

FREIBURGER
RECHTSGESCHICHTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VOM
RECHTSGESCHICHTLICHEN INSTITUT AN DER
UNIVERSITÄT FREIBURG I. BR.

III

LEX COMMISSORIA

ERFÜLLUNGSZWANG UND WIDERRUF
IM RÖMISCHEN KAUFRECHT

VON

DR. F. WIEACKER



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1932

Die Freiburger Rechtsgeschichtlichen Abhandlungen werden Arbeiten bringen, die im Rechtsgeschichtlichen Institut an der Universität Freiburg im Breisgau entstanden oder sonst mit diesem verbunden sind.

Sie erstreben die gleichmäßige Pflege der antiken und der germanischen Rechtsgeschichte. Wenn an Stelle der bisherigen Trennung beider Gebiete eine möglichst enge Zusammenarbeit tritt, darf eine gegenseitige Befruchtung erhofft werden. Auch entspricht diese Verbindung dem bei der Begründung des Instituts leitenden Gedanken, daß die historisch gegebene Verbundenheit der abendländischen Rechtsentwicklung auch in der wissenschaftlichen Arbeit zum Ausdruck kommen sollte. Aus gleichem Grunde werden die Abhandlungen auch Arbeiten enthalten, die in die Rechtsvergleichung einmünden oder diese auf der Grundlage rechtsgeschichtlicher Forschung zum Ziele haben.

Die Direktoren des Rechtsgeschichtlichen Instituts
an der Universität Freiburg i. Br.

CLAUDIUS FREIHERR VON SCHWERIN, FRITZ PRINGSHEIM.

FREIBURGER
RECHTSGESCHICHTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN VOM
RECHTSGESCHICHTLICHEN INSTITUT AN DER
UNIVERSITÄT FREIBURG I. BR.

III

LEX COMMISSORIA

ERFÜLLUNGSZWANG UND WIDERRUF
IM RÖMISCHEN KAUFRECHT

VON

DR. F. WIEACKER



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1932

ISBN 978-3-662-31977-2 ISBN 978-3-662-32804-0 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-662-32804-0

**ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.**

**COPYRIGHT 1932 BY SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG
URSPRÜNGLICH ERSCHIENEN BEI JULIUS SPRINGER IN BERLIN 1932**

Inhaltsverzeichnis.

| | Seite |
|--|-------|
| Vorbemerkung | I |
| Erster Teil. | |
| Vorbereitende Feststellungen | 3 |
| § 1. Palingenesie des Digestentitels 18. 3. | 3 |
| § 2. Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang | 8 |
| Zweiter Teil. | |
| Konstruktionen des klassischen Rechts | 19 |
| § 3. Die ältere Theorie der Suspensivbedingung | 19 |
| § 4. Die spätclassische Konstruktion: Unbedingter Kauf mit aufschiebend bedingtem Auflösungsaktum | 31 |
| § 5. Einwirkungen der Verfallsklausel auf das Verpflichtungsgeschäft: Das Problem der obligatorischen Rückwirkung | 37 |
| § 6. Die dingliche Rechtsstellung des Käufers: Ablehnung des dinglichen Selbstrückfalls | 45 |
| Das Problem S. 45. — Dogmengeschichte S. 45. — Grundsätzliche Einwendungen S. 48. — Dingliches Recht des Käufers vor dem Verfall S. 50. — Dingliche Rechtsstellung des Käufers nach dem Verfall S. 52. — Zersetzung des Prinzips S. 66. | |
| § 7. Rechtsschutzmittel des Verkäufers | 69 |
| Actio in factum S. 69. — Actio venditi S. 76. | |
| Dritter Teil. | |
| Der Einbruch des hellenistischen Arrhalgeschäftes | 79 |
| § 8. Hellenistische Arrhalgeschäfte in römischen Rechtsquellen | 79 |
| § 9. Das griechische Arrhalgeschäft: Dingliche Rechtsstellung und Er- füllungshaftung des Käufers. Die Überleitung in den römischen Kauf | 89 |
| § 10. Arrhakauf und lex commissoria in nachjustinianischen Quellen. Die Basiliken insbesondere | 110 |
| Schlußbemerkung | 115 |
| Quellenverzeichnis | 116 |

Vorbemerkung.

Am Kauf, dem entwickeltesten der bonae-fidei-Kontrakte haben sich die entwicklungsgeschichtlichen Wandlungen des römischen Vertragsrechtes und seiner Dogmen besonders deutlich vollzogen. Die Kenntnis des römischen Kaufs im spätklassischen und im nachklassischen Recht hat durch die neueren deutschen Arbeiten so entscheidende Förderung erhalten, daß nun der Verlauf der nationalen Entwicklungsgeschichte und die Einwirkung des Rechtsgutes anderer Mittelmeerländer in großen Zügen als erkannt gelten darf.

Dadurch wird eine Untersuchung auf die besonderen Erscheinungsformen des Kaufrechtes verwiesen. Von diesen ist die *lex commissoria* bisher nur im Rahmen von Gesamtdarstellungen oder von Spezialuntersuchungen mit anderem Ziel dargestellt worden; eine Monographie steht einstweilen aus. Für das klassische Recht bedeutet eine Untersuchung der Verwirkungsklausel zugleich einen Beitrag zur Resolutivbedingung der Übereignung und zur Lehre vom Rechtsgrund der Übereignung.

Die Art der Einordnung der Fragmente in den Digestentitel *De Lege Commissoria*, das Vorkommen von *leges fugitivae* hier und in anderen Quellen, machen eine Klarstellung erforderlich: eine Palingenesie der Quellen ist zu geben, irrtümlich in diesen Zusammenhang gebrachte Stellen sind auszusondern, die Beziehungen der *lex commissoria* zu den Sachhaftungsinstituten, dem Pfand, der *fiducia* und dem Sicherungskauf sind nachzuweisen.

Der auffällige Widerspruch benachbarter Quellen drängt dann sofort die Frage nach der dinglichen oder obligatorischen Wirkung des Rücktritts des Verkäufers und nach den dogmatischen Möglichkeiten für die auflösend bedingte Übertragung absoluter Rechte auf, die den Anlaß zur Untersuchung bildete. Die schmale Quellenbasis verbietet, an diese Frage nur unter Berücksichtigung des für die *lex commissoria* überlieferten Quellenbestandes heranzugehen. Die Einwirkung des vermeintlichen oder wirklichen Zwölftafelsatzes in Inst. II, 1, 41 ist zu untersuchen. Die Aufspaltung der Konstruktion in den Überlieferungsresten in zwei Theorien zwingt die Darstellung, für jede Theorie gesondert die einzelnen Ergebnisse aus den Quellen wiederherzustellen, wenn man den verwertbaren Quellenkreis ermitteln will. Verwandte Institute des Kaufrechtes sind vergleichend zu untersuchen, ohne daß

ihre Beweiskraft überschätzt werden darf, wenn die Wirksamkeit anderer Grundsätze zu abweichendem Ergebnis geführt hat.

Wird, wie es die Arbeit versucht, obligatorische Wirkung der Rücktrittsklausel angenommen, ist es notwendig, ihrer Verwirklichung im Rechtsstreit nachzugehen; dinglicher Selbstrückfall würde zu einem einfachen Ergebnis, der *rei vindicatio*, führen. Nach dem Wortlaut der Verwirkungsabrede und der Kaufformel im Prozeß begegnet es Schwierigkeiten, dem Verkäufer die Kontraktklage zu geben. Die Klassizität der *actio praescriptis verbis* haben die neueren Untersuchungen für immer in Frage gestellt. Es bleibt für die ältere Zeit die *actio in factum*; noch in spätklassischer Zeit gelangt man zur *actio venditi*. In einer Frage, die der Absicht der Arbeit nach nicht im Mittelpunkt stehen konnte, ergaben sich somit große Schwierigkeiten.

Der Beachtung griechischer und hellenistischer Institutionen wird keine kaufrechtliche Untersuchung mehr leicht ausweichen können; die Untersuchung der Quellen, die eine Vindikation der Kaufsache zuzulassen schienen, führt darauf, daß die *lex commissoria* in größerem Ausmaß einem volkrechtlichen Rezeptionsvorgang unterworfen ist, als bisher angenommen wurde; die dingliche Wirkung in den justinianischen Quellen mußte mehr auf diese Rezeption als auf eine theoretische Durchbildung der Resolutivbedingung zurückgeführt werden. Der Rezeptionshergang interessiert durch seine Einzelheiten: Die volkrechtliche Praxis nutzt zunächst ein römisches Institut aus, um einem Prinzip den Zugang zu erzwingen, das dem römischen Recht fremd ist. Die Kompilation hat dann den Vorgang durch Hereinnahme von Arrhalkäufen in das Institut und durch Interpolationen abgeschlossen. Der Nachweis der Abschnitte dieser Rezeption im nachklassischen Recht wurde zur zweiten Aufgabe der Untersuchung, die bei der Anordnung des Quellenstoffs berücksichtigt werden mußte. Die Durchführung der Darstellung sichert das vom klassischen Kaufrecht her gewonnene Bild: die Verfallsabrede führt nicht zum Selbstrückfall des Eigentums an den zurücktretenden Verkäufer.

Erster Teil.

Vorbereitende Feststellungen.

§ 1. Palingenesie des Digestentitels 18. 3.

I. Der palingenetische Aufbau kurzer Digestentitel, über die die Kompilatoren die Übersicht behielten, zeigt eine bewußte Kompilationstechnik, deren Aufdeckung die Quellenkritik unterstützt: sie gibt Aufschluß über systematisch neue Auffassungen alter Institutionen durch die Redaktoren.

Im dritten Titel des 18. Buchs der Digesten sind Fragmente zusammengestellt, die die Kompilatoren auf die *lex commissoria* bezogen haben oder bezogen wissen wollten: Die Inskriptionen der Fragmente ergeben, daß sie aus verschiedenem Zusammenhange der klassischen Kommentare ausgezogen sind, und daß der Titel im Gegensatz zu der in *diem addictio* ein Konglomerat aus drei Textmassen bildet. Dadurch werden Zweifel nahegelegt, wieviel an dem Bilde, das die Zusammenstellung der Kompilation im Zusammenhange vermittelt, noch auf die klassischen Kommentare zurückführt. In der Tat ist der Versuch, der *lex commissoria* in den großen klassischen Kaufkommentaren eine feste systematische Stellung anzuweisen, aussichtslos. Noch für die Fragmente 3, 4, 11, 14 der vatikanischen Chrestomathie ist der völlige Verzicht auf systematische Erörterung bezeichnend.

Einerseits ist möglich, daß sich vieles, das die Kompilatoren für die Kaufkommissoria gesagt sein lassen wollten, ursprünglich auf gleichnamige Abreden bezog: das Verbot der Pfandkommissoria¹ legte nahe, daß die Byzantiner Stellen, aus denen sie jede Beziehung zu dem verbotenen Institut ausscheiden mußten, aus Stoffmangel zum Aufbau des Kauftitels verwandten; auch bei der *fiducia*, die sich als nachgeformter Sicherungskauf noch enger an den Kauf anschließt, kannte die klassische Literatur eine gleichnamige Verfallsklausel, die die Redaktoren verwenden konnten. Andererseits boten griechische Fälle aus der kasuistischen Rechtsliteratur den Kompilatoren die Möglichkeit, den klassischen Kauf mit Rücktrittspaktum mit dem griechischen Arrhalkauf ohne starke Textüberarbeitung zu verknüpfen. Diese volkrechtliche Kasuistik bildet die zweite Textmasse. Als klassischer Kern

¹ C. Th. III, 2, 1.

bleiben nur die drei Fragmente D. 18. 3, 1 D. 18. 3, 4, D. 18. 3, 5 und das Fragment D. 18. 3, 7 aus der nachklassischen¹ Epitome HERMOGENIANS. Es ergibt sich folgendes Schema:

| Kauffragmente | Fiduziafragmente | Arrhafragmente |
|---------------|------------------|-----------------------------------|
| D. 18. 3. 1. | D. 18. 3. 2. | |
| 18. 3. 4. | 18. 3. 3. | |
| 18. 3. 5. | | D. 18. 3. 6. |
| (18. 3. 7.) | | 18. 3. 8. |
| Sabinusmasse | | Papinian- und Appen- dixmasse. |

Eine nähere Untersuchung des Titelaufbaus zeigt, welche Stellen nicht für klassisches Recht verwertet werden dürfen, und ergibt, daß die Kompilation den Kauf unter l. c. wieder stärker hervorhebt, weil die Kommissoria der Gestaltung des byzantinischen Kaufs mit Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Nichterfüllung besonders nahesteht.

In der Gruppe der klassischen Kommissoriastellen fällt auf, daß die Erörterung im Zusammenhang der Kommentare einer späten Zeit, ULPIAN und PAPINIAN, angehört. Das große Fragment D. 18. 3, 4 ist im wesentlichen ein später stark überarbeitetes und unselbständiges Referat ULPIANs, das sich aus Kontroversenliteratur und aus Zitaten kaiserlicher Reskripte, NERAZ', PAPINIANS und MARCELLUS', zusammensetzt. D. 18. 3, 1, womit ein ähnliches Referat begann², haben die Kompilatoren programmatisch vorausgestellt und kauffremde Fragmente dazwischen eingeschoben. Das entstellte NERAZ-Zitat in D. 18. 3, 4 § 1 fällt offenbar zusammen mit D. 18. 3, 5, stammt also aus dem 5. Buch der membrana, das verschiedene Themen aus dem Kaufrecht, aber keinen zusammenhängenden Kommentar zur lex commissoria enthielt³. Das PAPINIAN-Zitat D. 18. 3, 4 § 2 = Vat. 3 ist dem 3. Buch der Responsen entnommen, aus dem noch Vat. 4, Vat. 11 = D. 19. 1, 13 § 26 und Vat. 14 stammen und das neben vielem anderen auch De pignoriibus et pignoratitia actione und De emptiõibus et venditiõibus handelte. Die Kommissoriazitate müssen dem Abschnitt De emptiõibus angehört haben: dem Verfasser der vatikanischen Sammlung hatten aus dem 3. Buch der Responsen nur Fragmente aus dem Kaufrecht vorgelegen, andere Gebiete sind weder im Titel Ex empto noch unter anderen Titeln der Sammlung aufgenommen. Das MARCELLUS-Zitat ist dem 20. Buch seiner Digesten De solutionibus et liberationibus⁴, nicht dem Kaufrecht entnommen.

¹ Abweichend gegen KRÜGER, 2. Aufl., 254; KIPP, Geschichte der römischen Quellen, 4. Aufl., 141; COLLINET, Histoire de l'école de Droit de Beyrouth. Dazu PRINGSHEIM SSZ. 47, 465.

² LENEL, Palingenesie², II, 1118.

³ LENEL, Palingenesie I, 770f.

⁴ LENEL, Pal. I, 623.

Die Untersuchung dieser Textmasse ergibt, daß das gesamte Recht der Verwirkungsklausel erst im Ediktcommentar ULPIANS und vielleicht in den Responsen PAPINIANS systematisch dargestellt worden ist¹. Ein fester Platz im System fehlt.

Zu der zweiten Masse gehören D. 18. 3, 2 und D. 18. 3, 3.

D. 18. 3, 2. POMPONIUS hat im 35. Buch des Sabinuscommentars von der fiducia gehandelt². Wenn die Kompilatoren Fragmente über fiducia aufnahmen, mußten sie von Zusammenhängen mit der lex commissoria ausgehen, die darin liegen, daß auch bei der fiducia eine Verfallsklausel auftritt, die die Paulussentenzen II, 13 lex commissoria nennen. Das ist fast unbestritten³; nur MANIGK⁴ hat die ältere Lehre, wonach die fiducia gesetzlich die Wirkung eines Verfallpfandes hat und einer vertraglichen Commissoria daher nicht bedarf, wieder mit entwicklungsgeschichtlicher Rechtfertigung aufgenommen. Der Gleichklang der beiden Institute hat die Kompilatoren zur Verwendung in diesem Zusammenhang geführt. Eben im Zusammenhange der fiducia, die, wie wir seit RABELS⁵ Untersuchungen über nachgeformte Rechtsgeschäfte wissen, denaturierter Sicherungskauf durch imaginäre Manzipation ist, konnten die Quellen, die den Redaktoren vorlagen, auch vom nicht denaturierten konsensualen Sicherungskauf⁶ sprechen, der durch die griechische Praxis der *προᾶσις ἐπὶ λύσει* und des aus Ägypten

¹ Ebenso ist in D. 41, 4, 2, 3, in 43, 3, 26 § 13 und in D. 18, 1, 6 § 1 die lex commissoria bei Gelegenheit anderer Probleme erwähnt.

² LENEL, Pal. II, 146f.

³ OERTMANN, Fiducia, Geschichte und System 107.

⁴ Art. fiducia in PAULY-WISSOWA, Realenzyklopädie. MANIGK lehnt ab, fiducia pignus und hypotheca in eine Entwicklungslinie zu stellen und daraus mit der herrschenden Meinung den Schluß zu ziehen, daß bei der fiducia wie beim pignus die Entwicklung vom Sicherungspfand zum Verwertungspfand erst zur Bildung einer vertraglichen Verfallsklausel geführt hat: das volle Eigentum des Fiduziars habe gesetzlich Verwirkungseffekt und Verkaufsbefugnis umschlossen. Erst später habe eine Rückspiegelung der Prinzipien des pignus zur Zersetzung der Rechtsstellung des Fiduziars geführt; eine Verfallsklausel habe die fiducia niemals entwickelt. Gegen den Ausgangspunkt MANIGKS — selbständige Entwicklung der drei Sachhaftungsformen — muß eingewandt werden, was aus der Vergleichung mit nachgeformten Rechtsgeschäften folgt. Die Entwicklung des Verfallpfandes im griechischen Recht (RAAPE, Verfall des Pfandes 16ff.) spricht gleichfalls gegen MANIGK; auch die Quellen sind mit seiner Lehre nicht vereinbar. Das pompejanische Triptychon vom Jahre 61 p. Ch. (BRUNS Fontes⁷ Nr. 134), die Tabula Baetica, die als Lehrformular besonders überzeugend ist, und D. 13, 7, 4 zeigen weder Verfallswirkung noch Verkaufsrecht als gesetzliche Befugnis, die Distraktionsbefugnis muß erst von den Parteien geschaffen werden, auch das Verfallsrecht auf Grund vertraglicher Abrede wird durch die freilich in ihrer Zuordnung zur fiducia zweifelhafte Titelrubrik PAUL. Sent. II, 13 bezeugt. Vgl. auch Auctor ad Her. 13, 56: fiducia commissa.

⁵ SSZ. 28, 351 ff.

⁶ RABEL, Grundzüge 493, 496; NABER, Mnemosyne 1920, 172 ff.

bekanntem Kauf auf Rückkauf beeinflusst ist: Unter dem Einfluß dieser Formulare bildet sich ein volksrechtlicher Pfandtypus des nachgeformten Umsatzgeschäfts. Die römischen Zeugnisse für diese Funktion des Kaufs sind häufig: Vat. 9 wird eine Sache um den Betrag der Forderung mit Zinsen gekauft; in D. 20, 1, 16 § 9 werden Pfand und Hypothek als bedingter Konsenskauf konstruiert¹, ebenso in PAUL. Sent. II, 13 § 5. Außerhalb des klassischen Quellenkreises zeigt sich die Konstruktion noch häufiger: In der volkrechtlichen Konstitution C. 4, 54, 2², im pompejanischen Triptychon³ und in den vulgärrechtlichen Interpretationen des Breviarium Alaricianum⁴, die die Commissoria nur mit einem bedingten Sicherungskauf umschreiben können. Endlich konnten der Pfandbestellung Abreden nachfolgen, die durch bedingten Kauf Eigentum an den Gläubiger übertragen. All diesen Konstruktionen gab die Nachformung als bedingter Kauf materiell den Charakter einer Pfand- oder fiduziarischen Verfallsklausel, auch sie konnten daher als *lex commissoria* bezeichnet werden⁵. Da sie sich zugleich in der Formulierung als bedingter und befristeter Vorbehalt der Kaufcommissoria annäherten, konnten sie, wie es schon PAUL. Sent. II, 13 de lege commissoria geschehen war, die Kompilatoren als Kaufcommissorien in den neuen Titel D. 18. 3 einstellen⁶. D. 18. 3, 2 ist ein bedingter Sicherungskauf⁷. Den Kompilatoren hatte ein Text vorgelegen, der noch von einer *lex commissoria* sprach.

Hierhin gehört auch D. 18. 3, 3⁸. Die Inskription ergibt, daß der Satz in D. 18. 3, 3 zusammenhangsfremd ist⁹. Die Kompilatoren nahmen ihn aus einer Erörterung über die fiduziarische Commissoria, in der eine analoge Entscheidung für die Kaufcommissoria herangezogen war, heraus und fügten das überflüssige [*non etiam invitus*] hinzu.

¹ Die Echtheit ist zweifelhaft; Index interpolationum. ² a. 222.

³ Sicherungskauf: ECK, SSZ. 9, 60ff.; ALIBRANDI, Bull. 1, 10.

⁴ Besonders deutlich Epit. Suppl. Cat. 225 (zitiert nach HAENEL, Brev. Al. 1849, 75). Zu C. Th. III, 2, 1.

⁵ PAUL. Sent. II, 13.

⁶ Darauf hat GRADENWITZ (GRÜNHUT 34, 316) hingewiesen. Einen Versuch, eine genetische Beziehung zwischen Sicherungskauf und Kommissoriakauf herzustellen, bringt er selbst nur mit Zweifeln vor. Auch SENN, NRH. 1913, 610 erklärt die Eingliederung der Fiduziafragmente mit dem Synonym *lex commissoria*. Eine innere Beziehung sieht er darin, daß, wie bei der Kaufcommissoria die Arrha, bei der fiduziarischen Commissoria die fiducia einem Vertragsteil zu Eigentum verfällt. Aber der Typus einer Commissoria mit Verfallsarrha ist dem klassischen Recht fremd; zudem vertauscht SENN die Parteien; die Arrha verfällt dem Verkäufer, die fiducia dem Käufer.

⁷ STEINER, Datio in solutum 105.

⁸ ULP. 30 ed. nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, [*non etiam invitus*].

⁹ Sonst wäre der Hinweis quae in venditionibus adicitur unmotiviert.

Veranlaßte Stoffmangel zur Aufnahme der Fiduziastellen, so fand die Papinianskommission in den Digesten und den Responsen SCAEVOLAS geeignete Quellen, um mit den Mitteln der Kompilationstechnik den Arrhalkauf durch bewußte Zusammenstellung der, mit klassischen Überlieferung in die *lex commissoria* einzuführen. Seit durch SAMTER¹ die Entstehung der beiden Referate über SCAEVOLAS Gutachtertätigkeit und ihre Verwendung durch die Digestenkommissionen geklärt ist, sind weitere Schlüsse aus ihrer Aufnahme möglich². Die Digesten sind ein „posthumes Nachschlagewerk“, das das gesamte literarische Material über SCAEVOLA aus den rohen Aktenstücken, die in der Hofkanzlei lagerten, unverarbeitet zusammenfaßt. Stellt SAMTER fest, daß den Parteien nicht gelingt, das Tatsächliche zum juristischen Gesamtbild zusammenzufassen³, so ist das dadurch begründet, daß sie römisches Recht nicht kennen; die Kompilatoren mußte gerade der breite hellenistische Tatbestand mit der ihnen erwünschten *testatio* bei der Durchsicht zur Aufnahme der *lex 8* in die Appendixmasse des Titels, wodurch die bewußte Hinwendung zum Arrhalkauf unterstrichen wird, veranlassen, die das untechnisch gemeinte „*respondit non commisisse*“ zu rechtfertigen schien.

Die Responsen sind juristisch überarbeitet, der Tatbestand auf das rechtlich Wesentliche verkürzt. In der knappen Fassung des D. 18. 3, 6 mußte es als gesetzlicher Erfolg der *l. c.* erscheinen, daß jede Anzahlung verfiel, wenn die Kompilatoren [*vel alio nomine*⁴] hinzufügten und mit [*de lege commissoria*], das SCAEVOLA nicht angehören kann⁵, das Gutachten als über einen echten Kommissoriakauf erteilt umfälschten. Auch dadurch wurde der Arrhaltyp als der *l. c.* eigentümlich gewonnen.

II. Die Zuordnung der Titelfragmente zu einem einheitlich aufgefaßten Institut gehört der Kompilation an; dabei sind Begriffswandlungen der justinianischen Zeit verwertet. Die gleiche Anordnung haben die Kompilatoren bei der Zusammenstellung der Konstitutionen für den neuen Kodextitel C. 4, 54 beobachtet. Die Untersuchungen ROTONDIS⁶ über die Entstehungsgeschichte des C.J. haben gezeigt, daß die neuen Titelfragmente der Digesten aus der Titelfolge des Kodex übernommen sind, auch der innere Aufbau eines Digestentitels kann dem Aufbau eines Kodextitels nachgebildet sein, was nur zuweilen durch die chronologische Konstitutionenfolge verdeckt werden kann. Dem Kodex-

¹ SSZ. 27, 151 ff.

² LENEL, Pal. II, 223 ergibt, daß die beiden Stellen D. 18. 3, 6, D. 18. 3, 8 in einem Zusammenhang standen, dem die *l. c.* fremd ist.

³ SAMTER weist gerade auf D. 18, 3, 8 hin. ⁴ Itp.: § 10 d. Abh.

⁵ SAMTER a. a. O. bemerkt, daß alles, was im Tatbestand dem Wort *respondit* vorausgeht, fremder Zusatz ist.

⁶ Scritti I, 110 ff.

titel C. 4, 54 ist offenbar D. 18. 3 nachgeformt worden; die neue Rubrik *De lege commissoria* kannten schon nachklassische Chrestomathien, wie die Paulussentenzen (11, 13). Die Kompilatoren haben auch im Kodex, wo ein besonders reiches volksrechtliches Material¹ vorlag, Anfragen aus hellenistischem Gebiet (4, 54, 1; 4, 54, 3) mit echten Kommissorialfällen zusammengestellt. Wie in D. 18, 3 haben sie auch den bedingten Sicherungskauf (C. 4, 54, 2; 4, 54, 7²) in denselben Zusammenhang gebracht.

Die Untersuchung der beiden Titel bestätigt, was vermutet wurde. Einerseits ist nur ein sehr beschränkter Teil für die Erkenntnis klassischen Rechtes verwertbar. Andererseits zeigt sich, daß die Kompilation das Institut wieder besonders hervorheben will³ und ihm durch zusammenhangsfremde volksrechtliche Fragmente den Charakter gibt, den sie gleichzeitig durch Interpolationen einführt, wie später gezeigt werden wird. In dem kurzen und übersichtlichen Titel 18. 3 erhob sich die bewußte Kompilationstätigkeit leichter zum Range einer neuen Konstruktion als in den großen Ediktstiteln, in denen auf eine neue Systematik verzichtet ist.

§ 2. Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang.

I. Aufgabe der Arbeit ist die Untersuchung der dinglichen Rechtsstellung des Verkäufers nach dem Rücktritt. Sind die Verfügungsgeschäfte synallagmatisch in den Bestand des Verpflichtungsgeschäfts eingeflochten, so daß das Eigentum zurückfällt, oder verzichtet die *lex commissoria* auf eine Einwirkung auf das Solutionsgeschäft? Das klassische Material gibt keine einheitlichen Entscheidungen.

Rechtssysteme, denen die Trennung des Übereignungserfolges vom persönlichen Verpflichtungsgeschäft begrifflich so eigen ist wie dem deutschen bürgerlichen Recht, seit SAVIGNYS Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag⁴, werden den Abreden, die den Bestand des Kaufs angreifen, nicht leicht unmittelbare Einwirkung auf den Erfolg der Erfüllungsgeschäfte zugestehen. In Systemen, die im Umsatzgeschäft die begriffliche Unterscheidung von persönlicher und dinglicher Berechtigung nicht ausbilden, wie das objektive Synallagma des helle-

¹ Hellenistische Fälle scheinen noch C. 4, 54, 5 (Kaufbürge) und C. 4, 54, 8 (Inskription *Auxanoni*) zu sein.

² Daß ein Sicherungskauf vorliegt, ergibt „*data quantitas*“.

³ PRINGSHEIM, Kauf mit fremdem Geld, 81¹, bemerkt, daß die Kompilation den Zusammenhang zwischen Kaufbestand und Preiszahlung, den vertraglich die *l. c.* hergestellt, besonders betont, weil sie ihn zugleich durch das Erfordernis der Preiszahlung gesetzlich macht. Der naheliegende Schluß, Konstantin habe auch die Kaufkommissoria verboten, wird durch den Schlußsatz von C. Th. III, 2, 1, wie PRINGSHEIM bemerkt, und durch Vat. 3 und 11 widerlegt.

⁴ FELGENTRAEGER, Der Einfluß SAVIGNYS auf die Übereignungslehre. S. 21 ff.

nistischen Rechtes, wird notwendig der Übereignungserfolg von Kaufbeschränkungen nicht unberührt bleiben. Das römische Recht ist früh zur Isolierung der abstrakten Erfüllungsgeschäfte der Manzipation und der in *jure cessio* gelangt¹. Der Traditionserwerb bleibt an individualisierte Rechtfertigungsgründe geknüpft.

Es kann bei der Verwirkungsklausel auf verschiedene Weise geschehen, daß der Verkäufer beim Verfall Eigentümer ist: Er hat sein Eigentum nie verloren, und das Ausbleiben der Zahlung vernichtet nur die *exceptio rei venditae traditae*, die der Vindikation entgegenstand. Rechtsgeschäftlich führen dazu Übertragungsformen, die ziviles Eigentum oder Eigentum überhaupt beim Verkäufer zurücklassen. Eine *res Mancipi* wird nur tradiert²; bei einer *res nec Mancipi* wird aus der *traditio* durch Zuweisung nur prekariistischen Besitzes die *iusta causa traditionis* eliminiert: C. 4, 54, 3³. Ein Provinzialgrundstück muß hier verkauft sein, weil bei einer *res Mancipi* nicht einmal volle *traditio* übereignet haben würde. Beim bedingten Kauf der Älteren fehlt der *traditio* ohne die *causa* der Übertragungseffekt.

Eine andere Möglichkeit ist, daß an den Verkäufer das Eigentum zurückfällt, weil der Kauf *resolutiv* bedingt war. Das ist das Ergebnis der dogmengeschichtlich gebundenen Theorie, die die auflösende Bedingung zurückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Übereignung vernichten läßt, und deren Berichtigung zu versuchen, eine wesentliche Aufgabe der Arbeit ist: Manzipation⁴ und Tradition können nicht als auflösend bedingt, aber vorläufig wirksam gedacht werden.

Für *res Mancipi* wird der Kreis der Möglichkeiten für eine dingliche Rechtsstellung des Verkäufers erweitert, durch die Aufspaltung des Eigentums in *quiritarischen* und *bonitarischen* Erwerb⁵. Es entsteht die Frage, wie auch *bonitarisches* Eigentum nach dem Verfall zurückfallen kann und wie die *lex commissoria* auf die Schutzmittel des *bonitarischen* Erwerbs durch Kauf, die *actio Publiciana* und die *exceptio rei venditae et traditae* einwirkt.

¹ EHRHARDT, *Iusta causa traditionis* 17.

² MITTEIS, *RömPrR.* I, 185; ARTHUR KOHLER, *Arch. f. bürg. R.* 15, 1 ff. Dieses von KOHLER besonders betonte exegetische Prinzip ist gefährlich, weil es im justinianischen Text keinen äußeren Anhalt findet.

³ „Si non precariam possessionem tradidit“. Zu vergleichen ist D. 19, 1, 13 § 21. D. 43, 26, 20.

⁴ Vat. 329.

⁵ Die Bedeutung des *bonitarischen* Eigentums für die Frage nach Übereignung und Preiszahlung wieder hervorgehoben zu haben, ist so sehr das Verdienst von APPLETON (*Propriété prétorienne* II § 26 u. BOYER, *Recherches sur la résolution*), wie die Überschätzung der Frage fördernde Arbeit gehindert hat; so will BOYER den vermeintlichen Zwölftafelsatz für klassische Zeit der prätorischen Rechtsschutzmittel wegen zessieren lassen (S. 91).

II. Der Mechanismus der rechtsgeschäftlichen Kaufbeschränkung würde durch die gesetzliche Verknüpfung der Solutionsgeschäfte in den Institutionen II, 1, 41 zerstört. Wird die Geltung der Lehrbuchregel im Bereich der *lex commissoria* auch nur für die Zeit der Kodifikation unterstellt, so entsteht die Frage, ob nicht doch Eigentumsübergang durch die Zahlungssurrogate des „*fidem sequi*“ oder der *satisfactio*¹ ermöglicht wird. Es war dies ein Behelf der älteren gemeinrechtlichen Dogmatik, wenn sie die für sie unangreifbare Regel mit den Kommissoriaquellen harmonistisch zur Übereinstimmung bringen wollte. Die Quellenkritik, die sie widerlegen will, muß die Regel zunächst voraussetzen, um zum Problem zu gelangen. Den Kreis der Satisfaktionsmittel wollen die Institutionen erschöpfend bestimmen: *expromissore aut pignore dato*. Die Verfallsabrede gehört danach nicht dazu², weil sie weder durch dingliche Haftung noch durch persönliche Haftung eines Dritten die Sicherstellung verschafft.

Andererseits bedeutet die *lex commissoria* nicht *fidem sequi*, die Kreditierung durch die die Kompilatoren das Preiszahlungserfordernis paralysierten. Zwar kann der Sinn der Verfallsklausel sein, daß der Verkäufer vor dem Verfalltage nicht fordern wird, und somit kann sie tatsächlich zum Zahlungsaufschub führen. Aber die terminologische Entwicklungsgeschichte des *fidem sequi*, das nach PRINGSHEIM³ auf das griechische *πιστεύειν* und die fiktiven Darlehnsurkunden, mit denen die Griechen die Fiktion des Barkaufs aufrechterhalten, zurückzuführen ist, ergibt, daß Vertrauen in Zahlungswillen und Zahlungsfähigkeit dem *fidem sequi* begriffswesentlich ist, während die *l. c.* anders als Kundgebung äußersten Mißtrauens nicht gedeutet werden kann. Diese seine eigene zutreffende Bemerkung muß APPLETON⁴ entgegengehalten werden, der *fidem sequi* für klassisch hält, während für die, die mit uns durch ENNECERUS' Interpolationsnachweis überzeugt sind, *fidem sequi* für das klassische Recht als Zahlungssurrogat ausgeschieden werden kann. Ergeben trotzdem die Quellen, daß schon nach justinianischem Rechte Eigentum auf den Kommissoriakäufer übergeht, so zeigt sich, daß die justinianische *Digesten*redaktion diese Quellen auf das Preiszahlungserfordernis hin nicht überarbeitet hat.

Ermöglichen Zahlungssurrogate nicht den Eigentumsübergang, so scheint sich kein Weg für das Eigentum des Käufers zu eröffnen. Damit

¹ So BECHMANN, Kauf II, 1, 529. Dagegen SCHULIN, Resolutivbedingung 143. Die SCHULINSche Darstellung ist mit der Notwendigkeit belastet, Quellen immer wieder mit dem Zwölftafelsatz zu interpretieren, wo er nicht eingewirkt hat. Folgerichtig spricht sie dem Käufer schon vor Verfall das Eigentum ab. Ebenso APPLETON, *Propriété prétorienne* II, § 26.

² Wie A. KOHLER a. a. O. 24 annimmt, der den Nachweis ENNECERUS' für *fidem sequi* übersehen hat.

³ SSZ. 50, 386f. ⁴ NRH. 1928, 11 ff.

ist die Auseinandersetzung zwischen Inst. II, 1, 41 und dem Hauptproblem notwendig geworden. Ohne Auseinandersetzung mit der Institutionenregel kann die dingliche Rechtsstellung des Käufers nicht erkannt werden¹. Diese Regel muß in einem System, das persönliches und dingliches Recht ohne Vermittlung abgrenzt, dogmatisch zersetzend wirken; sie ersetzt das lockere Synallagma der obligatorischen Leistung, das durch die *lex commissoria* vorausgesetzt und geregelt wird, durch ein Synallagma der dinglichen Erfüllungsgeschäfte, das aus dem primitiveren Rechtsgedanken der reziproken Surrogation von Preis und Kaufsache und Kaufsache und Preis entstanden ist. Dem entspricht, daß die Literatur bis auf PEROZZI² die Institutionenregel bei der Dogmatik der *lex commissoria* in den Vordergrund stellt und dadurch, wie die älteren, zu gezwungener Quellenkritik kommt. Es blieb im allgemeinen übersehen, daß die *lex commissoria* in jedem Falle gegen den Zwölf-tafelsatz beweist: Bei dinglicher Wirkung entsteht sofort die Frage, warum der Verkäufer eine Rechtswirkung anstrebt, die ihm sicherer und schneller die gesetzliche Regel gibt; bei obligatorischer Wirkung ist noch überzeugender der Einwand, daß also trotz fehlender Preiszahlung der Käufer Eigentümer wurde. Alles zwingt zu einer Behandlung des Streitigen um den Eigentumsübergang ohne Preiszahlung.

Nach den Untersuchungen von HEINECCIUS, JHERING³ und ENNECERUS⁴ hatte PRINGSHEIM⁵ die Rezeption des Satzes durch Herleitung aus dem griechischen und hellenistischen Surrogationsprinzip quellenkritisch durch Vergleich mit den Institutionen des GAIUS und mit Digestenstellen, in denen das klassische Recht erhalten ist, gezeigt. Für das römische Recht sei im Codex bis zur Zeit DIOKLETIANUS ein ständiges erfolgloses Andringen des Surrogationsgedankens nachweisbar, erst seit CONSTANTIN sei die Anschauung aufgenommen worden. Der Zwölf-tafelsatz, in Wahrheit schon in der frühen Republik derogiert, habe zur Legitimierung des neuen Rechtsgutes dienen müssen⁶. Die These PRINGSHEIMS haben APPLETON⁷, MEYLAN⁸, BOYER⁹ und vor allem

¹ Besonders deutlich wies darauf MITTEIS (RöPRiR. I, 183) hin, wenn er die Entscheidung über die l. c. bis zur Klärung der Hauptfrage vorbehielt. Über die Institutionenregel war MITTEIS damals noch nicht ganz hinausgelangt. Später vgl. SSZ. 37, 367 ff.

² Istituzioni, 2. Aufl. 1928, 286 n. 1.

³ Geist des römischen Rechts, 5. Aufl. II, 541.

⁴ Rechtsgeschäft I, 250.

⁵ Der Kauf mit fremdem Geld; SSZ. 50, 333.

⁶ Zustimmend MITTEIS, SSZ. 37, 367 ff.; BONFANTE, Istituzioni, 6. Aufl. 265 Note 2; Scritti II, 600; anders Istit. 8. Aufl. und die bei ALBERTARIO, Rivista del Diritto commerciale XXVII, 239 und PRINGSHEIM SSZ. 50, 411 zitierten.

⁷ Nouvelle Revue historique, 1928 S. 11 ff.

⁸ Le paiement du prix et le transfer de la propr. in Studi Bonfante I, 443 ff.

⁹ Recherches historiques sur la résolution, 260 ff.

ALBERTARIO¹ zu widerlegen versucht. Die BOYERSche Untersuchung kann vernachlässigt werden, weil sie für die klassische Zeit zum gleichen Ergebnis gelangt. APPLETON lehnt alle Folgerungen ab, MEYLAN schließt sich für die Manzipation PRINGSHEIM an, läßt aber für die Tradition die Regel bestehen. ALBERTARIO umgekehrt erhält den Satz für die Manzipation bis in klassische Zeit aufrecht und läßt ihn erst mit der byzantinischen Verschmelzung des Eigentums an *res mancipi* und *res nec mancipi* aus den Quellen verschwinden. Bei der *lex commissoria* ist in der Regel ein *fundus Italicus* verkauft, der Kauf von Provinzialgrundstücken unterliegt im allgemeinen volksrechtlichen Geschäftsformen, deren abweichende Grundlagen später erwiesen werden; Untersuchung und Kritik wird sich daher auf die Arbeiten APPLETONS und ALBERTARIOS beschränken². Dem Institutionensatz JUSTINIANS (II, 1, 41) steht als stärkstes Zeugnis GAI Inst. II, 20 gegenüber:

Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi. Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt si modo corporales sunt et ob ita recipiunt traditionem. Itaque si tibi vestem . . . tradidero . . . ex causa venditionis statim tua fit ea res.

Es folgt GAIUS II, 22, wo auch für *res mancipi* das Erfordernis der Preiszahlung dort auffällig unterdrückt wird, wo es gegenüber Inst. II, 1, 41 zu erwarten wäre. Den Text erklärt APPLETON so, daß GAIUS bei seinen Lesern — im Lehrbuch — stillschweigend habe voraussetzen dürfen, daß Eigentum zwar statim, aber im übrigen nur dann habe übergehen können, wenn es in der Absicht des Verkäufers gelegen habe, oder wenn der Kaufpreis bezahlt oder die Zahlung surrogiert worden sei. Als notwendige Voraussetzung des Eigentumsüberganges habe die Preiszahlung ebenso mit Stillschweigen übergangen werden können wie das Eigentum des Verkäufers. Aber APPLETONS Gegenschluß befriedigt nicht. Im Stil des Anfängerlehrbuchs darf die Unterdrückung entscheidender Erfordernisse nicht erwartet werden; GAIUS spricht von der *traditio* im allgemeinen und nur für die *traditio* aus der *causa venditionis* würde als exceptionelles Erfordernis die Preiszahlung hinzutreten müssen, die bei anderen *causae traditionis* unmöglich ist, also dort jedenfalls nicht vorausgesetzt werden darf. Die Unterdrückung der Preiszahlung wirkt um so auffälliger, wenn mit „*pleno iure statim tua fit res*“ „*si modo corporalis*“ primitive Erfordernisse und Wirkungen sehr aufdringlich betont werden.

Codexstellen, in denen der Kaiser die Rechtsanschauung der Institutionen, die aus den Anfragen spricht, zurückweist, werden gewaltsam

¹ Il momento del trasferimento della proprietà in rivista del Diritto Commerciale. XXVII, 237 ff.

² Die Arbeit beschränkt sich hier darauf, die Grundlagen des Streites und seine Anwendung auf die Quellen zu geben.

interpretiert; in C. 3, 32, 12 wird der Eigentumsübergang auf eine „sans doute“ erfolgte *mancipatio nummo uno* zurückgeführt, für die sich kein Anhalt bietet. Mit der gleichen Begründung wird C. 4, 38, 8 erklärt, obwohl die provinzielle Inskription *HERODES DIOGENES* erschwert, *vineae* als manzipationsbedürftig gelten zu lassen. Die stillschweigende Voraussetzung einer *mancipatio nummo uno* scheint gewiß kein glückliches Prinzip: regelmäßig ist die *mancipatio nummo uno* Übertragungsform beim Erwerb aus anderen *causae* als der Kaufcausa. Eine Interpretation der Commissoriastellen gibt APPLETON nicht. Anderen verwandten Codexstellen setzt er eine eigene Exegese nicht entgegen. Auf alle Einzelheiten der Quellenkritik kann nicht eingegangen werden.

Soweit die Untersuchung APPLETONS die Institutionenregel mit entwicklungsgeschichtlichen Gründen verteidigt, erheben sich gerade hier allgemeine Bedenken: trifft zu, daß sich die Institutionen zu Recht auf einen Zwölftafelsatz berufen, so bleibt die Transponierung dieses archaischen Grundsatzes in die Tradition unerklärt, sie wird gerade durch das Zeugnis der zwölf Tafeln besonders zweifelhaft gemacht, die, soweit wir wissen, den Erwerbsgrund der Tradition noch nicht kennen. Wie der Zwölftafelsatz, der im solennen Barkauf und im Manzipationsformular geschichtlich immerhin glaubwürdig ist; auf die *traditio* in einer Zeit übergeleitet werden kann, die wirtschaftlich über den Barkauf hinaus ist, ist nicht zu erklären, wenn diese Überleitung überdies unter Beschränkung auf die *traditio* aus der causa des Konsensualkaufs, der entwicklungsgeschichtlich nicht an die Manzipation angeschlossen werden kann, erfolgt sein soll¹. Freilich wird man überhaupt an einen Zwölftafelsatz, der sich annähernd mit der Institutionenregel deckt, nicht leicht glauben²; gegen ein besonderes Eingehen des alten Gesetzes auf die Preiszahlung spricht entscheidend, daß die reelle oder fiktive Preiszahlung schon in die Manzipationsformel aufgenommen ist: „*Isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*“.

Eine Auseinandersetzung mit ALBERTARIO führt in andere Richtung.

¹ Diese Bedenken verstärken sich gegenüber MEYLAN schon von JHERING vorgeschlagener Theorie. Wenn die Institutionenregel danach für die Manzipation durch Fortsymbolisierung der Preiszahlung überwunden ist, wie es wirtschaftlichem Bedürfnis entsprach, hätte ihre Wiederaufnahme für die Tradition einen Rückschritt bedeutet. Ein Motiv fehlt, das gegenüber der Tendenz, dem Preiszahlungserfordernis fiktiv zu genügen, eine neue Tendenz, es für die Tradition wieder einzuführen, erklärt (PRINGSHEIM, Kauf 59). Andererseits können die Einwendungen gegen die Interpolationsbehauptungen PRINGSHEIMS nicht überzeugen. Die harmonistische Methode (sehr deutlich MEYLAN, 457) bedeutet einen Rückschritt in einer Forschung, für die der offene Widerspruch der Quellenüberlieferung Voraussetzung und Arbeitsfeld ist.

² APPLETON allerdings (S. 30) teilt den genauen Wortlaut des Zwölftafelsatzes mit: „*Venditor nuncupato emptor rem manu capito aes dependito (ou solvito) aut praedem dato*“.

Aus GAIUS II, 20 gewinnt ALBERTARIO ein *argumentum e contrario* für *res mancipi*. In der Tat fällt die antithetische Fassung („*magna autem est differentia*“ und danach prägnant „*statim*“) auf. Das Zeugnis der Inst. II, 1, 41 scheint in der Tat zutreffend auf den Zwölftafelsatz zurück zu verweisen für eine Zeit, in der die Eigentumsübertragung nur durch *mancipatio* oder in *iure cessio* erfolgte. Günstig ist ALBERTARIO auch die Abschwächung des Satzes durch die Zahlungssurrogate bis zum *fidem sequi*.

Seine These vermeidet, was JHERING, APPLETON und MEYLAN sich in den Weg stellt: die Schwierigkeit, den Satz für die *traditio* zu erklären. Der Quellenbeweis ist scheinbar gegenüber der hier vertretenen Theorie erleichtert. Digestenstellen, die für *res mancipi* Preiszahlung fordern, brauchen nicht als interpoliert erwiesen zu werden; die völlig gesicherte Interpolation des „*fidem sequi*“ erleichtert den Beweis, daß die Kompilation den Satz abschwächen wollte. Unerklärt bleibt immerhin, warum sie nur abschwächte, — und das nicht einmal immer — wenn sie beseitigen wollten. Und vermehrt sind die Schwierigkeiten gegenüber der Institutionenstelle gegenüber den Konstitutionen, die für *res mancipi*, nicht für Provinzialgrundstücke, Verkäufereigentum ausschließen und gegenüber den Digestenstellen, die schon ursprünglich vom Traditionserwerb handelten. Der Entwicklungsspielraum für die Bildung der Zahlungssurrogate ist hier vorhanden. Aber die entwicklungsgeschichtlichen Bedenken sind, selbst wenn man den Satz für die vorklassische Zeit annimmt, sehr groß: wie soll seine Fortdauer im Konsensualkauf, wenn die Erfüllung durch *Manzipation* erfolgen muß, erklärt werden? Dies gilt auch wieder gegenüber der APPLETONSchen Theorie, soweit sie *res mancipi* trifft.

Was im *Manzipationsformular* gegen die Existenz eines Zwölftafelsatzes spricht, wurde schon gesagt¹. Auch materiell kann es nicht gelingen, die entwickelte Preiszahlung als Erfordernis des denaturierten *Manzipationsaktes* nachzuweisen. Die zuerst von JHERING² aufgedeckte Rückbildung der solennen *Gegenleistung* des *Manzipaten* zur *mancipatio nummo uno* zeigt, daß bei der Denaturierung der *Manzipation* im Verlauf der Entwicklung die dingliche *Gegenleistung* ausgeschieden wurde. Die reelle *Manzipation* (der alte Barkauf mit dem wirtschaftlichen Effekt des Kaufes) und der Konsensualkauf, für den allein ALBERTARIO zu wirksamer *Manzipation* Preiszahlung fordert, sind ohne jede Beziehung. Nur insofern hat der imaginäre *Manzipationskauf* eine Beziehung zum Konsensualkauf, als der zur Übertragungsform von Herrschaftsrechten denaturierte und symbolisierte Kauf zu einer Verpflichtung des Käufers nur deshalb wird, weil er regelmäßig das Eigentum überträgt. Aber

¹ S. 12.

² a. a. O.

entwicklungsgeschichtlich gleichwertig dient in völlig selbständigen Übereignungsfällen, bei der Übertragung von Dotalgut und bei der Schenkung, die Manzipation der Eigentumsübertragung; warum ist dort an dem (übrigens im Rahmen der zugehörigen causa dieser Rechtsgeschäfte konstruktiv unmöglichen) Preiszahlungserfordernis nicht gleichfalls festgehalten? Die Antwort ALBERTARIOS, daß es dort durch die Zahlung nummo uno unschädlich gemacht ist, steht mit den Quellen nicht im Widerspruch¹, wie APPLETONS Verwertung der m. n. u., aber daß immer dort oder nur dort Eigentum nummo uno übertragen worden ist, hat er nicht gezeigt. Wenn für die Kaufmanzipation am Erfordernis reeller Zahlung wirklich festgehalten wäre, bliebe noch unerklärt, wie das Element der Preiszahlung aus dem solennen Akt der Manzipation in die obligatorische Verpflichtung aus dem Konsensualkauf hinausverlegt werden konnte, ohne daß der Zusammenhang mit dem alten Verfügungsgeschäft verloren ging.

Noch etwas anderes steht dieser Theorie entgegen: die abstrakte Manzipation ist auch zur Verwirklichung anderer Rechtserfolge als der Übereignung nachgeformt worden², sie wird verwertet bei der Emanzipation, bei der Begründung der Manusehe, beim Manzipationstestament, also zur Begründung und Übertragung absoluter Herrschaftsverhältnisse überhaupt. Sollten auch diese Geschäfte nachgeformt werden, muß aus dem Manzipationsakt in sehr früher Zeit die reelle Preiszahlung entfernt worden sein. Das Nebenherbestehen der in iure cessio als Übertragungsakt, bei dem das Preiszahlungserfordernis im Rechtsformalismus keine Stütze findet, mußte zur gleichen Wirkung führen; auch fehlt der in iure cessio das kausale Element ganz, das bei der mancipatio die Verknüpfung mit der Preiszahlung unterstützen könnte.

III. Es sind nun die Quellen durchzusehen. ALBERTARIOS Ziel ist, den Klassikern zuzuschreiben, was auf das Preiszahlungserfordernis deutet, den Kompilatoren, was auf seine Beseitigung deutet. In diesem Sinne versucht er die Wiederherstellung eines klassischen Institutionentextes, demgegenüber das Lehrbuch JUSTINIANS als interpoliert gelten soll; träfe das zu, so hätten die Kompilatoren ihrer Absicht, das Erfordernis, das nur für die Manzipation galt, mit dieser zu beseitigen, so fehlerhaften Ausdruck gegeben, daß der Satz nun vielmehr für die Tradition schlechthin zu gelten schien.

Es scheint folgerichtig, wenn ALBERTARIO in den Kommissoriaquellen Beweise für seine Lehre aufsuchte: regelmäßig sind res mancipi verkauft. Aber schon methodisch erregt es Bedenken, wenn das eine Mal ohne sprachliche Anhaltspunkte Interpolationen unterstellt, das andere

¹ Für die emptio familiae ist sie durch das Testament des LONGINUS CASTOR bezeugt (II Z 5. *Ολικετλαν χρηματα. — επρίατο. — σεσσερτίου νομμου ενός*).

² RABEL, Grundzüge § 2. S 4.

Mal verdorbenen Stellen gleichwohl klassischer Gehalt zugrundegelegt werden muß. Soweit es sich um *res Mancipi* handelt, muß ALBERTARIOS Lehre um den Nachweis bemüht sein, daß ursprünglich der Verkäufer vindizieren konnte, daß aber die byzantinische Überarbeitung dem Verkäufer unter Verweisung auf die Kaufklage die Vindikation nach Verfall versagt. Selbst dies würde nicht für ALBERTARIO beweisen, daß der Verkäufer schon vorher Eigentümer war.

D. 18, 3, 4 § 1¹. Daß ULPIAN nicht so geschrieben hat, liegt zutage. Die gesicherte Interpolation nutzen ALBERTARIO und BOYER aus, um für die *actio venditi* die *rei vindicatio* einzusetzen; da ALBERTARIO mit der hier vorgebrachten Ansicht dinglichen Rückfall ausschließt — der für ihn alle Quellenzeugnisse entwerten würde —, kann er die vermutete *rei vindicatio* für eine Einwirkung seiner Regel heranziehen. Im Ergebnis folgt also ALBERTARIO der Theorie des dinglichen Rückfalls, die indessen hier einzusetzen nicht gewagt hat. ALBERTARIO hebt auch nicht hervor, daß ein Bedürfnis, die *a^o venditi* zu interpolieren, fehlte, weil die Vindikation der Kaufsache aus der Hand eines Dritterwerbers die Kaufklage nicht ausschließt, die der Abschluß des Kaufs vielmehr notwendig macht; er sieht kein Hindernis darin, daß die *rei vindicatio* keine Antwort auf die vorausgehenden Fragen des *pr.* nach dem Verschlechterungsinteresse und dem *quanti minoris venierit* gibt, die nicht erst die Kompilatoren gestellt haben können. Man muß den Quellen Zwang antun, wenn man nach einem Motiv für die Beseitigung einer *rei vindicatio* sucht, während doch bereits durch die neuere Quellenkritik die umgekehrte Entwicklung zur dinglichen Rückwirkung wahrscheinlich gemacht ist.

D. 18, 3, 8 SCAEVOLA. ALBERTARIO sieht hier im Vindikationsbegehren der Klägerin den klassischen Rechtszustand. Aber die Stelle ist für das Preiszahlerfordernis bei *res Mancipi* nicht verwertbar, weil sie sicher² von einem östlichen Provinzialgrundstück spricht; vielmehr ergäbe sich — die Zulässigkeit der Auslegung ALBERTARIOS unterstellt —, daß eben bei der Tradition fehlende Preiszahlung das Eigentum zurückhält und daß den Kompilatoren wiederum mißlungen wäre, ihre Absicht zum Ausdruck zu bringen. Die Wahl SCAEVOLAS zum Respondenten³, die Hingabe einer *Arrha* als Haftungsgegenstand,

¹ Si fundus lege commissoria venierit [hoc — fieret] videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo tam . . . Itaque . . . et . . . sed iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere.

² PARTSCH, Gött. Gel. Anz. 1911, 726; RABEL, Grundzüge § 113 Anm. 2. Die Einzelheiten sind später zu geben.

³ KUEBLER, Griechische Tatbestände in der kasuistischen Literatur (SSZ. 28, 178 ff.), bemerkt, daß bei SCAEVOLA 15 griechische Tatbestände vorkommen, bei allen anderen Respondenten zusammen 5, selbst bei MODESTIN nur 4. Die römischen Namen sind fingiert.

machen es wahrscheinlich und die Einzelheiten des Tatbestandes, auf die später die Untersuchung zurückkommt, beweisen es. Aber auch, wie ALBERTARIO das Fragment interpretiert, ergibt es nichts für das Eigentum der Verkäuferin; nur der Käufer fürchtet Vindikation der Verkäuferin; im Bescheid SCAEVOLAS ist grundsätzlich für eine Berichtigung irrтümlicher Rechtsanschauung des Anfragenden kein Raum¹. Darüber hinaus folgt aus dem Text nur, daß vom Anfrager Vindikation nach erfolgreichem Rücktritt für möglich gehalten wird².

C. 4, 54, 1. Auch diese Stelle wendet sich gegen ALBERTARIO, weil sie sich auf ein Provinzialgrundstück bezieht³; die volkrechtlich denkende Anfrage ist auch hier zur Exegese klassischen Rechts untauglich. Die Adressatin trägt den griechischen Namen DIOTIMA⁴ und den Geschlechtsnamen der Claudier, den die Neubürger häufig annahmen. Außer der Inskription beweisen Arrhahingabe und Arrhaverlust⁵. Wie APPLETON, der die Konstitution wie ALBERTARIO kommentiert, nicht bemerkt, steht das Ergebnis auch bei einer *res nec mancipi*⁶ im Widerspruch zur angeblich gesetzlichen Regel: „*nisi . . . pretium fuisset exsolutum . . . , dominium ad te pertineret,*“ sagt, daß das Eigentum dem Verkäufer nur auf Grund einer Abrede zusteht, die nicht erforderlich wäre, wenn die Institutionenregel bestände.

C. 4, 54, 3. Ob auch hier ein Provinzialgrundstück verkauft war, ist nicht deutlich erkennbar. Die Inskription „*Felici militi*“ ist farblos, die Hingabe einer Anzahlung (*reliquum pretium*) deutet eher auf hellenistischen Kauf. Die Interpolation von C. 4, 54, 3 mußte von ALBERTARIO behauptet werden, wenn nicht die Ablehnung der *rei vindicatio* seine Theorie erschüttern sollte. Aber es ist nur der erste Eindruck, daß die Konstruktion „*non — sed*“ mit besonderer Naivetät unter Verwertung der echten Entscheidung interpoliert, wie ALBERTARIO vorschlägt; tatsächlich mußte der Kaiser die volkrechtliche Anschauung des Petenten ausdrücklich korrigieren. Der zutreffende Einwand, daß derselbe Kaiser nicht in gleichen Fällen (C. 4, 54, 4; 4, 54, 3) entgegengesetzt entschieden haben kann, deutet eben nur mit Bestimmtheit auf Interpolation einer der beiden Konstitutionen, und zwar der sprachlich schlechteren Stelle. Nicht einmal die Interpolation würde die Stelle für Albertario retten: Nach der Abrede ist unzweifelhaft das

¹ Nur die Basiliken XIX, 3, 7 formulieren, als ob vindiziert werden könnte.

² Richtig NABER, *Mnemosyne* 1920, 127.

³ PARTSCH u. RABEL a. a. O. S. 15 u. 1.

⁴ Der Name ist in Preisiges Namenbuch viermal bezeugt.

⁵ Diese Stelle gibt eine wesentliche Grundlage für das durch die Untersuchung verfolgte Ziel und ist später ausführlich zu erörtern. S. 79ff.

⁶ APPLETON durfte also C. 4, 54, 1 für seine Regel heranziehen, die er für *res mancipi* und *res nec mancipi* gelten läßt.

Eigentum zunächst an den Käufer übergegangen und sollte dann an den Verkäufer zurückfallen¹; selbst bei besonderer Abrede ist der gesetzliche Erfolg der Regel nicht in Anspruch genommen.

C. 4, 54, 4². Die später besprechene Interpolation wird hier übergangen. Wenn dem Verkäufer ein Wahlrecht zwischen Vindikation und Zinsforderung gegeben wird, sieht ALBERTARIO hier einen Rückstand des klassischen Preiszahlungserfordernisses; aber erst „*post praestitutum solvendi diem*“ soll der Verkäufer vindizieren dürfen; vorher stand offenbar trotz ausstehender Zahlung das Eigentum dem Käufer zu³.

Mittelbar darf D. 18. 3, 5 herangezogen werden. Der Käufer zieht *medio tempore* die Früchte der Kaufsache *suo iure*; er ist somit Eigentümer. Zwar zieht auch der gutgläubige Besitzer die Früchte aus eigenem Recht, aber der Käufer, der nicht bezahlt hat, könnte nicht an ein Eigentum glauben, das die gesetzliche Regel beim Verkäufer läßt.

Ebenso läßt sich nie die in *diem addictio* vergleichen, weil auch hier der Preis oft erst gezahlt wird, wenn die Bessergebotsfrist verstrichen ist⁴. D. 20, 6, 3 ULP.: Eben die⁵ dingliche Rückwirkung des Bessergebots bestätigt, daß der Eigentumsübergang sich trotz ausstehender Zahlung vollzogen hat: die Kaufsache kann vom Käufer verpfändet werden, weil sie ihm gehörte.

IV. Im Bereich der *lex commissoria* spielt eine Regel, die dem Eigentumsübergang an Kaufpreiszahlung oder Zahlungssurrogate knüpft, nicht herein. Auch die spätere Untersuchung zeigt in Stellen, die eine bewußte nachklassische Überarbeitung auf das Preiszahlungserfordernis hin offenbar vernachlässigen mußte, die Bedeutungslosigkeit der Regel, deren fruchtbarstes Anwendungsgebiet die *lex commissoria* sein mußte. Nicht einmal die Kompilatoren haben den Satz ihrer Institutionen hier eingeführt⁶. Damit kann diese Möglichkeit für eine dingliche Wirkung der Klausel künftig unbeachtet bleiben⁷.

¹ „*ut praedium ad te reverteretur*“. ² S. 59f.

³ Unrichtig auch SCHULIN, Resolutivbedingung 162: Dem Verkäufer steht die *rei vindicatio* zu, weil er nie aufgehört hat, Eigentümer zu sein. CUJAZ, *Recit. ad Tit. D. De R. V.*, ad n. 42 nimmt in eigentümlicher Anlehnung an die Denkweise der Nachklassiker eine *actio ficticia* an.

⁴ MITTEIS, *RöPrR.* I, 183. ⁵ von der Interpolation behauptete (S. 64f.).

⁶ Sie fanden Ersatz darin, daß beim Arrhalkauf nach hellenistischem Recht das Eigentum ohnehin beim Verkäufer bleibt.

⁷ Die Folgerungen für die Geltung der Institutionenregel im klassischen Recht überhaupt sollen hier nicht gezogen werden.

Zweiter Teil.

Konstruktionen des klassischen Rechtes.**§ 3. Die ältere Theorie der Suspensivbedingung.**

Die Verwirkungsklausel ist eine Notwendigkeit des lockeren Synallagmas des klassischen Konsensalkaufs. Wer unter *lex commissoria* verkauft, will vom Kauf loskommen, wenn der Käufer säumig ist. Dann bleibt zwar die Leistung des Käufers erzwingbar, aber die Verfügung über die Sache wird nicht frei. Wer gegen Dritte die Kaufsache an sich zurückziehen will, wird die dingliche Rechtsstellung des Käufers möglichst schwach gestalten: Die Schwäche des Synallagmas führt zur Verzögerung des Verfügungsgeschäfts. Wie kann das klassische Recht diese Absichten in seinen dogmatischen Formen verwirklichen?

Die *lex commissoria* ist in den Quellen zuerst bei SABINUS bezeugt. Aber seitdem der Kauf nicht mehr notwendig Barkauf ist und Verpflichtungsgeschäft und Erfüllung schnell auseinanderfallen, muß es Abreden gegeben haben, die dem Verkäufer gegenüber einem zahlungsunwilligen Käufer vom Kauf loszukommen ermöglichen, solange der Kauf nicht ohne Übereignung vollzogen werden kann. Schon diese Zeit hat die *lex commissoria* entwickelt, wie die altertümliche Bezeichnung als *lex dicta* nahelegt. Die Verwirkungsklausel scheint einer noch spät nachwirkenden¹ Auffassung nicht fernzustehen, die vom Barkauf mit sofortigem Leistungsumsatz ausgeht und den Kauf vor Zahlung des Kaufpreises als gegen den Verkäufer nicht erzwingbar ansieht. Die *a^o venditi* als isoliertes Formular muß bald den Zusammenhang der Austauschleistungen zerstört haben, und daher führt für den späteren Konsensalkauf die Abrede das unentwickelte Synallagma der Kaufleistungen ein, wie es seit KELLER aufgefaßt wird: Käufer und Verkäufer können zwar die Gegenleistung nur erzwingen, wenn sie die eigene Leistung anbieten²; aber den gesetzlichen Rückanspruch des Verkäufers auf die eigene Leistung, den das entwickelte Synallagma des heutigen Rechtes bei Nichterfüllung des anderen Teils gibt, muß im römischen Kauf erst die Verwirkungsklausel schaffen. Durch PARTSCH³ ist

¹ RABEL, Grundzüge § 92. — Andererseits bemerkt dort RABEL, daß aus der Natur der alten Verkehrsakte als Bargeschäft noch dort eine Verknüpfung der Leistungen natürlich bleibt, wo das die Erfüllung einschließende Naturalgeschäft in Vertrag, Leistung und Gegenleistung auseinanderfällt. Wann das im römischen Recht geschehen ist, ist nicht mehr zu erkennen.

² D. 19. 1, 13. 8 am Ende. Daß das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers durch Kautionsabgefunden werden kann, zeigt, wie fremd dem klassischen Recht die Vorstellung des Verpflichtungssynallagmas ist.

³ Nachgelassene Schriften S. 3ff.

eine einheitliche Dogmatik der spätnachklassischen Periode aufgedeckt, die ein Synallagma der Verpflichtungen schafft. Sie greift im Bereich der *lex commissoria* nicht ein, wie man erwarten würde, weil das Arrhalgeschäft zu noch strafferer Verknüpfung der Erfüllungsgeschäfte führt. Außerhalb der bewußten Einführung des Arrhalgeschäftes sind die Quellen zuweilen mit der Synallagmavorstellung überarbeitet (D. 18. 1, 6 § 1).

Für die verwandte in *diem addictio* hat SENN¹ aus dem Quellenkreis des PLAUTUS und der älteren nichtjuristischen Literatur eine Entwicklung gezeigt, die von den bisher beobachteten Konstruktionen eine älteste Stufe abtrennt, in der die in *diem addictio* als *lex contractus* der konstruktiven Erfassung durch die Suspensivbedingung oder durch ein *pactum* des *bonae fidei*-Kontraktes nicht zugänglich ist. Die gleiche Entwicklung wird für die *lex commissoria* die Bezeichnung als *lex dicta*, *lex contractus*, die die spätere Rechtswissenschaft für das *pactum* aufrecht erhält, nahelegen können. Den Charakter der alten *lex dicta* hat SENN gezeigt: Die *lex* geht nicht wie das *pactum* auf die Einigung beider Parteien zurück, sie erfordert kein *bonae fidei iudicium* und ist daher nicht nur beim Konsensalkauf möglich. Sie ist vielmehr einseitig vom Verkäufer diktierte Vertragsklausel² — ein typisches Formular, wie die Quellen zeigen.

Die *lex commissoria* als *lex dicta* gehört einer Entwicklungsstufe an, die bei SABINUS schon überwunden ist. Mit der Ausbildung des Konsensalkaufs³ wird der *lex* ein anderer Inhalt unterlegt. Es ergab sich für die römische Rechtswissenschaft die Aufgabe, die einseitig diktierte *lex contractus* in eine Erscheinungsform des *bonae fidei iudicium*, die auf dem Konsens des Käufers und Verkäufers beruht, überzuleiten. Die Überleitungsform, die gewählt wurde, wird erklärt durch das wirtschaftliche Ziel der *Abrede*. Im Konsensalkauf erreicht man mit der

¹ NRH. 1913, 275 ff.

² MITTEIS, RÖPrR. I, 146. KARLOWAS (RömRRGesch. II, 682) Abgrenzungsversuch zwischen *lex* und *pactum* kann erst später behandelt werden. Der Versuch BECHMANNS, die *leges* auf die der staatlichen Praxis, die *pacta* auf die der privatrechtlichen Praxis nachgebildeten Klauseln zurückzuführen, ist gegenüber der *lex commissoria* beim Pfand und beim Kauf, die privatrechtlich entstanden sind, und der in *diem addictio*, die auf den staatlichen Versteigerungsmodus zurückzugehen scheint, nicht haltbar. — Die Übergangsformen zwischen dem Begriff der *lex* als Volksgesetz und als Privatrechtsgeschäft scheinen in den noch abstrakten privaten Formularschemen, die für die 1. c. durch einen festen *Habitus* der *Abrede* sichergestellt werden und in den schon individualisierten aber noch öffentlich sanktionierten sakralen Bewidmungen von Kultstätten erkennbar zu sein. MITTEIS a. a. O.; Quellen bei BRUNS, *Fontes*, 7. Aufl., 285—288.

³ Der Zeitpunkt des Abschlusses dieser Entwicklung ist ungewiß. Um 200 v. Chr. scheinen die Zeugnisse von VARRO r. r. V. 175 und bei PLAUTUS noch den Kampf zwischen Barkauf und Konsensalkauf im Flusse zu zeigen. Die Fälle bei PLAUTUS können aber auch auf hellenistische Rechtsgestaltung zurückgeführt werden..

Suspensivbedingung, daß die Stellung des Verkäufers gesichert und die Stellung des Käufers provisorisch gestaltet wird. Der Einführung der *lex commissoria* als Suspensivbedingung kommt noch weiter entgegen, daß dies der einzige Typus der Bedingung ist, der zur Zeit des *SABINUS* entwickelt ist¹, und noch bei *GAIUS* III, 146 nicht allzu lange erreicht scheint.

Der suspensiv bedingte Kauf ist die älteste Entwicklungsschicht, die für die *lex commissoria* in den Quellen zu gewinnen ist²; die Konstruktion des *SABINUS* ist im spätklassischen Recht durch die von *ULPIAN* übernommene Lehre *JULIANUS* verdrängt worden. Sie ist nur zufällig erhalten, weil das Distinktionsbedürfnis der Byzantiner, ihre Lehre von der Einwirkung des Parteiwillens auf den Inhalt der subjektiven Rechte und die geschickte Ausnutzung der älteren Theorie zur Begünstigung des Rückfalls eine Rückbildung der julianischen Lehre veranlaßt hat, die suspensiv bedingte Auslegung wieder für möglich hält: diesen Sinn hat das *Ulpianfragment* D. 18. 3, 1, so wie es die Kompilatoren isoliert an den Beginn des Titels gestellt haben³.

D. 41. 4, 2 § 3. *SABINUS* läßt vor der Preiszahlung die Ersitzung *pro emptore* aus dem Kauftitel nicht zu. Das Fragment ist das einzige, das die Bedingungstheorie rein überliefert⁴; es mag erhalten sein, weil es nicht die *Sabinuskommission*, die die klassischen Bestandteile des Titels D. 18. 3 bearbeitete, sondern die *Ediktskommission* ausgewählt hat. Zugleich zeigt es, daß der suspensive Vorbehalt anders formuliert wurde als der auflösende Vorbehalt, eine Parallele zu den Feststellungen *LONGOS*⁵ über die *in diem addictio*.

In D. 18. 3, 1 ist die ältere Theorie noch erkennbar⁶; *ULPIAN* entwickelt im *Zivilrechtskommentar* zu *SABINUS* seine eigene, spätere Konstruktion, wobei in der Gegenüberstellung: „*magis sub conditione resolvi — quam sub conditione contrahi*“ die vorsichtig kommentierte Ansicht *SABINUS* hervortritt. Damit ist gewonnen, daß *SABINUS*' *Zivilrecht* selbst auch bei der Darstellung des Kaufs, den *ULPIAN* im

¹ Der konkrete Fall, von dem aus ein Ausgangspunkt für frühe kasuistische Fortentwicklung der Bedingungslehre gegeben war, scheint bereits dem Recht der *Zwölftafeln* anzugehören. Es ist der Fall des *Statu liber* (*ULP. Fr.* 2, 4; dazu *MITTEIS RÖRR.* I, 17, 2), und es ist das Sakralrecht, das ermöglichte, daß ohne konstruktiven Widerstand die Abhängigkeit eines Rechtsgeschäftes von einem ungewissen Ereignis für zulässig gehalten wird; das *votum* fordert die Denkform der Bedingung.

² Wie gegenüber *LONGO Bull.* 31, 46 betont werden muß.

³ Ohne *Interpolation* wurde damit erreicht, daß die *Glosse* und die *Pandektistik* die *relosutive* Auslegung für die begünstigte, aber auch die *suspensive* für möglich hielt. Statt anderer *VANGEROW*, *Lehrbuch der Pandekten* 7 § 96 S. 154.

⁴ *Seckel-Arg. SZ.* 47, 166. ⁵ a. a. O.

⁶ *ULP.* 28 ad ed. *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur.*

28. Buche kommentiert, die *lex commissoria* als Suspensivbedingung — „sub conditione contrahi“ — erklärt; *ULPIAN* schließt sich in dem Kommentar eng an die einzelnen Abschnitte *SABINS* an^{1 2}.

Lex commissoria und in *diem addictio* können auch in den Einzelproblemen zusammengestellt werden; häufig werden aus der in *diem addictio* die für die l. c. nicht erhaltenen Probleme rekonstruiert werden können. Die ältere Theorie tritt noch in hochklassischer Zeit hervor. Mit *RABEL*³ wird man schon in *CATO De agric.* 144, 13 im Ölversteigerungsformular Andeutungen der Suspensivbedingung beim Versteigerungskauf sehen. Es ist möglich, daß man dort an feste Versteigerungsformulare angeknüpft hat⁴, die die Entwicklung der Konstruktion retardierten. Der fiskalische Verkauf ist sehr oft Versteigerungsgeschäft; im Interesse des Fiskus liegt es, das Eigentum möglichst lange zurückzuhalten, was durch die Suspensivbedingung erreicht wird. Auch aus diesem Grunde erhält sich die ältere Lehre neben der Theorie *JULIAN*s.

D. 18. 2, 2. Man wird nicht schon den Beginn des Fragments mit *BESELER*⁵ dem Sinne nach als unecht ansehen⁶. Überzeugend haben dagegen *BESELER* und *LONGO*⁷ in den Quellen einen offenen Gegensatz zwischen beiden Theorien aufgedeckt, der von den Kompilatoren, die auf Stellungnahme verzichteten, aber keinen Widerspruch wagten, recht unglücklich überbrückt worden ist⁸.

D. 18. 2, 4 pr. Wenn *BESELER*⁹ die Stelle im wesentlichen für unecht hält, so ergibt sich doch für die vermutete Interpolation und für die Ergänzung kein ganz hinreichender Anhalt. Aber auch ohne *BESELER*s Korrektur ist kenntlich, daß *POMPONIUS* der Theorie des *SABINUS* gegen *JULIAN* folgt, was für seine Stellungnahme auch zur *lex commissoria* entscheidet.

Daß auch beim *pactum displicentiae* die Entwicklung von der älteren durch *SABINUS*, *LABEO*, *MELA* und *POMPONIUS* belegten Auf-

¹ F. SCHULZ, *Sabinusfragmente* 2.

² Dasselbe wirtschaftliche Ziel wie die ältere Konstruktion verwirklichen die Alternativverträge in D. 19, 2, 20; 21; 19, 2, 19. Kauf oder Mietvertrag sind unter Bedingungen, die sich ausschließen — Preiszahlung oder Nichtzahlung — abgeschlossen. Diese Konstruktionen haben sich länger erhalten als die Konstruktion *SABINS*. ³ Grundzüge § 113.

⁴ Andeutungen eines Formulars finden sich in den stilisierten Wendungen bei *PLAUTUS*, *Captivi* I, 2, 179—181.

⁵ Beiträge I, 85; II, 57.

⁶ Die Fragestellung „*utrum [pura] emptio [est, sed] sub conditione resolvitur, an [vero] conditionalis sit magis emptio*“ kehrt nahezu unverändert in D. 18. 3, 1 wieder. ⁷ Bull. 31, 41.

⁸ „*interesse quid actum sit*“ schiebt das Problem nur zurück und überläßt im Einzelfall die Entscheidung der Auslegung.

⁹ Beiträge II, 85; IV, 57. „*conditionalis*“ kann nicht genügen. Es kommt im Bereich des *VJR.* 43 mal vor, ist aber nur einmal ganz sicher interpoliert.

fassung zur späteren Theorie erkennbar ist, ist bisher nicht genügend betont worden. Die gleiche Aufgabe: das Synallagma der Verpflichtungsgeschäfte rechtsgeschäftlich stärker anzuspannen, führte zu der gleichen theoretischen Lösung. Das *pactum displicentiae* wird in den Quellen häufig mit den beiden anderen Instituten zusammengestellt. Auch das *pactum* wird zunächst suspensiv ausgelegt, im Gegensatz zu D. 18. 2, 2: eine Auslegung, die noch auf die Klassiker zurückführt. Hierhin gehören D. 19. 5, 20 § 1 und D. 41. 4, 2 § 5.

D. 19. 5, 20 § 1. ULP./MELA¹. Die Theorie der Suspensivbedingung erfährt hier eine Wendung, die an die Konstruktion bei GAIUS III § 146 erinnert. Im Titel *De Praescriptis Verbis* wird man überall mit formalen und sachlichen Entstellungen rechnen müssen; den zahlreichen Interpolationsvermutungen² ist hier nicht nachzugehen. Das Gerüst der Konstruktion, die Auslegung „*si facta pretium petetur, si futura, merces*“ erweist der Vergleich mit der Lösung des GAIUS als klassisch. Dagegen ist in D. 41. 4, 2 § 5 bei PAULUS die ältere Konstruktion nicht mehr mitgeteilt; aus „*sed et*“ kann eine Andeutung der unterdrückten Konstruktion nicht mit Sicherheit herausgelesen werden.

In den Überlieferungsresten wird eine synoptische Behandlung der drei Kaufabreden durch die ältere Theorie erkannt, die an SABINUS, CASSIUS³, POMPONIUS, LABEO und MELA anknüpft: die Auswertung der Suspensivbedingung für sie knüpft an Namen der sabinianischen Rechtsschule an. Wo Schulgegensätze bei den Grundproblemen des bedingten Kaufs wirklich hervortreten⁴, müssen im Bereich der älteren Theorie sabinianische Entscheidungen erwartet werden, so vor allem in der Frage der Rückwirkung der erfüllten Bedingungen.

Werden in den Quellen die Einzelheiten aufgesucht, die sich für die ältere Konstruktion noch gewinnen lassen, so steht im Mittelpunkt der Untersuchung immer die absolute Rechtslage; sie wird aber erst deutlich, wenn gezeigt ist, wie auf den Kaufvertrag die Bedingung einwirkt. Denn die Verflechtung der *iusta causa* aus dem Grundgeschäft in den Erwerb dinglicher Rechte und Anwartschaften verwischt die scharfe Gliederung in dingliche und obligatorische Berechtigung, die hier eine Beschränkung auf die Frage nach dem dinglichen Recht zulassen würde. Nur beim Manzipationserwerb ist der Zusammenhang zwischen kausalem und abstraktem Geschäftsbestandteil gelöst.

Es ist an die Grundsätze zu erinnern, die das römische Recht für

¹ SIBER, *Rei vindicatio* 55 faßt die Stelle auf, als gäbe der Verkäufer eine Offerte zum unbedingten Kaufe ab. Aber dieser Auslegung widerspricht der Vergleich mit dem Tatbestand bei GAIUS III, 146.

² Vgl. *Ind. Interp.* ³ D. 41, 4, 2 § 4.

⁴ Wie SECKEL-LEVY, *SSZ.* 47, 153 annehmen. Zweifelnd zu einem Schulgegensatz in der Frage der Rückwirkung HAYMANN, *SZ.* 48, 354 ff.

bedingte Rechtsgeschäfte entwickelt. Bis zum Bedingungseintritt erzeugt das Rechtsgeschäft die gewollten Rechtswirkungen nicht. Nur eine Anwartschaft besteht, die in einem Punkte auf die Entstehung von Rechten einwirkt: sie schließt Rechte aus, die den Erwerb des bedingten Rechts vereiteln würden¹. Gewisse Vorwirkungen, Kautionspflichten und die Testamentsaufhebung durch eine bedingte Erbinsetzung² schließen die schwebende Unwirksamkeit des bedingten Rechtsgeschäfts nicht aus³. Das ist wieder bestätigt worden durch VASSALLIS⁴ verdienstvolle Untersuchung und durch RABELS⁵ Revision der Quellenkritik VASSALLIS. Aber diese Grundsätze durchbricht bei der *lex commissoria* die Notwendigkeit, dem Käufer Ausbeutung der Potestativbedingung unmöglich zu machen. Dadurch wird die ältere Theorie von den Ergebnissen der allgemeinen Bedingungslehre fortgeführt.

Die Abhandlung wendet sich nicht sofort der Eigentumsfrage zu, weil sie in der Besprechung der obligatorischen Probleme einmal die Möglichkeit sieht, die suspensive Theorie überhaupt weiter freizulegen, als bisher geschehen ist, und andererseits Quellen kritisch behandeln kann, die bisher anders als wortmonographisch nicht durchgesehen worden sind. Die schulmäßige Erörterung in der älteren Theorie bewegt sich um eng abgegrenzte Einzelprobleme, die in der späteren Theorie wiederkehren: die Gefahrtragung, das Fruchtrecht, das Besitzinterdikt und die Usukapion.

D. 18. 3, 2 POMP.⁶ Ein Landhaus, unter *l. c.* verkauft, ist vor der Preiszahlung verbrannt, der Käufer will durch Verweigerung der Preiszahlung dem Verkäufer den Schaden zuschieben. Die Gefahrtragung wird entgegen dem erwarteten Ergebnis entschieden: Die Gefahr trägt

¹ MITTEIS, RÖPR. I, 17, 7. ² D. 28, 3, 16.

³ Der gemeinrechtliche Streit zwischen WINDSCHEID, Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851 und ENNECERUS, Rechtsgeschäft I, 188f. um die Existenz des Rechtsgeschäfts in der Schwebezeit darf in einer quellenkritischen Untersuchung vernachlässigt werden.

⁴ Bull. 27, 192 ff. ⁵ SZ. 46, 463 ff.

⁶ Die kritische Durchdringung eines Textes aus der Gefahrtragslehre wird einstweilen gehindert durch den ungeklärten Stand der Debatte über die Käufergefahr im klassischen Recht. Während vor allem FRANZ HAYMANN immer wieder die Gefahrtragung des Käufers vor der Übergabe als Ergebnis eine Reihe planmäßiger Interpolationen darzutun versucht, bestehen SECKEL-LEVY, SSZ. 47, 133 ff. unter Verwendung des Begriffs der Abholungsreife im wesentlichen auf Klassizität des *periculum emptoris*. Dazwischen vermitteln Anschauungen wie die SIBERS (RÖPR. II, 197) und RABELS (Grundzüge § 92), die für das klassische Recht eine kasuistische Lösung befürworten: Die Haftung für niederen Zufall trifft nach SECKEL-LEVY den Verkäufer, weil eine *Custodia*-Verletzung vorliegt. Die Haftung für höheren Zufall trifft den Käufer, der also im Falle der *villa exusta* den Kaufpreis zahlen muß (D. 21. 2, 64 pr.). Danach bleibt hier für den bedingten Kauf die Frage nach der Käufergefahr bestehen.

der Käufer. POMPONIUS betont, daß nur ungekauft ist, wenn der Verkäufer will, und demonstriert an einer deductio ad absurdum¹ die Gefahrtragung. SECKEL-LEVY² haben die Stelle offenbar auf den unbedingten Kauf bezogen, aber beim unbedingten Kauf ist die Gefahr des Käufers, wenn überdies tradiert ist³, kein Problem; es ist gar nicht möglich, daß der Käufer durch Zurückhalten des Preises den Kauf sabotiert. Das erlaubt das Fragment in die Quellen der älteren Theorie einzureihen. Nur beim bedingten Kauf bedeutet der Sonderfall der Bedingung im Willen des Käufers Gefährdung des Verkäufers, die durch die Entscheidung vermieden werden muß, daß unredliche Bedingungsveritelung dem Käufer nichts nützt; das Gefahrenproblem schlägt hier gar nicht ein, denn es ist wahrscheinlich, daß POMPONIUS, der in D. 18. 3, 2 den SABINUS ohne Widerspruch kommentiert, den Kommissoriakauf 'suspensiv bedingt' auffaßt; daß er für die in diem addictio nur so konstruierte, hat BESELER gezeigt⁴. Die Betonung des „si venditor vellet“ ist nur dort erforderlich, wo die Preiszahlung den Kauf aufschiebend bedingt.

Ist aber der Kauf bedingt, trifft die Gefahr den Verkäufer, wie trotz grundsätzlichen Gegensatzes an anderen Quellen HAYMANN⁵ und SECKEL-LEVY⁶, diese unter Herausarbeitung des Perfektionsbegriffes⁷, gezeigt haben: der Sachuntergang ist Perfektionshindernis⁸. Dies Ergebnis ist in D. 18, 6, 8 pr. noch nicht ausgetragen; SECKEL-LEVY⁶ wollen SABINUS gegen OCTAVENUS und PROCULUS entscheiden lassen und dem Verkäufer die Gefahr auferlegen; sie haben unter Zustimmung BESELERS⁹ zugleich vermutet, daß POMPONIUS im klassischen Text SABINUS zugestimmt hat und also gleichfalls dem Verkäufer die Gefahr gab. Diese Vermutung wird bestätigt durch D. 18. 2, 2 § 1 mit D. 18. 2, 4 pr.: in der ersten Stelle gibt JULIAN dem Käufer die Gefahr; in der ursprünglich unmittelbar sich anschließenden l. 4 pr. entscheidet POMPONIUS¹⁰ im Fruchtrecht und bei der Ersitzung gegen JULIAN. Seine Entscheidung über die Gefahr, die durch D. 18. 2, 2 gefordert wird, ist auffällig unterdrückt, auch hier wird er dem Verkäufer die Gefahr ge-

¹ BESELER, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis VIII, 293.

² SZ. 47, 262; ebenso die ältere Literatur.

³ Das ist die Regel, und folgt aus dem Interdiktschutz des Käufers.

⁴ Beiträge 2, 57. ⁵ SSZ. 40, 41, 48 passim. ⁶ SSZ. 47, 170ff.; 172.

⁷ In D. 18. 6, 8 ist es gerade dieser Begriff, der PAULUS zu stark grundsätzlichen theoretischen Auslassungen über den bedingten Kauf Anlaß gibt.

⁸ Die Gefahrträgerschaft im bedingten Kauf, darin stimmen die Gegner in der Gefahrlehre überein, ist nicht beim Käufer. Sie ist beim bedingten Kauf ein anderes Problem als beim unbedingten: insofern beim bedingten Kauf bei Bedingungseintritt die Käuferfordernisse vorliegen müssen, zu denen die Existenz der Kaufsache gehört, ist der Kauf nach Sachuntergang nicht vollziehbar. Grundlegend RABEL, Grundzüge § 92 S. 484.

⁹ Tijdschrift, VIII, 295.

¹⁰ Die formalen Interpolationen werden übergangen.

geben haben. Darf man SECKEL-LEVY und BESELER folgen, muß „qui eius periculo fuisset“ interpoliert sein¹, so wie in D. 18. 6, 8 POMPONIUS zum Anhänger der Käufergefahr gemacht wurde.

Formale Gründe lassen den ganzen Schlußsatz „nam si aliter — fin“ als interpoliert erscheinen; das sachlich überzeugende Raisonement ist gleichwohl unklassisch gedacht². Die formalen Indizien stützen eine Interpolationsvermutung, die auch sachlich wahrscheinlich ist.

D. 18. 3, 5³. Das Fruchtrecht des Käufers ist einer der wichtigsten Anwendungsfälle obligatorischer Rückwirkung. Kannte schon ARISTO Rückwirkung, so sind wesentliche Ausgangspunkte der Arbeit — die Rückwirkung des Verpflichtungsgeschäfts ist ausgeschlossen — gefährdet. Tatsächlich ist in dem Halbsatz „sed si fundus — fin.“ das Fruchtrecht des Käufers nach der älteren Theorie⁴ erhalten; der Gegensatz zu der jüngeren Theorie — sed — ist durch die Kompilation versteckt. Die grundsätzliche Behandlung in der sabinianischen Schule nach Bedingungsausfall ergibt D. 18. 6, 8 pr.⁵: „et fructus medii temporis venditoris sunt⁶.“ ARISTO hat die Schriften des SABINUS, CASSIUS und LABEO kommentiert; er selbst ist freilich Eklektiker⁷. Vor „sed si fundus revenisset“ oder vor „Aristo existimabat“ haben die Kompilatoren die abweichende⁸ Ansicht des NERAZ unterdrückt: daß NERAZ die Früchte nicht zurückerstatten ließ, folgt aus D. 18. 3, 4 § 1, wo die Ansicht des NERAZ als humanior sententia angeführt wird. ARISTO gab dem Verkäufer nach Verfall ein iudicium auf die Früchte, weil er mit SABINUS den Kauf als suspensiv bedingt ansah. Die Byzantiner erreichten durch Verbindung der Herausgabepflicht ARISTOS mit dem

¹ BESELER, a. a. O.: „Die Gefahrträgerschaft des Käufers des vorliegenden Falles ist — problematisch“.

² BESELERS Begründung, in der besonders der Verdacht gegen die Lehrform der deductio ad absurdum überzeugt, die tatsächlich juristischer Begründung ausweicht, ist noch hinzuzufügen: „nam si acciperetur“ wiederholt störend „ita accipitur“ im Vorsatz; für POMPONIUS war mit „quia — caveretur“ schon begründet, daß die Kommissoria nur Raum hat, wenn der Verkäufer will.

³ NERAZ 5 membri: Lege fundo vendito, ita ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percipisset, hoc agi intelligendum est, ut interim eos sibi suo iure perciperet: sed si fundus revenisset, ARISTO existimat at venditori de ius, iudicium in factum in emptorem dandum esse [quia nihil penes eum residere oportet ex re, in qua fidem fefelisset].

⁴ Anders die bisherige Literatur zu der Stelle.

⁵ Insoweit echt.

⁶ Das obligatorische Fruchtrecht steht dem *bedingten Käufer* daher nicht zu: er muß bei Bedingungsausfall die Früchte erstatten; das dingliche Fruchtrecht steht ihm nicht zu, weil er pendente conditione weder Eigentümer noch bonae fidei possessor ist.

⁷ DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* I, 115 ff.

⁸ „sed“ BESELER, Beiträge, weist darauf hin, daß existimabat nur von einer überholten Ansicht gesagt werden konnte.

Fruchtziehungsrecht bei NERAZ die von ihnen gewünschte Rückwirkung¹.

Die Wirkung der *erfüllten* Suspensivbedingung auf das Verpflichtungsgeschäft ist nicht mehr zu rekonstruieren; die Quellen haben keinen Anlaß zur Auseinandersetzung.

Bei der Betrachtung der dinglichen Rechtsstellung des Käufers nach der älteren Theorie ist davon auszugehen, daß dem bedingten Kauf die Übertragungskausa *pendente conditione* fehlt. Absolute Rechtswirkungen, die von einer *iusta causa* abhängig sind, können danach nicht eintreten. *Pendente conditione* verschafft nur die *Manzipation* dem Käufer Eigentum, und zwar sofort, denn die *Manzipation* ist bedingungsfeindlich². Soweit daher manzipiert ist, ist die Frage nach der dinglichen Wirkung für den Käufer entschieden, da die *Manzipation* auch ohne Preiszahlung übereignet. Indessen ist damit für das typische Verhältnis von Verpflichtung und Erfüllung in der älteren Konstruktion nichts gewonnen, weil die *Tradition*, nicht die *Manzipation* das zum Kauf entwicklungsgeschichtlich zugehörige Erfüllungsgeschäft ist. Die *Tradition* kann aber der Käufer aus dem bedingten Kauf nicht erzwingen. Eben darum ist die Frage nach der *Usukapion* das Zentralproblem der älteren Theorie bei SABINUS: die Ersitzung des D. 41. 4, 2 § 3 ist Ersitzung gegen den Verkäufer-Eigentümer wegen *Manzipationsvorbehalt*, der Stellung des *Fragmentes* im Ediktkommentar nach. Daher gibt die Entscheidung Auskunft über die Grenzen des *Traditionserwerbes*.

Die Wirksamkeit der *traditio* aus bedingtem Kausalgeschäft hat zuletzt VASSALLI untersucht³: der *Traditionserwerb* nimmt an der Bedingung des Kaufes durch die *iusta causa* aus dem Kaufe teil⁴, wie geschichtlich aus der engen Verbindung der *Kaufkausa* mit der *Tradition*

¹ Die spätclassische Fruchtrestitution erscheint erst bei PAPIAN (Vat. 14) und ULIAN (D. 18, 3, 4 pr.).

² BRUCK, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte* 10f. Das Bedingungsverbot das ursprünglich von der Anschauung getragen wird, daß die Feierlichkeit des Formalaktes Abhängigkeit von Vorgängen außerhalb des Formalaktes nicht erträgt, wird später erhalten von dem Grundsatz aus, daß die Publizität des Rechtswechsels nicht gefährdet werden darf. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß der Einfluß der hellenistischen beurkundeten Erfüllungs- und Übereignungsgeschäfte die Bedingungsfeindlichkeiten der *Manzipation* noch ähnlich unterstützt. RABEL, *Grundzüge* § 111.

³ a. a. O. 192. In fast immer überzeugender Quellenkritik gelangt V. zur Ablehnung jeder Vorwirkung der bedingten *causa*. Zustimmend hierin auch RABEL, *SZ.* 46, 466.

⁴ ENNECERUS a. a. O. §§ 59, 60; BECHMANN, *Kauf* II, 1, 5; RABEL, *Grundzüge* S. 501; SIBER, *RöPrR.* II. 424; SECKEL-LEVY, a. a. O. 172. Davon unabhängig ist die Frage, ob nach *Bedingungsseintritt* der *Eigentumserwerb* auf den *Vertragsschluß* zurückbezogen wird.

folgt. Erst mit Bedingungseintritt geht das Eigentum über. Daß regelmäßig tradiert ist, ergibt die Voraussetzung des Ersitzungsbesitzes in D. 41. 4, 2 § 3 und der Streit um das Besitzinterdikt des Käufers bei der in diem addictio D. 43. 24, 11 § 12; für die der Rekonstruktion SCHULZ' zu folgen ist: CASSIUS wollte entsprechend der sabinianischen Lehre dem Käufer das Interdiktum quod vi aut clam vorenthalten; für die lex commissoria scheint der Streit in dem interpolierten¹ § 13 unterdrückt und in der Kompilation nur die siegreiche Meinung mitgeteilt.

Ausgangspunkt für die Erkenntnis des bedingten Traditionserwerbes ist die Ersitzungslehre des SABINUS². Zwar ergibt die Frage nach der Usukapion noch nicht, daß ohne Übereignungseffekt tradiert ist: aus anderen Gründen als denen, die die Eigentumstradition hinderten, könnte in D. 41. 4, 2 § 3 die Übereignung mißlungen sein. Aber die Usukapion fordert den *iustus titulus*, der bei SABINUS noch mit der *iusta causa traditionis* zusammenfällt³. Wird dem Käufer, der vom Eigentümer kauft, Usukapion versagt, so muß auch der Rechtserwerb durch Tradition durch das Fehlen einer *iusta causa traditionis* gehindert sein. Das ist eine notwendige Folge der entwicklungsgeschichtlichen Einheit der unkörperlichen Elemente der *traditio* und der *usucapio*: die Freiheit von Erwerbsmängeln, die der *possessio* als *possessio iniusta* den prätorischen Schutz entziehen⁴. Das begründet die Schlüsselstellung der einzigen Stelle, die vom Usukapionserwerb handelt: D. 41, 4, 2 § 3.

Die Ablehnung der Ersitzung durch SABINUS entspricht der allgemeinen Cassianischen Ersitzungslehre⁵. Ebenso wurde für die in diem addictio von einer Mehrheit älterer Schriftsteller die Ersitzung abgelehnt. D. 41. 4, 2 § 4: „et hanc alii sub conditione esse contractam.“ Daraus ergibt sich eine weitere Ausbreitung der älteren Lehre: außer SABINUS haben also noch andere ältere Juristen auch bei der lex commissoria — et hanc — suspensiv bedingt konstruiert, deren Bericht nicht mehr erhalten ist⁶. Die Usukapion ist nicht möglich, weil der Ersitzungstitel fehlt; einen Putativtitel kennt jedenfalls SABINUS nicht.

¹ F. SCHULZ, Krit. Vrtjschr. 1912, 50. Vgl. n. § 35 I.

² D. 41. 4, 2 § 3. PAUL. 54 ed. Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum, nisi per soluta pecunia.

³ So verschieden auch die entwicklungsgeschichtlichen Vorstufen — bei der Ersitzung ursprünglich die titellose Rechtsanmaßung — sind.

⁴ BONFANTE, Corso II, 2, 151 ff., 242, ERHARDT, *Iusta Causa*, 174.

⁵ D. 18. 6, 8 pr.: „[quod si] (item si) pendente conditione res tradita sit, emptor non potest rem usucapere pro emptore.“ Rekonstruktion nach SECKEL-LEVY a. a. O. S. 172.

⁶ Für das *pactum displicentiae* wird von PAULUS eine Meinung gegen Ersitzung nicht mehr mitgeteilt, obwohl wir wissen, daß MELA Suspensivbedingung annahm.

Ist die Usukapion möglich, so können über den Traditionserwerb hinaus die bonitarischen Rechtsschutzmittel des Käufers von hier aus entwickelt werden. Die a^o Publiciana pro emptore, die entwicklungs-geschichtlich und den ediktalen Voraussetzungen nach eine abgeschnittene, in das Amtsrecht transponierte Ersitzung ist¹, muß die sabinianische Theorie dem Käufer vorenthalten haben. Auch die Voraussetzungen der exceptio rei venditae et traditae schließen sich eng an die Usukapions-erfordernisse an: Die Exzeptionsformel des Edikts² fordert emptio und traditio. Auch eine exceptio rei venditae et traditae schützt den Käufer nicht.

Gegenüber diesem Ergebnis sucht man nach Schutzmitteln des Käufers. Der suspensiv Verpflichtete hat sich der Verfügung zu enthalten, die das bedingte Recht beeinträchtigen würden³. Kann daraus für den Käufer die exceptio doli hergeleitet werden, die zuweilen beim Doppelverkauf an die Stelle der exceptio rei venditae et traditae tritt und die SIBER⁴ für die l. c. vorschlägt, und für die in diem addictio annimmt⁵? Die Quellen schweigen, und die Untersuchung BESELER⁶ hat gezeigt, daß die exceptio doli hier nachklassisch und nicht vor DIOKLETIAN anzusetzen ist. Hält man aber die Einrede für klassisch, kann sie doch für die ältere Periode noch nicht ausgebildet sein: Die Ausweitung des Dolusbegriffs auf unvorsätzliche Rechtsverletzung und die subsidiäre Verwendung der actio und exceptio doli beginnt erst in spätklassischer Zeit^{7 8}.

Das corpus, die erfolglose Tradition, das die Frage der Ersitzung anregt, bleibt unbeeinflußt von Eintritt oder Ausfall der Bedingung. Das Problem liegt in der Einwirkung auf die causa. Fragt man nach der dinglichen⁹ Wirkung der *erfüllten* Bedingung, so ist gesichert, daß die spätere Wirksamkeit der causa pro soluto den Empfänger einer res nec mancipi zum Eigentümer macht, das Solutionsgeschäft herbeiführt, dem Käufer einer res mancipi und dem Käufer vom Nichteigentümer Publiciana und exceptio rei venditae et traditae gibt. Aber zweifelhaft bleibt, ob die erfüllte Suspensivbedingung auf die Zeit des Vertragsschlusses

¹ FERRINI, Pandette³, 417; PRINGSHEIM, Kauf 75 und die dort Zitierten.

² LENEL, EP³ § 276. ³ MITTEIS, Rö. R. R. I, 172. ⁴ RöPrR. II, 426.

⁵ SIBER, a. a. O. 427 bei der Rekonstruktion von D. 6. 1, 41.

⁶ SZ. 45, 245; dazu PRINGSHEIM, SSZ. 50, 419.

⁷ DE FRANCISCI, Trasferimento della proprietà 251.

⁸ Schon EXNER, Tradition 356, lehnt die Folgerung der Pandektistik aus D. 12, 4, 8; D. 23, 3, 7, 3 ab, daß die pendente conditione angestrengte Vindikation des Eigentümers, der unter Suspensivbedingung verkauft und tradiert hat, durch exceptio doli abgewehrt werden kann; diese Stellen sind nach EXNER durch den favor dotis zu erklären.

⁹ Für den Streit um die *obligatorische* Rückbeziehung der erfüllten Suspensivbedingung ergeben die Quellen nicht das mindeste; die grundsätzlichen Bedenken hat MITTEIS I, 176 vorgebracht.

zurückwirkt und von da an den Traditionserwerb schafft und ersitzen läßt¹. Die Quellen haben selten Anlaß, diese theoretische Frage durchzudenken, und so ist auch die Literatur ihr ausgewichen. Die kasuistische Arbeitsweise der klassischen Jurisprudenz erlaubt die Beschränkung auf eine Kommissoriaquelle. Die Sabinianer haben Rückwirkung der erfüllten Bedingung nicht zugelassen, die Prokulianer im Einzelfall Rückbeziehung gekannt². Erhält das Ergebnis auch erst für die resolutive Konstruktion entscheidende Bedeutung, so ist doch das Rückbeziehungsproblem hier als Vergleichspunkt für das entscheidende Problem wichtig, das an eine entgegengesetzt gerichtete Suspensivbedingung anknüpft. Doch ist der frühklassischen Zeit eine andere als kasuistische Formulierung des Problems unbekannt.

D. 41. 4, 2 § 3 ergibt, daß SABINUS für die Ersitzung der prokulianischen Rückbeziehungstheorie nicht folgt, wie der Schulengegensatz nahelegt. Bezieht sich das Fragment auf die Wirkung *erfüllter* Bedingung — und anders ist „*nisi persoluta pecunia*“ nicht zu deuten, weil es sinnlos wäre, wenn das Problem für den Bedingungsausfall gestellt wäre —, so folgt daraus unmittelbar, daß dem Käufer die Zwischenzeit zur Ersitzung nicht angerechnet wird³. Damit scheint für die traditio zugleich entschieden zu sein, daß der Bedingungseintritt nicht rückwirkend auf die Zeit der Tradition die *causa traditionis* setzt⁴, wie zuletzt VASSALLI⁵ aus der Unvererblichkeit der Position des bedingten Traditars geschlossen hat⁶. Das ist wieder besonders wichtig für die

¹ SECKEL-LEVY, SSZ. 47, 168 unter dem Widerspruch HAYMANNSSZ. 48, 354 ff.

² Von dem dogmatischen Prinzip der Simultaneität des Rechtsgeschäftes aus (ENNECERUS, Rechtsgeschäft §§ 59, 60, dazu MITTEIS RÖPR. 170¹³, 290⁹³) kann die Frage nicht mehr beantwortet werden. Der Grundsatz der Simultaneität zwingt, alle Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts in einen Zeitpunkt zusammenzudrängen. Dieser Zeitpunkt kann nur der Bedingungseintritt, nicht der Vertragschluß sein.

³ Das entspricht der Feststellung von MITTEIS I, 174: „Auch nach erfüllter Bedingung wird dem nunmehr Berechtigten seine bisherige dingliche Position nicht für die Ersitzung angerechnet.“ — Zur Rückziehung der Bedingung im klassischen Recht noch ENNECERUS §§ 59/60, RICCOBONO, Studi Perozzi 351 f. Der Streit um die klassische Bedingungslehre scheint so entschieden werden zu müssen, daß im allgemeinen keine Rückziehung eintritt. Doch werden bei der *lex Cincia*, bei der bedingten *Novation* und in anderen Fällen (MITTEIS, 175) Abweichungen zuzugestehen sein. Das verallgemeinernde „*quod si pendente conditione emptor vel venditor decessisset*“ entscheidet nicht; die allgemeine Folgerung: „*quasi iam contracta emptio*“ ist interpoliert (SECKEL-LEVY, SSZ. 47, 170).

⁴ Die bedingte *causa* ist von der nicht existenten *causa* also nur dadurch unterschieden, daß bei bedingter *causa* Bedingungseintritt die körperliche Tradition ersetzt.

⁵ Bull. 27, 192 ff.

⁶ Dem entspricht es, daß auch bei bedingter *Novation* der Bedingungseintritt nicht rückwirkend frühere Rechtsfolgen der alten Forderung zerstört (KADEN S. Z. 44, 208).

auflösende Bedingung des Traditionserwerbs, das Hauptproblem der Arbeit.

Damit ist die ältere Konstruktion erläutert; ihre Projektion in den Prozeß gibt die *a^o in factum*, die die Älteren in der logisch korrekten Vorstellung, daß die Kontraktsklage bei Bedingungsausfall unzulässig ist, konzipierten. Die auslegungsfreundlichen Kompilatoren haben Bruchstücke aus der älteren Theorie erhalten, die von vornherein dem Käufer die ungünstige Stellung gaben, die der von ihnen erstrebten Rückwirkung nach Verfall entspricht¹. Dagegen kann wohl nicht, wie zuletzt SIBER² vorschlägt und RABEL³ erwägt, auf die ältere Theorie zurückgeführt werden, daß die Quellen nach Verfall den Verkäufer vinzieren lassen. Das ist später noch zu zeigen.

§ 4. Die spätclassische Konstruktion: Unbedingter Kauf mit aufschiebend bedingtem Auflösungs pactum.

In der Theorie des SABINUS wirken noch Vorstellungen fort, die den Kauf als baren Austausch der Erfüllungsgeschäfte und den Kreditkauf nur als Vorstufe des Kaufs ansehen. Die später durch JULIAN zum Siege gelangte Konstruktion ist häufig als Resolutivbedingung des Kaufes verstanden worden. Tatsächlich muß diese quellenkritisch unfruchtbare Vorstellung verlassen werden; ein unbedingter Kauf mit einer aufschiebend bedingten und betagten Rückgewährsklausel, so deutet JULIAN das Formular um, liegt vor⁴. Diese Auffassung ist noch immer nicht klargestellt. Andererseits tritt bei der neueren Textkritik eine Richtung⁵ hervor, die für klassische Zeit ein Hinausgehen über die Suspensivbedingung überhaupt nicht annimmt; die Frage nach dinglichem Rückfall entsteht für diese Lehre nicht.

Ein geschichtliches Motiv für die theoretisch folgenreiche Wendung zur neueren Konstruktion wird nicht leicht festzustellen sein: auf einen Schulengegensatz läßt sie sich nicht zurückführen. Aber die Stellung des Käufers beim aufschiebend bedingten Kauf mußte praktisch zur

¹ Das zeigt sich in der Gefahrtragung, wo sie ein Fragment aus der älteren Theorie verwerteten, und im Fruchtziehungsrecht, wo sie die Ansicht ARISTOS ausnutzten. Anders allerdings PERNICE, *Labeo* II 2, „Schon ARISTO gelangte zu einer Restitutionspflicht“.

² RÖPR. II 426. ³ SSZ. 46, 468.

⁴ Daß das klassische Recht die echte Resolutivbedingung nicht kennt, sondern ihren Effekt durch aufschiebend bedingte Auflösungs pakta erzielt, hat zuerst wohl FERRINI, *Pandette* 3. Aufl. 173, gezeigt. Dagegen noch MITTEIS I, 178ff.; wie FERRINI wieder RABEL § 113 und für die in diem addictio SENN NRH. 1913, 275ff.; BONFANTE, *Corso* II, 2, 278; LONGO Bull. 31, 46ff., der aber die ältere Konstruktion nicht hervorhebt. Mit begründeter Zurückhaltung spricht schon BECHMANN, *Kauf*, II, 1, 521 von resolutivem Vorbehalt.

⁵ SIBER, a. a. O.; zweifelnd RABEL, SSZ. 46. 468.

Aufgabe der Konstruktion des SABINUS führen. Der Käufer hat nicht nur dem Verkäufer gegenüber weder *exceptio rei venditae et traditae* noch eine *exceptio doli*, sondern auch Dritten gegenüber bleibt er, also vielleicht zum Nachteil des prozeßverhinderten Verkäufers, ohne Usukapion, *Publiciana* und Besitzschutzrechte; für den Verkäufer ist auch die Gefahrtragung lästig.

Forderte das *Interesse beider Teile* die neuere Konstruktion, so bot die Entwicklung der Lehre von den *Pacta adiecta* im *bonae fidei Iudiz* die rechtliche Möglichkeit, dem Verkäufer durch unbedingten Kauf Eingang zum Erfüllungszwang zu geben. Rechtsfolgen des unbedingten Kaufs, die dem Verkäufer günstig sind, werden so erzielt; zugleich bleibt doch die aufschiebende Bedingung des *pactum* dem Verkäufer nutzbar.

D. 18. 3, 1 ULP¹. SABINUS hatte in D. 41. 4, 2 § 3 anders entschieden. ULPIAN nimmt bei der Kommentierung gegen SABINUS Stellung („magis est . . .“). „Sub *conditione resolvi*“, woran seit der Glosse ein Mißverständnis haftet, bedeutet: der Kauf ist unbedingt geschlossen², wird aber unter *aufschiebender* Bedingung durch *pactum adiectum* aufgelöst; also ist er nicht auflösend bedingt; *conditio* meint im klassischen Sprachgebrauch immer *Suspensivbedingung*³.

Vorher schon war die neuere Konstruktion bei PAULUS aufgetreten. D. 41, 4, 2 § 3⁴. Für den zweiten Satz hat LONGO⁵, für den ersten Satz SIBER⁶ überzeugend die Interpolation gezeigt. Die *conventio* würde nicht ohne weiteres zum Ausschluß der *usucapio* führen. Mit dem Interpolationsbeweis ergibt sich, daß PAULUS, der im § 4 für die in *diem addictio* JULIAN ohne Vorbehalt folgt („*quae sententia vera est*“), auch hier *conditio* nicht mehr für möglich hielt und wie ULPIAN nicht auslegte. Erst die Byzantiner lassen die Möglichkeit *utrum conditio* offen und stellen auf die Auslegung ab, was sie in D. 18, 3, 1 durch isolierte Voranstellung erreichten. Schon der Gegensatz *conditio* — *conventio* trifft die Konstruktionen der Klassiker nicht genau, die in klassischer Formulierung nur D. 18, 3, 1 zeigt. Auch das folgende *si conventio . . .*, das auffällig nur die Möglichkeit der *conventio* weiterführt, ist unecht. Nachdem die Entscheidung für die *conventio* gefallen ist, hat die weitere Distinktion zwischen *resolvere* und *implere*⁷ keinen Sinn; sie nähert sich

¹ Abdruck S. 20 d. A.

² Das zeigt deutlicher D. 18, 2, 2 pr.: „*utrum pura emptio est*“. „*Resolvere*“ ist terminologisch „gültiges, unbedingtes aufheben“; „*resolvere quae recte constiterunt*“, „*stipulationem resolvere*“, „*causam stipulationis resolvere*“. Vgl. auch VJR. zu *resolvere*.

³ SIBER, II, 117.

⁴ Sed videamus *utrum conditio sit hoc an conventio, si conventio est magis resolvitur quam implebitur*.

⁵ Bull. 31, 46.

⁶ SIBER, II, 425, wenn auch ohne nähere Begründung.

⁷ Zu *implere* GUARNERI-CITATI, Indice.

der nachklassischen Lehrform der *subdivisio an*¹. Der letzte Satz ist eine verzerrte Nachbildung von D. 18, 3, 1; die Kompilatoren haben diese Stelle immer im Auge behalten.

An dieser Stelle wird die nachklassische Entwicklung erkennbar², die durch klare Lehrformeln im klassischen Recht fest begrenzte Konstruktionen auflockert und zerstört und die *lex commissoria* in ein formloses *negotium* überführt, dessen Inhalt durch den mit der Auslegung zu erforschenden Geschäftswillen der Parteien bestimmt wird. Im Titel D. 18, 3 selbst ist diese Entwicklung gegenüber der byzantinischen Strukturwandlung der Verwirkungsklausel zum Arrhalkauf nicht so deutlich wie in den breiten und aufschlußreichen Interpolationen im Titel D. 18, 2.

Bei der in *diem addictio* sind die byzantinischen Vorstellungen und die byzantinische Schultechnik, die zu dieser Entwicklung geführt hat, vor allem durch BESELER³ und LONGO⁴ aufgedeckt. Auch dort sind zwei am Ende der klassischen Zeit noch unausgeglichene Konstruktionen durch Distinktion und Auslegung durcheinandergelagert worden. Geht man BESELERs, PRINGSHEIMs⁵ und LONGOs unangefochtenen Nachweisungen für D. 18, 2, 2 und D. 18, 2, 4 pr.⁶ nach, so tritt die nachklassische Distinktion offen hervor: *Ubi igitur secundum quod distinctimus, pura venditio . . .* In dem anschließenden Satz: *et mihi videtur verius interesse quid actum sit: nam si quidem hoc actum est . . .: sin autem hoc actum est . . .* tritt der Zusammenhang der Distinktion mit der Willenstheorie der Byzantiner hervor.

Denn die Technik der *distinctio* und der *divisio* schafft den Nachklassikern erst die Kategorien, in die dann der durch Auslegung erkannte Parteiwille eingeordnet wird. Für die Auslegung nach dem Parteiwillen, die keinen beurkundeten Geschäftswillen vorfindet, sind diese formalen Denkschemen Voraussetzung. Daher ist es auch kein Zufall, wenn bei der l. c., bei der die Byzantiner in D. 41, 4, 2, 3 distingierten, zweimal

¹ Zur nachklassischen *subdivisio* PRINGSHEIM, Freib. Festschr. f. LENEL, 235.

² Das hat schon LONGOS Untersuchung in Bull. 31, 41ff. angedeutet. LONGO hat den Parallelismus mit der Entwicklung der in *diem addictio* sehr deutlich erkannt. Für die *lex commissoria* gelangte er zu weniger abschließenden Ergebnissen, weil er irrtümlich auch ARISTO (dazu § 3 der Abhandl.) und POMPONIUS, der in D. 18, 3, 2 von der *lex commissoria* nicht gehandelt hatte (oben S. 24ff.), für die spätere Theorie in Anspruch nimmt und andererseits die volkrechtliche Herkunft der Abreden bei SCAEVOLA und im Codex nicht hervorhebt. Das hindert ihn, den weniger auffälligen Interpolationen nachzugehen, in denen sich das Auslegungsbedürfnis der Byzantiner zeigt.

³ BESELER, Beiträge 2, 57; SZ. 43, 436.

⁴ LONGO, a. a. O. Vgl. LONGO, *Natura contractus* Bull 17, 35ff.

⁵ PRINGSHEIM, Freib. Festschr. f. LENEL, 235.

⁶ Der Interpolationenindex zeigt, daß 19 Schriftsteller die beiden Stellen angegriffen haben.

nachklassisch die Lehre vom *quid actum sit*, auftritt, deren Beziehung zur Willenslehre durch den nachdrücklichen Gegensatz zum *quid dictum sit* aufgedeckt wird, der ohne die Fragestellung: *utrum conditio an conventio* nicht zu erklären wäre.

D. 18, 3, 5. Das Fruchtrecht des Käufers wird auf *hoc agi intelligendum* zurückgeführt. Diese drei Worte sind interpoliert¹, denn NERAZ hat das Fruchtrecht nicht von einer (in D. 18, 3, 5 subintelligierten) Parteiintention abhängig gemacht, wie D. 18, 3, 4 § 1 „*sed quod ait Neratius . . . ut interdum emptor fructus lucretur*“² zeigt.

D. 18, 1, 6 § 1³. Eine vorjustinianische Lehre hat dort den Gegensatz *potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum* est hereingebracht. Geht diese Begründung auch mit darauf zurück, daß der Verfasser nicht mehr prozessual, sondern materiell-rechtlich dachte⁴, so wirft sie zugleich ein Auslegungsproblem auf, das nur unter der Vorstellung denkbar ist, daß der Parteiwille den Obligationsinhalt bestimmt. Der Rechtswirkungsgrund ist aus dem erklärten Konsens (*quod dictum sit*) in den Rechtserfolgswillen der Partei (*quod actum sit*) verlegt. Das sind die Vorstellungen, die in dem bekannten Scholion zu Bas. 14, 1, 5 einen metajuristischen Ausdruck gefunden haben: *μήτηρ γὰρ ἐστὶ τῶν συναλλαγμάτων ἢ διάθεσις*; und vorher *καὶ ἀνευ διαθέσεως οὐκ ἔστι δύνατον συνίστασθαι συναλλάγματα*. In geringerem Maße hat also auch die *lex commissoria* die nachklassische Umwandlung erfahren, die bei der in *diem addictio* die beiden älteren Konstruktionen verschüttet hat⁵.

Keht man zu der spätklassischen Konstruktion zurück, so ergibt sich schon für das Wahlrecht des Verkäufers aus der *lex commissoria* eine Lösung, die der suspensiven Konstruktion nicht möglich war. Der Bedingungsausfall mußte nach der älteren Theorie den Käufer auch gegen den Willen des Verkäufers vom Kauf lösen. Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung des Auflösungspaktum gibt nur dem Verkäufer die Kontraktsklage, da die *pacta pro venditore* nur vom Verkäufer vorgebracht werden. Die Ausbeutung des Bedingungsausfalls durch den Käufer⁶ ist nicht mehr möglich. Die Entwicklung der Wahlrechtslehre zeigt, daß die spätere Konstruktion überall herrschend wird.

Das Detail des Optionsrechtes ist in den Quellen stark betont⁷, aber unsystematisch versprengt. Es ist vor allem in PAPINIANS

¹ GUARNERI-CITATI, Bull. 23, 220 n. 1.

² Insoweit echt.

³ Die weitere Erörterung wird für den § 7 vorbehalten.

⁴ Dazu noch D. 19, 5, 20 § 1. Auch dort wird die *a^o venditi* durch *quod actum est* gerechtfertigt.

⁵ Für das *pactum displicentiae* ist die ganze Entwicklung weniger deutlich.

⁶ Das Hauptproblem des D. 18, 3, 2.

⁷ Darf man von einer späteren Denkweise ausgehen, die den Arrhalkauf der *l. c.* nahestellt, ergibt sich eine Erklärung: dem Arrhalkauf ist ein Wahlrecht beider

Responsen entwickelt. Das Rücktrittsrecht, das als Klagerecht aus dem Pactum den Beschränkungen der bona fides unterliegt, wird von sofortiger Erklärung abhängig gemacht: D. 18, 3, 4 § 2 = Vat. 11. Nicht die Klagen, sondern die materiellen Rechtslagen aus dem Hauptkontrakt und dem Auflösungs pactum schließen sich alternativ aus. D. 18, 3, 4 § 2 = Vat. 4; C. 4, 54, 4¹. Nicht erst die Litiskontestation vernichtet den Anspruch, der nicht anhängig gemacht worden ist: das Problem der Klagenkonkurrenz und der Klagenkonsumtion scheidet hier aus. Vielmehr entsteht ein Wahlschuldverhältnis.

Der hier entwickelten, spätklassischen Konstruktion — Rückgewährklausel, nicht Bedingung — entspricht es, wenn die Voraussetzungen der einen Wahlschuld, des Rücktrittsrechtes, nach Analogie der anderen, des Erfüllungsrechtes aus dem Kauf behandelt sind. Die Voraussetzung auch des Rücktrittsrechtes ist Leistungsverzug des Käufers; Annahmeverzug des Verkäufers liberiert den Käufer nicht nur vom Erfüllungsanspruch, sondern auch vom Rücktrittsrecht des Verkäufers, das somit dem Erfüllungsanspruch aus dem Kauf gleichgesetzt und der allgemeinen Verzugslehre unterstellt wird. In den Einzelheiten haben die Byzantiner eingegriffen, wie sie auch im allgemeinen die klassischen Sätze über Annahme- und Leistungsverzug veränderten².

Leistungsverzug ist nach klassischem Recht Vertretbarkeit des Verzuges nach dem Haftungsmaßstab aus dem Kauf, den die Quellen regelmäßig mit „per debitorem stetit quominus solveret“ umschreiben. Dem entspricht D. 18, 5, 10 § 1 „respondit . . . cum per emptorem non staret quominus fieret, non posse posteriorem legis partem experiri“³.

Objektive Voraussetzung des Leistungsverzuges kann die interpellatio sein. D. 18, 3, 4 § 4. Hier haben die Kompilatoren abgeändert. Die Zweifel des Marcellus, ob es zum Leistungsverzuge des Käufers der Interpellation bedürfe, sind klassisch. Aber schon zwischen „si non obtulerit“ und „et magis arbitror offerre eum debere“ muß das Referat über eine Gegenansicht ausgefallen sein, die Interpellation

Parteien zwischen Rücktritt und Erfüllung natürlich, das gegenüber dem verpflichtenden Konsensalkauf der Hervorhebung bedurfte.

¹ LEVY, Konkurrenz I, 46.

² GUARNERI-CITATI Ann. Palermo XI, 1 ff., Contributi alla dottrina della mora; dazu EBRARD, SZ. 47, 419.

³ In D. 19, 1, 51, 1 Lab. treten die Voraussetzungen des Leistungsverzuges in eigentümlicher Verbindung mit dem Kausalitätsproblem auf. Am Zahlungstage ist der Verkäufer im Annahmeverzug, später der Käufer im Leistungsverzug. Der Leistungsverzug überholt den Annahmeverzug und löst ein Rücktrittsrecht des Verkäufers aus. Das fügt sich der allgemeinen Lehre ein, daß der vorangegangene durch den nachfolgenden Verzug getilgt wird: RABEL, Grundzüge § 91, S. 483; D. 45, 1, 91, 3; D. 18, 6, 18.

für notwendig hielt und die schon durch die Frage „si — an vero si“ und durch „et magis arbitrator“ gefordert wird. Nach klassischem Recht ist es möglich, daß ein Leistungstermin den Schuldner ohne Mahnung in Verzug setzt¹; JUSTINIAN läßt den Terminschuldner immer ohne Mahnung in Verzug geraten: C. 4, 66, 2. Der Scholiast STEPHANOS weist in einem Scholion zu dieser Stelle² ausdrücklich auf diese Konstitution hin und unterstreicht damit die justinianische Entscheidung, weil eine Terminschuld vorliege. Dieser Gesichtspunkt wird die Kompilatoren, die ihn allerdings in D. 18, 3, 4 § 4 nicht heranziehen, geleitet haben. STEPHANOS ist ein Meinungsstreit nicht mehr bekannt. Die Entscheidung „offerre eum debere“ und die Unterdrückung der Gegenansicht entspricht mehr justinianischem als klassischem Recht. Überdies hat GUARNERI-CITATI³ die Oblationspflicht des Schuldners als Neuerung der nachklassischen Jurisprudenz erkannt⁴. „Se legis commissoriae potestate solvere“ ist sprachlich nicht einwandfrei⁵.

„Quodsi non habet cui offerat posse esse securum“ ist ganz interpoliert. Sprachlich erweckt Bedenken der byzantinische Satzanschluß quodsi⁶; vielleicht der folgende Moduswechsel habet—offerat, und securus, das zuweilen interpoliert ist: das Postulat der securitas ist typisch für die absolutistisch-humanitäre Privatrechtsordnung, die die Maximen der aequitas, humanitas, benignitas und lenitas geschaffen⁷ oder mit neuen Inhalten erfüllt hat. Entscheidend ist die verwirrte Gedankenführung: die Erörterung springt, angeregt durch die Erörterung der Oblationspflicht⁸, vom Leistungsverzuge ab auf eine Frage des Annahmeverzuges: „quodsi — fin“ bedeutet, daß der Käufer durch Annahmeverzug des Verkäufers befreit⁹ wird. Der byzantinische¹⁰ Satz, daß die mora accipiendi zur liberatio des Schuldners führt, ist mit eingeflossen, das klassische Recht gab eine exceptio gegen den Gläubiger.

¹ D. 45, 1, 114; SIBER, RRR. II, 253.

² Synopsis A, V, 1, bei ZACHARIÄ, Jus Graeco-Romanum V, 29.

³ a. a. O.

⁴ Zu offerre schon FABER, Errores 54, 41; LEVY, Ehescheidung 61; zu oblatio GUARNERI-CITATI, Indice.

⁵ Wie sehr der Gedankengang der Stelle zerstört ist, zeigen die Schwierigkeiten, die SIBER (SZ. 29, 102) bei ihrer Einordnung in seine Interpellationslehre hat.

⁶ Dazu die zahlreichen überzeugenden Nachweise bei GUARNERI-CITATI, Indice zu quodsi.

⁷ Eine Übersicht gibt der Wortindex GUARNERI-CITATI.

⁸ Offerre und liberare sind im byzantinischen Recht Korrelate, wie GUARNERI-CITATI gezeigt hat.

⁹ So verstand den Satz auch die Glosse a. h. 1: „si non habes, cui offeras, liberatus es.“

¹⁰ GUARNERI-CITATI, a. a. O.

§ 5. Einwirkungen der Verfallsklausel auf das Verpflichtungsgeschäft: Das Problem der obligatorischen Rückwirkung.

Die Theorie der suspensiven Bedingung ist in hochklassischer Zeit durch JULIAN und PAULUS überwunden. Eine noch immer stark im Vordergrund stehende Ansicht nimmt für die spätclassische Lehre Resolutivbedingung der Übereignung an. Das rechtshistorische Problem der Resolutivbedingung wird erst klar, wenn man kasuistisch einzelne Rechtswirkungen der Kaufauflösung untersucht. Notwendig ist daher auch die Nachprüfung ihrer Einwirkung auf das Verpflichtungsgeschäft.

Ist das Kausalgeschäft bis zur Auflösung unbedingter Kauf, werden gegenüber der älteren Auffassung in der Gefahrtragung und im Fruchtziehungsrecht die jüngeren Quellen zu anderen Entscheidungen gelangen. Die Gefahr des unbedingten Kaufes muß den Käufer treffen, da die *lex commissoria* im unbedingten Kauf die Perfektion nicht hindert. Die Quellen haben aber keinen Anlaß, sich mit der Gefahrtragung auseinanderzusetzen; der Verkäufer wird auf Zahlung des Kaufpreises bestehen und nicht zurücktreten, sobald die Kaufsache beim Käufer untergegangen ist¹.

Unbedingtem Kauf entspricht es, wenn in D. 18, 1, 6 § 1 im Gegensatz zur Fruchterstattung das Fruchtziehungsrecht gesetzlich vorausgesetzt wird und wenn NERAZ D. 18, 3, 5 dem Käufer für die Zwischenzeit ein Fruchtrecht *suo iure* gibt. Die Stelle läßt keine eindeutige Entscheidung zu, ob die Fruchtberechtigung aus dem Kauf oder das dingliche Fruchtziehungsrecht des Eigentümers gemeint ist. „*Suo iure*“

¹ Die Frage nach obligatorischer Rückwirkung der Auflösung des Kaufs entsteht nicht, weil kein Bedürfnis vorliegt, zugunsten des Verkäufers einen unbedingten Kauf mit Käufergefahr entstehen zu lassen. Doch ermöglicht mittelbar D. 43, 24, 11 § 13, die Gefahrtragung für niederen Zufall für die *l. c.* zu rekonstruieren. Dem Kommissoriakäufer wird in der Schwebezeit der Interdiktschutz *quod vi aut clam* gegeben; § 13 gibt im Zusammenhang mit dem vorangehenden zerrütteten (CUIAC. Obs. 2, 25; 16, 29; LENEL, Pal. 2. Aufl., Nr. 2836 Anm. 1; SCHULZ, Krit. Vjschr. 1912, 50) § 12 darüber hinaus Auskunft über die Gefahrtragung, die im § 12 mit der Legitimation zum Interdikt, deren Korrelat sie ist, zusammengestellt wird: wer den niederen Zufall, vor allem also für gewaltsame oder diebische Sachentfremdung trägt, soll selbständig das provisorische Rechtsmittel gegen gewaltsame Sachentfremdung haben. Die überzeugende Rekonstruktion SCHULZ' „*si vero nondum traditio facta est [—] non puto dubitandum quin [aut] venditor interdictum habet; ei enim competere debet [etsi] (cum) res ipsius periculo [non] sit. . .* Die Kompilatoren haben die verständige Beziehung zwischen niederer Gefahr und Interdiktschutz abgelehnt. Wird später dem Käufer unter in diem *addictio* und im gleichen Zusammenhange dem Kommissoriakäufer das Interdikt gegeben, scheint daraus die Gefahr des Käufers zu folgern, die erwartet werden muß, weil zugleich die Bewachungsmacht auf ihn übergeht. Das ist die spätere julianische Lehre, die bei der in diem *addictio* ausdrücklich überliefert ist: D. 18, 2, 2, § 1.

legt ein dingliches Fruchtrecht nahe, aber der Gegensatz¹ zu ARISTO, der nach dem Verfall dem Verkäufer *iudicium de fructibus* gab, ermöglicht den Gegenschluß, daß NERAZ auch das obligatorische Fruchtrecht dem Käufer gibt.

Vor dem Verfall äußert das Verpflichtungsgeschäft ohne Andeutung seines provisorischen Charakters alle Wirkungen. Wenn der Verkäufer erfolgreich zurückgetreten ist, wird eine Entscheidung notwendig, ob für die Zwischenzeit die Wirkungen des Kaufes wirtschaftlich aufrecht erhalten werden sollen oder ob auch für die Vergangenheit obligatorische Ausgleichsansprüche sein wirtschaftliches Ergebnis vernichten sollen, ob also die Aufhebung des Kaufs auf die Zeit des Vertragsschlusses zurückgeführt wird. Dieser allgemeine Gesichtspunkt der obligatorischen Rückbeziehung² ist es, der eine zusammenhängende Darstellung der obligatorischen Probleme rechtfertigt. Es ist die Frage, ob der Verkäufer so vorgeht, als wäre er erst im Zeitpunkt des Verfalls wieder persönlich berechtigt geworden, die Restitution der Kaufsache zu fordern, oder ob der Käufer ihm gewähren muß, was er haben würde, wenn der Kauf niemals abgeschlossen wäre³. Die erweiterte Rückgewährpflicht des Käufers braucht nicht darauf zu beruhen, daß der Kauf auflösend bedingt abgeschlossen war: auch die *bona fides* des Auflösungsaktum, die von der *bona fides* des Kaufs umfaßt wird, kann den Richter veranlassen, zuzuerkennen, was zu geben der *bona fides* angemessen ist. Zur Unterstützung eines Begriffs der Resolutivbedingung im klassischen Recht dürfen die erweiterten Rückgewährpflichten des Käufers nach dem Verfall nicht mißbraucht werden⁴. Die Ausdehnung der Restitutionspflicht begegnet gerade in Quellen, die eine sehr starke Überarbeitung durch die Kompilatoren erfahren haben; die formalen Merkmale lassen hierüber keinen Zweifel. Charakteristische Gesinnungen des Gesetzgebers führen darauf, daß auch materiell die überlieferten Entscheidungen erst JUSTINIAN angehören: die krasse Entstellung verständiger klassischer Erwägungen, das Versagen des klassischen Gefühls für Proportionen, die utilitaristischen Gesichtspunkte, die *humanitas*-Vorstellung, die heftige, strafrechtlich gefärbte Entrüstung über den Treubruch des

¹ Seite 6 d. Abh.

² Der im allgemeinen übersehen wird. Sehr deutlich formuliert ihn BONFANTE, Corso II, 2, 280.

³ So drücken es die sprachlichen Mittel der deutschen Kodifikation (§ 159 BGB.) aus, die bei Ablehnung dinglicher *Rückwirkung* vor dieselbe wirtschaftliche Aufgabe gestellt ist und dabei primitiver als das kasuistisch fortbildende klassische Recht, aber näher dem „*hoc agi intelligendum est*“ in D. 18, 3, 5 auf die Parteiabsicht („sollen nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die Folgen . . . auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden“) abstellt.

⁴ Allerdings können sie entwicklungsgeschichtlich die dingliche Rückwirkung bei den Byzantinern vorbereitet haben.

säumigen Zahlers, die ungeschulte Diskussion über die zuständige Klage, brauchen als typisch nicht mehr erwiesen zu werden. Einzelnes mag freilich noch spätklassischer Zeit anzugehören.

1. SCAEVOLAS unveränderter Bericht in D. 18, 3, 6 § 1 kennt das Rückwirkungsproblem noch nicht. Nach Verfall hört der Verkäufer auf, dem Käufer die zugesicherte Akzession zu schulden, die vom Käufer noch nicht zu Eigentum erworben war. Eine obligatorische Rückwirkung liegt darin nicht.

2. Das quellenkritisch wichtigste Problem ist die Fruchterstattungspflicht des Käufers, die erst langsam zu einer obligatorischen Rückwirkung führt, die der hochklassischen Zeit noch fremd ist. Die Interpolationenkritik hat das Gebiet bisher vernachlässigt, nur BESELER¹ fand bei Untersuchungen über die in diem addictio Anlaß, auch hier Entwicklungslinien anzudeuten. BESELER'S Ergebnis für die in diem addictio — erst die Spätklassiker kennen Fruchtrestitution — unterstützt die hier vermutete Entwicklung. POMPONIUS hat eine gesetzliche Fruchterstattung noch nicht gekannt, wenn sie durch ausdrückliche, wenn auch typische Abrede vereinbart werden muß. D. 18, 1, 6 § 1². Man scheint eben von der regelmäßig verabredeten später zur gesetzlichen Fruchtrefusion gelangt zu sein. Denn eine spätklassische Papinianstelle gibt die Kaufklage auf die Früchte³. Zwischen POMPONIUS und PAPIANIAN muß die Fruchterstattung gesetzlich geworden sein. Noch NERAZ lehnte sie ab, wie sofort gezeigt werden wird.

Formale Eingriffe zeigt auf den ersten Blick D. 18, 3, 4 pr. und § 1. Daß auch ULPIAN wie PAPIANIAN die Früchte erstatten ließ, ergibt die klassische Frage nach der zuständigen Klage. Aber der ganze § 1 ist in seiner jetzigen Überlieferung ein Werk der Kompilatoren⁴. Der Fruchterwerb des Käufers wird, wenn eine Anzahlung gemacht war, gegen den Verlust der Anzahlung ausgeglichen; dies soll NERAZ gesagt haben, dessen Entscheidung als „humana“ gebilligt wird.

Im ersten Satz ist sprachlich anstößig „habet rationem“⁵, „ut interdum“⁶, der Indikativ „cum perdidit“⁷. Sachlich entscheidet das Hereintragen einer Erwägung über den Verlust der Anzahlung, von der

¹ SZ. 43, 435f.

² Insoweit echt: si fundus . . . ea lege venisset, ut si interim emptor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur.

³ Vat. 14 RORONDI, Scritti II, 219 u. 1 scheint auf ein besonderes pactum ex continenti das Fruchtrecht zurückzuführen. Indessen wird ‚eo iure exordio contracta‘ zwangloser auf ea lege, nämlich die l. c. bezogen.

⁴ BESELER, SZ. 43, 436; STOLL, SZ. 47, 536; zu einzelnen Merkmalen schon FABER, Errores a. h. l.; KRÜGER, Suppl.

⁵ KRÜGER, Festschr. BECKER, S. 16ff.; zu rationem habere auch GUARNERI-CITATO, Indice a. v. habere.

⁶ KRÜGER, Suppl.

⁷ Cum causale m. I. bei GUARNERI-CITATI.

vorher nicht gesprochen wurde; der Habitus der *lex commissoria*, wie er aus der Klausel und unzweifelhaft klassischen Quellen sich ergibt, schließt regelmäßig¹ eine Anzahlung aus. In der Beziehung zwischen Fruchtwerb und Anzahlungsverlust wird später das Korrelat der pönalen Anzahlung als unklassisch nachgewiesen werden können: es ist eine Nachformung der griechischen Haftungsarrha und eines der dogmatischen Elemente, mit denen man den römischen und den hellenistischen Kauf annähert². Die Argumentation ist unschlüssig; daß eine Anzahlung gemacht ist, erfährt man ganz unvermittelt, die vorhergehenden Sätze sagten nichts davon. Daß *NERAZ* die Entscheidung so begründet, wie die Kompilatoren ihm unterstellen, ist nicht glaubhaft. Denn *D. 18, 3, 5* — auf dieses Fragment, in dem allein *NERAZ* vom Fruchtrecht spricht, muß sich das Zitat *ULPIANS* oder erst der Kompilatoren, die es an *D. 18, 3, 4* anschlossen, beziehen — sagt nur, daß der Käufer in der Zwischenzeit *suo iure* perzipiert und berührt also die Restitutionsfrage nicht, die mit der Frage des „*interdum lucrari*“ nichts zu tun hat, wie der Zitierende übersieht und wie eine Gegenüberstellung sofort ergibt. „*Interdum lucrari*“ greift fehl, denn nicht im unstreitigen Fruchtrecht des Käufers in der Schwebezeit, sondern im Fortfall der Herausgabepflicht liegt die humane Ausgleichung gegen den Anzahlungsverlust. Ein harter logischer Bruch macht den Eingriff fühlbar.

Der folgende Satz „*igitur sententia Neratii tunc habet locum quae est humana quando emptor aliquam partem pretii dedit*“ führt das Ausgleichsprinzip ohne Förderung weiter und ist ganz unecht³. Auf das sprachlich Anstößige von vorgestelltem, hier übrigens sinnlosem „*igitur*“ kann nicht das Hauptgewicht gelegt werden. Wichtiger ist das an anderer Stelle häufig verdächtige „*aliqua*“ und die Konstruktion „*tunc habet locum quae est humana quando . . . dedit*“. Ideologisch ist das Eindringen der Vorstellungen, die sich um den justinianischen *humanitas*-Begriff gruppieren, das wertvollste Indiz. Auch hier ist wieder der Verlust einer Anzahlung unterstellt („*quando emptor . . . partem pretii dedit*“).

Die Relation zwischen Fruchtgenuß und Arrhaverlust, die entfernt an den Satz „*cuius est periculum eius et commodum esse debet*“ erinnert, ist gesucht. Während die organische und eigentlich naturrechtliche Ausgleichung zweier aus der Natur der Kaufsache folgenden Bedingungen, der Fertilität und des zufälligen aus ihrer natürlichen Be-

¹ Eine Ausnahme ist *D. 4, 4, 38*, sicher ein italischer Fall. Auf Anzahlungen im klassischen Recht deutet auch die *Abrede si fundus annua, bima, trima venisset . . .* in *D. 18, 1, 6, 1*. Vom Verfall der Anzahlung weiß *POMPONIUS*, der ein gleiches Verwirkungsformular der Praxis sorgfältig mitteilt, nichts.

² Dazu kann schon hier *Inst. III, 23 pr.* verglichen werden: *is qui recusat adimplere contractum (sc. emptor) perdit quod dedit*.

³ *BESLER, SZ. 43, 436*; *FABER, Err. 25 n. 5*. *PERNICE, Lab. II, 1, 2, 188 n. 1*.

schaffenheit folgenden Untergangs der Kaufsache¹, eine gesunde Erwägung ist, ist die Beziehung zwischen Fruchtrecht und Anzahlungsverlust, weil der Käufer die Anzahlung gegeben hat, ein willkürliches Prinzip; sie ist auch ein ungerechtes Prinzip², weil die Höhe der Anzahlung unbestimmt ist (aliqua pars). Wenn eine Relation zwischen Fruchtrecht und Anzahlungsverlust geschaffen wird, entgeht dem Juristen, daß schon die Kaufpreiszinsen Ausgleich für den Ausfall des Fruchterwerbs für den Verkäufer sind. Die innere Wertlosigkeit der Erwägung bestätigt ihre Unechtheit³. Dem entspricht, daß eine unbedenkliche Quelle der spätklassischen Zeit volle Fruchtrestitution gibt, ohne im Falle einer Anzahlung einen Unterschied zu machen: Vat. 14.

Einen gleichgerichteten nachklassischen Eingriff in der Lehre der Fruchtrestitution zeigt im Vergleich mit D. 18, 3, 4 § 1 auch D. 18, 3, 5⁴: „sed si fundus — fin“. „quia nihil penes eum residere oporteret ex re in qua fidem fefelisset“ ist interpoliert. Die formalen Anzeichen sind nicht zwingend, oportet in dieser Bedeutung ist nicht unklassisch. Entscheidend ist die Schnelligkeit und Härte des sittlichen Urteils und die kriminalistische Begründung eines Rechtssatzes mit der Verwerflichkeit einer Handlung, das deutliche Kennzeichen der Rückkehr zu primitiverer Denkweise. Nur dem Satz „nihil penes eum residere oporteret“ entspricht, daß nach justinianischer Ergänzung nicht nur Anzahlungen, sondern auch das⁵ alio nomine Hingegebene (D. 18, 3, 6 pr.) ohne besondere Abrede verfällt. Der Widerspruch mit der Interpolation in l. 4 § 1, wo denselben vertragsuntreuen Käufer, der doch durch die Anzahlung nicht entschuldigt ist, die humanitas vor Fruchterstattung schützen soll, unterstützt die Interpolationsvermutung, widerlegt sie nicht⁶. Dieselbe Auffassung, die von „fidem decipere“ des Käufers spricht, übersetzt in den Basiliken XIX, 1 in eigentümlichem Mißverständnis (committo = 1. verfallen, 2. (ohne Preiszahlung) anvertrauen) De lege commissoria mit *περὶ λόγον καταπιστευτέου*.

Aber auch daß NERAZ „sed si fundus revenisset, Aristo existimabat“ referiert hat, ohne ARISTO entgegenzutreten, ist unwahrscheinlich.

¹ RABEL, § 92.

² Man darf gewiß PERNICE, Lab. II, 1, 2, 180 nicht zustimmen, daß hier das „höhere Prinzip ausgleichender Gerechtigkeit zum Siege gelangt“ sei.

³ In der Lehre vom Fruchtrecht liegt den Byzantinern die naturrechtliche Begründung nahe. Die Beziehung zwischen Kaufpreisverzinsung und Fruchtgenuß des Käufers in D. 19, 1, 13, 20 ist eine *aequitas*-Erwägung der Kompilaton, wie SBER (SZ. 45, 1) will, oder doch von ihnen auf die *aequitas* zurückgeführt. Der eigentliche Wert des Interpolationsnachweises liegt darin, daß die Byzantiner willkürlich den Satz vom Verlust der Anzahlung eingefügt haben. Vgl. § 9 d. Abh.

⁴ Abdruck S. 36³. ⁵ § 9 d. Abh.

⁶ An sich würde *fidem fallere* nicht überzeugen. Die Wendungen *fidem frangere*, *fidem rumpere*, *venire contra fidem* sind oft, aber keineswegs immer interpoliert.

Man erwartet, daß NERAZ zunächst eine eigene Ansicht bringt oder erst ARISTO berichten läßt und ihm dann widerspricht. Vor oder hinter dem Satzbruchstück „Aristo existimabat“ bis „dandum esse“ ist die Stellungnahme des NERAZ gestrichen worden; sie ging gegen ARISTO. Denn der Kompilator teilt in D. 18, 3, 4 § 1 nur mit, daß NERAZ medio tempore den Käufer perzipieren ließ; von der Frucht rückgewähr sagt er nichts. Im Gegenteil, wenn NERAZ gegen eine Fruchtrefusion bei Anzahlung als humanior sententia angeführt werden konnte, muß er überhaupt Fruchtterstattung abgelehnt haben, weil er als Klassiker nicht vom Anzahlungsverlust ausging. Daß ARISTO mit der gleichen Konstruktion wie SABINUS die Früchte dem Verkäufer gab, ist gezeigt worden, die Fruchtterstattung folgt dort nicht aus einer Rückwirkung der Aufhebung des unbedingten Kaufes. Die Byzantiner folgten für die Schwebezeit der neueren, nach dem Verfall der älteren Lehre und erreichten durch die Kombination schon für NERAZ Rückwirkung.

Für die obligatorische Rückwirkung im Frucht recht ergibt sich: das klassische Recht kennt die Herausgabepflicht erst seit PAPIAN, der Satz, der auf die Anzahlung abstellt, ist unklassisch.

3. D. 18, 3, 4 pr.¹ gibt dem Verkäufer a^o venditi, „si deterior fundus effectus sit facto emptoris“. Es ist dies ein spätklassischer Fall obligatorischer Rückwirkung. Daß vor dem Verfall der Käufer die Gefahr auch der *zufälligen* Verschlechterung, trägt, ist ohne Zweifel². Für die *verschuldete* Verschlechterung der Kaufsache ist die Gefahr kein Problem. Die Schwierigkeit im Fall nicht zufälliger Sachverschlechterung liegt in der Verschuldensfrage. Wo der Käufer, wenn auch mit der Möglichkeit der Kaufauflösung unbedingt gekauft und Eigentum erworben hat, kann von haftungsbegründendem Verschulden nicht gesprochen werden. Die moderne Dogmatik bildet mit ZITELMANN³ den Begriff eines Verschuldens gegen sich selbst im Sinne eines ethisch mißbilligenden Werturteils, um diesen Fall in die allgemeine Verschuldenslehre einzubeziehen. ULPIAN sagt, zutreffend eine Schuldbestimmung vermeidend: factio emptoris⁴. Wenn später doch der Verkäufer Ersatz fordert, kann nur obligatorische Rückwirkung die Möglichkeit späterer Haftung geben⁵. Denn die Begründung, daß der Käufer gegen den Verkäufer dolos handelt, wenn er sein Rückfallsrecht beeinträchtigt, kann hier nicht die a^o venditi erklären, die allerdings spätklassisch oft die a^o de dolo

¹ Abdruck S. 56.

² Hierzu SECKEL-LEVY, SSZ. 47, 172 und Vat. 16. Selbst beim *bedingten* Kauf trifft im Gegensatz zur Totalgefahr die Verschlechterungsgefahr den Käufer.

³ Grundriß 167.

⁴ Die Glosse erkennt diesen Gesichtspunkt nicht: „vel si deterior factus fuerit sua culpa“.

⁵ Ähnlich § 351 BGB.

ersetzt: *facto emptoris* meint nicht *doloses* Handeln, sondern den fiktiven Haftungsmaßstab des Käufers, als ob die Sache schon verfallen wäre, für den Kauf also *culpa*. Die Schonungspflicht des Käufers beruht also darauf, daß er nach Verfall wie ein obligatorisch nicht Berechtigter auch für die Zwischenzeit gestellt wird.

4. Der Käufer ist bis zum Verfall zur Verzinsung des Kaufpreises verpflichtet. Eine Auskunft gibt nur C. 4, 54, 4, aber außer „*rei vindicationem non eligere*“¹ ist auch das umständliche „*usurarum pretii petitionem sequi*“ formal nicht einwandfrei; sachlich wird das Ergebnis, daß der Verkäufer, der nicht zurücktritt, gesetzliche Kaufpreiszinsen fordern kann, klassischen Rechtszustand wiedergeben^{2 3}: ein Interpolationsmotiv fehlt. Das widerlegt SIBERS⁴ bestechende Erklärung, daß noch zur Zeit der Severen der Kommissoriakauf *suspensiv* konstruiert wurde und deshalb Eigentum hier nicht übertragen wurde, und bestätigt, was RABEL⁵ bezweifelte, daß die *suspensive* Konstruktion die ältere, später zurückgedrängte ist: nach Bedingungsausfall kann eine Zinspflicht nicht bestehen, weil der Kaufpreis nicht geschuldet wurde.

Auch das folgt aus der Stelle, daß der Käufer von der Übergabe des Grundstücks an keine Zinsen schuldet, wenn der Verkäufer zurückgetreten ist. Die Fassung „*legem . . . exercere non potest qui post . . . diem usurarum . . . petitionem sequi [maluit] <voluit>*“, schließt auch nach Berichtigung der Interpolation den Zinsanspruch aus. Andererseits fordert der Abschluß eines unbedingten Kaufes die Zinspflicht des Käufers nach Übergabe der Kaufsache auch dann, wenn später der Verkäufer zurücktritt. Die herrschende Auffassung, die in vorbyzantinischen Quellen eine sichere Stütze findet, gibt dem Verkäufer auch ohne Schuldnerverzug einen Zinsanspruch, wenn *tradiert* ist⁶. Obwohl

¹ Interpoliert, wie später gezeigt wird. S. 59.

² PAUL SENT II, 17, 9; Vat. 2.

³ Diese eine Alternative wird durch einen zusammenhängenden Tatbestand gefordert. Dem *petitum* des Verkäufers muß eine Zinsforderung zugrunde gelegen haben.

⁴ RÖRR II, 426. Gerade für C. 4, 54, 4 sucht SIBER damit die *Vindikation* des Verkäufers zu begründen.

⁵ SZ. 46, 468.

⁶ Nach SIBER, SZ. 45, 146 liegt ein Privileg des *minor XXV. annis* zugrunde, das schon vor JUSTINIAN ausgedehnt worden ist. Die SIBERSchen Interpolationsbehauptungen gegen Vat. 2 und PAUL SENT, 2, 17, 9 finden, so wichtige Gedankengänge die Untersuchung SIBERS aufgedeckt hat — die Kompilatoren knüpften an die Beziehung zwischen Früchten und Zinsen eine *aequitas*-Vorstellung an — im formalen Zustand der angegriffenen Quellen keinen völlig sicheren Anhalt. Sachlich überzeugt die Bemerkung SIBERS, daß der Verkäufer den Zinsverlust in den Preis einkalkuliert, nicht ganz: in der Regel weiß der Verkäufer nicht im voraus, wann der Käufer zahlt.

also für die Zwischenzeit eine Zinspflicht besteht, wird nach Verfall in C. 4, 54, 4 (ALEXANDER SEVERUS) eine kumulative Zinspflicht des Käufers offenbar verneint. Zinspflicht und Fruchtrecht des Käufers ergänzen sich. Dem entspricht, daß nach spätklassischem Recht der Verkäufer einen Herausgabeanspruch auf die Früchte hat, die der Gegenwart der Zinsen sind. Wenn für die frühe Konstitution nach Verfall die Zinspflicht vom Abschluß des Kaufs an fortfällt, scheint ein weiterer Fall obligatorischer Rückwirkung, nun zugunsten des Käufers, vorzuliegen.

Im Fruchtrecht, der Ersatzpflicht für Sachverschlechterung und der Zinspflicht ist die spätklassische Zeit fast überall zu einer obligatorischen Rückbeziehung der Auflösung des Kaufs auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses durchgedrungen. Doch ist das Ergebnis nicht unter der Vorstellung erreicht worden, daß der Kauf auflösend bedingt ist. Durch langsame und kasuistische Ausarbeitung der einzelnen Verpflichtungen des Käufers wird im Ergebnis die rückwirkende Vernichtung des Kaufes erzielt¹. Darin liegen die „Keime der Resolutivbedingung“, nach denen RABEL² fragt, zutage; sie sind von den Byzantinern durch geschickte Zusammenstellung mancher Ergebnisse der beiden klassischen Theorien zu wirklicher Resolutivbedingung entwickelt worden, wenn auch für den wichtigsten Ausdruck der Rückwirkung, die Fruchterstattung, das Prinzip wieder durch das Eindringen des Anzahlungsverlustes und einer humanitas-Vorstellung zerstört wird.

Für die *lex commissoria* bestätigt sich die neuere Anschauung³, die in der Begriffsbildung der echten Resolutivbedingung einen theoretischen Gewinn erst der justinianischen Zeit sieht. Für die klassische Zeit muß die Rückwirkung, die aus den Quellen nicht wegzudeuten ist, anders erklärt werden. Sie beruht auf der Vorwirkung der erfüllten aufschiebenden Bedingung des Auflösungspaktums, die dem klassischen Recht nicht mehr fremd ist. SECKEL-LEVY⁴ haben solche Rückwirkungsfälle schon in der Kasuistik der prokulianischen Schule erfaßt⁵. Darüber hinaus zeigen die Kautionspflicht und der Fall in GAI. II, 200 vom Schulstreit unabhängige Vorwirkungsfälle. Auf die sicher bezeugte Rückwirkung des Eintritts der aufschiebenden Bedingung, die im „sub conditione resolvi“ liegt, werden die spätklassischen Entscheidungen bei der *lex commissoria* zuverlässiger zurückgeführt, als auf eine auflösende Bedingung des Kaufvertrages. Zudem trägt die *bona fides* die Rückgewähr der *Praestationen*.

¹ FERRINI, *Pandette*³, 139: „Una forma attenuata di retroazione, per cui si rispetta quanto è avvenuto prima del ultimo fatto, ma si dà vita a un rapporto obbligatorio tendente a eliminare il significato economico il quanto s'è avverato e si mantiene formalmente intatto.“

² SZ. 46, 468.

³ Statt aller BONFANTE, *Corso* II, 2, 278; RABEL, § 112.

⁴ SZ. 47, 172.

⁵ RABEL, *Grundzüge* § 112 am Ende.

§ 6. Die dingliche Rechtsstellung des Käufers: Ablehnung des dinglichen Selbstrückfalls.

Problem.

Die Untersuchung des Verpflichtungsgeschäfts sollte die Frage nach dinglichem Selbstrückfall unmittelbar vorbereiten. Dinglichen Rückfall bedeutet es, wenn nach Verfall der Verkäufer ohne Rücküberweisung wieder Eigentümer wird. Man hat zuweilen nicht deutlich genug die zwei Möglichkeiten gesehen: Entweder das Eigentum kann in dem Bestande zurückfallen, in dem es zur Zeit des Verfalls beim Käufer war, mit allen in der Schwebezeit begründeten Lasten also; oder es kann unter Vernichtung der vom Käufer begründeten übertragenen Rechte Dritter in dem Bestande zurückkehren, wie es vom Verkäufer übertragen wurde. Während die Quellen zur in diem addictio und zum pactum displicentiae die Frage immer im Sinne dieser letzten eigentlichen Rückwirkung formulieren und beantworten, tritt dies Problem bei der lex commissoria nicht heraus, wofür die ältere Exegese keine Erklärung bieten konnte. Wird in den Quellen, die eine Vindikation zulassen, der hellenistische Typus erkannt, so zeigt sich der Grund: der hellenistische Liegenschafts Kauf kennt nicht die Vernichtung des Eigentums mit den Rechten Dritter kraft Resolutivbedingung, sondern ein schwächeres relatives Käuferrecht von der Arrhahingabe an bis zur Preiszahlung und Beurkundung. Das Aufhören der Käuferberechtigung aus dem Arrhalgeschäft erscheint der römischen Interpretation als Rückfall ex nunc¹. Eine allgemeine Formulierung des Problems der eigentlichen Rückwirkung, das ohne die Frage nach einem neuen Rechtswirkungsgrund, den Geschäftswillen, der Entstehung und Untergang der Obligationen beherrscht, nicht erkennbar ist, liegt der klassischen Kasuistik so fern, wie sie der rechtstheoretischen Haltung der Nachklassiker entspricht. Ebenso liegt ihr fern das Problem der dinglichen Resolutivbedingung, weil die Wurzel des Traditionserwerbes Besitzverhältnisse sind.

Dogmengeschichte.

Die volksrechtliche Auslegung ist aber bisher nicht angewandt worden. Die Dogmengeschichte seit der Glosse hat auch diese Quellen in das allgemeine Problem der dinglichen Resolutivbedingung hineingezogen. Eine Auseinandersetzung muß diese Einordnung zunächst berücksichtigen. Der Literaturgeschichte ist nachzugehen, weil sie noch bis jetzt die Quellenkritik beeinflußt hat.

Die fruchtbare Vorarbeit der Glossatoren und die Kompilation der Postglossatoren hat in der späteren Dogmatik nachhaltig eingewirkt.

¹ C. 4, 54, 1: „dominium ad te pertineret“ C. 4, 54, 3: „praedium ad te reverteretur“.

Sie lehnt — beeinflusst von der in der Glosse stark hervortretenden Vorstellung von der Ewigkeit des Eigentums und von der Unzulässigkeit der Endtermine — dinglichen Rückfall ab und bildet unter diesem Zwang den ganzen Apparat exegetischer Hilfsmittel aus, der zur Erklärung der rei vindicatio bis jetzt noch nicht entbehrt werden konnte: die prekaristische Besitzübertragung, die auch die spätere Erklärung durch Manzipationsvorbehalte vorbereitet, und das Fehlen der iusta causa, weil der Kauf bedingt abgeschlossen war¹. Die elegante Jurisprudenz gelangt darüber nirgends hinaus; auch wenn CUJAZ in der Ablehnung dinglichen Rückfalls eine vindicatio ficticia² unterstellt, bedeutet das einen exegetischen Rückschritt.

Erst die pandektistische Dogmatik des 19. Jahrhunderts gelangt in spekulativer Durchdenkung eines causa-Begriffs, den die Quellen nicht kennen, zu kräftiger Betonung der Möglichkeit dinglichen Rückfalls, deren Ergebnis die dingliche Resolutivbedingungslehre des bürgerlichen Rechtes ist. Konstruktive Widerstände blieben lebendig³; aber wo man, wie SCHULIN⁴ und APPLETON⁵, den er beeinflusst hat, dinglichen Rückfall verneinte, führte die Einführung der Institutionenregel II, 1, 41 überall zu neuer Verdunkelung der Quellenkritik, die in Frankreich und in Italien noch heute zuweilen nachwirkt. Überwiegend aber gelangte durch die Pandektistik unter Führung VANGEROWS⁶ und WINDSCHEIDS⁷ die Wandlung der causa-Lehre unter dem Einfluß SA-

¹ Die Glosse des Accursius schließt überall den dinglichen Rückfall aus.

Ad D. 18, 3, 8: quaeritur an *incidit* commissoria, dicit SCAEVOLA.

Ad C. 4, 54, 1: rem tibi *restituere*.

Ad C. 4, 54, 3: . . . actionem ex vendito, quia transtulisti dominium non nisi precario possessionem usque ad id tempus mihi tradidisses: quo competit tibi in rem actio, quia apud te dominium remansit.

Ad C. 4, 54, 4: videris recessisse a privilegio l. commissorie . . . predium vendicare non poteris.

Ad D. 35, 2, 38, 2: Servi distracti sub lege comm. venditoris est in dominio connumerantur. In quo casu pone ita exemplum testatoris: testator venderat Titio Stichum et Pamphylum sub conditione si solveret ei Titius precium productum usurasque ad mensem. Et postea transivit mensis antequam emptor solveret precium vel non transivit. Certe adhuc est dominium venditoris, fuit enim facta venditio *sub conditione* et non sub conditione resolvenda.

² Opera omnia zu C. 4, 54, 4.

³ Richtig schon RIESSER, Gieß. Zeitschr. II, 1 ff., 270 ff.: die dingliche Rückwirkung ist eine Fiktion; Eigentum kann nur durch Tradition erworben werden. Dagegen v. VANGEROW, Pandekten⁷ § 96. Für die in diem addictio (D. 6, 1, 41) gibt R. bereits eine Interpolation (VANGEROW: „Vermessene Konjektur“). Die vindicatio in den anderen Quellen muß R. allerdings mit einer Suspensivbedingung erklären.

⁴ Resolutivbedingung 1873 passim.

⁵ Propriété prétorienne II § 26.

⁶ Pandekten 7 § 96: Rückfall ex nunc.

⁷ Wirkung der erfüllten Bedingung 23 ff. Ferner PUCHTA, § 61; ARNDTS, § 71; THIBAUT, Civ. Arch. 16, 383 ff.; MÜLLER, Civ. Abh. I, 253; SELL, Dingliche Rechte I, 9 ff.

VIGNYS¹ zur Möglichkeit zeitlicher Übertragung absoluter Rechte durch Vermittlung der *causa*² (*dominium revocabile*), eine überaus kühne und von den Quellen ganz abgekehrte Konstruktion: Die *iusta causa*, sagen sie, nimmt an der Bedingung des Vertrages teil, Eigentum konnte aber nur im Umfang der *causa* übergehen³. BECHMANN'S Monographie⁴ stand abseits. Am Ende des 19. Jahrhunderts war das Dogma der dinglichen Resolutivbedingung in Deutschland herrschend. In der Quellenauslegung und im Ergebnis war man gegenüber den Glossatoren zurückgeschritten.

Die Quellenkritik⁵ brachte keinen raschen Fortschritt, weil die Kommissoriaquellen ihr nicht zugänglich schienen. Tatsächlich bleibt noch jetzt die kritische Methode ziemlich unergiebig, wenn nicht zugleich die allgemeine Übereignungslehre verwertet wird. 1908 brach MITEIS⁶ bedeutende Studie mit der älteren Methode: wenn MITEIS auch auf neue Wege führte, so hat er sich doch selbst bewußt der Stellungnahme enthalten: die Beweiskraft von D. 18, 3, 8, C. 4, 54, 1 und C. 4, 54, 4 schien ihm noch unangreifbar. Erst PARTSCH'S⁷, RABEL'S⁸ und PRINGSHEIM'S⁹ Bemerkungen zur *lex commissoria* zeigten im volkrechtlichen Material Wege, die allein eine neue Untersuchung ausbauen durfte.

Selbständige Konstruktionen, die hier nicht unwidersprochen bleiben konnten, nahm SIBER¹⁰ auf, wenn er die Vindikation in den Quellen auf aufschiebende Bedingung zurückführte. Die letzte Quellenkritik gab BONFANTE¹¹; sie steht der neuen Richtung nahe, die der große Forscher selbst die radikalere nennt. Erweckt schon Bedenken, wenn BONFANTE an anderer Stelle den Zwölftafelsatz als klassisch gelten läßt, ohne für die *lex commissoria* die Folgerung zu ziehen, so können die Interpolationsbehauptungen für D. 18, 3, 8 und C. 4, 54, 1, die den äußersten quellenkritischen Vorstoß in dieser Lehre geben, nicht unabwehrt bleiben.

Die ältere Dogmengeschichte und die neue Quellenkritik bestimmen die weitere Untersuchung, die also im Gebiet der klassischen Rechtsgeschichte Revision bleibt und vom Problem der Resolutivbedingung der Übereignung ausgehen muß. Für die volkrechtlichen Quellen kommt es ihr später auf eine abgesonderte Behandlung an.

¹ Obligationenrecht, 154 ff., dazu FELGENTRAEGER am S. 8 Anm. 4 zitierten Ort.

² VANGEROW, Pand.⁷ § 96, S. 153. ³ VANGEROW, a. a. O. S. 153.

⁴ Der Kauf nach gemeinem Recht II, 1, 520 ff.

⁵ Zuerst wandte sie A. KOHLER erfolgreich auf die in diem *addictio an*, Arch. f. bürgerl. Recht 15, 1 15 ff.

⁶ RöPrR. I, 172 ff.; 182 ff. ⁷ Gött. Gel. Anz. 1911, 723.

⁸ Grundzüge 503⁴. ⁹ SZ. 50, 506 f. ¹⁰ RöPrR. II, 426.

¹¹ Corso II, 2, 288.

Grundsätzliche Einwendungen.

In der Begründung des Prinzips — dingliche Resolutivbedingungen sind dem klassischen Recht fremd — wird man noch einmal zu der dogmengeschichtlichen Ideologie zurückkehren, welche die bedingte Übereignung immer wieder damit ausschließt, daß das römische Recht eine festbegrenzte Vorstellung von der Ewigkeit des Eigentums als absolutestem Herrschaftsrecht ausgebildet hätte. Das ist keine rechtsgeschichtliche Begründung. Allerdings bildet dieses Recht die Totalität der Eigentumsbefugnisse am klarsten und bewußtesten aus. Aber die Totalität und die Elastizität des Eigentums schließt nicht aus, daß seine Existenz an Bedingungen geknüpft wird. Auch selbst quiritarisches Eigentum kann als latent und ohne Rechtsgeschäft wieder auflebend, also in seinem Bestande als ungewiß gedacht werden¹. Erst die diokletianische Konstitution Vat. 283² formuliert das Prinzip, um es auf das eigentumsähnliche Recht am praedium stipendiarium ausdehnen zu können, und erst das theoretische Denken³ der Rechtsschule stellt dem sterblichen Nießbrauch die Ewigkeit des Eigentums als Dogma gegenüber⁴: *πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρροται δεσποτεία*⁵, eine Formulierung, die durch die entgegengesetzten Entscheidungen der Kompilation nicht beeinflußt ist.

Zuverlässiger werden allgemeine Argumente gegen bedingte Übereignung in der Entwicklungsgeschichte der alten Erwerbsakte *mancipatio*, in *iure cessio*, *traditio* und *usucapio* gesucht, was bisher vernachlässigt wurde. Geht man von den Publizitätselementen der in *iure cessio*, der *mancipatio* und der *traditio* aus, und geht man weiter davon aus, daß *mancipatio*⁶ und in *iure cessio* als imaginäre Vindikation ursprünglich nicht translative Erwerbsakte, sondern Okkupationen durch Rechtsanmaßung sind, daß auch die *usucapio* sich aus der titellosen Rechtsanmaßung entwickelt hat⁷, ergeben sich gegen einen Rückfall kraft

¹ GUAERNERI-CITATI, *Revivescenza e quiescenza* in *Annali Messina*.

² . . . *ad tempus proprietatis transferri nequiverit*. (Die textkritischen Einwendungen APPLETONS gegen die übliche Rekonstruktion (*tempus*), *Prop. pré. II*, 177 ff.) hat BONFANTE a. a. O. 279² überzeugend zurückgewiesen.

³ Das verwandte Denken der Glosse zeigt sich darin, wie sie mit der gleichen Begründung die Revokabilität des Eigentums ablehnt.

⁴ Die Annahme ist bestechend, daß STEPHANUS diesen Satz unter dem Einfluß der Verfügungsurkunden des Ostens formuliert, bei denen die Verfestigung des Publizitätselementes bedingte Übertragungen wieder erschwert. Da der Zusammenhang unbeweisbar bleibt, darf er hier nicht verwertet werden.

⁵ sch. STEPH. in *Bas.* 16, 1, 4; *ZACH. Suppl.* 63.

⁶ KUNKEL, art. *mancipatio* in *PAULI-WISSOWA, Realenzyklopädie*. HUSSERL, *SZ.* 50, 486. Für die *mancipatio* ist es allerdings nicht genügend geklärt, ob sie wirklich, wie nach GAIUS scheint, imaginärer Kauf, also nachgeformter derivativer Übereignungsakt oder ob sie originärer Aneignungsakt ist.

⁷ RABEL, *Grundzüge* § 44, S. 445.

bedingter Übereignung besondere Bedenken. LONGO¹ und DE FRANCISCI² haben den Nachweis versucht, daß dem klassischen Recht der Begriff der Singularsukzession in das Eigentum fehlt. Auch Rechtsaufgabe und Rechtserwerb durch Tradition sind getrennte konstitutive Rechtshandlungen, nicht *eine* translative Verfügung. Das würde die Vorstellung der resolutiv bedingten Übereignung ausschließen: schon EHRHARDT³ hat gefolgert, daß der Einfluß des Veräußerers auf den Umfang des Rechtes des Erwerbers durch diese Konstruktion darauf beschränkt ist, daß der Entäußerer entäußerungsberechtigt war. Manzipation und in iure cessio ertragen nicht nur als Formalakte, sondern auch, soweit sie ursprünglich nicht derivative Aneignungsakte sind, keine Bedingung, die nur durch Rechtsgeschäft vermittelt werden könnte. Bei der in iure cessio verbietet es die Autorität des im Scheinprozeß entscheidenden Richters, daß später wieder das Scheinurteil durch auflösende Bedingung unwahr gemacht wird. Die traditio enthält im Erfordernis des Besitzwechsels als Erwerbskorpus eine Publizität; die Unwahrheit des Rechtsstandes durch dinglichen Rückfall ohne erkennbaren Besitzwechsel ist nicht erträglich; das würde aber Resolutivbedingung des Traditionserwerbs zur Folge haben. Rückfall des resolutivbedingten Eigentums kann nur als neue Verfügung: als Rükckerwerb gedacht werden; der Rükckerwerb muß aber am Fehlen der Tradition scheitern, soweit nicht aus der causa ohne Tradition erworben worden war. Das klassische Recht hat aber niemals auf den Besitzwechsel beim Traditionserwerb verzichtet, wie die Unmöglichkeit des Besitzkonstitutes im klassischen Recht zeigt⁴. Die Vergeistigung des Traditionskorpus durch die Traditionssurrogate gehört erst dem nachklassischen Rechte an und ist dort nicht ohne Widerstände erreicht worden, weil die Traditionssurrogate die Publizität des Traditionserwerbs vernichten.

Andererseits kann auch die Traditionscausa bedingte Übereignung nicht vermitteln, weil dem klassischen Recht eine getrennte Verfügung über das Eigentumsrecht widerspricht⁵. Das quellenkritische Ergebnis für die Suspensivbedingung kann auch hier verwertet werden: wie die erfüllte Suspensivbedingung nicht zur Anrechnung des *iustus titulus*, also auch nicht der causa, auf die Schwebezeit führt, entzieht auch der erfüllte Vorbehalt rückwirkend auf die Zeit des Erwerbs der Tradition nicht den Rechtsgrund, der Usukapion nicht den Titel.

Die Bedingungsfeindlichkeit der Tradition scheint aus Vat. 283 zu folgen, so vorsichtig diese Stelle verwertet werden muß⁶: Wenn dort das

¹ Bull. 14, 127ff.; 15, 283ff., EHRHARDT, *Iusta causa* 146.

² Il trasferimento della proprietà.

³ a. a. O. 146.

⁴ RICCOBONO, SZ. 33, 259.

⁵ EHRHARDT, *Iusta causa* 8.

⁶ Ob bereits für die Zeit Diokletians eine so abstrakte Problemfassung ('cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit') erwartet werden darf, ist allerdings

Wieacker, *Lex Commissoria*.

Bedingungsverbot für Manzipationen (Vat. 329) auf den Erwerb am praedium stipendiarium ausgedehnt wird, so muß der Grundsatz entwicklungsgeschichtlich für den Traditionserwerb schon früher anerkannt sein: Für praedia stipendiaria muß er am spätesten eingeführt sein; denn dem Rückfall des Quasidominium stand nicht die Unmöglichkeit des Rückfalls des quiritarischen Eigentums entgegen, das als dominium populi Romani trotz Wechsels im schlechteren Besitzrecht unverändert fortbesteht¹.

Der Erwerb durch usucapio ist — erst — im klassischen Recht an den Kauftitel angelehnt; der Ersitzungslauf wird also durch Fortfall des Kaufvertrages unterbrochen. Der abgeschlossene Ersitzungserwerb wird durch Fortfall des Titels nicht vernichtet, seine Aufhebung wirkt auf den Zeitpunkt des Erwerbs so wenig zurück wie der Fortfall der iusta causa bei der Tradition. Das bestätigen die Quellen zur lex commissoria, insbesondere D. 41. 4, 2, 3.

Weitere Bedenken lassen sich aus der Prozeßgeschichte der rei vindicatio herleiten. Wenn der Besitzübergang gerechtfertigt war — und das folgt aus D. 41, 4, 2, 3 —, so kann die rei vindicatio, die ursprünglich Klage gegen Beeinträchtigung der familia durch den ungeschützten Besitzer ist, nicht wieder aufleben, weil ein bedingtes pactum des rechtfertigenden Kausalgeschäfts unbedingt geworden ist; erst eine Zeit, die die rei v. utilis kennt, die wie die Schrift De actionibus² § 4 τήν in rem dem πράγμα ιδιῶν λέγοντι δεσποτείας λόγω gibt, wie JUSTINIAN von revokabelm Eigentum spricht, darf die rei vindicatio dem Verkäufer geben, weil sie ein materiellrechtlich begriffenes Eigentum an ihn zurückgefallen denkt.

Allgemeine Erwägungen ergeben, daß das Eigentum nicht auflösend bedingt sein kann. Den Rückfall ex nunc schließt das Fehlen aller Erfordernisse eines neuen Übertragungsaktes aus; den Rückfall ex tunc verbietet die Publizität der Erwerbsakte und die Unmöglichkeit einer auflösend bedingten causa. Die Bedenken RABELS³ gegen den selbständigen Rückfall dinglicher Rechte sind unwiderlegbar.

Dingliches Recht des Käufers vor dem Verfall.

Bei der Überprüfung der Quellen auf den Institutionensatz II 1, 41 zeigte sich, daß fehlende Preiszahlung den Eigentumsübergang nicht hinderte⁴. Auch der Besitzschutz und die bonitarischen Rechtsschutzmittel stehen dem Käufer zu.

Der Streit um das Besitzinterdikt zeigt, daß dem Käufer bereits übergeben ist. Der Interdiktschutz setzt einen Besitz voraus, der eine zweifelhaft. MITTEIS (RöPrR. I, 164⁴⁷) hält die Beziehung auf das Schenkungsverbot der lex Cincia für möglich.

¹ Wie Vat. 283 in C. 8, 54, 2 umgekehrt wird, so führen auch in D. 2, 14, 48 itp. die Byzantiner die Bedingungsfreiheit des Traditionserwerbs ein.

² SZ. 14, 89.

³ RABEL, Grundzüge 502.

⁴ § 2 d. Abh.

genügende Unterlage für einen dinglichen Rechtserwerb bildet¹. D. 43, 24, 11 § 13. Der Streit zwischen CASSIUS und JULIAN bei der in diem addictio, dem der Gegensatz der beiden Konstruktionen zugrunde liegt, wird für die lex commissoria von PAULUS nicht weitergeführt. Fällt es auch auf, wenn im vorangehenden interpolierten² § 12 auch der Detentor, im § 14 ausdrücklich auch der non dominus das Interdikt erhält, so tritt doch gerade durch die Gegenüberstellung die Rechtslage des Kommissoriakäufers in deutlichen Gegensatz zu der des non dominus.

D. 44, 3, 6 § 1, gibt dem Verkäufer beim Interdictum utrubi accessio possessionis; der Besitz des Käufers ist danach anrechnungsfähiger Interdiktenbesitz. Zugleich zeigt sich, daß der Verkäufer inzwischen keinen Interdiktenbesitz hatte, sonst könnte nicht nach Anrechnung des Besitzes gefragt werden. Auch AFRICAN gab also, wie JULIAN und PAULUS, vor dem Verfall dem Käufer, danach dem Verkäufer das Interdikt³; klassische Meinungsverschiedenheiten sind nicht mehr nachzuweisen.

Regelmäßig waren res mancipi verkauft. Der bonitarische Erwerb hat daher zur Voraussetzung einen Formmangel der Manzipation oder einen Rechtsmangel des Verkäufers. Es ist davon auszugehen, daß die julianisch-paulinische Lehre den Käufer ersitzen läßt. In D. 41, 4, 2 § 3 tritt der Widerspruch PAULUS' gegen die sabinianische Lehre nicht hervor, weil die Byzantiner Auslegung zulassen⁴. Dadurch geht uns seine Lehre ganz verloren. Tatsächlich ließ PAULUS wie JULIAN im Gegensatz zu SABINUS, die Ersitzung zu⁵. Von hier aus kann die bonitarische Rechtslage aus den dürftigen Überlieferungsresten lückenlos wiederhergestellt werden, weil die Einwirkung der Klausel auf Kauf-titel und Kaufcausa nun zutage liegt.

Denn ist Usukapion möglich, liegen alle Voraussetzungen des klassischen Rechts für Usukapion vor: Ein gültiger Kauf-titel⁶ und Usu-

¹ Daß überhaupt die Frage gestellt ist, darf nicht auffallen: auch für den Eigentümer behält der Interdikten-schutz selbständige Bedeutung. EHRHARDT, Iusta causa 154 u. A. 1 erinnert dazu an VAT. 311.

² F. SCHULZ, Krit. Vrtjschr. 1921, 50.

³ Ist die accessio possessionis auf den *Ersitzungsbesitz* schon klassischem Recht bekannt, wie KRÜGER (SZ. 26, 246) meint, würde auch aus dieser Stelle folgen, daß der Käufer medio tempore zu ersitzen beginnt.

⁴ S. 50ff. d. Abh.

⁵ Daß an der usucapio, nahe am Traditionsbereich, die grundsätzliche Erörterung ausgetragen wird, zeigt, daß häufig die Manzipation unterlassen ist, die der Käufer nur fordern kann, wenn er den Preis anbietet. D. 19, 1, 13 § 8: Rückstände des Barkaufsgedankens einer älteren Zeit, die noch die interpolierte Stelle (Index int. a. a. e.) enthält.

⁶ Ein Putativ-titel genügt bis zur Zeit JULIANS nicht: D. 41, 3, 27 Cels.; KRÜGER 186; BESELER, SZ. 45, 325 gibt den Putativ-titel erst für justinianisches Recht zu.

kapionsbesitz des Käufers auf Grund einer traditio mit iustus titulus. Ganz allgemein übersieht die Usukapion nur die unterlassene Manzipation oder das Nichteigentum des Verkäufers¹. Nur diese Erwerbsfehler, nicht, daß der Kauf unter lex commissoria geschlossen ist, hindern also, daß der Käufer sofort Eigentümer wird. Aus der Usukapionsmöglichkeit folgt, daß die traditio bonitarischen Übereignungserfolg hat. Entwicklungsgeschichtlich sind iustus titulus und iusta causa als Rechtfertigungsgründe der Rechtsergreifung gleichwertig, da sie nur Voraussetzungen der prätorisch geschützten possessio ex iusta causa sind. Die Verfallsklausel hindert daher nicht die iusta causa für Usukapions- und Traditionserwerb², die die causa aus dem Kauf ist. Aus der Usukapion folgt aber auch die actio Publiciana und die exceptio rei venditae et traditae. Ein vorläufiges Ergebnis³ ist bestätigt: vor dem Verfall erwirbt der Käufer durch Verfügung nicht anders, als ob er ohne lex commissoria gekauft hätte. In der uns erhaltenen Überlieferung sind die Bedenken gegen den Schutz „eines Besitzgrundes, der nicht Dauer verheißt“⁴, überwunden.

Dingliche Rechtsstellung des Käufers nach dem Verfall.

Darin, daß an den Kauf mit lex commissoria ein titulus pro emptore sich anschließt, daß er also noch mit dem Erfüllungsgeschäft, der Tradition, zum Barkaufgeschäft zusammen gedacht werden kann, ist die Entscheidung gegen die Resolutivbedingung eingeschlossen. Ist die traditio pro empto von der lex commissoria unabhängig, so folgt daraus:

¹ PRINGSHEIM, Kauf 75; BESELER, SZ. 45, 325: „der Usukapionsgrund ist grundsätzlich identisch mit dem, was bei Nichtsein eines Hindernisses des Eigentümerserwerbs eines Dritten Eigentümerserwerbsgrund sein würde.“

² Allem Streit in der Kausallehre nachzugehen, wird durch das Untersuchungsziel nicht gefordert. Am wichtigsten bleibt die Frage nach Abstraktheit oder Kausalität der iusta causa, der man am nächsten kommt, wenn man (Grundzüge 440, vgl. a. EHRHARDT, iusta causa 17 ff.) folgend 3 Gruppen unterscheidet. Die causa emptionis führt die Gruppe an, in der das Verpflichtungsgeschäft mit dem dinglichen Erwerb besonders eng verkoppelt und durch Hingabe pro soluto nicht ersetzbar ist, wie RABEL aus dem alten Barkaufsgedanken schließt. Daher genügt hier nicht zur Übereignung, daß sich die Parteien ohne individualisierten Erwerbsgrund über den Grund der Hingabe einig sind. Das nahm FERRINI (Pand.³ 396 ff.) und noch entschiedener EXNER an (Tradition 372), wenn er die iusta causa negativ als Fehlen aller Erwerbshindernisse begriff. Träfe das zu, könnte allerdings aus ungehindertem Traditionserwerb bei der lex commissoria nicht auf die causa emptionis geschlossen werden. Aber wie EHRHARDT, iusta causa zeigt, ist die conditio indebiti, für die bei der kauflosen Tradition auf Grund einer Stipulation Raum bleibt, kein überzeugender Einwand gegen einen kausalen Traditionsbegriff. Zu dem abstrakten Begriff sind erst die Byzantiner (II, 1, 41 vel qualibet alia ex causa) (so mit Einschränkungen, EHRHARDT, iusta causa, 184 ff.) und nach ihnen seit SAVIGNY das gemeine Recht gelangt. FELGENTRAEGER, Einfluß Savignys 1 ff.

³ § 2 d. Abh.

⁴ RABEL, a. a. O. 503.

auch nach dem Verfall kann der Verkäufer nur Remanzipation oder Rücktradition mit persönlichen Klagen fordern¹. Eigentum des Käufers kraft Manzipation vom Eigentümer fällt ohne neue Manzipation nicht zurück². Widerspruch gegen die Bedingungsfeindlichkeit der Manzipation könnte an die Abhängigkeit der Manzipation vom Konsens über das Grundgeschäft anknüpfen, von der die ausgehen, die behaupten, daß in D. 41, 1, 36 die traditio an Stelle der mancipatio durch Interpolation eingeführt ist. Diese Annahme ist aber, besonders wirksam durch EHRHARDT, widerlegt worden³. Auch BRUCK⁴ leugnet den Grundsatz für die auflösende Bedingung. Die Voraussetzung BRUCKS, die Manzipationsformel „hanc rem meam esse aio“ ertrüge formal eine Suspensivbedingung nicht, beruht unbewußt auf dem JHERINGSchen, von ENNECERUS⁴ und MITTEIS⁵ richtiggestellten Prinzip der Konzentration aller Geschäftserfordernisse in einem Zeitpunkt. Mit diesem Grundsatz fällt auch BRUCKS Begründung für die Unzulässigkeit der Resolutivbedingung.

Die Grundlagen für das Bedingungsverbot, Formalität und Publizität, werden vielmehr durch die Resolutivbedingung besonders stark erschüttert. Die suspensiv bedingte Übereignung schafft, wie die unbedingte Übereignung nur einen Übereignungserfolg, die resolutiv bedingte Übereignung, zweimaligen Wechsel zivilen Eigentums durch eine Manzipation; dagegen bestätigen die Formen der Emanzipation, daß jedem Rechtswechsel eine Manzipation entspricht. Der später⁶ wirksame Grundsatz der Kundbarmachung der Übereignung durch Solennität und Zeugenpublizität⁷ kann nicht wieder durch einen Vorbehalt der Rechtswirkung gefährdet werden⁸: selbst wenn die Zeugen in der nuncupatio die Aufnahme der Resolutivbedingung gehört haben, sind sie für den Rückfall des Eigentums keine tauglichen Zeugen, weil sie nicht zugleich den Eintritt der Resolutivbedingung bezeugen können. Die lex commissoria enthält zugleich einen Endtermin: gegen Endtermine sind die zivilen Rechte besonders unnachgiebig^{9, 10}.

¹ Die actus legitimi sind bedingungsfeindlich. D. 50, 17, 77 = Vat. 329: (e)mancipatio; MITTEIS, I, 170; CZYHLARZ, Resolutivbedingung 69; die bei BRUCK, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 10 Zitierten. Der einzige Fall, in dem Manzipationseigentum ohne neue Manzipation verloren geht, ist die Pendenz wegen Fehlen eines nachholbaren Gültigkeitserfordernisses: MITTEIS, a. a. O.

² Justa causa 136f, ebenso LANGE, Eigentumstradition 63ff.

³ Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, 13.

⁴ Rechtsgeschäft I. S. 217. ⁵ RÖPR. 172ff; I, 176. ⁶ RABEL, § 501.

⁷ Zur Funktion der Zeugen bei der mancipatio KARLOWA, RRG. II, 380.

⁸ Das gilt auch für den Scheinprozeß der in iure cessio.

⁹ Nur praetorisch wird der zugesetzte dies ad quem selbst bei Manzipationen aufrecht erhalten. RABEL Grundzüge § 111, S. 501.

¹⁰ Auf die konstruktive Unmöglichkeit eines resolutiv bedingten Eigentums und auf seine begriffliche Widersinnigkeit hat v. TUHR, Allgemeiner Teil I. S. 98 zutreffend aufmerksam gemacht. Das Eigentum unter auflösender Bedingung ist

Die Frage nach der Resolutivbedingung der Tradition bleibt zunächst offen. Knüpft man an die einzelnen Elemente des Traditionserwerbs an, so nimmt das körperliche Element, der reelle Besitzwechsel, die rechtsgeschäftliche Bedingung nicht auf; sie ist losgelöst von der Tradition¹. Auch die *iusta causa* charakterisiert ursprünglich nur eine rechtlich geschützte Rechtslage. So widerspricht es ihrem Wesen, daß sie nur auf Zeit gewährt sind², auflösend bedingt sind, wie die einflußreiche Lehre WINDSCHEIDS³ und VANGEROWS⁴ annahm. Diese Lehre vom beschränkbarern Umfang der *iusta causa* und vom *dominium revocabile* beruht auf selbständigen Spekulationen des 19. Jahrhunderts über die Rechtfertigung des abstrakten Rechtserwerbs und findet in klassischen Quellen keinen Anhalt⁵.

Für uns tritt die Frage nach der *causa* aus auflösend bedingtem Kauf nicht auf, weil der Kauf als unbedingt, die *causa* als unbeeinflußt erkannt wurde. Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung des Auf Lösungspaktums hebt zwar im *bonae fidei* Iudiz das Grundgeschäft und damit seine *causa* nicht auf — sonst hätte der Verkäufer nicht die *a° venditi* aus dem alten Kauf, sondern die *a° empti* aus einer Rückgewährklausel — aber neuer Erwerb aus der Kaufcausa wäre nach Verfall nicht mehr möglich. Aber die Übereignung fordert die Erwerbserfordernisse nur für den Zeitpunkt der Übereignung. Die Fortdauer des Traditionserwerbs ist nicht von der Begleitung durch eine *iusta causa* abhängig⁶. Die Aufhebung des Kaufvertrags greift ebenso wenig in die Zeit der Übereignung zurück, wie in D. 41, 4, 2 § 3 der Eintritt der Suspensivbedingung den Ersitzungstitel schon vom Vertragsschluß an schuf. Für die theoretisch wichtigste Frage, ob Verfall die *medio tempore* aufgelaufene Ersitzungszeit vernichtet, gibt es in den Quellen seit JULIAN (D. 41, 4, 2, 3; D. 18, 2, 2, 1: *et usucapere posse*) keine sichere Antwort. Aber die Differenz zwischen SABINUS und JULIAN wäre bedeutungslos, wenn auch nach JULIAN der Verfall rückwirkend die anrechnungsfähige Usukapionszeit vernichtet. Und nur

ein eigentumsähnliches Recht auf Zeit. Der von v. TUHR beanstandete Begriff des geltenden Rechtes geht eben auf die nachklassische dingliche Resolutivbedingung zurück, an die die Pandektistik beim Aufbau der Lehre von der auflösend bedingten *causa* anknüpfte.

¹ RABEL, Grundzüge § 111 am Ende.

² Erst die Byzantiner führen im Übereignungswillen des Tradenten ein Erfordernis ein, das der Vorstellung der rückwirkenden Aufhebung zugänglich ist. EHRHARDT, *Iusta causa* 184 und die Arbeiten BONFANTES und PEROZZIS.

³ Wirkungen der erfüllten Bedingung S. 51. ⁴ Pandekten⁷ § 96 S. 157 ff.

⁵ SCHULIN, Resolutivbedingung 88—92. Durch die Arbeit SCHULINS werden die Konstruktionsversuche bis zu seiner Zeit zutreffend zurückgewiesen.

⁶ S. 47 d. Abh. Die ältere Lehre, wonach ein Recht ohne die Voraussetzungen, unter denen es entstanden ist, auch nicht fortbestehen kann, ist längst zurückgewiesen worden. SCHULIN, a. a. O.

zu dieser neuen Entscheidung paßt es, daß bei erfüllter Suspensivbedingung in D. 41, 4, 2, 3 offenbar die Zwischenzeit nicht angerechnet wurde. Zerstört der Verfall den Titel nicht, so muß das auch für die Traditionscausa gelten. Daß der Erwerb nicht casualos geworden ist, bestätigt sich, wenn durch Manzipation, also unabhängig von der causa erworbenes Eigentum mit *a^o venditi*, der Klage auf Erfüllung, zurückgefordert wird. Auch die Kaufcausa, für die man aus der Grundfigur des Barkaufs auf eine enge Verknüpfung des Erfüllungsgeschäftes mit dem obligatorischen Geschäft schließen kann, bleibt vom späteren Fortfall des wirtschaftlichen Zweckes, der die Übereignung rechtfertigt, unberührt.

Eine causa auf Zeit gibt es nicht. Doch macht die Sonderstellung des amtsrechtlichen Erwerbs eine Situation möglich, die dem dinglichen Rückfall bonitarischen Eigentums nahekomm¹. Solange der Kauf besteht, schützt den Käufer, auch dem zivilen Eigentümer gegenüber, der sein auctor oder dessen Rechtsnachfolger ist, die *exceptio rei venditae et traditae*; der *exceptio iusti dominii* stellt er als Kläger die *replica r. v. e. t.* entgegen: D. 6, 1, 72 = 21, 3, 2 = 44, 4, 4 § 32. Nach Verfall trifft, wenigstens nach der Lehre des SABINUS, nicht mehr zu, was die Ediktformel der *exceptio* fordert, daß verkauft und tradiert ist, und der Käufer wird schutzlos. Aber daß der Fortfall der *exceptio*² nicht zum „Selbstrückfall des Eigentums nach Amtsrecht“³ führt, ergibt sich, wenn dem schlechteren Besitzer gegenüber der Käufer durchdringt, oder die *A^o Publiciana* anstellt.

Die abgeschlossene Usukapion macht den Käufer italischer Grundstücke zum Eigentümer. Der Verfall während des Ersitzungslaufs macht die Ersitzung nicht unvollziehbar; die vollendete Ersitzung wird durch Fortfall des Kauftitels nicht berührt. Einem dritten Eigentümer gegenüber läuft die Ersitzung auch nach Verfall fort⁴. Daraus, daß die

¹ Dieser Gedanke knüpft an die Lehren SCHULINS und APPLETONS an. APPLETON (*Prop. Prét. II § 26*) führt sein Begriff des prätorischen Eigentums, das den Quellen in dieser Zusammenfassung fremd ist, zum Rückfall bonitarischen Eigentums. Den Übergang zivilen Eigentums, meint APPLETON, hindert bei der *l. c.* der Zwölftafelsatz in I. II, 1 § 41; *usucapio*, *Publiciana* und *exceptio rei venditae et traditae* hindert er nicht. Mithin sei dieses bonitarische Eigentum auflösend bedingt und fielle mit Verfall in sich zusammen: der automatische Rückfall relativer Rechte würde nicht, wie der Rückfall zivilen Eigentums Rechte Dritter aufopfern. Aber A.s Voraussetzung überzeugt nicht: auch der Rückfall Publizianischen Eigentums trifft die Rechtsnachfolger des Erwerbers. — Auch nach KOHLER, *Arch. f. bürgerl. R. B.* 15, S. 27 fällt das bonitarische Eigentum von selbst zurück; auf eine dogmatische Begründung hat KOHLER verzichtet, weil ihm quellenkritisch das Ergebnis sicher scheint.

² Auf die auch SIBER, II, 426 aufmerksam macht. SIBER verwendet die *exceptio* auch quellenkritisch bei der Rekonstruktion von D. 6, 1, 41.

³ SIBER, a. a. O.

⁴ Der Sprachgebrauch bestätigt, daß man an dinglichen Rückfall nicht denkt. Der Kauf wird als „*irritus*“ (D. 18, 5, 10 pr.), das Grundstück als *inemptus*, der

dürftigen Reste des Rückfallsproblems im Zivilrechtskommentar an die Usukapion anknüpfen, wird klar, daß der Ausgangspunkt des Bedingungsverbots Überlegungen über die Einwirkung des Kaufs auf die rechtliche Qualifikation des Besitzes sind, auf die *causa possidendi*, in der Usukapion und Traditionserwerb zusammenhängen. Das entspricht der Bemerkung RABELS (Grundzüge 501), daß die Resolutivbedingung des Traditionserwerbs ihr Hindernis in einer *causa possidendi* auf Zeit findet.

Die Quellenkritik ist durch die Schlüsselstelle D. 41, 4, 2, 3. vorbereitet. Die Quellenunterlage ist schmal, weil im klassischen Quellenbereich die Frage nach der Vindikation nicht gestellt ist. Probleme des Kaufvertrages sind es, an die der einzige zusammenhängende Kommentar der l. c., das Referat ULPIANUS, anknüpft: Fruchtrecht, Verschlechterung, Leistungs- und Annahmeverzug. Die Usukapion ist in anderen Zusammenhang gestellt.

Drei Quellengruppen sind hier zu verwerten; eine vierte Gruppe D. 18, 3, 8, C. 4, 54, 1 und C. 4, 54, 4 wird hier sofort abgezweigt und in die spätere Erörterung verwiesen. In die erste Gruppe gehören die Quellen, die, ohne die *rei vindicatio* auszuschließen, *actio venditi* auf die Kaufsache geben. So stark die Überarbeitung ist, so deutlich bleibt, daß die Kaufklage klassischer Besitz ist.

1. D. 18, 3, 4 pr. . . videamus quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. [et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut] rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi [declaratur.]

Die Eingriffe sind zweifellos und längst erkannt¹. Die stilistischen Merkmale liegen zutage; „et quidem finita“, das dem *inemptus* der Kommissoriaformel entspricht, ist sprachlich anstößig². Nach dem einleitenden *videamus quemadmodum* . . . erwartet man eine Diskussion.

Käufer als zur *redhibitio* verpflichtet bezeichnet; solche Ausdrücke kehren wieder, wenn die Auflösung des Kaufs als gesetzliche Folge eintritt, die das Erfüllungsgeschäft nicht angreift, wie im ädilischen Edikt. Zu *inemptus*: HEUMANN-SECKEL, D. 21, 1, 38 pr.; D. 41, 3, 19; C. 4, 58, 4. Noch die Basiliken geben, wo sie nicht zur Vorstellung eines Reurechts übergegangen sind, in „ἐκβαλασθῆν“ (Bas. XIX, 3) den Sprachgebrauch der obligatorischem „fordern dürfen“, nicht der Vindikation entspricht. — KARLOWA, RG. II, 685 glaubt eine terminologische Differenzierung von *lex* und *pactum* dahin vornehmen zu können, daß *lex* auch Abreden mit dinglicher Wirkung, *pactum* nur obligatorisch wirksame Nebenabreden begreife, so hieße es *lex comm.*, aber nicht *pactum comm.* Der tatsächliche Sprachgebrauch ist dieser Abgrenzung nicht günstig; die in *diem addictio*, für die der Quellenausweis dingliche Wirkung näher legt, heißt nicht *lex*, bei der *lex commissoria* heißt es auch „*pactum est*“.

¹ BESELER, SZ. 43, 436; STOLL, SZ. 47, 523; STOLL streicht ohne Begründung den ganzen Satz, während doch die Erwähnung der Reskripte formal unverdächtig und sachlich glaubwürdig ist.

² Zu *et quidem ALBERTARIO*, Bull. 33, 47; zu *et haec quidem EISELE*, SZ. 7, 22.

Aber nach dem kurzen, schon in Abwehr vorgebrachten „et quidem“, mit dem eine Erörterung nur beginnen kann, wenn der Berichterstatter schon voreingenommen ist, wird die Diskussion nicht fortgeführt. Statt dessen wird unvermittelt und ohne sachliche Argumentation die Erörterung abgeschnitten, wie es der Kompilator tat, wenn er im klassischen Text keine Begründung vorfindet. „videamus“¹ stellt ein Problem, „sed iam decisa“ verneint das Problem². In der charakteristischen Denkform der *decisio* erkennt man die Formulierung der Kompilatoren³. Vor und an Stelle von „et quidem finita“⁴ ist der Bericht *ULPIANS* über eine Gegenmeinung unterdrückt worden.

Bei der Rekonstruktion kommt es hier nur darauf an, daß die unterdrückte Gegenansicht nicht *rei vindicatio* für möglich hielt. Der Einwand „et quidem finita“ und die Frage nach den Früchten und dem *quanti minoris venierit* zeigen, daß die Erörterung prozessuale Gesichtspunkte hatte und die Gegenmeinung sich innerhalb des Gebiets der obligatorischen Wirkungen hielt. Die Reskriptzitate am Ende des Satzes sind echt⁵.⁶ Daß die Kompilatoren das Reskript fingiert haben, ist schwer denkbar; wenn tatsächlich Reskripte ergangen sind, haben sie für die *A^o venditi* entschieden. Ein Motiv für die Beglaubigung der *A^o venditi* durch Fälschung fehlt.

2. *Vat. 14*⁷ gibt ein nachklassisch nicht überarbeitetes Zeugnis für die *A^o venditi*. Im Bericht des *fr. 14* klingt der Meinungsstreit nach, den die Kompilatoren in *D. 18, 3, 4 pr.* zu verdecken gesucht haben. Für den Klassiker war nur fraglich, ob eine *a^o* in *factum* erforderlich ist.

3. *D. 18, 3, 4 § 3*: *erit itaque adversus eum ex vendito actio*. Der Satz ist von *BESELER*⁸, der ihn mit Recht für sachlich zutreffend hält, formal beanstandet worden. Man wird nachgestelltes *itaque*, das das *Gaius*-fragment aus *Oxyrhynchus* als Indiz entwertet⁹, nicht überschätzen und nicht ersatzlos streichen dürfen.

¹ Die rhetorische Frage *videamus* in den großen Kommentaren ist unverdächtig: *BERGER*, *Krit. Vrtjschr.* 1912, 435.

² *ALBERTARIO*, a. a. O. S. 21.

³ Die *decisio* ist eine nachklassische Literaturgattung (*PRINGSHEIM*, *BERT* und *BOLOGNA*, 226). Zu *quaestio decidenda D. 34, 5, 8, § 9 itp.* und die *quingenta decisiones JUSTINIANS*. Die Eingriffe in *D. 18, 3, 4* sind wohl justinianische Interpolationen, keine vorjustinianischen Erörterungen.

⁴ „finita“ scheint in klassischen Texten nur für die Beendigung eines Zeitabschnittes, nicht für das Aufhören einer Rechtswirkung angewandt zu werden.

⁵ § 7 d. Abh.

⁶ *ALBERTARIO*, a. a. O. mißtraut ihnen mit Unrecht; *C. 4, 54, 1* steht nicht im Widerspruch, *c. 4* ist *itp.*

⁷ *ALBERTARIO*, S. 22. ⁸ *SZ.* 43, 436. Das bestätigt der Vergleich mit *Vat. 14*.

⁹ *LEVY*, *SZ.* 48, 457; gegen *itaque* als Interpolationsmerkmal *LENEL*, *SZ.* 45, 26 Anm. 2; dagegen neuestens wieder *BESELER*, *Tijdschrift* 1930.

4. D. 18, 1, 6 § 1. Die formalen Interpolationen dürfen hier übergangen werden. Später soll der sachliche Gehalt der Stelle als durchaus klassisch gezeigt werden. Die Textzerstörung beginnt sprachlich erst mit „nec conturbari“, das mit den nachklassischen Gedankengängen in D. 18, 3, 4 pr. im engsten Zusammenhang steht. „ex vendito eo nomine actionem esse“ ist unangegriffen. Außer ULPIAN und PAPIANIAN kannte auch POMPONIUS nur die persönliche Klage.

Eine Reihe gutbeglaubigter Quellen also gibt die A^o venditi. Ihre Beweiskraft ist groß, aber argumenta e silentio sind für sich allein nicht überzeugend: die rei vindicatio ist nirgends ausgeschlossen. Soweit Nebenleistungen mit der A^o venditi verfolgt werden, beweist sie nichts gegen dinglichen Rückfall. Überhaupt bleibt der Einwand¹ zutreffend, daß die Kontraktklage die Vindikation nicht ausschließt, sofern auch im Vertrage die dingliche Klage liegt. Die Klagziele der beiden Klagen überschneiden sich; die Klagen konkurrieren kumulativ², und die A^o venditi führt gegen den Käufer leichter zum Ziel als die beweisschwierige rei vindicatio. Der unbedingt abgeschlossene Kauf bedarf ohne Rücksicht auf die Eigentumslage einer persönlichen Rückklage, die das Synallagma der gegenseitigen Leistungen aus dem Kauf in das Synallagma der Rückleistungen aus dem Auflösungsaktum, der Rückgabe oder Rückübereignung und der Befreiung des Käufers von der Kaufpreisschuld umwandelt. Daher ist zu den Quellen der zweiten Gruppe überzugehen, die, ohne Arrhalgeschäfte von hellenistischem Typus zu sein, von Vindikation sprechen.

5. C. 4, 54, 3. Es wird nicht deutlich, ob es sich um eine römische commissoria mit Anzahlung oder um ein hellenistisches Anzahlungsgeschäft³ handelt. Die Bezeichnung „commissoria“ ist vermieden. Die Inschrift „Felici militi“ läßt offen, ob römische oder volkrechtliche Rechtsanschauungen zugrundeliegen. Zwar ist ein Provinzialgrundstück verkauft⁴, aber die charakteristische Forderung nach Anzahlungsverlust nicht erhoben. In jedem Falle will das Reskript den Kauf als Kommissoriakauf deuten. Mithin ist die Stelle als Zeugnis gegen die dingliche Klage besonders wertvoll, weil sie Vindikation ausdrück-ausschließt⁵. Darüber hinaus erkennt man die *volkrechtliche* Gegenbewegung noch in erfolglosem Andringen.

Denn die Echtheit muß gegen die gewagte Kritik A. KOHLERS⁶

¹ ARTHUR KOHLER, Arch. f. bürg. R. 15, 28.

² SIBER, Rei vindicatio 59. ³ § 9 d. Abh.

⁴ Die Interpretation SCHULINS 155, es handle sich um die Rechtslage vor Verfall, ist nicht zulässig, sie zeigt, wozu die Durchführung des Zwölftafelsatzes in J. II, 1, § 41 führt, wenn gleichzeitig das Hilfsmittel der Interpolationenforschung nicht verwandt werden kann.

⁵ S. 14 d. Abh.

⁶ Arch. f. bürg. R. 15, 35 [certum tempus] (biennium).

und ALBERTARIOS¹ verteidigt werden. Die Rekonstruktion KOHLERS² ist höchst unwahrscheinlich „intra certum tempus“ wird durch die Kommissoriaformel oder durch die Fristsetzung in griechischen Formularen³ gefordert. „Si non precario tradidit“ hat guten Sinn. Mit ALBERTARIOS sachlichen Grundlagen ist Auseinandersetzung schon versucht worden⁴, seine formalen Bedenken⁵ können ohne sie nicht überzeugen. Zwar nötigt der offene Widerspruch mit C. 4, 54, 4, ohne die also c. 3 nicht zu verstehen ist, zur Interpolationsvermutung für eine der Konstitutionen, weil ein abweichender Tatbestand nicht erkennbar wird. Aber interpoliert ist c. 4⁶.

Beide Texte werden nur Auszüge aus den Kanzleiakten sein⁷, was die abstrakte Fassung „qui vendidit“, „qui maluit“ nahelegt. Der auffällige Parallelismus der Satzkonstruktion (qui — non — habet, sed...; qui — non — eligere, sed . . .) zeigt, daß offenbar die Kompilatoren eine Konstitution — wahrscheinlich die nachfolgende — der anderen nachgebildet haben. Zwar auch in c. 3 ist die rei vindicatio formae nicht völlig befriedigend: ihr Vorbringen in der Appellationsinstanz ist nicht möglich: die exceptio rei in iudicium deductae würde entgegenstehen. Aber sprachlich ist c. 4 schlechter; der Satzbau ist verschachtelter. „usurarum petitionem⁸ sequi“ ist ungeschickt; malle, wenn man velle ausdrücken will, ist eines der sichersten Indizien⁹. In c. 3 bestand Anlaß zur Zurückweisung eines rechtsirrtümlichen Petitums; in c. 4 lag kein Grund vor, die Vindikation als möglich hervorzuheben, wenn der Verkäufer gar nicht zurückgetreten ist. Die Einführung dinglicher Wirkung ist bei den Byzantinern eher zu erwarten, als ihre Beseitigung. Die Interpolationsvermutung wendet sich gegen c. 4. [non rei vindicationem] muß gestrichen werden. Unerklärt bleibt immerhin, wie die Kompilatoren sie und c. 3 und c. 4 nebeneinander stehen lassen können; aber

¹ Il trasferimento 28.

² „Die Stelle bestätigt ganz besonders“ (für dinglichen Rückfall) „weil man statt certum tempus biennium einsetzen muß und dann vom Käufer ersessen ist“. Dagegen selbst ALBERTARIO, 261, n. 1.

³ § 9 d. Abh.

⁴ § 2 d. Abh.

⁵ „Il faticoso tono della decisione 'si non . . . non . . . sed'“.

⁶ An der Echtheit zweifelt LEVY, Konkurrenz I, 46; BOYER, Rés. 112. Interpolation nimmt an NABER, Mnemos. 1920, 174; BONFANTE, Corso II, 2, 288. ARANGIO-RUIZ, Ist. 2^o 201 faßt die rei vindicatio als r. v. utilis auf. Aber die Entwicklung hat hier über die Ersatzvindikation der Byzantiner hinausgegriffen und in Anlehnung an die vindicatio in den römischen Arrhalfällen eine echte rei vindicatio eingeführt.

⁷ Die vielleicht schon für die privaten Kodifikationen hergestellt wurden.

⁸ Zu petitio die drei bei GUARNERI-CITATI, Indice genannten Schriftsteller und ALBERTARIO, Studi BONFANTE, I, 667 n. 1.

⁹ Zu malle acht Schriftsteller im Indice: ALBERTARIO, SZ. 32, 307; BONFANTE, Storia II, 150, 154 a; GRADENWITZ, SZ. 7, 81; Interpolationen 69, 73, 194; PRINGSHEIM, Kauf 148, SZ. 42, 281 u. a.

solch ein Redaktionsversehen ist wahrscheinlicher, als daß sie sich widersprechende Reskripte von vornherein für den Titel 4, 54 auswählten¹. Sie haben erst in c. 4, beeinflußt durch die Entscheidungen für die in diem add., die kurz vorher — der Titel 4, 54 entspricht D. 18, 3 — verglichen waren, die Vindikation eingeschoben. So widersprachen sich nur die Begründungen, nicht die Entscheidungen, vielleicht hatten auch JULIAN und PROCULIAN wie FELIX in c. 3 die rei vindicatio prätendiert.

Die dritte Gruppe bilden zwei Stellen, die für dinglichen Rückfall sprechen können. Eine ist bei näherer Untersuchung unbedenklich, die andere nachklassisch.

6. D. 4, 4, 38. Ein Grundstück ist unter Kommissoria für den Fall der Ratensäumnis verkauft; der Käufer stirbt; die Tutoren der Tochter zahlen nicht fristgerecht. Der Verkäufer verkauft nach wiederholter Mahnung an die Tutoren an einen Dritten. Es scheint, daß der Verkäufer nach erfolgreichem Rücktritt glauben durfte, als Eigentümer wieder verkaufsberechtigt zu sein. Aber eine andere Lösung ist möglich: man wird annehmen, daß beim ersten Verkauf tradiert, aber nicht manzipiert ist. Ein fundus Italicus ist verkauft, wie die Namen („fundus Rutilianus“, „Ovinus“, „Aemilius Larianus“) und der Rechtsgang („victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi“) zeigen. Dann konnte der Verkäufer durch Manzipation, die die Präsenz des Grundstücks nicht erfordert², den Zweitkäufer zum quiritarischen Eigentümer machen, dessen Vindikation nach Verfall nicht mehr die exceptio rei venditae et traditae der Erstkäuferin gegen den Nachmann des Verkäufers entgegenstand. War schon dem ersten Käufer manzipiert, so brauchte doch nach dem Rücktritt der besitzende zweite Käufer Entweh rung nicht zu fürchten, weil der Verkäufer das Grundstück zurückrufen konnte: habere licere war geleistet.

7. D. 35, 2, 38 § 2. Herm. 1 epit.: Cuius ususfructus alienus est, in dominio proprietarii connumeratur, pignori dati in debitoris, sub lege commissoria distracti, item in diem addicti in venditoris.

Der Sklave, der unter lex commissoria verkauft ist, wird bei der Sklavenberechnung zur lex Fufia Caninia³ zum Vermögen des Verkäufers gerechnet; diese Berechnung knüpft nicht immer an das quiritarische Eigentum an. Die Stelle bleibt für dinglichen Rückfall⁴ nur verwertbar, wenn sie die Rechtslage *nach* dem Verfall trifft. Aber der Zusammenhang, insbesondere der Vergleich mit dem ver-

¹ Eine Verbesserung des c. 4 durch die Konjekture vindicationem = venditi actionem fördert nicht: auch die Zinsklage ist die a⁰ venditi.

² GAI. I, 21.

³ LENEL, Pal. I; SCHULIN, Resolutivbedingung, 144 und die dort zitierte ältere Literatur.

⁴ Wofür sie SCHULIN, 144—148 und APPLETON, prop. prêt. II § 26 und vor ihnen FABER, Rationalia ad 6, 1, 41 in Anspruch nehmen.

pfändeten und zu Nießbrauch übertragenen Sklaven, ergibt, daß nach der Lage der Schwebezeit gefragt ist, die mehr interessiert¹. So scheint allerdings der Scholiast KYRILL² die Stelle nicht verstanden zu haben; aber er geht von der justinianischen Rückwirkungslehre aus. Mit einer Suspensivbedingung kann das Eigentum des Verkäufers nicht erklärt werden; diese Theorie ist längst überwunden, wenn auch HERMOGENIAN aus sehr alten Texten ausgezogen haben kann. Man wird — den regelmäßigen — Manzipationsvorbehalt auch hier annehmen. Möglich ist auch, daß bei HERMOGENIAN schon die nachklassische Entwicklung hervorzutreten beginnt, die Eigentum erst mit der Preiszahlung übergehen läßt.

Die sieben untersuchten Quellen ergeben für dinglichen Rückfall nicht das, was die ältere Theorie, beeinflußt durch die fremden volkrechtlichen Quellen D. 18, 3, 8; C. 4, 54, 1 und durch die interpolierte C. 4, 54, 4 in sie hineindeutete und was nur BECHMANN unbefangen ablehnte. Der Quellenbeweis wird ergänzt durch eine Zweckmäßigkeitserwägung. Dingliche Sicherung wird leichter durch Abreden verwirklicht, die dem Verkäufer ausdrücklich und schon vor Fristablauf dingliche Sicherheit geben³: die Abrede, die das Gemeine Recht *pactum reservati domini* nennt (D. 19, 2, 20, 2; 21), das *pactum reservatae hypothecae*, soweit es in den klassischen Quellen zu belegen ist, der Prekariovertrag, die Miete der Kaufsache bis zur Preiszahlung⁴ und Pfandbestellung. Stellen diese Mittel schon von Abschluß des Vertrags an den Verkäufer leichter sicher, erscheint dinglicher Rückfall weder beabsichtigt noch erreicht, wenn unter *lex commissoria* verkauft ist⁵.

¹ Fördernde Erklärungen gibt schon die Glosse a. h. l.: der Käufer hat nur Prekariobesitz; es ist unter Suspensivbedingung verkauft.

² Bas. XXXXI, I, 38, 2 sch n, Hb. VI., 110: *ὁ ὑπὸ κομμισσόριον ὄρον πραθείς ἢ ὑπὲρ θεματισμὸν τὴν τοῦ πρώτου. τοῦτο νόμι κατὰ τὸ εἰρημένον βιβλ. τι α διγέστω μχ'* (D. 6, I, 41).

³ Auf diese Abreden hat in verwandtem Zusammenhange PRINGSHEIM, SZ. 50, 407 aufmerksam gemacht.

⁴ D. 19, 2, 22 pr; D. 19, 2, 20.

⁵ Für dinglichen Rückfall an den Verkäufer: APPLETON, Hist. de la propr. prêt. II § 26; GIRARD, Manuel⁵ 475 (anders die späteren Auflagen); KARLOWA, II, 685; KOHLER, Arch. f. bürg. R. 15, 1 ff.; MITTEIS, I, 182; PEROZZI, Ist.² 286; PRINGSHEIM, Kauf 80; SCHULIN, Resolutivbedingung; SENN, NRH. 1913, 613 mit seltsamer Wendung: der Verkäufer hat Eigentum, kann aber aus der *lex venditionis* nicht vindizieren; und die älteren bei SCHULIN zitierten; COLLINET, Droit Justinien, 175. Wie hier gegen dingliche Wirkung: ARANGIO-RUIZ, Ist.² 201; BECHMANN, Kauf II, I § 520; BESELER, SZ. 43, 436; BONFANTE, Ist.⁶ 471; CORSO, II, 2, 288; BOYER, Résolutions 108 ff.; FERRINI, Pand.³ 176; LANDUCCI, Atti Ist. Venet. 1915, 131 ff.; LONGO, Bull. 31, 45 ff.; RABEL, Grundzüge § 113; PRINGSHEIM, SZ. 50, 406; SIBER, II, 426 für die *lex commissoria* mit abweichender Wendung: der Kauf ist suspensiv bedingt, resolutiv bedingte Übereignung kennt das römische Recht nicht.

Die Abreden, die konstruktiv und entwicklungsgeschichtlich der *lex commissoria* nahestehen, müssen gleichfalls untersucht werden: Dabei kann immer wieder die Einwirkung störender Prinzipien erwartet werden, die im Einzelfall zu anderem Ergebnis führt¹.

Für die in *diem addictio* zwingt der sehr deutliche entwicklungsgeschichtliche Parallelismus zur Vergleichung. Dinglichen Rückfall dort überall auszuschließen, ist nicht leicht; es ist zu betonen, daß diese Untersuchung ihr Ergebnis für die *lex commissoria* nicht auf die in *diem addictio* ausgedehnt wissen will. Es ist aber möglich, den Grundsatz zu erkennen, der die begünstigte Stellung des Verkäufers erklärt: Die in *diem addictio* ist der typische Habitus der fiskalischen Verkäufe², besonders seit der Eingliederung Ägyptens ist die fiskalische Lizitationspraxis des ptolemäischen Großreichs, die öffentliche Ausbietung von Priesterstellen³, von Steuern und bei der Vergebung eines *ager vectigal*⁴ auch außerhalb des Gebietes des neuen Kronlands, übernommen worden. Beim Gegenleistungsgeschäft des Fiskus ist die Lizitation jedenfalls feste Übung⁵: die einzige Ausnahme ist der garantierte Barkauf.

Der Eigentumsübergang vom Fiskus ist an eine Amtshandlung des versteigernden Zensors, an die *addictio*, gebunden, die regelmäßig erst nach der Zahlung erteilt wird. Andererseits wird bis zur *addictio* der Kaufpreis regelmäßig kreditiert. Ist der Erwerb an die *addictio* des veräußernden Fiskus gebunden, die nicht erteilt wird, wenn ein besseres Gebot erfolgt ist, so folgt daraus, daß das Eigentum an der Kaufsache in *diem*, also *suspensiv* befristet, erteilt wird. Dinglicher Rückfall bei

¹ Die *mortis causa donatio*, die durch die Untersuchungen COLLINETS (*Droit de Justinien* 177 ff.) SENNS (*La donation à cause de mort*) und EHRHARDTS (*Justa causa* 90 ff.) genügend geklärt ist und die bedingte Übertragung von Dotalgut werden hier nicht herangezogen. — Das *pactum displicentiae* wirkt nicht dinglich. — Der Käufer, der zurücktritt, bleibt Eigentümer. Dem entspricht, daß das *pactum* im ädilischen Edikt eng an die *redhibition* angeschlossen ist. In D. 20, 6, 3 wird die stärkere dingliche Rückwirkung, die die Kompilatoren dort für die in *diem addictio* einführten, ausdrücklich verneint. BESELER (SZ. 43, 437) streicht [*quamquam — fin*] aus formalen Gründen, aber man kann nicht annehmen, daß die Kompilatoren das *pactum displicentiae* selbständig erwähnten. Eine kausale Partikel wird durch *quamquam* ersetzt worden sein. Sachlich hält auch BESELER die Entscheidung für klassisch.

² Es ist vielleicht möglich, daß jedem entgeltlichen Veräußerungsgeschäft des Fiskus kraft Gesetzes die Bessergebotsklausel innewohnt: MOMMSEN, *Staatsrecht* II, I, 2³, 440. Zum Versteigerungsmodus des Fiskus BECHMANN, I, 444 ff.; GIRARD, *Manuel*⁵ 598; KARLOWA, II, I, 29 f.; KÜBLER, *Quellengeschichte* 92; MITTEIS, I, 183; W. MÜLLER, *Fr. 50 D. de iure fisci*, 49, 14. *Diss.* Leipzig 1929.

³ MITTEIS-WILCKEN, *Papyruskunde* II, I, I.

⁴ ROSTOWZEW, *Der Kolonat*, 142; PLAUMANN, *der Idioslogos* 60; SCHWARZ, *Urkunde* II.

⁵ KARLOWA, a. a. O.; BECHMANN, a. a. O. Gegen Garantiefreiheit des fiskalischen Verkaufs KARLOWA.

der in diem addictio der Digesten ist erklärt in Quellen, die von der Veräußerung von Fiskalland sprechen¹. Er ist vielmehr Enteignung durch Adjudikation als Erfolg einer rechtsgeschäftlichen Bedingung. Darüber hinaus mag ein Einfluß der fiskalischen Praxis auf das privatrechtliche Institut nachweisbar sein, den die Übernahme der Terminus addictio nahelegt²; die Übernahme des staatlichen Lizitationsmodus in die Praxis großer Privatunternehmungen — Cato de agric. 144 — könnte in gleiche Richtung weisen.

Vier Stellen formulieren das Problem der dinglichen Rückwirkung und beantworten es sehr deutlich.

D. 6, 1, 41 pr.: Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione, post al'atam conditionem iam non potest in rem actione uti. sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit³.

„Postea non poterit“ wird man als Glossem streichen dürfen⁴. Auch dann noch ergibt die seltsame Stelle große Schwierigkeiten, weil der Gegensatz der beiden Fälle nicht erkennbar wird und dinglicher Rückfall wenigstens im ersten Fall ausdrücklich ausgesprochen bleibt. Das nächstliegende Motiv für einen Eingriff könnte die Beseitigung der Manzipation sein, und so erscheint zunächst am befriedigendsten der Vorschlag⁵, im ersten Falle „iam non“ zu streichen und vor „emerit“ „rem nec mancipi“ einzufügen. Der zweite Fall bezog sich dann auf res mancipi unter Vorbehalt der Manzipation⁶; „et“ hinter „sed“ wäre dann zu streichen.

Die Palingenesie⁷ führt allerdings auf eine res nec mancipi, ein praedium stipendiarium; den Rückfall des Eigentums an einen Privatverkäufer schließt für praedia stipendiaria Vat. 283 aus. Zwar kann die Erörterung des zweiten Falles — res mancipi — nach dem fundus stipendiarius attrahiert sein, aber die Streichung von iam non hat keine genügende Grundlage.

SIBER⁸ bezieht den ersten Fall auf den auflösenden Vorbehalt, den zweiten Fall auf den aufschiebenden Vorbehalt. Tatsächlich hat LONGO

¹ Eine der folgenden Stellen handelt von einem ager vectigalis. Vgl. auch D. 49, 14, 50.

² SENN, NHR. 1913, 282.

³ Die ältere Literaturgeschichte dieser Stelle bei A. KOHLER, Arch. f. bürg. R. 15, 15. KRÜGER, Dig. streicht „sed“ bis „poterit“ als Glossem. BESELER, III, 143 sieht umgekehrt den ersten Fall als Glossem an [si quis — sed et].

⁴ Mit KRÜGER.

⁵ KOHLER, a. a. O.

⁶ KOHLER, a. a. O.

⁷ LENEL, Pal.² II, 515; ULP. Nr. 586: „si praedium stipendiarium vel tributarium petatur.“ Zweifelnd LENEL, II, 515 n. 5.

⁸ II, 426: „— — [in rem actione uti] (exceptione rei venditae et traditae uti) Sed [et] — — sit facta (adversus venditorem fundum vindicantem exceptione doli) uti [in rem actione] potest; [postea non poterit].“

für die in diem addictio eine Doppelformel aufgedeckt¹. Aber SIBER muß eine exceptio doli annehmen, deren Entfernung nicht der Tendenz der Byzantiner², die subsidiäre exceptio doli zu begünstigen, entspricht. Ein Fragment, das nicht von der actio in rem handelte, wäre nicht im Titel D. 6, 1, sondern unter De exceptione rei venditae et traditae von den Byzantinern bearbeitet worden; auch ULPIAN hat von der dinglichen Klage gehandelt. Die Beziehung auf die Suspensivbedingung schließt die Stellungnahme ULPIANs aus.

Die Stelle scheint nur zu erklären, wenn man fiskalischen Verkauf eines fundus stipendiarius — darauf führte die Palingenesie — im Versteigerungsweg annimmt, vielleicht wegen rückständiger Steuerzahlung. Die Bessergebotsklausel ist beim fiskalischen Verkauf gesetzlich. Nach den Grundsätzen der staatlichen Lizitation fällt das Eigentum mit dem besseren Gebot an den Fiskus zurück³ und mit der Zahlung durch den zweiten Käufer an diesen. Der zweite Fall ist dann ein Glossem, das die erste Klausel mit dem technischen Ausdruck „in diem addictio“ erläuterte⁴, ohne den Unterschied der beiden Formeln zu kennen⁵.

D. 20, 6, 3. Der Käufer verpfändet vor dem Bessergebot, nach dem Bessergebot erlischt das Pfand. Ebenso entscheidet die Geminatstelle D. 18, 2, 4 § 3, die eine im Zusammenhang des ulpianischen Sabinuskomentars minder verdächtige Überlieferung mitteilt. Die Suspensivbedingung ist beim Julianschüler MARCELLUS ausgeschlossen. Es ergibt sich ein so klarer Fall dinglicher Rückwirkung mit Vernichtung der Rechte Dritter, daß man immer wieder den Interpolationsnachweis geführt hat⁶. An formalen Hinweisen fehlt es nicht. In D. 20, 6, 3 stört das Fehlen eines Subjekts zu invenisset, das später schief mit dem bedenklichen „et forte emptor“ vertauscht wird, und das ungewöhnliche „nisi meliorem conditionem invenisset“; „finiri“⁷ wird man zunächst nach D. 18, 2, 4 § 3 durch „pignori esse desinere“ ersetzen können. Aber die Umkehrung des Sinnes der Stelle durch eingeschobenes „non“ vor „finiri“ würde die quellenkritische Methode verletzen, die nicht vom erforderten Ergebnis ausgehen darf.

Dagegen ist möglich, daß mancipatio durch traditio, res mancipi⁸

¹ Bull 31, 42 ff.

² BESELER, SZ. 45, 245.

³ Vgl. D. 6, 3, 1, 1 und MITTEIS, Erbpacht 16; KNIEP, Gai Comm. 2, 111, 306 ergänzt: „idem dicendum est si cui in diem addictus sit fundus stipendiarius“.

⁴ Auch KRÜGER hält den zweiten Fall für ein Glossem.

⁵ Der für das klassische Recht allerdings bestand: LONGO, a. a. O.

⁶ BESELER, SZ. 43, 437 fügt statt „finiri“ „non desinere“ ein und streicht „quamquam — fin“; ähnlich in D. 18, 2, 4 § 3; SIBER, II, 426 ersetzt „finiri“ durch „teneri“, fügt „inferrit allata“ „non“ ein und streicht „et forte emptor“. Vgl. ferner STINTZING, Krit. Vjschr. 48 (1909) 367.

⁷ Zu finiri S. 57⁴ d. Abh.

⁸ Es ist anzunehmen, daß eine res mancipi verkauft ist. Das Fragment ist dem Kommentar ULPIANs zum Edikt der kurulischen Ädilen entnommen.

durch res ersetzt ist. „resque tradita fuerit“ legt nahe, daß das Fragment begonnen hat „si res distracta fuerit mancipi fueritque tradita“. Der Hinweis auf die Tradition wäre im klassischen Recht schlecht motiviert, wenn nur die tatsächliche Möglichkeit der Verpfändung erklärt werden sollte. Käufer und Pfandgläubiger haben Publizianisches Eigentum und Pfandrecht erworben; nach dem Verfall sind sie ohne exceptio rei venditae et traditae der rei vindicatio des zivilen Eigentümers ausgesetzt.

In D. 18, 2, 4 § 3 wird „ex quo — colligitur“¹, von dem D. 20, 6, 3 nichts weiß, als schulmäßige Paraphrase oder vorlaute Glosse zu entfernen sein. Der Vergleich mit D. 20, 6, 3 zeigt auch, daß das Marzelluszitat gekürzt und verändert ist. Eben deshalb ist eine ins einzelne gehende Quellenkritik erschwert. Man wird auch hier wie in D. 20, 6, 3 mit BONFANTE² unterlassene Manzipation annehmen. Die Byzantiner mögen die Tradition, die für sie einziger Erwerbsakt war, in dem Bericht unterdrückt haben.

D. 39, 3, 9 spricht in klarer Problemstellung dingliche Rückwirkung aus: Die Wasserleitungsservitut, die der Käufer bestellt hat, wird nach dem Bessergebot hinfällig, wenn der Verkäufer nicht zugestimmt hat. Die Auslegung, daß der Käufer gerade vom Eigentümer des oberen Grundstücks gekauft hat, ist nach dem verkürzten Text nicht zulässig; wäre sie möglich, widerlegte sie die dingliche Rückwirkung bei der in diem addictio, weil sonst die aquae cessio beim Bessergebot durch confusio erlöschen würde. Die suspensive Konstruktion kann nichts erklären: gerade PAULUS lehnt diese Auslegung ab³. Für unterlassene Manzipation ergibt sich kein Anhalt⁴; wirksame Bestellung der Servitut durch Manzipation wäre nicht möglich gewesen. Textkritische Einwände hat noch BONFANTE nicht erhoben⁵. Aber die entscheidenden Teile sind interpoliert, wie schon BESELER⁶ über [sive recesserit] hinaus⁷ angenommen hat. Zu Beginn muß ein ausführlicherer Tatbestand auf „in diem addictio praedio“ verkürzt sein. „voluntas exquirenda est“, das den Willensimpuls als Interpretationselement gewaltsam isoliert, ist selbst für den Willenstheoretiker PAULUS im Ausdruck zu stark, voluntas domini kehrt noch dreimal wieder. Byzantinischen Eingriff scheint auch die folgende Begründung zu zeigen „nullam enim potest pati iniuriam“, die einen richtigen Gedanken verzerrt wiedergibt. Endlich

¹ Zu colligere BESELER, Beiträge I, 27, 73, 106; II, 52, 134; IV, 290; dagegen LENEL, Grünhut 37, 357; aber colligere *quod* ist kaum klassisch. Der Streichung stimmt zu BONFANTE, Corso II, 2, 290.

² a. a. O. ³ D. 41, 4, 2 § 4.

⁴ Wie BONFANTE, Corso II, 2, 275² vorschlägt.

⁵ a. a. O.

⁶ Beitr. III 145; SZ. 43, 437; vgl. ARANGIO-RUIZ, Arch. giur. 81, 400.

⁷ SZ. 43, 437.

ist auch § 2 nicht einwandfrei. Man wird mit Interpolationen sicher rechnen dürfen, ohne rekonstruieren zu können.

Sind die vier Stellen, die dinglichen Rückfall behaupten oder voraussetzen, interpoliert, so tritt zugleich die Tendenz der Byzantiner, dingliche Rückwirkung einzuführen, klarer hervor als bei der l. c. Dort blieb die Einführung dinglicher Wirkung durch Rezeption hellenistischer Fälle im Mittelpunkt.

Nur obligatorisch wirkt auch das *pactum de retrovendendo*, in der Regel Kauf auf Wiederkauf mit Sicherungsfunktion: C. 4, 54, 2; D. 19, 5, 12. Die Rechtsvergleichung zeigt, daß andere Rechte beim Kauf mit Sicherungsfunktionen einen beschränkten dinglichen Rechtsschutz beim Verkäufer lassen¹. Auch im römischen Recht mußte ein dingliches Rückfallsrecht durch die dingliche Berechtigung des Pfandschuldners vorgezeichnet werden; die Vorstellung, daß der Verkäufer in diesem Fall ein quasi *pignus* habe, ist ihm nicht fremd. Der Widerstand gegen dingliche Resolution ist aber so groß, daß auch hier nur obligatorische Rückansprüche gegeben sind².

Zersetzung des Prinzips.

Das klassische Recht kennt die Auflösung des Übereignungserfolgs durch Zerfall des Kaufvertrags nicht, die Interpolationen behaupten sie. Die Ansatzpunkte der nachklassischen Entwicklung lassen sich quellenkritisch kaum, ihr Verlauf im einzelnen überhaupt nicht er-

¹ NABER, *Mnemosyne* 1920, 171.

² Unbedingter Kauf mit aufschiebend bedingtem Auflösungs-paktum sind auch die *lex manus iniectionis* in den Sklavenverkäufen, die *Abrede ut exportetur, ut manumittatur, ne prostituatur*, die noch MITTEIS zur Resolutivbedingung stellt. Aber die theoretischen Grundlagen der bedingten Übereignung sind nicht anwendbar. Es ist Konstitutionenrecht, das ohne Rücksicht auf die Konstruktion und ohne Beweiskraft gegen die Wirksamkeit der Konstruktionen der Klassiker, die Sicherheit des Verkäufers und ruhende Persönlichkeitsrechte des Sklaven mit absolutem Rechtsschutz umkleidet. Den materiellen und irrationalen Grundlagen der Hadrianischen Gesetzgebung ist hier nicht nachzugehen. Sie erklären, daß das Recht des Sklavenverkaufs unabhängig fortgebildet wird. HAYMANN, *Freilassungsrecht und Reurecht* iff. hat gezeigt, daß durch die Freilassungs- und Prostitutionsabrede unverzichtbare Rechtslagen geschaffen werden, die auf dem Sklaveneigentum wie dingliche Lasten ruhen und mit ihm übergehen, weil der Sklave Rechtsträger nicht sein kann (FERRINI, *Pand.*³ 131). Die Wirkung dieser Abreden ist nicht Rückkehr des Sacheigentums an den Übereigner kraft auflösender Bedingung, sie beruhen auf dem latenten Persönlichkeitsrecht des Sklaven, das, vom dinglichen Recht wesentlich verschieden, dem Erwerb durch Rechtsnachfolge nicht unterliegt. Daß ein Sklave, der abredewidrig nicht exportiert wird, an den Käufer zurückfällt, beruht auf dem überwiegenden Interesse am Schutz des Verkäufers vor persönlicher Gefahr. Zugleich wirkt der Fiskalismus des Staates, dem der Sklave, der zurückkehrt, verfällt (Vat 6, C. 4, 55, 1) ein. Für auflösend bedingte Übereignung beweist die Wirkung dieser Abreden nichts; auch die nachklassische Entwicklung zur Resolutivbedingung knüpft nicht an diese Abreden an.

fassen. Sie ist durch unvermittelte Interpolationen geschaffen worden, die die Zersetzung des Prinzips zeigen, das bei DIOKLETIAN (Wat. 283) seine äußerste Ausdehnung erreicht. Der Nachweis des Zersetzungsprozesses bestätigt noch einmal den klassischen Grundsatz.

Die nachklassische Lehre, die die Resolutivbedingung des Verfügungsgeschäfts entwickelt, muß sich mit dem Besitzcorpus und mit dem Erfordernis der causa auseinandergesetzt haben. Daß die causa der Nachklassiker den Zusammenhang mit der prätorisch geschützten Besitzcausa verloren hat, haben DONATUTTI¹ und EHRHARDT² gezeigt; die Sublimierung des Besitzcorpus ist von RICCOBONO³ dargestellt. Man erkennt weiter begünstigende Entwicklungsrichtungen. Die Auflösung der Übereignung wirkt zurück: die Interpolationen bei der in diem addictio lassen die Rechte Dritter, die in der Schwebezeit begründet wurden, hinfällig werden. Die obligatorische Rückwirkung haben die Byzantiner besonders hervorheben wollen⁴. Dem entspricht, daß die Byzantiner ganz allgemein die Rückwirkung bedingt wirksamer rechtserzeugender Tatbestände durch Reformen oder Interpolationen einführen: Befristete Schenkung und befristete und betagte Vermächtnisse sind zulässig: C. 6, 37, 26; C. 8, 54, 2; die Genehmigung wirkt zurück. Das ist möglich, weil der Rechtswirkungsgrund von den Byzantinern nicht mehr im formalen Tatbestand, dem Todesfall, der Genehmigung, dem Bedingungseintritt überhaupt, sondern im bedingten Übereignungswillen der Partei gesucht wird, dessen Geltungsbereich vom äußeren Tatbestand unabhängig ist, und der also schon vor Eintritt dieses Tatbestandes Wirkungen erzeugen kann. Zur justinianischen Begründung der Zulässigkeit der Bedingung mit der Souveränität des Parteiwillens ist C. 4, 37, 6 heranzuziehen. Die adnotatio des THALELAIOS zu dieser Konstitution (Hb. I, 790) betont, daß die *προσαίρησις* zurückbezogen werden kann: *ἐνταῦθα δὲ συμβαίνει κοινωνία οὐκ ἐκ τῆς προαιρήσεως . . . ἀλλ' ἐξεβλήθη δικαίως ὁ τοιοῦτος αὐτῶν λογισμὸς*.

Zugleich führt die Auflösung des Aktionensystems durch die nachklassischen Ersatzklagen zu neuer Aufspaltung oder wenigstens Auflockerung formaler dinglicher Rechtslagen. Ganz allgemein untergräbt die *condictio generalis*, die nach nachklassischer Rechtsschulenlehre auch stellvertretende Eigentumsklage werden kann⁵, und also zugleich für und gegen zivile Eigentümer des klassischen Rechtes helfen kann, die Bestimmtheit der Eigentumslage. Daher grenzt den Byzantinern die Berechtigung dessen, der unter auflösender Bedingung geschenkt

¹ *Iusta possessio*. ² *Iusta causa* 153. ³ SZ. 33; 34. ⁴ § 3 und 5 d. Abh.

⁵ Dazu vor allem LONGO, *Natura actionis*, in Bull. 17, 35ff. Besonders die *condictio* ist die Klage, die immer wieder andere Klagen vertritt und dabei deren Natur annimmt.

hat oder die Berechtigung der Frau hinsichtlich des Dotalgutes¹ an das formale Eigentum, und das zivile Eigentum des Berechtigten unter auflösender Bedingung wird durch die *rei vindicatio utilis* zersetzt, die die Byzantiner² neben die persönliche Klage gestellt haben; diese labilen Rechtslagen entwerfen den dogmatischen Begriff der Bedingungsfeindlichkeit der Übereignung. In der Neubildung der *rei vindicatio utilis* zeigt sich, daß der nächste Schritt der Rückfall des zivilen Eigentums kraft auflösender Bedingung sein wird, daß man aber in den Fällen der *rei vindicatio utilis* erst auf dem Wege zum Rückfall des formalen Eigentums ist. Es ergibt sich eine Spaltung des Eigentums in ein dingliches Recht und ein quasi-dingliches Recht, die mit den klassischen Kategorien der persönlichen und der realen Klage nicht mehr erfaßt werden kann³. Der Übergang von diesen Zwischenstufen zur *rei vindicatio* selbst ist noch bei der *mortis causa donatio*⁴, bei der in *diem addictio*, und bei der *lex commissoria* in C. 4, 54, 4 erreicht worden.

Den Abschluß dieser Entwicklung bildet die Aufhebung der Manzipation. Für die Formalakte ist der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von den Byzantinern festgehalten oder eher betont worden⁵, weil auch für sie dort der Rechtswirkungsgrund am Formalakt haften blieb⁶: und weil für die Manzipation vom abstraktem Verfügungsgeschäft des Ostens ein neuer Anstoß zur Betonung der Bedingungsfeindlichkeit kommt. Für die Manzipation ist er nicht aufgegeben worden und noch in der Kompilation von der abgestorbenen Manzipation auf die Emanzipation überpflanzt worden⁷. Bei der Tradition fiel der letzte Widerstand gegen die auflösend bedingte Übereignung durch das Zurücktreten des körperlichen Elements der Tradition. Das Vordringen der Traditionssurrogate⁸, der *traditio per chartam*, der *traditio ficta* und des Besitzkonstituts⁹, der *traditio per claves*, der *traditio tacita* und der *traditio per instrumentum*

¹ C. 5, 13, 1.

² Diese Entwicklung hat für die *mortis causa donatio* COLLINET, *Droit de Justinien*, 177 ff. anschaulich und eingehend gezeigt.

³ Dahin gehören auch die Pfandrechte an eigener Sache, die das byzantinische Recht möglich macht.

⁴ Bei der *donatio sub modo* C. 8, 54, 1, 1.

⁵ In D. 50, 17, 77 als grundsätzlicher Rechtssatz betont.

⁶ Es überrascht nicht, daß die von der Praxis des Ostens getragene Fortbildung der Tradition die Manzipation nicht erfaßt, wo sie als Übereignungsakt den Osten erreicht. BGU. II, 316, Stud. Pal. XX, 117; EHRHARDT SZ. 51, 155 ff.

⁷ D. 50, 17, 77.

⁸ Das Vordringen der Traditionssurrogate hat RICCOBONO in dem berühmten Aufsatz über *traditio ficta*, SZ. 33, 259 ff.; SZ. 34, 211 ff. gezeigt. Schon RICCOBONO hat die *rei vindicatio utilis* gegen den dinglich Berechtigten unter auflösender Bedingung mit dem Eindringen der Traditionssurrogate in Verbindung gebracht.

⁹ SCHULZ, Einführung 74 f.

dotale vernichtet bei der Tradition das Publizitätserfordernis des körperlichen Besitzwechsels, in dem im klassischen Rechte die Unmöglichkeit auflösend bedingter Übereignung begründet zu sein scheint. Die Publizität des Besitzwechsels wird ersetzt durch die Urkundenpublizität, wie sich vor allem bei der *traditio per instrumentum* zeigt, soweit die Urkunde die Resolutivbedingung aufnimmt. Erleichtert wurde der dingliche Selbstrückfall des Traditionserwerbs vielleicht noch durch den abstrakten Kausabegriff der Byzantiner, wenn auch EHRHARDT betont, daß die Entwicklung der Traditionssurrogate noch nicht zur Entscheidung über abstrakten oder kausalen Traditionserwerb führt. Der aus dem Grundgeschäft gelöste dingliche Vertrag kann aber selbständig einer Bedingung unterworfen werden. Zu der verfolgten Entwicklung scheint es nicht zu passen, daß das STEPHANOS-Scholion Bas. 16, 1, 4¹ die Unmöglichkeit der Endtermine grundsätzlich betont; aber es ist bereits bemerkt worden, daß die Traditionslehre des STEPHANOS konservativ ist².

Aber schon die Generation, die der Kompilation folgt, scheint eine geschlossene Theorie des dinglichen Rückfalls zu kennen: das KYRILL-Scholion zu D. 35, 2, 37 § 2 (Bas. 41, 1, 37, 2³) kann D. 35, 2, 38, 2 im Zusammenhang mit D. 6, 1, 41 kommentieren und damit die Lehre von der dinglichen Rückwirkung der *in diem addictio* und der *lex commissoria* zusammenfassen. So haben wohl auch die Kompilatoren in diese Stellen in bewußtem Zusammenhange die dingliche Rückwirkung eingeführt.

Im übrigen bestimmt die Einführung dinglichen Rückfalls nicht das Bild der Kommissoriaquellen, von dem die älteren Erklärer ausgingen, als sie dingliche Resolutivbedingung behaupteten, C. 4, 54, 1 und D. 18, 3, 8. Die Vindikation in diesen Quellen beruht auf dem Aufbau hellenistischer Arrhalgeschäfte, die von den Byzantinern bewußt zur Betonung der dinglichen Wirkung der *lex commissoria* verwendet wurden.

§ 7. Rechtsschutzmittel des Verkäufers im Prozeß.

Actio in factum.

Die Digestenüberlieferung gibt in überall überarbeiteten Quellen dem Verkäufer nur die *a^o venditi*; aber in den interpolierten Quellen sind noch die Rückstände eines klassischen Streites um eine andere persönliche Klage erkennbar. Eine Rekonstruktion muß versucht werden.

Die Älteren hatten die *lex commissoria* als bedingten Kauf konstruiert: Es erschien logisch bedenklich, zur Rückforderung der Kauf-

¹ ZACH. Suppl. 63. *πρόσκαιρος οὐ μὲν δεσποτεία ἔρρωται.*

² PRINGSHEIM, SZ. 50, 385. ³ Abdruck S. 61 N. 2.

sache a^o venditi zu geben, wenn nach Bedingungsaußfall ein Kauf niemals bestanden hat. Nach der späteren Konstruktion kann der Kaufklage ein anderes Bedenken entgegenstehen: der aufgelöste Kauf besteht nicht mehr, mit der a^o venditi kann nur der Kaufpreis, nicht die Kaufsache eingeklagt werden; die demonstratio der Kaufformel läßt die Klage nicht zu.

Für das pactum displicentiae wurde der gleiche Entwicklungslauf mit geringer Verzögerung festgehalten. Es müssen also dort dieselben Zweifel entstanden und später überwunden sein. Was in den Kommissoriaquellen nur angedeutet ist, kann dort erkannt und für die Rekonstruktion der zerstörten Kommissoriatexte verwertet werden.

Schon immer hat man einen klassischen Streit angenommen. Bereits PERNICE¹ nimmt Meinungsverschiedenheiten an, ob nach Auflösung des Kaufvertrages noch a^o venditi gegeben werden könnte. GIRARD² glaubte, daß eine ältere Lehre dem Verkäufer actio in factum gab; auch BESELER³ nimmt an, daß das „die Älteren nicht wagten, die Kontraktklage zu geben“. LANDUCCI⁴ meint, beeinflußt durch ACARIAS⁵, die beiden Lehren auf den Schulgegensatz zwischen Sabinianern und Proculianern festlegen zu sollen. STOLL⁶ leugnet Zweifel der Klassiker an der Zuständigkeit der Kontraktklage und führt sie auf die materiellrechtliche Denkweise der Kompilatoren zurück. Aber dem steht das Zeugnis von Vat 14, das die Fragestellung noch als klassisch erkennen läßt, entgegen. Daß die Spekulation der Rechtsschulen über die natura actionis⁷, die zu eingehender Arbeit an der Lehre von den pacta geführt hat⁸, sich auch mit diesem Problem auseinandergesetzt hat, wird dabei nicht übersehen und als Hintergrund der byzantinischen Eingriffe zugunsten der a^o venditi in materiell-rechtlich gefärbter Diskussion erkannt werden. Aber noch stärker empfindet die Schwierigkeit der Formularprozeß^{9, 10}.

LANDUCCI hat den Streit mit der herrschenden Lehre auf klassische Zeit zurückgeführt, die Proculianer hätten a^o in factum gegeben, weil die Kontraktklage nicht die Vertragsaufhebung verfolgen könne;

¹ LABEO, II, 1, 185.

² Manuel⁵, 722.

³ SZ. 43, 437.

⁴ Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria, in Atti Ist. Veneto 75, VIII Tom 18, II, 137 ff.

⁵ Contrats innominés II, 313. Diese Lehre hält die Proculianer für die Schöpfer der a^o praescriptis verbis bei den Realinominatkontrakten.

⁶ SZ. 47, 536 bei der Besprechung von LANDUCCI.

⁷ LONGO, Bull. 17, 35 ff.; ROTONDI, Bull. 24, 1 ff. über natura contractus.

⁸ LONGO, a. a. O.

⁹ So hat denn auch STOLL, SZ. 50, 556 klassische Meinungsverschiedenheiten wieder für möglich gehalten.

¹⁰ MITTEIS, RÖPR. I, 180⁵⁵ hat nur in D. 18, 3, 4 pr. die logischen Schwierigkeiten der Kaufklage betont sehen wollen.

praktisch wichtiger ist die Schwierigkeit, daß der Vertrag nie bestanden hat, wie gerade SABINUS und ARISTO annahmen. LANDUCCI übersieht, daß für die lex commissoria Berichte, die die Zuständigkeit der Kaufklage in Zweifel ziehen, von *Prokulianern* nicht überliefert sind; das eine Prokuluszitat für das pactum displicentiae, das sich überdies auf das Edikt der Ädilen berufen kann, durfte nicht zur Festlegung auf die Prokulianer führen. Wenn der Streit noch in der Severerzeit entscheidungsbedürftig ist, wie D. 18, 3, 4 pr. ergibt, geht er über den Schulgensatz zeitlich hinaus.

Die Entwicklung ist zuerst an einer klassischen Stelle zu prüfen. Vat. 14 handelt von der lex commissoria¹ und gibt dort auf die Früchte a^o venditi. Daß die Entscheidung noch bei PAPIANUS mit Widerspruch rechnet, weil eine ungenannte Gegenansicht an eine a^o in factum denken kann, zeigt das folgende: „cui non est contrarium (quod) iudicium ab aedilibus *in factum* de recipiendo pretio mancipi redditur“.

Diese Gegenansicht scheint in D. 18, 3, 5 erhalten: „ARISTO existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse.“ Es wurde der Nachweis versucht, daß ARISTO der SABINIANISCHEN Konstruktion folgte, bei der die a^o venditi besondere Schwierigkeiten macht. Dem entspricht es, wenn auf Fruchterstattung nicht mit der a^o venditi, sondern mit einem ungenannten iudicium geklagt wird. Schon ALBERTARIO² hat angenommen, daß nicht die a^o venditi gegeben wurde, auch BESELER³ zweifelt. „iudicium dandum“ hat die Färbung eines nicht ediktalen, sondern vom Prätor neu konzipierten Klagformulars. Wenn die Byzantiner in D. 18, 3, 4 pr die Erörterung abkürzend, die a^o in factum entfernt haben⁴, so liegt auch in D. 18, 3, 5 das Motiv vor, iudicium (in factum) zu streichen, wie der Vergleich mit Vat 14 nahelegt. Der Eklektiker ARISTO gab ein iudicium in factum.

Wenn man D. 18, 1, 6 § 1 und D. 18, 3, 4 pr. nebeneinanderstellt, sieht man, daß eine gleichmäßige klassische Problematik einmal durch paraphrasierende Überarbeitung, das anderemal durch Interpolationen verdeckt ist.

D. 18, 1, 6 § 1 . . placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse [nec conturbari debemus quod inempto fundo facta dicatur actionem ex vendito futuram esse, in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est] [et cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur]

D. 18, 3, 4 pr. [et quidem finita est emptio, sed iam decisa quaestio est] ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.

¹ Wie die Abrede „quominus venierit“ (D. 18, 1, 6 § 1, D. 18, 3, 4 § 2) ergibt.

² Trasferimento 22, 23.

³ SZ. 43, 438.

⁴ S. 111, 112 d. Abh.

D. 18, 1, 6 § 1. Die gesicherten Interpolationen¹ sind nicht mehr zu zeigen, es liegen Eingriffe in mehreren nachklassischen Schichten vor. Aufgabe ist die Rekonstruktion der noch klassischen Bruchstücke. „*placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse*“ ist die Entscheidung des POMPONIUS, „*placet*“ ist wie von einer Meinung gesagt, die erst allmählich zum Siege gelangt ist. Der Rest ist fast ganz nachklassisch. An die Entscheidung des POMPONIUS hat sich zunächst das nachklassische *Raisonnement* „*nec — conturbari — est*“ angesetzt; daß die einfache Argumentation „*potius id quod actum quam id quod dictum*“ verwertet, „*nec conturbari debemus*“ ist eine schulmäßige Ermahnung, „*dicatur*“ wird man auf POMPONIUS selbst von einem Nichtklassiker gesagt deuten², „*potius id quod actum sit, quam id quod dictum sit*“, hat GUARNERI-CITATI überzeugend auf nachklassische Vorstellungen zurückgeführt; es verrät sich hier die tragende Konstruktion der nachklassischen Theorie bei den Rücktrittsklauseln überhaupt, die überall die abweichenden Entscheidungen legitimiert. Das doppelte und chiasmisch angeordnete *actum — dictum — dictum — actum* erregt auch formal Anstoß. Durch die ungeschickte Anknüpfung „*et cum lege . . .*“ und durch eine neue Vorstellungsweise kündigt sich eine noch spätere Überarbeitung an. „*non ut omnis obligatio — utrique solveretur*“ ist theoretisch zu abhängig von der *ultra citraque obligatio*, um echt zu sein; das ist nur eine blässere Prägung der von PARTSCH aufgedeckten nachklassischen Synallagmaformel. In D. 18, 5, 1 weist POMPONIUS die Ansicht ARISTOS: „*ita pacisci posse ut unus maneat obligatus*“ zurück. An dieser Stelle reichen die Vorstellungen der Byzantiner über das Synallagma der Leistungen in die *lex commissoria* herein, die sonst überall durch das objektive Synallagma des hellenistischen Arrhalgeschäfts verdrängt sind. Echten Gehalt hat danach nur „*ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset*“ und „*quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse*“. Der unklare Gedankengang hat klassischen Gehalt verdrängt, den man erkennt, wenn die formal nichtklassischen Elemente ausgeschieden werden. Die Zweifel an der *a^o venditi*, die dem Sabinianer POMPONIUS im Sabinuskommentar entstehen, können nicht auf die Prokulianer zurückgeführt werden³.

Dieselbe diffuse Struktur zeigt D. 18, 3, 4 pr.; die Stelle wurde schon als prozessuale Erörterung erkannt. Es wurde angenommen, daß die Kompilatoren das Referat über eine andere Ansicht abgekürzt haben, deren

¹ BESELER, SZ. 43, 437; GUARNERI-CITATI, Bull. 33, 219¹; BOYER, Résolution 112; STOLL, SZ. 47, 523; SZ. 50, 556 (?).

² SCHULZ, Sab. Fragm. nimmt allerdings Verweisung auf SABINUS' Worte an.

³ Den Schwierigkeiten entspricht, daß POMPONIUS, wie oben angenommen wurde, der älteren Konstruktion des bedingten Kaufes folgt.

Überrest „et quidem finita est emptio“ dem Einwand bei POMPONIUS „ut inempto fundo factio actionem ex vendito . . .“ völlig entspricht. Noch ULPIAN hatte ernste Zweifel: die später abgebrochene Fragestellung „sed videamus“ und das Zitat der Severerreskripte¹ fordert eine Streitfrage, die noch in spätklassischer Zeit entscheidungsbedürftig war. Die summierende Überarbeitung durch die Kompilatoren zeigt sich in der quaestio decisa, die die methodischen Figuren der quaestio, dubitatio und controversia voraussetzt². Der hier als klassisch angenommenen actio in factum entspricht die Erörterung im Ediktskommentar.

D. 19, 2, 22 pr. „item si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio“. Die actio locati entspricht der Konstruktion bei GAI. III, 146, der Kauf unter lex commissoria ist ein alternativer Vertrag mit ungewissem Inhalt, wie der Gladiatorenkauf und der Kauf der muli vendendi in D. 19, 5, 20 pr. Beruht hier die Mietklage nicht auf besonderer Vereinbarung einer Sachmiete, wie in D. 19, 2, 20, so tritt die Richtung des Streites, der hier verfolgt wird, in ein klareres Licht; wenn noch PAULUS a^o locati gab, um die a^o venditi zu vermeiden, dann ist wieder bestätigt, daß der Streit weder auf materiell-rechtliche Bedenken der Byzantiner noch auf den Schulgegensatz zurückgeht.

Gegen wen haben die Reskripte der Severe entschieden? Faßt man zusammen, was sich aus der Diskussion gegen die a^o venditi noch als klassisch rekonstruieren läßt:

PAP. Vat. 14: cui non est contrarium *iudicium in factum*.

POMP. D. 18, 1, 6 § 1: quod *inempto fundo factio* dicatur actionem ex vendito futuram esse.

ULP. D. 18, 3, 4 pr.: *finita est emptio*.

NERAZ/AR. D. 18, 3, 5: *iudicium* de fructibus dandum esse.

PAUL. D. 19, 2, 22 pr.: erit *ex locato* actio,

so sieht man, daß noch bei ARISTO, POMPONIUS und selbst ULPIAN der Streit nicht entschieden war und andere die Kaufklage versagten. PAULUS nutzte eine übliche Abrede (Kaufmiete) für die actio locati aus; andere müssen a^o in factum gegeben haben, weil überhaupt nicht gekauft ist oder das Kaufverhältnis erloschen ist, wie Vat. 14 und D. 18, 3, 5 unmittelbar sagen.

In anderen nahestehenden Kaufabreden mit alternativem Leistungsinhalt ist die actio in factum noch erhalten. Beim pactum displicentiae haben nach dem Bericht der Vat. 14³ die Ädilen dem Käufer a^o in

¹ Die Reskripte sind uns nicht bekannt.

² Eine genaue Rekonstruktion der Stelle kann nicht gewagt werden. ULPIAN wird vor „et quidem finita est“ einige Namen genannt haben, die die Gegenansicht vertreten haben und sie offenbar damit begründeten, daß die emptio finita sei.

³ Nicht die Prokulianer haben die a^o in factum der logischen Bedenklichkeit der Kontraktklage wegen eingeführt, wie LANDUCCI meint. Das Kaufedikt hat diesen Fall aus dem Kaufformular abgezweigt und eine neue Formel konzipiert.

factum gegeben¹. Durch das Responsumfragment PAPINIANS wird auch in D. 21, 1, 31 § 22 die a^o in factum bestätigt, auch hier unter Berufung auf das ädilizische Edikt². Von dort aus kann erkannt werden, daß auch in D. 18, 5, 6 die a^o in factum nicht interpoliert ist³. RABEL glaubt, daß die Kompilatoren auf das iudicium in factum der Ädilen hinweisen wollten; wahrscheinlich ist aber auch, daß ädilizische Klage und spätere a^o empti konkurrierten und PAULUS beide Klagen nennen konnte. Dann ist interpoliert nur [proxima⁴ empti]; a^o in factum und a^o empti sind den Kompilatoren nur Ziffern im Klagenkatalog.

Die Diskussion über die Klage des *Verkäufers* ist nicht durch das Edikt unmittelbar beeinflußt. D. 19, 5, 20 pr.⁵ Pferde sind zur Probe gegeben. Nur eine Kaufofferte liegt vor: „deinde *emere nolueris*“. Trotzdem hat LABEO nach glaubwürdigem Bericht ULPIANs gegen den Käufer a^o venditi gegeben, wenn er sich weigerte, zu kaufen; ihn selbst lassen die Kompilatoren⁶ a^o praescriptis verbis geben. Es ist nicht gewiß, daß der Satz „et puto — hoc actum“ ganz interpoliert ist, wie PEROZZI meint: quaeritur fordert eine Entscheidung. ULPIAN konnte gegen LABEO a^o locati (wie PAUL D. 19, 2, 22 pr.) oder a^o in factum geben; die a^o in factum liegt in Nachbildung des Edikts der Ädilen näher. Die Kompilatoren, denen die a^o i. f. civilis mit der a^o pr. v. zusammenfiel, haben im Titel De Praescriptis Verbis a^o i. f. durch a^o pr. v. ersetzt. Dabei tritt die gleiche Lehre auf, die in D. 18, 1, 6 § 1 auch bei der l. c. die a^o venditi rechtfertigen sollte. [nam inter nos hoc actum ut . . .] gibt ebenso wie [cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse . . .] keine prozessuale Begründung⁷.

Gab schon LABEO a^o venditi, so wird auch SABINUS dem *Käufer*

¹ Die Scheidung GIRARDS, Manuel⁵ S. 560 zwischen dem Fall des ädilizischen Edikts und dem pactum displ. der Kommentare findet in den Quellen keinen Anhalt.

² Ohne dieses vorjustinianische Zeugnis würde die Klassizität der actio in factum beim pactum displicentiae nicht klarzustellen sein, nachdem DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* I, 82—245, die Bedeutung der actio in factum civilis als byzantinischer Hilfsklage bei der Auflösung des gajanischen Aktionssystems und bei der Bildung eines Systems materieller subjektiver Rechte gezeigt hat.

³ [aut — fin] COLLINET, NRH. 34, 165 ff.; DE FRANCISCI, I, 285; LANDUCCI, a. a. O. 138, 141, 143; ALBERTARIO, Arch. giur. 89, 258 u. 1; STOLL, SZ. 47, 523. Zweifelnd aber RABEL, Grundzüge 503 n. 1.

⁴ Zu proxima in übertragener Bedeutung GUARNERI-CITATI, Ind.

⁵ [et puto — agendum] PEROZZI, Ist.¹, 2, 281 n. 1; DE FRANCISCI, I, 181, 295 ff.; [verius — verbis] (in factum) BESELER, II, 165.

⁶ DE FRANCISCI, a. a. O.; BESELER, a. a. O.

⁷ D. 19, 5, 20 § 1. Die Frage nach der Kontraktklage tritt hier mit einer ähnlichen Wendung wie in D. 18, 3, 4 pr. auf, wenn darauf abgestellt wird, „utrum emptio iam contracta aut futura est“. ULPIAN hat actio locati gegeben, nicht actio pr. v. (Index interpolationum a. h. 1.), wozu *merces* zwingt, und was der actio locati D. 19, 2, 22 pr. entspricht.

a^o empti gegeben haben, wie PAULUS D. 18, 5, 6 referiert. Das ädilische Edikt ist erst nach SABINUS formuliert worden: ein Schulgegensatz ist auch hier nicht nachweisbar.

Rückkaufspaktum wie die l. c. ist der Kauf auf Wiederkauf. D. 19, 5, 12¹ „idque — observandum“ ist interpolierter vervollständigender Zusatz. Das Wiederkaufsrecht des Mannes nach der Scheidung wird in einem iudicium in factum verfolgt. Stammt das Zitat auch von PROCULUS, darf die a^o i. f. doch nicht auf seine Schule zurückgeführt werden: noch die Byzantiner fügen in C. 4, 54, 2, a^o pr. v. ein, die an eine klassische a^o i. f. beim Wiederkauf anknüpfen kann. Das Reskript selbst hat — a. 222 — wie in D. 18, 3, 4 pr. nur a^o venditi gegeben.

Beim pactum displicentiae und beim Rückkaufsrecht liegt die a^o i. f. noch zutage. Bei diesen Konstruktionen mußten die gleichen Schwierigkeiten bei der Gewährung der Kontraktklage sich ergeben, wenn der Verkäufer auf die Kaufsache, der Käufer auf den Preis klagen wollte. Die innere Verwandtschaft der drei Kaufabreden legt für die lex commissoria die gleiche Entwicklung wie bei den anderen Rückkaufspacta nahe. Auch dies war ein Fall, in dem eine a^o i. f. konzipiert werden konnte.

In klassischer Zeit² führt das System der geschlossenen Zivilkontrakte bei diesem Typus zur a^o i. f. Wenn es ungewiß ist, ob schon ein Kontrakt vorliegt oder ob noch ein Kontrakt vorliegt, ist es unbillig, das Recht des Klägers davon abhängig zu machen, ob ein Vertrag besteht und ihn der Rechtskraftwirkung der Abweisung mit den Kontraktklagen auszusetzen³. Gerade dies ist der Fall, den die Bedenken der Klassiker meinten: et quidem finita est emptio, inempto fundo facto actionem ex vendito futuram esse. Deshalb scheint ARISTO, der der älteren Theorie folgt, und so Kauf nicht mehr annehmen konnte, ein iudicium in factum gegeben zu haben.

Eine actio in factum gibt der Prätor aber auch dann, wenn ungewiß

¹ BONFANTE, *Ist.* 8 484 n. l.: [idque — fin]: BESELER, II, 164; DE FRANCISCI, I, 182; KRÜGER, *Suppl.*

² Alle drei Abreden grenzen an die Innominatrealkontrakte der Nachklassiker. Die Forschung, wie weit die Innominatrealkontrakte des nachklassischen Schemas do, ut des noch in klassischer Zeit klagbar wurden, ist in vollem Fluß. (Dazu vor allem DE FRANCISCI, *Συναλλαγµα*). Kann die actio i. f. für diese Verträge noch als klassisch anerkannt werden, so steht der bedingte Kauf nach Bedingungsausfall und der aufgelöste Kauf diesem Schema auffallend nahe. Die Kaufsache erscheint als übereignet, damit sie, wenn nicht intra certum tempus gezahlt wird, mit Zinsen und Früchten zurückgegeben wird. Der Kauf unter l. c. ist dann alternativ Kauf oder do-ut-des-Vertrag: die Rückgabepflicht des Käufers beruht auf der datio des Verkäufers. Im Anschluß an diese Fälle ist bei den Innominatrealkontrakten später die actio praescriptis verbis gebildet worden, die in C. 4, 54, 2 die Byzantiner bei einem ähnlichen Falle einführen.

³ Dies nach SIBER, *RöPrR.* II, 208ff.

ist, welcher Kontrakt vorliegt¹. Die Fälle sind häufig, in denen bei auflösend bedingtem Kauf Ungewißheit zwischen Kauf und Miete besteht²: Der Besitz des Käufer-Mieters und seine Rückgabepflicht mit Nutzungsentgelt können regelmäßig auch zur Anwendung des Klagformulars der Miete führen: D. 19, 5, 20 § 1 (itp.). Für die *lex commissoria* ist die gleiche Konstruktion (*actio locati*) durch D. 19, 2, 22 pr. gesichert. An Stelle der Kontraktsklagenwahl kann aber auch entweder eine *formula in ius* konzipiert werden³, weil die *intentio* der *a^o empti* und der *a^o locati conducti* zusammenfallen; oder es kann, wie in den Fällen der Ungewißheit des Vertragsschlusses eine *a^o in factum* mit Beschreibung des Tatbestandes und *incerta condemnatio* gegeben und schließlich in das Edikt aufgenommen werden. Das ist der Weg, den man für die *lex commissoria* gegangen ist und der in den überarbeiteten Texten noch angedeutet scheint.

Man wird zu dem Ergebnis gelangen, daß der klassische Text überall noch von der *a^o in factum* sprach. In D. 18, 3, 4 pr. muß zwischen *videamus* und *et quidem finita* die *a^o i. f.* gestanden haben; in D. 18, 1, 6 § 1 wird ein Referat über die Meinung, die *a^o i. f.* gab, durch *nec conturbari debemus vell.* verdrängt worden sein; in D. 18, 3, 5 am Ende werden die Kompilatoren hinter *iudicium (in factum)* gestrichen haben⁴.

Gegenüber STOLL und LANDUCCI ist zu betonen: die sprachliche Gestaltung der Quellen D. 18, 3, 4 pr. und D. 18, 1, 6 § 1 darf nicht darüber täuschen, daß die Kontraktsklage bei den Klassikern im Streit war und daß diese Meinungsverschiedenheiten unter den großen Klassikern POMPONIUS, PAULUS, PAPINIAN und ULPIAN noch nicht ausgetragen waren. Es ist kein scholastischer Zweifel, ob man aus dem aufgehobenen Verträge noch klagen kann, weil die *bona fides*-Qualität des Kaufes dort nicht hilft, wo das Kaufformular nicht mehr anwendbar ist. Gegenüber LANDUCCI muß hervorgehoben werden, daß nur Texte von Sabinianern Zweifel an der Kontraktsklage zum Ausdruck bringen, und daß es gerade die — von Sabinianern bevorzugte — *Suspensivbedingung* ist, die vor allem die *actio venditi* ausschließt.

Actio venditi.

Die Spätklassiker gaben die *a^o venditi*, die durch Reskript der Severer gegen eine andere Richtung gesichert worden ist. Für die in *diem addictio* sind Zweifel an der Anwendbarkeit der *a^o venditi* nicht

¹ SIBER, 208.

² Dazu gehören vor allen die bei DE FRANCISCI, I, 300ff. behandelten Fälle: D. 19, 5, 23; D. 19, 5, 8.

³ SIBER, a. a. O.

⁴ Möglich bleibt auch, daß schon ursprünglich nur *iudicium* gesagt wurde. Unbenanntes *iudicium* ist aber regelmäßig *iudicium in factum*.

bekannt. Beim pactum displicentiae zeigt sich ein entgegengesetzter Entwicklungsablauf: der a^o empti der Älteren folgt die nach SABINUS konzipierte a^o i. f. der Ädilen, die dann durch die Ediktskommentare der großen Klassiker erhalten wird.

Bei den Konstruktionen, die dem Käufer das Eigentum übertragen, ist die *condictio certae rei* wegen rechtsgrundlosen Habens nicht möglich, die BONFANTE¹ vorschlägt, wenn nach der jüngeren Theorie der Käufer Eigentümer wird und das Eigentum von selbst nicht zurückfällt. Aber die *datio* ist beim Kauf mit auflösendem Vorbehalt durch die *causa venditionis* oder *pro soluto* gerechtfertigt, also nicht grundlos²; eben die a^o venditi der Späteren erklärt, daß nicht rechtsgrundlos Eigentum übertragen ist, weil der Widerruf danach den Kauf nicht auflöst. Die ältere Theorie läßt das Eigentum regelmäßig beim Verkäufer; daher tritt dort die *condictio* nicht auf, die das Mißlingen der *solutio* oder Fehlen der *iusta causa* ermöglichen würde. BONFANTES zweifelnde Anregung ist danach nicht verwertbar.

Die a^o venditi entspricht dem bereits von JHERING hervorgehobenen Prinzip der Prozeßökonomie; sie ist nicht ohne Überwindung logischer Schwierigkeiten erreicht worden. Wenn nach Verfall nach der typischen Formel der *fundus inemptus* ist, erscheint es zweifelhaft, ob das „*emerit*“ des Kaufformulars noch zutrifft. Wenn man versucht, die klassische Begründung für die a^o venditi wiederherzustellen, so ergibt sich sofort die Schwierigkeit, daß die Byzantiner, die die Kaufklage von materiellen Gesichtspunkten aus zu rechtfertigen versuchen, die klassische Begründung ebenso wie die Einwendungen der Älteren verdrängt haben. Vat. 14 gibt nur die Entscheidung PAPINIANS. In D. 18, 3, 4 pr. ist die Erörterung im Gegenteil durch das interpolierte „*sed iam decisa est quaestio*“ abgeschnitten. In D. 18, 1, 6 § 1 gehört die Lösung „*ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur*“, die zudem im Widerspruch zum „*et quidem finita est emptio*“ steht, nicht POMONIUS an.

Die Rechtfertigung der a^o venditi haben PERNICE³ und STOLL⁴ darin gesucht, daß die *pacta adiecta pro venditore* mit der a^o venditi verfolgt werden. Prozessual gibt schon die *intentio* des Kaufformulars die Möglichkeit zur Verurteilung, nachdem einmal die Anwendung des Formulars, die für andere Abreden vorgezeichnet war, zugegeben ist: Der *bona fides* entspricht, daß der Käufer Kaufsache und Früchte restituiert oder ersetzt und Ersatz wegen Verschlechterung der Kaufsache oder wegen des *quanti minoris venierit* leistet. Daß die Kontrakts-

¹ CORSO, II, 2, 88. BONFANTE vermutet in D. 18, 3, 8 für *vindicari condici*, weil er die Stelle auf einen Kommissoriafall bezieht.

² SIBER, a. a. O. für das *pactum displicentiae*.

³ LABEO, II, 2, 1, 184.

⁴ STOLL, SZ. 47, 523 und ähnlich RABEL, Grundzüge 503.

aufhebung mit der Kontraktklage erfaßt wird¹, ist nicht vereinzelt und beginnt schon früh²: *actio empti* und *actio venditi* gaben beim *pactum displicentiae* schon LABEO³ und SABINUS⁴.

Später führte das Edikt zur *a^o in factum* für den Käufer und auch gegen den Käufer gab ULPIAN *a^o i. f.*⁵. Ebenso wurde beim Kauf auf Rückkauf ein *iudicium in factum* gebildet. Diese klassischen Klagen *in factum* haben die Byzantiner zur *actio praescriptis verbis* ausgenutzt⁶: D. 19, 5, 20 pr., D. 19, 5, 20 § 1, C. 4, 54, 2. Die Kompilatoren unterschieden nicht mehr zwischen *actio pr. v.* und *actio i. f.*

Bei der *lex commissoria* haben die Kompilatoren auf die *a^o pr. v.* verzichtet unter der Autorität der Reskripte, die die *a^o venditi* gaben. Die prozessualen Schwierigkeiten der Kaufklage waren ihnen nicht mehr deutlich, weil sie das Recht nicht mehr als Aktionensystem denken; wie sie daher in anderen Fällen die *a^o pr. v.* einführen können, können sie bei der *a^o venditi* — die im Libellprozeß nicht mehr als orientierendes Schlagwort ist, *De act. § 1* — die Hindernisse der Formel übersehen, wenn der Anspruch des Verkäufers nur aus dem materiellrechtlich konzipierten Rechtsgeschäft begründet werden kann, wie es in D. 18, 1, 6 § 1 in eigentümlich byzantinischen Formen geschieht: „*inemptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit*“ sequendum est.“ Die vorjustinianischen Vorstellungen über die Transformation des *φύσις ἀγωγῆς* durch die *πάπτα ἐξ κοτινέντι*, während das *ὄνομα ἀγωγῆς* erhalten bleibt, mußten zur *a^o venditi* führen. Für D. 18, 1, 6 § 1 hat man das Dogma vom *Synallagma* der *ultra-citroque obligatio* für die *a^o venditi* verwertet. In D. 18, 3, 4 konnte daher eine klassische Erörterung gestrichen werden. Die Gegenüberstellung von D. 18, 1, 6 § 1 und D. 18, 3, 4 pr. zeigt sehr deutlich, wie die kürzende Interpolation zu D. 18, 3, 4 pr. durch paraphrasierende Erörterungen, die sich ihrem Stil nach als vorjustinianisch ausweisen, vorbereitet wird.

Mit der Entwicklungsgeschichte der *a^o venditi* ist die klassische Kommissorialehre abgeschlossen. Die breiten Textzerstörungen, die zuweilen⁷ die Theorie der dinglichen Rückwirkung für sich ausnutzte, als ob dort die *rei vindicatio* der Klassiker beseitigt wäre, legen Zeugnis ab für eine Diskussion um eine persönliche Klage des Verkäufers, deren Wiederaufnahme durch die Byzantiner mit veränderten Inhalten die dingliche Klage noch mehr auszuschließen scheint.

¹ HELDRICH, Verschulden bei Vertragsschluß, § 18 ff.

² Die Frage nach der Klagenkonkurrenz der *actio venditi* auf Kaufvollzug und der *actio venditi* auf Kaufauflösung entsteht nicht, weil nicht Rechtsschuttmittel, sondern materielle Rechtslagen in der Alternative stehen (§ 4 d. Abh.).

³ D. 19, 5, 20 pr.

⁴ D. 18, 5, 6.

⁵ S. 114 d. Abh.

⁶ Ebendort.

⁷ ALBERTARIO, *Trasferimento* 28 f.

Dritter Teil.

Der Einbruch des hellenistischen Arrhalgeschäfts.

§ 8. Hellenistische Arrhalgeschäfte in Römischen Rechtsquellen.

Die bisher untersuchten Quellen ergaben keine Möglichkeit, eine dingliche Wirkung des Verfalls festzuhalten. Dies Ergebnis war nur möglich, weil die Untersuchung eine Gruppe von Quellen absichtlich vernachlässigt hat, die die Theorie der dinglichen Wirkung bisher für sich vindizierte. Diese Quellen, die die Kodifikation in die *lex commissoria* einbezogen hat, hoben sich bei der Palingenesie als kasuistisches Material heraus; schon LONGO¹ hatte sie als von der typischen Kommissoriaformel verschieden erkannt. Geht man diesen Quellen wirklich nach, lösen sich die Widersprüche auf, an denen die Älteren sich immer wieder stießen. Es darf nicht nur die volkrechtliche Provenienz dieser Stellen gezeigt werden; auch die Rechtsanschauung, die ihnen zugrunde liegt, muß lokalisiert, zurückverfolgt und wieder in ihrer späteren Ausbreitung beobachtet werden, wenn man die Einwirkungspunkte im römischen Recht fixieren will.

Die Stellen² D. 18, 3, 6 pr.; D. 18, 3, 6 § 2; D. 18, 3, 8; C. 4, 54, 1; C. 4, 54, 3 sind, worauf zuerst ausdrücklich PRINGSHEIM³ aufmerksam gemacht hat, hellenistische Arrhalgeschäfte von Provinzialen, die von römischen Respondenten, kaiserlichen Kanzleien oder erst von den Kompilatoren als Kommissoriafälle interpretiert worden sind. Sie stehen in den Titeln D. 18, 3 und C. 4, 54, weil die Byzantiner, die den Arrhal- und Skripturkauf neben dem Konsensualkauf rezipiert haben, in die klassische Kommissoria griechische Arrhalkäufe mit Fristsetzung und Reurecht des Verkäufers eingearbeitet haben. Sie geben die Rechtsanschauung hellenistischer Anfragender wieder, auf die der römische Richter reagiert, als ob unter Kommissoria abgeschlossen wäre. Über das Recht der römischen Kommissoria geben sie keine Auskunft; aus dem Vindikationsbegehren der Klienten darf nicht auf dingliche Wirkung der römischen Kommissoria geschlossen werden.

¹ LONGO fand (Bull. 31, 41 ff.) bei der in *diem addictio* eine technische und eine umstilisierte Formel auf. Der entwicklungsgeschichtliche Vergleich führte darauf, auch die Kommissoriaformel terminologisch herauszuarbeiten. Der Bedeutung dieser Quellen für die Frage des dinglichen Rückfalls ist LONGO noch nicht nachgegangen.

² Anregungen zu den folgenden Gedankengängen finden sich schon bei PARTSCH, Gött. Gel. Anz. 1911, 724 und bei RABEL, Grundzüge § 113. Doch läßt PARTSCH 728 noch nach römischem Recht die Arrha kraft der Verwirkungsklausel verfallen.

³ SZ. 50, 406.

Bei allen deuten formale Anzeichen auf ihre hellenistische Herkunft, bei allen fordert der Verkäufer die Kaufsache als sein Eigentum, und in einem Zusammenhange, der nicht zufällig ist, ist in den gleichen Fällen vom Käufer eine Arrha hingegeben, auf die der Verkäufer Anspruch erhebt, während das römische Recht die Zwecke einer Vertragsstrafe durch Strafstipulationen erreicht¹. Daher ist der römischen Kommissoria der Anzahlungsverlust fremd (D. 4, 4, 38, italischer Fall; D. 18, 1, 6 § 1); D. 18, 3, 4 § 1 ist interpoliert. In allen Fällen endlich erhebt nur der Verkäufer, gewährt nicht der Richter den Vindikationsanspruch: auch dies übersah die ältere Theorie oft.

Zeitlich und der Form nach, wie der fremde Rechtsgedanke in die römische Rechtsquelle übertragen ist, heben sich zwei Gruppen heraus.

Die Fälle bei SCAEVOLA, aus einer etwas früheren Periode, sind durch die Respondentenwahl SCAEVOLAS und durch besonders auffälligen Bau sehr deutlich als hellenistisch charakterisiert. Die Umdeutung in einen Kommissoriafall scheint einmal schon von SCAEVOLA herzurühren (D. 18, 3, 1: non commisisse), der sich durch Fristsetzung und Rückfallsrecht an die Kommissoria erinnert fühlte. Dem entspricht, daß SCAEVOLA unzulänglicher oder fremder Rechtsanschauung der Klienten nur geringes Entgegenkommen zeigt, wie schon SAMTER² und nach ihm KÜBLER³ beobachteten. Aber auch ohnedies würde die Umdeutung durch den Römer daraus folgen, daß allein die Kommissoria ihm konstruktiv die Möglichkeit bietet, den hellenistischen Kauf mit Fristsetzung, ohne Erfüllungszwang und mit sachlich beschränkter Haftung in das System des Konsenskaufs einzuführen. Daß die Angleichung auf einem Mißverständnis beruht, ergibt sich, wenn nach Verfall der Hellene die Kaufsache als sein Eigentum zurückfordert, aber auf die Kaufklage verwiesen wird, die seinem Rechte fremd ist⁴.

Die zweite Gruppe bilden zwei Konstitutionen von 216 und vor 235 (C. 4, 54, 1; C. 4, 54, 3). Die vordiokletianischen Konstitutionen sind aus dem Codex Gregorianus ausgezogen⁵. Es ist noch immer nicht geklärt, von wo aus die Anfragen, die zu den Entscheidungen des GREGORIANUS geführt haben, gestellt worden sind und wo der Kodex gesammelt und überarbeitet worden ist⁶. Die Deutlichkeit der volkrechtlichen Struktur muß bei den beiden Konstitutionen ersetzen, daß sie als vordiokletianisch

¹ PARTSCH, Gött. Gel. Anz. 1911 passim.

² SZ. 27, 151 ff.

³ SZ. 28, 147 ff., 176, 190; SZ. 29, 226.

⁴ Vgl. dazu PRINGSHEIM, Kauf, 50 ff.

⁵ Statt aller KIPP, Quellengeschichte, 4. Aufl., 85.

⁶ MOMMSEN, SZ. 22, 139, nahm an, daß er in Beryt entstanden ist, ebenso COLLINET, BEYROUTH, 21, 120. Auch KIPP glaubt, daß er aus dem Osten stammt; JÖRS bei PAULY-WISSOWA, Art. Cod. Greg., nimmt an, daß GREGORIUS Vorstudien in Rom gemacht hat, um die Konstitutionen der älteren Kaiser zusammenzubringen.

nicht so sicher nach dem Osten lokalisiert werden können. Die Kaiser nehmen verschiedene Haltung ein. Das eine Mal wird die eigentümliche Funktion des hellenistischen Kaufs aufrechterhalten, weil ANTONIN, durch die Fassung der Anfrage verleitet, ein römisches Kaufpaktum für gegeben erachtet, das diese Wirkung zuläßt, das andere Mal nachdrücklich in eine *lex commissoria* umgedeutet, die die Vindikation ausschließt. Beide Male hat die Partei in griechischer Anschauung Verfall der Arrha gefordert und geglaubt, noch Eigentum zu haben¹. Die *lex commissoria* hat für die Konstitutionen des 3. Jahrhunderts die Bedeutung, den noch nicht rezipierten Arrhalkauf mit den Mitteln romanistischer Dogmatik im römischen Recht konstruktiv möglich zu machen. In einer dritten Gruppe haben erst die Byzantiner durch Interpolationen den Verlust der Anzahlung oder die Beziehung der Arrhalgeschäfte zur *l. c.* geschaffen.

D. 18, 3, 8. BONFANTE² hat diese Stelle für die Entwicklung zur dinglichen Resolution verwerten wollen und statt *vindicari repeti* oder *condici* vermutet. Der Interpolationsvermutung steht formal entgegen, daß die Tatbestände der Scaevoladigesten unbearbeitet in die Appendixmasse übernommen sind.

Sachlich macht die von BONFANTE nicht hervorgehobene volksrechtliche Herkunft die Interpolation überflüssig. Die Namen Gaius und Seius sind fingiert³, die Zins- oder Grundsteuerpflicht des Grundstücks zeigt, daß ein Provinzialgrundstück (Domanialland oder Privatland) verkauft ist. Hellenistische Fälle liegen bei SCAEVOLA immer nahe. Das Detail des Falls kann unbedenklich volksrechtlich ausgedeutet werden, weil das Vorbringen des Käufers unbearbeitet in die Digesten übernommen worden ist⁴. Am Tage des Verfalls bekundet der Käufer durch *testatio*⁵, also vor einer Behörde⁶ seine Erfüllungsbereitschaft und das Ausbleiben der Verkäuferin: im hellenistischen Kauf ist die Abnahme der Kaufurkunde, die Mitwirkung bei der *καταγραφή* Erfüllungshandlung des Käufers (CPR. I, 19 und § 9 d. Abh.). Dabei kommt es zur Versiegelung des Kaufgeldes vor der Behörde; auch diese Hinterlegungsformen kennen die Papyri; *σφραγίζεσθαι*⁷ ist zugleich hellenistischer Sprachgebrauch für die öffentliche Versiege-

¹ Das im griechischen Arrhalgeschäft beim Verkäufer bleibt, wie noch zu zeigen ist.

² CORSO, II, 2, 287, mit dem Zusatz allerdings, daß äußere Anzeichen fehlen.

³ Vgl. D. 34, 4, 30, 1; D. 34, 4, 30, 3 (*Πολύη, Σεκόνυδη*).

⁴ SAMTER, SSZ. 27, 197.

⁵ Bas. 19, 3, 7. *διαμαρτυρεῖσθαι*; das Wort kehrt in PREISIGKES Wörterbuch für öffentliche Bekundung wieder.

⁶ Es ist möglich, daß es die Grundbuchbehörde ist, vor der die Umschreibung des Grundstücks erfolgt, die nach hellenistischem Rechte zeitlich mit der Zahlung des Restkaufgeldes zusammenfällt. S. 96 d. Abh.

⁷ Bas. 19, 3, 7. „Durch Vertragszeugen siegeln zu lassen“: P. Chr. II, 28 r. 23.

lung einer Geldsumme. Am nächsten Tage greift der Fiskus, offenbar durch eine Anweisung der Grundbuchbehörde informiert, mit einem Zahlungsverbot an die Verkäuferin ein bis zur Sicherheitsleistung, offenbar wegen rückständiger Steuern. Der Urkunden- und Steuerbehördenapparat scheint eine Lokalisierung nach Ägypten zu ermöglichen.

Es wird nun angefragt, ob die Verkäuferin vindizieren kann; SCAEVOLA erwidert kurz, daß „nicht verfallen“ ist. Die Berichtigung einer rechtsirrtümlichen Ansicht gibt der Respondent niemals, besonders nicht, wenn, wie hier, die Frage überhaupt verneint wird¹. Für SCAEVOLA liegt das Problem der Entscheidung in der Frage, ob befreiender Annahmeverzug des Verkäufers vorliegt; sie wird gegen die interpolierte 2. 4 § 4 D. 18, 3 entschieden. Hielte auch SCAEVOLA Vindikation für möglich, würde man nach seiner lakonischen Art „non vindicari posse“ erwarten². Die Quelle ergibt nur, daß ein griechischer Käufer Vindikation fürchtet, nicht aber, daß auch der Respondent sie für möglich hält.

D. 18, 3, 6 pr. „Vel alio nomine“ ist unecht. In dem konkreten Fall — das Bruchstück stammt aus den Responsen — trägt es eine grundsätzliche Lehre herein³, die zudem nach klassischem Rechte unmöglich und sinnlos ist und die nur der byzantinischen Interpolation in D. 18, 3, 4 § 1 „cum pretium quod numeravit perdidit“ entspricht. Daher wird es sich nicht um ein Glossem handeln, wie man zuerst annimmt, sondern um eine Interpolation. Der Text selbst spricht von einer lex commissoria, der Respondent selbst läßt die Arrha verfallen. Aber mit „De lege commissoria“ ist erst von den Kompilatoren die Beziehung zur l. c. hineingebracht worden; was dem respondit vorausgeht, ist späterer⁴ Zusatz. Die Anfrage enthielt die Verfallsabrede hellenistischer Parteien, die im überarbeiteten⁵ Responsum nicht mehr mitgeteilt wurde. SCAEVOLA brachte die ihm bei griechischen Parteien regelmäßig begegnende Abrede in eine feste Regel. Für die l. c. ist auch diese Stelle nicht verwertbar.

Ob auch in D. 18, 3, 6 § 2 ein hellenistischer Arrhalkauf oder ein Kommissoriakauf vorliegt, ist nicht erkennbar. Quellenkritisch ist eine Diagnose zwischen römischer Anzahlung und volksrechtlicher Arrha nur möglich, wenn Arrhaverlust gefordert ist; außerdem scheint nur bei der römischen Kommissoria die Abrede aufzutreten, daß jedesmal bei Versäumnis einer Rate der Verkäufer zurücktreten darf (D. 4, 4, 38; D. 18, 1, 6 § 1): Eine Staffelung der Arrhazahlung ist dem griechischen Kauf bei THEOPHRAST und in den Papyri fremd, weil der wirtschaftliche Zweck der Schuldtilgung durch eine Summe von Anzahlungen hinter

¹ NABER, *Mnemos.* 1920, 172. Vgl. D. 32, 40, 1; D. 20, 1, 31 pr.

² Vgl. D. 18, 5, 9.

³ SCHULZ, Einführung in die *Digesten* 24, 25.

⁴ SAMTER, *SSZ.* 27, 150 für die *Digesten*.

⁵ SAMTER, a. a. O.

dem rechtlichen Zweck der Haftungsbegründung zurücktritt¹. Dem entspricht, daß in D. 4, 4, 38 und D. 18, 1, 6 § 1, das alle üblichen Nebenabreden häuft, Verlust der Anzahlung nicht gefordert wird².

Die Kodexstellen geben Anfragen, in denen als Rechtsfolge vom säumigen Käufer Arrhaverlust und die Kaufsache als Eigentum gefordert wird. In beiden Fällen wird, was für den Griechen gesetzlicher, im beurkundeten Verträge noch einmal ausdrücklich festgehaltener Rechtserfolg ist, als vertragliche Kaufabrede verstanden.

C. 4, 54, 1³. BONFANTE⁴ hat auch hier in „et dominium — pertinet“ eine Interpolation erkennen und die fortschreitende Entwicklung zum dinglichen Rückfall der Byzantiner darin festhalten wollen. Auch hier wurde die volkrechtliche Herkunft nicht beachtet, weil die romanistische Prägung das hellenistische Formular verdeckte, das der Anfrage zugrunde liegt „fides contractus servanda“. Vom Kaiser wird der Kauf als *lex contractus* gedeutet und aufrechterhalten, weil die *pacta* an der *bona fides*-Qualität des Kaufes teilnehmen. Als selbständiges *pactum* allerdings, nicht als *Kommissoria*, wird die *lex venditionis* aufgefaßt und deshalb *Vindikation* zugelassen.

Die Zugehörigkeit von C. 4, 54, 3⁵ zu dieser Gruppe kann zweifelhaft sein, wenn auch ein Provinzialgrundstück verkauft ist. Die Anzahlung eines erheblichen Teils des Kaufpreises beweist nicht, weil der Soldat sie nicht für verfallen ansieht. Aber die Auffassung des Verkäufers, daß er wieder vindizieren kann (*dominium ad te reverteretur; non rei vindicationem, sed . . .*) scheint doch auf ein griechisches Anzahlungsgeschäft zu deuten, und weist die Anfrage dem Osten zu. Läge allerdings ein Arrhalkauf vor, würde das Reskript von einer *Arrha* sprechen.

¹ Eine scheinbare Ausnahme ist P. Magdola 26. In diesem Falle liegt aber ein Lieferungskauf vor, in dem Zahlung je einer *Arrha* für jede neue Lieferung einen neuen Haftungsgegenstand begründet.

² Auch in D. 18, 5, 10 § 1 scheint ein griechisches Anzahlungsgeschäft als *Kommissoriakauf* gedeutet zu werden. Der Fall ist volkrechtlich charakterisiert durch die typische Figur des *βεβαιωτήρ* des Verkäufers für Entwehrung oder wenigstens durch Einfluß des Kaufbürgenrechtes: Der Käufer fordert einen Bürgen, weil ein Rechtsstreit zwischen der Verkäuferin und einer Dritten droht. Vor Bestellung des Bürgen wird nur eine Anzahlung oder *Arrha* hingegeben. Das zeigt, daß die Folge der Abrede, die sich in der Formulierung durch *SCAEVOLA* allerdings stark an die römische Formel annähert, doch ein Rücktrittsrecht des Verkäufers ist, das nur im griechischen Kauf vor der Leistung nichts Auffälliges hat: vor Bestellung eines Kaufbürgen ist nach hellenistischer Auffassung der Kauf nicht verbindlich: MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, 500ff.

³ CORSO, II, 2, 287.

⁴ Hierzu LONGO, *Bull.* 31, 47; MITTEIS, I, 184; SCHULIN, 151; BECHMANN, *Kauf* II, 1, 528; RABEL, *Grundzüge* 503; APPLETON, *NHR.* 1928, 187.

⁵ Zweifelnd auch RABEL, 503 n. 1.

Die Literatur dieser Quellen hat mit Ausnahme von PARTSCH, PRINGSHEIM und RABEL die volksrechtliche Struktur der Responsen und Reskripte zurückgestellt und die dingliche Wirkung der l. c. erweisen wollen¹. Demgegenüber wird im folgenden der Nachweis versucht, daß die Scaevolafälle und die beiden Konstitutionen von derselben Anschauung ausgehen, die in D. 18, 3, 4 § 1 eine Arrha, die bei Nichterfüllung verfällt, hineingetragen hat. Es ist die des hellenistischen Ostens, die durch die byzantinische Theorie und durch die Urkundenpraxis in die Kompilation offen in Inst. 3, 23 pr. und C. 21, 17, 2 und versteckt in der byzantinischen Gestaltung der Kommissoria eingedrungen ist. Das klassische Recht kennt als Kommissoria nur das formulierte obligatorische Auflösungsaktum. Es kennt beim Kauf überhaupt nur eine Arrha confirmatoria, die für die l. c. ohne Bedeutung ist, und bei der l. c. eine Anzahlung, die nach Verfall zurückgegeben wird. Es kennt auch bei der l. c. kein Eigentum oder dingliches Recht des Verkäufers an der Kaufsache. Für die Fälle bei SCAEVOLA und die älteren Konstitutionen muß in griechischen und hellenistischen Quellen der entsprechende Typus bis zum Ende des 2. Jahrhunderts verfolgt werden. Zur Erklärung der justinianischen Eingriffe in D. 18, 3, 4 muß die Reform des Arrhalrechts durch JUSTINIAN gestreift werden. Als Zwischenglieder erkennt man die Rechtsbücher des Ostens und Westens². Wo das Arrhalgeschäft mit dem Konsenskauf zusammentrifft, vollzieht sich die Auseinandersetzung auf dem Boden und in der Dogmatik der *lex commissoria*. Mit einer römischen Kommissoria, bei der Verfall der

¹ Noch MITTEIS war durch diese Stellen von der dinglichen Wirkung überzeugt, deren Begründung ihm allerdings einstweilen problematisch erschien. ALBERTARIO hat die Quellen auf *res Mancipi* bezogen, um seine Lehre vom Zwölftafelsatz zu stützen. Auch BONFANTE, der mit Recht dingliche Wirkung für klassisches Recht ablehnt, gelangt zu diesem Ergebnis nur durch Interpolationsvermutung. — In dem gleichen Mißverständnis sah man den Arrhaverfall in D. 18, 3, 6 und D. 18, 3, 8 und im Codex als Rückstände einer Pönalfunktion der Arrha im klassischen Rechte an (SENN, NRH. 1913, 577, 610ff.), wobei den Älteren nur streitig blieb, ob die Arrha *ipso iure* oder kraft *Abrede* verfiel. Auf diesem Stand befindet sich die letzte Monographie vor Beginn der allgemeinen antiken Rechtsgeschichte (JAGEMANN, Draufgabe 159). Aber noch als der entwicklungsgeschichtliche Zusammenhang der Arrha der Mittelmeerländer erkannt war, ist angenommen worden, daß auch das klassische Recht bei der l. c. ausnahmsweise den Verfall der Arrha kennt (SENN, NRH. 1913, 610 mit seltsamer Anknüpfung an die l. c. bei der *fiducia*; PAPPOULIAS, *Γροικὴ ἐξέλιξις* § 6; CORNIL, SSZ. 48, 72). Die Versuche CARUSIS (Studi BONFANTE IV, 503ff), zwischen einem gesellschaftlichen und einem juristischen Begriff des *ius poenitendi* zu unterscheiden, vernachlässigen die von PARTSCH gegebenen Grundlagen und scheinen einer Fortbildung der Lehre nicht günstig zu sein.

² Und zwar für den Osten die verschiedenen Versionen des Römisch-Syrischen Rechtsbuchs, da NALLINOS Untersuchungen (Studi Bonfante I. 201ff) die hellenistische Filiation der Überlieferung auf diesem Gebiet nicht erschüttert haben, im Westen der Codex Euricianus.

Anzahlung verabredet wird, ist der Effekt des Arrhalkaufs nahezu erreicht¹.

Daher begleitet immer die Hingabe einer Verfallsarrha die Fälle, in denen der volkrechtliche Gedanke dingliche Rechtsstellung des Kommissoriaverkäufers forderte und in der Kompilation begünstigte. Die klassische Kommissoria kennt nur eine Anzahlung auf den Kaufpreis, die zurückgegeben wird und die einem festen Anzahlungsformular-typus (D. 4, 4, 38; 18, 1, 6 § 1 annua, bima, trima die . . .“) angehört. Die bis jetzt herrschende Ansicht², daß nach klassischem römischem Recht bei der l. c. hingebene Arrhen dem Käufer verfallen und die nahestehende Meinung³, die in D. 18, 3, 6 pr. und D. 18, 3, 8 die Teilerfüllung eines römischen Konsensalkaufes sieht, kann widerlegt werden, wenn noch einmal die römische Arrha der klassischen Zeit dargestellt wird⁴. Diese Übersicht verschließt alle anderen Wege zur Erklärung.

Die Geschichte der Arrha zeigt das Phänomen einer doppelten Rezeption durch das römische Recht. Die Arrha läßt sich bei PLAUTUS⁵ und VARRO C. C. V, 175 noch als griechisches Fremdwort arrhabo mit Resten einer Pönalfunktion nachweisen. Darauf scheint es auch zu deuten, wenn sie bei PLAUTUS pignus, Einsatz oder Unterpfang, genannt wird. Es entspricht dem, daß für diese Zeit der Konsensalkauf, der nur der Bestätigung, nicht der Haftungsbegründung bedarf, noch nicht nachgewiesen werden kann. Später wird nur die Bestätigungsfunktion aufrechterhalten und zu Zwecken der Vertragsstrafe eine autochthone Form in den Strafstipulationen fortentwickelt: Mit der griechischen Endung stößt die Arrha ihre hellenistischen Funktionen ab⁶. Diesen Rechts-

¹ Das Gegenstück dazu ist die Anpassung der hellenistischen Kaufurkunden an das römische Recht, wenn sie durch Stipulationen ihren Kauf auch nach römischem Recht mit den von ihnen gewollten Wirkungen klagbar machen.

² So die gesamte ältere Pandektistik: GLÜCK, Pand. XVI, 288; SAVIGNY, Oblgr. 269; SINTENIS, Zivl. II, 316⁹; BECHMANN, Kauf II, 4, 416, 526; DERNBURG, Pand. II, 33; WINDSCHEID, II § 325, 1; BRUNS, bei SACHAU, Röm.-Syt. Rechtsb. I, 217.

³ PAPPOULIAS, *Ἰστορικὴ* § 6; CALOIROU, Arrha im Vermögensrecht, passim; zweifelnd oder undeutlich.

⁴ Das Bedürfnis der Glossatorenzeit zur Kategorienbildung — für sie die einzig mögliche Methode gegenüber dem unorganischen Durcheinander der gaianischen und der justinianischen Reformarrha — hat bis in die Pandektistik hinein die Erkenntnis unmöglich gemacht, daß die justianische Arrha völlig abweichende Funktionen hat. Durch die Arbeiten PARTSCHS, PAPPOULIAS', MITTEIS' und COLLINETS (Droit Justinien, 88) ist die Entwicklungsgeschichte der beiden Formen klar gestellt.

⁵ Aber wahrscheinlich beruht das auf der Rezeption des hellenistischen Milieus aus den Stücken MENANDERS: PARTSCH, a. a. O. 720; PRINGSHEIM, Kauf 3.

⁶ Sehr anschaulich tritt das hervor in dem Terenzscholion DGM. (bei SENN, NRH. 1913, 584³) „arrha est, quod redditur accepto pretio, arrhabo, quod tenetur dum lucrum excrescit“. Deutlicher konnte die Verschiedenheit der Funktionen nicht auf eine kurze Formel gebracht werden.

zustand gibt GAI. III, 139 in scharfer Formulierung gegen die¹ griechische Arrha: „argumentum emptionis et venditionis contractae.“ Die gaianische Arrha ist die arrha confirmatoria der Pandektistik. Das tritt besonders hervor, wenn ein Ring gegeben wird, Zeichen der Selbstverpflichtung durch Hingabe eines persönlich verbundenen Gegenstandes, der dem Gläubiger magische Beherrschung sichert; die Strafwirkung der Arrha ist in das Symbolische verlegt, eine materielle Haftung eben darum ausgeschlossen². Daher wird die Arrha stets zurückgegeben, wenn der Kauf nicht zustandekommt, und nur die Arrha in Geld auf den Preis angerechnet, wenn der Kauf vollzogen wird³. Ringarrha und Geldarrha unterscheiden sich nur durch die Anrechnungsfähigkeit auf den Kaufpreis. Die Rückforderung einer römischen Arrha mit der a^o empti müßte auch dann zulässig sein, wenn der Verkäufer auf Grund der l. c. zurücktritt. Der Verfall der Arrhen in D. 18, 3 wäre unerklärlich, wenn sie nicht von Griechen gegeben worden wären.

In der Pandektenkritik ist regelmäßig die Frage gewesen, ob die Verwirkung der Arrha als gesetzliche Folge⁴ oder auf Grund einer besonderen Verwirkung erfolgt. Man ging damit von der richtigen Voraussetzung aus, daß typisch die Arrha nicht verfällt. Man blieb aber bei unfruchtbarer Harmonistik stehen, solange man den Verfall der Anzahlung überhaupt als klassische Folge der Verwirkungsklausel ansah. So vermag auch der letzte Erklärer dieser Stellen, PAPPOULIAS⁵, keine andere Begründung zu geben als daß „der Käufer aller Rechte aus dem Kaufe verlustig geht“. Das ist unrichtig; wie der Verkäufer die a^o venditi hat, so bleibt dem Käufer die a^o empti. Fordern griechische Parteien Rechtsfolgen, die nur die griechische Arrha hat, so ist der Schluß gewaltsam⁶, daß regelwidrig für eine römische Arrha durch

¹ Aus dem Osten andringende? In GAIUS' östlicher Heimat naheliegende?

² RABEL, Grundzüge 490; HUVELIN, Magie et droit individuel, in *Année sociologique* 1905/06. Der gleiche Vorgang zeigt sich im jüdischen Recht, Genes. XVIII, 17—20 (JAGEMANN, Arrha 11).

³ Die Klage, mit der die Arrha zurückgefordert wird, ist die a^o empti, D. 19, 1, 11 § 6, oder die institoria D. 14, 3, 5 § 15. Die a^o utilis, die *condictio sine causa* und die *condictio ob causam datorum* vermögen der Quellenkritik nicht standzuhalten, wie PARTSCH, *Gött. Gel. Anz.* 722 bemerkt. Die Bedenken PARTSCHS bestätigt das Veroneser Scholion zu C. 4, 49, 3 (Z. f. Rechtsgesch. 15, 103). Hier begegnet von der Hand eines späten Scholiasten als Rückforderungsklage die *condictio causa data non secuta*. Unrichtig CALOIROU: Die *datio* der Arrha hat eine selbständige *causa*.

⁴ Hierfür die überwiegende Meinung. Ältere Nachweise bei GLÜCK, XVI, 288; ferner WINDSCHEID, BECHMANN, SENTENIS, SAVIGNY, a. a. O.

⁵ *Ἱστορικὴ ἐξέλιξις* § 7 S. 43.

⁶ Den SENN und CORNIL (NHR. 1913, 575ff.; SSZ. 48, 78) ziehen. Beide gehen von einer *petitio principii* aus. Wenn SENN versucht, über die Beweis- und An-

Abrede die gesetzliche Folge der griechischen Arrha ausbedungen wurde. Diese Folgerung wurde nur dadurch erschwert, daß in interpolierten¹ Quellen auch vom Verfall der ‚pecunia, quam numeravit emptor‘ (D. 18, 3, 4 § 1) oder des ‚alio nomine datum‘ (D. 18, 3, 6 pr.) die Rede ist.

Die Abrede des Arrhaverfalls geht in der kasuistischen Literatur auf die Begutachtung griechischer Fälle durch SCAEVOLA oder die kaiserliche Kanzlei, in der Kommentarliteratur der l. c. auf die Rezeption griechischen Rechtes durch die Byzantiner zurück. Zum Verständnis der Quellen bei SCAEVOLA und im Codex soll zunächst die unbefangene ablehnende Haltung der klassischen Rechtslehre gegenüber der fremden Arrha zeitlich weiterverfolgt werden. Im Vergleich mit C. 4, 54, 1 und D. 18, 3, 8 sind auch diokletianische Konstitutionen zu behandeln. Der Stil der Auseinandersetzung ist verändert². Es ist bekannt, wie DIOKLETIAN immer wieder die dogmatischen Formen des klassischen Systems betont.

In C. 4, 45, 2 geht der Anfragende deutlich von einem griechischen Arrhalgeschäft aus: der Käufer fordert den Betrag, den er als Arrha hingegeben hat, der Kaiser weist das Begehren zurück und verweist auf die Gewährschaftsklage. Zwar verlangt der Käufer nicht, wie ein Grieche müßte, das duplum der Arrha; aber daß der schon hingegebene Betrag an den Käufer zurückgegeben wird, ist römischer Auffassung von einer Anzahlung oder Arrha selbstverständlich. Zugleich hat der Käufer ein Rücktrittsrecht behauptet, der Kaiser belehrt, daß der Konsensualkauf nur durch pactum oder dissensus aufgelöst wird; die Arrha kann der Käufer mit der Kontraktsklage zurückfordern³. Da der Käufer fordert, war hier die Möglichkeit nicht gegeben, in eine l. c. umzudeuten.

Ein anderer Satz des Volksrechtes scheint in C. 4, 49, 3 zurück-

zahlungsfunktion hinaus bei der römischen Arrha Pönal- und Sicherungsfunktionen nachzuweisen, so ist die Exegese von VARRO I. I. V, 175 nicht überzeugend, so gibt der Sprachgebrauch bei PLAUTUS nicht römische Rechtskultur und so durften schließlich gerade die Kommissoriafälle nicht zur entwicklungsgeschichtlichen Erklärung der römischen Arrha herangezogen werden. Auch bei CORNIL treten die Gefahren der horizontalen, nationale Rechtskreise nicht sondernden Methode hervor, wenn aus hohen Anzahlungen bei SCAEVOLA geschlossen wird, daß „die Arrha“ Pönalfunktion hatte. Eine deutliche Scheidung beider Formen, deren Berechtigung die Konstitution DIOKLETIANUS zeigen, konnte weiterführen: daß bei SCAEVOLA ein Erfüllungszwang vorausgesetzt ist, liegt an der Umdeutung in einen römischen Kauf.

¹ § 5 d. Abh. S. 12.

² Die Fälle bei SCAEVOLA liegen noch vor der Constitutio Antonina. Dem mag entsprechen, daß der Respondent umdeutet, aber noch nicht römisches Recht gegenüber orientalischer Auffassung richtigzustellen sich bemüht.

³ Arrha und pars pretii sind hier offenbar als dasselbe verstanden.

gewiesen zu werden. Ein Käufer¹ hatte geglaubt, aus der Arrha eine dingliche Berechtigung an der Kaufsache zu haben. Sonst müßte der Kaiser nicht darauf aufmerksam machen, daß nur die *a° empti* gegen den Käufer zusteht, weil DIOKLETIAN den Kaufabschluß nach *gai*-nischer Auffassung durch die Arrha nur als bestätigt ansieht und auf die Vertragsklage verweisen muß.

Die Arrha des hellenistischen Formulars weist DIOKLETIAN überall zurück. Erst zwei Jahrhunderte später hat sie JUSTINIAN formal rezipiert². Die Arrha der Provinzialen wird erst vollständig erkannt, wenn der Haftungswert und die Struktur des objektiven Synallagmas im Arrhalgeschäft und anderen Anzahlungsgeschäften auf griechischen Rechtsgebiet untersucht werden. Man erkennt dann, daß das Vindikationsbegehren anfragender Verkäufer nicht auf dinglichem Rückfall kraft auflösender Bedingung, sondern auf das Fehlen dinglichen Käuferrechts wegen unterlassener Preiszahlung oder Beurkundung zurückzuführen ist. Später ist der Arrhalkauf weiter zu verfolgen, wenn die justinianische Reform und ihr Verhältnis zum Konsensualkauf, das auch die byzantinische Gestaltung der *l. c.* erklärt, verstanden werden soll. Denn in diese Reform gehörten auch die Interpolationen in D. 18, 3, 4 § 1 und die Einordnung von D. 18, 3, 8 und D. 18, 3, 6 pr.: Eingriffe, die durch die Vorstellung veranlaßt sind, als sei die *l. c.* typisch Arrhalkauf mit Arrhalverfall und Rücktrittsrecht des Verkäufers, wie endlich die Basilikenterminologie³ bestätigen wird.

Die Untersuchung des Hergangs der Überleitung führt zur Frage nach der Erfüllungshaftung aus dem Arrhalgeschäft. Besteht in dem entwickelten hellenistischen Arrhalkauf gerichtlicher Zwang zum Leistungsvollzug, ist die Rechtsfolge der *l. c.* sofort erreicht. Besteht kein Erfüllungszwang, konnte die Überleitung zur *l. c.* erst im Zusammenhange mit der justinianischen Arrhareform, die diesen Erfüllungszwang schafft, möglich sein. Die dingliche Rechtsstellung des Arrhalkäufers ist zu untersuchen, um die Vindikation in römischen Quellen zu erklären.

¹ Eine andere Erklärung liegt weniger nahe: der Verkäufer klagt mit der *rei vindicatio* auf die Kaufsache, weil das Restkaufgeld nicht bezahlt war. Oder der Käufer vindizierte die Arrha, die nach klassischem Rechte nur die *actio emptio* zurückbringt, weil der Verkäufer nicht erfüllt hatte.

² Dazu paßt, daß DIOKLETIAN auch das Surrogationsprinzip zurückweist und daß erst JUSTINIAN es ebenfalls rezipiert. Die offenbar engen Zusammenhänge zwischen der Arrhareform und der Aufnahme des Preiszahlungserfordernisses durch die Kompilation müßte noch weiter verfolgt werden: ohne den Zwölftafelsatz kann das dingliche Recht des Verkäufers in den römischen Quellen nicht erklärt werden. Insofern besteht der Zusammenhang zwischen dem Zwölftafelsatz und dem Eigentum des Verkäufers unter *l. c.*, den die ältere Lehre im klassischen Recht suchte, mittelbar im justinianischen Recht.

³ S. 104 d. Abh.

Arbeitsgebiet für die Vergleichung bleibt hauptsächlich das Papyrusmaterial. Aber dort ist der Typus beeinflußt durch die Abwandlung der Publizitätsformen, die engmaschige Urkundenbürokratie des Großreichs und die oft lokal gebundenen Urkundentypen, die in den Anfragen der römischen Rechtsbücher doch nicht wiedererkannt werden können. Alle Entwicklungsmöglichkeiten des griechischen Kaufs werden deutlicher in nichtjuristischen altgriechischen Quellen. Umgekehrt sind die Anfragen bei SCAEVOLA und im Kodex selbst Erkenntnisquellen für das hellenistische Arrhalgeschäft außerhalb Ägyptens.

§ 9. Das griechische Arrhalgeschäft: Dingliche Rechtsstellung und Erfüllungshaftung des Käufers.

Überleitung in den römischen Kauf.

I. Das griechische Arrhalgeschäft ist vom Problem der dinglichen Resolutivbedingung so weit entfernt, daß erst die Kompilation seine Einordnung in diesen Zusammenhang wagen kann. Es ist Haftungs begründung, seine *Erfüllung* ist Haftungslösung; die Leistung durch Übertragung absoluter Rechte ist im strengen Sinne Haftungslösung durch Ersatzleistung, und so geht das Ziel des Arrhalgeschäftes an den Erfüllungsakten vorbei: weder überträgt es absolutes Recht, noch schuldet der Arrhalnehmer absolute Rechtsverschaffung.

Der griechische Kauf ist Barkauf ohne Scheidung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft. Die Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung, Kaufsache und Preis wird nicht in ein abgetrenntes Kausalgeschäft verlegt¹. Was den griechischen Kauf vom römischen, nicht vom Kauf anderer Rechte, trennt, zeigt sich, wenn Kaufabschluß und Käuferfüllung auseinanderfallen, da der Barkauf nicht zur Haftung und nicht zur Haftungslösung führt. Beim Kreditkauf treten Schuld und Haftung, deren Spaltung für das griechische Recht durch PARTSCH², für das germanische Recht durch v. AMIRA³, für das römische Recht durch BRINZ⁴ gezeigt ist, auseinander. Durch den Verpflichtungskonsens entsteht nur Schuld, zur Begründung der Erzwingbarkeit der Schuld, der Haftung, bedarf es der Errichtung eines Haftungsgegenstandes zwischen den schuldenden Parteien. Das

¹ Das ist beim *Barkauf* in allen Rechten nicht anders, nur die Theorie des bürgerlichen Rechtes konstruiert auch den Barkauf als Schuldvertrag und als dinglichen Vertrag.

² Griechisches Bürgschaftsrecht 1 ff.

³ NGermOblR. I, 22 ff.; Wadiation 18 ff.

⁴ Pandekten II, 2, 1 ff.

kann ein Pfand sein, es kann ein expromissorischer Bürge sein, es ist zuweilen eine Arrha. Die fremde Haftungsform der Arrha verwirklicht einen Grundgedanken des griechischen Kaufs¹. Werden die drei wesentlichen Züge, die sich aus den römischen Provinzialquellen ableiten ließen, Rücktrittsrecht des Verkäufers, Eigentum des Verkäufers und Fristsetzungen zusammengefaßt, ergeben sich die Konturen schon des Kaufs bei THEOPHRAST, verdunkelt allerdings in seinem Bericht durch Vermengung rechtsvergleichender Darstellung mit naturrechtlichem Postulat². Die vielbesprochene Quelle kann hier für das Verhältnis von Haftung und Verfügung nicht entbehrt werden. Schon hier tritt in Arrha und Eigentumslage im Gegensatz zum klassischen Recht hervor: Hier übereignet *traditio*, dort Preiszahlung, hier deklariert die Arrha, dort konstituiert sie die Kaufverpflichtung³.

Es gibt zwei unabhängige Vollzugsstufen des Kaufs, *εἰς παράδοσιν* und *εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν* mit der Arrhahingabe, *εἰς κτήσιν* mit der Preiszahlung und den gesetzlichen Erfordernissen des Übereignungsaktes. Der Exegese bereitet der Gegensatz immer Schwierigkeiten: eine scharfe Trennung zwischen Verpflichtung zur Übereignung und Übereignung hier zu erkennen, schließt die Relativität des altgriechischen Eigentumsbegriffes aus. Aber aus der späteren entwicklungsgeschichtlich gleichartigen Be-

¹ Zwar trifft nicht zu, was zuerst HOFMANN (Beiträge 106) nach dem mißverständlichen Bericht THEOPHRASTS angenommen hat, daß durch bloßen Konsens durch den Austausch von Verpflichtungserklärungen, kein Kauf begründet werden kann; PARTSCH (Gött. Gel. Anz. 721) hat gezeigt, daß formal die Begründung der Kaufverpflichtung durch den Austausch abstrakter *συγγραφαί* denkbar ist: PARTSCH hält hier theoretisch denselben Weg für möglich, auf dem nach einer älteren Theorie das römische Recht zum Konsensualkauf gelangt wäre, die wechselseitigen Stipulationen. Aber praktisch bildet der griechische Kauf diese theoretische Möglichkeit nicht aus. Entschiedener allerdings SCHÖNBAUER (Beiträge zum Liegenschaftsrecht 4): „Ohne Arrha ist kein Kaufvertrag gültig.“

² THEOPHRAST bei STOBÆUS, Florileg. 44, 22:

IV. Κυρία δὲ ἡ ὥνῃ καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτήσιν, ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν οἷον ἀναγραφὴν ἢ ὄρκον ἢ τοῖς γειτοσί τὸ γινόμενον. εἰς δὲ τὴν πρᾶσιν καὶ αὐτὸ τὸ πωλεῖν ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ.

VI. Ἐὰν δὲ λαβὼν ἀρραβῶνα μὴ δέχῃται τὴν τιμὴν ἢ δοῦς μὴ καταβάλλῃ ἐν τῷ ὄρισμένῳ χρόνῳ, δεῖ γὰρ ὤρασθαι, καθ' ἕπερ ἐν τοῖς Θουρίων, τὸν μὲν ἀρραβῶνα παράκλημα, τὴν δὲ τιμὴν αὐθημερόν· οἱ δὲ καὶ πλείους ἡμέρας τίθηται τῆς τιμῆς. οἱ δ' ἀπλῶς, ὅσας ἂν ὁμολογήσωσιν — — τί τὸ ἐπιτίμιον ἐκάτερω; πότερον τῷ μὲν στέργῃσι τοῦ ἀρραβῶνος· <οὕτω γὰρ σχεδὸν οἱ τ' ἄλλα κελεύσι, καὶ οἱ Θουριακοὶ τῷ δὲ μὴ δεχομένῳ ἔκτισις οἶον ἂν ἀπόδωῶαι; > καὶ γὰρ τοῦτο ἐν τοῖς Θουρίων. ἢ ἄνισος ἢ ζημία; πολλαπλασία γὰρ ἡ τιμὴ τοῦ ἀρραβῶνος, ἔτι δὲ καὶ βλάπτει ὁ ἀποδομένος ἀφείς ἐκάτερον ἐπειδὴ τις ἐφ' ἡμέραν μίαν ὀρίσαιεν οὕτω γὰρ μάλιστ' ἐνδέχεται παρ' ἐνίοις δεδίκασθαι κελεύουσι τῷ μὴ δεχομένῳ τὴν τιμὴν.

³ Modern und knapp formuliert das die Paraphrase des THEOPHILUS (FERRINI, 351): ὁ δε ἀρραβῶνος χάριν προεχόμενος — ἐστὶν ἀπόδειξις πράσεως συττάσης, οὐ μὴν αὐτὸ σύστασις.

deutung der Kaufvollzugsstufen bei ISAEUS¹, im Roman des CHARITON², im Röm.-Syr. RB.³, im Pap. Preisigke SB. 5315⁴, in C. 4, 21, 17, 2⁵, kann erkannt werden, daß die Begründung eines absoluten Rechtes durch volle Preiszahlung und Abnahme der Kaufurkunde in Gegensatz zur Hingabe und Haftung auf die Arrha gemeint ist. Die Arrhagabe fordert Haftungslösung, nicht die Verfügung durch *ἀναγραφή*. Daß erst die *ἀναγραφή*, die Preiszahlung, die Nachbarnzeugen und der Gewährschaftseid ein irgendwie absolutes Recht schafft, lehrt der Vergleich mit anderen unbeeinflussten Rechten, die die Nachbarn und die anderen Publizitätsformen nur beim dinglichen Rechtswechsel heranziehen; die Verpflichtungsgeschäfte bedürfen nicht der Publizität⁶. Die Arrhahingabe und die *παράδοσις* führen diesen Rechtswechsel nicht herbei, die *παράδοσις* ist ohne Publizität: das dingliche Recht bleibt auch nach der Arrhahingabe beim Verkäufer⁷. Das entspricht auffallend dem Verhältnis von Arrhalhomologie und *καταγραφή* des Prinzipatformulars; es ist das Verdienst PARTSCHS, zu Beginn seiner Untersuchung über die *ἀναγραφή*⁸ dieses Verhältnis von Arrhagabe und *προᾶσις εἰς κτήσιν* für THEOPHRAST mit großer Sicherheit festgestellt zu haben. Dies Ergebnis muß für die konservativen Formulare Ägyptens festgehalten werden. Daher ist es nicht ganz deutlich, warum PARTSCH später ein relatives dingliches Recht aus den Arrhalurkunden annimmt. Schließt nämlich die Bemerkung THEOPHRASTS das Arrhalgeschäft ausdrücklich von den *ἀναγραφή*- oder Ktesisakten aus, so ist es richtig, auch der späteren, vorm Staatsnotariat errichteten Homologie keinen Publizitätswert zu geben.

Eine Erfüllungshaftung besteht bei THEOPHRAST nicht⁸. Grund-

¹ *Περὶ Κίρονος κλήρον. Καὶ ταῦτα Διοκλῆς ἀκουσας . . . ἀντίειπεν, ἀλλὰ καὶ ἐωνῆσθαι τινῶ ὧν εἰς τὴν ταφήν τῶν δε ἀρραβῶνα δεδωκέναι οὕτως φάσκων ταῦτα ἤξιλον παρ' ἐμοῦ λαβεῖν, καὶ διωμολογήσατο τῶν μὲν ἡγορασμένων τιμὴν ἀπολαβεῖν, ὧν δὲ ἀρραβῶνα ἔφασκε δεδωκέναι συστήσαι τοὺς λαβόντας.*

² Dazu HUSSERL, Rechtskraft und Rechtsgeltung 167. § 23.

³ Ar. 32. „Bis daß er wiederkomme mit dem ganzen Preise. Wenn dann der Käufer nicht mehr *kaufen will*“.

⁴ WESSELY, Wiener Stud. 12. *λόγω ἀρραβῶνος ὑπέιχομεν τὸν καιρὸν τῆς τούτων, ὀφειλοῦσης γενέσθαι παρ' αὐτῶν καὶ κομίσασθαι παρ' αὐτῶν . . . τῇ πίστει καὶ δυνάμει τοῦ ἀρραβῶνος.*

⁵ „Der Hingabe der Arrha folgt in ‚non procedente contractu‘ zeitlich die Rechtserfüllung aus dem Kaufe nach“ (PARTSCH, Gött. Gel. Anz. 1911, 729¹).

⁶ Grundlegend PARTSCH, Freib. Festschr. LENEL, 1920, 77 ff.

⁷ Sind diese Feststellungen richtig, entspricht die Bindung der Übereignung an *ἀναγραφή* und gleichwertige Publizitätsformen und an die Preiszahlung schon dem Ergebnis der Papyri: Erst volle Preiszahlung und *καταγραφή* führen den Erwerb *εἰς κτήσιν* herbei.

⁸ So für diese Periode selbst CORNIL, SSZ. 48, 71. PARTSCH zeigte, daß PAPPOULIAS *Ἰστορικῆ*, 6 ff.) irrte, wenn er die Arrha THEOPHRASTS unter Berufung auf die

sätzlich macht sie unwahrscheinlich der Gedanke aller frühen Rechte, daß Haftung nicht in der Person des Schuldenden, sondern ausschließlich im Haftungsgegenstand begründet wird. Dem griechischen Recht ist Kauf die Verschaffung absoluten Rechts durch Preiszahlung, Beurkundung, Übergabe von Nachbarn¹. Für die Haftung des Käufers hat sich so schon ein fester gemeingriechischer Maßstab gebildet: der Verfall der Arrha. Spricht THEOPHRAST von „rechtsverbindlichem Kauf“ (*κρῶία εἰς τὴν πρῶσιν*), ist keine andere Wirksamkeit als die durch Arrhaverlust erzwingbare gemeint. Für eine Erfüllungshaftung des Verkäufers scheinen sich die verschiedenen Haftungsgrade des Verkäufers vorbringen zu lassen, die THEOPHRAST mitteilt², und die ihm Anlaß zum rechtsphilosophischen Raisonement geben. Daß die Haftung über den Betrag der Arrha hinausgeht, durchbricht zwar die primitive Arrhahaftung, ist aber der Schlüssel für die Struktur des altgriechischen Arrhalgeschäfts: aber zusammen mit der von den Lexikographen überlieferten Notiz, daß die Erfüllung nicht unmittelbar, sondern nur durch expromissorische Ersatzhaftung³ auf den Kaufpreis gesichert wird⁴, ist sie das stärkste Argument gegen eine Erfüllungshaftung⁵, da die Haftung des Verkäufers mit den Erfüllungssurrogaten erschöpfend umschrieben, eine Rechtsverschaffungspflicht also nicht vorgestellt ist. Insofern bedürfen die Grundlegungen PARTSCH' in dem großen Aufsatz in GGA. 1911, 697ff. keiner Richtigstellung. Aber es scheint, als ob man nicht mit PARTSCH das Ziel des Haftungsgeschäftes, nach den Lexiko-

Lexikographen (*Magnum Ethymologicum v. arrha*) auf die *arrha confirmatoria* festlegte. Wie PARTSCH auch MITTEIS, CPR. I, 72. Wie CORNIL HOETINCK, Tijdschrift IX, 253.

¹ PARTSCH, Festschr. f. LENEL, a. a. O.

² Nach von TH. mißbilligter Entscheidung der von Athen aus gegründeten Thurier verfällt als Buße des Verkäufers der Kaufpreis: Andere Rechte lassen sogar kumulativ Arrha und Betrag des Kaufpreises verfallen. Vom späteren Haftungsmaß weicht auch noch ab UPZ. I Nr. 67. Der Verkäufer gibt nur die einfache Arrha zurück. Dazu PAUL MEYER, SSZ. 46, 325.

³ Der Gedanke, daß gerade die unerzwingbaren Leistungen durch Haftung auf hohen Leistungsersatz gesichert werden müssen, durchzieht alle Rechte. Im römischen Recht wirkt er bei der *stipulatio dupli* mit, weil Mängelfreiheit nicht erfüllt werden kann, im germanischen Recht haftet der Verkäufer auf den Kaufpreis (CE. 297: *pretium cogatur implere*, für das babylonische Recht erinnert TAUBENSCHLAG (*Privatrecht Diokl.* 261) zu C. 4, 44, 6 an ein Reurecht des Verkäufers, das durch Anbieten des doppelten Kaufpreises erkaufte wird.

⁴ Obwohl prozessual Verurteilung auf Übereignung möglich ist: PARTSCH 720.

⁵ Durch die Höhe der Ersatzhaftung des Verkäufers wird auch CORNILS (SSZ. 48, 71) Schluß aus ARISTOT. Polit. I, 4, § 5 entwertet: der kapitalarme Thales von Milet kauft bei steigender Konjunktur Ölpresen mit Anzahlungen; also meint CORNIL, dürfen die Verkäufer später nicht zurücktreten. Aber zur Erfüllung kann die Verkäufer auch die hohe Haftung auf den Kaufpreis, die im altgriechischen Recht noch möglich ist, veranlassen.

graphen eine *δίκη βεβαίωσης*, mit der gleichnamigen Defensionsklage deshalb identifizieren darf, weil eines der von THEOPHRAST zitierten Rechte aus der Arrha dieselbe Haftung entstehen läßt (auf die *τίμη*), die das Ziel einer Defensionsklage ist, die für THURII aber gar nicht bezeugt ist. Zum unmittelbaren Beweis reicht der unklare Zusammenhang mit der *δίκη βεβαίωσης* nicht aus; als Argument aus der Rechtsvergleichung bleibt er wertvoll, wenn auch bedenklich, weil die *δίκη βεβαίωσης* zunächst Rechtsverschaffungsklage ist. Man wird die Notiz der Lexikographen nicht überschätzen dürfen. Damit wird noch klarer, wie weit die Haftungslösung durch die *τίμη* von einer Rechtsverschaffungspflicht entfernt ist.

Das Arrhalgeschäft THEOPHRASTS entspricht auffallend den hellenistischen Kommissoriafällen bei SCAEVOLA und im Kodex: Diese Fälle liegen fünfhundert Jahre später, sie werden am zuverlässigsten mit den zufällig genau gleichzeitigen Papyrusformularen verglichen. Denn eine altgriechische Stelle aus ISAIOS *περὶ Κίρωνος κλήρου* § 23 bestätigt nur das Ergebnis für THEOPHRAST. Der Übergang zeigt das vulgärrechtliche hellenistische Material¹.

Im *Curculio* und im *Pseudolus* des PLAUTUS, dessen von MENANDER übernommene Handlung griechische Rechtskultur wiedergibt², hat PRINGSHEIM³ in eingehender Untersuchung das Surrogationsprinzip nachgewiesen. Eigentum geht, wie er feststellt, erst mit voller Preiszahlung und an den über, der das Restkaufgeld bezahlt, nicht an den Arrhageber, also bestand auch kein schwächeres Recht des Arrhalkäufers, das den Eigentumsübergang an den dritten Restkaufgeldgeber hinderte.

Im Roman des Chariton ist das eine Talent, das die Seeräuber empfangen, Anzahlung, wie ROHDE⁴ und PRINGSHEIM⁵ gezeigt haben. Trotz der Anzahlung ist Eigentum oder ein dingliches Recht nicht übergegangen: der Verwalter des Käufers fürchtet Rechtsverlust, als die Seeräuber fliehen und die Sklaven zurücklassen. Auch ein schwächeres dingliches Recht, das die Veräußerung hinderte, bestand also nicht. Aus demselben Grunde kann vor *νομίμως πρίασθαι* (Char. 2, 28) eine Erfüllungshaftung

¹ Die Frage nach dem dinglichen Recht des Käufers wird dabei vorausgestellt werden. Danach wird festzustellen sein, ob aus der Arrhahingabe Erfüllungshaftung des Käufers folgt, wie gegen die herrschende ältere Lehre (MITTEIS, Grundzüge 185; PARTSCH, GGA. 1911, 721; A. B. SCHWARZ, Urkunde 185) neuerdings wieder CORNIL (SSZ. 48, 5ff.) und HOETINCK (Tijdschrift IX, 253ff.) vertreten. Das für die Gesamtuntersuchung wichtige Ergebnis der Älteren bedarf also der Überprüfung.

² PARTSCH, Gött. Gel. Anz. 1911.

³ Kauf, 35f.

⁴ ROHDE, Griech. Roman, 486. „ἐγὼ μὲν τὴν προῶσω ἀπηρτίκαμεν ἐγὼ γὰρ ἐκείνω τάλαντον δέδωκα, δεῖ δὲ ἐνταῦθα γενέσθαι νομίμως τὴν καταγραφήν.“

⁵ Kauf, 39.

nicht bestehen¹. Ebenso wenig verhiß die bloße Anzahlung einen Verschweigungserwerb gegenüber dem Eigentümer der geraubten Sklaven. Diesen Erwerb hätte erst das "νομίμως γενέσθαι τὴν καταγραφὴν"² bedeutet. Es ist bezeichnend für die deutlichere Herausbildung des Arrhalgeschäfts im Charitonroman, daß sich die Vorstellung des *νομίμως πρίασθαι* auf die *καταγραφὴ*, auf die *πρᾶσις εἰς τὴν κτῆσιν* THEOPHRASTS und damit auf das Publizitätsgeschäft zurückzieht, daß die Arrhahingabe nicht mehr *πρᾶσις* heißt.

Bei der Exegese der Papyri werden neben die Arrhalurkunden die Anzahlungsurkunden gestellt, die die dingliche Wirkung der Teilzahlung und das Verhältnis von Teilzahlung und Erfüllungshaftung gleichfalls hervortreten lassen³. Die dürftige ptolemäische Urkunde UPZ. I, 67 steht insofern beiseite, als eine Haftung des Verkäufers nicht erkennbar ist. Immerhin enthält sie ein Element für den Aufbau der Fayumer Homologie des Prinzipats: in *ἴαν μὴ θέλης*, scheint sich das *ἐάν αἰρή καταγράψω* des Formulars der römischen Zeit anzukündigen. Dies einförmige Urkundenmaterial⁴ trägt immer die gleichen Züge⁵; nur eine Prozeßschrift⁶ läßt die möglichen Klagziele aus dem Arrhalgeschäft hervortreten und ist daher besonders wichtig. Die Urkunden sind regelmäßig einseitige Homologien⁷ des Verkäufers in objektiver Stilisierung: der Verkäufer erklärt *διὰ χειρός* einen Betrag als Arrha empfangen zu haben⁸; er wird *καταγραφὴ* errichten, wenn der Käufer es *will* und das Restkaufgeld bezahlt⁹; wenn er nicht kata-

¹ Der Sprachgebrauch des Neuen Testaments, der in diesem Punkte an jüdische Vorstellungen nicht anknüpfen dürfte, gibt der Arrha einen Symbolwert, der die Struktur des hellenistischen Arrhalgeschäftes als Haftungsgeschäft, nicht als Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft unterstreicht. Wird der Glaube als *ἄρραβῶν* Gottes für die künftige Gotteskindschaft bezeichnet (Kap. 1, 14), so ist gewiß, daß eine Bindung Gottes nicht vorausgesetzt wird. Wenn 2. Kor. 1, 22 das *πνεῦμα* den *ἄρραβῶν* des ewigen Lebens nennt, wenn Kor. 5, 5 das *ἄρραβῶν πνεύματος* eingesenkt in die Herzen der Gläubigen, Kol. 8, 1 Jesus Christus selbst als der *ἄρραβῶν* der Gerechtigkeit erscheint, so paßt diese Vorstellung nicht zu einem Verfügungsgeschäft: durch die Sendung Jesu, durch die Ausgießung des heiligen Geistes ist die Einkindschaft noch nicht vollzogen, die Gerechtigkeit noch nicht erworben.

² Siehe Fußnote 4 S. 93.

³ Im P. Hal. 1 hat PARTSCH (Sitzungsberichte d. Heid. Ak. 1916, 18) eine Arrhahingabe ergänzen wollen, ohne indessen den Beifall der Späteren zu finden.

⁴ Kauf: UPZ. I, 67; Magd. 26, 4; Lond. 2, p. 211; 3, p. 142/3, 2, 334, BGU. 446; Lond. 2 p. 211; BGU. 240; Flor. 24; CPR. I, 19; WESSELY, Wien. Stud. 12 (Preis. SB. 5315), alle in chronol. Folge.

⁵ Die Formulierung der Urkunden (die alle aus dem Fayum stammen), scheint lokal bestimmt.

⁶ CPR. I, 19. ⁷ Statt aller BGU. 446.

⁸ Dafür ein weiterer Beleg das Ostrakon bei WILCKEN, Nr. 757 *ἄρραβῶνα δημο- λογοῦμενοι*. Die Homologieform scheint danach nicht lokal bestimmt.

⁹ BGU. 446 l. 14 *ἂ καὶ καταγράψει ἢ Σωτηρία τῷ Στοτοῆτι ὅποτε*

graphiert, will er dem künftigen Käufer das Doppelte des Empfangenen *μεθ' ἡμολίου* und Zinsen erstatten; wenn der Käufer bei der Katagraphierung nicht mitwirkt¹, soll die Arrha beim Verkäufer bleiben. *βεβαίωσις* wird nur einmal versprochen². Die besondere Schwäche des Haftungsgeschäftes zeigt sich, wenn häufig die Vollstreckungsklausel (*προᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης*) fehlt³.

Der Gegensatz zu den übereignenden Verkaufsprotokollen⁴ tritt sofort hervor: der Verkäufer erklärt nicht, *verkauft* zu haben; die Verpflichtung: „*καταγράφειν μήτιον πεπραμένον*“ (BGU. 446) zeigt, daß dem Arrhageber eben noch nicht verkauft ist; regelmäßig fehlt die Gewährschaftsklausel und immer die Strafhaftung des Käufers wegen unterlassener Preiszahlung. Diese Urkunden sind also nicht Kauf, sondern urkundenformal und materiell selbständige Geschäftsformen. Die perfektische Käuferklärung *πεπρακέναι* fehlt, wie ISAIOS in *περὶ Κίρονος κλήρου* § 23 *ἑωνῆσθαι* und *ἄροραβῶνα δεδωκέναι* gegenüberstellt. Die Doppelstufigkeit von Haftungsgeschäft und Verfügung, die seit THEOPHRAST das Arrhalgeschäft durchzieht, zeigt sich auch hier im Verhältnis von Arrhahomologie und *καταγραφή*, wenn auch den *κτῆσις*-Akten bei THEOPHRAST die *καταγραφή* nicht entspricht.

Eigentum hat der Käufer aus dem Arrhalgeschäft nicht erworben: der Eigentumserwerb ist in römischer Zeit mit völliger Sicherheit an Preiszahlung, Steuerzahlung und *καταγραφή* gebunden⁵. Daß der Kaufpreis weder real noch fiktiv, durch *συγγραφή*, gezahlt ist, ergibt sich sofort aus den Urkunden. Wirkung und Entwicklungsgeschichte der Katagraphe sind im Streit⁶. Aber das Ergebnis ist unabhängig vom Inhalt der Katagraphe: daß das absolute Recht gegenüber Inhabern öffentlicher Urkunden nicht ohne Preiszahlung⁴ und nicht ohne Kata-

¹ Z. 17: *ἐὰν δε ὁ [Στοσσήτις μὴ λάβῃ τὴν καταγραφήν] [ἐὰν αἰρηται].*

² BGU. 446: S. 18 *ἔτι δὲ καὶ βεβαίωσιν* bestätigt MITTEIS (Chrestomathie Nr. 257) Ergänzung *βεβαίωσει*. In diesen Vertrag ist die Selbstverbürgung offenbar nur gewohnheitsmäßig aus den Kaufurkunden gelangt.

³ *προᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης*: Fay. 91; Lond. 2, 334. Ohne Praxisklausel BGU. 446, Grenf. II, 67. Zusammengestellt von A. B. SCHWARZ, Urkunde 309.

⁴ SCHWARZ, Urk. 170ff.

⁵ Auch SCHWARZ, 253, der die Katagraphe als „nicht unentbehrlich“ ansieht, glaubt doch (255²), daß „die stärkste dingliche Rechtsstellung“ ohne Katagraphe nicht erreicht werden konnte.

⁶ Angeregt ist dieser Streit durch SCHÖNBAUERS Beiträge zum antiken Liegenschaftsrecht. Während SCHWARZ, Urk. 233, in der Katagraphe der ersten nachchristlichen Jahrhunderte öffentliche Übereignungsurkunden sah, glaubt SCHÖNBAUER im Anschluß an seine Deutung des P. Hal I in der Katagraphe eine Amtsschrift sehen zu sollen. In den Arrhalurkunden des 3. bis 4. Jahrh. erscheint aber die Katagraphe als dispositiver Parteiakt: CPR. I, 19²³. *λαβεῖν τῆν γῆν*. Aber auch SCHÖNBAUER hält die Katagraphe für Voraussetzung des Eigentumserwerbs. SCHÖNBAUER zustimmend KUNKEL, Gnomon 3, 145; 4, 663.

graphie übertragen wird. Denn jedenfalls ist die Aussage zulässig, daß die *καταγραφή* ein öffentlicher Beurkundungsakt ist, der durch Publizität Herrschaftsrechte überträgt. Immer folgt die Katagraphe dem Arrhalgeschäft zeitlich nach.

MITTEIS¹ hat sich mit dem Verhältnis von Arrhalurkunde und Katagraphe noch nicht auseinandergesetzt. Später² wandte sich PARTSCH dem Verhältnis von Arrhalgeschäft und Übereignung näher zu. Die Richtung PARTSCHS, ein einheitliches Publizitätsprinzip nachzuweisen und die konstitutiven Übereignungsakte dort hineinzuverlegen, führte ihn zu dem Ergebnis, daß vor der Katagraphe die Legitimation zur Sachverfolgung und das bessere Recht gegenüber dem Käufer dem Verkäufer bleibt; die Anagraphe folge dem Arrhalgeschäft immer nach. Urkundenformal gelangt zum gleichen Ergebnis A. B. SCHWARZ³, weil den Arrhalurkunden im Gegensatz zum gleichzeitigen übereignenden Barkauf Käuferklärung und *κρατεῖν καὶ κυριεύειν*-Klausel fehlt. In neuester Zeit hat EHRHARDT (*Justa causa* 169f.) bemerkt, daß in CPR. 19 die *καταγραφή* dem Arrhalgeschäft als abstraktes Solutionsgeschäft nachfolgt. Den Feststellungen dieser Forscher entspricht es, daß in den sprachlich sehr genau und selten proleptisch redigierten Urkunden *καταγράφω* stets im Futur erscheint⁴. CPR. 1, 19 ergibt noch plastischer, daß typisch die Katagraphe erst später erfolgt. Diese Klagschrift geht, wenn auch SCHÖNBAUER⁵ und EHRHARDT den Wandel der *καταγραφή*-Funktion zutreffend feststellen, in wichtigen Zügen auf ein Formular der Prinzipatszeit zurück; EHRHARDT bemerkt⁶, daß das Fayumer Material bis in das 4. Jahrhundert hinein konservativ bleibt. Fordert die Klägerin wahlweise Abnahme der Katagraphe⁷ oder Zugriff auf die Arrha, zeigt sich auch das Verhältnis von Preiszahlung und Beurkundung: die Katagraphe wird Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufgeldes errichtet. Zugleich bestätigt die äußere Steuerpflicht der Verkäuferin (CPR. I, 19 Z. 12) Aurelia, die Ersatz der gezahlten Steuern verlangt, daß Eigentum nicht übergang; sonst wäre der Käufer steuerpflichtig geworden⁸.

¹ Grundzüge 185.

² Freib. Festschr. LENEL, 140, für ptolemäische Zeit.

³ 180.

⁴ BGU. 446: *ἢ καὶ καταγράφει, ἢ Σωτηρία τῷ Στοτοίτη . . . ἢ Σωτηρία ἐτοίμως ἔχουσα καταγραφεῖν* Lond. 2, p. 204, 13; Lond. 2, p. 334: *ὡν καὶ τὴν καταγραφὴν ποιῶσινται* Flor. 24, 25.

⁵ Ebenso SCHÖNBAUER, Beitr. 60.

⁶ 165.

⁷ Die Abnahme der Katagraphe ist wie bei THEOPHRAST Erfüllungshandlung des Käufers, deren Versäumnis eine Rücktrittsvermutung gegen ihn herbeiführt.

⁸ Die gleiche Folgerung ist für D. 18, 3, 8 zulässig, Steuerpflichtig blieb die Verkäuferin, wenn man annimmt, daß der Fiskus das Restkaufgeld wegen der laufenden Grundsteuer beschlagnahmte.

Keine der Wirkungen, die an Preiszahlung und Katagraphe geknüpft sind, wird danach durch das Arrhalgeschäft erreicht; das durch Katagraphe, Preis- und Steuerzahlung erworbene absolute Recht, das in der römischen Terminologie als *dominium* erscheinen muß, das mit der *rei vindicatio* verfolgt wird, bleibt beim Verkäufer. Das Ergebnis mußte in den hellenistischen Käufen in C. 4, 54, 1; C. 4, 54, 3 und D. 18, 3, 8 wiederkehren.

Führt nach dem Surrogationsprinzip die Anzahlung auf die Kaufsache zu einem schwächeren Recht zur Sache des Arrhagebers, wenn die Kaufsache in die Hand eines zweiten Käufers kommt? Auch diese Rechte sind von der Übergabe unabhängig¹. Solche Rechte hat zuerst PARTSCH aus der notariellen Beurkundung des Arrhalgeschäfts gefolgert und dafür L. 38 herangezogen. Von dem Grundschemata der *κτῆσις*-Akte bei THEOPHRAST, das sich als Ausgangspunkt für seine Untersuchungen bewährt hatte, wich damit PARTSCH selbst ab, obwohl weder die unsichere Überlieferung des L. 38 noch die Berufung auf Beurkundungsform die Annahme einer Legitimationswirkung tragen: tatsächlich werden vor dem Staatsnotariat Verträge errichtet, die so wenig wie das Haftungsgeschäft der Arrhabestellung der Eigentumslegitimation bedürftig oder fähig sind. SCHWARZ² und nach ihm TAUBENSCHLAG³ haben auf C. 4, 49, 3 verwiesen. SCHWARZ hat für das 3. Jahrhundert auch an die Möglichkeit gedacht, dem Arrhalkäufer durch *δημοσίωσις* sein öffentliches Recht gegenüber einem privatschriftlichen Drittkäufer zu geben.

Was gegen das *Eigentum* des Käufers aus dem Verhältnis von *καταγραφή* über Preiszahlung folgte, scheint auch ein schwächeres Recht auszuschließen. Kann ferner später festgestellt werden, daß der Käufer eine Klage auf Übereignung nicht hat, ist es unwahrscheinlich, daß ihm sogar ein dingliches Recht zusteht. Dem Anspruch auf Katagraphe fehlt in der Regel der Vollstreckungsschutz⁴. In BGU. 446 verspricht der Verkäufer, zu katagraphieren „καταγράψει . . . καθαρά ἀπὸ δημοσίου ἢ ἰδιωτικοῦ καὶ μήπου πεπραμένα μηδὲ ὑποτεθειμένα.“ Der Schluß RABELS⁵, daß damit die Verpfändungsbefugnis des Arrhahnehmers vorausgesetzt ist, kann ausgedehnt werden: wenn der Käufer fürchten kann, daß der Verkäufer mit privater oder öffentlicher Schuld belastet oder mit Übereignungserfolg⁶ an einen Dritten verkauft, muß der Verkäufer unbeschränkt wirksam verfügen können. Ein dingliches Recht des Käufers hindert die Veräußerung nicht. Regelmäßig über-

¹ Das gilt für die ersten nachklassischen Jahrhunderte.

² Urkunde 189¹.

³ Röm. Pr.R. z. Zt. Diokl. 250.

⁴ S. 146⁴ d. Abh.

⁵ Verfügungsbeschränkungen 71.

⁶ Denn die *πεπραμενα*-Protokolle führen sofort zur Übereignung. SCHWARZ, a. a. O. S. 170 ff.

nimmt der Arrhanehmer ja auch keine Schirmungspflicht und wenn es geschieht¹, nur für die Zukunft; einzige Folge der Veräußerung bleibt der Verfall der doppelten Arrha *μεθ' ἡμιολίας*.

L. 38 des Röm.-Syr. RB. (der Verkäufer muß eine Schrift ausstellen auf den Namen des ersten Käufers, wenn der Käufer nicht mehr kaufen will) kann nicht mehr für dingliches Käuferrecht im hellenistischen Arrhalgeschäft vorgebracht werden. CARUSI hat den Nachweis versucht², daß die qtgrfa dieser Version nicht die Katagraphe des hellenistischen Rechtskreises, sondern das instrumentum emptionis der Babylonier ist, und daß das hier sehr deutliche Reurecht des Käufers auf das islamische Recht (chîjar) zurückgeht. So ungewiß dies Ergebnis ist, so unsicher scheint danach überhaupt die Überlieferung des L. 38.

Muß C. 4, 49, 3 — dessen Inskription SERAPODORUS auf Ägypten weist — nicht überhaupt auf die a^o venditi des Verkäufers bezogen werden, wird man doch ein dingliches Recht des Käufers nicht daraus herleiten. Das Veroneser Scholion³ zu C. 4, 49, 3 weist in ganz andere Richtung; liegt nicht ein Mißverständnis des Scholiasten vor, der die Klage als *condictio* erklärt, so war nicht Erfüllung, sondern Arrharückgabe gefordert. Dem entspricht, daß die Nachklassiker neben der a^o empti mit einer *condictio* die Arrha zurückklagen lassen⁴.

Denkt man endlich an die Möglichkeit, daß ein öffentlich beurkundetes Arrhalgeschäft dem privatschriftlichen Zweitkäufer gegenüber ein besseres Recht schafft⁵, so ist eine Entscheidung bei dem verhältnismäßig geringen Quellenbestande nicht möglich. Für die Übergangszeit wird sie durch CPR. 19 ausgeschlossen. Die Angabe des Vorerwerbsgrundes kennzeichnet den übrigens stark verstümmelten Papyrus BGU. I, 240 noch nicht als Verfügungsurkunde. Eine akute Rechtsverschaffungspflicht folgt aus der Erwähnung des Vorerwerbs nicht. Nicht alle Arrhalgeschäfte enthalten die Grenzbeschreibung des Grundstücks. So ist es nicht wahrscheinlich, daß überhaupt die Arrhalurkunde Quelle eines dinglichen Rechts des Käufers ist. Es liegt nahe, in der Grenzangabe einen Hinweis auf Verfügungsurkunden zu sehen, da die Grenzbeschreibung Publizitätshandlung ist⁶. Es bestätigt sich, daß es einer Urkunde, die den Vorgang der Haftungsbegründung bekundet, fern liegt, die Voraussetzungen des absoluten Rechtserwerbs in den Vordergrund zu stellen. Steht also auch kein schwächeres dingliches Recht dem Arrhageber zu, folgt, daß nach griechischer Auffassung der

¹ BGU. 446. ² Bull. 28, 269.

³ In Zeitschr. f. Rechtsgesch. 15, 103. 49: *personalis — πρόδηλον ὅτι ὁ causa data causa non secuta condικτικῶς ἢ sine causa.*

⁴ D. 19, 1, 11§ 6; PARTSCH, a. a. O. 722.

⁵ PARTSCH, a. a. O. 142; SCHWARZ, Urkunde 189.

⁶ Dazu ist der von PARTSCH (Freib. Festschr. f. Lenel 89), zitierte indische Text zu vergleichen.

Arrhanehmer jederzeit vindizieren kann¹. Dem entspricht das „dominium ad te pertinere“ in C. 4, 54, 1.

Den Anlaß zur Begründung einer mittelbaren Haftung durch Arrhahingabe gibt die Unmöglichkeit, dem Käufer ohne Preiszahlung dingliches Recht zu verschaffen. Seit SCHWARZ' Untersuchungen zur öffentlichen Urkunde pflegt man neben das Arrhalformular Anzahlungsgeschäfte vom Typus P. Ryl. II, 164 und BY. 4, 1127 zu stellen. Diese Urkunden werfen auf das Arrhalgeschäft helleres Licht, seitdem PARTSCH² bemerkt hat, daß sie die Rechte des Arrhalgebers erweitern wollen, also als Arrhalnachgeschäfte dem Haftungsgeschäft die Richtung auf die Erfüllung geben. Diese Beziehung ist für die *συγγραφή* Magd. 34 ganz klar, für die beiden unten besprochenen Formulare ergibt sie sich nicht aus der Urkunde, vielmehr scheint dort, wie SCHWARZ zeigt, in äquivalenten wirtschaftlichen Formen — Anzahlung des Käufers unter Vermeidung der übereignenden Barkaufsurkunde — ein selbständiges Hilfsgeschäft ausgebildet zu sein, das dem Kaufformular näher steht. Es müssen aber auch diese Urkunden eine Förderung gegenüber dem Handgeldgeschäft beabsichtigen. Ergibt sich nun, daß nicht einmal Anzahlungsgeschäft oder andere Urkunden absolute Rechtsverschaffung bedeuten, so ist es nicht denkbar, daß das bloße Arrhalgeschäft auch nur dem Käufer durch Privatschrift gegenüber zum absoluten Rechte legitimiert. Auch diese Gestaltung konnte in römischen Quellen als Anzahlungsgeschäft auftreten³. In dem Chirographon P. Ryl. II, 164 erklärt jemand, Katökenland zu *verkaufen* und einen Teil des Kaufpreises — der nicht Arrha heißt — empfangen zu haben. Das Restkaufgeld wird bis zu einem bestimmten Termin bezahlt werden; dann wird der Verkäufer lastenfrei übergeben (Z. 6), und wenn der Käufer will, durch öffentliche Urkunde vom Archaion katagraphieren (Zeile 12 f.); *βεβαίωσις* wird zugesagt. Gemeinsam mit den Arrhalurkunden ist nur die Katagraphe auf Wunsch des Käufers und der Besitzvorbehalt (l. 25. *ἄς καὶ παραδώσω*). Dagegen entscheidet, daß dieser Typus schon Kauf ist, weil *πεπρακέναι* erklärt wird und die *βεβαίωσις* schon jetzt versprochen wird. Das Eigentum geht auf den Käufer nicht über. Denn weder ist katagraphiert, noch ist real oder fiktiv gezahlt, wie aus der Urkunde folgt. Die Urkunden schweigen, ob das Erwerbserfordernis Zahlung des Restkaufgeldes oder die Katagraphe ist. Der Zusatz *καταγρά[ψω ὀτηνίκα ἔα]ν αἰρή* (Z. 11) zeigt sehr deutlich, daß entscheidend für den Eigentumserwerb die Restzahlung gewesen ist; auf Katagraphe mochte der Käufer verzichten. Auffällig ist die Wendung *παραδώσω*⁴. Für die Interpretation dieses Typs

¹ HUSSERL, Rechtskraft und Rechtsgeltung, 168/69.

² a. a. O. 141 ff. ³ C. 4, 54, 3.

⁴ SCHÖNBAUER (Beiträge z. Lieg. 61) hat eine hinreichende Erklärung in der Feststellung gesehen, daß der tatsächliche Besitz aus gültigem Titel gegenüber

durch römische Juristen ist gewonnen, daß auch hier durch Anzahlung kein dingliches Recht erworben ist und auch kein schwächeres absolutes Recht; denn dem Verkäufer steht noch jede Verfügungsbefugnis zu, wenn er lastenfreie Übertragung versprechen muß (S. 12f.). Einen Erfüllungszwang des Käufers scheint wie bei den Arrhalgeschäften das *καταγράφω ἐὰν αἰρῆ* auszuschließen (Z. 11; τὰς δὲ λοιπὰς δράχμας ἀποδώσεις: Z. 10).

Dem P. Ryl. II, 164 steht der Struktur nach nahe BGU. 1127; ein neues urkundenformal selbständiges reines Verpflichtungsgeschäft. Unter Ausnutzung eines anderen, zum Kauf nachgeformten Rechtsgeschäftes wird in dieser Synchoreisurkunde das wirtschaftliche Ergebnis der vorausgehenden Urkundenform erzielt, wobei man über die Rechtsfolgen des Arrhalvertrages hinausgelangen will¹. Apollonius verspricht gegen Zahlung des Restkaufgeldes dem Euangelus Parachoresis einer Goldgieberei; für die Zwischenzeit wird Besitz und Gewährschaft geleistet, was diese Urkunden stärker dem Kauf annähert. Fragt man nach dem Käuferrecht, zeigt sich, daß frühestens mit der Parachoresis der abstrakte Übereignungsakt nachfolgt. Ist der Käufer vertraglich berechtigt und besteht also ein Interesse, nach Einzahlung des Restkaufgeldes die Parachoresis einseitig zu erzwingen, ergibt sich, daß die Preiszahlung allein zum Eigentumsübergang nicht genügte, daß also auch die Parachoresis erforderlich war², vielleicht erst die *καταγραφή* genügte (*μη δ' αὐτὸν κτᾶσθαι*). Andererseits darf nicht schon aus der einseitigen Erzwingbarkeit eine dingliche Sachverfangenschaft vor der Preiszahlung gefordert werden: SCHWARZ bemerkt, daß auch hier die *κρατεῖν καὶ κυριεύειν*-Klausel fehlt³.

Folgt aus den Arrhalurkunden Erfüllungszwang des Käufers oder

dem formalen Eigentumsrecht immer mehr an Bedeutung gewonnen habe. Man wird vielleicht einwenden können, daß es nicht leicht denkbar ist, wie der Käufer der Katagraphierungskosten wegen auf das formale Eigentumsrecht Verzicht leisten soll, wenn ihm noch der Inhalt zukommt, den SCHÖNBAUER der Katagraphe beimißt. Wenn SCHÖNBAUER (60) bei der *παράδοσις* an einen Einfluß des römischen Rechts denkt, wird man darauf aufmerksam machen, daß die Paradosis dieser Urkunden lokale Formulierung des Gaus Hermopolis ist. Die Form der Synchoreis ist ja nur deshalb erforderlich, weil man den römischen Kreditkauf nicht kennt.

¹ SCHWARZ, Urkunde 194 ff.

² PARTSCH 142: *προσχηρῆσθαι τῷ περὶ τοιούτων νόμῳ*.

³ Die notwendigen Feststellungen zur Erfüllungshaftung hat hier gleichfalls SCHWARZ (196) gemacht. Daß der Käufer Erfüllung erzwingen kann, ist sicher: er kann ohne jede Mitwirkung des Verkäufers Parachoresis herbeiführen; auch Gewährschaft ist ihm zugesichert, wie es PARTSCH' (142) Annahme eines Verpflichtungsgeschäftes entspricht. Dagegen ist die Haftung des Käufers auf das Restkaufgeld nicht mit Vollstreckungsschutz umkleidet und gerade aus der hohen Ersatzhaftung aus Vorzugszinsen und *ἡμολία* wird man mit SCHWARZ den Schluß ziehen, daß eine Haftung nicht besteht. PARTSCH allerdings (Freib. Festschr. LENEL, 143) nimmt an, daß der Verkäufer sich eine persönliche Haftung des Käufers auf das Restkaufgeld ausbedungen hat.

des Verkäufers? Das Arrhalgeschäft ist nicht Obligationsbegründung. Eben daß man die wirtschaftlich kongruenten Formen des Typus P. Ryl. II, 164 und BGU. 1127 wählt¹, zeigt, daß man Erfüllungszwang nicht durch das Arrhalgeschäft erzielt; die Ausbildung dieser Formen kann nicht nur mit dem Ziel erfolgt sein, anderen Rechtsfolgen des Arrhalgeschäfts auszuweichen. Noch MITTEIS² zweifelte, ob nicht wenigstens gegen den Verkäufer Katagraphē erzwungen werden könnte. PAPPOULIAS³ formulierte aus den Homologien des Verkäufers in BGU. 446 und Lond. p. 241 und aus dem petitum der Aurelia Demetria⁴ unter Zustimmung PARTSCHS⁵ die Klage: „entweder die Grundstücke zu übernehmen und zu bezahlen oder ἀπολογεῖσθαι τοῦ ἀρραβῶνος“. SCHÖNBAUER (61) erklärt die Klausel mit dem Funktionswechsel der καταγραφῆ in dieser Zeit, der sie entbehrlich gemacht haben soll, aber ἐὰν αἰσῆ scheint einem alten Formular mit festem Klauselgefüge zu entstammen, das bis in die Ptolemäerzeit (UPZ. I, 67: ἤὰν θέλη) zurückreicht; es ist kein neues Urkundenelement, wie auch der Vergleich von BGU. 446 mit CPR. 19 ergibt. Von der formalen Untersuchung der Kaufurkunde her gelangt SCHWARZ⁶ zu einer Ablehnung der Erfüllungshaftung. Als Kaufurkunde will er nur die übereignenden Barkaufsurkunden mit der κρατεῖν καὶ κυριεύειν-Klausel und Preisquittung, die neu auftreten, mit den Verkaufserklärungen und Gewährleistungsabreden aus den ptol. Protokollen, der Strafklausel und der μὴ ἐπελεύσεσθαι-Klausel aus den Abstandsurkunden gelten lassen: Formal eine Verschmelzung der beiden Urkunden, materiell Ersatz des ptol. Kaufprotokolls. Wenn daher Verpflichtungsgeschäft und Übereignung nicht gespalten werden können und der Verkäufer nicht verkaufen kann, ohne den Käufer durch Kaufpreisquittung zum Eigentümer zu machen, folgt für SCHWARZ das Bedürfnis, Urkundenformen zu gewinnen, die eine Haftung auf den Kauf hin ermöglichen, ohne daß der Verkäufer Eigentum aus der Hand gibt. Eine dieser Formen ist die Arrhalurkunde, ein abstraktes Haftungsgeschäft zur Begründung mittelbaren Erfüllungszwanges in der Haftungstiefe des ἀρραβῶν. Erfüllungszwang entsteht eben nicht, weil noch nicht gekauft ist: die Arrhalurkunden heißen niemals ὄνη oder προῶσις⁷. Vielmehr zwingt die Haftungsbegründung nur zur Haftungslösung. Die Auffassung SCHWARZ' wird gesichert durch andere Urkundenformen, Verpflichtungsgeschäfte, die der dinglichen Notlage eines kreditierenden Verkäufers oder eines Käufers, der nicht bar gezahlt hat, abhelfen wollen: Die schon besprochenen Typen und die abstrakten συγγραφαί, Schuldverpflichtungen

¹ Die das „griechische Recht auf dem Wege zum Konsensalkauf“ zeigen. PARTSCH, 141.

² Grundzüge 175.

³ a. a. O. 45.

⁴ CPR. I, 19.

⁵ GGA. 719.

⁶ 186ff., 188.

⁷ SCHÖNBAUER, LiegR. 48.

zugunsten des Verkäufers (Magd. 34). Die urkundenformale Ableitung überzeugt auch entwicklungsgeschichtlich: Wie im Theophrastfragment steht die Arrhahingabe als selbständiges Haftungsgeschäft vorbereitend vor der *προῶσις εἰς κτήσιν*. Die *καταγραφή* wird nicht als Erfüllung errichtet, sondern um der Haftungslösung auszuweichen.

Als Hilfsgeschäft, das auf beiden Seiten keinen Erfüllungszwang schafft, faßte auch PARTSCH¹ mit den genannten Urkundenformen das Arrhalgeschäft auf. Endlich gelangt auch SCHÖNBAUER² bei abweichendem Ausgangspunkt hier nicht zu widersprechenden Ergebnissen. Im Gebiet der römischen Quellen wird diese Auffassung des Kreditkaufs durch C. 4, 49, 6: „non [facile³] ad rescindendam . . .“ bestätigt.

Über die übereinstimmenden Ergebnisse der neueren Lehre, die zutreffend ein Haftungsgeschäft feststellt, würde so ausführlich nicht referiert werden, wenn nicht CORNIL⁴ sich auch auf dem Gebiet der Papyri gegen ein „Reurecht“ der Parteien gewandt hätte. CORNIL geht unbewußt aus von der justinianischen Reformarrha, die im Erfüllungszwang neben dem Rücktrittsrecht des Verkäufers von der Einwirkung des Konsensalkaufs beherrscht ist. CORNIL sieht die Arrhalurkunden als „obligatorischen Kaufvertrag“ an, von dem zurückzutreten die Arrha kein Recht gibt. Aber die Frage nach einem Reurecht der Parteien ist falsch gestellt, weil das Reurecht Abschluß eines verbindlichen Kaufs logisch voraussetzt, während die Arrhalurkunde eine heterogene Urkundenform ist, die der Kaufvollziehung zunächst ausweicht. Die Voraussetzung CORNILS⁵, daß „in den hellenistischen Provinzen niemand daran denkt, den verpflichtenden Charakter konsensualer Verpflichtungen in Zweifel zu ziehen“, wird bis Ende des 3. Jahrhunderts sofort durch das Arrhalmaterial selbst und durch andere Anzahlungsgeschäfte widerlegt; wer Arrhalurkunden errichtet oder durch *συγγραφαί* abstrakte Schuldverpflichtungen des Käufers begründen muß, kennt nicht die Möglichkeit, sich konsensual zu verpflichten, oder geht an ihr vorbei. Noch im Prozeß der Aurelia Demetria, der sich dem Aufbau des *petitums* nach, der in BGU. 446 wiederkehrt, auf eine Urkunde des Fayumer Typus stützt (330 p. Chr.), geht aus dem *petitum* der Klägerin eindeutig hervor, daß sie selbst Zahlung des Restkaufgeldes zu erzwingen nicht für möglich hält. Die Bemerkung CORNILS, daß in der Regel der Verkäufer lieber die Anzahlung lukrativ erwerben will als auf Erfüllung bestehen, wendet sich gegen ihn selbst: der Käufer wird lieber die Katagraphe abnehmen als die große Arrha aufopfern, und daher wird freiwillige Erfüllung die Regel sein; daß sie die Regel und

¹ 140ff.

² 58—61.

³ isp. unter dem Einfluß der *laesio enormis*.

⁴ SSZ. 48, 71. CORNIL findet Unterstützung bei HOETINCK, *Quelques remarques sur la vente dans le droit grec*, in *Tijdschr.* IX, 253ff.

⁵ a. a. O. 72.

nicht notwendig ist, folgt aus Lond. II p, 143. Zwar dringt römisches Kaufrecht überall ein, aber erst in P. Preis. SB. 5315, der aus byzantinischer Zeit stammt, scheint man — in den romanistischen Formen der obligatio wird das formuliert — zu einer vollständigen Erfüllungshaftung gelangt zu sein: *λόγω ἀρραβῶνος τῆς τοῦτων πράσεως ὀφειλότητος γενέσθαι παρ* . . . *ἀκολούθως τῇ πίστει καὶ δυνάμει τοῦ αὐτοῦ ἀρραβῶνος*. Man erkennt in diesem Cheirographon deutlich ein Verpflichtungsgeschäft, das sich unter dem Einfluß der obligatio aus dem Haftungsgeschäft entwickelt, während übrigens die strenge Trennung zwischen Kaufvollzug und vorausgehendem Arrhalgeschäft auch hier gewahrt bleibt¹. CORNIL und HOETINCK² verloren offenbar den Überblick darüber, daß die erzwingbare Folge der Haftungsbegründung eine Haftungslösung sein kann unter dem Eindruck des Formulars des Prinzipals, das das Haftungslösungsgeschäft in die bedingte Strafklausel verdrängt, und die Übereignungsakte, die an Erfüllungsstatt der Haftungslösung treten, in den Hauptteil der Urkunde verschiebt. Es war kein Zufall, daß CORNIL die hellenistischen Fälle in D. 18, 3, 8 und C. 4, 54, 1 für seine Lehre heranzog. Dort besteht allerdings durch die Umdeutung des Arrhalgeschäftes in einen Konsensualkauf mit *lex commissoria* Erfüllungshaftung des Käufers. Den hellenistischen Arrhalurkunden ist sie fremd². Die Arrhalhomologie der früheren römischen Zeit ist weder Verpflichtungs- noch Verfügungsurkunde^{3 4}.

¹ Kauf wird erst geschuldet: *πράσεως ὀφειλότητος γενέσθαι*. Der Vergleich mit Inst. 3, 23 pr. und C. 4, 22, 17, 2 Anm. S. 102⁴ a. O. liegt nahe.

² Versucht dann CORNIL (78) nach dem Vorgang BRUNS' — dem indessen das volkrechtliche Material nicht vorlag — aus dem Röm.-Syr. RB. einen Erfüllungszwang herzuleiten, so müssen allerdings einige Versionen, die sich gegen CORNIL wenden würden, ausgeschieden werden, weil sie nicht zuverlässig auf hellenistisches Rechtsgut zurückgehen: L. 38 und das Rechtsbuch des JESU-BOCHT, III, 173 § 1, dessen im wesentlichen von persischen, islamischen und armenischen Einflüssen beherrschter (TAUBENSCHLAG, SSZ. 45, 497 8) Rechtsstoff ein Reurecht mit Arrhaverlust des Zurücktretenden zeigt, das allerdings aus dem Fehlen einer versiegelten Urkunde zu folgen scheint, und dem Rücktrittsrecht in L. 38 entspricht. Aber L. 51, Ar 32 und Arm. 27 schließen mit voller Sicherheit Erfüllungszwang aus. CORNIL hält der herrschenden Lehre P. 21 entgegen, aber „so ist dem Käufer nicht erlaubt, daß er zurücktritt“ bedeutet nicht Rechtswidrigkeit im Sinne der Erzwingbarkeit des dem Recht Gemäßen „Wenn der Käufer nicht *will*“, stellt richtig, daß die Kaufhaftung nur im Betrage der Arrha verwirklicht werden kann, und umschreibt die Ungehorsamsfolge erschöpfend. Das Arrhalgeschäft des Röm.-Syr. RB., soweit es hellenistisches Recht wiedergibt, entspricht dem der Papyri: wie dort tritt auch in P. 21 bei der Miete eine Arrha auf. Zugleich zeigen die Versionen eine gleichförmige Urkundenpraxis in ihren verschiedenen Territorien und erweitern das räumliche Geltungsgebiet über die griechischen Kerngebiete und Ägypten hinaus auf die hellenistischen Rechtskulturen der vorderasiatischen Provinzen.

³ Die fernere Geschichte des gutbegrenzten Arrhalformulars des Prinzipals ist wenig durchsichtig. Es ist davon auszugehen, daß die Arrhalreform JUSTINIANS

II. Sucht man die hellenistischen Anzahlungsgeschäfte in die volkrechtlichen Quellen bei SCAEVOLA und dem Kodex hineinzudeutern, lösen sich die Widersprüche auf, denen die Theorie der dinglichen Rückwirkung begegnete. Die Technik der Interpretation fremden Rechtsgutes durch römische Richter in den Responsen und Konstitutionen wird beherrscht vom Personalitätsstatut, dessen Inhalt gegen die grundsätzlichen Angriffe BICKERMANNs von SCHÖNBAUER wieder verteidigt und besser abgegrenzt worden ist¹. Die Constitutio Antonina, die zwischen die beiden Gruppen, SCAEVOLA und Konstitutionen, fällt, bedeutet einen Einschnitt: die Rezeption des römischen Rechts in der Provinz beginnt zwar mit ihr, und erst mit ihr, und die Anwendung des Landrechts vor Zentralinstanzen hört auf. Aber im Vertrag der Parteien zeigen sich Vor- und Nachwirkungen; die Rezeption hat hier erkennbar zunächst nicht eingewirkt². Ebenso bildet zwar

in C. 4, 21, 17 und Inst. 3, 23 pr., soweit sie den Arrhalskripturkauf betrifft, von einer einheitlichen Urkunde mit Erfüllungszwang ausgeht, die bereits Kauf, also Verpflichtungsurkunde, aber zugleich Arrhalurkunde ist. Das setzt eine Privaturkunde voraus, in der Arrhalgeschäft und Vollzug durch Kaufurkunde zusammengefloßen sind. Die dürftigen Urkundenreste (CPR. 19, Preis SB. 5315) scheinen vorsichtige Vermutungen nach dieser Richtung zuzulassen.

Bereits das klassische Formular schließt sich in unwesentlichen Formen an das gleichzeitige Kaufprotokoll, das ja regelmäßig dem Arrhalgeschäft folgt und dessen Klauseln also vorweggenommen werden dürfen, so sehr an, daß der Schreiber von BGU. 446 die — hier sinnlose — *βεβαιώσει*-Klausel aufnimmt. Indessen scheint noch a. 330 die Fayumer Arrhal-Urkunde, auf die Klagschrift der Aurelia Demetria Bezug nimmt, dem Formular des Prinzipals nahe zu stehen; sie schließt sich daran in dem alternativen Petitem *λαβεῖν τὴν καταγραφὴν; εἰ μὴ τοῦτο ποιήσει . . . ἀπολέσθαι τοῦ ἀρραβῶνος* eng an. Zudem beobachtet EHRHARDT (SZ. 51, 151), daß im Fayum noch im 4. Jahrhundert eine Erhaltung und organische Fortbildung der Urkunden des Prinzipals stattfindet.

Spätestens im folgenden Jahrhundert wird aber die Kaufurkunde überall zum Cheirographon; und in der gleichen Zeit scheint auch das Arrhalformular zur unstilisierten chirographarischen Urkunde zu werden. Die schon besprochene Urkunde SB. 535 (byz. Zeit) weist nur mehr in der Fristsetzung *καιρόν* einen erkennbaren stilistischen Anschluß an das alte Formular auf; im übrigen konnte für sie nun schon eine Erfüllungshaftung auf Kaufvollzug festgestellt werden (S. 94, 95 d. Abh.); es ist nicht wahrscheinlich, daß dieser Verpflichtungsurkunde noch ein Kaufcheirographon gefolgt ist. Es scheint in dieser Zeit Arrhalcheirographon und Kaufcheirographon so wenig unterschieden werden zu können, wie in Inst. 3, 23 pr. die Abgrenzung der Arrhalurkunde von dem beurkundeten, verpflichtenden Kauf (*instrumentum emptio*) gelingt.

⁴ Zum gleichen Ergebnis gelangte HUSSERL, Rechtskr. 167 von rechtsphilosophischen Erwägungen her. Die Einsichten HUSSERLs dürfen für eine entwicklungsgeschichtliche Erkenntnis nicht nutzbar gemacht werden, aber der Vergleich mit anderen positiven Rechten, die HUSSERL in gleichem Zusammenhang bringt, bestätigt das hier gesuchte Ergebnis.

¹ Studien zum Personalitätsprinzip, SZ. 49, 345.

² MITTEIS, Reichsrecht und Volksrecht, 160ff.

in vorantoinischer Zeit die Anwendung des Landrechtes das Prinzip¹, aber begegnen dem Respondenten griechische Tatbestände², zeigt sich auch bei SCAEVOLA, der häufig nach dem Osten respondiit, immer wieder mißverständliche Anwendung des Aktionensystems auf griechische Rechtsfragen³. In den früheren Konstitutionen wirkt das Recht der Zeit vor der Constitutio Antonina noch nach. Grundsätze des römischen Rechtes werden gegenüber fremdem Recht nicht so energisch formuliert wie in den Reskripten DIOKLETIANUS, die Auffassung des Petenten tritt daher weniger deutlich hervor. Aber der mitgeteilte Tatbestand genügt in den Fällen, die hier zu behandeln sind.

Die Rezeption ermöglicht es, daß Arrhalformulare vor die römischen Gerichte gelangen. Ein Kaufvertrag, der die Arrhahingabe stillschweigend dem *νόμος ἀρραβῶνος* unterstellt, wird die Verwandtschaft im Aufbau mit der l. c. nicht hervortreten lassen. Erst die Formularpraxis macht die Überleitung möglich. Respondent und Kanzleien übersehen, daß die Parteien in der vorgelegten Arrhalurkunde die *gesetzlichen* Wirkungen des Arrhalgeschäftes noch einmal wiederholen, und leiten aus der besonderen vertraglichen Abrede Folgen ab, die sie gesetzlich der Arrha nicht zugestehen können⁴. In dieser Vorstellung suchen sie entsprechende Formen des römischen Rechtes auf.

Sieht man die Fälle noch einmal durch, ergeben sich alle Merkmale des hier festgehaltenen Typs. Die detaillierte Übernahme des einen typischen bekannten Arrhalformulars deckt ein im wesentlichen gleichförmiges Formular in den Ostprovinzen auf, das die völlige Rezeption durch die Institutionen gut aufklärt. Die *vindicatio* ist erklärt; das Rücktrittsbegehren des Verkäufers entspricht, oberflächlich in römische Dogmatik gekleidet, dem Klagbegehren der Aurelia Demetria; der Verfall der Arrha ist den Griechen selbstverständlich. Dem *reliquum pretium* der Anfragen entspricht wörtlich das *λοιπόν* der Papyri⁵. Den Fristsetzungen dieser Fälle entsprechen die Fristen bei THEOPHRAST, im P. Ryl. II, 164, 10: *λοιπὰς δράχμας . . . αποδώσεις ἕως . . . οὐτος μηνός* und in BGU. 1127, 39f. *μηὶ προσαποδοῶι αὐτῶι ἐν τῶι ὤρισμένωι χρόνωι*, endlich in SB. 5315 (*καιροῦ*). Das „*arrae nomine*“ in D. 18, 3, 6 pr. ist eine wörtliche Übersetzung des *λόγον ἀρραβῶνος* der griechischen Quellen. Geht man von dieser Technik der Respondenten und Kanzleien aus, zeigt sich, daß Arrhal- und Anzahlungsgeschäfte der Provinzialen nur als Verwirkungsklauseln interpretiert werden konnten. Wie die spätere Quellenerklärung Arrhalgeschäft und *lex commissoria* verwechselte, so hatten vorher die römischen Ausleger provinzielle Rechtsgeschäfte mit der *lex commissoria* verwechselt. Der griechische

¹ MITTEIS, 164.² KÜBLER, SSZ. 28, 174 ff.³ KÜBLER, a. a. O.⁴ Vgl. C. 4, 49, 6: „si non ab initio aliud convenit“.⁵ CALOIROU, 127.

Verkäufer, dem der Käufer nicht fristgerecht das Restkaufgeld zahlte, sieht den Käufer, der bei der Katagraphie nicht mitwirkt, als zurückgetreten an und vindiziert und klagt auf die Arrha: Auf Preiszahlung könnte er nicht klagen. Der Römer bemerkt das nicht und sieht nur einen Rücktritt des Verkäufers. Klagen griechische Arrhalkäufer auf das duplum der Arrha, so werden sie zurückgewiesen, weil das römische Recht ein vertragliches Rücktrittsrecht des Käufers wegen Nichterfüllung des Verkäufers nicht kennt: C. 4, 49, 6. Auch Verkäufer werden zurückgewiesen, wenn keine Abrede vorzuliegen scheint.

Denn erst die besonderen Formen der Arrhalurkunde erinnern auch den Römer an die commissoria: durch Hingabe der Arrha sieht er einen Konsensualkauf bezeugt, in der Fristsetzung *ἐν τῷ ὄρισμένῳ χρόνῳ* findet er das „ad diem certum“ der Commissoria wieder, die große Arrha, interpretiert er als die Anzahlung bei der l. c., die wirtschaftlich dieselbe, rechtlich ganz abweichende Funktionen hat; die Klausel, daß die Arrha verfällt, wird er als Strafstipulation deuten; so oft kommt die Abrede in den griechischen Fällen, die vor SCAEVOLA gelangen, vor, daß er sie in D. 18, 3, 6 pr. als allgemeine Regel formuliert. Glaubt dann der Verkäufer noch Eigentum zu haben, so wird ihm der Römer regelmäßig nicht entgegnet: in D. 18, 3, 8 nicht, weil ein Käufer Vindikation fürchtet, in anderen Stellen nicht, weil bei dem üblichen Manzipationsvorbehalt bei l. c. Verkäufereigentum nicht auffallen kann. Erst das Reskript C. 4, 54, 3 erinnert daran, daß beim Provinzialgrundstück bloße Tradition genügt und nur der Precariovertrag Eigentum beim Verkäufer läßt. Auch dort hatte der Provinziale sein Eigentum aus dem Anzahlungsgeschäft für selbstverständlich gehalten.

Fälle dieser Art gelangen nun in die Rechtsliteratur, in die Responsen und Digesten SCAEVOLAS und in die Privatsammlung des Codex Gregorianus. Diese Literatur ist von den Kompilatoren ausgenutzt worden. Die Arrhalreform JUSTINIANS erklärt das Verhältnis der Kompilation zur l. c. Die Arrha ist zuerst aus der hellenistischen Notariatspraxis vor römische Richter gekommen (das sind die hier besprochenen Fälle) und unter dem Zwang der Urkundenpraxis von den Byzantinern rezipiert. Die Theorie folgt nach. Im Gegensatz zur praktischen Formulierung von C. 4, 21, 17¹ geben das Lehrbuch JUSTINIANS (3, 23 pr.) und die Institutionenparaphrase (FERRINI 351) die theoretische Einarbeitung der griechischen Formen in das klassische System.

Die aus dem Theophrastfragment erschlossene Konstruktion des Kaufs kehrt wieder: der Skripturkauf² erzeugt vor der urkundlichen

¹ PARTSCH, GGA. 1911, 727.

² Das ist der Kauf, der durch Urkunde abgeschlossen werden soll. Eine Abgrenzung der *venditio quae sine scriptura consistit* und der *venditio quae scriptura conficitur* vor der Beurkundung des Skripturkaufs ist den Byzantinern nicht ge-

Verbriefung¹ — das Cheirographon der byzantinischen Urkunde — keine Verpflichtung, was der Byzantiner mit einem straflosen Reurecht (*poenitentia*, *μεταμέλεια*) beider Teile umschreibt. Wird eine Arrha gegeben, verfällt bei Vertragsuntreue des Käufers beim Skripturkauf die Arrha. Das bedeutet Verschiedenes: für den Kauf *sine scriptis* theoretische Erhaltung der *arrha confirmatoria*, für den Skripturkauf Haftungsbegründung durch die Arrha, aber keinen Erfüllungszwang vor der Vollziehung.

Man hat schon immer geglaubt, und PARTSCHS² aufklärende Bemerkungen zur Methodik der Lehrbuchtheorie in Inst. 3, 23 pr. haben es bestätigt, daß nach justinianischem Recht beim Arrhalkauf, der nicht Skripturkauf ist, Erfüllungsanspruch und Rücktrittsrecht des Verkäufers alternativ konkurrieren. Diesem Ergebnis entsprechen die Feststellungen über die Ausbildung einer Erfüllungshaftung unter römischem Einfluß in der Urkundengeschichte des Arrhalformulars, insbesondere die späte Urkunde S. B. 5315. Dann deckt sich die gesetzliche Folge dieses Kaufes völlig mit dem klassischen Konsensalkauf, dem vertraglich das einzig mögliche Rücktrittsrecht des Verkäufers, die *l. c.*, und die Abrede des Anzahlungsverlustes beigefügt sind.

Dieses auffällige Ergebnis konnte den Kompilatoren um so weniger entgehen, als schon Klassiker den Arrhalkauf vor seiner Rezeption in die *lex commissoria* umgedeutet hatten. Daran konnte man anknüpfen und die klassischen Fälle in den neuen Titel einstellen. War schon für 3, 23 pr. ein vorsichtiges Umkleiden des neuen Rechtes mit klassischen Denkformen³ nachweisbar, so war das gesetzgeberische Geschick groß, das in dem einzigen klassischen Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung den Anknüpfungspunkt fand, das gesetzliche Rücktrittsrecht aus der Arrha, das in diesem Zusammenhang erschien, einzuführen.

Die Kompilatoren begnügten sich nicht mit der Aufnahme der Kasuistik — die nun erst erklärt ist. Sie haben durch Interpolationen, deren entscheidende D. 18, 3, 4 § 1 ist, in geschickter Verknüpfung mit dem Fruchtrecht den Satz eingeführt, daß gesetzlich Anzahlungen verfallen, wenn der Verkäufer wegen Nichtzahlung des Kaufpreises zurücktritt. Die Gegenüberstellung mit Inst. 3, 23 zeigt schon in der Diktion, die der Arrha ausweicht, eine auffällige Übereinstimmung.

| | |
|---|--|
| Inst. 3, 23 pr. . . is qui recusat adimplere contractum si quidem est emptor, quod dedit (jede Anzahlung also) perdit. | D. 18, 3, 4 § 1 . . . cum pretium quod numeravit perdidit . . . quando emptor aliquam partem pretii dedit. |
|---|--|

lungen. Die Hilflosigkeit der Theorie, die römische Denkformen retten will, ist kaum je klarer als in diesem *qui pro quo*.

¹ *Instrumenta emptionis conscripta manu propria vel ab alio scripta vel per tabelliones.*

² GGA. 1911, 727.

³ PARTSCH, 727.

Das Ergebnis, das durch die Interpolation erreicht war, war nun dasselbe wie beim Arrhalkauf *sine scriptura*: der Verkäufer konnte zurücktreten und die Arrha behalten oder auf Erfüllung bestehen. Der Interpolation in D. 18, 3, 4 § 1 entspricht der Satz D. 18, 3, 5: „*quia nihil — fefelisset*“, der von den Byzantinern stammt. Im fr. 4 ist das Arrhalsystem mit der großen Vorsicht in die römische Dogmatik des Fruchterwerbs eingekleidet.

Eine Fortwirkung der Arrhareform war es auch, in C. 4, 54, 4 die Vindikation zu interpolieren, die die l. c. nicht kennt, die aber dem hellenistischen Arrhalkauf typisch ist; weil ihnen l. c. und Arrhalkauf dasselbe war, konnten sie diesen Fall den hellenistischen Anfragen C. 4, 54, 1, C. 4, 54, 3 folgen lassen. Der formale Interpolationsbeweis ist schon in den §§ 1, 5 und 6 d. Abh. gegeben und findet in diesen Zusammenhängen seine Rechtfertigung. Die Institutionenrezeption und der Hergang der Kompilation für D. 18, 3 beglaubigen die Textänderungen als bewußte Rechtsänderung. Neben den legislativen Arrharreformen im Codex und in den Institutionen erkennt man nun auch in der großen Kompilation einen sicheren Einfluß des neuen Rechts. Der eigentümliche Aufbau des neuen Titels D. 18, 3 ist nun erklärt. In größerem Zusammenhang gesehen, beruht er auf dem Wunsche der Kompilatoren, die Verbindung zwischen den Verfügungsgeschäften der Preiszahlung und Übereignung noch einmal zu betonen¹.

¹ Die Beobachtung des Volksrechtes im weströmischen Territorium stellt klar, daß die Strukturwandlung der *Commissoria* auf die Praxis des Ostens zurückgeht. Denn dem allen gegenüber steht der Westen beiseite. Im symbolischen Sprachgebrauch weströmischer Kirchenväter tritt die vulgärrechtliche Anschauung sehr gut hervor. Die Arrha wird vieldeutig „*vel uti pignus amoris*“, der Leib Christi erscheint von Gott als Arrha dem Menschen hingegeben (CASSIAN, *Conl.* 7, 6, 4; AUGUSTIN, *Serm.*, 378); der Thesaurus (zu Arrha) kann diese Bedeutungen als *testimonium vel obligamentum* zusammenfassen. Noch dem IV. Jahrhundert Westroms ist die Arrha *argumentum contractus*, wie bei GAI, III, 139. Dazu paßt es, daß die Gausepitome den Arrhalkauf übergeht, daß die Turiner Institutionenglosse zu 3, 23 pr. übrigens stark an die Paraphrase angelehnt, „*Nota arrarum dationem, argumentum, non firmam venditionis constitutionem*“ sagt, daß die fast gleichzeitige *Lex Romana Burgundionum XXXV, 6* den Typ der *arra confirmatoria* mit großer Reinheit herausstellt (COLLINET, 188²): Niemals verfällt die Anzahlung. Die LRB. bildet den Übergang zu den germanischen Volksrechten, die neben einem materiell ziemlich unabhängigen Arrhabegriff Andeutungen des römischen Konsensalkaufs mit vertraglicher Verwirkungsklausel zeigen. Ein Zusammenhang ist nur möglich, wenn der Codex Euricianus antikes Rechtsgut aufgenommen hat oder wenn es bei der Formulierung germanischer Rechtsanschauung mit dem begrifflichen Bestand der alten Rechtskultur unterstützend mitgewirkt hat. Die griechische Arrha kann rezipiert sein oder der weströmische klassische Begriff kann aus weströmischem Gebiet aufgenommen sein, wo er schon im metaphorischen Sprachgebrauch der kirchlichen Literatur erschien. — Man erkennt zwei Gruppen: C E 296 = L Visig. V, 4, 5; C E 297 = L Visig. V, 4, 5 = L Baiuv. 16, 10. Auf den ersten Blick scheinen die zwei reichsrechtlichen

Denn mit den Arrhalfällen dringt mittelbar die *καταγραφή*, die das ausschlaggebende Verfügungsgeschäft im Arrhalformular seit dem

Systeme nebeneinander aufgenommen zu sein, in C E 296 der römische Konsensualkauf mit Anzahlung, Fristsetzung und Rücktrittsklausel, auffällig wird in 296 ein gesetzliches Rücktrittsrecht zurückgewiesen; in C E 297 und den nahestehenden Texten der Arrhalkauf mit Fristsetzung, Erfüllungshaftung des Verkäufers und Haftungsfreiheit des Käufers: eine eigentümliche Abweichung vom östlichen und westlichen Typus. — Der allgemeine Stand des Rezeptionsproblems in C E ist kaum geklärt (LEVY, SSZ. 49, 231ff.; v. SCHWERIN, *Notas sobre Historia del Derecho Español más antiguo* 1924). Die Scheidung selbständiger germanischer Rechtssätze vom Rezeptionsgut ist selten möglich. Grundsätzlich ist im C E Verschmelzung germanischen und antiken Rechtes überall möglich, nirgends bewiesen, wie v. SCHWERIN betont. Im Kaufrecht liegt sie besonders nahe, wie schon das benachbarte Fragment C E 298 zeigt. (MITTEIS, *Reichsrecht* 511). Durch die Notariatspraxis war in der starr fixierten und zugleich transportablen Urkunde ein wirksamer Antrieb zur Rezeption der urkundlich festgehaltenen Kaufformen gegeben. (v. SCHWERIN, 29.) Die Rezeption hellenistischer Kaufformulare im Westen scheint im 5. Jahrhundert nachweisbar (KOSCHAKER, SSZ. 49, 195; A. SEGRÉ, *Elementi elleno-orientali del diritto privato dell' Alto Medioevo*, S. 9); STEINACKER teilt aus langobardischer Zeit Urkunden mit, die Nachbildungen ägyptischer Kaufurkunden sind. Die Rezeption der Urkundenform vermittelt regelmäßig Rezeption des beurkundeten Inhalts. — In C E 296 hat die „pars pretii“ im klaren Gegensatz zur arra römische Anzahlungsfunktion. Der Satz von der Kaufpreisverzinsung kann aus dem naturalwirtschaftlichen germanischen Recht nicht hergeleitet werden. Die formale Rezeption des Terminus „arra“ legt ohne weiteres den Einfluß des antiken Instituts nahe. Überdies waren in der römischen Germanengesetzgebung, die durch die Barbarenrechte oft beeinflusst ist (Beispiele bei BRUNNER-SCHWERIN, 2. Aufl., I. Bd. 487, Anm. 21, 22, 23; früher bei BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprocess* IV, 211¹⁶), die Einwirkungspunkte des fremden Rechtes zu erkennen. Danach scheint in CE 296 die theoretische Konstruktion des Konsensualkaufs gut erhalten. Durch Konsens wird der Kauf verbindlich, das bedarf offenbar dem germanischen Barkauf gegenüber besonderer Betonung. Gegenüber LEVY, SSZ. 49, 245, der entgegen römischer Anschauung hier germanisches Recht festhalten will, das den Kauf erst nach einer Teilzahlung als verbindlich ansieht, wird diese Deutung allerdings nur mit Vorsicht vorgebracht werden dürfen. Aber römischem Rechte entspricht es, daß der Käufer Verzugszinsen vom Restkaufgeld zahlt. Ein Rücktrittsrecht des Verkäufers besteht nur, „si forte convenit ut res . . . venditori debeat reformari“ (L. Visig., V, 4, 5, besonders deutlich). Diese Rücktrittsabrede, wie das klassische Rücktrittsrecht an eine Frist geknüpft („ad placitum tempus“), scheint eben noch eine Überleitungsform aus der klassischen Commissoria zu sein; die angezahlte pars pretii verfällt so wenig wie nach klassischem Rechte; sie ist wie dort Teilerfüllung. Noch im 5. Jahrhundert sind im weströmischen Gebiet Spuren der lex commissoria erhalten. — Das Verhältnis des Arrhalkaufsystems im Codex Euricianus und den verwandten Volksrechten zur Arrha des weströmischen Rechtskreises muß einer späteren Arbeit vorbehalten bleiben, die in romanischen Rechtsquellen des frühen Mittelalters ihr Material suchen müßte. (Ansätze dazu bei JAGEMANN, *Draufgabe*, S. 9); Zusammenhänge bestehen, auf die das plötzliche Auftreten des Plurals arrae, arrhez dort wie im Codex Euricianus hinweist. Die Lehre O. VON GIERKES, die den Arrhalkauf im C. E. ohne weiteres für ein germanisches Haftungsgeschäft in Anspruch nimmt, bedarf sicher der Nachprüfung. Die neuere Germanistik (v. SCHWERIN, a. a. O.) scheint nicht geneigt, sie ohne Einschränkungen zu übernehmen.

Ausgang des 3. Jahrhunderts ist, in die Übereignungsdogmatik des *lex comm. ein.* EHRHARDT¹ hat zu erweisen versucht, daß das byzantinische Recht gerade durch die *καταγραφή* der frühbyzantinischen Zeit zum System des abstrakten Traditionserwerbs geleitet worden ist. Hier kann eine sichere Übernahme durch Vermittlung des Arrhalformulars festgestellt werden. Die byzantinische Theorie, die für die in diem add. das objektive Synallagma zwischen den Verfügungsgeschäften durch Auflockerung der Übereignung durch dinglichen Rückfall einführt, geht für die Kommissoria zu dem gleichen Ergebnis, den Weg, der durch das Arrhalformular mit der *καταγραφή*-Funktion des 4. Jahrhunderts vorgezeichnet war. Die Dogmatik der römischen Übereignungsakte ist in diesem Punkt durch die *καταγραφή* beeinflusst.

Der Hergang der Kompilation für die Kommissoriaquellen, die Unausgeglichenheit des quellenkritischen Ergebnisses, die unorganische Rezeption der Arrha in der Theorie bestätigen, daß keine nachklassische Lehre den Einbruch der Formularpraxis in die Kodifikation vorbereitete.

§ 10. Arrhakauf und *lex commissoria* in nachjustinianischen Quellen. Die Basiliken insbesondere.

Die Entwicklung des Arrhalkaufs bis zu Justinian mußte verfolgt werden, wenn die begriffliche Wandlung des Rücktrittsrechts beim Kauf und die Eingriffe, die darauf beruhen, verstanden werden sollten. Der oströmische Quellenkreis *nach* JUSTINIAN kann mit der Fortdauer dieser Grundlagen die Vollständigkeit der Rezeption durch JUSTINIAN zeigen. Diese Rezeption bleibt in den späten Rechtsquellen nach der Kompilation lebendig und führt zu selbständiger Umgestaltung. Die Formulierung und der Inhalt des Basilikentextes kann daher die Einwirkung dieser Anschauung auf die l. c. in weiterem Umfang erkennen lassen als in den Digesten: dort wird sie immer wieder durch große Bruchstücke klassischer Überlieferung verdunkelt.

Die Voraussetzung dieser deutlicheren Wandlung ist die Rückbildung des Konsensualkaufs zum Barkauf in den oströmischen Quellen; in diesem Zusammenhange verliert die gaianische Formulierung der Arrha ihren Sinn. Tritt schon im Prochiron 14, 1 in der Ekloge 9, 1 bei HARMENOPOULOS 3, 3, 1 die Konstruktion des Barkaufs hervor, so zeigen mit größerer Deutlichkeit die Quellen des 8. Jahrhunderts, daß die hellenistische Arrha die westliche Form verdrängt hat, worauf PAPPOULIAS², KALOGIROU³ und PARTSCH⁴ aufmerksam gemacht haben.

¹ *Iusta causa* 175ff.

² *Ἱστορικὴ* passim; 157.

³ Vermögensarrha 157ff.

⁴ GGA. 72.

Im PROCHIRON (750 p. Chr.) tritt für die Arrha die Physislehre neu auf, deren von philosophischen und theologischen Grundlagen ausgehende Bedeutung in der Rechtsschulendogmatik — der Versuch, metajuristische Begriffsbildungen gegen die als kräftiger empfundene klassische Dogmatik aufzurufen und dadurch zu neuen Entscheidungen zu gelangen — jetzt zutage liegt¹. Wenn die Festlegung eines naturrechtlichen Inhalts der Arrha auf die Pönentialfunktion möglich ist, zeigt sich, daß auch in der Theorie die klassische Arrha vergessen ist, denn die Physislehre ist altes überkommenes Schulgut. Die romanistische Dogmatik der Institutionen — 3, 23 pr. —, an der noch THEOPHILUS festhält, ist preisgegeben.

Die Gesetzgebung des 8. Jahrhunderts geht die gleichen Bahnen wie die Privatarbeiten. Auch in der Ekloge *nomon IX*, 2 und im sogenannten Rhodischen Seerecht (BAS. 53, 8, 19) tritt in klaren Umrissen das hellenistische Arrhalrecht hervor. Damit ist für den Zeitraum zwischen Institutionen und Digestenkompilation einerseits und den späten Basilikentexten andererseits die entwicklungsgeschichtliche Konstanz der Rezeption gezeigt. Dann versteht man sofort die Anschauung der Basiliken.

Denn folgerichtig wird auch dort, wiederum unter Berufung auf die Physis, im *Text* (Bas. 22, 1, 76) die *galianische* Arrha, die der Digestentext enthielt, durch die hellenistische Form verdrängt. Nach der oströmischen Anschauung müssen die Verfasser der Basiliken das Rücktrittsrecht des Verkäufers unter *lex commissoria*, in die die Kompilatoren Arrhafälle erst eingeführt hatten, gerade auf die Hingabe der Arrha zurückführen, und die *lex commissoria* wird daher selbständig umgedacht. Ein Scholienapparat fehlt zwar, der von der wissenschaftlichen Kommentierung Rechenschaft ablegen könnte. Wird aber der Text im einzelnen verfolgt, ergibt die Terminologie, daß die klassische Auffassung der *l. c.* als eines rückforderungsberechtigenden Kaufpaktums verlassen ist; vielmehr scheinen die Übersetzer der Digesten an ein gesetzliches Reurecht des Verkäufers mit Verfall der Arrha zu ungunsten des Käufers zu denken, weil auch gerade der Käufer, der nicht rechtzeitig Zahlung anbietet, als zurückgetreten gilt².

Die Textüberlieferung gehört einer sehr späten Zeit an; die Indices, die HEIMBACH mitteilt, sind dem TIPUCITUS und dem HARMENOPULOS entnommen, gehen aber auf frühere Überlieferungen zurück. Die Anschauung, die die Basilikenterminologie trägt, ist dieselbe, die der justinianischen Arrhareform in Inst. 3, 23 pr. zugrundeliegt. Die knappen

¹ LONGO, Bull. 17, 31 ff.; ROTONDI, Bull. 24, 1 ff.

² Dieser Vorstellung entspricht der Text des zeitgenössischen pseudo-rhodischen Seerechts (I, 6, 18): 'Εάν πλοῖον ναυλώσεται τις, δώση δὲ ἀρραβῶνα καὶ μετέπειτα εἰπῆ χρεῖαν οὐκ ἔχω, ἀπόλλυσιν αὐτὸν τὸν ἀρραβῶνα.

Inhaltsangaben der Basiliken erwecken den Eindruck, als sei der Digestentext unter gleichzeitiger Vergleichung des Institutionentextes überarbeitet worden. Den Vergleichspunkt ergibt zuweilen der Sprachgebrauch der Papyri, aus deren Formularen schon die Theorie JUSTINIANS geschöpft hat, und noch bezeichnender, der theoretische Sprach-

| Institutionen und Paraphrase | Basiliken | Digesten und Kodex |
|--|---|--|
| <p>Inst. 3, 23 pr. Donec enim aliquid ex his deest, et <i>poenitentiae</i> locus est, et emptor vel venditor <i>sine poena</i> recedere ab emptione potest. THEOPH. (FERR. 351) <i>καὶ μεταμειλείας χώρα ἐστὶν</i> . . . is qui recusat adimplere contractum.</p> | <p>Bas. XIX, 3, 4 (Tip.) <i>ἐκ μεταμειλείας μεταπίπτει εἰς τὸ ἕτερον.</i></p> | <p>18, 3, 4 § 2 . . . <i>utrum commissoria iam velit exercere . . .</i></p> |
| <p>3, 23 pr. si quidem est emptor, perdit, quod dedit, licet nihil aliud expressum est.</p> | <p>Bas. XIX, 3, 4 (Harm) . . . <i>οὐ δύναται μεταμειλεῖσθαι.</i></p> <p>XIX, 1, 90: <i>οὐκέτι δύναται ἐκ μεταμειλείας χρεώσασθαι τῷ εἰρημένῳ συμφώνῳ.</i></p> | <p>18, 3, 4 § 2 . . . <i>si commissoriam elegit . . .</i></p> <p>4, 54, 4 . . . <i>non rei vindicationem eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.</i></p> |
| <p>3, 23 pr. . . . ita tamen <i>impune</i> iis recedere concedimus THEOPHILUS (FERRINI, 351).</p> | <p>XIX, 3, 4: <i>εἰ δὲ μὴ καὶ τὸ λείπον ἐντὸς τῆς ὀρθοθεσίας προσθεσμίας καταβληθῆ ἀπολλείναι καὶ τὸ καταβληθὲν ὁ ἀγοραστής.</i></p> | <p>18, 3, 4 § 1 . . . <i>ut interdum fructus emptor lucratur, cum pretium, quod numeravit, perdidit.</i></p> |
| <p>Vgl. auch THEOPHRAST 44, 22, VI: <i>ἔτι δὲ καὶ βλέπεται ὁ ἀποδόμενος ἀφείς</i> . . .</p> | <p>XIX, 3, 4 (Harm.) <i>Εἰ δὲ μὴ εἶχε τινὶ καταβαλεῖν, οὐχ' ὑποπίπτει τῇ ποίνῃ.</i></p> <p>XIX, 3, 4 (Tip.) <i>Εἰ δὲ μὴ εἶχε — οὐ βλέπεται.</i></p> | <p>18, 3, 4 § 4 <i>quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum.</i></p> |
| <p>XIX, 3, 6: <i>καὶ τὰ δοθέντα λόγῳ ἀρραβῶνος παρακρατεῖ ὁ πράτης.</i></p> | <p>XIX, 3, 6 (Harm.) <i>καὶ τὰ δοθέντα λόγῳ ἀρραβῶνος ἢ ἐτέρας αἰτίας . . .</i></p> | <p>18, 3, 6 pr. . . . <i>et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.</i></p> |
| <p>XIX, 1, 90: <i>Εἰ μὴ καταβληθῆ αὐτὸ τὸ ὑπόλοιπον τοῦ τιμήματος, τί γίνηται, εἰ μὴ παραδέδωκε ἢ παραδέδωκε τὸ πρᾶγμα.</i></p> | <p>XIX, 1, 90: <i>Εἰ μὴ καταβληθῆ αὐτὸ τὸ ὑπόλοιπον τοῦ τιμήματος, τί γίνηται, εἰ μὴ παραδέδωκε ἢ παραδέδωκε τὸ πρᾶγμα.</i></p> | <p>C. 4, 54, 3 . . . <i>ut, nisi — reliquum pretium — si non precariam possessionem tradiderit, rei indicationem non habet, sed actionem ex vendito.</i></p> |

gebrauch der Institutionen und für die griechischen Texte am aufschlußreichsten der Institutionenparaphrase des THEOPHILOS. Die charakteristischen termini des Paraphrasten für das Reurecht der Parteien aus der Arrhahingabe, kehren im Basilikentext XIX, 3, 1 ff., 88ff. wieder.

Wo die Digesten von der Geltendmachung der lex commissoria sprechen, verwenden die Basiliken immer wieder Wendungen mit *μεταμέλεια*; das ist das Wort des THEOPHILOS für das Reurecht aus dem unvollendeten Skripturkauf und überhaupt das griechische Begriffslehnwort für das poenitentia der Institutionen geworden. Poenitentia = *μεταμέλεια* erscheint im Sprachgebrauch der Scholiasten und Kompilatoren überall für die nachklassischen Reurechte¹, die die Theorie bei den Innominalkontrakten re integra die Praxis nach der Arrhahingabe gibt. Das legt nahe, daß der Kauf unter l. c. den Basiliken immer Arrhalkauf ist, daß sie das Rücktrittsrecht des Verkäufers als Reurecht des Käufers deuten, das durch die Hingabe der arrha poenentialis vermittelt wird. Als Reurecht des Verkäufers, erscheint es, weil der Käufer bei Fristversäumnis eine Rücktrittsvermutung gegen sich hat, die dem Verkäufer den Zugriff auf die Arrha gibt. Eine Erfüllungshaftung des Käufers gibt es allerdings auch in den Basiliken.

Doch tritt immer wieder die Arrhahingabe als wesentliches Element des Kommissoriakaufs hervor. Aus dem gesamten Inhalt des pr. und des § 1 D. 18, 3, 4 wird in Bas. 19, 3, 4 nur der Verlust der Arrha mitgeteilt, das Fruchtrecht des Verkäufers, das in § 1 erst den Anlaß zur Hereinziehung der Anzahlung gab, wird hier in umgekehrter Begründung nur als Argument für den Arrhaverlust des Käufers herangezogen, der im Mittelpunkt der Erörterung steht. Die gleiche Argumentation enthält — offener, weil von einer Arrha gesprochen wird — ein Fragment aus der *Πείρα*². Dort wird unter der Rubrik *περι ἀρραβώνος* das Fruchtrecht im Arrhalkauf gerade mit dem Arrhaverlust in die Beziehung gesetzt, die für D. 18, 3, 4 § 1 als Mittel der Interpolationstechnik erkannt wurde. Sätze aus dem Recht der lex commissoria sind in die systematische Darstellung des Arrhalrechts unter dieser Rubrik aufgenommen. Es ist charakteristisch, daß eine späte Quelle unbefangen

¹ Die *condictio ob poenitentiam* hat schon MITTEIS, CPR. I, 72 in Verbindung mit der justinianischen Rezeption des orientalischen Arrhalrechts gebracht. Die *condictio ob poenitentiam* in D. 12, 4, 5 § 1 ist, wie die a⁰ propter poenitentiam interpoliert, der vorhandene Scholienapparat zeigt, daß die Lehre vor JUSTINIAN ausgebildet ist, und zum Kondiktionensystem der Rechtsschulen gehört. Eine unmittelbare Beziehung zum Rücktrittsrecht beim Arrhalkauf fehlt: die Fälle der c. o. p. sind nachklassische do, ut facias Verträge.

² 44: H. Ἐν τῷ μεταξύ μὲν οἱ καρποὶ τοῦ ἀγοραστοῦ γίνονται διὰ δὲ τῆς ἀπαίτησεως τοῦ τιμήματος δίδωσι τῷ πρατῇ αὐτοῦς οὐδὲν γὰρ ἐκ τοῦ πράγματος μένει περὶ αὐτῶ. τὰ δὲ δοθέντα λόγῳ ἀρραβώνος ἢ ἔτερας ἀπίας παρακρατεῖ ὁ πρατῆς καὶ <οὐ> δίδωσι τὴν συμφωνηθεῖσαν προσθήκην.

zu der Zusammenstellung von Arrhaverlust und Fruchterwerb gelangt, zu der die Justinianische Interpolation drängen wollte.

Diese Vorstellung setzt sich in vormaligen von klassischer Dogmatik beherrschten Textstücken fort. Schon ergab sich in D. 18, 3, 4 § 4 byzantinische Überarbeitung. Von den stark abweichenden Versionen der Basiliken formuliert die eine *οὐ βλάπτεται*, als bedeute der Rücktritt des Verkäufers typisch eine Schädigung, als verfiere eine Anzahlung; die andere spricht geradezu vom Verfall einer *πόνηη*¹, die der Tatbestand der klassischen commissoria nicht fordert, und dieser Sprachgebrauch weist zugleich wieder auf Inst. 3, 23 zurück: „sine poena recedere“, „impune recedere“, *ἀζημιῶς ἀναχωρεῖν* heißt es dort, wo gemeint ist, daß im Gegensatz zum folgenden Arrhalkauf ein Haftungsgegenstand nicht aufgeopfert zu werden braucht. Wenn endlich das Restkaufgeld als *λοιπὸν*, *ὑπόλοιπον* bezeichnet wird, so ist das der technische Ausdruck der Arrhalpapyri² für die Restsumme, der im reliquum, reliquum pretium, reliqua pecunia bei SCAEVOLA und im Kodex schon wiedererkannt wurde.

In den Basiliken drängt sich die reurechtliche Konstruktion vor, die der Vergleich mit den Institutionen als nicht zufällig erwies. Dann muß auch die unterstrichene Betonung anderer Rechtsfolgen des justinianischen Arrhalkaufs erwartet werden, zu deren Einführung schon die klassische Gestaltung der l. c. Gelegenheit bot. Da der Arrhalvertrag noch kein Kauf ist, ist für die Kaufklage kein Raum. An ihrer Stelle hat der Verkäufer die Eigentumsklage, weil der Arrhalvertrag auch dann Eigentum nicht überträgt, wenn dem Käufer schon tradiert ist. Daher ist die *a^o venditi* in den Basiliken nicht einmal genannt; wenn in den Digesten eine Partei Vindikation fürchtet, so übersetzen sie, als könnte vindiziert werden³, sie schweigen auffällig, wenn die Konstitution C. 4, 54, 3 = Bas. 19, 1, 90 die Vindikation zugunsten der *a^o venditi* zurückweist: im allerdings verkürzten Bericht der Basiliken wird zum Problem ausschließlich die Rechtsfolge der Tradition, die C. 4, 54, 3 nur streift⁴.

Die älteren Basilikenscholien sind Zeugen für die nachklassische Rechtsfortbildung; den späten *Texten* wird solche Bedeutung nicht immer zukommen. Wo aber die Terminologie von den Vorstellungen der Inst. 3, 23 pr. nun so prägnant in die Dogmatik der *lex commissoria* einbricht wie hier, wird es methodisch zulässig sein, sie — selbst unter Verzicht auf ältere Zwischenstufen — als spätestes Zeugnis der byzantinischen Funktion der *lex commissoria* heranzuziehen, die die neuen Vorstellungen der Kompilation ungebrochen fortführt. Den Basiliken

¹ Nach PREISIGKES Wörterbuch in den Papyri Buße, Vertragsstrafe.

² KALOGIROU, Vermögensarrha I.

³ D. 18, 3, 8 = Bas 19, 3, 7.

⁴ Si non precario tradidisset.

ist der Kommissoriakauf so sehr Arrhalkauf wie den klassischen Gutachtern das griechische Arrhalgeschäft als Kommissoriakauf galt. Die vertragliche Sonderstellung der *l. c.* im klassischen Kauf fällt nicht mehr auf, wenn ihre Wirkung der gesetzlichen Folge aus dem Arrhalkauf gleichkommt. Die Basiliken bestätigen also noch einmal die justinianische Entwicklung, die die hellenistischen Arrhalgeschäfte in das Institut hereingenommen hat, die dem Verkäufer nach dem Verfall die *vindicatio* gab und die eine *arrha poenalis* unter Ausnutzung des Volksrechtes hier erst geschaffen hat.

Schlußbemerkung.

Für das klassische Recht konnte gezeigt werden, daß es eine dingliche Wirkung der *lex commissoria*, die als Durchbrechung des klassischen Systems der Beziehung zwischen Übereignungsgrundgeschäft und Übereignungserfolg und des inneren Rechtsformalismus von Beginn an verdächtig erschien, nicht gibt.

Die byzantinische Zeit ergreift in den Formen, die der neuen Quellenkritik überall entgegentreten, wiederum ein griechisches Institut und verarbeitet es in den römischen Konsensualkauf. Dabei findet sie Gelegenheit, aus dem Arrhalformular des 3. Jahrhunderts das objektive *Synallagma* der Verfügungsgeschäfte zu rezipieren, das sie durch Inst. II, 1, 41 schuf. Zugleich konnte in der Auseinandersetzung mit römischen Respondenten und Kanzleien das hellenistische Arrhalgeschäft in einzelnen Punkten überprüft werden.

Es blieb für das geltende Recht die Feststellung, daß wiederum eine byzantinische Lehre, die klassischem Recht widerspricht, in die deutsche Kodifikation gelangt ist; denn auf die *rei vindicatio* der Quellen zur *lex commissoria* und zur *in diem addictio* hatte sich die Pandektistik berufen, als sie ihre Lehre von der auflösend bedingten *causa* der Tradition aus dem Kauf entwickelte. Im bürgerlichen Recht bildet indessen die auflösende Bedingung der Übereignung beweglicher Sachen keine Gefahr, weil der gutgläubige Erwerb Dritte davor schützt, daß die Besitzlegitimation durch Rückfall des Eigentums ohne Besitzwechsel unwahr geworden ist.

Quellenverzeichnis.

A. Juristische Quellen.

I. Vorjustinianische Quellen.

De actionibus.

| | |
|-----|----|
| § 1 | 78 |
| § 4 | 50 |

Gai. Inst.

| | |
|--------|------------------|
| 2. 20 | 12, 14 |
| 2. 22 | 12 |
| 2. 200 | 44 |
| 3. 139 | 73, 86; 108 A. 1 |
| 3. 146 | 21, 23 u. A. 1 |

Interpretatio zum Cod. Theod.

| | |
|-----------|--------|
| III, 2, 1 | 3 A. 4 |
|-----------|--------|

Lex Romana Burgundionum.

| | |
|---------|----------|
| XXXV, 6 | 108 A. 1 |
|---------|----------|

Paul. Sent.

| | |
|-------------|-------------------------|
| Rubr. 2. 13 | 5 u. A. 3; 6 u. A. 5; 8 |
| 2. 13. 56 | 6 |
| 2. 17. 9 | 43 A. 2 u. A. 6 |

Codex Theodosianus.

| | |
|-----------|----------------|
| III, 2, 1 | 3 A. 1; 8 A. 3 |
|-----------|----------------|

Ulp. fragm.

| | |
|------|---------|
| 2. 4 | 21 A. 1 |
|------|---------|

Vat. fragm.

| | |
|-----|---------------------------------------|
| 2 | 43 A. 2 u. A. 6 |
| 3 | 3; 4; 8 A. 3 |
| 4 | 3; 4 |
| 6 | 66 A. 2 |
| 9 | 6 |
| 11 | 3; 4; 8 A. 3 |
| 14 | 3; 4; 27 A. 1; 41; 57 u. A. 8; 71, 73 |
| 16 | 42 A. 2 |
| 283 | 48; 49; 63; 67 |
| 311 | 51 A. 1 |
| 329 | 50; 53 A. 1. |

II. Justinianische Quellen.

Codex Justinianus.

| | |
|-----------|-----------------------------|
| 3. 32. 12 | 13 |
| 4. 21. 17 | 84; 103 A. 1; 103 A. 3; 106 |

Codex Justinianus.

| | | |
|-------------|------|---|
| 4. 37. | 6 | 67 |
| 4. 38. | 8 | 13 |
| 4. 44. | 6 | 92 A. 3 |
| 4. 49. | 3 | 86 A. 3; 97f. |
| 4. 49. | 6 | 102; 105 A. 4; 106 |
| Rubr. 4. 54 | | 7; 8; 60 |
| 4. 54. | 1 | 8; 17 u. A. 8; 45 A. 1; 47; 56; 57 A. 6; 61; 69; 79f.; 83; 87; 97; 99; 103; 108 |
| 4. 54. | 2 | 6; 8; 66; 75 u. A. 2; 78; 87 |
| 4. 54. | 3 | 8; 9; 17; 45 A. 1; 58f.; 79f.; 83; 97; 99 A. 3; 106; 108; 112; 114 |
| 4. 54. | 4 | 17; 18; 35; 43 u. A. 4f.; 47; 56f.; 59f.; 68; 112 |
| 4. 54. | 5 | 8 A. 1 |
| 4. 54. | 7 | 8 |
| 4. 54. | 8 | 8 A. 1 |
| 4. 55. | 1 | 66 A. 2 |
| 4. 58. | 4 | 55 A. 4 |
| 4. 66. | 2 | 36 |
| 5. 13. | 1 | 68 A. 1 |
| 6. 37. | 26 | 67 |
| 8. 54. | 1. 1 | 68 A. 4 |
| 8. 54. | 2 | 50 A. 1; 67 |

Digesta.

| | | |
|----------|-------|--|
| 2. 14. | 48 | 50 A. 1 |
| 4. 4. | 38 | 40 A. 1; 60; 80; 82f.; 85 |
| Rubr. 6. | 1 | 64 |
| 6. 1. | 41 | 29 A. 5; 46 A. 3; 55 A. 2; 69 |
| 6. 1. | 41pr. | 63 |
| 6. 1. | 72 | 55 |
| 6. 3. | 1. 1 | 64 A. 3 |
| 12. 4. | 8 | 29 A. 8 |
| 13. 7. | 4 | 5 A. 3 |
| 14. 3. | 5. 15 | 86 A. 3 |
| 18. 1. | 6. 1 | 20; 34; 37; 39; 40 A. 1; 58; 71ff.; 80; 82f.; 85 |

Digesta.

| | | |
|-----------|-----------|--|
| Rubr. 18. | 2 | 33 |
| 18. | 2. 2 | 22; 25; 33 |
| 18. | 2. 2pr. | 32 u. A. 2 |
| 18. | 2. 2. 1 | 25; 32 A. 2; 37 A. 1; 54 |
| 18. | 2. 4pr. | 22, 25 |
| 18. | 2. 4. 3 | 64f. |
| Rubr. 18. | 3 | 3; 6; 8; 33; 60; 108 |
| 18. | 3. 1 | 4; 21; 22 A. 6; 32f. |
| 18. | 3. 2 | 4ff.; 24f.; 34 A. 6 |
| 18. | 3. 3 | 4f. |
| 18. | 3. 4 | 4; 40; 84 |
| 18. | 3. 4pr. | 27 A. 1; 39ff., 42; 56f.; 70 A. 10; 71ff.; 75 |
| 18. | 3. 4. 1 | 4; 16; 26; 34; 39ff.; 42; 80; 84; 87f.; 107f.; 112f. |
| 18. | 3. 4. 2 | 4; 35; 112 |
| 18. | 3. 4. 3 | 57 |
| 18. | 3. 4. 4 | 35f.; 82; 112; 114 |
| 18. | 3. 5 | 4; 18; 26; 34; 37f.; 38 A. 3; 41; 71; 108 |
| 18. | 3. 6 | 4; 7 u. A. 2; 84 A. 1 |
| 18. | 3. 6pr. | 41; 79; 82; 85; 87f.; 105f.; 112 |
| 18. | 3. 6. 1 | 39 |
| 18. | 3. 6. 2 | 79; 82 |
| 18. | 3. 7 | 4 |
| 18. | 3. 8 | 4; 7 u. A. 2 u. 3; 47; 56; 61; 69; 77 A. 1; 79; 81; 84 A. 1; 85; 87f.; 96 A. 8; 97f.; 103; 114 A. 3 |
| 18. | 5. 1 | 72 |
| 18. | 5. 6 | 74 |
| 18. | 5. 9 | 82 A. 2 |
| 18. | 5. 10pr. | 55 A. 4 |
| 18. | 5. 10. 1 | 35; 83 A. 2 |
| 18. | 6. 8 | 25 A. 7 |
| 18. | 6. 8pr. | 25; 28 A. 5 |
| 19. | 1. 11. 6 | 86 A. 3; 98 A. 4 |
| 19. | 1. 13. 8 | 51 A. 5 |
| 19. | 1. 13. 20 | 41 A. 2 |
| 19. | 1. 13. 21 | 9 A. 3 |
| 19. | 1. 13. 26 | 4 |
| 19. | 1. 51. 1 | 35 A. 3 |

Digesta.

| | | |
|-----|------------|---|
| 19. | 2. 19 | 22 A. 2 |
| 19. | 2. 20 | 22 A. 2; 61 u. A. 4; 73 |
| 19. | 2. 21 | 22 A. 2 |
| 19. | 2. 22pr. | 61 u. A. 4; 73f.; 76 |
| 19. | 5. 8 | 76 A. 2 |
| 19. | 5. 12 | 66. 75 |
| 19. | 5. 20pr. | 73ff.; 78 |
| 19. | 5. 20. 1 | 23; 34 A. 4; 74 A. 7; 78 |
| 19. | 5. 23 | 76 A. 2 |
| 20. | 1. 16. 9 | 6 |
| 20. | 1. 31 | 82 A. 1 |
| 20. | 6. 3 | 18; 62 A. 1; 64f. |
| 21. | 1. 31. 22 | 74 |
| 21. | 1. 38pr. | 55 A. 4 |
| 21. | 2. 64pr. | 24 A. 6 |
| 21. | 3. 2 | 55 |
| 23. | 3. 7. 3 | 29 A. 8 |
| 28. | 3. 16 | 24 A. 2 |
| 32. | 40. 1 | 82 A. 1 |
| 34. | 4. 30. 1 | 81 A. 3 |
| 34. | 4. 30. 3 | 81 A. 3 |
| 35. | 2. 38. 2 | 60f. |
| 39. | 3. 9pr. | 65f. |
| 39. | 3. 9. 1 | 65f. |
| 39. | 3. 9. 2 | 66 |
| 41. | 1. 36 | 53 |
| 41. | 3. 19 | 55 A. 4 |
| 41. | 3. 27 | 51 A. 6 |
| 41. | 4. 2. 3 | 21; 27; 28 u. A. 2; 30; 32f.; 50f.; 54ff. |
| 41. | 4. 2. 4 | 23 A. 3; 28; 32; 65 A. 3 |
| 41. | 4. 2. 5 | 23 |
| 43. | 24. 11. 12 | 28; 51 |
| 43. | 24. 11. 13 | 28. 51 |
| 43. | 24. 11. 14 | 51 |
| 43. | 26. 20 | 9 A. 3 |
| 44. | 3. 6. 1 | 51 |
| 44. | 4. 4. 32 | 55 |
| 45. | 1. 114 | 36 A. 1 |
| 50. | 17. 77 | 53 A. 1; 68 A. 5 u. 7. |

Institutionen.

| | | |
|----|-------|--|
| 2. | 1. 41 | 1, 10ff.; 14; 46; 50; 52 A. 2; 55 A. 1; 58 A. 4 |
| 3. | 23pr. | 40 A. 2; 103 A. 1 u. A. 3; 106f., 111f.; 114 |

Institutionenparaphrase

| | |
|-------------|--------------|
| zu 3. 23pr. | 90 A. 3; 112 |
|-------------|--------------|

Turiner Institutionenglosse

zu 3, 23pr. 108 A. 1

III. Nachjustinianische Quellen.**Basiliken.**

| | | |
|--------|------------------|--|
| 16. I. | 4sch. | 48 u. A. 5; 69 |
| 19. I. | 90 | 112; 114 |
| 19. I. | 91 | 112 |
| Rubr. | 19. 3 | 41; 55 A. 4 |
| | 19. 3. 1 | 113 |
| | 19. 3. 4 (Harm.) | 112f. |
| | 19. 3. 4 (Tip.) | 112 |
| | 19. 3. 6 | 112 |
| | 19. 3. 7 | 17 A. 1; 81 A. 5 u. A. 7; 114 A. 3 |
| | 22. I. 76 | 111 |
| | 41. I. 38. 2sch. | 61 A. 2; 69 |
| | 53. 8. 19 | 111 |

Ekloge Nomon.

| | |
|------|------|
| 9. 1 | 110 |
| 9. 2 | 111. |

Harmenopoulos.

| | |
|---------|------|
| 3. 3. 1 | 110. |
|---------|------|

Peira.

| | |
|-------|-------------|
| H. 44 | 113 u. A. 2 |
|-------|-------------|

Prochiron.

| | |
|-------|------|
| 14. 1 | 110. |
|-------|------|

Pseudorhodisches Seerecht.

| | |
|-----------|-----------|
| 1, 16. 18 | 111 A. 5. |
|-----------|-----------|

Synopsis.

| | |
|-------------|----------|
| A, V, 1sch. | 36 A. 2. |
|-------------|----------|

Veroneser Scholion

| | |
|-------------------|----------------------|
| zu C. J. 4. 49. 3 | 86 A. 3; 98 u. A. 3. |
|-------------------|----------------------|

IV. Römisch-Syrisches**Rechtsbuch.**

| | | |
|-----------|--------------------------------|-------------------|
| Ar | 32 | 91 A. 2; 103 A. 3 |
| Arm | 27 | 103 A. 2 |
| Jesubocht | (Sachau III, Bd. § 173 § 1) | 103 A. 2 |
| L | 38 | 97f., 103 A. 2 |
| L | 51 | 103 A. 2 |
| P | 21 | 103 A. 2 |

V. Germanische Rechtsquellen.**Codex Euricianus.**

| | |
|-----|-----------|
| 296 | 108 A. 1 |
| 297 | 108 A. 1 |
| 298 | 108 A. 1. |

Lex Baiuv.

16, 10 108 A. 1

Lex Visig.

V, 4 108 A. 1.

B. Urkunden.**I. Lateinische Urkunden.**

| | |
|--|----------|
| Pompejanisches Tryptychon in Bruns Fo ⁷ Nr. 134 | 5 A. 3 |
| Tabula Baetica in Bruns Fo ⁷ Nr. 135 | 5 A. 3 |
| Testament des Longinus Kastor in Bruns Fo ⁷ Nr. 119 | 15 A. 1. |

II. Griechische Urkunden.

| | | |
|---------------|------|---|
| BGU. | 240 | 94 A. 4; 98 |
| | 316 | 68 A. 5 |
| | 446 | 94 A. 4 u. 7 u. A. 9 95 u. A. 1; 96 A. 4; 97f.; 101f.; 103 A. 3. |
| | 1127 | 99ff., 105 |
| CPR. I, | 19 | 81; 94 A. 6; 96 u. A. 8; 101 u. A. 4 |
| P. Fay. | 91 | 95 A. 3 |
| P. Fior. | 24 | 94 A. 4; 96 A. 4 |
| P. Grenf. II, | 67 | 95 A. 3 |
| P. Hal. | 1 | 94 A. 3 |

P. Lond.

| | |
|-------------|--------------|
| II p. 142/3 | 94 A. 4; 103 |
| p. 204 | 96 A. 4 |
| p. 211 | 94 A. 4 |
| p. 241 | 101 |
| p. 334 | 96 A. 4. |

P. Magd.

| | |
|----|----------|
| 26 | 83 A. 1 |
| 34 | 99, 102. |

P. Ryl.

| | |
|---------|-------------|
| II, 164 | 99ff., 105. |
|---------|-------------|

Preisigke, Sammelbuch.

| | |
|------------|---|
| 5315 | 91 u. A. 4; 94; 103 u. A. 3; 105; 107. |
| UPZ. I, 67 | 92 A. 2, 94 u. A. 4; 101. |

Wilcken, Ostraka.

| | |
|--------|----------|
| I, 757 | 94 A. 8. |
|--------|----------|

**C. Nichtjuristische
Schriftsteller.**

I. Lateinische Quellen.

Auctor ad Herenn.
 13, 56 5 A. 3
 Augustin Serm.
 378 108 A. 1
 Cassian, Conl.
 7, 6, 4 108 A. 1
 Cato de agricultura
 144, 13 22, 63
 Plautus Captiv.
 I, 179—281 22 A. 4
 Terenzscholion DGM
 85 A. 6

Lateinische Quellen.

Varro de lingua latina
 V, 175 20 A. 3; 86 A. 6

II. Griechische Quellen.

Aristoteles Pol.
 1, 4, 5 92 A. 5
 Roman des Chariton
 2, 28 91; 93
 Isaios *περὶ τοῦ Κίρονος κλήρου*
 § 23 91 A 1; 93
 Korintherbrief
 1, 22 94 A. 1
 5, 5 94 A. 1
 Theophrast. bei Stobaeus Floril.
 44, 22 90ff., 90 A. 2, 112.