

# Rücktrittsvorbehalt und *pactum displicentiae* (Ulp. D.19.5.20pr.)\*

Attila PÓKECZ KOVÁCS  
(Université de Pécs)

Die von den Kommentatoren als *pactum displicentiae* bezeichnete, dem Käufer dienende und den Kaufvertrag begleitende Nebenabrede hat den Käufer, sofern die Ware ihm nicht gefiel, zur Rücktritt vom Vertrag ermächtigt<sup>1</sup>. Beim Vorbehalt des Kaufs auf Probe darf sich der

---

\* Die Studie wurde mit Förderung des Bolyai János Stipendiums für Forscher (2009-2012) erstellt.

<sup>1</sup> P.-É.VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris 1929, S.83-88.; V. A.GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des „leges privatae“*, Paris 1932.; M.PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht*, Böhlau Wien-Köln-Weimar 2000, S.259-268.; F.PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Böhlau Verlag Köln-Wien, 1973; J.-H.MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles S.37-41.; R.ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, S.393-395.; R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain. Les obligations*, Paris 1954.; FÖLDI A., *A másért való felelősség a római jogban*, Budapest 2004, S.244-245.; É.JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, S.48-49.; A.MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit de préteur*, Paris 1958.; K.-H.MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, in ANRW II 14, Berlin-NewYork 1982, S.524-582.; A.WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis auf fremdem Pferd. Zur Gewinn-Ablieferungspflicht beim Kauf auf Probe*, SZ 119 (2002), S.359-379.; M.KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe. Die gefallensbedingung und ihr Verhältnis zu Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht dargestellt nach pandektischen Grundsätzen*, Zürich 1987.; E.R.DIAZ, *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, Oviedo 1998.; J.A.C.THOMAS, *Provisions for Calling off a Sale*, TR 35 (1967), S.557- 572; R.KNÜTEL, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*. in *Studien im römischen Recht (Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen hamburgischen Schülern)*, Berlin 1973, S.33-56.; 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 *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, S.309-327.; G.GATTI, *Il „pactum displicentiae“ nella vendite a prova e il*

*emptor* nach Prüfung des Kaufgegenstandes frei über die Frage dessen Beibehaltung entscheiden. Diese Nebenabrede hat im Vergleich zu den beiden anderen Nebenabreden, dem Interesse des Verkäufers dienenden *in diem addictio*<sup>2</sup> (D.18.2), und *lex commissoria*<sup>3</sup> (D.18.3) keinen partikulären, benannten Teil in den Digesten erhalten. Der Grund dafür dürfte einerseits davon liegen, dass die Anzahl der vom Kauf auf Probe hervorgerufenen Rechtsstreiten geringer gewesen sein, andererseits kommen vielmehr in diesem Themenkreis am ehesten der Verkauf von Zugtieren und Sklaven vor, während bei den beiden anderen Nebenabreden die Quellenbeispiele häufiger im Zusammenhang mit Immobilienkäufen stehen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Bedeutung dieses Rechtsinstitutes geringfügig wäre, da die vom Kauf auf Probe aufgegriffenen rechtlichen Probleme äußerst kompliziert und weitverzweigt sind. In meinem kurzen Beitrag kann ich keineswegs das Thema komplex behandeln. Lediglich würde ich gerne eine der meistbestrittenen Quellen, einen von Labeo und Ulpian begutachteten Fall interpretieren (Ulp. D.19.5.20*pr.*), der die Romanisten seit langer Zeit beschäftigt.

#### 1. Vorbemerkungen zum *pactum disciplentiae*

Vor der detaillierten Analyse unserer gewählten Quelle möchte ich mich kurz mit der historischen Entstehung des Rechtsinstitutes, und

---

*contratto di „leasing“ nel diritto romano*, in *Studi in onore Arnaldo Biscardi V.*, (1984), S.289-296.; R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition*, South Africa-Deventer-Boston 1992, S.739-741.; A.D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano*, in *AHDE* 45 (1975), S.595-603; R.SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 37 (1983), S.123-134.; M.SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA* 38 (1987), S.25-71.; J.M.BLANCH NOUGUÉS, *Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historica y dogmatica*, in *RIDA* 45 (1998) S.387-411.; E.RODRÍGUEZ DÍAZ, *Antecedentes históricos de l'art. 1.453 del Código civil español*, in *RIDA* 45 (1998), S.585-646.; J.JUSZTINGER, *Ármeghatározás a római adásvételnél*, in *PhD tanulmányok* 7, Pécs 2008, S.135-152.; J.JUSZTINGER, *A római adásvétel és bérlet határain: vételár vagy bérleti díj?*, in *Acta universitatis Szegediensis, Publicationes Doctorandorum Judiciorum Tomus VII*, Szeged 2007, S.114-132.

<sup>2</sup> GY.ÉLES, *A jobb vevő fenntartásával kötött vétel a római jogban (in diem addictio)*, in *Dolgozatok az állam- és jogtudományok köréből VII.*, Pécs 1976, S.7-42.

<sup>3</sup> GY.ÉLES, *A lex commissoria a római adásvételnél*, in *Dolgozatok az állam- és jogtudományok köréből IX.*, Pécs 1978, S.129-156.

mit allgemeinen dogmatischen Fragen der Nebenabreden befassen. Unsere früheste römische literarische Quelle zu diesem Thema ist der nachstehende Dialog in der Komödie ‚Mercator‘ des römischen Dichters Plautus, der an der Wende vom 3. zum 2. Jahrhundert v.Chr. tätig war.

Plautus, *Mercator*, 418-423:

Charinus: *Quid, si igitur reddatur illi unde emptā est?*

Demipho: *Minime gentium.*

Charinus: *Dixit se redhibere, si non placeat.*

Demipho: *Nihil istoc opust:*

*Litigari nolo ego usquam, tuam autem accusari fidem;*

*Multo edepol si quid faciendumst, facere damni maulo. Quam opprobriamentum aut flagitium muliebre efferri domo. Me tibi illam posse opinor loculente vendere<sup>4</sup>.*

In der Komödie wettfeiern ein Vater (Demipho) und sein Sohn (Charinus) um die gleiche Sklavin, die der Sohn von einer Handelsreise nach Hause gebracht hat. Der Sohn flammte von Liebe und versteckte die Geliebte, aber der Vater fand sie und verliebte sich ebenfalls von der Affäre seines Sohnes unwissend. Letztendlich aber siegte die jugendliche Liebe und die Sklavin blieb mit dem Sohn. In unserem zitierten Text hat der junge Charinus seinem älteren Vater, Demiphon, vorgeschlagen, dass er die gekaufte Sklavin an den Verkäufer zurückgeben soll, weil er versprochen hat, sie zurückzukaufen, sofern sie dem Käufer nicht gefallen würde<sup>5</sup>. Obwohl Plautus kein Jurist war, stimme ich mit Éva Jakab dahingehend überein, dass die Beurteilung der Komödien von Plautus in den römisch-rechtlichen und rechtshistorischen Untersuchungen sehr unterschiedlich war. Dies lässt erkennen, dass nach der früheren,

---

<sup>4</sup>Plaut., *Merc.*, 418-423: *Charinus*: Wie wär' es, wenn das Mädchen dem Mann zurückgegeben würde, von dem ich sie gekauft habe? *Demipho*: Niemals, nein, auf keinen Fall! *Charinus*: Er sagte mir, wenn sie uns nicht gefalle, nehm' er sie wieder zurück. *Demipho*: Das muß nicht sein, nein. Ich will in keinen Streit verwickelt werden, will auch nicht, daß man sich über deine Zuverlässigkeit beschweren kann. Wenn etwas geschehen muß, will ich lieber den Schaden auf mich nehmen, als daß Schimpf und Weiberschande aus unserm Hause öffentlich bekannt wird. Auch glaub' ich, daß ich sie dir mit etlichem Gewinn verkaufen kann. (Übersetzt von Dr. Artur Brückmann, Vgl <http://gutenberg.spiegel.de/buch/1795/3>).

<sup>5</sup> A.de SENARCLENS, *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, in TR 4 (1923), S.385.

völlig ablehnenden aber vorsichtigen Verwendung können wir derzeitig seine Szenen – wobei die neueren Ergebnisse der Literaturgeschichte akzeptiert werden – mehrfach auch in der Fachliteratur wiederfinden<sup>6</sup>. In der von uns zur Sprache gebrachten Stelle finden wir nämlich bewusst und richtig angewandten römischrechtlichen Ausdrücke (*dixit se redhibere, si non placeat*), so dass wir den Dialog auch als Beweis für die Anwendung des Kaufs auf Probe aus der Zeit von Plautus interpretieren können<sup>7</sup>. Auf den sachkundigen Gebrauch der römischrechtlichen Terminologie weist auch das hin, dass Paulus, der Spätklassiker, ähnlich formuliert<sup>8</sup>:

Paul. D.18.5.6 (*libro secundo ad edictum*)

*Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur*<sup>9</sup>.

Paulus hat durch Einfügung der bestimmten Zeit ebenfalls den Ausdruck „*si intra certum tempus displicisset, redderetur*“ benutzt. Aufgrund dessen können wir behaupten, dass der Kauf auf Probe in der römischen Rechtspraxis ab dem 2. Jahrhundert v. Chr. bekannt war.

Neben der historischen Darstellung des Kaufs auf Probe müssen wir kurz auch auf die rechtsdogmatische Konstruktion des Rücktrittsvorbehaltes wegen Missbilligung eingehen. Die Möglichkeit des Rücktrittes vom Kauf war in der vertraglichen *clausula* im Zusammenhang mit dem Geschäft beinhaltet. Diese Nebenabreden der Verträge wurden im römischen Recht als *leges privatae* betrachtet, die über die wesentlichen Bestandteile der Vereinbarung

<sup>6</sup> É.JAKAB, *Stipulationes aediliciae. A kéllékhibákért való helytállás kialakulása és szabályai a római jogban*, Szeged 1993, S.72-73.

<sup>7</sup> DE SENARCLENS, *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendendis*, cit., S.394-396.; PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, cit., S.86-87.; MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, cit., S.531-532.

<sup>8</sup> Vgl. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht*, cit., S.260. Anm.53.

<sup>9</sup> Paul. D.18.5.6 (*libro secundo ad edictum*): Ist die Vereinbarung getroffen, daß die verkaufte Sache zurückgegeben werden kann, wenn der Käufer sie innerhalb einer bestimmten Frist mißbilligt, dann ist eine Klage aus Kauf gegeben, wie Sabinus meint; oder es wird eine der Kaufklage ganz nahestehende, auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage gewährt. (Übersetzung: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung III, Digesten 11-20*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, S.498.).

hinaus diese ergänzt haben, und als solche zum Inhalt des Textes wurden<sup>10</sup>. Bei den Kaufgeschäften waren bereits seit Cato diese Klauseln, die die Absicht der Parteien widerspiegeln bekannt, die wurden auch als *lex venditionis* bezeichnet<sup>11</sup>. Viele dieser Vertragsklauseln haben aufgrund ihres häufigen Vorkommens und ihrer standarden Formulierung einen bestimmten Namen erhalten. Demnächst ist ihre Existenz gewissermaßen unabhängig geworden, so etwa im Fall von *in diem addictio*, *lex commissoria* und *pactum displicentiae*<sup>12</sup>. Der Hinweis auf *lex privata* als Vertragsklausel kommt in mehreren Quellen im Zusammenhang mit dem Kauf auf Probe vor<sup>13</sup>. Diese Nebenabreden (*pactes adjoints*, Nebenabreden<sup>14</sup>) wurden in der Privatrechtswissenschaft seit den Glossatoren als *pacta adiecta* bezeichnet. Die Nebenabreden der Kaufverträge hat Azo als in den gültigen Vertrag eingebettete Verabredungen (*coherentia contractus*) zugleich als einklagbar anerkannt<sup>15</sup>.

Die Nebenabreden der Kaufverträge haben es aufgrund des *bonae fidei*-Charakters des Vertrages ermöglicht, dass auch die *pacta* (Nebenabreden), die unmittelbar beim Vertragsabschluss (*in*

<sup>10</sup> GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des „leges privatae“*, cit., S.140.

<sup>11</sup> J.-H.MICHEL, *L'influence de la lex venditionis sur la règles du contrat de vente*, in RIDA13 (1966), S.325-340.

<sup>12</sup> GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des „leges privatae“*, cit., S.120.; MICHEL, *Gratuité en droit romain*, cit., S.334-338.

<sup>13</sup> Alf. D.9.2.52.3 (liber secundo digestorum): *Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. Respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere.*

Dioc., Max. C.4.58.4pr.: *Si praedium quis sub ea lege comparaverit, ut, si displicuerit, inemptum erit, id utpote sub condicione venditum resolvi et redhibitoriam adversus venditorem competere palam est.*[...k. Mart.]

Wenn Jemand ein Grundstück mit der Bedingung gekauft hat, dass der Kauf, wenn es ihm missfiel, so geht solcher, als bedingt geschlossen, offenbar zurück und es findet gegen den Verkäufer die redhibitorische Klage (Wandungsklage) statt.(Übersetzung: Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg), *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt* V, Codex 1-6, Verlag von Carl Vocke, Leipzig 1832, S.663-664.)

<sup>14</sup> MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit de préteur*, cit., S.45-48.

<sup>15</sup> A.BESSENYÓ, *Római magánjog. A római magánjog az európai jogi gondolkodás történetében*, Budapest-Pécs 2003. S.196.

*continenti*) zu Stande gekommen sind, durch die *actio empti* bzw. die *actio venditi* geltendgemacht werden konnten<sup>16</sup>.

## 2. Resolutiv- oder Suspensivbedingung

Misera und Zimmermann haben vermutet, dass das Wesen des Kaufs auf Probe und der Nebenabreden des Kaufvertrags in der Bedingung zu finden seien<sup>17</sup>. Den Römern ist zwar die Bezeichnung Suspensiv- (*condicio suspensiva*) und Auflösungsbedingung (*condicio resolutive*) nicht bekannt gewesen, aber bereits bei den Klassikern treffen wir diese beiden Bedingungstypen de facto an. Die Rechtswissenschaftler dieser Ära haben die Terminologie „*emptio condicionalis*“ als Bezeichnung für den mit aufschiebender Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrag benutzt. Sie haben sie der auflösenden Bedingung, die mit der Wortzusammensetzung „*emptio pura quae sub condicione resolvitur*“ bezeichnet wurde, gegenübergestellt<sup>18</sup>. Diese Differenzierung erscheint insbesondere bei Ulpian (Ulp. D.18.2.2pr.: *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est...*). Es ist wichtig zu bemerken, dass unter dem Begriff „*pura*“ nicht Bedingungslosigkeit, sondern lediglich die bedingte Aussetzung verstanden wurde, es heisst dass das Kaufgeschäft sofort abgeschlossen wurde. Hat sich die Bedingung vereitelt, wurde dieses Verhältnis wieder aufgelöst: *sub condicione resolvitur*. Ebenso hat das „*condicionalis emptio*“ für die Römer nicht allgemein den bedingten Kauf bedeutet, sondern nur einen Kauf, der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde<sup>19</sup>.

Hinsichtlich des *pactum displicentiae* wurde diese Möglichkeit der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung in den nachstehenden Institutionen von Justinian wie folgt formuliert:

<sup>16</sup> VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, cit., S.49-50.; A.FÖLDI, *A jóhiszeműség és a tisztesség elve. Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig*, Budapest 2001. S.14-15.

<sup>17</sup> MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, cit., S.539-559.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition*, cit., S.739-741.

<sup>18</sup> PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, cit., S.94.

<sup>19</sup> R.HENLE, *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, in *Festschrift Paul Koschaker II.*, Weimar 1939, S.169-192.; ÉLES, *A jobb vevő fenntartásával kötött vétel a római jogban (in diem addictio)*, cit., S.12-13.

Inst. 3. 23.4

*Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. Sub condicione veluti 'si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot'*<sup>20</sup>.

In dieser Quelle ist zweifelsohne der mit aufschiebender Bedingung abgeschlossene Kauf auf Probe definiert. Darauf weist einerseits die Wortbenutzung *'sub condicione'*, andererseits die positive Formulierung der subjektiven Ansicht des Käufers beim Kauf auf Probe *„si placuerit“* (d.h. wenn es dir gefällt) hin<sup>21</sup>. Würde es nämlich um eine auflösende Bedingung gehen, wäre die negative Formulierung, die *„nisi displicuerit“* (wenn es dir nicht gefallen würde), benutzt worden<sup>22</sup>.

In unserem nächsten Quellenbeispiel stellt Ulpian eindeutig und klar fest, dass ein Kaufvertrag auch unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen werden kann:

Ulp. D.18.1.3 (*libro vincensimo octavo ad Sabinum*)

*Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione*<sup>23</sup>.

Die klassische Herkunft der Quelle steht außer Zweifel und beinhaltet eindeutig eine auflösende Bedingung<sup>24</sup>. Hier hat der Käufer seine Ansicht im Vergleich zu den früheren Beispielen negativ *„si displicuisset“* formuliert. Zudem wird sofort auch die Rechtswirkung festgehalten, nach der beim Eintritt dieser Bedingung der Kauf ungültig wird (*inempta esset*). In dieser Quelle wird betont, dass der Kaufvertrag zweifelsohne nicht unter einer aufschiebenden Bedingung (*non esse sub condicionem distractam*), sondern unter einer auflösenden Bedingung vereinbart wurde. Es bestätigt, dass der

<sup>20</sup>Inst.3.23.4: Ein Kaufvertrag kann ebenso gut unter einer Bedingung wie unbedingt abgeschlossen werden; Beispiel für eine Bedingung: 'Wenn Stichus dir innerhalb einer bestimmten Frist gefällt, hast du ihn für soundso viele Goldstücke gekauft.' (Übersetzung: Behrends/Knütel... I, Heidelberg 1990, S.185.).

<sup>21</sup>MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht, cit.*, S.559-560.

<sup>22</sup>PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, cit.*, S.122-124.

<sup>23</sup>Ulp. D.18.1.3 (*libro vincensimo octavo ad Sabinum*): Wenn eine Sache mit der Abrede verkauft wird, sie solle, wenn sie mißbilligt wird, nicht gekauft sein, so steht fest, daß sie nicht unter einer (aufschiebenden) Bedingung verkauft ist, sondern daß der Kaufvertrag unter einer Bedingung (durch Rückabwicklung) wieder aufgelöst wird. (Übersetzung: Behrends/Knütel...III, Heidelberg 1999, S.440.).

<sup>24</sup>MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht, cit.*, S.555.

Gedanke der aufschiebenden Bedingung beim Kauf auf Probe bereits in den klassischen Zeiten (nicht nur in den früher bereits erwähnten Institutionen von Justinian) beim von *pactum displicentiae* erschienen ist.

Bei der nächsten Quelle von Mela-Ulpian können wir nunmehr eine Unterscheidung der beiden Bedingungen im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Risikotragung erkennen.

Ulp. D.19.5.20.1 (*libro trigesimo secundo ad edictum*)

*Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mularum a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari<sup>25</sup>.*

Im Beispiel von Ulpian werden Maultiere mit der Abrede verkauft, dass der Käufer sie nur dann kauft, falls er an ihnen Gefallen findet. Sofern sie dem Käufer nicht gefallen, wird er für jeden Tag einen bestimmten Betrag für die Nutzung bezahlen. Die Maultiere sind während der Probezeit von Wegelagerern geraubt. Deshalb stellt sich die Frage, ob der „Käufer“ in diesem Fall haftet, und wenn ja, wieviel: sowohl den Kaufpreis als auch den Mietzins oder nur den Mietzins? Laut Mela liegt das entscheidende Kriterium der Abgrenzung darin, ob der Kaufvertrag bereits abgeschlossen wurde, oder ob die Parteien ihn nur zukünftig abschließen wollten. Ist der

---

<sup>25</sup> Ulp. D.19.5.20.1 (*libro trigesimo secundo ad edictum*): Ferner wird bei Mela die Frage gestellt: Wenn ich dir Maultiere auf Probe mit der Abrede gegeben habe, daß du sie bei Billigung kaufst, bei Mißbilligung etwas für die einzelnen Tage zahlst, die Maultiere dann aber innerhalb der Probefrist von Wegelagerern geraubt worden sind – was ist nun zu leisten, der Kaufpreis oder nun der Mietzins? Und Mela sagt, es komme darauf an, ob der Kauf schon abgeschlossen war (und bei Mißbilligung rückabgewickelt werden sollte), oder ob er erst ein künftiger war (und durch Billigung perfekt werden sollte), so daß, wenn er abgeschlossen war, der Kaufpreis, wenn er ein künftiger Kauf war, Mietzins verlangt werden kann. Er äußert sich jedoch nicht zu den Klagen. Ich meine aber, daß dann, wenn der Kauf perfekt war, die Klage aus Verkauf gegeben ist, bei noch nicht perfektem Kaufvertrag dagegen eine solche Klage, wie sie gegen den Kunstreiter gewährt wird. (Übersetzung: Behrends/Knütel... III, Heidelberg 1999, S.606.).



Vertrag bereits zustande gekommen, kann der Kaufpreis verlangt werden, wenn der Vertrag erst zukünftig abgeschlossen wird, kann hingegen nur der Mietzins gefordert werden.

Mela unterscheidet in diesem Rechtsfall zwischen zwei verschiedenen Sachverhältnissen: die Parteien haben den Vertrag bereits abgeschlossen, oder sie wollen den Vertrag erst zukünftig abschließen. Im ersten Fall ist die Vereinbarung der Vertragsparteien ein Kauf auf Probe, d.h. ein Kaufvertrag, der mit einer Nebenabrede ergänzt wurde. Nachdem in die Vereinbarung der Parteien in diesem Fall eine auflösende Bedingung eingebaut wurde („*si displicuissent*“, sofern die Maultiere nicht gefallen), ist der Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Aufgrund des perfekten Vertrages ging die Gefahr auf den Käufer über, wodurch er das Risiko des Untergangs bzw. des Verlustes der Maultiere infolge des Angriffes der Wegelagerer (*vis maior*) trug. Wenn die Parteien den Vertrag hingegen erst zukünftig abschließen wollten, müssen die Rechtsfolgen der Vereinbarung unterschiedlich ausfallen. Konnten sich die Parteien über die wesentlichen inhaltlichen Elemente des Vertrages nicht einigen, weil die Vereinbarung keinen Kaufpreis enthält, ist der Kauf zwischen ihnen im Sinne von „*sine pretio nulla venditio est*“ nicht zustande gekommen. Die Probefristvereinbarung zielte diesmal meines Erachtens – wobei ich den Standpunkt von Misera, Wacke, Jusztinger teile – gerade auf die Festsetzung des Kaufpreises ab, so dass nach dem Anschauen der Sache durch den Käufer und nach deren Übergabe zur Untersuchung (*inspiciendum dare*) das *pretium* festgesetzt werden könne<sup>26</sup>. Die andere Variante ist der zukünftig abzuschließende Vertrag, wenn die Parteien sich über den Kaufpreis schon geeinigt haben (die Übergabe erfolgt also nicht *pretium explorandum*), es wurde doch keine *emptio perfecta* abgeschlossen, weil der Vertrag an die aufschiebende Bedingung gebunden wurde. Die Gefahr des Untergangs der Ware war während der Schwebelage dieser Bedingung vom Verkäufer getragen. Für diese Auslegung spricht der Ausdruck „*si placuissent*“ („wenn diese gefallen“) im Text. Ich teile den Standpunkt von Thomas und Misera, die diesen Fall als Kauf auf Probe betrachten, wenn auch diese Gestaltungsform

<sup>26</sup> MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, cit., S.543-547.; WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis...* cit., S.368.; JUSZTINGER, *Ármeghatározás a római adásvételnél*, cit., S.135-152.

(aufschiebende Bedingung) in unseren Quellen seltener vorkommt<sup>27</sup>. Die Auslegung von Pennitz halte ich für nicht akzeptabel, da er das Geschäft als ein *pactum* betrachtet, wodurch ein gemischter Vertrag mit dem Charakter *do ut facias* geschaffen wird. Nach seinem Standpunkt kommen die Elemente der Miete wegen des Verlustes der Sache zur Geltung. Daher könnte nur der Mietzins geltendgemacht werden. Der Verfasser begründet es leider nicht, warum den Parteien in diesem Fall die *actio praescriptis verbis* zur Verfügung steht, und warum nicht die *actio locati*<sup>28</sup>, wie es im Fall von Mietzinsforderungen üblich wäre. Da wir in diesem Rechtsfall über eine Gestaltungsform auf der Grenze zwischen dem römischen Kaufvertrag und der Miete sprechen können, teile ich die Ansicht von Knütel, der den Sachverhalt für eine alternative Kauf- oder Mietvereinbarung hält. Knütel weist richtig darauf hin, dass diese Vereinbarung von denjenigen Fällen abzutrennen ist, in denen sich die Mietvereinbarung lediglich als eine Nebenabrede (*pactum adiectum*) an den Kauf anschließt. (Iav. D.18.1.79; Paul. D.19.1.21.4, Herm. D.18.1.75<sup>29</sup>). Sie ist zugleich von denjenigen Fällen abzugrenzen (Knütel bezeichnet diese als „kumulative Kombination“), in denen der Käufer bis zur vollständigen Begleichung des Kaufpreises auch mietet, d.h. sich parallel zur Erfüllung dazu verpflichtet, sowohl Mietzins als auch Kaufpreis zu zahlen (Paul. D.19.2.20.2, Jav.

<sup>27</sup> J.A.C.THOMAS, *Fictitious Satisfaction and Conditional Sales in roman Law*, II 1 (1966), S.119.; MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, cit., S.545.

<sup>28</sup> PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht*, cit., S.261-265.

<sup>29</sup> Iav. D.18.1.79 (*libro quinto ex posterioribus Labeonis*): *Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi, ut id quod convenirat fiat. Ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure utimur.*

Paul. D.19.1.21.4 (*libro trigesimo tertio ad edictum*): *Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit.* Herm. D.18.1.75 (*libro secundo iuris epitomarum*): *Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel si vendat non alii, sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id quod pepigerunt ex vendito agere poterit.*

D.19.2.21<sup>30</sup>). Seiner Meinung nach ist die Absicht der Parteien eindeutig: Gefallen die Maultiere nämlich dem Käufer, wurde ein Kauf abgeschlossen; wenn nicht, wird für die Probefrist ein Mietzins fällig<sup>31</sup>.

Wenn wir die verschiedenen Standpunkte in der Fachliteratur über die Auslegung der Quellen zusammenfassen, können wir feststellen, dass in unserer Quelle der Kauf mit aufschiebender bzw. auflösender Bedingung abgegrenzt wird und dementsprechend abweichende Gefahrtragsregeln festgestellt werden.

Dieselbe Gefahrtragsregel wird auch im nächsten Rechtsfall von Pomponius in den Vordergrund gestellt.

Pomp. D.13.6.13.1 (*libro undecimo ad Sabinum*)

*Si quem questum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem questui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit*<sup>32</sup>.

Der Rechtswissenschaftler spricht meines Erachtens wiederum von einem mit aufschiebender Bedingung abgeschlossenen Kauf auf Probe<sup>33</sup>. Während der Probefrist hat der Käufer die Lasttiere vermietet und dadurch einen Gewinn erzielt. Die Gefahr des Untergangs der Lasttiere hat allerdings nicht er, sondern der Verkäufer getragen. Dies könnte nur so möglich sein, dass der Kauf noch nicht perfekt geworden ist. In diesem Fall wäre auch die Gefahr auf den Käufer übergegangen. Um eine auflösende Bedingung kann es sich also nicht handeln. So ist der Standpunkt des Rechtswissenschaftlers eindeutig.

<sup>30</sup> Paul. D.19.2.20.2 (*libro trigesimo quarto ad edictum*) : *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.* Iav. D.19.2.21 (*libro undecimo epistularum*): *Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*

<sup>31</sup> KNÜTEL, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, cit., S.33f.

<sup>32</sup> Pomp. D.13.6.13.1 (*libro undecimo ad Sabinum*): Wenn jemand, der etwas zur Probe erhalten hat, damit einen Gewinn macht – zum Beispiel wenn es sich um Lasttiere handelt und diese vermietet worden sind – so muß er den Gewinn demjenigen herausgeben, der (ihm die Sache) zur Probe gegeben hat; denn solche Sachen dürfen nicht eher jemandem zum Erwerb dienen, als bis er die Gefahr für sie trägt. (Übersetzung: Behrends/Knütel... III, Heidelberg 1999, S.171.).

<sup>33</sup> MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, cit., S.556-557.

Während der Probefrist steht der Mietzins dem Verkäufer zu, dieser ist ihm zurückzuerstatten<sup>34</sup>.

Es stellt sich die Frage, was geschieht, wenn es nicht um Vorteile, sondern um Nachteile, zum Beispiel um Schadenersatzzahlungen, geht.

Alf. D. 9.2.52.3 (*liber secundo digestorum*)

*Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. Respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere<sup>35</sup>.*

Alfenus ging bereits in der vorklassischen Recht davon aus, dass die Entscheidung der Frage, ob man für den von einem zur Probe übergebenen Tier verursachten Schaden, aufzukommen hat davon abhängt, wem das Tier gehört. Anders formuliert, ob der Käufer die Ochsen bereits erworben hat oder diese noch dem Verkäufer gehören. Das ist wiederum die Frage der Perfektion des Kaufs. Ich weise auf das früher bereits beschriebene Rechtsprinzip hin, dass derjenige, der den Vorteil genießt, soll auch die Schäden tragen. Wegen eines während der Probefrist vom Tier verletzten Sklaven besteht kein Schadenersatzanspruch, wenn dieser bereits dem Käufer gehört hat, weil auch die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Aufgrund dessen soll er den durch die Verletzung seines eigenen Sklaven entstandenen Schaden tragen. Ist die Gefahr noch nicht übergegangen, weil der Kauf noch nicht perfekt geworden ist, unterscheidet sich die Gefahrtragung des Verkäufers danach, um welchen Fall der

<sup>34</sup> PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, cit., S.105-106.

<sup>35</sup> Alf. D.9.2.52.3 (*liber secundo digestorum*): Jemand verkaufte Rinder mit der Abrede, sie zunächst nur zur Probe zu übergaben; später übergab er sie zur Probe. Als der Sklave der Käufers sie erprobte, wurde er von einem Rind mit dem Horn gestossen. Man fragte an, ob der Verkäufer dem Käufer den Schaden ersetzen müsse. Ich habe folgendes Gutachten erteilt: Hatte der Käufer die Rinder [bereits durch Erklärung der Billigung] gekauft, braucht der Verkäufer nicht Ersatz zu leisten. Hatte der Käufer sie dagegen noch nicht gekauft, braucht der Verkäufer dann keinen Ersatz zu leisten, wenn es infolge der Fahrlässigkeit des Sklaven dazu kam, dass er vom Rind gestossen wurde; kam es dagegen infolge einer gefährlichen Eigenschaft des Rindes dazu, so muss er Ersatz leisten. (Übersetzung: Behrends/Knütel... II, Heidelberg 1995, S.767-768).

Schadensgefahr es geht. Erfolgte die Zufügung des Schadens aus einem der Ware inhärenten Fehler, muss der Verkäufer für den Schaden aufkommen. Beruht der Schaden hingegen auf dem Verhalten des Sklaven des Käufers, so muss letzterer die Gefahr tragen<sup>36</sup>.

Ulp. D.19.5.20. 2 (*libro vicesimo octavo ad edictum*)

*Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere*<sup>37</sup>.

In der ersten Hälfte des Sachverhaltes äussert sich Ulpian eindeutig über die Frage der Gefahrtragung. Da der Kauf im Interesse der Person stand, die das Silberstück übersandt hatte, trägt auch diese die Gefahr<sup>38</sup>. Der Vertrag ist perfekt geworden und die Gefahr ist auf den Käufer übergegangen<sup>39</sup>. Weil dieser den Vertrag jedoch wegen des Nichtgefallens aufgelöst hat<sup>40</sup>, ist die Gefahr an den Verkäufer zurückgegangen. Misera hält das Geschäft mit Recht für einen Kauf,

<sup>36</sup> JAKAB, *Stipulationes aediliciae, cit.*, S.203-232.

<sup>37</sup>Ulp. D.19.5.20.2 (*libro vicesimo octavo ad edictum*): Als du Silbergerät kaufen wolltest, hat ein Silberschmied solches Gerät zu dir gebracht und bei dir gelassen, und, da es dir nicht gefiel, hast du es deinem Sklaven mit dem Auftrag übergeben, es zurückzubringen. Wenn es dabei verlorengegangen ist, ohne daß dir Arglist oder Fahrlässigkeit vorzuwerfen war, gehe der Schaden zu Lasten des Silberschmieds, weil das Gerät auch in seinem Interesse übersandt worden ist. Zweifellos müsstest du, wie Labeo sagt, für das Verschulden derer einstehen, denen du das Gerät zur Bewachung und Transport übergeben hast. Und ich meine, daß dafür eine Klage, mit vorgeschalteten Formelworten gegeben ist. (Übersetzung: Behrends/Knütel... III, Heidelberg 1999, S.607.).

<sup>38</sup> „War der Kauf bereits *contracta, facta*, (Ulpian) *perfecta*, also resolutiv bedingt, so muss K den Kaufpreis zahlen. Denn der resolutiv bedingte Kauf wird als *emptio pura* aufgefasst, bei dem die Geschäftswirkungen erst mit dem Bedingungeintritt enden. Bei perfektem Kaufvertrag trägt aber der Käufer die Gefahr für höhere Gewalt und damit auch die Gefahr für den Verlust der Maultiere infolge Wegschleppens durch Wegelagerer.“ Vgl MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht, cit.*, S.544.

<sup>39</sup> „So ist bei der *emptio contracta* der Kaufvertrag perfekt, und der Käufer trägt deshalb die Gefahr.“ Vgl MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht, cit.*, S.544.

<sup>40</sup> „...so handelt es sich um einen resolutiv bedingten Kauf...“ Vgl MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht, cit.*, S.552.

der unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen wurde, aufgrund derer dann infolge des Rücktritts die Gefahr des Verlustes auf den Übergeber zurückübertragen ist<sup>41</sup>. Diese Regel wird in der anderen Hälfte des Rechtsfalls spezifiziert, worin Ulpian mit Hinweis auf Labeo unter Anwendung der Regeln der Verantwortung für andere eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip sieht<sup>42</sup>. Földi stellt im Zusammenhang mit diesem Fall fest, dass der Schuldner auch für die Fahrlässigkeit der Personen, denen die Sache zwecks Aufbewahrung oder Transport übergeben wurde, d.h. für Erfüllungsgehilfen, verantwortlich ist. Aufgrund dieses Prinzips haftet der Schuldner so als ob er selbst gehandelt hätte<sup>43</sup>.

Als Fazit unserer bisherigen Ausführungen können wir feststellen, dass wir in unseren Quellen sowohl die aufschiebende als auch die auflösende Bedingung als Rücktrittsrecht finden. Bei der aufschiebenden Bedingung finden wir den positiv formulierten Ausdruck „sofern es dir gefällt“ (*si placuerit*). Wenn der Kauf zwischen den Parteien nur beim Eintritt eines zukünftigen Ereignisses (wenn der Käufer sein Gefallen zum Ausdruck bringt) zustandekommt, geht die Gefahr nicht auf den Käufer über. Dieser darf dementsprechend aber auch nicht den Nutzen aus den auf Probe übergebenen Waren ziehen. Nachdem diesmal der Kauf nicht perfekt geworden ist, haben die Juristen nicht die Zulassung der beim Kauf, sondern die *actio praescriptis verbis*, die bei Realkontrakte in der Art *do ut facias* angewandte Klage als begründet angesehen. Demgegenüber finden wir in den meisten Quellen über Kauf auf Probe die negative Formulierung (*si displicuisset*), die eine Eigenart der auflösenden Bedingung ist. In diesem Fall gehen wegen des perfekten Kaufs sowohl die Gefahr als auch die Vorteile auf den Käufer über und es kann auch die Kaufklage erhoben werden.

---

<sup>41</sup>„Während Ulpian im vorausgehenden Paragraphen (u.a.) die Gefahrtragung für den Untergang der Sache während der Probezeit von einer Entscheidung der Käufer erörtert hatte, behandelt er in eod § 2 das *periculum* nach *displicere* und damit nach Aufhebung des Kaufvertrages. Die Gefahr jenseits von Verschulden liegt beim Geber, weil das Silberzeug auch um *vascularius* willen geschickt worden ist.“ MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, cit., S.553.

<sup>42</sup>ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, 1987, cit., S.393. und 398.

<sup>43</sup>FÖLDI, *A másért való felelősség a római jogban*, Budapest 2004, S.244-245.

3. Auslegung von *D.19.5.20pr.*

Im Folgenden gehen wir auf die meistbestrittene – und daher die zentrale Frage unseres Beitrages darstellende – Quelle von Labeo-Ulpian ein:

Ulp. *D.19.5.20pr.* (*libro vicesimo octavo ad edictum*)

*Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares<sup>44</sup>.*

Aufgrund des Sachverhaltes hat ein *desultor* einige zum Verkauf beabsichtigte Pferde (*equos venales*) zur unentgeltlichen Erprobung mit der Abrede übernommen, dass er die Pferde, falls sie ihm nicht gefallen, innerhalb von drei Tagen dem Verkäufer zurückgeben wird. Die Parteien haben den Kaufpreis vermutlich bereits festgelegt, da der Kaufvertrag ohne Preisvereinbarung auch bei Annahme der Pferde vom Käufer nicht zustande gekommen wäre. Ein wesentlicher Umstand ist, dass der Käufer ein *desultor* war: er war in Rom ein sehr beliebter Reiterakrobat, der in der Regel Sprünge auf Pferden als Zirkusattraktion durchgeführt hat. Diese Akrobatproduktionen – wie es Wacke bemerkt – wurden von den Reiterakrobaten zumeist in den Pausen der Wagenrennen von Viergespannen vorgeführt. Nach jeder einzelnen Runde sind sie von einem schnell galoppierenden Pferd auf ein damit verbundenes anderes Pferd übergesprungen<sup>45</sup>. Während des Galopps sind sie auf dem Rücken der Pferde gestanden oder gelegen, haben Gegenstände vom Fußboden der Arena aufgehoben bzw. sie

---

<sup>44</sup> Ulp. *D.19.5.20pr.* (*libro vicesimo octavo ad edictum*): Bei Labeo wird gefragt, ob die Klage aus Verkauf gegen dich in folgendem Fall gegeben ist: Ich habe dir Pferde zum Verkauf auf Probe mit der Abrede übergeben, daß du sie zurückgibst, falls sie dir in der Probezeit von drei Tagen nicht gefallen. Du hast daraufhin als Kunstreiter mit ihnen an einem Wettkampf teilgenommen und den Sieg errungen. Dann willst du sie nicht mehr kaufen. – Ich (Ulpian) meine, es ist richtiger mit vorgeschalteten Formelworten zu klagen (als mit der Kaufklage). Zwischen uns war nämlich vereinbart, daß du die Pferde zur unentgeltlichen Erprobung übernimmst, nicht aber daß du sie bei einem Wettkampf einsetzt. (Übersetzung: Behrends/Knüttel... III, Heidelberg 1999, S.606.)

<sup>45</sup> T.MAYER MALY, „*Quadriga*“, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, Vol. 2, Pamplona 1987, S.853-868.

sind neben den Pferden hergelaufen oder plötzlich auf ihre Rücken gesprungen.

Diese Tätigkeit wurde bei römischen Zirkusspielen zwischen dem zweiten und dem sechsten Jahrhundert auf sehr hohem Niveau ausgeübt (*ars desultoria*<sup>46</sup>).

Im Zusammenhang mit diesem Rechtsfall ist es nötig zu erwähnen, dass der *desultor* im Laufe der dreitägigen Probezeit (*triduo*) mit den zur Erprobung erhaltenen Pferden an einem Wettkampf (*in his concurreris*) teilgenommen hat, bei dem er den Sieg errungen hat (*et viceris*). Erst nachher hat er die Pferde dem Verkäufer zurückgegeben. Da die Probe unentgeltlich war (*experimentum gratuitum*), hat er weder Kaufpreis noch Nutzungsgebühr bezahlt und darüber hinaus noch seinen Gewinn beibehalten.

Als Probezeit haben die Parteien eine besonders kurze, dreitägige Frist festgelegt, aus welchem Grund die Probezeit meines Erachtens unentgeltlich blieb. Gegenüber den sonstigen Quellen über *pactum displicentiae*, wo wir auch Probezeiten von 60 Tagen treffen, ist dies eine ungewöhnlich kurze Dauer<sup>47</sup>. In diese kurze dreitägige Frist war

<sup>46</sup> M.GEDEON, *Az antik Róma „sportjoga“*, Miskolc 2005, S.98-99.; WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis... cit.*, S.362-363.

<sup>47</sup> Ulp. D.21.1.31.22+23 (*libro primum ad edictum aedilium curulium*): *Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur: si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accomodatur emptori ad redhibendum, ultra non. Si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. § 23. Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium dabitur: in causae autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens cui redderetur, aut aliqua iusta causa intercessit, cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat.*

Wurde etwas mit der Bestimmung verkauft, daß es bei Nichtgefallen innerhalb einer bestimmten Frist zurückgegeben werden kann, so wird diese Vereinbarung als gültig anerkannt. Wenn man aber hinsichtlich der Frist nichts vereinbart hat, wird dem Käufer innerhalb von sechzig zur Rechtsverfolgung tauglichen Tagen eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage auf Rücknahme gewährt, über diese Frist hinaus nicht. Wenn man dagegen vereinbart hat, daß die Rücknahme unbefristet erfolgen kann, ist diese Vereinbarung meiner Meinung nach gültig. § 23. Ist die vorgesehene sechzig-tägige Frist verstrichen, so wird eine Klage nur nach Voruntersuchung darüber verhandelt, ob seitens des Verkäufers Annahmeverzug vorlag oder ob derjenige nicht anwesend war, dem (die Sache) zurückgegeben werden sollte, oder ob irgendein anderer rechtmäßiger Grund gegeben ist, warum der Sklave, den der Käufer (wegen des Mangels) nicht behalten wollte, nicht innerhalb der Frist zurückgegeben worden ist. (Übersetzung: Behrends/Knütel/... IV, Heidelberg 2005, S.30-31.).



auch der Tag der Übergabe mit eingerechnet. Daher hat der Käufer dem Verkäufer am Ende des zweiten Tages nach dem Kauf sein Nichteinverständnis mitzuteilen gehabt (dies entspricht praktisch der zweitägigen Frist im heutigen Sinne<sup>48</sup>). Eine kurze Probezeit von nur drei Tagen kommt auch in Catos *Agricultura* vor (Cato agr. 148 „*In triduo proximo viri boni arbitrato degustato*“<sup>49</sup>). Zugleich hat Jakab gerecht darauf hingewiesen, dass beim Weinkauf die Kostprobe nicht als *pactum dispicientiae* betrachtet werden soll, weil das einfache Nichtgefallen nicht zum Rücktritt führen konnte. Hier hat vielmehr die Entscheidung *boni viri arbitrato* die Feststellung der für den Vertrag charakteristischen Fehler objektiver gemacht und nur *acor* und *mucor* können zum Rücktritt vom Rechtsgeschäft seitens des Käufers geführt haben<sup>50</sup>. Es ist wichtig zu betonen, dass in der Cato-Formel des Weinkaufs die Weinprobe nach dem Vertragsabschluss stattgefunden ist<sup>51</sup>. Frier nennt die Weinprobe aufrecht als Beispiel für eine auflösende Bedingung<sup>52</sup>.

Es ist wichtig anzumerken, dass in unserem Fall der Kauf nicht zustande gekommen ist (*emere nolueris*). Obwohl die Probe selbst erfolgreich gewesen ist und der *desultor* mit den Pferden ohne besondere Vorbereitung einen Wettkampf gewonnen hat, ist er vom Vertrag zurückgetreten. Er hat dies vornehmen können, da ein

---

<sup>48</sup> WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis... cit.*, S.361. „Die Billigungsfrist war hier ebenso kurz bemessen wie die gleichfalls dreitägige Frist für die schriftliche Einlegung der Appellation gegen Urteile. Da nach antiker Zählung der Tag des Ereignisses schon als erster in die Frist eingerechnet wurde, ist die Zeitangabe „bis übermorgen“ nach moderner Auffassung sogar bloß eine solche von zwei Tagen. Eine etwaige Missbilligung war dem Verkäufer demnach spätestens bis zum Ende des übernächsten Tages mitzuteilen.“

<sup>49</sup> É.JAKAB, *Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein*, SZ 121 (2004), S.208-209. „...der Wein kann innerhalb der kurzen Frist von drei Tagen verkostet werden. Der Käufer oder sein Agent fährt zum Weingut und überzeugt sich von der Qualität in jedem Fass.“

<sup>50</sup> JAKAB, *Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein, cit.*, S.209-210.

<sup>51</sup> JAKAB, *Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein, cit.*, S.211.; B.FRIER, *Roman Law and Wine Trade: The Problem of 'Vinegar Sold As Wine'*, SZ 100 (1983), S.281.

<sup>52</sup> FRIER, *Roman Law and Wine Trade: The Problem of 'Vinegar Sold As Wine', cit.*, S.281. „The condition of wine-tasting is therefore a „resultive“ condition: the sale remains valid and enforceable until the buyer after tasting the wine, rejects it as unmarketable owing to its deterioration.“

wesentliches Element des Kaufs auf Probe ist, dass der Käufer eine subjektive Entscheidung trifft, wobei er nicht verpflichtet ist, sein Nichtgefallen zu begründen. Er darf auch nicht zum Abschluss bzw. zur Aufrechterhaltung des Kaufs gezwungen werden<sup>53</sup>.

Im behandelten Textteil werden zwei unterschiedliche Klagen erwähnt. Labeo hat noch die Erhebung der *actio ex venditi* vorgesehen, Ulpian hätte eher die *praescriptis verbis actio* für richtiger gehalten. Woran konnten sich diese Klagen richten? Der Eigentümer der Pferde konnte die Rückgabe der Pferde (in dieser Hinsicht gab es zwischen ihnen keine Auseinandersetzung), den vereinbarten Kaufpreis oder den Wert des Gewinns fordern. Letzteren durfte der *desultor* deshalb nicht behalten, weil die unentgeltliche Erprobung dem Begünstigten keinen tatsächlichen Vorteil verschaffen darf, welche Regel für alle unentgeltlichen Verträge gilt.

Im Schrifttum der Romanistik können wir die verschiedenen Standpunkte, die im Laufe der Auslegung des Quellentextes entstanden sind, in drei Gruppen eingliedern:

Die erste Auffassung wird von den Verfassern vertreten, die den Kauf auf Probe für eine mit auflösender Bedingung abgeschlossene Nebenabrede halten. In dieser Verfassergruppe erachten Beseler und Levy, dass die Übergabe der Pferde kein einfaches Kaufangebot, sondern ein perfekter Kaufvertrag mit Probefristabrede gewesen sein<sup>54</sup>. Auch Misera stimmt diesem Gedanke zu, nach dem der Käufer und Verkäufer sich in einer *condicio resolutive* vereinbart haben. Hätten die Parteien den Kauf auf Probe unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, hätte sich auch die Frage der *actio venditi* nicht gestellt (da diesmal kein Kauf zustande kommt, ist diese Klage nicht anwendbar). Miseras weiteres wesentliches Argument ist die Verwendung des Verbs *displicere*, dessen negative Formulierung bei den anderen Quellen über Kaufverträge, die unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen wurden, vorgekommen ist<sup>55</sup>.

Die zur zweiten Gruppe gehörenden Verfasser (Michel, Thomas, Rodrigues Diaz und Wacke) halten demgegenüber die Vereinbarung

<sup>53</sup> MICHEL, *Gratuité en droit romain, cit.*, S.40-41.

<sup>54</sup> G.BESELER, *Romanistische Studien*, SZ 54 (1934), S.14-15.; E.LEVY: *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesammelte Schriften* 2, Graz-Köln 1963, S.274-275.

<sup>55</sup> MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht, cit.*, S.550-551.

über die dreitägige Probefrist für eine aufschiebende Bedingung<sup>56</sup>. Michel bemerkt im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit und der Entgeltlichkeit, dass obgleich die Probe unentgeltlich gewesen ist, ist zwischen den Parteien jedoch keine Leihe, sondern ein Kauf zustande gekommen, der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde<sup>57</sup>. Thomas bemerkt, dass diese Drei-Tage-Probefrist mit der im Werk von Cato erwähnten Weinkostprobezeit übereinstimmt. Demgegenüber treffen wir im Edikt *des aedilis* bei der *actio in factum* und der *actio ad redhibendum* eine längere Probezeit (60 Tage), die bereits auf eine *emptio perfecta* schließen lässt. Abweichend von unserem Fall wäre dies schon eine auflösende Bedingung<sup>58</sup>. Rodrigez Diaz hält ebenfalls (wegen der Klagen) die aufschiebende Bedingung für wahrscheinlicher, wobei er anmerkt, dass aufgrund dieses Rechtsfalls zur Zeit von Labeo der Kauf noch nicht perfekt wurde, weswegen der *desultor* den Gewinn nicht behalten durfte. Zur Zeit von Ulpian (als laut dem Verfasser das *pactum displicentiae* bereits als auflösende Bedingung ausgelegt wurde) wäre der Fall dagegen nicht als Kauf, sondern als ein atypischer Realkontrakt zu interpretieren. In der Auslegung des spätklassischen Juristen konnte der Gewinn nicht mit der *actio venditi*, sondern mit der *actio praescriptis verbis* zurückverlangt werden<sup>59</sup>. Laut Wacke befinden sich zwei unterschiedlichen Sachverhalte im Rechtsfall. Im Zeitalter von Labeo wurde dem Käufer sein Rücktrittsrecht entzogen, wenn er den Gewinn behalten hatte. Daher konnte der Verkäufer mit der *actio venditi* den Kaufpreis fordern. Demgegenüber müssen wir den Fall zur Zeit Ulpians – wenn die Probezeit äußerst kurz war – eher als einen Kauf, der mit aufschiebender Bedingung abgeschlossen wurde, interpretieren. Somit durfte der Reiterakrobat (*desultor*) das Pferd während der Probe nicht gebrauchen, deshalb ist weder die Gefahr auf ihn übergegangen, noch hat sie den Gewinn behalten dürfen. Zu dessen Rückforderung hat anstelle der *actio venditi*, die wegen des nicht zustande gekommenen

<sup>56</sup> G.LARDEUR, *Du pactum displicentiae*, Paris 1893 (thèse), S.9. und 91.

<sup>57</sup> MICHEL, *Gratuité en droit romain, cit.*, S.41. „...l'essai, même gratuit, ne constitue pas un commodat s'il est assorti à un contrat de vente, même conclu sous condition suspensive...”.

<sup>58</sup> THOMAS, *Provisions for Calling off a Sale, cit.*, S.570-571.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, *Antecedentes históricos de l'art. 1.453 del Código civil español, cit.*, S.195-199.

Kaufs widerrufbar gewesen ist, die das *actio praescriptis verbis* gedient.<sup>60</sup>

Laut den Verfassern, die die dritte Auslegungsmöglichkeit vertreten – Wieacker, Flume, Peters, Knellwolf, Santoro – dürfen wir nicht über einen bedingten Kauf, sondern nur über ein Kaufangebot reden. Gemäss der Ansicht von Wacke ist der Kaufvertrag zwischen den beiden Parteien keineswegs zustande gekommen (auch nicht mit Bedingung). Seines Erachtens ergibt sich aus dem Text, dass die Pferde zwar zum Kauf angeboten wurden, aber der Käufer diese erst später zu kaufen gewünscht hat. Laut seinem Standpunkt ist die Fragestellung des Labeo verständlich. Den klassischen Juristen hat nur das beschäftigt, ob die *actio venditi* wegen des Nutzungsdiebstahls (*furtum usus*) und des Gewinnpreises erhoben werden kann<sup>61</sup>. Nach Peters besteht die vom Sachverhalt aufgegriffene Hauptfrage darin, ob der Käufer sein Rücktrittsrecht infolge des intensiven Gebrauchs der zur Probe übergebenen Sache verlieren kann. Seines Erachtens gibt der Sachverhalt keine eindeutige Antwort auf die Frage, aber diese Möglichkeit kann aus den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts abgeleitet werden<sup>62</sup>. Flume pflichtet Wieacker bei, dass der Kauf noch nicht abgeschlossen, sondern nur ein Angebot seitens des Verkäufers unterbreitet wurde. Da der Text keine ausreichende Informationen enthält, kann nicht festgestellt werden, worauf sich die von Labeo vorgeschlagene *actio venditi* richtet<sup>63</sup>. Laut Knellwolf sieht man den Inhalt des Rechtsgeschäfts aus dem Text nicht eindeutig (sei nur ein Kaufangebot oder eine aufschiebende Bedingungsform vorstellbar). Diese Auslegung wird dadurch unterstützt, dass Ulpian eine *praescriptis verbis actio* angenommen hat, wie in allen anderen Fällen, wenn die Natur des Rechtsgeschäfts unklar war<sup>64</sup>. Diese Klage

<sup>60</sup> WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis... cit.*, S.373-374. und 378-379.

<sup>61</sup> F.WIEACKER, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, 1932, S.74.

<sup>62</sup> PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, cit.*, S.88-90.

<sup>63</sup> FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - Lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker, cit.*, S.325.

<sup>64</sup> VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique, cit.*, S.86. 2.Anm., Viard ist damit ebenfalls einverstanden, dass kein Kauf, sondern ein Realcontractus des Types do ut des zustande kam.

hat sich entweder auf Schadenersatz oder auf Herausgabe des Gewinns richten können<sup>65</sup>. Santoro betont die Unentgeltlichkeit der Erprobung („*datio ad experiendum gratuita*“), d.h. der Eigentümer erhält keinen Mietzins. Allerdings ist der Vertrag auch keine Leihe (*commodatum*), weil der Eigentümer die Pferde ja verkaufen will, also die Probe auch seinem Interesse gedient hat<sup>66</sup>. Da im Text nur die Verkaufsabsicht erwähnt wird und der Erprober keinen Vertrag abschließen will, gibt es keinen Kaufvertrag<sup>67</sup>.

Aufgrund den angeführten Ansichten müssen wir unbedingt auf die Möglichkeit der Klageerhebung wegen des Nutzungsdiebstahls (*furtum usus*) eingehen. Ich teile die Auffassung von Wacke, dass in unserem Fall keine *actio furti* erhoben werden kann, da der Reiterakrobat die Pferde vereinbarungsgemäß innerhalb von drei Tagen zurückgegeben hat, weil er sie nicht behalten wollte. Außerdem hat der Eigentümer diese Tiere nicht mehr für seine eigenen Zwecke gebraucht. Nachdem mit diesen Pferden im Wettkampf sogar ein Sieg errungen wurde, stieg deren Preis vermutlich auch an<sup>68</sup>. Außerdem ist die Voraussetzung der Klage wegen des Diebstahls, dass der Kläger einen Schaden erlitten haben muss. Daher würde die Klage aufgrund von *furtum usus* wegen dem Gebrauch, die den Kläger ja nicht geschädigt hat – die Pferde hat der *desultor* nicht überanstrengt, sondern unversehrt an den Eigentümer zurückgegeben – vor Gericht nicht erfolgreich sein. Die Probe umfasst übrigens auf jeden Fall auch die Benutzung. Man könnte höchstens von einer Überschreitung des gewöhnlichen Gebrauchs sprechen, da der *desultor* bei Übernahme der Pferde zwecks Erprobung vermutlich gegenüber dem Eigentümer seine Teilnahmeabsicht am Wettbewerb verschwiegen hat<sup>69</sup>.

Schliesslich würde ich gerne meinen eigenen Standpunkt darstellen. Der untersuchte Text ist das Principium eines Fragmentes

<sup>65</sup> KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe. Die gefallensbedingung und ihr Verhältnis zu Wollensbedingung, Resolutivbedingung und Rücktrittsrecht dargestellt nach pandektischen Grundsätzen*, cit., S.92-94.

<sup>66</sup> SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, cit., S.62-65.

<sup>67</sup> SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., S.123-134.

<sup>68</sup> Im Gegensatz dazu meint Peters. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, cit., S.89.

<sup>69</sup> WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis... cit.*, S.374-378.

(Ulp.D.19.5.20*pr.*), das noch von zwei anderen Rechtsfällen verfolgt wird. Die Gemeinsamkeit aller drei Rechtsfälle liegt darin, dass sie sich um die Frage der Risikotragung vor Perfektion des Kaufs handeln und in jedem die *actio praescriptis verbis* erscheint<sup>70</sup>. In den drei Texten befindet sich auch ein enger inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem Principium (Labeo-Ulpian) und § 1 (Mela-Ulpian<sup>71</sup>). Alle drei Rechtsfälle beschäftigen sich mit dem Kauf auf Probe und meines Erachtens wird auch die Problematik der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung von den Juristen bewusst. Im Fall von D.19.5.20.1 formuliert Ulpian klar, dass sofern der Kauf zustande gekommen ist, ist die Gefahr auf den Käufer übergegangen. In diesem Fall kann entweder eine *actio venditi* erhoben werden, oder wenn der Kauf noch nicht perfekt geworden ist (oder erst nach Äußerung des Gefallens nach der Probe perfekt wird) kann eine *actio praescriptis verbis* erhoben werden. Die Betonung des Unterschieds zwischen beiden Fällen ist notwendig, nämlich, dass die Pferde zur unentgeltlichen Probe übergeben wurden (D.19.5.20*pr.*) während die durch die Wegelegerer später gestohlenen Maultiere gegen Mietzinszahlung, also entgeltlich, übergeben worden waren. Ulpian, der spätclassische Jurist bezieht sich bei beiden Rechtsfällen auch auf je einen frühclassischen Juristen, und zwar auf Antistius Labeo und Fabius Mela, die übrigens Zeitgenossen waren<sup>72</sup>. Der im Prinzipium befindliche Text ist wegen des lakonischen Stils schwer interpretierbar, höchstwahrscheinlich haben auch die Kompilatoren den Text verkürzt. Im ersten Teil des Textes kommt die Auslegung von Labeo zum Ausdruck, dass bei einer Teilnahme der zur

<sup>70</sup> Ähnlicherweise wird die Gefahrtragung vor dem Kauf auch in der nachstehenden Quelle behandelt. Ulp. D.19.5.17.4 (libro vicesimo octavo ad edictum): *Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinuas, ut peritoribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.*

Als du mir Kleidungsstücke verkaufen wolltest, habe ich dich gebeten, sie bei mir zu lassen, um sie Fachleuten zu zeigen. Wenn sie bald darauf durch eine Feuersbrunst oder andere höhere Gewalt vernichtet worden sind, habe ich keineswegs für diese Gefahr einzustehen. Daraus ergibt sich, daß ich nur für die Bewachung verantwortlich bin. (Übersetzung: Behrends/Knütel... III, Heidelberg 1999, S.605.)

<sup>71</sup> BLANCH NOUGUÉS, *Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historica y dogmatica* 1998, cit., S.410.

<sup>72</sup> L.WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S.498. „Als Zeitgenossen des Labeo und Capito werden noch Vitellius und Fabius Mela genannt.“

unentgeltlichen Probe angebotenen Pferde an einem Wettbewerb und nachdem die sich zur Erprobung verpflichtende Person vom Vertrag zurückgetreten war, dem Käufer eine *actio venditi* zusteht. Dieses Geschäft ist meines Erachtens die Vereinbarung über einen Kauf auf Probe, der unter einer auflösenden Bedingung zustande kommt. Darauf weist einerseits die Klageform im frühklassischen Recht hin, andererseits, dass wir im Text den Ausdruck „*displicere*“ finden. So wurde der Kauf meines Erachtens perfekt; dem widerspricht auch die kurze dreitägige Probefrist – wie wir bei Cato gesehen haben – nicht. Nachdem das Risiko vom *desultor* getragen wird, steht diesem auch der Gewinn während der Probefrist zu. Die Probefrist wurde für drei Tagen festgelegt, weil bei einer längeren Probefrist für gewöhnlich eine Gegenleistung, ein Entgelt, verlangt wurde. Wegen Unterbleibens einer Mietzinszahlung, d.h. wegen der Unentgeltlichkeit des Geschäftes, wollte der Verkäufer durch die kurze Probefrist vermeiden, dass der Käufer während der Probefrist verreist und sich dadurch den Mietzins erspart. Innerhalb der Frist erklärte er allerdings, dass er nicht bereit sei die Pferde zu kaufen, aber dennoch den Gewinn behalten wolle. Da sich das Behalten des Gewinns und die Unentgeltlichkeit der Probe gegenseitig ausschließen, ist laut Labeo, falls der Reiter den Gewinn behält, der Kauf zustande gekommen. Er verliert sein Rücktrittsrecht trotz *pactum displicentiae*<sup>73</sup>. So wird es verständlich, warum Labeo das *actio venditi* für den Verkäufer der Pferde ermöglicht. Damit kann er nämlich vom Käufer den Kaufpreis (*pretium*) wegen des zustande gekommenen Kaufs fordern. In der zweiten Hälfte des Prinzipiums ändert Ulpian die Lösung dadurch, dass er die *actio praescriptis verbis* gewährt. Damit weist er darauf hin, dass der Kauf noch nicht zustande gekommen ist. Da der Käufer von seinem Rücktrittsrecht innerhalb von drei Tagen Gebrauch machte, musste er auch den Gewinn zu Gunsten des Verkäufers herausgeben. Das bedeutet, dass der Zuwachs während der Probefrist dem Verkäufer zusteht, und die Nebenabrede über das Rücktrittsrecht als eine aufschiebende Bedingung interpretiert werden kann. Da er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hat, wurde der Kauf nicht perfekt und es darf daher auch keine Kaufklage erhoben werden. Folglich

<sup>73</sup> PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, cit., S.88-91; WACKE, *Dig.19, 5, 20pr: Ein Siegespreis... cit.*, S.370.

wird zwecks Herausgabe des Gewinns die *praescriptis verbis actio* eröffnet. Nach meiner Auffassung kann diese Auslegung mit den Gefahrtragungs- und Klageerhebungsregeln, die sich in den Quellen befinden, in Einklang gebracht werden. Es erläutert auch die Entscheidung der Kompilatoren, warum sie die Entscheidung von Labeo-Ulpian an die Spitze dieses Fragmentes gesetzt haben.