

Die lex commissoria im neuen Licht oder verhaltensökonomische Streifzüge im klassischen römischen Recht

I. Problemerkörterung

Die als eine Nebenvereinbarung des Kaufes begriffene *lex commissoria* zeichnete im römischen Recht die Vereinbarung des Verkäufers mit dem Käufer, die den Verkäufer zum einseitigen Rücktritt vom Vertrag ermächtigte, wenn der Käufer den Kaufpreis innerhalb der festgelegten Frist nicht bezahlte¹. Wenn der Käufer im Falle einer Ratenzahlung mit einer Rate in Verzug kam, verlor er die übrigen von ihm schon früher bezahlten Raten.

Das obige, in der neuzeitlichen Fachliteratur auch *clausula cassatoria*² genannte Rechtsinstitut mit römischem Ursprung bildet das Fundament des allgemeinen Rücktrittsrechts vom Vertrag wegen Nichterfüllung in den modernen bürgerlichen Gesetzbüchern³. Die einschlägige römisch-rechtliche Regelung übte einen starken Einfluss auf die gültigen Privatrechtsgesetzbücher aus, z. B. auf die entsprechende Regel des deutschen BGB⁴,

¹ L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1, Leipzig 1908, 167 ss, 182 ss; E. Levy, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Symbolae Friburgensis ad honorem O. Lenel*, Leipzig 1931, 108; E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel 1955, §§ 111-113; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1955, §§ 61, 1, 6 und 131; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1961, sect. 721; P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1978, §§ 50, 2 und 117, 3.

² S. zum Beispiel bei B. Kolosváry, *A magyar magánjog tankönyve* [Das Lehrbuch des ungarischen Privatrechts], 2, Budapest 1904, 70.

³ A. Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás az adásvétel mellékegyezményeinél a római jogban és továbbélése során* [Das Rücktrittsrecht beim Kauf im römischen Recht und in seinem Fortleben], Pécs 2012, 247.

⁴ BGB § 354 (a. F. § 360). Im deutschen Recht wird die Verwirkungsklausel meistens schuldenfreundlich ausgelegt. S.D. Medicus, *Schuldrecht*, 1. *Allgemeiner Teil*, München 2003¹⁴, 252-254. Die gültige deutsche Regelung ist auf die Auffassung von Antonius Faber zurückzuführen (s. P. Pichonnaz, *La condition résolutoire avec effets réel: quelques réflexions historico-comparatives*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007, 4276. Seine Thesen wurden – dank die Werke von Vangerow – auch in der Pandektistik akzeptiert. S.K.A. Wangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 1, Marburg-Leipzig 1863⁷, 149-156). Aus der Literatur der Pandektistik s. noch A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 2.1, Erlangen 1884, §§ 254 ss.; H. Dernburg, *Pandekten*, 2, Berlin 1903, § 95, 6; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Frankfurt 1906⁹, § 323; die römische Lösung fortlebend im gemeinen Recht hat die Vorarbeiten des BGBs stark beeinflusst, s. H.G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, Tübingen 1975, 16. Für weitere Details des Fortlebens der *lex commissoria* in dem deutschen Sprachraum s. Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 133-136.

des französischen *Code Civil*⁵, oder des ungarischen *Ptk.*⁶ sogar ihre Wirkung auf das Wiener Kaufrecht⁷ ist offenkundig.

Im Rahmen dieses kurzen Aufsatzes werden einige römisch-rechtliche Fragmente nach in der Fachliteratur bisher wenig gewürdigten Aspekten, nämlich nach der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts⁸ betrachtet. Meiner Ansicht nach haben die klassischen römischen Juristen bezüglich der Behandlung der rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Problemen, die vom Rücktritt vom Kauf betroffen sind, so ein hohes geistiges Niveau erreicht, dass dies der modernen Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft als Beispiel dienen kann. Es steht fest, dass es z. B. in der amerikanischen Jurisprudenz etwa 1700 Jahren später im Jahr 1965 angefangen wurde, über solche Fragen zu diskutieren⁹, wie z.B. die Wirkung der Entscheidung auf das Verhalten der konkreten und zukünftigen potenziellen Parteien, bzw. die Eigentümlichkeiten, die sich aus der wirtschaftlichen, finanziellen Lage der Betroffenen ergeben. Die Zeichen bezüglich der begreiflichen Behandlung dieser Aspekte öffnen sich uns im prächtigen Reichtum der *rescripta* der Kanzlei von Severus Alexander. Meiner Auffassung nach zeigen die bis heute geltenden Entscheidungsprinzipien

⁵ Code Civil art. 1184. Das Rücktrittsrecht zählt zu den naturellen Bestandteilen des Vertrages in dem französischen Privatrecht. S.A. Weill e F. Terré, *Droit civil. Les obligations*, Paris 1986⁴, 496-501. Bis zur spätesten Zeit war die zu den kanonrechtlichen Vorbildern zurückführbare (*frangenti fides non est fides servanda*, s. dazu H. Roland e L. Boyer, *Adages du droit français*, 1, Lyon 1986², 356-361; und Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás cit.*, 120-133.) richterliche Vertragsauflösung dominant. Diese Tendenz scheint, sich aber zu ändern, denn heute tritt die einseitige Vertragsgestaltung in den Vordergrund. S.L. Konukiewitz, *Die richterliche und die einseitige Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung im französischen Recht und die aktuelle Reformdiskussion*, Jena 2012, 184.

⁶ Der Entwurf eines privatrechtlichen Gesetzbuches für Ungarn von 1928 [*Magyarország Magánjogi Törvénykönyvének Törvényjavaslata*] kannte nur das generelle Rücktrittsrecht in § 1072. Das alte ungarische Privatrechtsgesetzbuch von 1959 [*a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. tv.*] regulierte die *lex commissoria* unter den generellen vertragsrechtlichen Regeln (Ptk. 320. §) und dem Ratenkauf (Ptk. 376. §). Siehe weiter Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás cit.*, 136-144.

⁷ UN-Kaufrecht Art. 64 s. 1: «Der Verkäufer kann die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn die Nichterfüllung einer dem Käufer nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt [...]». S.P. Schlechtreim, I. Schwenzler, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über internationalen Warenkauf. CISG*, München 2008⁵, 923-966; und Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás cit.*, 144-146.

⁸ Meine Analyse hat natürlich nur einen sehr begrenzten Gültigkeitsanspruch aus zwei Gründen. Erstens, es fehlt eine adequate empirische Datensammlung und zweitens, sind auch die überlieferten juristischen Fragmente sehr lückenhaft.

⁹ R. Korobkin, A „Traditional“ and „Behavioral“ Law-and-economics Analysis of Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, in *University of Hawai'i Law Review* 26, 2004, 445 ss.

des römischen Rechts in die Richtung der langfristigen Abstimmung der privaten und öffentlichen Interessen.

II. Der erste Streifzug: ist die lex commissoria eine aufschiebende oder auflösende Bedingung?

Die modernen fachliterarischen Annäherungen, die sich zu den Problemen, die in der Quellen des römischen Rechts diskutiert werden, mit den Kategorien der modernen Rechtsauffassung stellen, können leicht in die Falle des übertriebenen Dogmatismus geraten. Die bornierte Einstellung der in der heutigen Europa herrschend angesehenen dogmatischen Methodologie führt dazu, dass der Fachmann unbemerkt das konkrete rechtliche und gesellschaftliche Problem übersieht und sich im künstlich kreierte komplizierten Scheinproblemen verliert. Derartigen vielleicht übertriebenen Dogmatik verrät z.B. diejenige Debatte, die sich in der internationalen Romanistik über den aufschiebend oder auflösend bedingten Charakter der *lex commissoria* entwickelt hat.

In der modernen Rechtsliteratur wird die *lex commissoria* von Burckhard¹⁰, Bechmann¹¹, Longo¹² und unsicherer Landucci¹³ als *pactum* mit auflösender Geltung bewertet. Letzten Endes kann Viard¹⁴ auch ihnen zugeordnet werden, dessen Auffassung nach geht es um ein Rücktrittsrecht, das mit einer aufschiebenden Geltung zu Stande gekommen ist. Gegenüber ihnen haben Flume¹⁵ und Leser¹⁶ zum aufschiebend bedingten Charakter der Nebenvereinbarung Stellung genommen. Wieacker¹⁷ hat einen sophistischen Unterschied zwischen dem Kauf mit aufschiebender Bedingung der klassischen Zeit und dem unbedingtem Kauf mit aufschiebend bedingtem Auflösungspactum der spätklassischen

¹⁰ H. Burckhard, *Zur Lehre von der lex commissoria beim Kauf*, in *Archiv f. civil. Praxis* 51, 1868, 162-167.

¹¹ Bechmann, *Der Kauf* cit., 532.

¹² C. Longo, *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria nella vendita*, in *BIDR.* 31, 1921, 49-50.

¹³ L. Landucci, *Azione per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria nelle compra e vendita. Studio storico-esegetico di diritto romano*, Venezia 1915, 137.

¹⁴ P.-É. Viard, *Les pactes adjoints aux contracts en droit romain classique*, Paris 1929, 74-75.

¹⁵ W. Flume, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - Lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in D. Medicus (dir.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 327.

¹⁶ Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag* cit., 17.

¹⁷ F. Wieacker, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932, 19-36.

Zeit gemacht. Nach Jahr wird – die dogmatischen Kategorien etwas verschoben – der auflösende bedingte Kaufvertrag mit einem unbedingtem Kaufvertrag identifiziert, der mit einem aufschiebend bedingten Aufhebungsrecht kombiniert ist. In dieser Weise hat er keinen unauflösbaren Widerspruch zwischen den konträren Standpunkten der obigen Autoren gesehen¹⁸. Levy folgt hauptsächlich Wieackers Theorie und hat – ähnlich wie dieser – einen Unterschied zwischen dem bedingten Kaufvertrag und der Möglichkeit der bedingten Aufhebungsrede gemacht. Seiner Meinung nach wurde die Aufhebungsrede bis zum 2. Jahrhundert n. Chr.¹⁹ als aufschiebende, nachher aber als auflösende Bedingung angesehen²⁰. Eine ähnliche historische Entwicklung hat auch Talamanca vorausgesetzt, der die *lex commissoria* in der klassischen Zeit als unbedingter Kauf mit aufschiebender Bedingung betrachtet hat, trotzdem war er der Meinung, dass der Verkäufer seine Sache mit *rei vindicatio* nicht verlangen kann²¹. Zu den die historische Entwicklung betonenden Autoren können Peters²², Leser²³, Pennitz²⁴, Maass²⁵ und auch Pókecz Kovács²⁶ gezählt werden, deren Meinung nach haben die Römer die geprüfte Nebenvereinbarung am Anfang als ein mit aufschiebender Bedingung geschlossene Kauf, im Nachhinein als eine mit auflösender Bedingung entstandene *emptio venditio* ausgelegt²⁷. Arangio-Ruiz ist der Ansicht, dass die dogmatische Einordnung der Klausel von den Pflichten

¹⁸ G. Jahr, *Auflösende Bedingungen und Befristungen im klassischen römischen Recht*, in E. Jayme (dir.), *Festschrift für Huber Niederländer zum 70. Geburtstag am 10 Februar 1991*, Heidelberg 1991, 30.

¹⁹ Kaser datiert die Änderung für die Zeit Iustinians. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1 cit., § 131, III; und Wieacker, *Lex commissoria* cit., 31 ss. Er deutet auch auf den Einfluss der griechischen *arra* hin. S. weiter Jörs, Kunkel, Wenger, *Römisches Privatrecht* cit., § 50, 3; Rabel, *RP* cit., § 113.

²⁰ E. Levy, *Zu den Rücktrittsvorhalten des römischen Kaufs*, in *Gesammelten Schriften*, 2, Graz-Köln 1963, 262.

²¹ M. Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, 61.

²² F. Peters, *Die Rücktrittsvorhalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien 1973, 289-290.

²³ Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag* cit., 17. Diese Lösung hatte die Schwierigkeit, dass die Gefahr bei dem Verkäufer blieb, obwohl der Käufer den Nutzen aus dem Kaufgegenstand zog. S. Wieacker, *Lex commissoria* cit., 20 ss; Levy, *Zu den Rücktrittsvorhalten* cit., 109; Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., § 131, III.

²⁴ M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar 2000, 254-255.

²⁵ M. J. Maass, *Die Geschichte des Eigentumsvorhalts, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2000, 45-46.

²⁶ Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 102-103.

²⁷ Diese Aussage sollte generell nur sehr kritisch aufgefasst werden.

des Käufers abhängig ist²⁸. Nach Éles Ansicht war die substantielle Funktion der *lex commissoria* die Sicherung des Kaufvertrags, genauer ausgedrückt, diente diese als die Garantie für die Zahlung des Kaufpreises²⁹. Seiner Meinung nach hatte die Klausel, die den Verkäufer mit Rücktrittsrecht ausgestattet hat, einen *condicio potestativa* Charakter. Mit dieser Anschauung macht Éles – ähnlich wie Arangio-Ruiz – auf die wirtschaftliche Funktion des Vertrages und auf die Wichtigkeit des Interessenverhältnisses der Parteien aufmerksam.

Von hier aus ist es nur ein Schritt die Bestätigung der von uns für befolgenswert gehaltene Ansicht, dass die dogmatische Systematisierung bloß ein sekundärer Bewertungsgesichtspunkt gemäß der auf Willensübereinstimmung beruhende Vereinbarung der Parteien. Früher hat Thomas³⁰ einen ähnlichen Standpunkt vertreten, obwohl er die tatsächliche wirtschaftliche Funktion der Vereinbarungen und die Bedeutung des Konsenses auf der Ebene der zum Kauf gehörenden Nebenvereinbarung und nicht anlässlich der Beurteilung der dogmatischen Natur der Nebenvereinbarungen betont hat. Meiner Meinung nach ist das grundlegende juristische Problem nicht dogmatischer Natur, die substantielle Frage ist nicht das in der Fachliteratur mit großer Betonung erscheinende Dilemma, ob die *lex commissoria* sich wohl als aufschiebend oder auflösend bedingter Kaufvertrag im römischen Recht erwiesen hat, sondern warum die Römer sich in den einzelnen konkreten Fällen so oder anders entschieden haben und ob die Entscheidung selbst – gesetzt in einen breiteren gesellschaftlichen Kontext – als richtig erachtet werden kann. Wenn es jedoch eine tendenziöse Entwicklung in der Regelung der *lex commissoria* wirklich gab, so muss geprüft werden, warum diese erfolgt ist.

Wie wir gesehen haben, meinen angesehene Autoren, dass die ursprünglich als aufschiebende Bedingung fungierende *lex commissoria* während ihrer Entwicklung einen auflösenden Charakter angenommen hat³¹. Es könnte so geschehen sein, weil das Interesse der Parteien und die gesellschaftliche Ökonomie der rechtlichen Regelung es so gewünscht haben. Die andere Möglichkeit ist aber, dass die Änderung sich aufgrund irgendeiner Verzerrung der Marktverhältnisse in Richtung der wenig effizienten Lösung abgespielt hat. Der Kaufvertrag ist *bonae fidei*, ihr flexibler Charakter erlaubt beide Möglichkeiten. Laut unserer Mei-

²⁸ V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, 2, Napoli 1956, 413.

²⁹ Gy. Éles, *A lex commissoria a római adásvételnél* [Die *lex commissoria* bei dem römischen Kauf], in *PTE Dolg.* 9, 1978, 147-148.

³⁰ J.A.C. Thomas, *Provisions for Calling off a Sale*, in *TR.* 35, 1967, 564-565.

³¹ Diese Änderung hat sich schon in Ulpian's Zeit vollzogen. S. A. Bessenýó, *Római magánjog. A római magánjog az európai jogi gondolkodás tükrében* [Das römische Privatrecht. Das römische Privatrecht im Spiegel des europäischen juristischen Denkens], Budapest-Pécs 2010⁴, 388.

nung kann diese Veränderung eher als wirksam angesehen werden, weil diese auflösend bedingte Konstruktion die flexiblere Zuteilung der aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Nutzen und Kosten eher ermöglicht, als die aufschiebend bedingte Konstruktion. Bei der auflösend bedingten *lex commissoria* sind das Grundeigentum und die damit verbundene Gefahrtragung bei dem Käufer, der daraus schon einen Vorteil gezogen hat. Jedenfalls ist die eingetretene Änderung vermutlich nicht „von oben“ gesteuert. Sie könnte nur schwerlich das Ergebnis des um die dogmatische Reinheit des Regelungssystems sich sorgenden gesetzgeberischen oder vom Rechtsanwender stammenden konstitutiven Aktes gewesen sein. Die abstrakte Frage, ob die *lex commissoria* als aufschiebende oder auflösende Bedingung auszulegen ist, ist in einem konkreten Rechtsstreit so nicht zu finden. Die praktische Frage ist, welche dogmatische Konstruktion angesichts der individuellen Umstände des Einzeltatbestandes, im Interesse der gerechten Lösung, mit Rücksicht auf die konsensuale Entscheidung der Parteien³² begründeter ist, worauf die Vereinbarung der Parteien in den meisten Fällen direkt oder durch das Maß des Kaufpreises indirekt eine klare Antwort gab. Die dogmatische Reinheit war kein Endziel, sondern bloß ein Mittel zum Finden der richtigen Entscheidung.

Als hervorragendes Beispiel dient in diesem Zusammenhang das Fragment von Neratius, das über den Verkauf eines landwirtschaftlichen Grundstücks mit einem *lex commissoria*-Vorbehalt handelt:

D. 18.3.5 (Ner. 5 membr.): *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.*

Die Parteien haben vereinbart, dass sofern der Käufer den Kaufpreis nicht fristgerecht entrichtet, muss die Sache als nichtverkauft angesehen werden. Neratius hat bestätigt, dass der Käufer die Früchte des Grundstückes im Zeitraum vor der Entrichtung des Kaufpreises nach eigenem Recht ziehen durfte. Später ist die Entrichtung des Kaufpreises ausgefallen und die Liegenschaft musste dem Verkäufer zurückübereignet werden. Zwischen den Parteien ist eine Auseinandersetzung darüber entstanden, was mit den mittlerweile bezogenen Früchten erfolgen soll, auf die beide Parteien einen Anspruch hatten. Der Verkäufer hatte den Anspruch offenbar, weil die Früchte vom Grundstück stammten, dessen Gegenwert er noch nicht bekommen hat. Der Käufer hatte den Anspruch, weil die Früchte

³² Beim Kauf soll man eher den Wille der Parteien als ihre Worte berücksichtigen: *in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est*, siehe D. 18.1.6.1.

letzten Endes dank seiner Arbeit entstanden sind. Infolge dieser Tatsachen kann eine gewisse Anhänglichkeit zur Immobilie bei den beiden Parteien vorausgesetzt werden³³. Dieses psychische Element erfüllt eigentlich eine nützliche und moderierende Funktion, da der Verkäufer bis zur vollständigen Entrichtung des Kaufpreises nicht ganz von seinem Eigentum losgerissen wird, wobei der Käufer zu einer früheren vollen Erfüllung animiert wird³⁴. Nach der Ansicht von Aristo ist es im Interesse des Verkäufers bezüglich des Ersatzes der Früchte eine Klage gegen den Käufer einzubringen³⁵, weil der Käufer keinerlei Vorteil aus einem solchen Verhältnis ziehen darf, bei dem er nicht vertragsgemäß erfüllt hat.

Die Meinungen von Neratius und Aristo sind dem äußeren Anschein zum Trotz miteinander überhaupt nicht unvereinbar. Wenn wir nicht laut Aristo beurteilen würden, so könnte der Käufer eigentlich an einen ungerechten Vorteil mittels kostenloser Fruchtziehung einer landwirtschaftlichen Grundfläche gelangen³⁶. Mit der Lösung von Aristo – wenn wir diese für sich betrachten – kommt das Problem zustande, dass sie die Möglichkeit einer solchen Nutzung der landwirtschaftlichen Grundflächen ausschließt, die die Meinung von Neratius möglich gemacht hätte. Letztere erlaubt, wenn der den Acker Bebauende kein ausreichendes Kapital zum sofortigen Kauf des Grundstückes hat, so kann er den Kaufpreis – zumindest zum Teil – vom Bebauen des Ackers entstandenen Nutzen erbringen³⁷. Die Verneinung des Standpunktes von Neratius, nämlich dass der Käufer die Früchte nach eigenem Recht nicht ziehen könnte, wäre auch problematisch hinsichtlich des Eingriffes in die Privatautonomie der Parteien, da das Maß des Kaufpreises offensichtlich davon beeinflusst war, dass der Käufer nicht unmittelbar bezahlt hat, sondern er hat versprochen den Kaufpreis zu einem späteren Zeitpunkt zu entrichten. Folglich verlangte der Verkäufer einen Kaufpreis, der über dem normalen Marktpreis lag. Der Käufer hat sich somit dazu verpflichtet, den höheren Kaufpreis zu zahlen, weil er sonst keine Möglichkeit zum Kauf gehabt hätte.

³³ In der verhaltensökonomische Literatur gilt die Regel, dass die sog. *endowment effect* nur mit starkem Vorbehalt zu generalisieren und aufzuwenden ist. S. R. Korobkin, *The Endowment Effect and Legal Analysis*, in *Nw.U.L. Rev.* 97, 2003, 1258.

³⁴ Wegen Mangels einer empirischen Forschung bleibt dies nur eine Vermutung. Die *endowment effect* ist heutzutage eher kritisch betrachtet. S.G.K.-K. Zeiler, *Against Endowment Theory. Experimental Economics and Legal Scholarship*, in <http://ssrn.com/abstract=2224105>, 21-23.

³⁵ Nach Landucci, *Azione per far valere cit.*, 137, und Wieacker, *Lex commissoria cit.*, ist diese Klage eine *actio in factum*. Peters hielt auch die *actio venditi* verwendbar. S. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte cit.*, 266.

³⁶ So auch Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás cit.*, 56.

³⁷ Diese Behauptung scheint durch D. 18.1.6.1 bestätigt zu sein. In diesem Fragment geht es um eine jahrelange Ratenzahlung, wo es denkbar ist, dass der Käufer die Raten aus den Früchten bezahlen wollte.

Allerdings im Falle eines Präzedenzurteils, das sich auf die eventuelle Verneinung der gegen die Früchte gerichtete Klage bezieht, würden die Verkäufer in der Zukunft keine für sie auch vorteilhafte Vertragskonstruktion anwenden. Denn sie könnten nicht hoffen, dass wenigstens die Früchte, die in der ausgefallenen Zeit erzeugt werden könnten, zurückfließen würden, wenn sie den Kaufpreis selbst nicht geltend machen können. Diese Konstruktion trägt auch dazu bei, dass das Maß der vom Käufer gezogenen Früchte sich dem Maß, das von der Bodenfläche potentiell gezogen werden kann, mehr annähern kann und somit würde es zu einer optimalen Ausnutzung der Bodenfläche kommen. Der Käufer ist deshalb interessiert darin, mehr zu erzeugen, sodass dieser größere Chance haben wird, die Kaufpreistraten aufzubringen, beziehungsweise den etwaigen Profit zu erwirtschaften. Auf diese Weise kann der Verkäufer mit einem zahlungsfähigeren Käufer rechnen. Diejenige Interpretierungen, die die Standpunkte von Aristo und Neratius als einander ausschließend ansehen³⁸, und die von den beiden Ansichten nur den einen als richtig akzeptieren, setzen ein Geschäft mit nachteiligen Folgen sowohl für die Verkäufer als auch für die Käufer voraus. Vom Blickwinkel der Verkäufer wäre das Geschäft ungünstig, weil sie zahlungsfähige und entsprechende Käufer für ihre Grundstücke schwieriger finden würden. Aus Sicht der Käufer wäre ein solcher Kauf ebenso problematisch, weil sie nur unter schwierigeren Bedingungen (durch die sofortige Entrichtung des Kaufpreises) zum Eigentum gelangen könnten. Summa summarum: wir sollen einerseits den Standpunkt von Neratius für richtig halten, der halber der wirtschaftlichen-finanziellen Rationalität, des Zustandes der Kapitalknappheit der Käufer den Verkehr und die Bewirtschaftung der Felder ermöglicht hat. Andererseits sollen wir die Meinung von Aristo auch hinnehmen, die dem Verkäufer eine Klage gegen den Käufer im Falle der Vereitelung angesichts der Früchte zusichert. Die Gesamtwirkung der beiden Auffassungen der Autoren hat eine solche wirtschaftliche Regelung ergeben, die sowohl für die Gemeinschaft der Käufer, als auch für die Gemeinschaft der Verkäufer einen entsprechenden und wirtschaftlich effizienten Regelungsrahmen versichert. Wie wir sehen konnten, ist die rechtliche Frage nicht in der Form aufgekommen, ob es wegen der *lex commissoria* um einen Kauf mit aufschiebender oder auflösender Bedingung geht, sondern wie der aufgetretene finanzielle Interessengegensatz gemäß der allgemeinen Gesichtspunkte³⁹ sowohl des einzelnen Falles, als auch

³⁸ Wieacker, *Lex commissoria* cit., 41.

³⁹ Man sollte die wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten stärker berücksichtigen, wies schon Landucci hin. S. L. Landucci, *La lesione enorme nella compra e vendita*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 85, 1916, 1203 und 1245. Cardascia hat das Verhältnis zwischen Wert und Preis analysiert, S.G. Cardascia, *La portée primitive de la loi Aquilia*, in A. Watson (dir.), *Daube noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh 1974, 57.

aufgrund der Rechtssicherheit und des Warenverkehrs gerecht aufgelöst werden kann.

Laut der traditionellen (neoklassischen) ökonomischen Analyse kann es so aussehen, dass das in den Vertrag aufgenommene Rücktrittsrecht für beide Parteien effizient war⁴⁰. Einerseits war es für die Verkäufer effizient, weil sie einen Käufer finden konnten, der zwar weniger zahlungsfähig war, aber dafür haben sie eine sehr strenge Garantie, nämlich das einseitige Gestaltungsrecht für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufpreises und den höheren Kaufpreis. Andererseits war ein solcher Vorbehalt für die Gemeinschaft der Käufer deswegen vorteilhaft, denn sie konnten – mangels geringen eigenen Kapitals – nur auf diese Weise ein Grundstückseigentum erwerben. Aufgrund dieser Logik macht es keinen Sinn, zu behaupten, dass die *lex commissoria* dem Interesse des Käufers oder des Verkäufers diene, weil der Abschluss des auf der konsensualen Grundlage basierenden Vertrages doch im Interesse beider Parteien lag. Von all diesen Umständen diene der Rücktritt, als das den Vertrag aufhebende und einseitige Gestaltungsrecht, nicht ausschließlich dem Interesse des Verkäufers⁴¹. Dieser kann als eine sehr nützliche Klausel qualifiziert werden, da er zum Beispiel vorbeugen kann, dass der Käufer das Mittel der Nichtzahlung missbraucht, um im Fall einer puren Nichtzahlung vom Kauf zurücktreten zu können. Die Bestimmung der Rechtsfolgen der Nichtzahlung gehörte nämlich nicht zur Kompetenz des Käufers sondern des Verkäufers.⁴² Andererseits, wie wir gesehen haben, hat es zum effizienten Bebauen des Ackers beigetragen.

Die verhaltensökonomische Analyse stellt die unfehlbare regulative Wirkung der Marktverhältnisse und das Grundprinzip, laut dessen die Vertragsparteien in jedem Fall fähig sind, ihr eigenes Interesse beim Vertragsabschluss zu artikulieren, in Frage. Es ist nämlich vorstellbar, dass die eine von den betroffenen Parteien, in unserem konkreten Fall eher die Käufer, nicht fähig waren, ihr Interesse wegen ihrer ausgelieferten Verhandlungsposition oder der aufgrund von fehlender Bildung entsprechend geltend zu machen. So konnten die Marktmechanismen, die gesellschaftlich effiziente Lösungen sichern, nicht in Gang kommen. Aufgrund des konkreten Neratius-Fragments kann man sich vom konkreten Käufer und seiner Klasse vieles vorstellen, nur nicht, dass er nichts von der Agrikultur verstanden hätte. So ist es offensichtlich, dass die Frage der Fruchtziehung in seiner vertraglichen Interessenkalkulation unbedingt eine Rolle spielte, schon allein daran erkennbar, dass er hoffte, die Raten gemäß der

⁴⁰ Pókecz Kovács meint auch, es sei bei den Verträgen ganz natürlich, dass die Parteien ihren wirtschaftlichen Eigeninteressen folgen. S. Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 43.

⁴¹ Anders Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 42.

⁴² S. D. 18.3.3.

Konstruktion der Vereinbarung wahrscheinlich gerade vom Nutzen der Immobilie bezahlen kann. Da er sich aufgrund seiner Lebensführung vermutlich mit dem Ackerbau beschäftigte, war er sich offenbar im Klaren über die objektiven Umstände, die solche Tätigkeiten im Großen beeinflussten, nämlich die Ungewissheit des Wetters und die Schwankungen der Produktivität. So konnte er dies auch berücksichtigen, als er die strengen Bedingungen des Vertrags für sich als verpflichtend anerkannt hat, obwohl er leichtsinnig vertraut hat, dass ein solches Ereignis, das die Rückerstattung negativ beeinflusst, nicht erfolgen wird, d. h. er hat in den konkreten Fällen ein risikofreundliches Verhalten gezeigt⁴³.

III. Der zweite Streifzug: die Berücksichtigung der gesellschaftlichen Verhältnisse

Dass unsere Behauptung stichhaltig ist und das zu lösende Problem nicht eine rechtstechnische, sondern von wirtschaftlich und gesellschaftlicher Art ist⁴⁴, wo die Ausarbeitung der dogmatischen Feinheiten nur erfolgte, um die im praktischen Leben aufgetretenen gesellschaftlichen Probleme genauer widerspiegeln zu können, beweist eine von Ulpian uns hinterlassene und anerkannte Neratius-Meinung:

D. 18.3.4.1, (Ulp. 32 *ad ed.*): *Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.*

Wenn der Käufer die einzelnen bezahlten Raten des Kaufpreises wegen des Ausfalles des vollständigen Ausgleiches verloren hat, kann er die Früchte im Zeichen der Menschlichkeit (*quae est humana*) beibehalten. Diese Lösung formt den mit der *lex commissoria* geschlossenen Kauf aus der funktionalen Sicht zu einem Mietvertrag mit *ex tunc*-Charakter um⁴⁵. Wenn wir das Recht des Käufers auf die Beibehaltung der Früchte nicht anerkennen würden, könnte der Verkäufer einen ungerechten Vorteil ausschlagen, sofern er seine Immobilie zurückbekommt und auch die einzelnen Teilleistungen beibehalten kann sowie die erzeugten Früchte auch erhalten könnte. Der Käufer würde dagegen geprellt aussteigen und würde in eine schlechtere Lage geraten, als er vor Abschluss des Vertrages war.

⁴³ Für die Rolle des Optimismus und der sog. hindsight bias s. Ch. Jolls, C.R. Sunstein e R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stan. L. Rev.* 50, 1998, 1523.

⁴⁴ Zimmermann demonstriert überzeugend, dass die Römer das Instrumentarium der wirtschaftlichen Analyse kannten und verwendeten. S.M. Zimmermann, *Die Haftung des Reeders mit der actio exercitoria: Ein Beitrag zur ökonomischen Analyse des römischen Rechts*, in *ZSS.* 129, 2012, 554.

⁴⁵ Ähnlich Daube, S.D. Daube: *Si ... tunc in D. 19, 2, 22 pr. Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, in *RIDA.* 5, 1958, 427.

Der Vorteil der Entscheidung ist einerseits, dass sie die Verkäufer nicht motiviert, ihren sich in ausgelieferten Situation befindenden Käufer übertrieben schwere Bedingungen aufzuzwingen. Damit würden die Verkäufer daran appellieren, dass sie im Falle der Zahlungsunfähigkeit reichlich Profit erwerben können. Andererseits gibt sie den Käufern die Garantie, dass ihnen wenigstens die Früchte ihrer Arbeit nicht verloren gehen. Somit können sie mit größerer Sicherheit eine solche Unternehmung in Angriff nehmen. Die Entscheidung ist also richtig, da sie die Interessen beider Parteien aus einem *ex ante*⁴⁶, also vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Blickwinkel wiederspiegelt. Die Entscheidung stimmt mit der obigen Argumentation der Auffassung von Pennitz überein, laut deren die römischen Rechtswissenschaftler behauptet haben, dass das Kriterium der richtigen Entscheidung die angemessene Verteilung der Vorteile (*commoda*) und der Nachteile (*incommoda*) ist. Zwar hat Pennitz diese These angesichts der Probleme der Fruchtziehung und der Gefahrtragung geschaffen, aber sie scheint allgemein anwendbar zu sein⁴⁷. Meiner Meinung nach stellt die obige Neratius-Entscheidung keine Ausnahme des Prinzips dar, laut dessen die gerechte Verteilung der Nutzen und der Lasten vorgeschrieben wird, sondern sie bedeutet gerade die vollständigere Geltendmachung dessen⁴⁸. Diesen Standpunkt verstärkt auch die Ansicht von Daube, nach dessen Auffassung die *lex commissoria* in bestimmten Fällen ein gemischtes, über die Eigenschaften des Kaufes und der Miete verfügendes Rechtsverhältnis zustande gekommen ist, besonders im Falle von Verträgen, die mit Ratenzahlung entstanden sind⁴⁹. Die Meinung von Daube kann man als die dogmatische Formulierung der Annäherung verstehen, deren Mittelpunkt die vorigen Interessenabwägungen stehen. In der auf

⁴⁶ Eine *ex ante* Perspektive ist in D. 19.2.21: *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* betont. S. dazu J.A.C. Thomas, *Tenancy by Purchaser*, in *Iura* 10, 1959, 104-105; R. Knütel, *Kauf und Pacht bei Anzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in D. Medicus (dir.), *Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin 1973, 38; weiter Daube, *Si ... tunc* cit., 434. Nach Daube wurde die Miete durch die vorzeitige Leistung nicht aufgelöst. Aus einem ökonomischen Blickwinkel ist seine Meinung nur schwer haltbar, weil die Vorbezahlung normalerweise im Interesse beider Parteien liegt.

⁴⁷ I. Siklósi, *A custodia-felelősség néhány kérdése a római jogban* [Einige Fragen der *custodia*-Haftung im römischen Recht], in *Publicationes Instituti Iuris Romani Budapestinensis* 10, Budapest 2009, *passim*.

⁴⁸ Dasselbe Problem wird aus einer verschiedenen Perspektive von Pennitz betrachtet. S. Pennitz, *Das periculum rei venditae* cit., 255-259, er nimmt diesen Fall als eine Ausnahme an, deren legitimer Grund in der Teilzahlung liege. Ihn folgt Pókež Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 32 is. Mein Gedankengang ist inhaltlich identisch, folgt aber eine andere Annäherungsweise. Nach meiner Auffassung ist es mehr realistisch, wenn wir die schon bezahlten Kaufpreistraten als Bestandteile der Kosten-Nutzen-Analyse anerkennen.

⁴⁹ Daube, *Si ... tunc* cit., 426.

Ratenzahlung geschlossenen, mit Kauf gemischten Mietkonstruktion gab es eine Möglichkeit zur Feinabstimmung der diversen Interessen. Funktionell betrachtet war das gleiche Ziel wie mit einem *lex-commissoria*-Vorbehalt zu erreichen⁵⁰. Der Käufer kann schon vor der Entrichtung des Kaufpreises das Grundstück nutzen. Für diese Nutzung bezahlt er einen Mietpreis⁵¹. Der Verkäufer bekommt einen Preis für die Nutzung seines Grundstückes und wenn die Bezahlung der Kaufpreistraten auch ordentlich erfolgt, hat er sein Grundstück auch veräußert. Sollte irgendein Problem aufkommen, kann er sich mit der Kündigung der Miete von der Obligation befreien⁵². Der Fall und die darauf gegebenen genialen Antworten⁵³ der Rechtswissenschaftler demonstrieren gut, dass der Eingriff in den auf die Autonomie der Parteien beruhenden Vertragsverhältnisse nur dann begründet sind, wenn es einen sinnvollen Grund gibt, zu behaupten, dass die Marktverhältnisse an sich nicht garantieren, dass nur gesellschaftlich effiziente Klausel in die Verträge aufgenommen werden. Die weitere konjunktive Bedingung des Eingriffes des Rechtsanwenders ist, dass die in den Vertrag aufgenommene konkrete Klausel abhängig von den gesamten Umständen des Falles tatsächlich nicht effizient ist⁵⁴.

Die kaiserliche Kanzlei war sich sicherlich dessen bewusst, dass der staatliche Eingriff in die Verhältnisse der einzelnen Parteien, wenn es ja noch hinterher gegebenenfalls gerecht erscheint, sehr problematisch sein kann. Die Kaiser Caracalla und Severus haben erkannt, dass es nicht richtig ist, über die Zulässigkeit oder über das Verbot der als die Nebenvereinbarung des Kaufes begriffene *lex commissoria* eine allgemeine, anerkennende oder prohibitive Regel zu treffen⁵⁵, sondern man soll von Fall zu Fall entscheiden, was eine gerechte Entscheidung des einzelnen Falles darstellt sowie der Forderung nach Rechtssicherheit entspricht⁵⁶. Die Severus-Kaiser mussten noch dazu mit der unter ihrer Herrschaft aufgetretenen Inflation⁵⁷ rechnen, die eine Bedeutung besonders bei

⁵⁰ Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 88.

⁵¹ Levy, *Zu den Rücktrittsvorbehalte* cit., 278-279.

⁵² D. 19.2.20.2. Siehe dazu Wieacker, *Lex commissoria* cit., 22 nt. 2; és R. Knütel, *Kauf und Pacht bei Anzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin 1973, 51.

⁵³ Nach Mrozek waren die *responsa* der Rechtsgelehrten auf die konkreten Fälle begrenzt und nahmen Sie die Geldwertung nicht in Kauf. S. S. Mrozek, *Zur Geldfrage in den Digesten*, in *Acta* 18, 1970, 359. Im Licht der besprochenen Fällen halte ich seine Meinung eher für unbegründet.

⁵⁴ Korobkin, A „Traditional“ and „Behavioral“ *Law-and-economics Analysis* cit., 468.

⁵⁵ Dagegen hat ein Edikt von Constantinus im Jahr 320 n. Chr. die Anwendung einer *lex commissoria* in den pfandrechtlichen Verträgen wegen ihres repressiven Charakters generell verboten. S. C. 8.34.3 und CTh. 3.2.1.

⁵⁶ Landucci, *Azione per far valere* cit., 137-157.

⁵⁷ K. Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Budapest-Bonn 1983, 13.

Geschäften mit Ratenzahlung auf längere Zeit hatte. Die Geldentwertung nahm erschreckende Dimensionen an⁵⁸. Unter der Herrschaft von Septimius Severus und Caracalla hat der Silbergehalt des Denars nur noch 40-50% betragen⁵⁹. Das bedeutet, dass der sogenannte *antoninianus* nur noch die Hälfte galt, als die früheren Denare. Laut der Quellen kam die strukturelle Ungleichheit zwischen den Parteien nicht selten vor. Die Verkäufer konnten in vielen Fällen zur gesellschaftlichen Elite gehören, die ihr Kapital in landwirtschaftliches Grundstückseigentum investiert haben. Sie sind auf diese Art und Weise den auf die sonstige Güter und Dienstleistungen erhobenen Steuern entgangen⁶⁰. Die Käufer konnten nicht selten aus der untersten Volksschichten gewesen sein, worauf zumindest die Vertragskonstruktionen (besonders die Ratenzahlung oder der mit der Miete gemischte Kauf), aber in manchen Fällen der Name oder der Beruf (z. B. Soldat) zu schließen erlaubte. Die Ungleichheit der Betroffenen wurde weiter verschärft durch die Geldentwertung, welche diverse Wirkungen auf die unterschiedlichen gesellschaftlichen Schichten hatte⁶¹. Einerseits verstärkte das Wachstum der Dienstleistungspreisen, andererseits nahm der Anspruch der Einrichtung auf die Selbstversorgung zu. Die mit keinem Geldkapital, nur mit der Arbeitskraft und mit dem landwirtschaftlichen Fachwissen verfügenden Kleinrentner konnten damit rechnen, dass sie den festgelegten Kaufpreis des gekauften Grundstücks aus den wachsenden Preisen der erzeugten Produkte oder aus den je wertvoll werdenden Erzeugnisse⁶² aufbringen können. Der zu den Produkten festgelegte Kaufpreis war für die Verkäufer auch vorteilhaft, weil sie mit dieser Lösung die Wirkungen der in dieser Zeit sehr häufigen Geldentwertungen vermindern konnten⁶³. Es war weiterhin ein gewöhnlicher Vorbehalt (*in commissorium etiam hoc solet convenire*), dass der den Kaufpreis nicht bezahlende Käufer, der sein Grundstückseigentum verlor, auch dazu verpflichtet war, die Kaufpreisdifferenz zu ersetzen⁶⁴, die zwischen dem Kaufpreis seines und

⁵⁸ A.H.M. Jones, *The later Roman empire 284-602. I*, Oxford 1964, 10-13.

⁵⁹ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise* cit., 15; F. M. Heichelheim, *Zur Wahrungskrise des römischen Imperiums im 3. Jahrhundert n. Chr.*, in *Klio* 26, 1933, 98; G. Dulceit, *Römische Rechtsgeschichte*, München 1952, 228.

⁶⁰ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise* cit., 15.

⁶¹ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise* cit., 17.

⁶² Es geht um eine *in natura* Leistung zum Beispiel in D. 19.2.19.3. S. dazu Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise* cit., 201.

⁶³ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise* cit., 202.

⁶⁴ Nach Levy ist diese Schadenersatzpflicht als negatives Interesse zu betrachten. S. Levy, *Zu den Rücktrittsvorbehalte* cit., 266-267. Dagegen sprechen Peters und Pókecz über einen konkreten Wertunterschied, wo andere, ausser diesem Preisdifferenz liegenden Nachteile nicht mitberechnet sind. S. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., 253; Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 60.

des neuen Käufers entsprach⁶⁵. Mit einem ähnlichen Mechanismus erreicht ein führendes Auktions-Internetportal heutzutage, dass der Käufer für das Produkt tatsächlich einen sich dessen Wert entsprechenden Preis bezahlen. Die zur Vickrey-Versteigerung⁶⁶ gelassene Sache wird nämlich der meist bietenden Person zum Preis, der zweit größeren Lizitation geboten⁶⁷. Zurückkehrend in die römische Zeit, wenn der Käufer weiß, dass er für die Differenz zwischen dem realen (Markt-)Preis und dem diesen übersteigenden taktischen Versprechen haftet, wird er vorsichtiger sein, ein übertriebenes Angebot zu machen. Andererseits können wir aus diesem Vorbehalt folgern, dass es eher ein Angebotsmarkt auf dem Markt der landwirtschaftlichen Immobilien im 2-3. Jh. n. Chr. gab, weil die Verkäufer zahlungsfähige Nachfrager für dessen Grundstücke nur schwierig gefunden haben. Daraus kann gefolgert werden, dass die wirtschaftlichen Mechanismen die Verbreitung der *lex commissoria* eindeutig stimuliert haben.

Die Berücksichtigung der Interessen, der sich in ausgesetzter Lage befindenden Partei ergibt sich aus dem *rescriptum*, in dem der Kaiser *in integrum restitutio* einer Dame mit dem Namen Rutiliana gegeben hat, deren Vater mit einem *lex commissoria*-Vorbehalt ein landwirtschaftliches Grundstück gekauft hatte. Nach dem Tod des Vaters aber haben die Vormunde von Rutiliana die Kaufpreisraten nicht bezahlt, so hat der Verkäufer sein Rücktrittsrecht geltend gemacht und einer dritten Person das Grundstück verwertet:

D. 4.4.38 pr. (Paul. 1 *decr.*): *Aemilius Larianus ab Ovinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ita ut si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. Intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat, cuius tutores in solutione cessaverunt. Venditor denuntiationibus tutoribus saepe datis post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat. Putabam bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. Dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur. Non me moveri quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. Quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam. Movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.*

⁶⁵ D. 18.3.4.3.

⁶⁶ D. L. Coursey et al., *The Disparity Between Willingness To Accept and Willingness To Pay Measures of Value*, in *Q. J. Econ.* 102, 1987, 686 fig. 2.

⁶⁷ Korobkin, *The Endowment Effect* cit., 1245.

Nach Kupisch konnte die betroffene Dame die für sie günstige kaiserliche Entscheidung ihrer Schönheit und ihrem energischen Auftritt danken⁶⁸. Mit triftigem Grund können wir aber vermuten, dass andere Erwägungen neben diesen auch eine Rolle in der Entscheidung gespielt haben mögen. Meiner Meinung nach sind der Rechtsstreit und die zwischen Paulus und dem Kaiser entstandene Meinungsverschiedenheit in der Wirklichkeit darauf zurückzuführen, dass die vorgehenden Instanzen sich gegen den Eingriff in das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sträubten. Es war ihnen bewusst, dass die gesellschaftlich effektiven Verträge prinzipiell dann entstehen, wenn die Gestaltung der Bedingungen die eigene Entscheidungskompetenz der Parteien bleibt. Wenn Rutilianas Vater und der Verkäufer das Geschäft samt mit der *lex commissoria*-Klausel, der jeweiligen Bedingungen, für den ausgehandelten Kaufpreis und mit der Übergabe des Kaufpreisteiles⁶⁹ geschlossen haben, machten diese das offensichtlich, weil es beide für vorteilhaft hielten⁷⁰. Die vorbehaltene zwei Monaten-Frist schützte zum Beispiel gleichzeitig die Interessen des Verkäufers vor der nicht wünschenswerten Wirkung der Inflation, aber sie konnte auch dem sich eventuell in Geldnot befindenden Käufer helfen, der den vollständigen Kaufpreis wegen Liquiditäts- oder finanzieller Schwierigkeiten auf einmal nicht aufbringen konnte.

Paulus hat deswegen den Entscheidungen der Gerichte niedrigerer Instanzen zugestimmt, weil das Geschäft nicht von der sich in der geschützten Lage befindenden *pupilla*, sondern von einem bedächtigen *pater familias*, der seine Interessen gut abschätzen konnte, geschlossen wurde. So ist die Anfechtung des Geschäftes, weil der Halbwüchsige nicht fähig war, alle Folgen des Geschäftes richtig zu erkennen⁷¹, abzuweisen. Der Erbe der Vertragspartei hatte die Auswirkungen des Geschäftes auch zu tragen. Der Kaiser hat aber trotz dieser Argumentation die *in integrum restitio* unter anderem deswegen gewährt, weil

⁶⁸ B. Kupisch, *Rutiliana pupilla – schön oder energisch*, in ZSS. 94, 1997, 263-266.

⁶⁹ Nach Jakab betrachteten die Römer die beim Vertragsabschluss übergebene Teilzahlung als Draufgeld, somit sie konnten den mit *arrha* beschlossenen Kauf mit der *lex commissoria* verbinden. S. É. Jakab, *Praedicere, und cavere beim Marktkauf: Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, 146-147. Nach Földi dagegen verlor die vom Vertrag zurücktretende Partei das Draufgeld nicht. S. A. Földi, *Variációk egy témára: arrha-típusok régen és ma* [Variationen auf einem Thema: arrha-Typen einst und heute], in É. Jakab (dir.): *Római jog és a magánjog fejlődése Európában. Tanulmányok Molnár Imre 75. születésnapjára* [FS Molnár zum 75. Geburtstag], Szeged 2011, 25-26. Zu dieser Problematik s. M. Talamanca, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, 61-62.

⁷⁰ Deswegen teilen wir die Ansicht von Jakab nicht, dass die *lex commissoria* nur das Interesse des Verkäufers schützte, während das Draufgeld des griechischen Rechts für beide Parteien vorteilhaft war. S. Jakab, *Praedicere* cit., 146.

⁷¹ Eine ähnliche *ratio legis* findet man bei der *lex Laetoria* von 286 v. Ch. Dazu s. H. J. Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge 1902, 125 ss.

die Leistungsfristen in die Zeit der Rutilianas Halbwüchsigkeit gefallen sind, d. h. in einem solchen Zeitraum, als die gänzliche und richtige Erkennung ihrer Interessen von ihr noch nicht zu erwarten war. Laut dieser Erwägung war diese Entscheidung des Kaisers in Einklang mit der die Vormunde betreffenden Sanktionen, die versäumt haben, die Kaufpreisraten zu bezahlen und die deshalb von ihrem Amt zur Strafe entbunden hat. Es war offensichtlich deshalb, weil sie nicht erkannt haben, dass das Geschäft den wirtschaftlichen Interessen des Mündels entsprach, wogegen ihre grundlegende Aufgabe gerade die richtige Verwaltung des Vermögens des Mündels gewesen sein sollte. Ihr Versäumen trat noch dazu wahrscheinlich bezüglich eines rechtlich hervorgehoben geschützten und in Italien liegenden⁷² landwirtschaftlichen Grundstücks auf.

Die kaiserliche Kanzlei konnte die Sache aufgrund der Ganzheit des Sachverhaltes so beurteilen, dass die Kombination der vertraglichen Bedingungen und der tatsächlichen Umstände dem Käufer einseitig in eine ungünstige Lage bringen würde, wenn der Verkäufer – solange er keinen neuen Käufer findet – auf den Kaufpreis klagen könnte und später zur Ausübung des Rücktrittsrechts übergehen könnte⁷³.

Paulus hat dieser Begründung nicht zugestimmt, trotzdem hat er versucht, die kaiserliche Entscheidung zu schützen. Er hat festgestellt, dass die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgte, weil der Verkäufer zuerst den Kaufpreis verlangte und danach zur Ausübung seines Rücktrittsrechts übergang. Mit dieser, übrigens in einem anderen kaiserlichen *rescriptum*⁷⁴ auch bestätigten Begründung hat er versucht, die willkürliche und deswegen gesellschaftlich gefährliche Schneide der kaiserlichen Entscheidungsbegründung abzustumpfen, sodass er deren eigentliches *meritum*, die Entscheidung annehmen kann. Es ist nämlich nicht uninteressant – nach der Beurteilung des Rechtsgelehrten, dass eine seines Erachtens nach schlechte Entscheidung aufgrund welcher Argumente erfolgt. Seiner Meinung nach kann ein Verweis auf die ausgelieferte Lage von Rutiliana⁷⁵ Rechtsunsicherheit verursachen und dadurch den Warenverkehr behindern. Dagegen ist die Regel, dass der Verkäufer sich neben dem Verlust des Rücktrittsrechts entscheiden muss, ob er gegen den Kaufpreis klagt oder

⁷² Die Bezeichnung *fundus Rutilianus* und die Namen der Betroffenen (Ovinus, Aemelius Larianus) deuten mindestens darauf hin. S. Wieacker, *Lex commissoria* cit., 60.

⁷³ Nach Peters war diese Praxis im klassischen Recht unerlaubt. S. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., 77. Die Wahlmöglichkeit stand offen, man konnte aber die Alternative nicht ohne weiteres *ad libitum* wechseln. Dazu s. Pichonnaz, *La condition résolutoire* cit., 4268.

⁷⁴ C. 4.54.4.

⁷⁵ D. Liebs, *Der Sieg der schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat*, in Medicus (dir.), *FS Kaser 70* cit., 377-378.

vom Rücktrittsrecht Gebrauch macht⁷⁶, als eine letztendlich das Interesse beider Parteien dienende Regel anzusehen ist. Aus der Tatsache, dass der Verkäufer die Klage auf den Kaufpreis gewählt hat, kann sich ergeben, dass er nur mit großen Schwierigkeiten einen anderen Käufer für das Grundstück finden könnte. So ist es gesellschaftlich auch effizient, wenn der Acker – zumindest vorübergehend – bei der diesen Acker bebauenden Partei bleibt. Dies ist auch das Interesse des Käufers, der auf ein Einkommen nur aus der Bewirtschaftung des Ackers rechnen kann, dessen Großteil er dem Verkäufer zu übergeben hat, der damit gemäß der gegebenen Verhältnissen überhaupt nicht schlecht bedient ist. Dass wir mit diesen Überlegungen vielleicht nicht ganz irrealen Vermutungen äußern, macht es wahrscheinlich, dass die Bezahlung der Kaufpreiskasse zwar bereits nach der ersten zweimonatlichen Frist unterbrochen wurde, aber der Verkäufer konnte trotzdem nach Ablauf von einem Jahr (*post annum*) sein Grundstück wiederum verkaufen.

Paulus hat die kaiserliche Argumentation für gefährlich gehalten, weil er der Meinung war, dass die Verkehrssicherheit verringert wird, wenn das Rücktrittsrecht des Verkäufers bloß wegen eines Todesfalles, angesichts der ausgelieferten Lage des Erben der einen Partei und der Halbwüchsigkeit für ungültig erklärt wird. Seiner Ansicht nach kann diese Entscheidung eine zu stark geschützte Lage ergeben, im Vergleich dazu, was mit der *lex Laetoria* entstanden ist, was nur mit der Einführung der *cura minorum* von Marcus Aurelius gemindert werden konnte⁷⁷. Paulus hat wahrscheinlich mit seiner sich auf das Missfallen des Kaisers bezogenen Auseinandersetzung zum Ausdruck bringen wollen, dass der Vorbehalt trotz des allgemeinen Prinzips des Rechtssicherheitsschutzes im konkreten Fall tatsächlich ungerecht war.

Der Rechtsgelehrte hat eine in mehreren Aspekten interessante pfandrechtliche Parallele aufgestellt. Einerseits deutet er darauf hin, dass der Begriff von *lex commissoria* in den sachenrechtlichen Verhältnissen auch auftaucht. Dort bedeutete er die Vereinbarung, laut deren der Pfandgläubiger im Falle der Nichtzahlung des Schuldners das Pfandobjekt behalten konnte. Andererseits ist es bekannt, dass Kaiser Constantinus für diese Vorbehalte im Jahre 320 n. Ch.

⁷⁶ Die *lex commissoria* bedeutete eine Alternative für den Verkäufer neben dem Schadenersatz, die im Fall der Zahlungsunfähigkeit sehr vorteilhaft war. S. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag cit.*, 17. Die Verwendung dieser Nebenabrede zeigt uns, dass die Käufer wahrscheinlich zu der niedrigeren, schwächeren Gesellschaftsschicht gehörten.

⁷⁷ F. Benedek, *A Senatusconsultum Macedonianum célja és keletkezési körülményei* [Die Ziele und die Entstehung des senatusconsultum Macedonianum], in *Jubileumi Évkönyv*, Pécs 1975, 29-47.

ein rückwirkend geltendes⁷⁸, generelles Verbot festgelegt hat⁷⁹. Die *ratio legis* in diesem Fall könnte gewesen sein, dass dieser pfandrechtliche Vorbehalt im Gegensatz zur schuldrechtlichen *lex commissoria* die ausgelieferte Lage der Schuldner leichter ausnutzen konnte⁸⁰. Zwischen den beiden Vorbehalten sind in dieser Hinsicht zwei wesentliche Unterschiede festzustellen. Der eine ist, dass das Objekt des schuldrechtlichen Vorbehaltes im Allgemeinen ein landwirtschaftliches Grundstück war, das fähig war, wesentliche gesellschaftliche Bedürfnisse zu befriedigen. Andererseits haben die Käufer im Falle eines schuldrechtlichen Vorbehalts größtenteils praktisch nur die durch ihre Arbeit produzierten Werte verloren, wenn sie die Kaufpreistraten – zumindest zum Teil – aus der Verwertung der Produkte gedeckt haben.

Nach einigen Autoren⁸¹ hat Paulus seine Bitterkeit bezüglich der kaiserlichen Willkürlichkeit betont, indem er schreibt, dass der Kaiser die *in integrum restitutio* deswegen adjudiziert hat, weil die Klausel bezüglich der *lex commissoria* ihm nicht gefallen hat (*displicebat ei*)⁸². Dieser Standpunkt ist aber nicht vernünftig, weil eine solche Situation gerade wegen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder entstanden ist, in der Rutiliana gemäß der originellen und strengen Vertragsbedingungen zu leisten hatte. Meiner Meinung nach war die kaiserliche Entscheidung weder parteiisch, noch willkürlich, sondern sie basierte auf wirtschaftlich und gesellschaftlich rationellen Gründen und war somit überhaupt nicht schadhaft. Sie war letzten Endes eine richtige Entscheidung. Der Verkäufer hat überhaupt nicht gelitten, denn er bekommt letztendlich den mit dem Rutilianas Vater ausgehandelten, wahrscheinlich höheren (denn auf Ratenzahlung beruhenden) Kaufpreis von Rutiliana. Also das kaiserliche *rescriptum* hat ihn nur zur Einhaltung eines solchen Vertrags gezwungen, den er früher völlig freiwillig geschlossen hat. Rutiliana ist auch nicht in eine zu stark geschützte Lage geraten, denn sie die noch von ihrem Vater vereinbarten strengen Zahlungsvorschriften einzuhalten hatte. Schließlich hat der neue Käufer auch nichts verloren, da er den für das Grundstück gegebenen Kaufpreis offenbar zurückklagen konnte.

Die Erwägungen von der kaiserlichen Kanzlei und von Paulus sind aus solchen Gesichtspunkten ganz ähnlich, die Korobkin bezüglich eines Falles aus

⁷⁸ Die rückwirkende Gesetzgebung kann in Ausnahmefällen zulässig sein, wenn sie eindeutige Ungerechtigkeit repariert. S.L. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven and London 1969, 53-54.

⁷⁹ C. 8.34.3; CTh. 3.2.1.

⁸⁰ Bessenyő, *Római magánjog* cit., 303.

⁸¹ Kupisch, *Rutiliana pupilla* cit., 263-266.

⁸² S. dazu Pichonnaz, *La condition résolutoire* cit., 4269.

dem 20. Jh., des *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*⁸³ in dem US-amerikanischen Recht dargelegt hat⁸⁴. Dieser Fall gilt als das Schulbeispiel der *unconscionability*-Doktrin. Der in der gerichtlichen Entscheidung von Richter Skelly Wright ausgearbeitete Test wird noch immer verwendet⁸⁵. Laut dieses Tests ist die *unconscionability* und damit die Nichtigkeit des Vertragsvorbehaltes dann festzustellen, wenn die sich in der ausgesetzten Lage befindende Partei keine tatsächliche Wahlmöglichkeit besass und die einzelnen Bestandteile des Vertrags für die andere Partei ohne einen rationalen Grund vorteilhaft waren. Gemäß dem konkreten Sachverhalte verkaufte ein sich auf elektronische Hausgeräte und Möbel spezialisiertes Kaufhaus mit sehr strengen Bedingungen unterschiedliche Waren in einer Gegend, wo hauptsächlich Leute mit niedriger Löhne gewohnt haben. Der konkrete Vertrag hat eine schwierig interpretierbare Klausel beinhaltet, die einen Eigentumsvorbehalt und ein Rücktrittsrecht im Falle der Nichterfüllung garantiert hat. Diese ermöglichte dem Kaufhaus, diejenigen Mobilien schnell zurück zu erhalten, die bei der Aufnahme der Ratenzahlung übergeben wurden, aber ins Eigentum des Käufers noch nicht übergegangen sind. Richter Skelly Wright hat bemerkt, dass die auffällige Unangemessenheit der Verhandlungspositionen oft den Mangel der tatsächlichen Wahlsituation verursacht. Eine solche Unangemessenheit kann z. B. aus der benachteiligten sozialen Lage der Partei, aus dem schlechten Grad ihrer Bildung und aus zahlreichen anderen Umständen stammen. Diese Umstände sollen im Lichte der allgemeinen geschäftlichen Gewohnheiten und der Tatsachenlage des konkreten Geschäftes und angesichts des Zeitpunktes des Vertragsschlusses geprüft werden. Korobkin hat diesen Fall mit meisterhafter Geschicklichkeit zur Demonstration der Unterschiede zwischen der neoklassischen Ökonomie und der Verhaltensökonomie verwendet. Er hat ausgeführt, dass der Richter zuerst nachzuprüfen hat, ob es solche gesellschaftlichen Umstände gibt, die suggerieren, dass die Selbstregulierung des betroffenen Marktes an sich nicht zu einem effektiven, d. h. gesellschaftlich nützlichen und damit auch staatlich fördernden Ergebnis führt. Wenn eine das auf dem gegebenen Markt festzustellen ist, so ist im zweiten Schritt anlässlich der konkreten Sache zu prüfen, ob diese wirtschaftliche, strukturelle Deformation der sich in der ausgesetzteren Lage befindlichen Partei irgendeinen Nachteil verursacht hat⁸⁶.

⁸³ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (C.A. D.C. 1965).

⁸⁴ Korobkin, A „*Traditional*“ and „*Behavioral*“ *Law-and-economics Analysis* cit., 445 ss.

⁸⁵ S.I. Ayres e R.E. Speidel, *Contract law*, New York 2008⁷, 562 ss., und den sog. *shock the conscience*-Test in *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 72 S. Ct. 205, 96 L. Ed. 183 (1952).

⁸⁶ Korobkin, A „*Traditional*“ and „*Behavioral*“ *Law-and-economics Analysis* cit., 468.

IV. Der dritte Streifzug: die Frage der sachenrechtlichen Rückwirkung

Dass die Rechtsdogmatik ein Selbstzweck wird, demonstrieren jene Annäherungen, laut denen die Möglichkeit der sachenrechtlichen Rückwirkung der *lex commissoria* abzulehnen ist⁸⁷. Diese Einstellung setzt einerseits z. B. voraus, dass eine generelle prohibitive Regelung existierte, die in den modernen Rechtssystemen einer kodifizierten Bestimmung ähnelt. Sie suggeriert andererseits, dass die sachenrechtliche Rückwirkung aufgrund eines intrinsischen, seiner Substanz untrennbaren Attributs abzulehnen wäre. Allerdings geht es gar nicht darum. Das römische Fallrecht hat sich dieser dogmatischen Frage nicht gestellt, sondern nur mit den speziellen Tatsachenumstände in den konkreten Einzelfällen. Der einseitig gewählte dogmatische Ausgangspunkt hat die modernen römischen Juristen zu solchen fruchtlosen wissenschaftlichen Debatten geführt⁸⁸, die auf zwei kaiserlicher Entscheidungen (C. 4.54.3 und 4.54.4) basieren. Im ersten *rescriptum* hat Kaiser Severus Alexander entschieden, dass der Verkäufer, der ein landwirtschaftliches Grundstück mit dem *lex commissoria*-Vorbehalt verkauft hat, über keine *rei vindicatio*, sondern nur über eine *actio venditi* verfügt, um die Sache vom Käufer, der mit der Kaufpreisratenbezahlung im Rückstand ist, zurückzuverlangen:

C. 4.54.3. (Alex.): *Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.*

Laut des anderen Erlasses kann der Verkäufer das ihm aufgrund der *lex commissoria* zustehende Rücktrittsrecht nicht ausüben, wenn er nach dem Ablauf der Frist nicht die *rei vindicatio* gewählt hat, sondern er den Zins des Kaufpreises verlangt hat:

C. 4.54.4. (Alex.): *Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi malui.*

⁸⁷ F. Sturm, *Lassen sich C. 4, 54, 3 und C. 4, 54, 4 ohne Eingriffe in die Textsubstanz versöhnen?* in *Studies in Honour of Wiesław Litewski*, 2, Krakau 2003, 151-160.

⁸⁸ Flume versuchte den Rückwirkungseffekt der *lex commissoria* zu leugnen, s. W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990, 313-314. Seine Auffassung teilten Bechmann und Wieacker, s. Sturm, *Lassen sich cit.*, 151-160. Dagegen nach Kaser, Wesel, Peters und Zimmermann konnte der Verkäufer die *rei vindicatio* im klassischen Recht gegen den Käufer anwenden, s. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1 cit., 394; U. Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*. 85, 1968, 94-172; Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte cit.*, 230; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1992, 734; Pichonnaz, *La condition résolutoire cit.*, 4265.

Der scheinbare Gegensatz zwischen den beiden Textstellen besteht darin, wie es sein kann, dass der Kaiser in einem Fall die *rei vindicatio* verweigert hat, während er sie im anderen Fall gewährt hätte, wenn der Käufer diese Möglichkeit gewählt hätte⁸⁹. Hat die *lex commissoria* eine sachenrechtliche Rückwirkung, oder nicht⁹⁰? Das Problem wird aber nur wegen der starren dogmatischen Gesichtspunkte zu einem Problem.

Im Falle des Auftretts von Widersprüchen ist die Interpolationsverdächtigung eine plausible und die einfachste Lösung⁹¹. Nach Ablehnung dieser springt der tatbestandliche Unterschied ins Auge, dass es im einen Fall (C. 4.54.3) um die in Kaufpreisraten erfolgende Erfüllung geht. An dieser hat Sturm auch festgehalten, dessen Meinung nach die Verleugnung der *rei vindicatio* aufgrund prozessökonomischer Gesichtspunkte erfolgte⁹². Flume meint, dass es um keinen Gegensatz geht, weil ja doch über diverse Fragen zu entscheiden ist. Der Gegenstand der C. 4.54.5 ist die erhobene Klage. Die C. 4.54.4 äußert eine Meinung über die Anwendbarkeit der *lex commissoria*⁹³.

Die Lösung ist meines Erachtens nach viel einfacher. Diese besagt, dass der Geschäftswille der Parteien zu berücksichtigen ist. Wenn die Parteien den Kaufvertrag im Sinne geschlossen haben, dass der Eigentumsübergang schon bei der Besitznahme des Grundstückes erfolgt, so macht es natürlich Sinn darüber zu reden, dass der Verkäufer das Grundstück im Falle der Nichtzahlung später zurückbekommt (*ad se reverteretur*). Die für den Fall der Nichtzahlung vorbehaltene Eigentumszurückordnung bedeutet an sich noch nicht unbedingt, dass das Eigentum *ipso facto* zurückgeht⁹⁴. So stand dem Verkäufer, der nicht mehr Eigentümer war, keine *rei vindicatio* zu. Er konnte aufgrund seines schuldrechtlichen Anspruches mit *actio venditi* klagen.

⁸⁹ Sturm, *Lassen sich cit.*, 151-152.

⁹⁰ Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás cit.*, 95.

⁹¹ H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, 2. Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 451; G. von Beseler, *Romanistische Studien*, in ZSS. 54, 1934, 18, hält C. 4.54.3 für interpoliert. Ähnlich Wesel, s. Wesel, *Zur dinglichen Wirkung cit.*, 169-170. Nach Kaser ist die Stelle bezüglich des *pecarium* originell, s. M. Kaser, *Zur Geschichte des precarium*, in ZSS. 89, 1972, 112; Nach M. Talamanca: *rec. F. Peters, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien 1973, in *Iura* 24, 1973, 364-395, liegt hier keine Interpolation vor. Wieacker, *Lex commissoria cit.*, 59, verdächtigt nur C. 4.54.4. Dagegen s. Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás cit.*, 93.

⁹² Sturm, *Lassen sich cit.*, 158-159.

⁹³ Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis cit.*, 313-314.

⁹⁴ Dagegen Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte cit.*, 227. Seiner Meinung nach war kein Zurückabwicklungsgeschäft nötig, ging das Eigentum *ipso facto* mit dem Rücktritt wieder auf den Verkäufer über.

Der Text unterstützt den Standpunkt von Peters weniger, dass die Verweigerung der *rei vindicatio* deswegen erfolgt war, weil die Passivlegitimation des Käufers fehlte⁹⁵. Im Text geht es eindeutig um den Verkäufer, der die Eigentumsklage nicht erheben darf: „*vendidit [...] rei vindicationem non habet*“. D. h. nicht die Passivlegitimation des Käufers, sondern der Mangel der Aktivlegitimation des Verkäufers verursacht die Verweigerung der *rei vindicatio*.

Wenn die Parteien aber so verfügten, dass das Grundstückseigentum trotz der Besitzübergabe bis zur vollständigen Entrichtung des Kaufpreises beim Verkäufer bleibt [z. B. wenn die Immobilie dem Käufer in *precarium*⁹⁶ gelangt⁹⁷: *si (...) precariam possessionem tradidit*], macht es keinen Sinn, darüber zu sprechen, dass das Grundstückseigentum an den Verkäufer zurückfällt, weil das bei diesem geblieben ist (*ad se reverteretur, si non precarium possessionem tradidit*). So ist es selbstverständlich, dass er die Eigentumsklage wahrnehmen kann.

Zusammenfassend: ich sehe das wesentliche Problem nicht darin, ob die *lex commissoria* eine rückwirkende sachenrechtliche Geltung hatte, sondern darin, wie die Vertragsparteien verfügt haben. Wollten sie eigentlich, dass der Käufer schon vor der vollständigen Entrichtung des Kaufpreises Eigentümer wird oder nicht? Dies stellt sich vermutlich aus der Prüfung des Vertrages und dessen Umstände heraus, hauptsächlich aus der Höhe des Kaufpreises, weil die Gestaltung der Vereinbarung den Preis in hohem Maße beeinflussen konnte. Wahrscheinlich hat es keinen unwesentlichen Einfluss auf die kaiserlichen Entscheidung, dass der Adressat des *responsums* ein Mitglied einer politisch privilegierten Klasse – ein Soldat – war⁹⁸. Die Entscheidung schützte seine Position und durch ihn die Position der ähnlichen Veteranen und bezweckte u. a., dass der im Ackerbau erfahrene Niedergang mit der Einziehung produktiver Arbeitskräfte nachlassen wird⁹⁹. Pókecz Kovács meint auch, dass die grundlegenden Ziele der dogmatischen Konstruktion der *lex commissoria* die Ausweitung des römischen Warenverkehrs, zur Unterstützung der weniger zahlungsfähigen Nachfrager, bzw. die paternalistische Unterstützung der sich übertrieben kaufende und deswegen in eine ausgelieferte Lage geratenen Käufer waren¹⁰⁰. In bestimmten Fällen, fügt er hinzu, konnte die Nebenvereinbarung den Interessen der Verkäufer dienen.

⁹⁵ Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., 226-227.

⁹⁶ Dazu s. Knütel, *Kauf und Pacht* cit., 33.

⁹⁷ Solche Geschäfte nennt man Abzahlungskauf im deutschen Recht. Ein gutes Beispiel dafür ist D. 43.26.20. S. M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, München 2003¹⁷, 101. Für die deutsche Terminologie s. U. Köbler, *Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes*, Frankfurt 2010, 227.

⁹⁸ Pichonnaz, *La condition résolutoire* cit., 4267-4268.

⁹⁹ Visky, *Spuren der Wirtschaftskrise* cit., 14.

¹⁰⁰ Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 44-45.

Mit der auf die neoklassische Ökonomie beruhenden *law and economics* sind die Aussagen schwierig auszulegen, dass die *lex commissoria* vor allem das Interesse des Verkäufers, in manchen Fällen aber des Käufers diene¹⁰¹. Eine in einem Pomponius-Fragment befindliche, eindeutig auf das Interesse des Verkäufers hinweisende Aussetzung¹⁰² (*quia id venditoris causa caveretur*)¹⁰³ ist bezüglich dieser Frage nicht relevant. Im Text bezieht sich die Aussage eindeutig auf eine *ex post*-Auslegung, d. h. auf den Zeitpunkt des nach dem Vertrag erfolgten Ereignisses: der Gegenstand des Vertrags bildendes Gebäude brennt ab. Noch dazu verstärkt diese Aussage die Vermutung, dass die römischen Juristen die dogmatischen Konstruktionen den wirtschaftlichen Interessenverhältnissen untergeordnet behandelten. Laut der neoklassischen Denkart, wenn die Parteien den auf den Konsens beruhenden Vertrag abgeschlossen haben, hat das Geschäft offensichtlich dem Interesse beider gedient. Der Eingriff des Gerichtes im Sinne der verhaltensökonomischen Analyse ist erst dann legitim, wenn einerseits irgendein Umstand des Sachverhaltes folgern lässt, dass der Markt nicht garantierte, dass nur effiziente Klausel im Allgemeinen verwendet werden. Im zweiten Schritt muss man sich andererseits davon überzeugen, dass die fragliche konkrete Klausel tatsächlich nicht effizient ist¹⁰⁴. Wie wir gesehen haben, haben die römischen Quellen in zahlreichen Fällen vom Zustandekommen dieser beiden Bedingungen gezeugt. Die Käufer bedurften des Schutzes, weil einerseits die Marktverhältnisse (die Geldentwertung, bzw. die ungleiche Güterverteilung) die effizienten Marktmechanismen nicht sicherten, andererseits waren sie oftmals wegen ihrer eigenen Verhältnisse (Soldat, Mündel) nicht fähig, ihre finanziellen Möglichkeiten richtig zu bemessen und übernahmen übertrieben hohe Lasten auf sich¹⁰⁵. Die Kanzlei von Kaiser Severus Alexander hat diese Umstände, d. h. die Erfordernisse der Gerechtigkeit des einzelnen Falles und der Rechtssicherheit, bzw. die Anforderungen der Warenverkehrssicherheit, vorbildlicherweise und meisterhaft in ihren Entscheidungen ausbalanciert.

¹⁰¹ Pókecz Kovács, *A szerződéstől való elállás* cit., 103. Die Auffassung von Landucci ist schwer haltbar, nach welcher die *lex commissoria* nur das Interesse des Käufers vor Augen hielt. S. Landucci, *Azione per far valere* cit., 144 nt. 2.

¹⁰² Für weitere Beispiele s. D. 18.6.8 pr. und I. 3.23.3.

¹⁰³ D. 18.3.2.

¹⁰⁴ Korobkin, A „Traditional” and „Behavioral” *Law-and-economics Analysis* cit., 468.

¹⁰⁵ S. dazu Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit., 50-51.

V. Fazit

Durch die Analyse der Quellen konnten wir beobachten, dass die Rechtsdogmatik die gesamten Erscheinungsformen der Wirklichkeit, die nicht vollständig begreifbar und endlos kompliziert sind, so der menschlichen Vernunft zugänglich machen, dass sie – deren einzelne Aspekte hervorgehoben – unten künstliche Kategorien einordnet. Je sophistischer die dogmatische Fundgrube eines Rechtssystems ist, desto erfolgreicher kann gesehen werden, dass sie diese epistemologische Funktion des Rechts einnimmt, d. h. sie macht uns die Wirklichkeit in vollere Maße gefügig. Im Grunde ermöglicht diese Eigenheit der rechtsdogmatischen Methode, dass sie effektiver, als zahlreiche andere juristische Methoden, zum Grundmittel der “social engineering” wird, das das menschliche Zusammenleben kreativ und selbstreflexiv regelt. Den Wahrheitswert dieser These beschädigt nicht die Behauptung, dass der Richter einen schwierigen Fall vorfindend, den dieser aufgrund seiner fachlichen Intuition entscheidet und anschließend auf irgendeiner Weise mit rechtlich anerkannten Argumentationsmitteln untermauern will¹⁰⁶. Hinter der richterlichen Intuition – wenn sie gut funktioniert – stehen die Kenntnis des gesellschaftlichen-wirtschaftlichen Kontextes des Falles und die Prüfung der Wirkung, die der eventuelle richterliche Eingriff auf die Parteien hat. Diese Aspekte ähneln den Gesichtspunkten, die von der verhaltensökonomischen Methode auch berücksichtigt werden. Aus den uns hinterlassenen römisch-rechtlichen Quellen haben wir herausgelesen, dass das klassische römische Recht kein dogmatisch verschlossenes, homogenes System gewesen ist¹⁰⁷. Die römischen Juristen haben auch unter der Berücksichtigung der obigen vielfältigen Gesichtspunkte in je einem Fall entschieden. Vor allem nicht nach der dogmatisch richtigen, sondern der gerechten oder effizienten Lösung haben sie in Bezug auf die einzelnen Problemen, die bei der Nebenvereinbarungen des Kaufes aufgetreten sind, gesucht. Sie konnten ihre Entscheidung – selbstverständlich – nur im Rahmen der existierenden dogmatischen Kategorien erörtern. Die dogmatische Redeweise war die artikulierte Ausdruckweise der Gerechtigkeit. Ihre dogmatischen Werkzeuge dienten der gerechten Entscheidung.

Eine Gefahr der dogmatischen Annäherung ist neben der übertriebenen Neigung zur Verallgemeinerung, dass sie zum Selbstzweck wird und ihre Rolle als Mittel vergisst. Die Rechtsinstitute dienen dem Ziel, dass sie das wirkliche Le-

¹⁰⁶ S. dazu A. Jakab, *Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud?* [Wer ist ein guter Jurist, oder war Magnaud wirklich ein guter Richter?] in *JeMa.* 1, 2010, 86.

¹⁰⁷ Einstimmig Pichonnaz, *La condition résolutoire* cit., 4271-4272.

ben für den menschlichen, künstlichen Eingriff vorbereiteten. Diese Abbildung kann aber nie vollkommen sein. Das Recht kann die Wirklichkeit nie vollständig erreichen. Dies kann auch nicht sein Ziel sein. Damit es der Realität näher kommen kann, hilft dem Recht die Verhaltensökonomie.

Gergely Deli
(Universität di Győr "Széchenyi István")
deli@mkab.hu

