung des Kaufpreises. Die Ansicht Rabels, wonach das Ziel der *actio empti* nach Eviktion im Laufe der geschichtlichen Entwicklung zunächst die Rückzahlung des Kaufpreises gewesen sein soll,⁸⁹¹ ist von Kaser⁸⁹² zugunsten des Interesseersatzes als Anspruchsziel bestritten worden; die jüngere Forschung hat sich auf die Seite Kasers gestellt.⁸⁹³ Geht man wie hier davon aus, dass die *actio empti* in erster Linie zum Einsatz kam, um den Käufer für einen solchen eviktionsbedingten Ausfall zu entschädigen, der aus technischen Gründen von einer *auctoritas*- oder Stipulationshaftung nicht miterfasst war, ging es von vornherein weder um eine Rückzahlung des Kaufpreises (hierfür bestand ja eine *duplum*-Haftung),⁸⁹⁴ noch um ein *id quod interest*, wie es auch für den Fall der Nichtübergabe bestimmt wurde. Vielmehr wird das *id quod interest* in diesen Fällen am beschränkten Leistungsdefizit ausgerichtet gewesen sein, das es ergänzend auszugleichen galt.⁸⁹⁵

291 Eine Konstitution Justinians beschränkte das mit der *actio empti* zu fordernde Interesse auf das Doppelte des geleisteten Kaufpreises; Iust. C. 7.47.1 (a.531).⁸⁹⁶ Hiermit wurde nach der Ansicht des Verfassers ein schon in Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 mit Paul. 5 quaest. D. 19.1.45 pr. und Paul. 5 quaest. D. 19.1.45.2 (dem Fall der *Arescusa*) behan-

⁸⁹⁰ Paul. 5 quaest. D. 21.2.70.

⁸⁹¹ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 142 ff.

⁸⁹² Kaser, SZ 54 (1934) 162–188.

⁸⁹³ Arangio-Ruiz, *Compravendita* II (1954) 349; ausf. Medicus, *Quod interest* (1962) 49–96 (mit der Konzession an Rabel, es sei eine gewisse Orientierung des Interesses am Kaufpreis spürbar); Calonge, *Evicción* (1968) 32 ff.; Honsell, *Quod interest* (1969) 20–61, insb. 26 ff.; Knütel, *Stipulatio poenae* (1976) 337; zusätzliche Unterstützung für Kaser betreffend Iul. 33 dig. D. 30.84.5 (→ Rn. 156) findet Ankum, Scr. Guarino VII 3215–3230; differenzierend Cortese, *Actio empti, evictionis nomine teneri e quantificazione della condanna* (2019); http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019_Contributi_Cortese.pdf, besucht 29. 9. 2020.

⁸⁹⁴ Schwer einzuordnen ist Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.9, wo der Käufer, der nur einen Kaufpreisteil bezahlt hat, wegen Eviktion *ex empto* den ganzen Kaufpreis fordert, was aber als doloses Begehren abgelehnt wird; in der Literatur wird u. a. vermutet, es sei um eine *stipulatio simplae* gegangen; zuletzt Finkenauer, *Iura* 68 (2020) 100 ff. m. weiteren Nachw.

⁸⁹⁵ Diocl./Maxim. C. 8.44.25 (a.294) behandelt den Sonderfall, dass der (selber gutgläubige) Verkäufer einer irrtümlich als Sklavin verkauften freien Person später deren Freiheit gegen den Käufer durchsetzt: der unterlegene Käufer könne wahlweise aus der Stipulation das *duplum* oder *ex empto* sein Interesse verfolgen; dazu Harke, *Iuris prudentia* (2019) 156 f.

⁸⁹⁶ Dazu → Rn. 455.

deltes Konkurrenzproblem aufgegriffen, ob nämlich der Käufer zusätzlich zum *duplum* noch „Folgeschäden“ mittels der *actio empti* liquidieren kann.⁸⁹⁷

Der mutmaßliche Endpunkt der Entwicklung steht noch im Zusammenhang mit der kontroversen Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses zwischen der *actio empti* und einer *actio ex stipulatu*. Nach einer älteren Meinung soll elektive Konkurrenz bestanden haben.⁸⁹⁸ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, wobei nach der hier vertretenen Ansicht die Klage *ex empto* nur die Funktion der Nachforderungsklage hatte (→ Rn. 53); das Verhältnis zu der *actio auctoritatis* als auch zu der *actio ex stipulatu (duplae)* ist damit nicht ganz dasselbe wie das einer strengen Subsidiarität, die auch schon vorgeschlagen worden ist.⁸⁹⁹ Die Frage der Aktionenkonkurrenz nimmt eine andere Bedeutung an, wenn man die *actio empti* als überhaupt in jedem Eviktionsfall – ungeachtet eines durch Manzipation oder Stipulation begründeten Schutzes – für anwendbar halten wollte; diese Sichtweise trifft indessen nicht zu (→ Rn. 289). Zu der Konkurrenzfrage, wie sie sich dann darstellen würde, gibt es auch keine Überlieferung.

d. Die sogenannte *exceptio evictionis imminensis*

Der Käuferschutz mittels der *actio auctoritatis* und der *stipulatio duplae* (ebenso durch die *satisfactio/repromissio secundum mancipium*) erfolgte durch Erzwingung einer Rückzahlung des (typischerweise verdoppelten) Kaufpreises. Drei verschiedene Quellen behandeln Konstellationen, in denen es um die Berechtigung des Verkäufers geht, noch auf Zahlung des Kaufpreises (oder dessen Rests) zu bestehen, obwohl ein Eviktionsprozess gegen den Käufer pendent ist oder droht; Frg. Vat. 12; Pap. 3 resp. D. 18.6.19.1 sowie Diocl./Maxim. C. 8.44.24 (a.294); zu dieser Konstitution gehört genetisch Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74.2.⁹⁰⁰ Diese unter sich verschiedenen Entscheidungen sind gemeinrechtlich als Belege ein und derselben *exceptio evictionis imminensis* aufgefasst worden; das klassische Recht wird damit nicht erfasst. Nach Frg. Vat. 12 kann

⁸⁹⁷ Ernst, FS Knütel 304 f.; zu Paul. 5 quaest. D. 19.1.43, D. 19.1.45 pr., D. 19.1.45.2 s. weiterhin Van Kralingen, Ars Aequi 2013, 399–408; Kleiter, Entscheidungskorrekturen (2010) 39 ff.; Erasmus, THRHR 31 (1968) 213–241; Tafaro, RSJ 2007, 33 ff.; Nörr, SB Bay. Akad. (2005) 1; Wolf, SDHI 80 (2014) 3–15; Grzimek, Taxatio (2001) 54–56; Tafaro, in: Tafaro, Usura (1997) 213–230; Nörr, SZ 121 (2004) 155; Amaya Calero, BIDR, 90 (1987) 202 ff.; Padovan, Om. Burdese III 3358 ff.; Pichonnaz, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 345 f.; Pichonnaz, Fundamina 20 (2014) 707 f.; Kleňová, TR 85 (2017) 459–469.

⁸⁹⁸ Knütel, Stipulatio poenae (1976) 320–355; Zimmermann, LO 299 Fn. 335; Honsell, Quod interest (1969) 60.

⁸⁹⁹ Ankum, Scr. Guarino VII 3216 Fn. 5 u. bereits Ankum, Ess. lustrum VI Utrecht 3, sowie – in ausführlicher Auseinandersetzung mit Knütel – Ankum, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 616 ff.; zu den Konkurrenzproblemen in Paul. 71 ed. D. 44.4.3 und Paul. 5 Sab. D. 40.7.10 s. Kleňová, TR 85 (2017) 446–448.

⁹⁰⁰ Dazu ausf. Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 60–75; Ginesta Amargós, BIDR 31/32 (1989/90) 311–323; Dalla Massara, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 308; Liebs, SZ 135 (2018) 395, 455 f.; Harke, Iuris prudentia (2019) 161 f.

der Verkäufer *mota quaestione dominii* nicht mehr gültig *ob evictionem se obligare* und deswegen auch nicht mehr auf den Kaufpreis klagen. In Diocl./Maxim. C. 8.44.24 (a.294) geht es nicht um eine schon angestrengte Vindikation, sondern um das Gerücht einer Drittberechtigung. Die Konstitution bekämpft aus fachjuristischer Sicht das käuferseitige Verlangen nach Kaufpreistrückzahlung vor Abschluss des Eviktionsprozesses;⁹⁰¹ der Käufer kann aber ausnahmsweise eine gesteigerte Eviktionsicherheit durch Stellung von Eviktionsbürgen beanspruchen. Das Recht, die Kaufpreiszahlung von der Stellung von Eviktionsbürgen abhängig zu machen, kehrt in Pap. 3 resp. D. 18.6.19.1 wieder, wo es freilich um den Fall eines schon pendenten Eviktionsprozesses geht.

e. Rechtsmängel- statt Eviktionshaftung?

- 294 Abgesehen vom Fall des *venditor sciens*, in welchem der Haftungsgrund im *dolus* des Verkäufers lag (→ Rn. 281, 422), blieb die Haftung *ex empto* auf die Prästierung des *habere licere* und auf die Eviktion als den relevanten Störungsfall bezogen. Der Verkäufer wurde auch *ex empto* nicht schon dafür haftbar gemacht, dass er dem Käufer nicht das Eigentum verschafft hat: Es gab keinen Haftungsfall „Nichterfüllung einer Pflicht zur Rechtsverschaffung“. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts ist – damals im Kontext einer gegenwartsrechtlichen Forderung nach einem Umstieg auf eine echte Rechtsmängelhaftung – für das spät- und nachklassische Recht⁹⁰² eine Entwicklungshypothese aufgestellt worden, wonach die Rechtsentwicklung bereits in der römischen Antike auf eine „echte“ Rechtsmängelhaftung zugelaufen sei (Eck,⁹⁰³ Rabel⁹⁰⁴). Als Belege werden vor allem die Haftung des *venditor sciens*, die *exceptio evictionis imminens* und Fälle des *concursum causarum* angeführt. Keiner dieser Belege führt wirklich auf eine generelle Verkäuferpflicht, den Käufer zum Eigentümer zu machen, doch ist der Versuch des Verfassers, der herkömmlichen Sichtweise entgegenzutreten,⁹⁰⁵ eher mit Skepsis aufgenommen worden.⁹⁰⁶

VI. Sachmängelhaftung des Verkäufers

1. *Caveat emptor* – ein Überblick

- 295 Wenn die Kaufsache in ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht den Erwartungen entsprach, die der Käufer beim Vertragsschluss gehabt haben mochte, stand die *actio empti* für eine wie auch immer geartete Ausgleichsleistung zunächst nicht zur Verfügung. Der

⁹⁰¹ Völkl, SZ 110 (1993) 457 f.

⁹⁰² Hierzu auch Vacca, Et. Ankum II 549–565.

⁹⁰³ Eck, Gewährung des Eigentums (1874).

⁹⁰⁴ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902).

⁹⁰⁵ Ernst, Rechtsmängelhaftung (1995) 5–119.

⁹⁰⁶ Wacke, SZ 120 (2003) 270 ff.; Harke, OIR 11 (2006) 64 u. passim.

römische Geschäftsverkehr hat sich auf diesen Rechtszustand mit Vereinbarungen von Warenprüfung und Probezeiten eingestellt, die dem Käufer bei unbefriedigender Qualität eine Abstandnahme vom Vertrag ermöglichten (→ Rn. 307–313). Dieser Ausgangspunkt wird mit dem (nicht klassischen) Schlagwort *caveat emptor* bezeichnet. Im Rechtsverkehr haben Käufer sich sodann im Wege begleitender Stipulationen abgesichert, mit welchen der Verkäufer die Freiheit von bestimmten Mängeln oder das Vorhandensein bestimmter Vorzüge versprach oder garantierte (*promissa*, → Rn. 300–306). Objektivrechtlich bestand altzivil bei der Grundstücksmanzipation eine Haftung für die Richtigkeit einer vom Veräußerer gemachten Angabe zur Grundstücksgröße (*actio de modo agri*) – eine Quantitätsgewährleistung mit Ähnlichkeit zu Fragen der Sachqualität (→ Rn. 296–298). Aufgrund von Bestimmungen ädilischer Edikte wurde den Käufern von Sklaven und Zugtieren (*iumenta*) ein besonderer Rechtsschutz zuteil: Verkäufer wurden hoheitlich verpflichtet, bestimmte Mängel offenzulegen; im Fall einer unrichtigen Aufklärung wurde der Käufer zur Rückgabe gegen Preiserstattung berechtigt; dieser Schutz wurde im Laufe der Zeit ausgebaut und verfeinert (→ Rn. 314–374). In gewissem Umfang wehrten klassische Juristen die Bindung des Käufers an den Kaufvertrag ab, indem sie bei schwerwiegenden Fehleinschätzungen der Sachsubstanz den Konsens verneinten (→ Rn. 96–98). Einem Käufer, der als Opfer eines arglistigen Verkäufers erschien, halfen sie durch Gewährung einer Klage (*actio empti* oder *actio doli*). Diese zahlreichen Schutzmittel, die je ihre eigene Geschichte haben, entfalteten vielfältige Wechselwirkungen untereinander. Zum Beispiel wurden *promissa* des Geschäftsverkehrs oft an dem Mängelkatalog des ädilischen Edikts ausgerichtet, wie umgekehrt die Ädilen die ediktale Wandlung aufgrund von *promissa* gestatteten. Die *actio empti* wurde von den Juristen zunehmend eingesetzt, um den Käuferschutz abzurunden und bislang noch ungeschützten Käufern nach dem Kauf minderwertiger Waren ebenfalls einen gewissen Ausgleich zu verschaffen. Mit diesem Ausbau der *actio empti* wurde der Grundsatz *caveat emptor* nochmals eingeschränkt. Den Zustand eines Flickenteppichs hat die klassische Jurisprudenz mit ihren Mitteln jedoch nicht grundsätzlich überwinden können. Den römischen Handel und die römischen Juristen hat die Frage der Sachqualitäten in intensiver Weise beschäftigt; uns ist eine Fülle von Material überliefert, doch kann eine lückenlose Entwicklungsgeschichte des gesamten „Netzwerks“ von Rechtselementen in Theorie und Praxis nicht erwartet werden.

2. Die altzivile *actio de modo agri*

Eingeschaltet in den Hergang der *manipatio* konnte der Veräußerer für das zu manzipierende Grundstück eine förmliche Flächenangabe machen (→ Rn. 54–56). Stellte diese sich als unzutreffend heraus, weil das Grundstück ein geringeres Aufmaß aufwies, konnte der Käufer mit der altzivilen *actio de modo agri* auf das *duplum* eines Betrages klagen, dessen Schätzung dem Iudex oblag.⁹⁰⁷ Als Rechtsfolge der *manipatio* wird die

⁹⁰⁷ Lenel, EP 194.

actio de modo agri mit der *actio auctoritatis* zusammengestellt (→ Rn. 243–252). Beide *actiones* sind in der justinianischen Redaktion aufgrund der Beseitigung der *mancipatio* in den Digesten und im Codex nicht mehr direkt greifbar, doch gibt Paul. sent. 2.17.4 eine sichere Grundlage. Paul. sent. 1.19.1 zählt die *actio de modo agri* zu den Aktionen, die *per infitiationem duplentur*, mit dem Nachsatz *cum a venditore emptor deceptus est*. Beide Aussagen in den Paulussentenzen sind nicht leicht zu vereinigen, da Paul. sent. 2.17.4 eine von vornherein auf das *duplum* gehende Haftung nahelegt, für welche die objektive Unrichtigkeit der in der *nuncupatio* gemachten Angabe genügt haben sollte.⁹⁰⁸ Zumeist wird Paul. sent. 1.19.1 in seiner Richtigkeit oder Echtheit angezweifelt⁹⁰⁹ oder auf eine andere, aber gleichnamige *actio de modo agri* bezogen.⁹¹⁰ Der Quellenkreis deutet darauf hin, dass die Klage noch in spätklassischer Zeit in Gebrauch war und damit in den Schriften der Jurisprudenz eingehend behandelt worden sein wird. Die justinianische Redaktion hat die *actio de modo agri* beseitigt. Die Digesten enthalten eine Reihe von Texten, in denen es um die Verkäuferhaftung wegen unrichtig angegebener Grundstücksgröße geht, wobei als Haftungsmittel die *actio empti* erscheint. Jeweils besteht ein gewisser Verdacht, dass der Jurist ursprünglich von der *actio de modo agri* gehandelt hat; eine klassische *ex empto*-Haftung für Größenzusicherung würde schlecht dazu passen, dass der bloße Kaufvertrag lange Zeit keine Haftung für einseitige Qualitätszusagen zuließ. Als solche mittelbaren Textzeugen für die *actio de modo agri* werden diskutiert: Paul. 21 ed. D. 18.1.51;⁹¹¹ Scaev. Iul. Marcell. dig. 7 D. 18.6.11;⁹¹² Pap. 7 quaest. D. 21.2.64;⁹¹³ Paul. 2 quaest. D. 19.1.42.⁹¹⁴

297 Über die Durchsetzung der Haftung für die Größenangabe in der Zeit der Legisaktionen sind wir nicht unterrichtet; die Vermutungen gehen in verschiedene Richtungen. Im prätorischen Edikt soll sie nach Lenel im Anschluss an die *vindicatio servitutis* eingestellt worden sein;⁹¹⁵ eine Formelrekonstruktion wäre spekulativ.

298 Für die dem Judex übertragene *aestimatio* wird aufgrund von u. a. Paul. 2 quaest. D. 19.1.42 vermutet, dass das Mindermaß zur Maßangabe ins Verhältnis gesetzt wurde; ein zum Kaufpreis im selben Verhältnis stehender Betrag wurde dupliert;⁹¹⁶ also: Minderungsbetrag mal zwei. Es mag sein, dass wie bei der Teileviction die über die Gesamtfläche wechselnde Bodenqualität berücksichtigt wurde (vgl. Ulp. 18 ed. D. 21.2.14).

⁹⁰⁸ Eine Verbindung zu der XII-Tafel-Regel (6.1) *Cum nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* liegt nahe; hierzu Cursi, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 339–345.

⁹⁰⁹ Lenel, EP 194 Fn. 11; für Echtheit Liebs, SZ 113 (1996) 158.

⁹¹⁰ Karlowa, RRG II 567–577.

⁹¹¹ Ankum, Index 26 (1998) 369.

⁹¹² Dazu Pennitz, Periculum (2000) 175 ff.; zu den Garantieklauseln in den Tab. Herc. s. Bellodi Ansaloni, in: Ravenna Capitale (2000) 79 ff.

⁹¹³ Dazu Hackel, SZ 114 (1997) 435–448; Babusiaux, Quaestiones (2011) 192, 208 f., 215.

⁹¹⁴ Schmidt-Ott, Pauli Quaestiones (1993) 40–45; Kleňová, TR 85 (2017) 449–451; Metro, Scr. Franciosi III 1738 ff.; Finkenauer, Iura 68 (2020) 93–97.

⁹¹⁵ Lenel, EP 194.

⁹¹⁶ Rabel, Haftung des Verkäufers (1902) 160.

Klassische Juristen behandeln die Frage, wie natürlich Ab- und Zugänge zum Grundstück auf diese Schätzung einwirken (Pap. 7 quaest. D. 21.2.64,⁹¹⁷ Scaev. Iul. Marcell. dig. 7 D. 18.6.11⁹¹⁸). Iul. 7 dig. D. 19.1.22 trifft die interessante Entscheidung, dass der Verkäufer von 100 *iugera* Land, der unrichtig ansagt, es sei je zur Hälfte Weinberg bzw. Weideland, dem Käufer trotz Richtigkeit der Gesamtflächenangabe haftet. In den Digesten ist die Haftung offenbar eine solche *ex empto*, was sich auch unschwer mit dem *dolus* des Verkäufers begründen ließ. Ulp. 18 ed. D. 19.1.34 liegt auf derselben Linie. Ob diese Stellen ursprünglich von der *actio de modo agri* gehandelt haben? In Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.14 geht es in wenig durchsichtiger Weise um den Fall, dass für ein Grundstück von 90 *iugera* unrichtig eine Größe von 100 *iugera* angesagt war, wobei eine Landanschwemmung das Grundstück auf die zugesagte Fläche vergrößert: Ist die Falschansage damit „geheilt“?⁹¹⁹

In den Texten, die in Digesten von der Haftung für Flächenangaben handeln, wird die Haftung *ex empto* verwirklicht; wenigstens in einem Teil der Fälle ist die objektive Unrichtigkeit die Grundlage; auf *dolus* scheint es nicht anzukommen. Wahrscheinlich ist dieser Rechtszustand schon in der klassischen Zeit erreicht worden. War diese Haftung dann auf einen Wertausgleich für die fehlende Fläche gerichtet? Abgesehen von der Duplierung wäre damit das Haftungsziel der *actio de modo agri* fortgeführt worden. 299

3. Rechtsgeschäftliche Instrumente der Qualitätssicherung

a. Eigenschaften der Kaufsache als Gegenstand von Stipulationen (*promissa*)

aa. Einleitung

Vielfältig belegt und behandelt sind Stipulationen, die den Käufer im Hinblick auf bestimmte mögliche Mängel absichern. Der Käuferschutz mittels Stipulationen ist ein Produkt des Rechtsverkehrs. Insoweit geht es von vornherein nicht um „das“ römische Recht im Sinne einer objektiven Ordnung, denn die Parteien waren weitgehend frei, käuferschützende Stipulationen nach ihren Bedürfnissen und Verhandlungspositionen zu gestalten (oder zu unterlassen). Eine Darstellung kann nur approximativ und idealtypisierend die benutzten Gestaltungsvarianten nachzeichnen. Wesentlich erscheint der Unterschied zwischen Stipulationen, mit welchen die Fehlerfreiheit versprochen wurde (bb), und Garantiestipulationen, durch die der Verkäufer eine bestimmte Geldleistung für den Fall versprach, dass sich ein bestimmter Fehler herausstellte (cc). Der Geschäftsverkehr wusste um die unterschiedliche „Güte“ verschieden stilisierter Qualitätsversprechen; es leuchtet ein, dass diese sich auch in einer Preisdifferenzierung spiegelte: Mit einer „guten“ Qualitätsstipulation wurde entsprechend teurer ver- 300

⁹¹⁷ Dazu Hackel, SZ 114 (1997) 435–448; Babusiaux, Quaestiones (2011) 192, 208 f., 215.

⁹¹⁸ Dazu Pennitz, Periculum (2000) 175 ff.

⁹¹⁹ Ernst, Rechtsmängelhaftung (1999) 58 f.

kauft.⁹²⁰ Das Verhältnis der im Geschäftsverkehr benutzten Stipulationen zum ädilitischen Edikt wird im Zusammenhang mit diesem besprochen (→ Rn. 374).

bb. *Stipulatio praestandi*: Entstehen für Fehlerfreiheit

301 Varro bot Stipulationsformeln u. a. für den Kauf von Schafen (rust. 2,2,5), Ziegen (rust. 2,3,5), Schweine (rust. 2,4,4) und Rindern (rust. 2,5,10), die den Verkäufer die Gesundheit des betreffenden Tieres in verschiedenen Wendungen versprechen lassen.⁹²¹ Für die Ziegen z. B. soll gefragt werden: *Illas capras hodie recte esse et bibere posse ... haec spondes?* Bei Rindern: *Illosce boves sanos esse noxisque praestari?* In einem beachtlichen Variantenreichtum belegen spätere Kaufurkunden Formulierungen wie *hunc hominem sanum furti noxisque solutum esse* (TH 61) oder *eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaeque solutum, erronem, fugitivum, caducum non esse praestari* (FIRA III 88 = CIL III p940,07).⁹²² Solche Stipulationen spiegelten Inhalte des ädilitischen Edikts (→ Rn. 333–345), jedoch nicht in einer Übernahme des Edikts „1 zu 1“: Teilweise sind nach dem Edikt anzuzeigende Mängel ausgelassen (z. B. fehlt *fugitivum non esse* in TH 61), wie umgekehrt noch weitere, vom Edikt an sich nicht verlangte Zusagen angefügt sein konnten, etwa die, dass der Sklave kein *vispellio* (Leichenfledderer) war. Der Stipulationstenor konnte auch geradewegs auf das Edikt verweisen: *Eum puerum sanum esse ex edicto* (FIRA III 132 = P.Lond. II 229).⁹²³ Urkunden dieser Art, die mit Klauseln wie *stipulatus est [emptor] spopondit [venditor]* schließen, stellten offenbar eine weithin verkehrsubliche Käufersicherung dar.⁹²⁴

302 Derartige Stipulationen warfen eine theoretische Schwierigkeit auf, die von Ulpian behandelt wird (Ulp. 42 Sab. D. 21.2.31):⁹²⁵ Verspricht nicht der Verkäufer eine unmögliche Leistung? Der Verkäufer verspreche *quod interest horum quid esse vel horum quid non esse*. Mit dieser Erklärung als konditionales Leistungsversprechen, das nicht auf ein Primärversprechen der Fehlerfreiheit aufbaut (keine Doppelstipulation), ließ sich die Wirksamkeit begründen. Die Deutung als bedingtes Versprechen mag erleichtert worden sein, wenn im Stipulationstenor *praestari* eingefügt war. Bei den Garantiestipulationen (sogleich → Rn. 304) konnte dieses Problem nicht auftreten.

303 Das Stipulationsversprechen, für die Abwesenheit der Mängel (oder kurz: die Gesundheit) des Sklaven einzustehen, war Grundlage für eine Klage *ex stipulatu*, die der Käufer beim Prätor, beim Munizipalmagistrat oder beim Provinzpräfekten anstellen konnte. Wie auch sonst bei den Stipulationen eines *incertum*,⁹²⁶ handelte es sich um

⁹²⁰ Jakob, Praedicere (1997) 193: „a fair price implies a warranty“.

⁹²¹ Zu den Kaufformularen Varros s. Jakob, Praedicere (1997) 157–162.

⁹²² = CIL III p 940,07 (p. 2215); zu Garantieklauseln in den Tab. Herc. s. Bellodi Asaloni, in: Ravenna Capitale (2020) 79 ff.

⁹²³ = Meyer, Jur.Pap. 37 = P.Lond. II 229 = ChLA III 200 = CPL 120.

⁹²⁴ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 23.

⁹²⁵ Dazu etwa Wacke, FS Köln 358 f.

⁹²⁶ Vgl. Medicus, Quod interest (1962) 212 ff.

eine Kondemnation in *id quanti actoris interest*.⁹²⁷ Es ergab sich ein „kleiner“ Geldausgleich für die Mangelhaftigkeit („kleiner Schadensersatz“); der Käufer behielt den Sklaven. Iul.-Ulp. 46 Sab. D. 21.2.32.1 erläutert in Einzelheiten die sukzessive Erhebung von Klagen wegen verschiedener Mängel; diese sei für jeden einzelnen Mangel möglich, weil es sich um mehrere, den jeweiligen Mangel betreffende Stipulationen handle.⁹²⁸ Der durch die Stipulation begründete Käuferschutz war zeitlich nicht befristet.

cc. Garantiestipulationen für Fehlerfreiheit

Vielfältig belegt und von römischen Juristen diskutiert sind Garantiestipulationen, in denen der Verkäufer eine bestimmte Geldleistung für den Fall versprach, dass sich ein bestimmter Fehler herausstellte. Zumeist ist von einer *stipulatio duplae* die Rede. Für das *duplum* im Zusammenhang mit Beschaffenheitsgarantien geht die Forschung fast unesehen davon aus, dass es wie bei der für den Eviktionsfall gegebenen Stipulation (→ Rn. 274) der Kaufpreis ist, den der Käufer verdoppelt erhalten soll. Naheliegender ist hier jedoch die Deutung, dass es sich um die Verdoppelung des Nachteils handelte, den der konkrete Mangel für den Käufer darstellte.⁹²⁹ Nicht jedes Vorkommen von *duplum* oder *duplus*, -a, -um muss den Kaufpreis als Basiswert haben. Wollten die römischen Juristen speziell das Kaufpreisdoppelte ansprechen, war *dupla pecunia* der treffende Ausdruck. Wenn es sich – abweichend von der herrschenden Ansicht – bei der duplierenden Stipulation für Mängelfreiheit um eine Verdoppelung des „kleinen Schadensersatzes“ (→ Rn. 303) gehandelt hat, wäre dies das Versprechen eines *incertum* gewesen, da bei der Klage *ex stipulatu* eine Abschätzung der mit dem Mangel verbundenen Verminderung des Wertes erforderlich wurde. Wäre es um die Duplierung des Kaufpreises gegangen, müssten sich weiterhin die Fragen ergeben haben, ob jeder einzelne Mangel den Verfall im Ganzen auslöste und ob der Käufer trotz einer (vermuteten) Klage auf das Kaufpreis-*duplum* den Sklaven behalten könnte;⁹³⁰ hierzu ist offenbar nichts überliefert.⁹³¹ Hätte ein Stipulationsversprechen von der Rückgabe des Sklaven abhängen sollen, war eine entsprechende Klausel im Stipulationstenor unentbehrlich. Eine auf den „Mangelunwert“ bezogene, verdoppelte Ersatzpflicht findet sodann Unterstützung in einem Vergleich mit der *actio de modo agri* (hier bezieht sich das *duplum* auf den Wert der Minderfläche) und dem Umstand, dass bei den Eviktionsstipulationen für den Fall der Teileviktions typischerweise ein pro-rata-Verfall des Kauf-

⁹²⁷ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 23.

⁹²⁸ Ausf. Jakab, Praedicere (1997) 297 f.

⁹²⁹ So schon Eck, Gewährung des Eigentums (1874) 193; Levy, Konkurrenz I (1918) 139 f. Hierfür spricht stark Paul. 5 Sab. D. 19.1.4 pr.

⁹³⁰ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 22.

⁹³¹ In aufgefundenen Kaufformularen bezieht sich das Zahlungsversprechen des (Kaufpreis-) *duplum* oft nur auf den Eviktionsfall. Nur in zwei Urkunden aus Side bezieht sich das Verkäuferversprechen des *duplum* sowohl auf den Eviktionsfall als auch auf das Auftreten für abwesend erklärter Mängel: P. Turner 22 und FIRA III 133 = BGU III 887, und dazu Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 22.

preis-*duplum* vereinbart wurde (→ Rn. 272); das *duplum* des vollen Kaufpreises verlief dann nur, wenn der Käufer infolge Eviktion die ganze Kaufsache entbehrte. Im Vergleich würde es als völlig unverhältnismäßig erscheinen, wenn für jeden der in einer Beschaffenheitsstipulation genannten Mängel ein Totalverfall des Kaufpreis-*duplum* vereinbart worden wäre. Nach der hier bevorzugten Ansicht hatte sodann die *stipulatio simplae* den einfachen Interesseersatz des Käufers zum Inhalt. Der Unterschied zwischen der *stipulatio praestandi* und der *stipulatio simplae* wäre ein solcher der Tenortechnik gewesen: Bei einer *stipulatio praestandi* (→ Rn. 301) versprach der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers und erst, wenn sich dies als unrichtig herausstellte, war der Interesseersatz geschuldet, während bei der *stipulatio simplae* von vornherein nur der Geldersatz promittiert wurde, dessen Verfall durch das Bestehen des Fehlers bedingt ist.

- 305 Umstritten ist das Verständnis des Begriffspaares *dupla vendere/emere* und *simpla vendere/emere*. Jakab sieht in der *simplaria venditio* einen Verkauf ganz ohne Qualitätsgewährleistung (gegebenenfalls unter Wegbedingung der ädilizischen Rechte),⁹³² während die Literatur im Übrigen hier zumeist die Entgegensetzung von *stipulatio duplae* und *simplae* annimmt.⁹³³ Der dem Geschäftsverkehr geläufige Ausdruck *bonis/optimis condicionibus vendere* soll synonym zum Verkauf mit einer für Sachmängel abgegebenen Garantiestipulation über das *duplum* benutzt worden sein (str.).⁹³⁴

b. Nebenabreden zur *emptio venditio*

aa. *Pactum displicentiae*

- 306 Mit verschiedenen rechtlichen Gestaltungen wurde dem Käufer eine befristete Erprobung der zum Verkauf stehenden Sache eröffnet, so dass bei Nichtgefallen der kaufmäßige Austausch unterblieb. Gebräuchlich war einerseits eine (Suspensiv-)Bedingung des Kaufvertrags, der wirksam werden sollte, *si res intra certum diem tibi placuerit* (vgl. Inst. 3.23.4). Dies Konstruktion begegnet bei Alfen (Alf. 2 dig. D. 9.2.52–3), Labeo und Mela (Ulp. 32 ed. D. 19.1.20 pr., 1). Andererseits kam als *pactum adiectum*⁹³⁵ zum unbedingt abgeschlossenen Kaufvertrag das *pactum displicentiae* in Gebrauch.⁹³⁶ Mit ihm wurde dem Käufer die befristete Befugnis eingeräumt, bei Nichtgefallen (*si displicuit*) vom Vertrag Abstand zu nehmen.⁹³⁷ Eine objektive Mangelhaftigkeit war hierfür keine Voraussetzung. Nach Ulp. 28 Sab. D. 18.1.3, Paul. 54 ed. D. 41.4.2.5 ist der Kaufvertrag unbedingt abgeschlossen. Anstrengungen, den Übergang des Eigentums an der dem

⁹³² Jakab, Praedicere (1997) 186 f.; so auch Memmer, SZ 107 (1990) 16 f.

⁹³³ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 20–25.

⁹³⁴ Urbanik, JJP 40 (2010) 229.

⁹³⁵ Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf → Rn. 57–59.

⁹³⁶ Das *pactum displicentiae* kommt schon bei Plautus vor, Merc. 418–423.

⁹³⁷ Rodríguez Díaz, Pactum Displicentiae (1998); Flume, Rechtsakt (1990) 166–169; Pókecz Kovács, RIDA³ 58 (2011) 322 ff.; Carro, Scr. Corbino I 575–608; Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 179 ff.

Käufer übergebenen Sache zu vermeiden, sind nicht erkennbar.⁹³⁸ Aus Ulp. 8 disp. D. 20.6.3 ergibt sich, dass der Käufer ungeachtet des Probevorbehalts ein Pfandrecht bestellen konnte, das auch die Rückgabe wegen Nichtgefallens überdauert, vielleicht weil der Käufer sonst einseitig die Pfandvereinbarung hätte unterlaufen können.⁹³⁹ Der Käufer wird dem Verkäufer wegen des Pfandes in irgendeiner Weise ausgleichspflichtig geworden sein; eine ähnliche Problematik war bei der *actio redhibitoria* zu bewältigen (→ Rn. 358).

Mit der fristgerechten Erklärung des Nichtgefallens löste der Käufer die vereinbarte 307 Vertragsaufhebung aus. War der Kaufpreis (wie vielleicht üblich) bereits gezahlt, kann der Käufer sich für die Rückforderung nach Paulus auf eine *actio proxima empti in factum* stützen, während er Sabinus eine Klagemöglichkeit *ex empto* zuschreibt (Paul. 2 ed. D. 18.5.6). In der schwierigen Stelle Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14 scheint die Frage behandelt, ob und wie bei einem zur Probe überlassenen Grundstück die vom Käufer erzielte Ernte herausverlangt werden kann; die *actio venditi* wird bejaht, vielleicht in Abgrenzung zu einer Klagemöglichkeit nur *in factum*. Die Ausübung des Probevorbehalts dürfte zu einer Rückabwicklung geführt haben, die in etwa derjenigen nach dem ädilizischen Edikt entsprach.⁹⁴⁰

Eine von mehreren Juristen wiederholt diskutierte Frage ging dahin, wie sich eine 308 Überlassung zur vorvertraglichen Erprobung vom Kaufabschluss mit *pactum displicentiae* abgrenzen lässt. Probleme des Vorstadiums eines Vertragsschlusses, bei dem die zum Verkauf feilgebotene Sache vom Käufer erprobt werden darf, behandelt Ulpian unter Verwertung älterer Jurisprudenz (Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.–2).⁹⁴¹ Viel Aufmerksamkeit erhielt dabei insbesondere die Lösung für den Fall der Erprobung von zum Verkauf stehenden Pferden, mit denen der Kaufinteressent während der Probezeit einen Wettkampf bestreitet und eine Siegesprämie gewinnt (Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.).⁹⁴² Im Anschluss an Mela erörtert Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.1 sodann die Haftung des Kaufinteressenten/Käufers, der für die Nutzung der probenhalber überlassenen Maultiere pro Tag ein Entgelt versprochen hatte, dem die Tiere dann aber gestohlen wurden. Es komme darauf an, ob der Kaufvertrag unbedingt oder unter der Suspensivbedingung anschließender Billigung abgeschlossen worden sei; im ersteren Fall habe er den Kaufvertrag zu erfüllen; war der Kaufvertrag noch bedingt, sei für die Tage der Erprobung das Nutzungsentgelt zu zahlen, was mit einer *actio praescriptis verbis* durchgesetzt werden kann. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2 diskutiert den Verlust zur Ansicht verschickten Silbers, das beim Rücktransport zum Offerenten gestohlen

⁹³⁸ Zur Gefahrtragung beim *pactum displicentiae* s. Pennitz, Periculum (2000) 246–275.

⁹³⁹ Wesel, SZ 85 (1968) 130 f.

⁹⁴⁰ Flume, Rechtsakt (1990) 168.

⁹⁴¹ Dazu → § 90 Rn. 21; Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 180–187; Flume, Rechtsakt (1990) 166 f.

⁹⁴² Hierzu Wacke, SZ 119 (2002) 359–379; Peters, Rücktrittsvorbehalte (1973) 274 ff.; Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 179–180; Babusiaux, Quod actum (2006) 183 f.

wird.⁹⁴³ In Alf. 2 dig. D. 9.2.52.3 geht es um den Schaden, den ein zur Probe überlassener Ochse beim Käufer anrichtet.

- 309 Den Effekt eines *pactum displicentiae* erreichte man beim Sklaven- und Zugtierkauf auch durch eine Vereinbarung, die man es dem Käufer erlaubte, die *actio redhibitoria* ohne Rücksicht auf das bewiesene Vorliegen eines ediktalen Mangels anzustellen. Das Verhältnis beider Instrumente wird im Zusammenhang mit dem ädilizischen Edikt behandelt → Rn. 330. – Justinian bekräftigt für den Kauf auf Probe das Wahlverhältnis zwischen einem Kauf unter der Suspensivbedingung käuferseitiger Billigung und einem unbedingten Kauf mit einem Auflösungspaktum; Inst. 3.24.4.

bb. *Emptio ad gustum*

- 310 Der Qualitätskontrolle beim Weinkauf dient die Vereinbarung einer Degustation (*emptio ad gustum*).⁹⁴⁴ Das Moment in der Vertragsabwicklung, für das die Verkostung vorgesehen wird, hängt von der Art des Weinverkaufs ab.⁹⁴⁵ Bei der eng an den Vertragsschluss angebundenen *degustatio* (Cato agr. 148) erhielt der Käufer, der sich über Ware und Preis mit dem Verkäufer an sich schon verständigt hat, ohne dass der Vertrag schon zustande gekommen wäre, die kurzfristige Möglichkeit, von dem noch beim Verkäufer lagernden Wein eine Qualitätsprobe zu ziehen und gegebenenfalls vom Vertrag abzusehen. Den wirtschaftlichen Grund für dieses Vorgehen sieht man darin, dass beim Auktionsverkauf nicht der gesamten Bietergruppe eine vorgängige Verkostung angeboten wird. Wird dagegen Wein schon während des Produktionsprozesses verkauft, sieht man eine *degustatio* für das Moment vor, in dem fertig gekelterter Wein verfügbar wird; die *degustatio* kann man sich hier gut auch als Auftakt zur *mensura* vorstellen. In diesem Fall liegt jedenfalls ein gewisser zeitlicher Abstand zwischen Vertragseinigung und *degustatio*. Das Verständnis, das die römischen Juristen von der *degustatio* entwickelt haben, erscheint nicht abhängig davon, für welchen Zeitpunkt die *degustatio* vorgesehen ist; es gab m. E. also nicht zwei kategorial verschiedene *degustationes*, sondern es gab die eine Rechtsfigur der *degustatio*, die aber in unterschiedlichen Situationen zum Einsatz kam.⁹⁴⁶ In jedem Fall erfolgte die *degustatio* vor der Übernahme des Weines, so dass ein negatives Ergebnis der Probe zum Abbruch der Transaktion, aber nicht zu einer Rückabwicklung einer schon erfolgten Lieferung führt.
- 311 Die Zurückweisung konnte nicht nach Belieben, sondern nur aufgrund sachlich begründeter Beanstandung nach dem *arbitrium boni viri* erfolgen. Insoweit ist streitig, ob es sich um eine Bezugnahme auf einen objektiven Maßstab handelte⁹⁴⁷ oder ob das Qualitätsurteil tatsächlich einem bestimmten Dritten, gleichsam einem Schiedsgutachter, übertragen wurde.⁹⁴⁸

⁹⁴³ Zu dieser Stelle – wegen des Problems einer Gehilfenhaftung – auch *Knütel*, SZ 100 (1983) 385 ff.

⁹⁴⁴ *Olszak*, TR 58 (1990) 361–387.

⁹⁴⁵ Grundlegend *Jakab*, Weinkauf (2009) 218–221.

⁹⁴⁶ Einen größeren Gegensatz sieht *Jakab*, Weinkauf (2009) 218–226.

⁹⁴⁷ *Jakab*, Weinkauf (2009) 61 ff.

Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4 pr. behandelt eine Vereitelung der Degustation durch den Verkäufer und fragt nach den Auswirkungen der Degustations-Klausel auf die Gefahrtragung und die Vertragsgeltung.⁹⁴⁹ Die Klausel bewirkt jedenfalls, dass der Verkäufer das *periculum acoris et mucoris* bis zur Weinprobe trägt; alles Weitere muss sich aus einer Interpretation der Klausel ergeben, wofür Ulpian verschiedene Möglichkeiten aufzeigt. 312

Über die konstruktive Erfassung der *emptio ad gustum* ist viel nachgedacht worden.⁹⁵⁰ Ist der Kauf aufschiebend bedingt durch Billigung des Weins oder auflösend bedingt durch Missbilligung seitens des Käufers? Liegt ein *pactum displicentiae* vor? 313
Gegen jede dieser Deutungen sind einleuchtende Bedenken erhoben worden. Von den Aufhebungsabreden unterscheidet sich diese Vertragspraxis insofern, als das Geschäft noch nicht vollzogen wird, bevor nicht der Wein geprüft oder der Käufer die Prüffrist (z. B. 3 Tage) ungenützt verstreichen lässt. Fragen einer etwaigen Rückabwicklung des Weins konnten nicht auftreten. Man sollte es dabei bewenden lassen, dass die römische Rechtspraxis anerkannte, dass ein Vertragsschluss mit dieser Degustations-Abrede bei negativ ausfallender Prüfung nicht stattgefunden hat, bei positivem Prüfergebnis oder bei käuferseitig unterlassener Prüfung jedoch ohne weiteres die Parteien bindet.

4. Die ädilizischen Edikte zur Mängelhaftung beim Sklaven- und Zugtierkauf

a. Der ädilizische Käuferschutz in seiner Entwicklung

Die kurulischen Ädilen besaßen eine gewisse Jurisdiktionsgewalt,⁹⁵¹ die sie nach Maßgabe eines eigenen Jurisdiktionsedikts ausübten.⁹⁵² Eine der edizierten Regelungen betraf den Verkauf von Sklaven (*mancipia*), der später eine solche für den Verkauf von Zugtieren (*iumenta*) nachfolgte. Diese Edikte gewährten den Käufern Schutz vor verdeckten Mängeln von gekauften Sklaven oder Vieh, indem sie den Verkäufer zur Deklaration bestimmter Mängel verpflichteten.⁹⁵³ Kenntnis des Verkäufers von der Unrichtigkeit seiner Aufklärung war keine Haftungsvoraussetzung (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.2). Käufe, die dem ädilizischen Edikt unterfielen, wurden wegen der wirt- 314

⁹⁴⁸ Pennitz, Periculum (2000) 296.

⁹⁴⁹ Zu dieser Stelle s. Babusiaux, Quod actum (2006) 191; Jakab, Weinkauf (2009) 218–221; Frier, SZ 100 (1983) 285 ff.; Pennitz, TR 62 (1994) 283 f.; Pennitz, Periculum (2000) 316 ff.

⁹⁵⁰ Nachw. bei Jakab, Weinkauf (2009) 60 ff.

⁹⁵¹ Ob hierfür eine *lex* die Grundlage bildete, ist ungewiss. Die *aediles plebis* hatten diese Zuständigkeit offenbar nicht.

⁹⁵² Kunkel/Wittmann, Magistratur (1995) 478; zur Gerichtsbarkeit der Ädilen s. Jakab, s. v. Marktgerichtsbarkeit HAS I (2006); Kaser/Hackl, RZ 174 f.

⁹⁵³ Impallomeni, Editto (1955); Baumann, Lawyers (1983) 39 ff.; Manna, Actio redhibitoria (1994); Garofalo, Azione redibitoria (2000); Donadio, Tutela del compratore (2004); Donadio, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61–82; Ortu, Aiunt aediles (2008); Cloud, Ess. Liebeschuetz 67–76; zum Sklavenmarkt auch Serrao, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 31 ff.; Daguet-Gagey, Splendor aedilitatum (2015); ökonomische Analyse bei Lavan, in: Rosillo López/Morcillo, Managing information (2021), 179–202, und Abatino/Dari-Mattiacci, in: Dari-Mattiacci/Kehoe, Economics (2020) 401–425.

schaftlichen Bedeutung der Transaktion häufig in Urkunden festgehalten. Dies ermöglicht einen Vergleich von Ansichten der Kommentarjuristen mit der Rechtspraxis.⁹⁵⁴ Die vielfältigen Diskussionen von Eigenschaften der „Sklassenware“ eröffnen auch wesentliche Einblicke in die Realität der römischen Sklaverei. So gehört das Recht der ädilizischen Edikte zu den besonders intensiv erforschten Teilen des römischen Kaufrechts.

315 Die Datierung der frühesten Ediktsbestimmungen ist unsicher. Vorgeschlagen wurde gelegentlich das frühe zweite Jahrhundert v. Chr., allenfalls noch das dritte,⁹⁵⁵ wogegen die meisten Autoren deren Erlass in der Spätzeit der Republik vermuten. Anspielungen in den Komödien des Plautus unterstützen das frühere Zeitband.⁹⁵⁶ Da für die prätorische Einführung der *actiones empti* und *venditi* ebenfalls keine genaue Datierung möglich erscheint, ist es nicht völlig undenkbar, dass die ädilizischen Edikte sogar älter als die *actiones empti* und *venditi* des prätorischen Edikts sind. Schon aufgrund eines Vergleichs von Gellius Noct. 6,2,1 und späteren Juristenberichten ist gesichert, dass sich der Wortlaut und auch die juristische Reichweite der ädilizischen Edikte über die Zeit nicht unerheblich verändert haben; wir erfahren aus der Rechtsliteratur, dass die Bestimmungen im Laufe der Zeit ergänzt wurden. Die frühesten Regelungen mögen noch sehr rudimentär gewesen sein. Bei der Julian anvertrauten Redaktion des prätorischen Edikts (oder schon früher?) wurden die ädilizischen Rechtsschutzverheißungen und die entsprechenden Formeln als Anhang aufgenommen. Was den Status als „Rechtsquellen“ betraf, wurden die Edikte indes weiter als von den Ädilen gesetztes Honorarrecht betrachtet (zum *ius honorarium* → § 6 Rn. 126 ff.). Besondere Aufmerksamkeit wird der Frage gewidmet, ob die ädilizischen Edikte oder provinziale Pendants dazu in den Provinzen gegolten haben.⁹⁵⁷

316 Die Edikte statuierten eine „materiell-rechtliche“ Aufklärungspflicht, deren Verletzung mit der Gewährung von Klagen geahndet wurde. Die Rechtsbehelfe des ädilizischen Edikts sanktionierten den Ungehorsam gegen diese ordnungspolizeilichen Gebote, dies im Unterschied zu den *actiones empti* und *venditi*, bei denen nach Maßgabe der *bona fides* ermittelt wird, was die Parteien sich gehörigerweise schulden. Die *actio redhibitoria* – um die es sich anfänglich vielleicht nur gehandelt hat – wurde zunächst als pönal angesehen. Der Pönalcharakter ist dann zurückgetreten, wie sich an der – nicht ursprünglichen – Anerkennung der passiven Vererblichkeit zeigt (→ Rn. 331). In der Diskussion um eine mögliche Pekuliarhaftung in Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.4

⁹⁵⁴ Zum Beispiel *Jakab*, SZ 135 (2018) 474–526; *Urbanik*, JJP 40 (2010) 219–247; *Platschek*, in: *Babusiaux/Igimi*, Messages (2019) 15–31.

⁹⁵⁵ *Manna*, *Actio redhibitoria* (1994) 11–32. Zu einer Spiegelung des Sachmängelrechts in Hor. epist. 2,2, s. *Carrasco García*, TR 85 (2017) 79–114.

⁹⁵⁶ *Jakab*, *Praedicere* (1997) 123–125.

⁹⁵⁷ *Jakab*, SZ 135 (2018) 474–526; *Klinck*, in: *Karakostas/Riesenhuber*, Methoden- und Verfassungsfragen (2011) 63–75; *Jakab*, *Praedicere* (1997) 200 ff.; *Memmer*, SZ 107 (1990) 33 ff.; s. auch *Gai*. 1.6.

thematisiert Ulpian das Spannungsverhältnis zwischen Pönalcharakter und Vertragsbezug; das Interesse an einem funktionierenden Mittel der Bewältigung einer Vertragsstörung überwiegt, *quamvis enim poenales videantur actiones*.⁹⁵⁸ Die ädilizischen Klagen waren nicht infamierend.

Caelius Sabinus verfasste ein (nicht überliefertes) Werk *De edicto aedilium curulium* 317 (Gell. 4,2,5). Unmittelbar dem ädilizischen Edikt geltende Kommentarwerke wurden von Gaius, Ulpian und Paulus verfasst; diese Kommentierungen der klassischen Juristen bezogen sich bereits auf die dem prätorischen Edikt angefügten und stabilisierten Formeln. Das positivierte Honorarrecht der Mängeledikte stand mit seinen starren Regeln inselartig neben und in dem durch die *bona fides* geprägten Kaufrecht, doch verzahnte die römische Jurisprudenz die Ediktsregeln zunehmend mit denen des Konsensualkaufs (→ Rn. 394–411).

Die ädilizischen Rechtsbehelfe überlebten das Ende der kurulischen Ädilität und 318 ihrer Gerichtsbarkeit, welches vielleicht schon in die Mitte des 2. Jh.s n. Chr. zu setzen ist. Der gesicherte Fortbestand der in den ädilizischen Edikten verheißenen Klagen kann damit nur bedeuten, dass diese (spätestens) dann in der ordentlichen Gerichtsbarkeit des Prätors anhängig gemacht wurden,⁹⁵⁹ später auch im Kognitionsverfahren. Die Wandlungen des Sachmängelprozesses, die sich in der vermuteten Verschiebung in die Jurisdiktion der Prätores ergeben haben könnten, sind noch unzureichend erforscht. Zum Recht des ädilizischen Edikts in der justinianischen Kodifikation → Rn. 412.

b. Zuständigkeit und Verfahren

Die beiden hauptsächlichen Edikte – je eines für Sklaven und eines für Zugtiere – 319 ergingen aufgrund der Zuständigkeit der Ädilen für die Marktaufsicht. Ob sich daraus ergab, dass der Kauf auf dem stadtrömischen Markt stattgefunden haben musste, damit dem Käufer ediktsmäßige Rechte erwachsen, ist nicht zweifelsfrei; der Ediktswortlaut ergibt dies nicht. Immerhin knüpfen die Ediktsregelungen an die *proscriptio* an, die Warenbeschreibung, mit der Sklaven zum Verkauf angeboten wurden; dies ist schon an sich ein markttypischer Vorgang. Fiskalverkäufe galten nicht als vom Edikt erfasst (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.3). Ulpian sprach sich dafür aus, beim Sklaventausch beide Partner als ediktsgeschützt anzusehen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.5; ähnl. Paul. 2 Plaut. D. 19.4.2 unter Berufung auf Aristo). Nach Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.32 schützen die Ediktsbestimmungen auch Grundstückskäufer, denen Sklaven als Grundstückszubehör mitversprochen sind (ebenso Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33.1). Aufgrund Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44 pr. muss man mit einer Ediktsergänzung rechnen, die den Mitverkauf eines Sklaven als Zubehör einer geringerwertigen Kaufsache als Umge-

⁹⁵⁸ Ob sich in der *condemnatio* der *actio redhibitoria* noch ein Pönalelement erhalten hat, ist umstritten; → Rn. 366.

⁹⁵⁹ Ob nicht schon die Aufnahme des ädilizischen Edikts in das *edictum perpetuum* unter Hadrian auf eine bereits anerkannte Zuständigkeit der Prätur schließen lässt?

hungsgeschäft wieder unter die Ediktsregelung zog; nach Pedius geschah dies *propter dignitatem hominum*.⁹⁶⁰

320 Die Zuständigkeiten der Ädilen und der Prätores schlossen sich gegenseitig aus. Es handelte sich um zwei verschiedene „Rechtswege“. Die in den ädilizischen Edikten verheißenen *actiones* konnten nicht vor den Prätor gebracht werden, wie umgekehrt nicht *ex empto* vor den Ädilen geklagt werden konnte.⁹⁶¹ Wollte sich der Käufer wegen Mängeln auf die *actio empti* stützen, z. B. wegen dolosen Verkäuferverhaltens, waren die Ädilen selbst dann nicht zuständig, wenn der Kauf des Sklaven oder Viehs auf dem Markt stattgefunden hatte. Als, wie man annimmt, die Zuständigkeit der Ädilen den Prätores zuwuchs, behielten die ädilizischen Rechtsbehelfe ihre Eigenständigkeit; sie gingen keineswegs in der *actio empti* auf. Noch spätklassische Autoren grenzen Anwendungen der *actiones redhibitoria* bzw. *quantum minoris* und solche der *actio empti* streng voneinander ab (→ Rn. 408). Diese Zweispurigkeit erhielt sich noch bis ins justinianische Recht (→ Rn. 412), wird also auch im Kognitionsverfahren beachtet worden sein. Jedenfalls seitdem die Prätores die Zuständigkeit für die Durchführung der Klagen nach dem ädilizischen Edikt übernommen hatten, dürfte es keine Rolle mehr gespielt haben, ob der Sklavenverkauf auf dem regulierten Markt stattgefunden hatte (Wahrscheinlichkeitsurteil).

321 Die Behandlung der im ädilizischen Edikt verheißenen Rechtsbehelfe erfolgte in einem Verfahren, das – jedenfalls in klassischer Zeit – weitgehend demjenigen des Formularprozesses vor dem Prätor entsprach: Mittels einer vor und mit dem Ädil konzipierten *formula* (→ Rn. 346) wurde der Streit einer tatrichterlichen Prüfung zugeführt; als Richter darf man möglicherweise an handelserfahrene Bürger denken. Prozessfiguren des Formularprozesses, etwa *litis contestatio*, *exceptiones* und *replicationes* oder *res iudicata*, wurden auch im Verfahren über die *actio redhibitoria* und die *actio quantum minoris* verwandt. Wie die Ladung vor den Ädil erfolgte, insbesondere wie Indefension behandelt wurde, wissen wir nicht.⁹⁶² Anlässlich (spätestens) der *litis contestatio* auferlegte der Ädil den Parteien Kautionen: Der Käufer hatte (u.a.) zu versprechen, dem Verkäufer das zu leisten, was ihm an Vorteilen aus dem mangelhaften Sklaven bis zu dessen Rückgabe erwachsen würde, und eine von ihm zu vertretende Wertminderung auszugleichen. Der Verkäufer hatte zu versprechen, dass er dem Käufer die durch den Sklaven allenfalls noch verursachte Haftung sowie die etwa zu seinem

⁹⁶⁰ Dazu Wacke, FS Mayer-Maly 811–836; De Falco, RDR 2020.

⁹⁶¹ A. A. Jakab, in: Schermaier, Verbraucherkauf in Europa (2003) 27–53, und Jakab SZ 135 (2018) 491 f.

⁹⁶² Eine Theorie hierzu bietet Jakab, Praedicere (1997) 251–306, insb. S. 279 f.: Auf Ersuchen des Käufers auferlegte der Ädil dem Verkäufer die Abgabe einer Prozessstipulation (*cautio*); er stellte zur Durchsetzung ein direktes (prozessloses) *iudicium redhibendi* in Aussicht, sofern sich der Verkäufer nicht binnen zweier Monate doch noch durch Abgabe der *cautio* auf den Prozess einließ (*non cavere*); → Rn. 384. Wegen der Altersverhältnisse ist es nicht unmöglich, dass in der Frühzeit des Edikts überhaupt anders als *per formulam*, z. B. auf der Grundlage wechselseitiger Sponsionen, prozessiert worden ist.

Erhalt notwendig werdenden Aufwendungen ausglich (Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.30). Eine *ex bona fide*-Klausel enthielten die Formeln wohl nicht,⁹⁶³ doch wird auch für den von den Ädilen eingesetzten Judex das *officium iudicis* als „Ermächtigungsgrundlage“ anerkannt. Wiederholt weisen spätclassische Rechtstexte auf das *arbitrium* des Judex hin (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23 pr.; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.29.3; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.9/13; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.9). Die Ädilen verfügten über keine eigene Zuständigkeit für eine Vollstreckung der *sententia*, mit der das Verfahren abschloss (→ Rn. 367).

Ein und dieselbe Kaufsache konnte mit mehreren Mängeln behaftet sein, die je für sich die Grundlage eines ädilischen Rechtsbehelfes abgaben. Wegen mehrerer Mängel war eine mehrfache Minderung möglich (→ Rn. 378). Dies kann formeltechnisch auf verschiedene Weise ermöglicht worden sein. Wenn der vom Käufer konkret beklagte Mangel in die Formel eingesetzt wurde, blieb die Klagemöglichkeit wegen anderer Mängel ohne weiteres offen. Sollte die konkrete Formel nur allgemein von *vitium/morbus* gesprochen haben,⁹⁶⁴ hätte man mittels *praescriptio* die Konsumtion der *actio quanti minoris* in Ansehung möglicher weiterer Mängel verhindern müssen.⁹⁶⁵ Dieselbe Frage dürfte sich bei der *redhibitoria* gestellt haben, weil der mit einer Mangelbehauptung unterlegene Käufer noch ein Interesse haben konnte, aufgrund eines anderen Mangels um *redhibitio* nachzusuchen.

Waren mehrere Sklaven verkauft worden (→ Rn. 38), so unterschied African danach, ob dies zu einem Gesamtpreis geschehen oder jeder Kaufsklave einzeln bepreist worden war (Afr. 6 quaest. D. 21.1.34):⁹⁶⁶ Beim Verkauf zu einem Gesamtpreis liege ein einziges Kaufgeschäft vor, so dass bei Krankheit nur eines Sklaven alle zurückgegeben werden; diese Lösung könne allenfalls aber auch bei einem Verkauf zu Einzelpreisen angezeigt sein, wenn der Käufer nur alle Sklaven zusammen oder gar keinen gekauft hätte, wie bei einer Schauspielertruppe oder einem Viergespann. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.35 bringt den Gesichtspunkt ein, dass auf die zwischenmenschlichen Beziehungen der zusammen verkauften Sklaven Rücksicht zu nehmen sei. Sofern es zu einer Einzelwandlung kommt, wird der zu erstattende Preis des betroffenen Sklaven, der in die Gesamtrechnung eingegangen war, zugrunde gelegt; gab es zuvor keine solche Einzelpreise, wird eine Abschätzung des Werts des Sklaven erforderlich (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.36).⁹⁶⁷

⁹⁶³ A. A. Jakob, Praedicere (1997) 295.

⁹⁶⁴ Hierfür Lenel, EP 561: mit der Einfügung einer konkreten Krankheit hätte der Prätor in den judiziellen Interpretationsspielraum eingegriffen; a. A. Jakob, Praedicere (1997) 295: Die Formel sei auf den Mangel hin konkretisiert worden, den der Käufer geltend machte.

⁹⁶⁵ Hierfür könnte Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.7 sprechen.

⁹⁶⁶ S. auch Tafaro, Labeo 19 (1973) 36 f.

⁹⁶⁷ Dazu Tafaro, Labeo 19 (1973) 34 f.

c. Die Parteien vor dem Ädil

- 324 Das römische Bürgerrecht war für die Parteistellung in einem Verfahren vor dem Ädil keine Voraussetzung.⁹⁶⁸ Vor allem auf Verkäuferseite wird häufig auch an den von auswärts kommenden Sklavenhändler zu denken sein. Wenn auf Verkäuferseite ein Sklave den Vertrag geschlossen hatte, werden die ädilizischen Klagen gegen dessen Eigentümer *de peculio* angestellt; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.4. (Entsprechendes galt für den Sklavenverkauf durch den Haussohn.) Paul. 5 quaest. D. 21.1.57.1 dringt tiefer in die Problematik ein:⁹⁶⁹ Ein *servus cum peculio* verkauft einen mangelhaften Sklaven für 10.000. Die *redhibitio* vollzieht sich über das *peculium*, in welches der Sklave mit seinem mangelentsprechenden Wert von 5.000 zurückkehrt. Die gegen den Eigentümer angestellte *actio redhibitoria de peculio* führt auf dessen Haftung *dumtaxat de peculio* (→ § 102). Mit den als Kaufpreis vereinnahmten 10.000 scheint auf erste Sicht eine ausreichende Haftungsmasse vorhanden zu sein, doch kann die Klage leerlaufen, wenn nämlich die (vorrangigen) Pekuliarschulden des Sklaven gegenüber dem Eigentümer das *peculium* erschöpfen. – Stand ein Sklave (oder Haussohn) auf Käuferseite und klagte der *dominus* (bzw. Vater) auf Redhibition, so erlitt die Restitutionsobliegenheit der Käuferpartei keine Beschränkung durch das *peculium* (Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.): Der *dominus* (bzw. Vater) machte sich das Geschäft ja offenbar zu eigen. – Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.2.31.7 behandelt das reizvolle Problem eines Redhibitionsanliegens beim Kauf durch einen *servus communis*.
- 325 Standen auf Verkäuferseite mehrere Verkäufer, derart, dass jeder seinen Anteil verkauft hatte (→ Rn. 28), so gehen mehrere *actiones redhibitoriae* gegen jeden der Verkäufer *pro parte*, denen ein entsprechender Anteil zurückzugewähren ist (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10);⁹⁷⁰ hier sind Einzelklagen möglich, weil jedem Verkäufer das separat zurückgewährt werden kann, was er verkauft hat. Anders wurde entschieden, wenn *venalicii socii* verkauft hatten (→ Rn. 29): hier haftet derjenige, der an dem Sklaven den größten Anteil (oder jedenfalls einen Anteil, der nicht kleiner war als der irgendeines anderen Sozius) gehalten hatte, auf das Ganze (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1).⁹⁷¹ Dies mag auf einer ausdrücklichen Ediktsbestimmung beruht haben.⁹⁷²
- 326 Haben mehrere Käufer *in solidum* gekauft, so kann die *redhibitio* grundsätzlich nur gemeinschaftlich erfolgen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10): Der Anspruch der wandelnden Käufer wäre zwar unter diesen teilbar, doch stellt die Rückleistung des Sklaven eine unteilbare Kondemnationsbedingung dar. Wurde die Rückleistungsbedingung durch den Tod des Sklaven hinfällig (→ Rn. 352), werden dadurch Einzelklagen zulässig geworden sein.

⁹⁶⁸ Klinck, in: Karakostas/Riesenhuber, Methoden- und Verfassungsfragen (2011) 69 f.; Donadio, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61 f. mit Fn. 3.

⁹⁶⁹ Schmidt-Ott, Pauli Quaestiones (1993) 159–162.

⁹⁷⁰ Steiner, Solidarobligationen (2009) 267 ff.

⁹⁷¹ Steiner, Solidarobligationen (2009) 177 ff.; dazu auch Ernst, SZ 132 (2015) 60 f.

⁹⁷² So Lenel, EP 564 f.

d. Opt out und opt in

aa. Opt out

Der ädilizische Schutz ließ sich durch ein *pactum* abbedingen, und zwar auch noch nach Vertragsschluss: *Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset sive postea* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 2.14.31).⁹⁷³ Kaufurkunden enthielten vielfach Kürzel wie RA = *r(edhibitio) a(besto)*, z.B. FIRA III 137.⁹⁷⁴ Mit der Einfügung einer *exceptio pacti* in die Formel der ädilizischen Klagen darf gerechnet werden. Nach Platschek soll man für die klassische Zeit als eine übliche Kautelarpraxis vermuten, dass Verkäufer, die sich nur zu einer *stipulatio simplae* bereitfanden, zugleich die Redhibition nach dem Edikt ausschlossen; beide Gestaltungen seien kombiniert worden.⁹⁷⁵ Es handelt sich um eine kaufmännisch unmittelbar einleuchtende Vertragsgestaltung: Der Käufer muss sich für den Mangel entschädigen lassen, kann den Sklaven aber nicht zurückgeben.

Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14.9 behandelt wenig klar den Fall, dass der Verkäufer eine bestimmte Krankheit ausnimmt, im Übrigen aber die Gesundheit zusagt.⁹⁷⁶ Weist der Sklave diese Krankheit auf, bleibt der Käufer ungeschützt, offenbar aber nicht, wenn der Verkäufer von der Existenz der Krankheit wusste; dann soll ihm eine *replicatio de dolo malo* entgegengehalten werden, so dass offenbar doch gewandelt werden kann. Vermutlich hat der Verkäufer hier nicht positiv das Vorhandensein der betreffenden Krankheit anzeigt, sondern nur vereinbart, dass für diese, sollte sie vorliegen, nicht gehaftet wird. Zur Entkräftung eines dolosen Haftungsausschlusses → Rn. 417.

Berücksichtigt man, dass der Käufer sich – auch und gerade beim Ausschluss der *redhibitio* – durch Stipulationen unterschiedlicher Art schützen lassen konnte, erkennt man, dass sich dem Rechtsverkehr vielfach gestufte Möglichkeiten anboten: Es konnte ganz unter Ausschluss von Gewährleistung verkauft werden, aber auch so, dass dem Käufer bei den ediktsmäßigen Mängeln nur die Minderung, nicht aber die Wandlung offenstand. Die Parteien konnten auch selektiv einzelne Mängel aus dem ediktalen Mängelkatalog aussparen. Wo Sklaven durchgehandelt wurden, lag es nahe, dass für Gesundheit Gewähr geleistet wurde, nicht aber für Eigenschaften, die man nur bei Kenntnis der Sklavenbiographie kennen konnte.⁹⁷⁷

bb. Opt in

Beim Sklavenkauf kam es vor, dass die Parteien dem Käufer eine Rücktrittsbefugnis derart einräumten, dass die ediktal verheißene *actio redhibitoria* ohne Nachweis eines Mangels angestellt werden konnte, allein aufgrund der Missbilligung der Beschaffen-

⁹⁷³ Dazu Jakob, Praedicere (1997) 186 f. mit w. Nachw.

⁹⁷⁴ → Rn. 12 Fn. 40.

⁹⁷⁵ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 24–30, gestützt u. a. auf Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.8.

⁹⁷⁶ Uemura, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 463–474; Finkenauer, Iura 68 (2020) 97 ff.

⁹⁷⁷ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 23.

heit des Sklaven durch den Käufer.⁹⁷⁸ Man könnte sagen, dass der Verkäufer den Sklaven auf der Grundlage einer bloßen Mangelbehauptung sollte zurückgeben können. Dabei handelte es sich um ein vertragliches Rücktrittsrecht, das durch den Ablauf einer Probezeit befristet war. Es ist denkbar, dass diese Praxis ihren Ursprung in einer *lex mancipio dicta* (→ Rn. 54–56) gehabt hatte.⁹⁷⁹ Während die Vertragsauflösung durch *contrarius consensus* nur *re integra* möglich war (→ Rn. 113), konnte aufgrund der Redhibitionsabrede der schon in Vollzug gesetzte Kauf aufgelöst und rückabgewickelt werden. Die Auflösung des Kaufs erfolgt nicht schon durch die Missfallenserklärung des Käufers, sondern erst durch die *redhibitio*. Ohne Fristvereinbarung galten objektivrechtlich 60 Tage als Rücktrittsfrist; die Herkunft dieser Frist scheint ungeklärt (stehende Vertragspraxis?). Durchgesetzt wurde das auf Vereinbarung gegründete Redhibitionsrecht in diesem Fall offenbar mit einer *in factum* konzipierten Abwandlung der *actio redhibitoria* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.17–18 und 22–23).⁹⁸⁰ Man geht von der Zuständigkeit des Ädils aus. Nach Verstreichen der Frist konnte der Ädil *causa cognitio* noch eine Wandlungsklage gewähren; hierbei soll geprüft werden, ob die Fristversäumnis entschuldbar war (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.23). Das Verhältnis solcher Redhibitionsabreden sowohl zum *pactum displicentiae* als auch zu dem regulären, „objektivrechtlich“ geltenden Ädilenrecht ist nicht ganz geklärt: Teilweise wird angenommen, es habe sich einfach um eine parteiautonome Anpassung der ädilizischen Regelung gehandelt, indem die Kaufparteien sich vorab geeinigt hätten, dass eine Mangelbehauptung des Käufers unbestritten bleiben wird.⁹⁸¹ Wenn es sich in diesem Sinne nur um eine vorweggenommene, vertragliche Außerstreitstellung einer späteren Mangelbehauptung gehandelt haben sollte, wäre die Redhibitionsabrede womöglich nur bei ediktgeregelten Kaufgegenständen und den nach dem Edikt anzuzeigenden Mängeln (und möglicherweise bei zusätzlichen *dicta*) zulässig gewesen. Oder war vielleicht weitergehend die Möglichkeit eröffnet, die Rückabwicklung des Kaufs kraft „Parteivereinbarung“ auch für andere Kaufgegenstände als die ediktal geregelten Sklaven und Zugtiere vor dem Ädil durchzuführen? Möglicherweise waren die in Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 gemachten Aussagen über die Anwendbarkeit des Edikts auf alle möglichen Kaufgegenstände ursprünglich hierauf bezogen (→ Rn. 410)?⁹⁸² – Vom *pactum displicentiae* unterschied sich eine Redhibitionsabrede, indem diese mit der Anbindung an das Edikt dessen fest definierte Bedingungen für die Rückabwicklung auslöste, während das *pactum displicentiae* etwaige Rückabwicklungs-

⁹⁷⁸ Manna, in: Garofalo, *Obbligazioni II* (2007) 539–578; Misera, ANRW II.14 533 ff.; Memmer, SZ 107 (1990) 27 f.

⁹⁷⁹ So Misera, ANRW II.14 532, unter Verweis auf Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.22.

⁹⁸⁰ Möglicherweise bringt auch Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14 eine solche Redhibitionsabrede ins Spiel, wobei es in Papinians Gutachten um einen Grundstückskauf ging.

⁹⁸¹ In diese Richtung Misera, ANRW II.14 566 ff.

⁹⁸² Auch Diocl./Maxim. C. 4.58.4 handelt von einer vereinbarten *redhibitio* für den Fall, dass dem Käufer das Grundstück nicht gefällt; dazu Harke, *Iuris prudentia* (2019) 151.

fragen über den Prätor einer judiziellen Behandlung nach den Grundsätzen der *bona fides* zuführte (→ Rn. 308). Da für die *actio empti* ein Einsatz als „Wandlungsklage“ bezeugt ist (zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3 → Rn. 399), mag der effektive Unterschied schlussendlich gering geworden sein. Auch in spätklassischer Zeit (und darüber hinaus) wurde aber sehr wohl noch unterschieden, ob einem Käufer mit der *actio redhibitoria* oder mit der *actio empti* zu helfen war (→ Rn. 408–409).

e. Die ädilizischen Rechtsbehelfe im Erbgang

Die Klageverheißung des Edikts war nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.5 unmittelbar 331 auch an den/die etwaigen Erben des Käufers gerichtet (wohl aber nicht an Einzelrechtsnachfolger). Die passive Vererblichkeit scheint zunächst abgelehnt worden zu sein, insoweit der Klage ein Pönalcharakter zugeschrieben wurde.⁹⁸³ Bei Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.5 findet sich die aktive wie die passive Vererblichkeit klar bejaht. Bei Erbenmehrheit auf Verkäuferseite teilt sich für die *actio redhibitoria* die in der negativen Restitutionsklausel erscheinende Rückzahlung *pro rata* auf die Miterben auf, denen entsprechend auch nur die jeweils korrespondierenden Anteile an der Kaufsache zu redhibieren sind (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10). – Kam es zum Erbgang auf Käuferseite, konnte die *actio redhibitoria* grundsätzlich nur gemeinschaftlich von allen Miterben angestellt werden; die prozessrechtliche Durchführung erforderte möglicherweise, dass alle Miterben zusammen einen *procurator* ernannten. Nach Erbanteilen konnte aber einzeln geklagt werden, wenn der Sklave bereits zurückgenommen worden war oder die Rückgabe durch den Tod des Sklaven gegenstandslos geworden war (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.5–8).⁹⁸⁴ Soweit für die *redhibitio* der käuferseitige Umgang mit dem Kaufsklaven auf die Restitutionsobliegenheit einwirkte (→ Rn. 353), kam es nach dem Erbgang auf das Verhalten des/der Erben an (z. B. Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.22).

f. Sklavenkauf: Die ediktalen Aufklärungsgebote

aa. Das Verheißungsedikt

Der Formel war das eigentliche Verhaltensgebot mit einem Verheißungsedikt voran- 332 gestellt, das uns durch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.1 überliefert ist. Es handelt sich nicht um den historischen Wortlaut des erstmaligen Erlasses, sondern um eine Formulierung, die tralatizisch geworden sein mag und bei der julianischen Redaktion des prätorischen Edikts für den Anhang verwendet wurde:

⁹⁸³ Cic. off. 3,71.

⁹⁸⁴ Steiner, Solidarobligationen (2009) 268 Fn. 952.

Aiunt aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia veniunt, palam recte pronuntiant.

Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat.

Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant.

Ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus.

Die Ädilen bestimmen: Die, welche Sklaven verkaufen, sollen die Käufer in Kenntnis setzen, welche Krankheiten oder Gebrechen diese haben, wer ein Fluchtsklave oder ein Herumtreiber oder nicht von frei von Noxalhaftung ist. Und all dies müssen sie, wenn sie solche Sklaven verkaufen, öffentlich und richtig anzeigen.

Ist ein Sklave unter Zuwiderhandlung dagegen verkauft, oder ein Sklave, der sich nicht in dem Zustand befand, der zugesagt oder feierlich versprochen wurde, als er verkauft wurde, insofern zu sagen ist, dass dafür nach *ius civile* einzustehen ist, werden wir dem Käufer, und allen, die diese Angelegenheit betrifft, eine Klage darauf gewähren, dass dieser Sklave zurückgenommen wird.

Wenn es aber nach Verkauf und Übergabe durch ein Tun des Käufers, von Familienangehörigen oder einem Verwalter verschlechtert worden ist; oder ein Kind geboren oder etwas [hinzu] erworben worden ist, und wenn beim Verkauf dem Sklaven eine Nebensache beigegeben war oder aus dieser Sache Nutzungen an den Käufer gelangt sind – muss er all dies restituieren. Ebenso gilt, dass er zurückerhält, was er seinerseits Zusätzliches geleistet hat.

Ebenso, wenn der Sklave ein Kapitalverbrechen begangen oder einen Suizidversuch hinter sich hat oder zum Tierkampf in die Arena geschickt worden ist – all dies sollen sie beim Verkauf anzeigen.

Aus [allen] diesen Gründen werden wir eine Klage gewähren. Darüber hinaus werden wir eine Klage gewähren, wenn jemand wissend arglistig diesen Bestimmungen zuwidergehandelt hat.

- 333 Die fünf Qualitäten, auf die sich die Pronuntiationspflicht ursprünglich erstreckte, werden herkömmlich dreigeteilt in körperliche Defizite (*morbus, vitium*), die Eigenschaft als Flüchtling und die Neigung zum Herumtreiben (*fugitivus, erro*) sowie die noch offene Noxalhaftung. Bei Cicero begegnet die Wendung vom *scire debere* ‚de sanitate, de fuga, de furtis‘ (Cic. off. 3,71). Alle diese Begriffe haben eine je eigene Auslegungsgeschichte.

bb. *Morbus – vitium*

- 334 Die Entwicklung der Interpretation des ediktalen Begriffspaares *morbus vitiumve* (= *sanum esse ex edicto*) lässt sich nachzeichnen:⁹⁸⁵ Nach Aulus Gellius haben schon die

⁹⁸⁵ Die Darstellung folgt im Wesentlichen Gamauf, Ess. Sirks 274 f.

veteres die Begriffe mit dem Ziel interpretiert, *morbus* und *vitium* zu unterscheiden (Gell. 4,2,2). Ulpian berichtet im Rückblick von einem *responsum* Catos; andere Quellen belegen *responsa* des Servius, des Trebatius und des Ofilius. In einem auf Caelius Sabinus gestützten Bericht verschafft uns Aulus Gellius Kenntnis von einer abstrakten *morbus*-Definition durch Labeo: *Morbus est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriore* (Gell. 4,2,3).⁹⁸⁶ Auf die Zeit Labeos geht auch schon eine Erweiterung des Begriffs zurück, indem ein *servus quasi morbosus* (auch: *quasi minus sanus*) darunterfiel (Gell. 4,2,7 und 4,2,7), was mit einer Vernachlässigung des *vitium*-Begriffs einhergegangen sein mag. Caelius Sabinus kehrte das Verhältnis um: Ihm zufolge fungierte *vitium* „als Oberbegriff, dessen Begriffskern *morbus* als schwere Form des *vitium* bildete“. ⁹⁸⁷ Ulpian verwendet eine Definition des Sabinus: *morbus* sei ein unnatürlicher Zustand des Körpers (oder auch nur eines Körperteils), der dessen naturgemäße Brauchbarkeit beeinträchtigt; Stottern sei eher *vitium* als *morbus*, doch erscheint ihm die Zusammenstellung von *morbus* und *vitium* als eine Art Zwillingsformel, mit dem die Ädilen nur sichergehen wollten, nichts auszuschließen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.7 i. f.).⁹⁸⁸

Wenn man die Mängel erkennen kann, bedarf es keiner *pronuntiatio* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.6), wofür Blindheit und eine sichtbare Narbe als Beispiele gegeben werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14.10). 335

Belanglose und vorübergehende Beeinträchtigungen (*minima causa*) zählen nicht (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.8; ähnl. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.6),⁹⁸⁹ ebenso wenig wie überwundene Zustände, die in ihrer akuten Phase als *morbus* gelten konnten (s. auch Pomp. 13 Sab. D. 21.1.16). Es war freilich nicht erforderlich, dass es sich um *morbus santicus* handelt, wohl eine schwerwiegende Erkrankung, die ans Bett fesselt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.5; zum Begriff s. Ven. 5 act. D. 21.1.65.1); eine solche Erkrankung galt schon altzivil als prozessualer Veragungsgrund.⁹⁹⁰ Ebenso musste die Krankheit nicht chronisch sein (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.6 pr.). 336

Die überlieferte Kasuistik kann nur ansatzweise wiedergegeben werden. Stets geht es um die Auslegung eines positivierten Rechtsbegriffs. Die Angaben zu diversen Krankheiten können auch zum Stand der antiken Medizinkenntnisse beitragen. Stummheit ist *morbus*, nicht aber der bloße Sprachfehler; wieder anders beim Delirierenden (Ulp. 14 Sab. D. 21.1.9). Die Einordnung von Zeugungsunfähigkeit bereitete offenbar Schwierigkeiten (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.6.2 mit Paul. 11 Sab. D. 21.1.7), ebenso diejenige von Unfruchtbarkeit (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14 pr.–3). Epilepsie, deren 337

⁹⁸⁶ S. auch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.7, wo Sabinus (dann Massurius Sabinus?) als Urheber erscheint.

⁹⁸⁷ Gamauf, Ess. Sirks 275, ebenso Ortu, Aiunt aediles (2008) 130 ff.; Lanza, SDHI 70 (2004) 148 ff.

⁹⁸⁸ Zum Begriff des *morbus* s. Manna, Actio redhibitoria (1994) 39–55; eine Tendenz der Juristen, *morbus* als Unterfall von *vitium* zu verstehen, sieht Garofalo, Atti Dell'Oro 61.

⁹⁸⁹ Olde Kalter, Dicta (1963) 116 ff.

⁹⁹⁰ Ausführlich Metzger, Outline (1997) 95 f.

Verständnis in der Antike teilweise stark mit religiösen Inhalten aufgeladen war,⁹⁹¹ spielt in den römischen Rechtstexten keine hervorgehobene Rolle.⁹⁹² Für körperliche Missbildungen oder Verstümmelungen aller Art wird gefragt, ob ein *vitium* vorliegt; man kann die Tendenz erkennen, dass es auf die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit ankommt (z. B. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.10 pr.). Für zahlreiche Eigenschaften wird ein *vitium* verneint (Auswahl): Hautausschlag ohne Funktionsbeeinträchtigung (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.6.1); fehlende Zähne (Ulp. 11 Sab. D. 21.1.11); Schilddrüsenvergrößerung und Exophthalmus (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.12.2).

- 338 Verschiedene psychisch gelagerte Zustände (u.a. Depressionen, übersteigerter Geiz, religiöse Ekstasen, Leichtsinnigkeit) werden als *vitia animi* angesprochen.⁹⁹³ Vivianus verweigert ihnen die Anerkennung als ediktmäßiges *vitium*. Daß *vitia animi* kein *vitium* im Ediktssinne darstellen, wird von Ulpian damit begründet, dass *erro* und *fugitivus* psychisch begründet sind, vom Edikt also nicht zu regeln gewesen wären, wenn sie schon als *vitia animi* erfasst gewesen wären (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.3). Ausnahmen erscheinen bei psychosomatischen Zusammenhängen denkbar; gegebenenfalls ist auf die *actio empti* auszuweichen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.1). Die Digesten schließen Fälle an, in denen das Ausweichen auf eine Klage *ex empto* ebenfalls richtig erscheint (Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.2: Depression; sodann Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.3 mit einem langen Eigenschaftskatalog); diese Textkomposition ist justinianischen Ursprungs und kann nicht sicher als klassisches Recht angenommen werden. Eine *ex empto* – Haftung wegen psychischer „Mängel“ kommt nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.4 bei einer konkreten Zusage des Verkäufers in Betracht; aber auch für das Verschweigen eines dem Verkäufer bekannten *vitium animi* eine Haftung *ex empto* bejaht; der Haftungsgrund dürfte im *dolus* des Verkäufers liegen. Schlechte Gewohnheiten (Sklave ist Trinker oder Spieler) begründen keine Ediktsrechte (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.2). Ven. 5 act. D. 21.1.65 behandelt den schöngeistigen Sklaven, der es liebt, Bilder oder Zirkusspiele zu betrachten.⁹⁹⁴

cc. *Fugitivum non esse – erroneum non esse*

- 339 In der römischen Rechtsordnung war die Sklavenflucht Gegenstand vielfältiger Regelungen, die den Juristen zahlreiche Zweifelsfragen bescherten.⁹⁹⁵ Die Deutung des Begriffes *fugitivus* war kontextabhängig;⁹⁹⁶ im Folgenden geht es nur um die Bedeutung im

⁹⁹¹ Urbanik, JJP 40 (2010) 219–247; Memmer, SZ 107 (1990) 14 ff., der die Frage behandelt, ob die Epilepsie von derartiger Bedeutung erschien, dass ihr gegenüber ein Haftungsausschluss versagte (S. 19 ff.).

⁹⁹² Möglicherweise meint *lunaticus* in Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.6 einen Epileptiker.

⁹⁹³ Umfassend Cloud, Ess. Liebeschutz 67–76; Aubert, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 234–248; Parlamento, RDR 2001, 1–20; Knütel, FS Huber 41–50, dort auch speziell zum *fanaticus* in Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9; s. noch Wacke, Mél. Sturm I 562 f.

⁹⁹⁴ Baldus, SDHI 76 (2010) 261–279.

⁹⁹⁵ Zum *edictum de fugitivis* (D. 11.4) s. Lenel, EP 967 f.; Luchetti, St. Martini II 509–532; sozialgeschichtlich Knoch, Sklavenfürsorge (2017) 109–111.

⁹⁹⁶ Klingenberg, CRRS X.6 (2005) 25–29; Arzt-Grabner, PapCongr. XXV 21–32; Donadio, Scr.

ädilischen Edikt.⁹⁹⁷ Die Auslegungen von *erro* und *fugitivus* entwickelten sich in wechselseitiger Beeinflussung. Eine lange Katene aus Ulpian's Kommentar zum ädilischen Edikt zieht eine Summe auf der Grundlage von Äußerungen älterer Jurisprudenz (Ofilius, Cälius, Labeo, Cassius, Vivianus, Pomponius); Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17 pr.–16. Der folgende Ausschnitt aus der Kasuistik erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ulpian geht von einer älteren Definition durch Ofilius aus: *fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17 pr.). Die Abwesenheit muss von einer gewissen Dauer sein; dieses Erfordernis unterscheidet nach Labeo den *fugitivus* vom *erro*, so dass *erro* und *fugitivus* als milderer und schwererer Fall der unerlaubten Entfernung gewissermaßen ineinander übergehen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.14). Was die räumliche Entfernung betrifft, wird erörtert, ob und wann bereits das Verstecken im Haushalt des *dominus* als Fluchtbeginn gewertet werden kann (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4). Mehrfach behandelt ist der Problemfall, dass der Sklave sich mit Suizidabsicht entfernt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.5; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.4). Ist der Sklave durch Flucht zum *fugitivus* geworden, ändert sich diese Qualifikation nicht dadurch, dass er freiwillig zum Eigentümer zurückgekehrt ist (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.1); hierfür wird auch darauf verwiesen, dass der einmal begangene Diebstahl durch Rückgabe nicht ungeschehen gemacht wird, zumal die Flucht als *furtum sui* angesehen werden kann (Afr. 7 quaest. D. 47.2.61).

Fugitivus ist für das ädilische Edikt der Sklave, der eine Flucht hinter sich hat, dessen Flucht Teil seiner Biographie geworden ist. Die Eigenschaft, ein *fugitivus* zu sein, muss vor dem Kaufvertrag begründet worden sein; eine erstmalige Flucht beim Käufer genügt nicht (Pap. 4 quaest. D. 21.1.54; Paul. 6 resp. D. 22.3.4).⁹⁹⁸ Auch Diocl./Maxim. C. 4.58.3 pr. (a.286) stellt klar, dass eine erste, nach dem Kauf erfolgende Flucht in den Risikobereich des Käufers fällt.⁹⁹⁹ Der Nachweis, dass der Sklave vom Verkäufer einmal geflohen war, stellte den Käufer vor ein Beweisproblem, da er die Beweislast trug (Paul. 6 resp. D. 22.3.4). Der Sklave konnte der Folter unterworfen werden (Paul. 2 sent. D. 22.3.7; Paul. 5 resp. D. 21.1.58.2); diese Möglichkeit war nicht selbstverständlich, weil eine derartige Befragung nicht mit einem gegen den Eigentümer gerichteten Ziel angestellt werden durfte. Paulus erörtert noch die Frage einer Bindung an das Sklavengeständnis; dazu bestand vielleicht besonderer Anlass, weil der Sklave durch seine Aussage bestimmen konnte, ob er zum Käufer oder zum Verkäufer kam.

Wer sich vor Räubern, einer Feuersbrunst oder einem Hauseinsturz in Sicherheit bringt, ist kein *fugitivus*, da ihm die Fluchtabsicht fehle (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.3); dasselbe gelte bei Entfernung von einem übermäßig strengen Lehrmeister oder einem grausamen Entleiher, jeweils mit der Maßgabe, dass eine Rückkehr zum

Bonfiglio 137–177; Rizelli, St. Metro V 253 ff.; Reduzzi Merola, in: Pinzone et al., *Forme di dipendenza* (2012) 227–231. Die reizvolle Frage nach dem römischrechtlichen Hintergrund des Philemon-Briefs des Apostel Paulus behandelt u. a. Gamauf, Pocta Blahovi (2014) 159–176, mit umfassenden Nachw.

⁹⁹⁷ Grundlegend Gamauf, Ess. Sirks 269–287.

⁹⁹⁸ Jakab, SZ 135 (2018) 491 f.; Klingenberg, CRRS X.6 (2005) 27.

⁹⁹⁹ Harke, *Iuris prudentia* (2019) 150 f.

Eigentümer das Ziel war. Wer sich zu einem Freund seines Eigentümers begibt, von dem er sich eine Fürsprache erhofft, ist damit kein *fugitivus*, selbst wenn er schon den Eventualvorsatz hegte, bei Erfolglosigkeit seines Besuchs zu fliehen (Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.1). Sklaven flohen auch zu Kaiserbildern und in Asyl bietende Tempel; man fragte sich, ob sie dies zu *fugitivi* machte.¹⁰⁰⁰ Dieselbe Frage wurde aufgeworfen, wenn Sklaven sich in dem Bemühen entfernten, ihren Zwangsverkauf durch den *praefectus urbi*¹⁰⁰¹ zu veranlassen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.12–13).

342 Unter Umständen übt ein anderer als der Eigentümer die Weisungsbefugnis über den Sklaven aus: Wie wird er in solchen Fällen zum *fugitivus*? Wer als Sklave dem falschen Herrn dient, wird durch Flucht von diesem zum *fugitivus*, es sei denn, er wollte zu seinem Eigentümer gelangen (Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.3). Ein als Pfand gegebener Sklave wird durch Entfernung vom Gläubiger zum *fugitivus*, wenn dieser sein Verkaufsrecht ausübt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4).

343 Der Flucht wohnte von jeher ein subjektives Element insofern inne, als der Sklave den Eigentümer mit der Absicht verlassen haben musste, nicht zurückzukehren. In der Interpretationsgeschichte ist dieser *animus fugiendi*, festzustellen für den Zeitpunkt des Entweichens, möglicherweise immer stärker betont worden:¹⁰⁰² *animus fugitivum facit*. Von diesem Standpunkt aus ließ sich die Praxis kritisieren, einen Sklaven, der sich regelmäßig nachts entfernt, als *fugitivus* einzustufen (so Vivianus nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4). Ulpian bringt eine Neubestimmung des *erro*: Es ist ein Sklave, der sich – mangels *animus fugiendi* – trotz Abwesenheiten nicht als *fugitivus* qualifiziert, *sed frequenter sine causa vagatur et temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redit* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.14):¹⁰⁰³ Der *erro* ist ein Vagabundierer, ein Herumtreiber.

dd. *Noxa solutum esse*

344 Da die Eigentümerhaftung für Delikte des Sklaven den Käufer als Erwerber treffen musste (*noxa caput sequitur* → § 105 Rn. 9), war das Nichtbestehen einer solchen Haftung für den Käufer von wesentlicher Bedeutung: Eine unerwartete Noxalhaftung konnte wirtschaftlich zur Preisgabe des Sklaven zwingen oder dazu, sich den Sklaven durch Aufbringung eines Haftungsbetrages zu erhalten, der den Käufer gleichsam wie ein zweiter Kaufpreis belasten musste. Obschon der wegen des Delikts belangte Käufer bei Wahl der *deditio* den Sklaven verliert, wurde dies nicht als Eviktion angesehen. Der ediktsmäßige Mangel liegt im Bestehen der Noxalhaftung als solcher, mag der Käufer wegen des Sklavendelikts in Anspruch genommen worden sein oder nicht. Der hauptsächliche Grund für eine Noxalhaftung dürfte das vom Sklaven begangene *furtum* gewesen sein (→ § 93),¹⁰⁰⁴ doch bezieht Ulpian die Ediktsklausel allgemein auf Delikte,

¹⁰⁰⁰ Dazu Gamauf, Licet confugere (1999) 72–74.

¹⁰⁰¹ Bellen, Sklavenflucht (1971) 67.

¹⁰⁰² Gamauf, Ess. Sirks 278 f.; Cloud, SZ 123 (2006) 41 ff.

¹⁰⁰³ Hierzu Donadio, Scr. Bonfiglio 162 ff.

¹⁰⁰⁴ Als Stipulationsformel begegnet ja das spezifische *noxa furtis solutus*.

deretwegen noxal geklagt werden kann. Öffentlich zu verfolgende Straftaten des Sklaven kamen dagegen nicht in Betracht (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.18; Paul. 6 resp. D. 21.2.11.1). War die Strafverbindlichkeit bereits vom Verkäufer erledigt worden, musste sie nicht mehr angezeigt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.18): Daß der Sklave stiehlt (gestohlen hat/zu Diebstählen neigt) stellte an und für sich keinen ediktsmäßigen Mangel dar. Eine ediktsmäßige Haftung ergab sich aber, wenn der Verkäufer in einem *dictum* oder in einem *promissum* zugesagt hatte, dass der Sklave kein Dieb sei (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.20). Die *ex empto*-Haftung dafür, dass der Sklave kein Dieb ist, macht Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.2 davon abhängig, dass der Verkäufer davon Kenntnis hat und den Sklaven an einen arglosen Käufer absetzt (*dolus*); → Rn. 396.

ee. Spätere Erweiterungen der ediktalen Aufklärungspflicht

Vermutlich im ersten Jahrhundert n. Chr.¹⁰⁰⁵ wurde der Verkäufer verpflichtet, offenzulegen, wenn der Sklave ein Kapitalverbrecher war, einen Suizidversuch hinter sich hatte oder in den Tierkampf geschickt worden war (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.1 i. f.), wohl wegen der Traumatisierung, Abstumpfung und/oder erworbenen Gewaltbereitschaft.¹⁰⁰⁶ Weiterhin durfte ein diensterprobter Sklave nicht als ungebraucht, noch bildungsfähig (*veterator pro novicio*) verkauft werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.37). Mit der Abgrenzung beider Kategorien beschäftigt sich Ven. 5 act. D. 21.1.65.2.¹⁰⁰⁷ Schließlich musste auch die Ethnie (*natio*) des Sklaven angegeben werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.21);¹⁰⁰⁸ ohne diese Angabe bestand eine Redhibitionsmöglichkeit (möglicherweise *in factum*).¹⁰⁰⁹ 345

g. Sklavenkauf: *actio redhibitoria*

aa. Die Formel der *actio redhibitoria*

Die Digesten enthalten umfangreiches Material, das zu einer Rekonstruktion der Formeln einlädt; über den mutmaßlichen Wortlaut besteht in Einzelheiten gleichwohl keine Einigkeit.¹⁰¹⁰ Die Formel hat die einer *actio in factum* entsprechende Struktur. Die Jurisprudenz charakterisiert die Klage als eine auf wechselseitige *in integrum restitutio* gerichtete *actio* (so Iulian nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.7; Paul. 69 ed. D. 21.1.60); um eine *in integrum restitutio* im technischen Sinne (→ § 110) handelte es sich aber nicht. Die Ädilen hatten auch nicht die Kompetenz, die dem Zivilrecht zugeordnete *emptio venditio* aufzuheben.¹⁰¹¹ Hier wird im Wesentlichen die von Mantovani im 346

¹⁰⁰⁵ Zur Datierung s. Manna *Actio redhibitoria* (1994) 67–72.

¹⁰⁰⁶ Gamauf, in: Serghidou, *Fear of Slaves* (2007) 154–155; speziell zum Suizid s. auch Wacke SZ 97 (1980) 71–74; Bellocci, SDHI 63 (1997) 259–268.

¹⁰⁰⁷ Zur Ausfüllung der Begriffe, die auch in anderen Rechtszusammenhängen eine Rolle spielten, s. Jakab, *Praedicere* (1997) 141–144.

¹⁰⁰⁸ Dazu Jakab, *Praedicere* (1997) 140 f.

¹⁰⁰⁹ S. auch Varro ling. 9,33.

¹⁰¹⁰ Lenel, EP 545–561.

¹⁰¹¹ Wesel, SZ 85 (1968) 155; Baldus, OIR 5 (1999) 57.

Anschluss an Lenel vorgeschlagene Rekonstruktion zugrunde gelegt, zunächst für den Fall eines behaupteten *vitium*.¹⁰¹² Die Wiedergabe dieser Rekonstruktion erfolgt mit der Maßgabe, dass eine vorbehaltlose wissenschaftliche Unterstützung in jeder Einzelheit hiermit nicht ausgesprochen sein soll.

[*intentio*]

Si paret homini quo de agitur quem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit

morbi/vitii quid cum veniret fuisset

quod Numerius Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit

[*exceptio temporalis*]

neque plus quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit,

[*clausula restitutoria positiva*]

tum si arbitrato iudicis is homo Numerio Negidio redhibebitur

quodque ex eo post venditionem adquisitionem est quodque in venditione ei accessit sive quid ex ea re fructus pervenit ad Aulum Agerium

sive quid post venditionem traditionemque deterior Aulis Agerii opera familiaeve procuratorisve eius factus est,

ea omnia Numerio Negidio restituentur

[*clausula restitutoria negativa*]

et quanta pecunia pro eo homine solute accessionisve nomine data erit non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit non liberabitur,

[*condemnatio*]

quanti ea res erit,

tantae pecuniae (tantae pecuniae dupli)

iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato;

si non paret absolvo!

Wenn es sich herausstellt, dass dem Sklaven, den Aulus Agerius von Numerius Negidius gekauft hat,

als er verkauft wurde, eine Krankheit/ein Gebrechen anhaftete,

welche(s) Numerius Negidius entgegen dem Edikt jener Ädilen nicht angezeigt hat,

und keine sechs Monate vergangen sind, seitdem in dieser Angelegenheit die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bestand,

dann, sofern nach Richterermessen dieser Sklave dem Numerius Negidius zurückgegeben wurde,

wie auch das, was nach dem Verkauf durch diesen erworben wurde, wie auch das, was beim Kauf mit ihm mitkam, oder in dieser Angelegenheit als Frucht an Aulus Agerius gelangt ist,

oder was durch das Verhalten des Aulus Agerius, seiner Familie oder eines Verwalters verschlechtert worden ist,

dies alles dem Numerius Negidius erstattet wurde,

und der für diesen Sklaven gelöste Geldbetrag oder [was] im Hinblick auf Zubehör geleistet wurde, nicht zurückgeleistet wurde, oder wer immer wegen dieses Geldes verpflichtet sein wird, nicht befreit wird,

wie viel immer dies ausmacht,

um so viel Geld (um das Doppelte dieses Geldbetrages) verurteile Du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius,

wenn es sich nicht herausstellt, sprich ihn frei.

¹⁰¹² Abweichend (hinsichtlich der *condemnatio*) *Platschek*, FS Bürge 345–360; insgesamt abweichend *Jakab*, *Praedicere* (1997) 288 ff., aus den → Rn. 384 dargestellten Gründen.

bb. Positive Restitutionsklausel

(1) Die Rückgewähr des gekauften Sklaven war als Kondemnationsbedingung in die Formel eingefügt: Der Verkäufer wird nur zur Kaufpreisrückzahlung (einfach oder verdoppelt) verurteilt, sofern der Käufer zuvor den Sklaven zurückgewährt hat, gegebenenfalls noch unter Ausgleich für Verschlechterungen u.ä. Eine regelrechte Verpflichtung des Käufers, diese Kondemnationsbedingung zu erfüllen, sieht man dabei nicht. Es handelt sich um eine Art Arbiträrklausel. 347

(2) Der Umfang der gehörigen Restitution ist in der Formel, wie sie durch das Edikt vorgegeben wurde, näher bestimmt. Es werden alle Vorkommnisse erfasst, die sich bis zur Litiskontestation zugetragen haben; Abrechnungsposten, die aus Vorfällen nach der Litiskontestation resultieren, sind aufgrund des *officium iudicis* in derselben Weise zu berücksichtigen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.8). Hierfür kommen nach Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.30.1 Heilungskosten in Betracht, nicht aber die Ernährungskosten, die sich gegen die Sklavennutzung aufheben. 348

Die Rückstellung des Sklaven hatte *in natura* zu erfolgen. Da sich die Parteien Kaufationen für die jeweiligen Rückleistungen gegeben hatten (→ Rn. 321), wurde dem Käufer eine riskante Vorleistung nicht abverlangt. Über die sachenrechtliche Seite des Vorgangs sind wir unzureichend informiert. War der Sklave dem Käufer manzipiert worden, musste dieser ihn vermutlich zurückmanzipieren; Belege fehlen. Etwaiges bonitarisches Eigentum des Käufers wird mit der Rückgabe ohne weiteres erloschen sein, indem der Käufer seinen Besitz beendete. Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2 stellt klar, dass die *redhibitio* die Eigentumsposition des Käufers nicht rückwirkend beseitigte; hier ging es konkret um bonitarisches Eigentum, auf das die Aktivlegitimation der *actio furti* gestützt wurde.¹⁰¹³ 349

Die mit dem Sklaven vom Verkäufer mitgelieferten *accessiones* (→ Rn. 129–132) waren mit diesem zusammen zurück zu gewähren (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.19). Auch ein von der Kaufsklavin beim Käufer geborenes Kind war dem Verkäufer auszuliefern. War dem Sklaven beim Käufer von dritter Seite ein *peculium adventicium* zugewendet worden, musste der Käufer es dem Verkäufer herausgeben; ein vom Käufer selbst stammendes *peculium* behielt dieser zurück (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.4.).¹⁰¹⁴ 350

(3) Restitutionsobliegenheit und Leistungsstörungen: Die Erfüllung der positiven Kondemnationsbedingung kann durch den Eintritt von Hindernissen erschwert oder verunmöglicht werden. Der Käufer muss dem Verkäufer zunächst einmal Ersatz dafür leisten, dass er selbst den Sklaven physisch oder körperlich verschlechtert hat (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23 pr.); als Beispiel werden der sexuelle Missbrauch und eine durch Grausamkeit des Käufers veranlasste Sklavenflucht genannt; mit Pomponius verweist Ulpian für die Abschätzung eines Ersatzbetrages auf das richterliche Ermessen. 351

¹⁰¹³ S. auch Baldus, OIR 5 (1999) 57–60 mit weiteren Nachw.

¹⁰¹⁴ Baldus, OIR 5 (1999) 61 f.

- 352 Ist der Tod des Sklaven beim Käufer ohne dessen Verschulden eingetreten, entfällt die Bedingung und der Käufer dringt ohne weiteres mit seiner Klage durch, die in ihrem Umfang und Inhalt nicht verändert wird (Paul. 11 Sab. D. 21.1.47.1: *post mortem autem hominis aediliciae actiones manent*). Für die auf das Jumentenedikt gestützte *redhibitio* besagt Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.38.3 dasselbe. Dieses Ergebnis, das ohne weiteres aus der Formel folgt, wird auf das (unklassische) Schlagwort *mortuus redhibetur* verkürzt und viel diskutiert.¹⁰¹⁵ Der zur Redhibition berechtigende Sachmangel erlaubt es dem Käufer, die von ihm durch den Kauf übernommene Sachgefahr (→ Rn. 182–198), nachdem sich diese schon verwirklicht hat, wieder von sich abzuwälzen; hierfür war ein Zusammenhang von Sachmangel und Tod nicht vorausgesetzt. Schließlich stellte sich die Frage der Bestattungskosten, die entsprechend der Gefahrtragung an sich vom Käufer zu tragen waren (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22).
- 353 Anders wurde der Fall behandelt, dass der Sklave durch Verschulden des Käufers, eines Familienmitglieds oder eines *procurator* zu Tode gekommen ist (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.11): In diesem Fall sei der Sklave *pro vivo habendus*. Man hat darüber gestritten, ob dies einfach den Ausschluss der *redhibitio* bedeutete, weil der Käufer die Restitutionsklausel der Formel nicht mehr erfüllen konnte (Verkäufer würde den Kaufpreis behalten), oder ob er der Restitutionsklausel durch die Zahlung eines Wertersatzes genügen konnte (wie auch verschuldete Verschlechterungen wertmäßig auszugleichen waren); vor allem bei schweren Mängeln mochte für den Käufer noch ein ansehnlicher Saldo übrig bleiben.¹⁰¹⁶ Der Quellenbestand erlaubt keine direkte Beantwortung dieser Frage; Folgerungen, die man aus dem Grundsatz der Geldkondemnation oder der Figur der *perpetuatio obligationis* hat ziehen wollen, führen nicht auf eine historische Erkenntnis. Die *actio quanti minoris* sollte in diesem Fall verfügbar geblieben sein, obwohl die justinianische Textkomposition den Gedanken nahelegt, bei beiden ädilizischen Aktionen hänge der Fortbestand über den Sklaventod hinaus davon ab, dass es auf Käuferseite an einem Verschulden fehlt (Paul. 11 Sab. D. 21.1.47.1 mit Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48 pr.).
- 354 Die Freilassung des mangelhaften Kaufsklavens durch den Käufer beendet beide ediktalen Klagemöglichkeiten (Paul. 11 Sab. D. 21.1.47 pr.) und ebenso die Haftung aus einer *stipulatio duplae* (Ulp. 29 Sab. D. 21.2.25).
- 355 Vielschichtig ist die Überlieferung zu dem Fall, dass der Sklave dem Käufer entflohen ist.¹⁰¹⁷ Für den Fall einer Flucht vor der *litis contestatio* ließ Pomponius (Ulpian zufolge) den schuldlosen Käufer mit der *actio redhibitoria* zu, doch müsse dieser ein kautionsgesichertes Versprechen abgeben, den Sklaven nach dessen Wiedererlangung zurück zu

¹⁰¹⁵ Lederle, *Mortuus redhibetur* (1983); Mader, SZ 101 (1984) 206 ff.; Garofalo, *Azione redibitoria* (2000) 39–76; zur Verwendung des Satzes für einen Witz in Philogelos 18 s. Tarwacka, *Scr. Corbino* VII 155–163; zu den Bestattungskosten (s. weiter im Text) Viaro, *St. Cannata* 729 ff.

¹⁰¹⁶ Hierfür Mader, SZ 101 (1984) 229; Platschek, FS Bürge 352: Verschlechterung „bis zum Nullpunkt“.

¹⁰¹⁷ Ausf. Manthe, TR 44 (1976) 139 ff., 146; s. auch Memmer, SZ 107 (1990) 35 ff.

geben (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.21.3). Der Text beschränkt diese Aussage auf den Fall, dass der Verkäufer *sciens* veräußert hat, doch wird dies als justinianischer Einschub verdächtigt, der die Übereinstimmung mit einer Reformkonstitution aus dem Jahr 386 herstellen sollte:¹⁰¹⁸ Diese Konstitution machte die reale Rückstellung des Sklaven zur Voraussetzung, dies selbst dann, wenn die Wandlung erfolgt, weil der Sklave ein *fugitivus* ist; Valentin./Theodos./Arcad. C. 4.58.5 (a.386) = Cod. Theod. 3.4.1.¹⁰¹⁹ Die Konstitution legt nahe, dass schon zuvor bei *barbari* eine Sicherheitsleistung nicht ausgereicht hat, weil Sklaven dieser Herkunft mit der Rückkehr in ihre Heimat die Freiheit wiedererlangten. Die Konstitution aus dem Jahr 386 – ihr mögen frühere vorangegangen sein – verlangte nun auch für Sklaven aus den Provinzen die reale Rückstellung. Den Fall der Flucht nach erfolgter *litis contestatio* entscheidet der Richter im Rahmen seiner Beweiswürdigung (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.8; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.13).

Die Überlagerung des Redhibitionsbegehrens mit einem vom Sklaven während seiner Zeit beim Käufer¹⁰²⁰ begangenen Diebstahls ist von den Juristen in verschiedenen Hinsichten behandelt worden. Hat der Sklave einen Dritten bestohlen und wurde der Sklave aufgrund der Noxalklausel der *actio furti* vom Käufer an den Bestohlenen übereignet, so wurde die Kondemnationsbedingung wohl gegenstandslos und die Redhibitionsklage drang durch. Hat der Käufer dem Bestohlenen indes die *furtum*-Busse geleistet, wurde die Rückgabebedingung dahingehend modifiziert, dass die Rückgabe durch den Käufer nur gegen Ersatz des von ihm Gezahlten angeordnet wird (Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.23.8).¹⁰²¹ Nach Ulpian's Bericht hat Julian noch die Variante behandelt, dass der Verkäufer die Rücknahme (und damit den Ausgleich für die Deliktsbusse) verweigert; ich verstehe die Lösung Julians (von Ulpian gebilligt) so, dass der Verkäufer in den Kaufpreis verurteilt wird, wobei der Sklave ohne Ausgleichszahlung für die Deliktsbusse zurückgegeben wird: Es hätte dem Käufer freigestanden, den Sklaven an das klagende Diebstahlsopfer auszuliefern. Dieselbe Frage wird seit Neraz für die *ex empto*-Haftung des Verkäufers diskutiert. Es geht es um den Betrag der *condemnatio*, die durch die für den Käufer weniger schädliche Option begrenzt wird; hier war der Wert des Sklaven gegen die *furtum*-Busse abzuwägen. Diese Lösung soll auch gelten, wenn eine Stipulation die Haftungsgrundlage bildet (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.12). Der Wandlung begehrende Käufer muss dem Verkäufer grundsätzlich keine Gewähr (Garantiestipulation) dafür leisten, dass der Sklave beim Käufer keine Noxalhaftung begründet hatte (Pomp. 11 Sab. D. 21.1.46); noch → Rn. 359.

¹⁰¹⁸ Das Wort *sciens* wird als justinianische Einfügung verdächtigt durch *Manthe*, TR 44 (1976) 146; anders *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 142.

¹⁰¹⁹ Dazu *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 188, 161.

¹⁰²⁰ Zuvor begangene *furta* können bei noch ungelöster Noxalhaftung (und nur bei dieser) mittelbar einen Redhibitionsgrund bedingen (→ Rn. 344); ansonsten ist der Umstand, dass der Sklave früher gestohlen hat, als solcher kein ediktsmäßiger Mangel; → Rn. 344 a. E., Rn. 396.

¹⁰²¹ *Manna*, *Actio redhibitoria* (1994) 160 ff.; *Baldus*, OIR 5 (1999) 74 f.; *Greiner*, *Opera Neratii* (1973) 164–175; *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 29 f.

- 357 Der Fall, dass der Sklave ausgerechnet den Käufer bestiehlt, ist in Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.23.8 mitbehandelt (→ Rn. 356). Er wird auch in dem schwierigen Responsum Paul. 4 resp. D. 21.1.58 pr.–2 diskutiert, das noch Konkurrenzfragen berührt. Derselben Problematik gilt Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2: Da der Käufer im Zeitpunkt, als er vom Kaufsklaven bestohlen wurde, dessen Eigentümer war, ist eine Noxalhaftung nicht entstanden und konnte bei Rückübertragung nicht privativ auf den Verkäufer übergehen; der Käufer musste einen Ausgleich für den Diebstahlsschaden mittels der Redhibitionsabrechnung anstreben (→ Rn. 349).¹⁰²² Lebenstatsächlich verband sich die Sklavenflucht (→ Rn. 355) leicht mit der Mitnahme von Sachen des Käufers; Paul. sent. 2.17.11 bejaht hier eine Käuferklage (welche *actio*?) auf Preiserstattung und Ersatz des Diebesguts.¹⁰²³
- 358 Die römischen Juristen behandeln den Fall, dass der Käufer an dem Sklaven ein Pfandrecht bestellt hat, bevor er die *redhibitio* betreibt. Nach Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.8 überlebt das Pfand die Rückgewähr des Sklaven, wobei aber anzunehmen ist, dass der Käufer ein dem Verkäufer bekanntes Pfandrecht ablösen musste, wenn er mit seinem Redhibitionsanliegen durchdringen wollte.¹⁰²⁴ Zur Begründung wird der Fall herangezogen, dass der Sklave weiterverkauft wurde; in diesem Fall soll die Erfüllung der Restitutionsklausel nur mittels Rückerwerb durch den Käufer wieder möglich werden.¹⁰²⁵
- 359 Pomponius behandelte die Ungewissheit des Verkäufers, der nicht erkennen kann, ob der zu redhibierende Sklave während seiner Zeit beim Käufer noxalbelastet oder zum Pfand gegeben worden ist; er erwägt, dem Käufer wenigstens eine Stipulation *dolum malum abesse* aufzuerlegen (Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.21.1).

cc. Negative Restitutionsklausel

- 360 Gemäß der negativen Restitutionsklausel wird die Verurteilung abgewendet, wenn der Verkäufer, nachdem der Käufer die ihn betreffende Restitutionsbedingung erfüllt hat, den Betrag zahlt, zu dessen Rückzahlung er sonst verurteilt wird (zur *condemnatio* → Rn. 366).
- 361 Auf *quanti ea res erit* lautend, handele es sich um eine *condemnatio incertae pecuniae*. Der Geldbetrag wurde durch das empfangene *pretium* bestimmt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.8; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31 pr.). Ulpian betont in beiden Texten, es sei nichts über den Kaufpreis hinaus zu zahlen: Der Betrag des Kaufpreises erfuhr keine Steigerung, wie sie bei einer *condemnatio* auf *id quod interest* denkbar wäre;¹⁰²⁶ daher

¹⁰²² Baldus, OIR 5 (1999) 57 f.; Manna, Actio redhibitoria (1994) 160 ff.; Wesel SZ 85 (1968) 152 f.

¹⁰²³ Klittingberg, CRRS X.6 (2005) 154 f.

¹⁰²⁴ Dazu Wesel, SZ 85 (1968) 157.

¹⁰²⁵ Zum Einfluss der Weiterveräußerung des Kaufsklaven auf die ädilizische Haftung s. immer noch Eck, FG Beseler 161–186.

¹⁰²⁶ Paul. 5 quaest. D. 21.2.70 hebt den Unterschied von der bloßen *recuperatio pretio* und einer Verurteilung in das Interesse, wie sie bei der *actio empti* erfolgt, hervor.

kann ein etwaiger Käuferschaden nicht mit liquidiert werden. Die Herausgabepflicht bezüglich *accessiones* (sogleich → Rn. 362) wird dadurch nicht berührt, da diese zum Kaufpreis gerechnet werden. Die Hinzunahme von Zinsen schien fraglich gewesen zu sein, wurde dann jedoch anerkannt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.29.2).

Nach der Formel hat der Verkäufer weiterhin zurückzugeben, was er vom Käufer *accessionis nomine* empfangen hat (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.9). Was man darunter zu verstehen hat, ist nicht ganz gesichert. Es liegt nahe, hierin „Nebenposten“ zu sehen, die zum Kaufpreis so hinzutreten wie Zubehör zur Kaufsache. So könnte es sich um die Zahlung für gesondert bepreiste *accessiones* zur Kaufsache (→ Rn. 129–132), wie z. B. für ein *peculium*, handeln. In Betracht gezogen wurden auch schon Zinsen, die der Käufer bereits auf noch ausstehende Kaufpreistraten (→ Rn. 211–213) gezahlt hatte.¹⁰²⁷ Hinsichtlich nichtpekuniärer Leistungen des Käufers ist vielleicht an die *Sacharrha* zu denken. So oder so, es kann es sich nur um Leistungen des Käufers handeln, die im Zusammenhang mit seiner Kaufpreisverpflichtung erbracht worden sind. Begehrte nämlich der Käufer Ersatz von Aufwendungen, die er auf den Kaufsklaven gemacht hatte, oder Ersatz für einen durch diesen angerichteten Schaden, konnte dies offenbar nicht in die *condemnatio* der Redhibitionsklage eingerechnet werden; vielmehr musste der Käufer den Sklaven nur Zug um Zug gegen entsprechende Ausgleichszahlung zurückgewähren (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.29.3). Ließ sich der Verkäufer nicht hierauf ein, wird dies nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31 pr. auf die Verurteilung des Verkäufers in die Rückzahlung des Kaufpreises auch ohne Sklavenrückgewähr hinausgelaufen sein.

Zu der dem Verkäufer auferlegten Leistung gehört noch die *liberatio* von demjenigen *qui eo nomine obligatus erit*. Hier handelte es sich wohl nicht darum, dass ein Käufer, der noch nicht bezahlt hat, aus seiner Haftung *ex vendito* entlassen werden muss;¹⁰²⁸ vielmehr dürfte es um die förmliche Haftentlassung eines für den Kaufpreis gestellten Bürgen gegangen sein.¹⁰²⁹ Kaufpreisrückzahlung und Bürgenbefreiung konnten allenfalls kumulativ geschuldet sein, weil die Erledigung der Kaufpreisschuld gegen die strengrechtliche Schuld des Bürgen allenfalls einredeweise geltend gemacht werden konnte; nur und erst die förmliche Beseitigung der Stipulationsschuld stellte den *status quo ante* wirklich wieder her. Wie um die Bürgschaftsschuld eines Dritten mag es auch um eine eigene Stipulationsverbindlichkeit des Käufers gegangen sein, aus welcher der Käufer förmlich entlassen werden muss.¹⁰³⁰

¹⁰²⁷ Platschek, FS Bürge 345 f. Fn. 1.

¹⁰²⁸ So aber Manna, Actio redhibitoria (1994) 234 f.; wieder anders Garofalo, Azione redibitoria (2000) 32: es gehe darum, dass eine bei Tod des Sklaven entstehende Wertersatzpflicht des Käufers (die so nicht belegt ist) vom Verkäufer aufgegeben werde (abwegig).

¹⁰²⁹ Überzeugend Platschek, FS Bürge 345–360, im Anschluss an Van Warmelo, Symb. David I 233.

¹⁰³⁰ Platschek, FS Bürge 356.

dd. Sogenannte *exceptio temporalis*

- 364 Die *actio redhibitoria* konnte nur binnen sechs Monaten angestellt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.6). Als Beginn der Frist gibt Ulpian den Tag des Kaufes an;¹⁰³¹ wenn *dictum promissum*ve die Klagegrundlage bildete, sei der Tag der Versprechensabgabe maßgeblich, der ja nicht mit dem Vertragsschluss zusammenfallen muss (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.6). Gord. C. 4.58.2 (a.239) stellt auf den Vertragsschluss ab. Die Formel benutzte die Standardwendung für das sogenannte *tempus utile*. Bei der Fristberechnung *utiliter* begann der Lauf der Frist nur unter der Voraussetzung, dass der Käufer die *potestas experiundi* hatte, d. h. zur Rechtsverfolgung in der Lage war.¹⁰³² Die *potestas experiundi* ist mit der Handlungsfähigkeit des potenziellen Klägers, einem einlassungsbereiten Beklagten und der Verfügbarkeit des Magistrats gegeben. Hatte der Lauf der Frist einmal begonnen, war der weitere Fortbestand der *potestas experiundi* offenbar nicht mehr erforderlich.
- 365 Pap. 12 resp. D. 21.1.55 behandelt eine Fristversäumnis durch den Käufer, der *vitium fugitivi latens ignoravit* – nach Papinian hat die *potestas experiundi* gefehlt.¹⁰³³ Es besteht keine Einigkeit, welchen Fall Papinian bescheidet. Am nächsten liegt die Annahme, dass der Käufer an der Aufdeckung eines *vitium latens* dadurch gehindert wurde, dass ihm der Sklave entflohen ist; so verstanden geht es nicht um eine Verkäuferhaftung für die Fugitivität, sondern um einen (nicht näher benannten) undeckelten körperlichen Mangel, den der Käufer fluchtbedingt nicht aufdecken kann.¹⁰³⁴ Papinians Lösung lag dann darin, für die Geltendmachung dieses Mangels die Zeitspanne fluchtbedingter Abwesenheit nicht als *tempus utile* anzuerkennen. Der Schlusssatz von Pap. 12 resp. D. 21.1.55, möglicherweise später hinzugefügt,¹⁰³⁵ schränkt ein, dass leichtfertige Unkenntnis den Käufer nicht entschuldigen dürfe.¹⁰³⁶ Die späteren Ausdeutungen dieses Satzes, etwa dahingehend, dass dem Käufer die Erkennbarkeit des Mangels oder eigene Fahrlässigkeit (eines bestimmten Grades) in Bezug auf dessen Entdeckung schade, erscheinen als Überinterpretationen. Eine nachfolgende Erweiterung der papinianischen Lösung derart, dass generell die Unkenntnis eines Mangels – stets oder unter bestimmten weiteren Voraussetzungen – dem Lauf der Frist entgegenstanden hätte, indem die vor Mangelentdeckung verstrichene Zeit nicht als *tempus*

¹⁰³¹ Nicht mehr vertreten wird die Ansicht, es sei auf die Übergabe des Sklaven angekommen, Pringsheim, AHDO-RIDA³ 1 (1952) 545–556.

¹⁰³² Immer noch beachtenswert: Ubbelohde, Tempus utile (1891).

¹⁰³³ Eine viel behandelte Stelle, s. statt aller Memmer, SZ 107 (1990) 29 f.; Jakob, Praedicere (1997) 131 Fn. 45, jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁰³⁴ Wenn man die Verkäuferhaftung hier als eine solche für die Fugitivität verstehen wollte, so etwa Baldus, OIR 5 (1999) 37 Fn. 64, Klingenberg, CRRS X.6 (2005) 95 und andere, müsste es darum gegangen sein, dass hier schon die (beim Verkäufer noch niemals verwirklichte) Fluchtneigung den ediktsmäßigen Haftungsgrund darstellte.

¹⁰³⁵ Amelotti, Prescrizione (1958) 67–72.

¹⁰³⁶ Um die Auslegung dieses Satzteils ist später viel gestritten worden, s. Jakobs, Leistungsstörungenrecht (1985) 184.

utile gewertet wurde, ist nicht belegt. Gord. C. 4.58.2 (a.239) bestätigt die ediktsmässige(n) Zeitgrenze(n) für den Fall, dass der Kaufsklave nach mehr als einem Jahr floh.¹⁰³⁷

ee. *Condemnatio*

Die *condemnatio* erfolgte auf *quantum ea res erit*. Es handelte sich um eine *condemnatio incertae pecuniae*, die durch das bestimmt war, was auf die Kaufpreisschuld hin empfangen worden war (→ Rn. 362). Die Quellen geben keinen Hinweis auf eine *taxatio*, die bei einer auf *quantum ea res erit* lautenden *condemnatio* eher ungewöhnlich wäre und für die angesichts des vergleichsweise beschränkten und durch das Edikt weitgehend vorgegebenen Haftungsumfangs auch kein Bedarf bestanden haben kann.¹⁰³⁸ – Schwierigkeiten bereitet Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.45, wonach die *condemnatio* bisweilen in das *duplum*, bisweilen in das *simplum* erfolgte.¹⁰³⁹ Zu dieser Duplierung sind verschiedene Theorien entwickelt worden. (1) Zumeist wird hierin ein Pönalelement gesehen, weil dem Verkäufer, gegen den die *redhibitio* klageweise durchgesetzt werden muss, stets das doppelte des Kaufpreises abverlangt wird: Entweder erstattet er den Kaufpreis – dann wird er obendrein in das *simplum* verurteilt: oder er unterlässt die Rückzahlung – dann erleidet er die Verurteilung in das *duplum*.¹⁰⁴⁰ Ein solcher Kondemnationsmechanismus hätte also dafür gesorgt, dass der Verkäufer effektiv stets das Doppelte des Kaufpreises zu entrichten hatte. (2) Dem steht die Ansicht gegenüber, die Duplierung sei nur an die Nichtbefolgung des richterlichen Rückzahlungsbefehls geknüpft gewesen; der folgsame Verkäufer brauchte den Kaufpreis nur einmal zu restituieren.¹⁰⁴¹ Die in Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.45 angesprochene *condemnatio* in das *simplum* muss man dann freilich als vorläufiges *arbitrium de restituendo* verstehen. Bei dieser Sichtweise handelte es sich bei der *actio redhibitoria* keineswegs um eine der *actiones*, die *per infitiationem duplentur*, denn nicht schon das Verweigern der außerprozessualen Leistung – hier: der Wandlung –, also das Anlass-Geben für den Prozess, würde hier zur Duplierung führen, sondern erst die Nichtbefolgung des im laufenden Prozess ergehenden *arbitrium* des *Judex*, das dem Verkäufer die Rückzahlung aufgibt, nachdem dessen Zuwiderhandeln gegen das Edikt feststeht. Bei günstigem Ausgang für den Käufer endet das Verfahren danach entweder mit einer Rückzahlung dem judiziellen *arbitrium* entsprechend (noch gefolgt von einer *absolutio*?) oder, sofern diese verweigert wird, mit einer Verurteilung in das *duplum*. Geht man davon aus, dass als Ersatz für die fehlende Kompetenz der Ädilen, das Ergebnis der bei ihnen eingeleiteten

¹⁰³⁷ Harke, *Iuris prudentia* (2019) 152.

¹⁰³⁸ A. A. Jakab, *Praedicere* (1997) 296.

¹⁰³⁹ Dazu Platschek, FS Bürge 345–360; Donadio, *Tutela del compratore* (2004) 308–319; Van Warmelo, *Symb. David* 225–236; Garofalo, *Azione redibitoria* (2000) 1–38; Levy, *Konkurrenz I* (1918) 138 f.; Lenel, EP 556–558.

¹⁰⁴⁰ So Lenel, EP 556; diese Ansicht wurde begründet von Huschke, *Nexum* (1846) 208 ff.

¹⁰⁴¹ Hierfür, im Anschluss an die Lehre des gemeinen Rechts, Eck, FG Beseler 187–200.

Verfahren zu vollstrecken (→ Rn. 367), den Parteien bei Verfahrensbeginn Kautionen abverlangt wurden (→ Rn. 321, 385), könnte es sich auf Verkäuferseite um eine *stipulatio duplae* gehandelt haben. Als Verfallsereignis wäre die Nichtbefolgung der richterlichen Erkenntnis bestimmt gewesen; dupliert wurde der Kondemnationsbetrag, nicht bloß der Kaufpreis. Damit hätte der Verkäufer vor der Wahl gestanden, entsprechend dem Redhibitionserkenntnis zu zahlen oder aus der Stipulation auf das *duplum* haftbar zu werden; diese Stipulation wäre regulär durchsetzbar gewesen. Eine derartige ursprüngliche Kautionsicherung der Verfahren vor dem Ädil dürfte nach der Übernahme der ediktgestützten Prozesse in die Zuständigkeit der Prätur (→ Rn. 315) obsolet geworden sein; vielleicht liegt hierin aber der Ursprung der unterschiedlichen Behandlung des Verkäufers je nach seiner Bereitschaft zum freiwilligen Vollzug der Wandlung. (3) Nach Platschek wurde der Verkäufer in das *duplum* verurteilt, weil und wenn er zweierlei nicht tat: Er zahlte den Kaufpreis nicht zurück und er sorgte nicht für die Befreiung von den hierfür noch begründeten (Verbal-)obligationen (→ Rn. 363). Jede dieser Nichtleistungen soll dann je für sich mit einer Verurteilung in die einfache Kaufpreissumme sanktioniert worden sein.¹⁰⁴² – Die Frage kann nicht als geklärt gelten; nach der erstgenannten Ansicht, wonach sich stets eine Haftung auf das *duplum* ergeben hätte, wäre die ädilizische Wandlungshaftung, die ja kein Verschulden voraussetzte, von einer außergewöhnlichen Härte gewesen; dies erscheint als weniger wahrscheinlich.

ff. Vollstreckung

- 367 Die Frage, ob ein das Verfahren abschließendes, kondemnierendes Urteil die Grundlage für eine Personalexekution oder eine *missio in bona* abgab, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Da eine eigene Zuständigkeit der Ädilen für die Vollstreckung ihrer Urteile nicht erkennbar ist, hätte der siegreiche Käufer sich hierfür anschließend an den Prätor wenden müssen. Ein solches Vorgehen mag entbehrlich gewesen sein, indem der Verkäufer bei Verfahrensbeginn vom Ädil zur Abgabe einer *cautio* angehalten worden war, mit der er dem Käufer die Sicherheit gab, dass er sich an das Redhibitionsurteil halten werde (→ Rn. 321, 366). Aus einer bei Nichtbefolgung des Redhibitionsurteils verfallenden Stipulation konnte der Käufer gegebenenfalls im ordentlichen Rechtsweg beim Prätor vorgehen (→ Rn. 385). Mit der Übernahme der Verfahrenszuständigkeit durch die Prätores, die vielleicht schon in hochklassischer Zeit erfolgte, mag sich die Handhabung der Vollstreckungsfrage geändert haben.

h. Sklavenkauf: Kaufpreistrückforderung nach freiwilliger Rücknahme des Sklaven

- 368 Hatte der Verkäufer den Sklaven bereits freiwillig zurückgenommen, konnte die Kaufpreistrückzahlung mit einer *actio in factum* durchgesetzt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur.

¹⁰⁴² Platschek, FS Bürge 345–360.

D. 21.1.31.17). In diesem Fall kam es auf das tatsächliche Vorliegen eines Redhibitionsgrundes offenbar nicht mehr an; ebenso entfiel die *exceptio temporalis*. Die Verurteilung erfolgte, wie man zumeist annimmt, ausschließlich in das *simplum* (fraglich).¹⁰⁴³ Eine bloße *conventio de redhibitione*, in der sich der Verkäufer zur Rücknahme erst nur bereit erklärt, reichte für diese Klage noch nicht aus (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.18 i. f.).

i. Sklavenkauf: *actio redhibitoria* aufgrund *dictum* oder *promissum*

Wurde die *actio redhibitoria* wegen eines *dictum* oder *promissum* angestellt, lautete die *intentio* wohl am ehesten so (für den Rest der Formel → Rn. 346): 369

<p><i>Si quem hominem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit, cum adversus quod dictum promissumve fuit cum veniret fuisse, quod eius praestari oportet, ...</i></p>	<p>Wenn der Sklave, den Aulus Agerius von Numerius Negidius gekauft hat, sich nicht in dem Zustand befand, der zugesagt oder feierlich versprochen worden ist, als er verkauft wurde, insofern dafür (nach <i>ius civile</i>) einzustehen ist, ...</p>
---	--

Die Gewährung der *actio redhibitoria* für diesen Fall stellt sicher, dass der Verkäufer die Wandlung – wie bei Unrichtigkeit der „Pflichtangaben“ – auch hinnehmen muss, wenn er im Rahmen der *proscriptio* anderweitige Zusagen gemacht hat, die sich als unrichtig herausstellen.¹⁰⁴⁴ Einige solcher Eigenschaften sind bei Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr. genannt: Beständigkeit, Leistungswilligkeit, Schnelligkeit, Wachsamkeit, Wirtschaftstüchtigkeit. Andernorts begegnen die Zusicherungen, der Sklave sei kein Dieb oder der Sklave habe ein Sondergut; bei der letztgenannten Zusicherung geht es um eine Sachqualität, die in einem zusätzlichen Leistungsgegenstand besteht (→ Rn. 132). Wenn die Passage betreffend *dictum promissumve* dem ädilischen Edikt schon von Anfang an angehörte (woran man nicht zweifeln muss), dürfte es sich angesichts des Alters des Edikts (→ Rn. 315) beim *dictum* zunächst um das *dictum in mancipio* gehandelt haben (→ Rn. 54–56). Die vom Edikt erfasste Sklavenware ist eine *res Mancipi*. Die Ediktsbestimmung hätte dann ursprünglich demjenigen Käufer eine Wandlungsoption eröffnet, dem bei Manzipation des Sklaven eine Qualitätszusage gemacht worden war; dieselbe Option kam demjenigen Käufer zu, der – etwa weil eine Manzipation unterblieben war – eine Qualitätszusage in Form einer Stipulation erhalten hatte.¹⁰⁴⁵ Dies würde den Doppelbegriff *dictum promissumve* gut erklären, in dem dann Zusagen zweier verschiedener Förmlichkeiten neben einander gestellt worden 370

¹⁰⁴³ Lenel, EP 562. Wenn man die Duplierung bei der *actio redhibitoria* darauf zurückführt, dass der Verkäufer den Kaufpreis entgegen einem *arbitrium iudicis* nicht zurückzahlt (→ Rn. 366), könnte es sich bei der Klage aufgrund schon erfolgter Rücknahme genauso verhalten haben.

¹⁰⁴⁴ Statt aller s. Jakob, Praedicere (1997) 131–135.

¹⁰⁴⁵ Bei dieser Sichtweise könnten die Ediktsworte *quod eius praestari oportere dicitur* wie folgt verstanden werden: Das *dictum* bzw. das *promissum* musste, wenn es zur Grundlage der Redhibition gemacht werden sollte, als solches rechtsverbindlich sein.

wären, und nicht die förmliche und die formlose Qualitätszusage. Die hier vermutete ursprüngliche Vorstellung, als *dictum* habe man an eine in das Manzipationsritual integrierte Qualitätszusage zu denken, hat sich aber über die Zeit nicht erhalten, wie ja auch die Manzipation als solche im Rechtsverkehr zurückgetreten und unter Justinian beseitigt worden ist (→ Rn. 7 a. E., Rn. 450).

- 371 Ein in die Digesten eingestellter Ulpian-Text behandelt die Unterscheidung von *dictum* und *promissum* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.2): Das *dictum* ist eine formlose, einseitige Angabe zu einer Eigenschaft des Kaufsklaven, eine „Deklaration garantiemäßigen Charakters“ (Flume). Dagegen bedeutete *promissio* die Eigenschaftszusage in Form einer Stipulation.¹⁰⁴⁶ Eine bloße Anpreisung (*nuda laus*) etwa eines Sklaven als „genügsam“ oder „rechtschaffen“ ist kein *dictum* (unter Berufung auf Pedius: Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19 pr., s. auch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.3; ähnlich für den Verkauf eines Hauses als *bene aedificata* Flor. 8 inst. D. 18.1.43 pr.). Nach Ulp. 44 Sab. D. 4.3.37 sind *commendi causa* gemachte Erklärungen *neque dictum neque promissum*, doch könne die *actio de dolo* einschlägig sein,¹⁰⁴⁷ die in der Tat in Ulp. 44 ed. Sab. 4.3.37 bejaht wird.
- 372 Für die Klage genügte es nach dem Formelwortlaut, dass das *dictum* oder *promissum* unzutreffend war; besseres Wissen des Verkäufers (*dolus*) war nicht vorausgesetzt. Keine Unterstützung verdient die gelegentlich vorgetragene Ansicht, jeder Verstoß gegen das, was dem Verkäufer *ex empto* oblag, hätte als „Versprechensbruch“ zugleich zur Anstellung der *actio redhibitoria* berechtigt.¹⁰⁴⁸
- 373 Die Juristen diskutierten vielfältige Fragen, wann die zugesagte Eigenschaft fehlte (Auswahl): War ein *peculium* zugesagt, genügt es, wenn ein noch so geringfügiges *peculium* vorhanden ist (Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18.1). Ist *constantia* zugesagt, könne nicht *gravitas et constantia quasi ab philosopho* erwartet werden (Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr.). Verspricht der Verkäufer, der Sklave sei ein Koch, ist es ausreichend, wenn er mittelmäßig kochen kann; die Zusage, der Sklave sei der beste Koch, verpflichtet dagegen wirklich zur Lieferung des Besten in diesem Fach (Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr.).
- 374 Auf Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.8 ist die plausible Vermutung gestützt worden, dass im Rechtsverkehr die Vereinbarung einer *stipulatio simplae* (*promissum*) regelmäßig mit einer Abbedingung der *redhibitio* (→ Rn. 327) verbunden wurde; der Käufer sei vereinbarungsgemäß auf die Ausklagung der Stipulation verwiesen worden.¹⁰⁴⁹ Diese An-

¹⁰⁴⁶ Vgl. etwa auch Gai. 3.95a; s. noch Jakab, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 133; Jakab, Praedicere (1997) 134 f.; Olde Kalter, Dicta et promissa (1963).

¹⁰⁴⁷ Dazu Wacke, SZ 94 (1977) 196 f.; Manna, Actio redhibitoria (1994) 123 ff.; Heldrich, Ver schulden (1924) 7 f.

¹⁰⁴⁸ Dagegen zutr. Jakab, Praedicere (1997) 132 Fn. 50.

¹⁰⁴⁹ Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 24–30; für den Begriff der *venditio simplaria* in Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.8 sind schon weit auseinanderlaufende Deutungen vorgeschlagen worden.

nahme wird unterstützt, wenn man davon ausgeht, dass die für das Auftreten bestimmter Mängel abgegebene *stipulatio simplae* auf den (einfachen) Ersatz des „Mangelunwerts“ abzielte, und nicht auf die Rückerstattung des ganzen Kaufpreises (→ Rn. 304): Ein Käufer, der sich vertraglich für das Auftreten eines bestimmten Mangels den Ersatz des „Mangelunwerts“ hat versprechen lassen, würde ein vertraglich nicht ausbedungenes „Mehr“ (einen „windfall profit“) erzielen, wenn er allein aufgrund dessen mittels der *actio redhibitoria* unter Rückgabe des Sklaven das *duplum* des Kaufpreises (so die h. M., → Rn. 366) erhalten würde.

j. Sklavenkauf: *actio quanti minoris* (*actio aestimatoria*)

Im Vergleich zur *actio redhibitoria* spielt die *actio quanti minoris* eine auffallend untergeordnete Rolle;¹⁰⁵⁰ wir verfügen auch nur über eine recht schmale Quellenbasis. Zum entwicklungsgeschichtlichen Verhältnis zur *actio redhibitoria* sind verschiedene Ansichten vertreten worden. Bechmann nahm an, dass zuerst das Jumentenedikt die *actio quanti minoris* eingeführt hatte, die dann für das Sklavenedikt übernommen wurde.¹⁰⁵¹ Nach einer anderen, auf Gell. 4,2,5 gestützten Ansicht hätten die Ädilen dem Sklavenkäufer eine Wandlungsberechtigung für *morbus* und dem *morbus* gleichgestellte, sozusagen qualifizierte *vitia* eingeräumt; für weniger gewichtige *vitia* sei unabhängig davon (in einem getrennten Edikt) lediglich die *actio quanti minoris* verheißen worden; hierauf hätte sich wahlweise aber auch ein Käufer stützen können, der einen zur *redhibitio* berechtigenden Mangel zu beklagen hatte.¹⁰⁵² Das jüngere Jumentenedikt habe einheitlich beide *actiones* verheißen, und dem sei dann auch das Sklavenedikt angepasst worden, dies möglicherweise erst in der justinianischen Redaktion. In den Quellen wird (häufiger) vom *iudicium aestimatorium* und von der *actio aestimatoria* gesprochen, mit Nachsätzen wie *id est (actio/iudicium) quanti minoris* (s. etwa Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.18). Jedenfalls in der justinianischen Kodifikation handelt es sich um Synonyme; die Vermutung, wonach es sich entwicklungsgeschichtlich zunächst um verschiedene Aktionen gehandelt haben könnte,¹⁰⁵³ ist nicht zu belegen. Die Vorstellung, die Klage sei – überhaupt oder jedenfalls für das Sklavenedikt – als solche eine justinianische Neuerung,¹⁰⁵⁴ findet keine Anhänger mehr.

Für die Formel der *actio quanti minoris* wird hier im Wesentlichen die von Mantovani im Anschluss an Lenel vorgeschlagene Rekonstruktion zugrunde gelegt. Die Wiedergabe dieser Rekonstruktion erfolgt mit der Maßgabe, dass eine vorbehaltlose wissenschaftliche Unterstützung in jeder Einzelheit hiermit nicht ausgesprochen sein soll.

¹⁰⁵⁰ Lenel, EP 561; Mantovani Formule 114 f.

¹⁰⁵¹ Bechmann, Kauf I (1876) 409.

¹⁰⁵² Karlowa, RRG II 1291.

¹⁰⁵³ Karlowa, RRG II 1291.

¹⁰⁵⁴ Schulz, CRL 537 f.

[*intentio*]

Si paret homini quo de agitur quem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit

morbi/vitii quid cum veniret fuisse

quod Numerius Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit

[*exceptio temporalis*]

neque plus quam annum est, cum de ea re experiundi potestas fuit,

[*condemnatio*]

quanto ob eum morbum/vitium is homo, cum veniret, minoris fuit,

tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato;

si non paret absolvito!

Wenn es sich herausstellt, dass der streitgegenständliche Sklave, den Aulus Agerius von Numerius Negidius gekauft hat,

mit einer Krankheit/einem Gebrechen verkauft worden ist,

die/das Numerius Negidius entgegen dem Edikt jener Ädilen nicht angezeigt hat,

und kein Jahr vergangen ist, seitdem in dieser Angelegenheit die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bestanden hat,

um wie vieles wegen dieser Krankheit/dieses Gebrechens dieser Sklave beim Verkauf weniger erbracht hätte,

um so viel Geld verurteile Du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius, wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

- 377 Der Minderungsbetrag ist der Betrag, um den die Kaufsache mangelbedingt beim Verkauf weniger wert war (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38 pr.). Der Wortlaut der Formel hat in der romanistischen Forschung zu der Frage geführt, wie dieses „weniger“ zu verstehen ist: Ist hier der Differenzbetrag vom Wert im tatsächlichen und dem im (hypothetisch) mangelfreien Zustand gemeint;¹⁰⁵⁵ oder wird der Unterschied von Kaufpreis und tatsächlichem Wert im mangelhaftem Zustand ermittelt?¹⁰⁵⁶ In den überlieferten Texten der römischen Juristen wird nicht erkennbar, dass man sich einer Alternative von Berechnungsmethoden gegenübersah, oder dass man gar über die Frage diskutiert hätte, welche Berechnung vorzuziehen sei. Ihnen genügte es vielleicht, dass der Iudex für „den Mangel“ eine Schätzung in Geld abgab (objektiver „Mangelunwert“). Nicht im Spiel war jedenfalls die heute sogenannte relative Methode, nach welcher der Kaufpreis – mochte er hoch oder niedrig erscheinen – im Verhältnis der Werte der mangelhaften und der (gedacht) mangelfreien Kaufsache herabgesetzt wurde; dieser Weg führt über einen hypothetischen Kaufpreis für die Sache in ihrer tatsächlichen Mangelhaftigkeit und ist für das römische Recht der *actio quanti minoris* auszuschließen. – Es gibt keinen Beleg dafür, dass die *actio quanti minoris* zwei unterschiedliche *condemnationes* gekannt hätte (einfacher/verdoppelter Minderungsbetrag), dies im Unterschied zur *redhibitoria* (→ Rn. 366).

- 378 Wegen mehrerer Mängel kann sukzessive auf erneute Minderung geklagt werden (zur Formeltechnik → Rn. 322). Die einzelnen Minderungsbeträge und ebenso die

¹⁰⁵⁵ Medicus, Quod interest (1962) 110 f.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Honoré, St. de Zulueta (1959) 152 ff.

Summe aller Minderungsbeträge dürfen den Kaufpreis nicht übersteigen; so Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.16 für das Zusammentreffen von Fugitivität und *morbus*.¹⁰⁵⁷

Verhältnis von Wandlung und Minderung:¹⁰⁵⁸ Soweit das ädilizische Edikt dem Käufer sowohl die *redhibitio* als auch das *iudicium aestimatorium* verhieß (was nicht von Anfang an der Fall gewesen sein muss), konnte der Käufer nach seiner Wahl eine der beiden Klagen anstellen, offenbar aber nicht beide Klagen kumulativ. Die prozessuale Erfassung des Verhältnisses beider Klagen, d. h. die Art des Konkurrenzverhältnisses, muss als zweifelhaft angesehen werden.¹⁰⁵⁹ Nach Iul. 51 dig. D. 44.2.25.1 wird ein Käufer, der zuerst eine der beiden Klagen erhoben hatte und dann die andere anstellt, mit der *exceptio rei iudicatae* abgewiesen. Iulian weist darauf hin, dass die *actio quanti minoris* die Wirkung einer *redhibitio* erreichen kann. Hat der Käufer die Sechsmonatsfrist für die *actio redhibitoria* versäumt, steht dies der Erhebung der Minderungsklage nicht entgegen (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.2).¹⁰⁶⁰

Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.6 erkennt die Richterbefugnis an, bei einer erhobenen *actio quanti minoris* auf Wandlung zu entscheiden, wenn der Sklave für den Käufer als nahezu nutzlos erscheint; als Beispiele werden der *lunaticus* und der *furiosus* genannt. Man sieht die Entscheidung darin begründet, dass die *actio quanti minoris* dem Käufer (annähernd) den ganzen Kaufpreis einbringen würde, ohne dass er den Kaufsklaven zurückgewähren müsste.¹⁰⁶¹ Spätklassische Aussprüche legen die Vermutung nahe, dass generell bei geringfügigen Mängeln (*minima causa*) die Redhibitionsklage verwehrt, der Käufer auf die Minderung verwiesen wurde; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 18.1.54 (*minima causa*) und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.8 (speziell für *vitii sive morbi*).¹⁰⁶²

Actio quanti minoris wegen *dicta vel promissa*? Nach Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.18 steht dem Käufer wie die *redhibitoria* so auch die *actio quanti minoris* offen, wenn sich eine *adfirmatio* des Verkäufers als unzutreffend herausstellt. Mit einiger Wahrscheinlichkeit gehörte diese Klagevariante jedenfalls nicht schon zum ursprünglichen Ediktsinhalt.

k. Sklavenkauf: Verurteilung wegen Kautionsverweigerung

Das Edikt enthielt nach Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.28 und Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.1 die Zusage eines *iudicium redhibendi* für den Fall einer vom Verkäufer verweigerten *cautio*, wofür eine Frist von nur zwei Monaten bestand. Für eine alternative Klage auf *quanti*

¹⁰⁵⁷ Jakob, Praedicere (1997) 298 f.; Baldus, OIR 5 (1999) 68–69.

¹⁰⁵⁸ S. statt aller Baldus, OIR 5 (1999) 50–69.

¹⁰⁵⁹ Levy, Konkurrenz I (1918) 30, 134–137.

¹⁰⁶⁰ Die Auslegung der Stelle ist nicht zweifelsfrei; s. z. B. Levy, Konkurrenz I (1918) 142.

¹⁰⁶¹ Apathy, FS Waldstein 23 ff.; Cristaldi, Obbligazione del venditore (2007) 133–134; abweichend Jakob, Praedicere (1997) 179 f.: Paulus lasse ausnahmsweise die *redhibitio* trotz Fristversäumnis zu, damit der Käufer den ihm lästigen Sklaven wieder loswerden könne.

¹⁰⁶² Im Einzelnen s. Apathy, FS Waldstein 31; Baldus, OIR 5 (1999) 67 f.

minoris emptoris intersit betrug die Frist sechs Monate.¹⁰⁶³ Für diese *cautio aedilicia* haben die Ädilen ein Stipulationsformular proponiert. Dieses ist nicht überliefert; es gibt Rekonstruktionsversuche.¹⁰⁶⁴ Was der Verkäufer genau zu versprechen hatte, ist umstritten; die Antwort hängt auch von der Funktion ab, die man der ädilizischen Zwangsstipulation zuschreibt (→ Rn. 383). Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5 pr. entnimmt man, dass die auferlegte Stipulation eine *stipulatio duplae* gewesen ist. Geht man von einer *stipulatio duplae* aus, fragt es sich, was dupliert wurde – der Kaufpreis oder der mangelbedingte Minderwert (→ Rn. 304). Es wurde aber auch schon die Ansicht vertreten, der Käufer habe eine *stipulatio praestandi* (→ Rn. 301–303) verlangen können.¹⁰⁶⁵ Dieser Stipulationszwang wurde von den Ädilen so durchgesetzt, dass der Käufer bei Nichtabgabe binnen zweier Monate auf *rehibitio* des Kaufs klagen konnte, wahlweise innerhalb von sechs Monaten auf sein Interesse (Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.28); mit dieser *condemnatio* steht die letztgenannte Klage wie ein Fremdkörper im übrigen Ädilenrecht. Medicus deutet den Text so, dass der Käufer binnen zweier Monate die Garantiestipulation (für noch unbekannte Mängel) einfordern konnte, in den folgenden vier Monaten dagegen nur den Geldausgleich für einen tatsächlich zutage getretenen Mangel.¹⁰⁶⁶

- 383 Über den Zweck dieser Regelung des Edikts besteht keine Einigkeit. Die Funktionsbestimmung ist offensichtlich problematisch, weil das Gegebensein eines ediktsmäßigen Mangels dem Käufer ohnehin schon das Recht zur Wandlung (möglicherweise gesteigert auf das Kaufpreis-*duplum*, → Rn. 366) und wahlweise ein Recht auf Minderung gab. Was war der „Mehrwert“ an Rechtsschutz, den die Käufer durch die dem Verkäufer auferlegte Stipulation erhielten? Nach der herkömmlichen Lehre konnte der Käufer, wenn sich herausstellte, dass einer der standardmäßig als abwesend genannten Mängel vorlag oder ein zugesagter Vorzug fehlte, aufgrund der dem Verkäufer abverlangten Garantiestipulation *ex stipulatu* (→ § 72) beim Prätor Klage erheben. Die konkrete Mangelhaftigkeit musste dann als Eintritt der Verfallsbedingung vor dem durch den Prätor eingesetzten Judex bewiesen werden. Sofern es für die Bestimmung der *condemnatio* erforderlich war, musste der Judex auch den Minderwert infolge des Mangels abschätzen. Gegebenenfalls erfolgten Verurteilung und Vollstreckung wie bei jeder erfolgreich *ex stipulatu* erhobenen Klage (→ § 14).¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶³ Lenel, EP 562 f.

¹⁰⁶⁴ Lenel, EP 565 f.

¹⁰⁶⁵ So ging Eck, FG Beseler 191, von einer *stipulatio praestandi* aus; ebenso Lenel, EP 565 f., indem er sich an FIRA III, 88 = CIL III p 940,07 (p. 2215) orientierte. Die Prämisse, dass der Geschäftsverkehr, auch in den Provinzen, das stadtrömische Ediktsformular sauber spiegelte, gilt heute nicht mehr als zutreffend.

¹⁰⁶⁶ Medicus, Quod interest (1962) 118; s. auch Uemura, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 463–474.

¹⁰⁶⁷ Eine mögliche Rechtswirkung der abgegebenen Stipulation könnte in der Begründung eines Gerichtsstands gelegen haben, indem der von auswärts nach Rom gekommene Sklavenhändler aus der Stipulation an seinem Heimatort verklagt werden konnte.

Eine grundlegend andere Sicht wurde von Eva Jakab entwickelt.¹⁰⁶⁸ Danach hatte die *cautio aedilicia* eine prozessuale Funktion. Die Kautio sei – wie vergleichbare Prozesskautionen – nur ein prozessuales Zwischenmittel, mit welchem die Abwicklung der *actio redhibitoria* (bzw. der *actio quanti minoris*) gesichert worden sei. Die Ädilen hätten dem Käufer also nicht ein zusätzliches, dem *ius civile* angehörendes und vor dem Prätor durchzusetzendes Schutzmittel verschaffen wollen; die erzwungene Stipulation sei die eigentliche Klagegrundlage für den Redhibitionsprozess vor dem Ädil gewesen. Daraus folgt eine abweichende Rekonstruktion dieser *cautio*.¹⁰⁶⁹ Verweigerte der Verkäufer die Abgabe der Prozesskautio, verhinderte er nach Jakab, dass der Käufer seine Ediktsrechte gegen ihn durchzusetzen vermochte; für diesen Fall des *non cavere* hätten die Ädilen auch ohne Prozesskautio ein *iudicium redhibendi* gewährt, vermutlich auf der Grundlage einer fingierten Kautio. Insofern habe es sich im Kern immer nur um die zwei nämlichen Rechtsbehelfe gehandelt, nämlich das *iudicium redhibendi* und das *iudicium aestimatorium*. Nach Jakab steht hinter keiner der dokumentarisch erhaltenen Stipulationszusagen von Qualitäten des Kaufsklaven (→ Rn. 301) ein ädilizisches (objektivrechtliches) Garantiegebot „materiellen Rechts“; vielmehr sollen alle diese Stipulationen aus freien Verhandlungen der Parteien hervorgegangen sein. Der Befund der Urkunden ergebe eine Preisdifferenzierung nach der „Güte“ der mitgegebenen Garantie; dazu passe es schlecht, wenn man annehme, jedem Käufer habe ein „positivrechtlicher“ Anspruch auf eine Garantiestipulation auf das *duplum* zugestanden. Diese Thesen, denen der Verfasser schon weitgehend zugestimmt hat,¹⁰⁷⁰ haben in der Wissenschaft eine gemischte Reaktion ausgelöst.¹⁰⁷¹

Die Hinzufügung eines Stipulationszwangs, mit dem der Käufer im Wesentlichen nur eine Verdoppelung des Schutzes erhalten kann, der ihm ohnehin schon verheißen war, ist und bleibt erklärungsbedürftig. Es ist vielversprechend, eine verfahrensrechtliche Funktion zu vermuten. Der Quellenlage würde es dabei entsprechen, wenn die *cautio aedilicia* einer eher frühen Entwicklungsstufe des Redhibitionsverfahrens angehört hätte und im Zuge der Entwicklung (möglicherweise mit Übernahme der Verfahren in die Jurisdiktion der Prätores?) vielleicht entbehrlich geworden wäre. Jakab weist

¹⁰⁶⁸ Jakab, Praedicere (1997), dazu Ernst, SZ 116 (1999) 208–221; nochmals Jakab, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 123–138. Zu der von Jakab angenommenen Funktion der *cautio aedilicia* für die Prozesseröffnung bereits → Rn. 321 Fn. 962.

¹⁰⁶⁹ Jakab, Praedicere (1997) 288 f.

¹⁰⁷⁰ Ernst, SZ 116 (1999) 208–221.

¹⁰⁷¹ Gegen die Deutung durch Jakab hat sich namentlich Kupisch gewandt: Kupisch, TR 70 (2002) 21–54. Er nahm seinerseits an, die ädilizischen Stipulation sei die Grundlage für die bekannten Gewährleistungsfristen gewesen; ohne diese Stipulation hätte der Käufer nur binnen zwei Monaten klagen können; mit der Stipulation habe der Verkäufer also die ädilizische Gewährleistung in zeitlicher Hinsicht aufgebessert. Auch Kupischs Beweisführung ist indes nicht durchgedrungen; s. z. B. Platschek, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 19 f. mit Fn. 10; Kupisch zustimmend dagegen Uemura, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 463–474; Harke, AcP 205 (2005) 70; S. noch Jakabs Replik auf Kupisch: Jakab, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 123–138.

der *cautio aedilicia* eine Funktion im Zusammenhang mit der Streiteinlassung zu, indem auf der Grundlage der Stipulation über die Sachmängelfrage prozessiert worden sein soll. Im Sinne nur eines Denkanstoßes wird hier alternativ eine andere Funktion zu bedenken gegeben: Die *cautio aedilicia* sicherte womöglich die Durchsetzung des Käuferrechts nach einem gegen den Verkäufer ausgefallenen *iudicium*. Es könnte sich also um ein ädilizisches Pendant zu solchen prätorischen *cautiones* gehandelt haben, die der Durchsetzung eines Judikats dienten (*iudicatum solvi, ex operis novi nuntiatione*). Hinsichtlich der ädilizischen Klagen wäre mit einer solchen *cautio* dem *apud iudicem* siegreichen Käufer ein bewährtes Durchsetzungsmittel an die Hand gegeben worden. Möglicherweise hat in dieser Stipulation auch die Duplierung ihren Platz, die für die *condemnatio* überliefert ist (→ Rn. 366): Der Verkäufer hätte das *duplum* für den Fall versprochen, dass er dem Redhibitionsjudikat nicht freiwillig nachkommt.¹⁰⁷² Die Übernahme der Redhibitionsprozesse durch die Prätur wird eine derartige Stipulation entbehrlich gemacht haben. Auch im Kontext des justinianischen Rechts kann der ädilizischen Zwangsstipulation keine prozessuale Funktion mehr zugeschrieben werden; insofern bleibt es jedenfalls für das justinianische Recht (→ Rn. 412) bei den herkömmlichen Einordnungsversuchen.

I. Integrale Eviktions- und Mängelstipulation ediktal proponiert?

- 386 Für die Stipulation, welche die Ädilen dem Verkäufer auferlegten (→ Rn. 382–385), wird deren Edikt – und später vermutlich das prätorische Edikt – ein Musterformular enthalten haben. Seit langem nimmt man an, dass dieses Musterformular zugleich das Versprechen des *duplum* für den Eviktionsfall vorsah.¹⁰⁷³ Es sollen also zwei Stipulationen im Musterformular zusammengefasst gewesen sein, wobei römische Juristen dieses integrale Stipulationsformular kurzerhand als *stipulatio duplae* angesprochen hätten. Sollte wirklich jedem Sklavenkäufer eine von der ädilizischen Marktaufsicht vorgeschriebene, integrale Rechts- und Sachmängelgarantie zugestanden haben? Meines Erachtens fehlt es an einer Quellenbasis für die Annahme, die ädilizische Marktaufsicht hätte jedem Sklavenkäufer eine integrale Rechts- und Sachmängelgarantie zugestanden.¹⁰⁷⁴ Wohl wird die ädilizischen Sachmängel-Stipulation als *stipulatio duplae*

¹⁰⁷² Dupliert wird dann nicht der Kaufpreis, sondern der Betrag, den der Verkäufer dem Käufer gemäß dem Judikat zu zahlen hat.

¹⁰⁷³ S. schon *Lenel*, EP 562 f., 567 f.

¹⁰⁷⁴ Zu ausgewählten Texten der wenig ergiebigen Quellenbasis: In Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.1 wird die Verpflichtung des Verkäufers wertvoller *res* (*nec Mancipi*) zur Abgabe einer Eviktionsstipulation ausgesprochen (→ Rn. 282); dem ist angefügt: *per edictum autem curulium etiam de servo cavere iubetur* – hier wird nicht gesagt, welches der Garantiefall und welches die Garantieleistung sind. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.20 bejaht eine Klagemöglichkeit des Sklavenkäufers *ex empto*, dem der Verkäufer entgegen dem Üblichen die *cautio duplae* nicht gegeben hat; die *bona fides* gebiete nämlich, sich an das Verkehrsübliche zu halten; nur Palingenesie und Textumgebung deuten hier schwach auf einen Bezug zum Recht des ädilizischen Edikts. Bei Paul. 5 resp. D. 21.1.58 pr.–1 ist schon fraglich, wie man sich den von Paulus begutachteten Fall vorzustellen hat.

angesprochen; die Vereinigung mit einer Stipulation für Eviktion folgt daraus nicht einmal dann, wenn es sich um dasselbe *duplum* handeln würde. Dies wird besonders deutlich, wenn man – wie es hier vertreten wird – das *duplum* in den Sachmängelstipulationen (und allenfalls auch in der ädilizischen Pflichtstipulation) als das Doppelte des „Mangelunwerts“ begreift (→ Rn. 304). Eine auf den Kauf und die *bona fides* gestützte Pflicht zur Abgabe einer Eviktionsstipulation bestand außer bei *res pretiosiores* (→ Rn. 282), um die es hier nicht gehen kann, in den – beim Sklavenkauf gut vorstellbaren – Fällen der *satisfactio secundum mancipium* (→ Rn. 254), für die das prätorische Edikt eine Formel vorgab. Bei dieser erscheint das *duplum* nicht als Garantieleistung für den Eviktionsfall, sondern als Strafe für das Ausbleiben einer übernommenen Defension. Es ist kaum anzunehmen, dass die Ädilen weitergehend einen generellen, auf die Eviktion bezogenen Stipulationszwang für den Eviktionsfall eingeführt und durchgesetzt haben. Eine an jeden Sklavenverkäufer ergehende Anordnung, dem Käufer für den Eviktionsfall eine *stipulatio duplae* zu leisten, lag wohl auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Ädilen. Wenn man von einer Prozessfunktion der ädilizischen *cautio* ausgeht (→ Rn. 384–385), erledigt sich die ohnehin fragwürdige Vorstellung einer prätorisch vorgeschriebenen Integration dieser *cautio* mit einer „materiell-rechtlichen“ Eviktionsstipulation.

m. Das Edikt *De iumentis venundundis*¹⁰⁷⁵

Dieses Edikt betraf ursprünglich den Verkauf von *iumenta*, Zug- und Lasttieren im engeren Sinne, d. h. wohl Pferde, Esel und Maultiere (auch Rinder?). Der Anwendungsbereich des Jumentenedikts wurde durch ein *elogium edictio subiectum* erweitert, durch das alles Vieh (*pecus*) einbezogen wurde (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.5), was vielleicht zuvor bereits im Wege der Auslegung befürwortet worden war. Der Zeitabstand zwischen dem Erlass des Sklavenedikts und dem des jüngeren Jumentenedikts (und dessen wiederum späterer Erweiterung auf *pecus*) lässt sich nicht genau angeben. Schon Labeo und Ofilius werden mit Interpretationen zum Jumentenedikt angeführt, welches auch bei Gell. 4,2,8 aufscheint.

Morbus und *vitium* bildeten die Aufgreifatsbestände. Es handelt sich hier um Tierkrankheiten. Die Juristen diskutierten etwa, ob die Beschneidung des Tieres (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.7) oder dessen Untauglichkeit zur Einspannung mit anderen Tieren oder unter ein Joch einen Mangel darstellt (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.8–9).

Eine Klauselvariante für *dicta vel promissa* ist für das Edikt *De iumentis venundundis* nicht überliefert. Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.10 i. f., berichtet, dass die *redhibitio* wegen *dicta* und *promissa* zugelassen werde *exemplo mancipiorum*: Dies spricht für eine Entlehnung/Analogie über den Wortlaut des Jumentenedikts hinaus. Von einem Zwang zur Abgabe einer Garantiestipulation findet sich hier keine Spur. Die Klage auf

¹⁰⁷⁵ Lenel, EP 565 f.

redhibitio musste binnen sechs Monaten, die Klage auf Ausgleich des Minderwerts binnen eines Jahres angestellt werden.

- 390 Das Jumentenedikt erhielt eine ausdrückliche Regelung für den Verkauf eines Paares von Lasttieren, Tieren also, die schon früher zusammen vor den Pflug oder Karren gespannt worden waren. Danach war die Gesamtrédhibition zugelassen, selbst wenn sich nur eines der Tiere als krank herausgestellt hatte; die Regelung wurde für den Verkauf von Dreier- und Viergespannen analog angewandt (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.14 mit weiteren Varianten). Der Gesamtverkauf mehrerer Tiere, die kein Gespann bildeten, wurde wie der Gesamtverkauf mehrerer Sklaven behandelt (→ Rn. 323); Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.12–13.
- 391 Der Tod des Tieres steht, wie der Tod des Sklaven (→ Rn. 352), der *redhibitio* nicht entgegen (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.3 i. f.). Zur Frage, ob vielleicht der Tierkadaver wegen seines Restwertes gegenständlich zu restituieren war, schweigen die antiken Quellen.
- 392 Der Verkäufer wurde in einem ergänzenden Edikt noch dafür haftbar gemacht, dass das Vieh mit demjenigen Ziergeschirr (*ornamenta*) geliefert wurde, mit dem es vorgeführt worden war (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.11).¹⁰⁷⁶ Dieses Edikt ist bemerkenswert, weil hier eine kaufrechtliche Verpflichtung zur Mitlieferung von Zubehör, die doch wohl auch *ex empto* auf das entsprechende Interesse an der Lieferung hin ausgemacht werden konnte, zugleich zur *redhibitio* berechtigt.

n. Konkurrenzfragen im Zusammenhang mit dem Edikt

- 393 Das Edikt muss Anlass zu zahllosen Konkurrenzfragen gegeben haben.¹⁰⁷⁷ Auf dem bisherigen Kenntnisstand ist eine lückenlose Darstellung des Problemfelds keinesfalls möglich; daher werden im Folgenden vor allem die sich aufdrängenden Fragen zusammengestellt. Zum Konkurrenzverhältnis von *actio empti* und Klagen aus einer begleitenden Stipulation → Rn. 53. Vom Verhältnis der *actio quanti minoris* zur *actio redhibitoria* wurde bereits gehandelt (→ Rn. 379).¹⁰⁷⁸ Das Wechselverhältnis von Stipulationen für die Mängelabwesenheit und den Rechten nach dem ädilizischen Edikt ist meines Erachtens so wenig geklärt, dass nicht einmal ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich erscheint. Hatte sich der Käufer durch eine Stipulation gegen einen ediktmäßigen Mangel abgesichert, sollte ihm mindestens zweierlei offengestanden haben: Er konnte die Stipulation (unbefristet) beim Prätor ausklagen; er konnte sich ebenso auf das Vorliegen des ediktmäßigen Mangels beziehen, dies vielleicht sogar auf zweifache Weise: einmal durch Berufung auf den ediktmäßigen Mangel selbst, das andere Mal durch Geltendmachung, das ihm diesbezüglich gegebene *promissum* sei gebro-

¹⁰⁷⁶ Jakab, Marktkauf (1997) 291 f.; Lenel, EP 566; Haymann, Haftung (1912) 29.

¹⁰⁷⁷ Baldus, OIR 5 (1999) 20–83; Levy, Konkurrenz I (1918) 30, 134–137.

¹⁰⁷⁸ Zu der weiteren Konkurrenzproblematik, die sich im Verhältnis der weiter entwickelten *actio empti* zu den Klagen des ädilizischen Edikts ergab, → Rn. 408, 411.

chen.¹⁰⁷⁹ Die Rechtsbehelfe sind inkommensurabel: Die *actio redhibitoria* konnte nur unter Rückgabe des Sklaven angestellt werden und führte (nach h. M.) zu einer Verurteilung auf das *duplum* (→ Rn. 366). Bei Ausklagung der Stipulation vor dem Prätor behält der Käufer den Sklaven; er erhält Ersatz für den Mangelschaden oder – je nach Stipulationstenor – ein Mehrfaches davon (→ Rn. 301–304). – Das reizvolle Zusammentreffen von Sachmängelgewährleistung und Eviktion behandelt Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.2: Der Kaufsklave ist evinziert worden, er war aber auch krank oder ein *fugitivus*. Die Haftung des Verkäufers auf Rücknahme oder auf den Minderwert wegen des Mangels sei mit der Übergabe engagiert und entfalle durch die Eviktion nicht mehr. Das Argument, infolge der Eviktion könne dem Käufer der Mangel gleichgültig sein, wird zurückgewiesen. Zweifelhafte Folgefragen werden hier ausgelassen.

5. Käuferschutz mittels *actio empti* in der Entwicklung bis zum Ende der Spätklassik

a. Die These vom generellen *ex empto*-Schutz gegen Sachmängel

Neben der Klageberechtigung des Käufers aufgrund der ädilizischen Edikte wurde in der Schuljurisprudenz des zweiten Jahrhunderts der Gedanke gepflegt, der Verkäufer könne *ex empto* in einer Weise vorgehen, die dem ädilizischen Käuferrecht zur Minderung bzw. Wandlung *ex empto* nahekam. Einzelheiten dieses Vorgangs und seiner Datierung werfen Zweifelsfragen auf: Im Rahmen des römischen Kaufrechts handelt es sich um ein besonders umstrittenes Themenfeld.¹⁰⁸⁰ Eine historische Nachzeichnung wird dadurch behindert, dass im *Ius Commune* davon ausgegangen wurde, der Käufer könne zur Geltendmachung der ediktsmäßigen Käuferrechte die *actio empti* genauso anstellen wie die ediktal verheißenen Spezialaktionen *redhibitoria* und *quantum minoris*. Zugleich wird von einer Verallgemeinerung ausgegangen, indem – mittels der regulären Käuferklage ebenso wie mittels der ädilizischen Rechtsbehelfe – das Mängelrecht des ädilizischen Edikts bei allen Kaufgegenständen mangelhaften Zustands zur Verfügung gestanden hätte. Die ädilizischen Rechtsbehelfe, obschon nicht abgeschafft, wären danach im Recht der *emptio venditio* aufgegangen und verallgemeinert; die Auffassung, dass die ädilizischen *actiones* zugleich noch als fakultative Sonderklagen zur Verfügung stünden, wurde mit der Zeit immer mehr bestritten, bis die Titel D. 21.1 und C. 4.58 gar nicht mehr kommentiert wurden.¹⁰⁸¹ Im fließenden Anschluss an die Interpreten des *Ius Commune* hat man in der romanistischen Forschung seit Ende des 19. Jahrhunderts angenommen, dass dieser Rechtszustand bereits in spätklassischer Zeit erreicht worden sei; schon die spätklassischen Juristen hätten anerkannt, dass die von den

¹⁰⁷⁹ Hatte der Käufer sich in der Stipulation die Abwesenheit einer nicht-ediktsmäßigen Eigenschaft zusichern lassen (z.B. Sklave ist kein *vispellio*), scheinen ihm auf erste Sicht die Klage aus der Stipulation und die *actio redhibitoria* wegen Bruch eines *promissum* zugekommen zu sein.

¹⁰⁸⁰ Donadio, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61–82.

¹⁰⁸¹ Hallebeek, in: Cairns/Du Plessis, *Ius Commune* (2010) 175–217; Dilcher, *Leistungsstörungen* (1960) 229 f., 234 ff.

Ädilen eingeführten Aufklärungspflichten nur der *bona fides* entsprochen hätten und daher auf dieser Grundlage auch für einen generellen Käuferschutz *ex empto* maßgeblich geworden wären.¹⁰⁸² Mit einem Ausdruck von Wlassak¹⁰⁸³ spricht man von einer „Rezeption“ des ädilizischen Honorarrechts in das Recht des Konsensualkaufs. Diese habe man sich so vorzustellen, als sei das Recht des ädilizischen Edikts *in complexu* in das Recht des Konsensualkaufs integriert worden, obschon das Ediktsrecht zugleich doch noch fortgalt. Mit guten Gründen wendet sich die jüngere Forschung zunehmend von diesem Narrativ ab.¹⁰⁸⁴

b. Die Fälle im Einzelnen

395 Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.4 beginnt mit dem Verkauf von Gefäßen, denen der Käufer ein bestimmtes Fassungsvermögen bescheinigt. Der Käufer kann *ex empto* klagen, wenn das tatsächliche Maß niedriger liegt; die *condemnatio* wird nicht spezifiziert. Anschließend erörtert Pomponius die Rechtslage, wenn die Unversehrtheit der Gefäße zugesichert worden war und entscheidet, dass der durch Undichtigkeit verursachte Flüssigkeitsverlust zu ersetzen sei; wenn jedoch die Unversehrtheit nicht zugesagt worden sei, werde nur bei Arglist gehaftet. Die letzte Ansicht könnte auf Sabinus zurückzuführen sein, denn Pomponius stellt nun die Ansicht Labeos dagegen, der er beitrifft: Die Unversehrtheit sei geschuldet, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart worden war; für diese Meinung wird nicht nochmals auf die *condemnatio* eingegangen, so dass es auch insoweit um den Ersatz für den Flüssigkeitsverlust gegangen sein dürfte.

396 Eine Katene aus Ulpians Ediktskommentar behandelt unterschiedliche Fälle unter wechselnden rechtlichen Gesichtspunkten (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13 pr.):¹⁰⁸⁵ Ulpian berichtet zustimmend von einer Julian zugeschriebenen Distinktion zwischen einem Verkäufer, der in Unkenntnis eines Mangels verkauft, und demjenigen, der von einem Mangel Kenntnis hat und ihn nicht offenlegt. Als Beispiele dienen der Verkauf von morschen Holzbalken und eines kranken Stücks Vieh. Es ist vorausgesetzt, dass den Verkäufer eine Haftung *ex empto* trifft; es geht nur um die Bestimmung der *condemnatio*. Der unwissende Verkäufer hafte auf den Betrag, um den der Käufer bei Kenntnis des Mangels billiger gekauft hätte. Eine ausdrückliche Begründung wird nicht gegeben (obschon die Lösung nicht selbstverständlich gewesen sein wird), doch klingt in der

¹⁰⁸² S. statt aller Vacca, Iura 45 (1994) 60 f.; Honsell, Quod interest (1969) 82; ähnlich auch Apathy, SZ 111 (1994) 117 f.

¹⁰⁸³ Wlassak, Negotiorum gestio (1879) 171 f.

¹⁰⁸⁴ Donadio, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61–82; Jakab, in: Schermaier, Verbraucherkauf in Europa (2003) 27–53; kritisch schon Levy, Konkurrenz I (1918) 137 ff.

¹⁰⁸⁵ Zu diesem viel behandelten (oft auch als teilinterpoliert verdächtigem) Text s. (Auswahl): Jakab, Praedicere (1997) 191 f. Fn. 121; Apathy, SZ 111 (1994) 116–119; San Martín Neira, RDP 2015, 47–77; Schermaier, in: Castresana, Defectos (2014) 139–145; Pichonnaz, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 342–344; Flume, Eigenschaftsirrtum (1948) 61–64; Medicus, Quod interest (1962) 128 ff.; Huwiler, Lib. Am. Vogt 144–147; Baldus, OIR 5 (1999) 44 f., Olde Kalter, Dicta (1963) 116–120.

Wortwahl (*tignum vitiosum/pecus morbosum*) eine Anlehnung an das ädilizische Edikt an. Der wissende Verkäufer, der den Käufer täuscht, haftete auf *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit*; dies wird mit dem Einsturz des Hauses aufgrund der Morschheit der Balken und der Ansteckung käufereigenen Viehs illustriert. Dieser „Folgeschaden“ ist nicht mit dem heute sogenannten Erfüllungsinteresse gleichzusetzen (str.); es geht nur um den Ausgleich für *detrimenta*.¹⁰⁸⁶ Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.1¹⁰⁸⁷ nimmt die Distinktion des *principium* für den Verkauf eines Sklaven auf, der ein Dieb oder ein *fugitivus* ist; hinsichtlich des Diebes wird in der Literatur angenommen, dass es um einen Sklaven gehe, der gestohlen hatte, die Noxalhaftung aber erledigt war. Hatte der Verkäufer Kenntnis, haftet er auf *quantum emptoris interfuit non decepti*. Im Anschluss wird noch erklärt, wie man *quantum emptoris interfuit non decepti* hier zu verstehen habe: es gehe um die Anstiftung anderer Sklaven (des Käufers) zur Flucht bzw. den Diebstahl von käufereigenen Sachen – dies soll offenbar der Schaden sein, den der Käufer nicht erlitten hätte, wenn er nicht betrogen worden wäre (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.2). – Bei Unkenntnis des Verkäufers werden die Fälle aufgetrennt: Nur beim *fugitivus*, nicht aber beim *fur*, muss der Verkäufer eine Minderung hinnehmen, und zwar auf den Preis, um welchen der Käufer bei Kenntnis gekauft hätte. Die strengere Haftung betreffend den *fugitivus* wird damit begründet, dass man die Fluchtneigung als Beeinträchtigung des *habere licere* sehen kann; die Haftung orientierte sich also am Eviktionsgedanken (→ Rn. 271). Als Nächstes wird ein Verkäufer verurteilt, der von der Diebesvergangenheit des Sklaven nichts wusste, diesen aber als „tüchtig und zuverlässig“ (und darum teurer) verkauft: Ulpian hält vorsichtig dafür, dass man bei einer Erklärung ins Blaue hinein den Verkäufer so behandeln sollte, als habe er Kenntnis gehabt; der Unterschied sei gering (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.3). Man versteht die Stelle zumeist dahingehend, dass eine Erklärung „ins Blaue hinein“ von Ulpian als *dolus* gewertet wird.¹⁰⁸⁸ Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4 (parallel überliefert in Paul. sent. 2.17.16) behandelt den Fall, dass der Verkäufer arglistig einen höheren Preis erzielt hat, indem er Unwahrheiten zu Fertigkeiten des Sklaven oder den Umfang seines *peculium* ansagt. Nach der Überlieferung in den Digesten¹⁰⁸⁹ geht es um einen Mehrbetrag. Der Wortlaut von Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4 erlaubt die Deutung, der Käufer erhalte hier – ausnahmsweise – so etwas wie das positive Interesse an dem versprochenen Zustand. Der Text in den Paulussentenzen setzt den Verurteilungsbetrag dagegen mit dem Minderwert – offenbar im Sinne etwa der *actio quanti minoris* – gleich (*quanto minoris valuisse*), auf den der Verkäufer haftete, *nisi paratus sit eum redhibere*. Wenn hiermit ein Elektionsmecha-

¹⁰⁸⁶ Für den Schluss des Textes *idonea venisse erit praestandum* werden verschiedene Konjekturen diskutiert.

¹⁰⁸⁷ S. zum Folgenden auch Klingenberg, CRRS X.6 (2005) 76 f.

¹⁰⁸⁸ S. Apathy, SZ 111 (1994) 116 ff. mit weiteren Nachw.; s. auch Memmer, SZ 107 (1990) 22; Olde Kalter, Dicta et promissa (1963) 137 ff.

¹⁰⁸⁹ Die Textüberlieferung ist umstritten, da die Konstruktion *quanto pluris – instructus* nicht aufgeht.

nismus angesprochen sein sollte, fragt man sich, ob der Käufer nur ein Minderungsrecht hat, das der Verkäufer durch (freiwillige?) Rücknahme des Sklaven abwenden konnte. Für beide Textvarianten besteht die Gefahr der Überinterpretation.

397 In Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 geht es um den Sachverhalt, dass der Käufer irrig glaubt, die Sklavin sei eine Jungfrau. Der Verkäufer belässt den Käufer in diesem (von ihm durchschauten) Irrtum und schließt den Verkauf ab. Es gebe in diesem Fall keine *redhibitio*, doch könne *ex empto ad resolvendam emptionem* geklagt werden. Die verneinte *redhibitio* dürfte diejenigen des ädilizischen Edikts sein: Es fehlt dafür an einem *dictum* des Verkäufers. Ulpian beruft sich auf eine schulübergreifende Unterstützung: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3). Im Fall von Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 wird nicht auf einen Ausgleich eines überteuerten Kaufs erkannt, was nach den vorstehenden Quellen auch in diesem Fall möglich gewesen sein sollte. Der Grund könnte hier darin liegen, dass der Käufer nicht überteuert gekauft hatte; der Kaufpreis wird der für eine *mulier* gewesen sein.

398 In dem von Marcian. 4 reg. D. 18.1.45 behandelten Fall hat der Verkäufer geflickte Kleider als neu verkauft.¹⁰⁹⁰ Dem Käufer werde nach Trebaz das Interesse ersetzt, *si ignorans interpola emerit*. Berichtet wird die Zustimmung des Pomponius; Julian habe sodann unterschieden, dass der unwissende Verkäufer *ipsius rei nomine* haftbar gemacht werde, der wissende auch (!) für den Schaden, *quod ex eo contingit*. Der erste Sachverhalt wird vom Text noch mit dem Fall illustriert, dass ein Verkäufer unwissentlich ein Gefäß aus Messing als golden verkauft: er müsse *aurum quod vendidit* praestieren. Der Text fällt in mehrfacher Hinsicht auf: Ohne den Fortgang ab *in qua et Iulianus est ...* würde man die Entscheidungen von Trebaz und Pomponius am ehesten als Ausdruck einer Haftung für *dolus* verstehen. Die Distinktion Julians passt hier schlecht, da ein „Folgeschaden“ aus dem Zustand der Kleider nicht leicht denkbar erscheint. Dem Schluss zufolge scheint es, als müsse der unwissende Verkäufer beim Verkauf des für golden gehaltenen Messing-Gefäßes zum Ausgleich Gold nachliefern. Zu der sonstigen Überlieferung kann man dies insofern in Beziehung setzen, als dem mangelnden Goldgehalt eine Überzahlung durch den Käufer entsprechen wird. Wenn nach Julian der unwissende Verkäufer auf den Betrag haftet, um den der Käufer bei Kenntnis des Mangels billiger gekauft hätte, mag dies im Fall des für Gold gehaltenen Messing-Gefäßes auf den Ausgleich für den Wert des erwarteten Goldes hinausgelaufen sein. Man muss unterstellen, dass der Kaufpreis einem aus Gold bestehenden Gefäß entsprach.¹⁰⁹¹ Um einen Anspruch auf Lieferung von Gold *in natura* kann es sich nach klassischem Recht nicht gehandelt haben.

¹⁰⁹⁰ Baldus, OIR 5 (1999) 45 f.; Apathy, SZ 111 (1994) 98–105.

¹⁰⁹¹ Sollten sich also Käufer wie Verkäufer geirrt haben? Die Stelle kann auch unter dem Gesichtspunkt des *error in substantia* angesehen werden, → Rn. 97.

c. Gründe der Verkäuferhaftung *ex empto* bei Sachmängeln

Dem bösgläubigen Verkäufer (*venditor sciens*) ist das *purgari dolo malo* nicht möglich; 399 seine Haftung gründet auf der Verletzung einer allgemein anerkannten Verkäuferpflicht (→ Rn. 120). So finden wir die Begründung, es liege ein *decipere* vor (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13. pr./1/2); von *dolus* ist auch ganz direkt die Rede (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4).¹⁰⁹² Für die Annahme von *dolus* erscheint eine ausdrückliche Zusage der Abwesenheit der betreffenden Negativeigenschaft nicht zwingend erforderlich gewesen zu sein. Es genügt, dass der dolose Verkäufer die Sache als eine solche verkauft, bei der man bestimmte Beschaffenheiten voraussetzen kann; Bauholz z. B. sollte nicht morsch sein, Gefäße sollten dicht sein. Wo es um Eigenschaften ging, die nicht schon ohne weiteres erwartet werden können, kam es darauf an, dass der Verkäufer eine entsprechende (unwahre) Angabe gemacht hatte. Für die Qualifikation als *venditor sciens* reichte es nicht, dass man dem Verkäufer sein Nichtwissen um den Mangel unter Umständen als Fahrlässigkeit hätte vorhalten können: der Verkäufer wurde deswegen nicht als *dolos* betrachtet (→ Rn. 422). Wie ein doloser *venditor sciens* muss sich nach Ulpian jedoch ein Verkäufer behandeln lassen, der „aus dem Blauen heraus“ eine Eigenschaft zugesagt hatte, wenn sich dies als unzutreffend herausstellte (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4). Geht man davon aus, dass ein Verkäufer normalerweise seine Ware kennt, wird er ein unzutreffendes *dictum* regelmäßig wider besseres Wissen abgeben; nahm man mit Ulpian einen Verkäufer hinzu, der zur Sachbeschaffenheit ein *dictum* abgibt, ohne sich um die tatsächliche Richtigkeit zu kümmern, läuft ein unzutreffendes *dictum* regelmäßig auf eine *dolus*-Haftung hinaus. Als Fausregel kann man festhalten: *ex empto*-Haftung für unzutreffende *dicta* ist *dolus*-Haftung; dem entspricht der Gesamteindruck der Quellen. Eine Haftung des Verkäufers schon bloß kraft objektiver Unrichtigkeit seines *dictum* findet sich daneben nicht mit Klarheit ausgesprochen, war wohl auch nicht von praktischer Bedeutung.¹⁰⁹³ – Einzelheiten der *dolus*-Haftung des Verkäufers finden sich gesondert dargestellt, → Rn. 413–424.

Für die Haftung des unwissenden Verkäufers wird, wohl erst in der Hoch- und Spätclassik, eine vorsichtige Anlehnung an anderweitig anerkannte Haftungen gesucht. 400 Hierfür kamen etwa die *actio de modo agri* (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.4), die Eviktionshaftung für fortgesetztes *habere licere* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.1) und die Haftung nach dem ädilizischen Edikt in Betracht (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13 pr.: *pecus morbosus, tignum*

¹⁰⁹² Dazu, dass *decipere* ein *doloses* Verhalten bezeichnet, → Rn. 422.

¹⁰⁹³ Es gibt keine Überlieferung zu dem verbleibenden *dictum*-Fall, dass nämlich der Verkäufer in guten Treuen einem Irrtum über die zugesagte Beschaffenheit unterlag, diese aber nicht einfach nur „aus dem Blauen heraus“ zugesichert hatte. Der Fall ist kaum praktisch und verlangt – apriorisch betrachtet – wohl auch nicht zwingend nach einer Verkäuferhaftung. – Zum Vergleich: *Dicta*, durch die nicht eine Sachbeschaffenheit angesagt, sondern die Leistung einer weiteren Sache als Zubehör versprochen wurde, führten bei Nichtlieferung in klassischer Zeit zur Nichterfüllungshaftung *ex empto*, → Rn. 129, 133.

vitiosum; ähnlich Ulp. 8 disp. D. 21.1.49: *fundus pestilens*¹⁰⁹⁴); auch die – offenbar weniger zweifelhafte¹⁰⁹⁵ – Haftung des *locator* für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache wurde bemüht (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.4 i. f.). Diese Entlehnungen – oder Analogien – unterstützen die Tendenz zu einer Lösung, die in ihrer Wirkung derjenigen der *actio quanti minoris* (→ Rn. 355–381) nahekam (→ Rn. 402). Erst und nur aus diesen analogie-artigen Begründungen ergab sich, dass der Käufer hinsichtlich der Sachqualität etwas mit rechtlicher Relevanz zu beklagen hatte: Es gab ja – abgesehen von den nach dem Edikt zu deklarierenden Eigenschaften – keinen generellen juristischen Maßstab dafür, was einen relevanten „Mangel“ darstellte und was nicht. Ließ sich eine solche Begründung nicht finden, wurde der Verkäufer auch nicht haftbar (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1: Sklave unerkannter Dieb; Paul. 33 ed. D. 19.1.21.1: unbekannte Grundsteuer auf vom Verkäufer geerbten Grundstück). Der Verkäufer haftete auch nicht generell *ex empto* für objektiv unzutreffende Angaben zur Sachbeschaffenheit, mochte man diese als *dicta* klassifizieren oder nicht.¹⁰⁹⁶ Wäre der Verkäufer *ex empto* schon für jede objektiv unrichtige Eigenschaftsangabe auf einen Geldausgleich haftbar geworden, wäre kaum verständlich, warum die römischen Juristen noch der Spätclassik so häufig auf den *dolus* des Verkäufers abstellten oder eine Argumentation nach Art einer Analogie bemühten. Dem bloss objektiv unrichtigen *dictum* war rechtliche Relevanz durch die Redhibitionsmöglichkeit unter dem ädilizischen Edikt verliehen.

d. Die *condemantio* bei mangelbedingter Verkäuferverurteilung

- 401 Die Zulassung der *actio empti* zur Vertragsauflösung ist eine bemerkenswerte Neuerung bereits der frühklassischen Jurisprudenz.¹⁰⁹⁷ Die *actio empti*, die ja keine *clausula restitutoria* enthielt, war an sich auf eine Rückabwicklung nicht zugeschnitten.¹⁰⁹⁸ In der vielfältigen Weiterentwicklung und Verfeinerung der *actiones empti* und *venditi* handelt es sich vielleicht um den Einzelschritt mit der grössten Tragweite. Paul. 69 ed. D. 21.1.60 darf man aus palingenetischen Gründen auf die zum Redhibitionszweck eingesetzte *actio empti* beziehen: *Facta redhibitione omnia in integrum restituntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit*. Unter der Geltung des Formularverfahrens fragt es sich, ob und inwieweit die Formel der *actio empti* auf den Wandlungszweck umgestellt wurde. Soll man es sich so vorstellen, dass die Anweisungen, die

¹⁰⁹⁴ Der Verkauf eines gesundheitsschädlichen Hauses begegnet auch bei Cic. off. 3,13,54; dazu *Backhaus*, FS Laufs 6 ff.; das Weidegrundstück mit giftigem Pflanzenbewuchs ist Gegenstand auch von Diocl./Maxim. C. 4.58.4.1 (o.A.), wo eine (ädilizische?) *redhibitio* bejaht wird; dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 151; anders (und vorzugswürdig) *Donadio*, Tutela del compratore (2004) 203–245: *actio empti*.

¹⁰⁹⁵ S. etwa Ulp. 32 ed. D. 19.2.19.1.

¹⁰⁹⁶ Der ins Einzelne gehende Nachweis der im Text gemachten Aussage wurde schon von *Haymann*, Haftung (1912), erbracht; a. A. z. B. *Harke*, AcP 205 (2005) 70 f.

¹⁰⁹⁷ Zutr. *Baldus*, OIR 5 (1999) 43: „beträchtlicher Schritt der Rechtsentwicklung“.

¹⁰⁹⁸ Umfassend *Donadio*, Tutela del compratore (2004) 203–245.

der Ädil formelmäßig dem Judex gab, nun „1 zu 1“ in die Formel der *actio empti* integriert wurden? Oder erfolgten andere Anpassungen der Formel? Für die Rückabwicklung beim *pactum displicentiae* befürwortete Paulus eine *actio proxima empti in factum* (Paul. 2 ed. D. 18.5.6; → Rn. 308). Die notwendige Abhängigkeit der Verkäuferverurteilung von der Rückgabe der Kaufsache ließ sich vielleicht auch ohne förmliche Arbiträrklausel auf das *officium iudicis* stützen.¹⁰⁹⁹ Die *condemnatio* wäre dann nach erfolgter Rückgabe durch den Betrag des Kaufpreises bestimmt gewesen. Es ist also keineswegs undenkbar, dass die Formel der *actio empti* in diesen Einsatzfällen unverändert blieb.

Der Einsatz der *actio empti* zu einem beschränkten Geldausgleich wegen Mangelhaftigkeit, gestützt auf den Verkäufer-*dolus*, stellt sich als eine bruchlose Weiterentwicklung des Rechts der *emptio venditio* dar.¹¹⁰⁰ Es wird insoweit nur – wie stets – das in der *condemnatio* genannte *quod interest* in Bezug auf das konkrete Fehlverhalten ermittelt, durch welches der Verkäufer gegen den Vertrag verstoßen hat. Es handelte sich nicht um Haftung dafür, dass die Sache mangelhaft war, sondern dafür, dass der Verkäufer sich gegenüber dem Käufer arglistig verhalten hatte. Daher wird auch das *quod interest* für die *condemnatio* bei einer Verurteilung wegen dolosen Verhaltens eigenständig bestimmt, indem gefragt wird, inwiefern der Käufer sich besser stünde, wenn er nicht Opfer der Arglist geworden wäre. Der vom Käufer handgreiflich erlittene Schaden (angestecktes Vieh, Hauseinsturz, Diebstahlsverlust etc.) und der Betrag, um den der Käufer tatsächlich zu teuer gekauft hat, stehen hier als mögliche Ausprägungen des *quod interest* neben einander. Was den handgreiflich erlittenen Schaden betrifft, ist man versucht, von Folgeschäden zu sprechen. Der Begriff „Folgeschaden“ trifft das römische Recht insofern nicht, als er suggeriert, es ginge um eine weitere, entferntere Schadensfolge eines im Mangel schon an und für sich liegenden Vertragsbruchs; dieser sei gleichsam der „Primärschaden“. Den römischen Juristen ist diese Unterscheidung fremd. Es wäre auch befremdlich, wenn bei der Interessehaftung im Hinblick auf einen Sachmangel „Folgeschäden“ ersetzt würden, während bei dem *quod interest* wegen Nicht-Übergabe sich die Sachbewertung auf den Wert der ausgebliebenen Leistung beschränkte (→ Rn. 164–170). Für die Juristen handelte es sich um die geldmäßige Abschätzung des Nachteils oder der Nachteile, die sich für den Käufer mit dem treuwidrigen Verhalten des Verkäufers ergeben; dieses Verhalten und nicht der Mangel an und für sich ist der Bezugspunkt für *id quod interest*. Die *aestimatio* zielt unmittelbar auf eine integrale, möglichst sinnvolle Geldbewertung der dem arglistigen Verhalten korrespondierenden Nachteile auf Käuferseite. Die Bruchlosigkeit, mit der handgreiflich erlittene Schäden und Überzahlung des Kaufpreises gleichermaßen das Interesse bestimmen können, verbietet es meines Erachtens, eine „Minderung“ als kategorial ab-

¹⁰⁹⁹ Vielleicht ging es nur – oder hauptsächlich – um Fälle, in denen die Rückgabe der Kaufsache unterbleiben konnte: morsche Balken oder ansteckends Vieh wird der Verkäufer möglicherweise gar nicht zurückhaben wollen; in diese Richtung *Medicus*, *Quod interest* (1962) 145.

¹¹⁰⁰ S. *Medicus*, *Quod interest* (1962) 140–145.

zusetzenden Rechtsbehelf *ex empto* zu isolieren. Eine Analogie zur *actio quanti minoris* ist in den Quellen zur *ex empto*-Haftung auch nicht ausgesprochen. Man kann bestenfalls von einer Minderung im Gewand der Interessehaftung sprechen.¹¹⁰¹ Wie angenommen wird, war der Betrag, um den der Käufer tatsächlich zu teuer gekauft hat, von dem Minderungsbetrag der *actio quanti minoris* zu unterscheiden.¹¹⁰² Bei der *actio quanti minoris* ging es um die Erstattung eines Minderwertes der Sache selbst im Hinblick auf den nicht deklarierten Mangel, wofür der Kaufpreis und seine Höhe offenbar keine Rolle spielten (→ Rn. 377), während für die *actio empti* der infolge des Mangels zu viel gezahlte Teil des Kaufpreises als ein reales *detrimentum* gesehen wurde, das dem Käufer auszugleichen war.¹¹⁰³ Indes wird in keinem der Juristentexte die praktische Auswirkung dieses Unterschiedes thematisiert, die in der Tat auch gering gewesen sein mag. – Für die Fälle, in denen gegenüber einem *venditor nesciens* auf ein teilweise Rückgewähr des überhöht erscheinenden Kaufpreises erkannt wird (→ Rn. 400), musste die Bestimmung der Minderung nicht zwingend demselben Ansatz verpflichtet sein, von dem aus sich die *condemnatio* beim *venditor sciens* ergab; es scheint aber, als wäre man insoweit denselben Grundsätzen gefolgt.

403 Der *ex empto* vorgehende Käufer konnte nicht von sich aus den *Judex* auf eine der beschriebenen *condemnationes* festlegen, er konnte also nicht zwischen „Wandlung“ und begrenztem Interesseausgleich wählen.¹¹⁰⁴ Die Juristen erkannten für den konkreten Fall die Lösung entweder in der Vertragsaufhebung und -rückabwicklung *ex empto* oder in einem Interessenersatz zwecks Ausgleichs der Überbezahlung bzw. der greifbaren Schäden, die der Käufer erleidet. Auf die *ex empto* gewährte Rückabwicklung wurde möglicherweise erkannt, wenn ein Käuferinteresse weder im Ersatz von handgreiflichen Schäden noch in der teilweisen Rückgewähr eines überhöhten Kaufpreises gefunden werden konnte, weil die vermutete Eigenschaft nicht preisrelevant und ein Folgeschaden nicht zu verzeichnen war; der einzig feststellbare Nachteil lag dann darin, dass der Käufer sich überhaupt auf den Kauf eingelassen hatte.¹¹⁰⁵

404 Für eine Haftung auf das heute sogenannte positive Interesse in Ansehung der Mangelfreiheit bieten die Quellen – selbst beim bösgläubigen Verkäufer – keine hinreichende Unterstützung.¹¹⁰⁶ Der Käufer erhielt kein Erfüllungsinteresse ersetzt, idealtypisch z. B. Ersatz für den Verlust der besseren Verkäuflichkeit bei Mangelfreiheit. *Marcian. 4 reg. D. 18.1.45* ist am ehesten so zu deuten, dass dem Käufer der Betrag ausgeglichen

¹¹⁰¹ Kaiserrecht: *Diocl. C. 4.49.9 (a.290)*.

¹¹⁰² Dafür statt aller: *Honsell, Quod interest* (1969) 86; *Manthe, TR 44* (1976) 145; *Harke, AcP* 205 (2005) 79.

¹¹⁰³ *Honsell, Quod interest* (1969) 86; *Manthe, TR 44* (1976) 136 Fn. 16.

¹¹⁰⁴ *Paul. sent. 2.17.16* deutet auf einen Elektionsmechanismus, der im Einzelnen unklar bleibt.

¹¹⁰⁵ Eine Nachrangigkeit der vollständigen Kaufpreisrückzahlung sieht auch *Medicus, Quod interest* (1962) 145, der als Kriterium eine gewisse Restbrauchbarkeit annimmt, ohne dies es zur Rückgabe kommt.

¹¹⁰⁶ Dies ist das bleibende Ergebnis von *Flume, Eigenschaftsirrtum* (1948) 60–64.

wird, um den er – weil er Gold erwartete – zu teuer gekauft hatte (→ Rn. 398 a. E.). Entsprechendes gilt für Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.8: Der Verkäufer, der die Kaufsache in einer nicht genannten Weise *dolos* verändert hat, haftet *ex empto* wegen des *dolus*, wobei er dem Käufer das Interesse daran ausgleicht, dass die Kaufsache so wäre, wie der Verkäufer sie manipulativ erscheinen ließ – auch hier dürfte der vorgetäuschte Mehrwert der Sache sich im überhöht erzielten Preis widerspiegelt haben.¹¹⁰⁷

e. Zusammenfassung

Eine grundlegende Erweiterung der Trias *ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo* (→ Rn. 120), derart, dass nun zusätzlich vom Verkäufer die Mangelfreiheit als solche geschuldet gewesen wäre (mit der Folge eines an Mangelfreiheit orientierten *quod interest*), hat nicht stattgefunden. Für die Haftung des bösgläubigen Verkäufers wurde einfach auf dessen herkömmliche Verpflichtung zum *purgari dolo malo* abgestellt. Der Haftungsumfang erstreckte sich hierbei auf die Nachteile, die der Käufer erlitten hat, weil er getäuscht wurde. Als solche Nachteile kamen die durch den Mangel verursachten, handgreiflichen Schäden ebenso in Betracht wie die Zahlung eines überhöhten, weil am mangelfreien Zustand orientierten Kaufpreises. Stets handelte es sich um die gewöhnliche Bestimmung des *id quod interest*, ausgerichtet am dolosen Verkäuferverhalten. Als bemerkenswerte Fortentwicklung ist insofern die im Einzelfall befürwortete Rückgabe der Kaufsache gegen Preiserstattung zu nennen: Durch sie wurde das *quod interest* eines Käufers ausgeglichen, der sich ohne das dolose Käuferverhalten auf den Kauf überhaupt nicht eingelassen hätte.

Gegen den Verkäufer, der vom Mangel nichts weiß (*venditor nesciens*), wurde ein Anspruch (nur) auf Rückzahlung des überhöhten Preises bejaht, sofern sich dafür eine Begründung aus anderen Rechtszusammenhängen aufbieten ließ; neben dem ädilizischen Edikt kamen dafür auch die Minderung des Mietzinses und der Gedanke der Eviktionshaftung ins Spiel. Dieser Variantenreichtum in den Begründungen schließt es entgegen der in der Romanistik wohl herrschenden Ansicht aus, hier eine „*in complexu*“ erfolgte Inkorporation der ädilizischen *actio quanti minoris* in das Recht *actio empti* zu sehen; gegen diese Sichtweise spricht auch der unterschiedliche Ansatz für die Bestimmung des dem Käufer geschuldeten Ausgleichsbetrags. Die Fälle, in denen eine minderungsähnliche Haftung des Verkäufers *ex empto* bejaht wird, spiegeln nicht die Haftungsregeln des ädilizischen Rechts, sondern ergänzen diese. Eine abstrakte Regel, wonach jeder Mangel der Kaufsache unabhängig von der Kenntnis des Verkäufers nach dem Recht der *emptio venditio* für den Käufer eine Minderungsbefugnis begründet hätte, ist von keinem der (spät-)klassischen Juristen befürwortet worden; eine solche Regel wird auch in keiner Kaiserkonstitution ausgesprochen. Ob das spätere justinianische Recht es nahelegte (nahelegen wollte), dass man die *actio empti* in diesem Sinne

¹¹⁰⁷ Paul. sent. 2.17.6 ist kaum ein verlässlicher Zeuge für klassisches Recht.

breitbandig zu einem ohne weiteres verfügbaren Qualitätsschutz einsetzen soll, ist eine andere Frage (→ Rn. 412). Die grundlegende Generalisierung und Abstrahierung, die hierzu erforderlich gewesen wäre, lag jenseits der Möglichkeiten der Jurisprudenz an der Wende zum dritten Jahrhundert.

f. Wechselbeziehungen ädilizischer Klagen und *actio empti*

aa. Die *Actio empti* als Ergänzung der klassischen Ediktsregelung

- 407 Im vorigen Abschnitt konnte ein Einsatz der *actio empti* in drei Fallgruppen festgestellt werden (→ Rn. 395–406): (1) Es ging zunächst um Kaufgegenstände, die nicht von der Regelung des ädilizischen Edikts erfasst waren: undichte Gefäße, scheinbar neue Altkleider, morsche Balken, Land mit giftigem Bewuchs. (2) Bei Gegenständen/Eigenschaften, die unter die Ediktsregelung der klassischen Zeit fielen, konnte die *actio empti* zur Anwendung kommen, soweit bei einem ediktsmäßigen Mangel dem Käufer handgreifliche Schäden zu ersetzen waren, für die mit den ädilizischen Rechtsbehelfen kein Ausgleich zu erhalten war (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13 pr.: krankes Vieh steckt käufereigene Kühe an; Paul. sent. 2.17.11: Kaufsklave bestiehlt den Käufer und flieht). (3) Eine letzte Fallgruppe betraf Kaufgut, das an sich unter die Ediktsregelung fiel, bei dem der Käufer aber Qualitätsmängel beklagte, die nicht vom Edikt geregelt waren (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.1: Sklave ist Dieb; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5: Jungfräulichkeit der Sklavin). In allen diesen Fällen erhält der Käufer *ex empto* einen Schutz, der ihm durch das ädilizische Edikt nicht zuteilwurde.

bb. Minderung oder Wandlung mittels *actio empti* in ediktsgeregelten Fällen?

- 408 Es fehlt an einer klaren Quellenbasis, um mit Bestimmtheit zu sagen, der Käufer hätte in den vom ädilizischen Edikt erfassten Fällen wahlweise *ex empto* vorgehen können, so dass in diesen Fällen die *actio empti* und die ädilizischen Klagen geradezu austauschbar geworden wären.¹¹⁰⁸ Die seit dem Spätmittelalter beliebte Rechtsauffassung, für eine Klagemöglichkeit, die nach dem ädilizischen Edikt begründet war, dürfe sich der Käufer wahlweise der *actio empti* bedienen, diese wäre also gleichsam zum alternativen (oder sogar vorrangigen) Durchsetzungsmittel des von den Ädilen verliehenen Klagerichts geworden,¹¹⁰⁹ findet in den Juristenschriften keine Unterstützung. Der Satz *redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3) besagt nur, dass sich eine redhibitionsgleiche Abwicklung mit der *actio empti* im Grundsatz bewerkstelligen ließ – er ist kein Beleg dafür, dass bei Vorliegen der Redhibitionsvoraussetzungen des ädilizischen Edikts dem Käufer stets und ohne weiteres wahlweise die *actio empti* zur Verfügung gestanden hätte.¹¹¹⁰ Nach der hier ver-

¹¹⁰⁸ So zuletzt wieder Jakab, SZ 135 (2018) 490 f.

¹¹⁰⁹ Dilcher, Leistungsstörungen (1960) 229 f., 234 ff.; Hallebeek, in: Cairns/Du Plessis, Ius Commune (2010) 175–217.

¹¹¹⁰ A. A. Vacca, Garanzia e responsabilità (2015) 71–112.

tretenen Ansicht war es noch im spätklassischen Recht so, dass es für die vom ädilizischen Edikt geregelten Fälle bei dem ediktsgemäßen Verfahren mittels der *actiones redhibitoria* und *quantum minoris* blieb, wobei der *actio empti* daneben die Funktion zukam, einen vergleichbaren Schutz auch für sonstige Gegenstände bzw. Qualitäten – und eine Ergänzung zum Ediktsschutz in einzelnen Beziehungen – zu ermöglichen.¹¹¹¹ Dieser Käuferschutz war in kleineren und größeren Einzelheiten von dem Schutz, wie er durch die ädilizischen Rechtsbehelfe gewährt wurde, verschieden.¹¹¹² Klassikertexte setzen die Klagemöglichkeiten ausdrücklich gegeneinander ab (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9–10; Afr. 8 quaest. D. 21.1.51 pr.). Für eine Rezeption in das *ius civile* hätten die Formeln des ädilizischen Edikts auf Zivilformeln umgestellt werden müssen, oder man hätte das komplette Programm der ädilizischen *formulae* im Rahmen der *actio empti* abwickeln müssen; Letzteres ist freilich nicht undenkbar.¹¹¹³ Es ist eine andere Frage, ab wann der Prätor es sich gefallen ließ, dass die ädilizischen Klagen vor ihm angestellt wurden: Zu welchem Zeitpunkt auch immer dies geschehen sein mag – eine Austauschbarkeit der ädilizischen *actiones* mit der *actio empti* ist damit nicht eingetreten.

Im *Ius Commune* hat man ein Problem darin gesehen, dass die *actio empti* im Gegensatz zu den ädilizischen Rechtsbehelfen unbefristet angestellt werden konnte.¹¹¹⁴ Die antiken Quellen lassen diesbezüglich keine Zweifel der Juristen erkennen. Wenn die römischen Juristen zum Ergebnis gelangten, dass der Käufer *ex empto* wegen Nichtprästierung des geschuldeten Verkäuferverhaltens klagen konnte, bestand kein Grund, hierfür irregulär eine Befristung vorzusehen, selbst wenn man sich für die Herleitung der Entscheidung an einem Element der Ediktsregelung orientiert hatte. Auch die auf eine Stipulation gegründete Qualitätshaftung unterlag keiner Verjährung. Für die mittelalterliche Rechtslehre ergab sich ein Zweifel hier nur deshalb, weil man von der wechselseitigen Austauschbarkeit der *actiones redhibitoria / quantum minoris* und der *actio empti* ausging, die nach der hier vertretenen Sicht aber gerade nicht klassisches Recht war. Die für Gord. C. 4.58.2 (a.239) gestellte Frage, warum der Kaiser den Käufer nicht auf die (unverjährte) *actio empti* verwies, erledigt sich, wenn man davon ausgeht, dass für ediktsmäßige Mängel beim Sklavenkauf nur die Rechtsbehelfe des ädilizischen Edikts, nicht aber auch (wahlweise) die *actio empti* zur Verfügung gestanden hat. Diese Konstitution wäre danach gerade ein Beleg dafür, dass man in diesem vom Edikt geregelten Fall gerade nicht auf die noch nicht verfristete *actio empti* ausweichen konnte.¹¹¹⁵

cc. Konkurrenzfragen der *actio empti* im Sachmängelbereich

Der Ausgangspunkt wurde zutreffend schon von Partsch formuliert: „Das Nebeneinander von a° empti und Ädilenklagen [ist] kein Konkurrenzverhältnis, sondern ein

¹¹¹¹ Ähnl. Jakob, *Praedicere* (1997) 217.

¹¹¹² Für die *redhibitio* s. *Medicus*, *Quod interest* (1962) 145; für die *actio quanti minoris* → Rn. 402.

¹¹¹³ Levy, *Konkurrenz I* (1918) 137 ff.

¹¹¹⁴ Hallebeek, in: Cairns/Du Plessis, *Ius Commune* (2010) 175–217; de Bruijn, *TR* 82 (2014) 17 ff.

¹¹¹⁵ Vgl. Jakob, *Praedicere* (1997) 217.

Nebeneinander selbständiger Rechtsbildungen in verschiedenen Jurisdiktionskreisen.¹¹¹⁶ Entsprechend der vorstehenden Darstellung war der Käufer in den ediktsgeordneten Fällen auf die ediktalen Rechtsbehelfe verwiesen; eine Wahl, stattdessen entsprechend den Ediktsbestimmungen dessen Haftungsfolgen mit der *actio empti* durchzusetzen, stand ihm nicht offen.¹¹¹⁷ Soweit Juristen eine Anwendung der *actio empti* für Kaufgegenstände/Eigenschaften befürworteten, die außerhalb des Edikts lagen, kam ausschließlich diese *actio* in Betracht. Die Gewährung der *actio empti* nahm dabei auf den durch eine etwaige Stipulation bereits vereinbarten Käuferschutz Rücksicht; sie erscheint vor allem als „Nachforderungsklage“ (→ Rn. 53). Paul. 5 Sab. D. 19.1.4 pr. handelt von einem Verkäufer, der wissentlich z. B. einen noxalbelasteten Sklaven verkauft hat: Er haftet wegen *dolus* sogleich *ex empto*, obschon er eine *stipulatio duplae* abgegeben hat, aus der er aber erst nach Eintritt eines Schadens verklagt werden könnte. Die Aussage passt zu der hier vertretenen Annahme, dass das *duplum* im Bereich der Sachmängel auf den Käufernachteil infolge der Mangelhaftigkeit zu beziehen ist (→ Rn. 304), weil der konkrete Schaden des Käufers feststehen muss, bevor *ex stipulatu* geklagt werden kann; dies ist wohl erst nach Erledigung der Noxalhaftung der Fall. Keine Spur gibt es von Konkurrenzproblemen, die sich ergeben haben müssten, wenn der Käufer für Wandlung und Minderung frei zwischen der *actio empti* und den doch weiterhin verfügbaren ädilizischen *actiones* hätte wählen können; eine solche Wahl stand dem Käufer nach der hier vertretenen Ansicht nicht offen (→ Rn. 408).

dd. Ausweitung des ädilizischen Rechts auf alle Kaufgegenstände?

- 411 Im justinianischen Recht finden sich zwei Äußerungen Ulpians, die das Edikt der Ädilen bei weiteren Kaufgegenständen als anwendbar bezeichnen, nämlich Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. (unbewegliche / bewegliche / sich selbst bewegende Sachen) und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 (nicht nur Sklaven, sondern auch andere Sachen).¹¹¹⁸ Diese Stellen stehen in einem kaum auflösbaren Spannungsverhältnis zu den Beschreibungen des Edikts durch Ulpian und zu den gleichzeitigen Bemühungen der Juristen, die *actio empti* von Fall zu Fall als Wandelungsklage einzusetzen oder dem Käufer einen Ausgleich für eine mangelbedingte Überbezahlung zu verschaffen, wofür sie sich jeweils auf eine passend erscheinende Analogie beriefen: Solche feinsinnigen Erwägungen wären kaum angezeigt gewesen, wenn in diesen Fällen jedem Käufer zur selben Zeit bereits die klaren Rechtsbehelfe des ädilizischen Edikts zur Verfügung gestanden hätten. Eine Erklärung, wonach in Wirklichkeit von der *actio empti* die Rede sei, die – nun für alle Kaufgegenstände – als Kopie der ädilizischen Rechtsbehelfe einsetzbar geworden sei, ist für das justinianische Recht angezeigt (→ Rn. 412); nach

¹¹¹⁶ Partsch, SZ 33 (1912) 609; seit der Übernahme der ädilizischen Jurisdiktion durch die Prätur traf diese Aussage nicht mehr zu.

¹¹¹⁷ Vielfach abweichend Baldus, OIR 5 (1999) 70–72.

¹¹¹⁸ De Falco, RDR 3 (2003); der vom Grundstückskauf handelnde Text Ulp. 8 disp. D. 21.1.49 könnte gut auch von einer mittels *actio empti* durchgesetzten *redhibitio* zu verstehen sein.

den vorstehenden Ausführungen kommt diese Lesart für das klassische Recht nicht in Betracht (→ Rn. 408). Die Texte Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 bringen keine anschaulichen Beispiele; auch wird kein konkreter Rechtsbehelf angesprochen: Beide Texte dürften aus einer ergiebigeren Textumgebung herausgelöst worden sein. Es erscheint nicht undenkbar, dass die vertragliche Redhibitionsabrede, derzufolge ein „Kauf auf Probe“ nach den Regeln des ädilizischen Edikts aufgrund einer *in factum* konzipierten Abwandlung der *actio redhibitoria* abzuwickeln war (→ Rn. 330), auch für andere als die ediktsgeregelten Kaufgegenstände zugelassen wurde.

6. Justinianisches Sachmängelrecht

Von jeher macht es große Schwierigkeiten, den Zustand des Sachmängelrechts sauber abzugreifen, der unter Justinian erreicht wurde.¹¹¹⁹ Die justinianische Kodifikation lässt das bestehende Ädilenrecht, so, wie es im Anhang des unter Hadrian überarbeiteten prätorischen Edikts publiziert war, in Kraft; es findet auch in Const. Omnem 4/Const. Tanta 5 Erwähnung. Diesbezügliche Literatur und Kaiserkonstitutionen sind in D. 21.1 und C. 4.58 wiedergegeben. Einzelheiten, etwa die genauen Pronuntiationspflichten, werden dabei nicht durch direkte Inkorporation der Ediktswortlaute wiedergegeben (wie wohl im julianisch / hadrianischen *edictum perpetuum*), sondern mittelbar durch die diesbezüglichen Kommentartexte klassischer Juristen. Dies entspricht der generellen Benutzung der Juristenschriften als autoritativer Wiedergabe des *ius vetus* (→ § 4 Rn. 47). Es blieb bei den im Edikt ausgesprochenen Zeitgrenzen für die Erhebung der *actio rehibitoria* und der *actio quanti minoris*. In zwei Digestentexten wird ausgesprochen, dass das Edikt auf einen grenzenlos erweiterten Kreis von Kaufgegenständen Anwendung findet: Nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. soll schon Labeo die Anwendung für Grundstücke, Mobilien und Tiere befürwortet haben. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 spricht einfach von *ceterae res*. Wie immer man diese Texte für die Zeit ihrer Abfassung einordnet (→ Rn. 410) – es ist nicht zweifelhaft, dass nach dem Recht Justinians die ädilizischen Rechtsbehelfe in ihrer ediktal fixierten Form beim Kauf jedweder Gegenstände sollen benutzt werden können. Dieser Ansatz bleibt freilich insofern unvollständig, als „gesetzliche“ Pronuntiationspflichten unverändert nur für Sklaven und Vieh und die jeweils enumerierten Negativqualitäten aufgestellt waren. Auf welche Nicht-Pronuntiationen sollte man bei anderen Kaufgegenständen abstellen? Man wurde dazu gedrängt, die Vorstellung von Krankheit und Gebrechen auf unbelebte Gegenstände zu übertragen.¹¹²⁰ In den Digesten übernahm die justinianische Gesetzgebung zugleich Kasuistik der hoch- und spätklassischen Juristen, in der sich die

¹¹¹⁹ Eine knappe Zusammenfassung etwa bei *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 214–217; *Hallebeek*, in: Cairns/Du Plessis, *Ius Commune* (2010) 175–217; *Hallebeek*, RIDA³ 55 (2008) 267–281.

¹¹²⁰ Die Juristen des Mittelalters erheben *vitium* zum Oberbegriff aller Mängel, die als Verschlechterung der *qualitas rei* aufgefasst werden; *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 222.

actio empti zum Käuferschutz eingesetzt findet.¹¹²¹ Da die Rechte zu Wandlung und Minderung mit den ädilizischen Aktionen nun für alle Kaufgegenstände gewährt sind, vermag der Anwender des justinianischen Rechts kaum einzusehen, warum die *actio empti* in den Juristentexten bloß punktuell und nur mit feinsinnigen, auf den Einzelfall abgestellten Begründungen als Grundlage für eine vollständige oder teilweise Kaufpreiserstattung bejaht wird. Man wird zu einer Abstrahierung und Verallgemeinerung eingeladen, mit der sich zugleich die weitgehende Austauschbarkeit der ädilizischen Aktionen und der *actio empti* ergeben könnte. Indes hatte keiner der spätklassischen Juristen eine „Gesamtanalogie“ vertreten, wonach man von morschen Balken, undichten Gefäßen, und ansteckendem Vieh den Begriff „mangelhafte Kaufsache“ abstrahieren sollte. So muss noch in den justinianischen Digesten eine solche Abstraktion notwendig „fehlen“. Auch eine Verschmelzung der *actio empti* mit den ädilizischen Rechtsbehelfen, die vielleicht im Sinne einer gedanklichen Ökonomie gewesen wäre, hat man nicht angeordnet (hierzu hätte es wohl einer Konstitution Justinians bedurft), mögen sich auch spätere Interpreten der justinianischen Gesetzgebung um eine Fusion der Schutzinstrumente und eine Neuformulierung in abstrakter Form bemüht haben. Abgesehen von dem verbreiteten Anwendungsbereich des ädilizischen Edikts, für dessen Statuierung man Ulpian-Texte – interpoliert und/oder aus dem Kontext gerissen – verwendete, dürften noch weitere Änderungen vorgenommen worden sein; zu denken ist etwa an die Verfügbarkeit der *actio quanti minoris* für den Fall des unzutreffenden *dictum* oder *promissum*. Für die Annahme, dass ein völlig neues Haftungskonzept byzantinischen Ursprungs in das Material hineingetragen worden sei,¹¹²² fehlt hingegen die Quellengrundlage. Keine der identifizierten *Quinquaginta decisiones* machte sich eine Neuordnung des Sachmängelrechts zur Aufgabe.

VII. Haftung des Verkäufers für *dolus*

1. Einleitung

- 413 Ein Verhalten ohne Arglist (*purgari dolo malo*) gehörte, folgt man dem Spätklassiker Paulus, zu den „Kardinalpflichten“, die sich für den Verkäufer aus der *emptio venditio* ergaben (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr., → Rn. 120, Rn. 140–141). Für die auf Arglist gestützte Haftung des Verkäufers gibt es einen vielschichtigen Quellenbestand, der unterschiedliche Entwicklungshypothesen veranlasst hat. Nach einer extremen Ansicht sollen die römischen Juristen bei einem Verkäufer, dem man eine böswillige Machen-

¹¹²¹ Auch die Haftung des Verkäufers aufgrund einer von diesem freiwillig abgegebenen Stipulation und die Pflicht zur Abgabe der *stipulatio aedilicia* werden fortgeführt.

¹¹²² Die Annahme, die Kompilatoren hätten eine Haftung des arglistigen Käufers auf das „positive Interesse“ in die Texte montiert, findet sich u. a. bei Schulz, Einf. 117–120, und Haymann, Haftung (1912) 44 ff., 59 ff.; dagegen grundlegend bereits Flume, SZ 54 (1934) 328–335.