

Salzburger

Studien

zum

Europäischen

Privatrecht

Band 35

Daniele Mattiangeli (Hrsg.)

Emptio-Venditio

Europäische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags

Ungleiche Brüder. Deutsches Kaufrecht und römisches Erbe

Benedikt Forschner, LL.M. (Edinburgh), Universität Erlangen-Nürnberg

*Long has paled that sunny sky:
Echoes fade and memories die.
Autumn frosts have slain July.*

*Children yet, the tale to hear,
Eager eye and willing ear,
Lovingly shall nestle near.*

(L. Carroll, Through the Looking-Glass)

Vorbemerkung

Das Problem rechtshistorischer Erbensuche liegt nicht selten darin, dass der Erbensucher den Erben bereits kennt, bevor er ihn gefunden zu haben glaubt; er ist es selbst, der erben soll, und die Erbensuche ist nicht eigentlich die Suche nach einem Erben, auch nicht die Suche nach einem Erblasser, sondern die Suche nach einer Erbschaft. Erbender und Erblasser stehen fest, bevor die Suche beginnt, aus Gründen, über die hier nicht spekuliert sein soll;¹ und nicht ein Dritter betrachtet, unbelastet, die Pfade, die beide verbinden könnte, sondern der Erbe selbst: Im Bewusstsein dessen, was er erlangt hat, und mit dem Vorwissen, von wem er es erlangt hat, blickt er auf das Vergangene mit dem Ziel, *Gemeinsamkeiten* zu entdecken.

Eine solche Suche nach der verlorenen Zeit folgt selten genuin historischem Interesse. Es liegt in der menschlichen Natur, über die beunruhigende² Zufälligkeit, in der Geschichte zu geschehen scheint, Ordnungsstrukturen zu legen.³ Dabei geht es nicht in erster Linie darum, Geschichte ihrer selbst willen zu verstehen. Das Vergangene soll vielmehr der Gegenwart dort eine Stimme geben, wo sie selbst zum Schweigen verdammt ist: Gegenwärtiges kann sich nicht erklären,

1 Deutlich T. GIARO, Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung, *Ius Commune* 21 (1994), 1.

2 R. GORDON, Historicism in Legal Scholarship, *Yale Law Journal* 90 (1981), 1017.

3 P. DU PLESSIS, *Studying Roman Law*, London 2012, 15.

es kann nur existieren; doch was es ist, das versteht sich nie aus ihm selbst, sondern aus den Wegen, die zu ihm führten.⁴ Gerade die, deren Blick auf die Gegenwart optimistisch ist, sind darauf bedacht, der vermeintlichen Zufälligkeit des Moments eine Erzählung geschichtlicher Bedingtheit entgegenzustellen, in der Erprobtheit und Reife des Seienden nicht als glückliche Folge wechselhafter politischer Entscheidungen, sondern als Ergebnis historischer Verankerung erscheinen.⁵ Änderungen, die zur Lösung der historischen Verankerung geeignet sind, werden ihrer Ahistorizität willen kritisiert; als Türöffner, die den Weg freimachen weg von der heimatlichen Scholle in ein dogmatisches Niemandsland.

Nun ist Letzteres durchaus bedenkenswert. Die Herauslösung einzelner Argumentationsmuster aus ihrem historisch gewachsenen Kontext birgt in der Tat die Gefahr, zukünftige Inkompatibilitäten zu übersehen.⁶ Blickt man freilich auf das Vergangene mit dem Spiegel der Gegenwart, ist man leicht geneigt, Gemeinsamkeiten bereits dort zu sehen, wo äußerlich gemeinsame Begrifflichkeiten verwendet sind oder vergleichbare Funktionen in Rede stehen. Vernachlässigt wird dabei häufig das Potential der durch ideengeschichtliche Prämissen bedingten Tiefenstruktur, das Wesen rechtlicher Lösungsmodelle – trotz einer äußerlichen *Prima-facie*-Ähnlichkeit – voneinander zu trennen. Ausgangspunkt

4 Es bleibt freilich paradox, wenn ein funktional orientierter Strang postmoderner Rechts-historiographie meint, die Geschichte könne der Gegenwart insofern Lehren erteilen, zugleich aber die Existenz einer Geschichte als real geschehene Vergangenheit leugnet; etwa P. GOODRICH, *Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law*, Berkeley 1995, 20: Der Zweck rechtsgeschichtlichen Schreibens liege darin, „to manipulate the images of vanished time as a resource for the future“; Kritik bei M. LOBBAN, *The Tools and the Tasks of the Legal Historian*, in: A. LEWIS & M. LOBBAN (Hrsg.), *Law and History*, *Current Legal Issues* 6, Oxford 2003, 1, 12.

5 Analog wird die Abkehr von der Geschichtlichkeit als kausaler Nexus für politische Fehlentwicklungen gedeutet; vgl. M. BELLOMO, *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, übers. von E. DILCHER, München 2005, VII: „Wir gehören alle derselben Generation an, und im Hinblick auf die gemeinsam gelebte Vergangenheit wollen wir hoffen, dass die Zukunft der juristischen Einheit Europas nicht die Frucht der Arbeit weniger, wenn auch friedlicher und wagemutiger ‚Feldherren‘ sein wird, weil dies niemals der Weg der Geschichte sein kann“ (Vorwort der deutschen Ausgabe). Bedenkenswert aber A. SCHIAVONE, *The Invention of Law in the West*, übers. von J. CALDEN und A. SHUGAAR, Cambridge, Mass. 2012, 39: „And it is surely no accident that it is only in Hegel, Marx, and Weber (and later in Schmitt and Foucault) – the great critics of the historicity of the moderns – that we can find some ideas pointing us in the correct direction“.

6 Beispielhaft die Analyse bei T. CHIUSTI, *Modern, alt und neu: Zum Kauf nach BGB und römischem Recht*, *JURA* 4 (2003), 217, 219 ff.

der folgenden Analyse kann damit nicht das deutsche Kaufrecht der Gegenwart sein. Geht es auch um die Frage *seines* römischen Erbes, so muss doch primär die Eigenart des Römischen entwickelt werden; erst wenn gesehen ist, *wie* – d.h.: nicht nur: *was* – die römische Jurisprudenz dachte, können Ähnlichkeiten und Unterschiede zu den Modellen begriffen werden, die wir als die unsrigen verstehen.

Römische Privatautonomie?

Die *emptio venditio* der klassischen Zeit basiert auf dem Konsens⁷ der Parteien. Der Vertragsschluss erforderte keine spezifischen Formalia, nicht die Einhaltung objektiver Regularien;⁸ die Bindung an die Vereinbarung war Produkt des übereinstimmenden Willens.⁹ Es ist gerade dieser Fokus auf den Parteikonsens, die Orientierung an *id, quod actum est*,¹⁰ aus der Grundierungen einer auch heute geteilten Idee von „Privatautonomie“ in Grundzügen ableitbar erscheinen.¹¹

Dabei ist freilich nicht zu vergessen, dass der Kauf der Römer gerade nicht konkretisierter Ausdruck eines allgemeineren Prinzips ist,¹² nicht aus Gründen der Praktikabilität spezifiziertes Teilmoment des Grundsatzes freier Parteibindung. Die Vorstellung, dass jegliche Schuldverhältnisse generell frei vereinbart werden können und derartige freie Vereinbarungen aus sich heraus bindend sind (ein Bild, das dem deutschen Schuldrecht in §§ 241, 311 Abs. 1 BGB zugrunde liegt und die einzelnen geregelten Vertragstypen zu lediglich beispielhaften Konkretisierungen werden lässt) ist erstmals unter christlichem Einfluss in der mittelalterlichen Jurisprudenz zu finden; der Weg hin zur sich frei bindenden

7 Im Einzelnen C. CASCIONE, Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche, Neapel 2003, 1 ff.; 194 ff.; 292 ff.; 464 ff.

8 Dies galt insbesondere auch für die Übergabe von dem griechischen und ägyptischen Rechtskreis entstammender *arra*, der ausschließlich Beweisfunktion zukam; vgl. Gaius Inst. 3.139; Gaius D. 18.1.35 pr.

9 Inst. 3.22 pr. – 1. Paulus D.18.1.1.2; Ulpian D. 18.1.9 pr.; ferner Ulpian D. 19.1.11.1.

10 Umfassend U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess, München 2006.

11 T. MAYER-MALY, Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht, *Iura* 6 (1955), 128 ff.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town 1992, 234. Generell J. D. HARKE, *Römisches Recht*, München 2008, 43 f. Umfassende Untersuchungen zur römischen Privatautonomie bei C. BALDUS, *Römische Privatautonomie*, *AcP* 210 (2010), 2 ff.

12 C. BALDUS, *Römische Privatautonomie*, *AcP* 210 (2010), 2, 27: „All das findet man aber nicht, wenn man ausformulierte allgemeine Regeln sucht: So weit ist das Systematisierungsprozess des römischen Rechts eben nur punktuell gekommen“.

Person führt über den Vorwurf, bei Vertragsbruch sündhaft zu handeln: Jegliche nachträgliche Versprechensmissachtung ist *peccatus*, insofern sie nicht im Einzelfall Entschuldigung finden kann.¹³

Erst im Nachhall der thomistischen Irrtumsdoktrin werden Konsens und Dissens aufgelöst in ihre Bestandteile, und der selbstbestimmte und selbst bestimmende Vertragspartner wird als *Vertragspartner*, d.h. als zu Konsens und Dissens Beitragender, erfasst.¹⁴ Erst jetzt kann sich eine Doktrin entwickeln, die nicht mehr allein auf eine spezifische Willensübereinstimmung als *Ergebnis* blickt, sondern auf den innerlichen Prozess selbst, der dem Ergebnis verursachend vorausgeht. Erst jetzt kann gefragt werden, welche Ursachen in der Sphäre des einzelnen Vertragspartners zu einem Irrtum geführt haben, und ob sie seinen freien Willen ausgeschlossen haben.¹⁵ Erst jetzt, als der Vorwurf der Sündhaftigkeit gegen den Vertragsbrüchigen gerichtet wird, tritt der Vertragspartner aus seiner Anonymität und wird gesehen als verantwortlich agierende Person. Und erst im Angesicht der Idee des selbstbestimmten freien Willens (und der damit zusammenhängenden Verantwortlichkeit) bildet sich ein allgemeines Prinzip der Versprechensbindung.¹⁶ Selbst bei Ulpian, der die verschiedenen Erscheinungsformen der Konsensualverträge unter einer einheitlichen Kategorie verband, ist Vergleichbares nicht zu finden – und dies, obgleich Ulpian seiner philosophischen Attitüde wegen der Reflexion über die Systematisierung am ehesten verdächtig erscheint.¹⁷

13 Thomas von Aquin, *Summa theologiae*, I-II, qu. 76 art. 2: „unde propter negligentia ignorantia eorum, quae aliquis scire tenetur, est peccatum“.

14 Thomas von Aquin, *Summa theologiae*, III, Art. 1: „consensus autem voluntatis est actus, qui praesupponit actum intellectus: deficiente autem primo, necesse est defectum contingere in secundo“.

15 Thomas unterscheidet zwischen *ignorantia affectata* (alternativ: *ignorantia voluntaria directa*) – i.e. *ignorantia* als Ergebnis bewusster Missachtung – und *ignorantia per negligentiam proveniens* (alternativ: *ignorantia voluntaria indirecta*), i.e. *ignorantia* als Ergebnis unbewusster Nachlässigkeit; vgl. Thomas von Aquin, *Summa theologiae*, I-II, qu. 6 art. 8; qu. 76 art. 3. Im Einzelnen M. J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien 2000, 67 ff.

16 Zuletzt R. FIORI, *The Roman Conception of Contract*, in: T. MCGINN (Hrsg.), *Obligations in Roman Law: Past, Present and Future*, Michigan 2012, 66 f.

17 C. BALDUS, *Römische Privatautonomie*, *AcP* 210 (2010), 2, 27: „Selbst dieser philosophisch beeinflusste Autor hat uns selbst in diesem Felde die generelle Aussage zur Privatautonomie nicht gegeben, die wir gern hätten“. Die *stipulatio* kann angesichts ihrer Formstrenge nicht als frühes Beispiel privatautonomen Handelns in einem neuzeitlichen Sinn dienen.

Ausschluss des Gattungskaufs

Dies muss mitgedacht sein, will man mit Blick auf das römische Kaufrecht von „Privatautonomie“ sprechen. Wie die europäischen Rechtsordnungen zeigen, korrespondiert einer allgemein fassbaren Doktrin der freien Bindung eine verdichtete Normativität: Das, was die Parteien (rechtlich) wollen können, ist (theoretisch) nicht bedingt durch das, was realiter ist; das Gewollte entwickelt sich eigenständig zum Gesollten, ohne durch die Sphäre des Seins unmittelbar geformt zu werden. Selbst die von vornherein bestehende Unmöglichkeit der Erfüllung des Gewollten hindert – in § 311a Abs. 1 BGB ist dies nunmehr normiert – den Bestand des Schuldverhältnisses nicht.¹⁸

Eine vergleichbare Trennung von Normativität und Faktizität ist dem römischen Kaufrecht fremd. Auffälligstes Merkmal hierfür ist der Ausschluss des Gattungskaufs.¹⁹ Das römische Recht kennt den Kauf konkret bestimmter oder bestimmbarer Sachen oder eines gesamten Vorrats oder Vermögens,²⁰ nicht aber *nur* der Gattung nach bestimmter Sachen. „100 Flaschen Olivenöl“ konnten nicht Gegenstand einer *emptio venditio* sein, wohl aber „100 Flaschen Olivenöl aus meinem Lager“.²¹ Der Vorrat musste von solcher Handhabbarkeit sein, dass der Kaufgegenstand den Parteien in concreto vor Augen stand. Dass die Übergänge dabei fließend gewesen sein müssen, versteht sich von selbst; und theoretisch werden sie auch kaum zu demarkieren sein. Dies verwundert nicht. Der Grund für die römische Besonderheit liegt nicht im Theoretischen, sondern erklärt sich aus ihrer praktischen Entstehungsgeschichte. Die Entwicklung der *emptio venditio* muss als Antwort auf die Unzulänglichkeiten von *mancipatio*

18 § 311a Abs. 1 BGB: „Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt“. Vgl. hierzu unten.

19 Die Thematik ist umstritten. Gegenteilige Vermutung bei H. HONSELL, Römisches Recht, 6. Auflage, Berlin 2006, 127 sowie umfassender A. BESSENYÖ, Zum Problem des römischen Gattungskaufs, in: E. JAKAB & W. ERNST (Hrsg.), Kaufen nach römischem Recht, Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin 2008, 1 ff. Die Quellenlage will die gegen die Exklusivität des Spezieskaufs vorgebrachten Argumente allerdings nicht stützen; vgl. die umfassenden Nachweise bei R. ZIMMERMANN, Law of Obligations, 230 ff. Zutreffend auch W. ERNST, Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht, ZSS 114 (1997), 335: „Die *emptio venditio* als objektsbezogener Zuordnungsakt kommt nur als Rechtsgeschäft über eine bestimmte Sache in Frage“.

20 Dies galt auch für den Verkauf einer Erbschaft; ausgeschlossen war dies nur, wenn es sich um den Nachlass lebender Dritter handelte, Pomp. D.18.4.1. Vgl. auch § 311b Abs. 4 BGB.

21 Gaius D.18.1.35.7.

und *stipulatio* im Kontext des entstehenden grenzüberschreitenden Handels ab der mittleren Republik gesehen werden – die frührömischen Formalismen und ihre Kautelartraditionen waren hier kaum handhabbar, und insbesondere hätte die zwingende Anwesenheit beider Vertragspartner bei Vertragsschluss den Aufstieg Roms zur Wirtschaftsmacht des Mittelmeerraums stark behindert. An den Häfen der großen Handelsstädte des wachsenden Imperiums trafen sich die Seeleute zu Kauf wie Ablieferung von Bestellungen, und insbesondere der Getreidehandel entwickelte sich angesichts der zunehmenden Versorgungsknappheit zu einem beständigen Politikum.²² Dabei konnten die Kaufleute zwar Boten schicken oder Geschäfte brieflich abschließen.²³ Die Grundstruktur des Kaufs blieb dem Marktgeschehen aber doch insofern verhaftet, als sie die Elemente der unmittelbar vollzogenen Barabwicklung nie abzulegen vermochte: Die Übereignung des Kaufgegenstands war nicht Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung, sondern Inhalt der *emptio venditio* selbst; geschuldet war lediglich die Übergabe der Kaufsache, nicht aber die Übereignung: „[...] *venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet* [...]“.²⁴

Der Kaufvertrag war für sich bereits verpflichtend wie exekutorisch zugleich; er enthielt alles, was für die Eigentumsübertragung nötig war, ausgenommen die Übergabe. Konsequenterweise wurde dann nicht dafür gehaftet, dass die Sache von fremdem Eigentum unbelastet übertragen wird, sondern nur darauf, zu verhindern, dass ein Dritter die Sache tatsächlich zurückfordert und damit den ungestörten Besitz beeinträchtigt.²⁵ Durch die Besitzverschaffung freilich fand die Übereignung tatsächlich erst statt, die, wiewohl nicht geschuldet, doch das Wesen der *emptio venditio* ausmachte – eine Vereinbarung, welche die Eigentumsübertragung nicht zum Gegenstand hatte, war nicht als *emptio venditio* klassifizierbar: „*Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*“.²⁶ Die Eigentumsverschaffung war also bereits in der kaufvertraglichen Vereinbarung angelegt, präziser: machte ihr Wesen aus; und vor diesem

22 Hierzu umfassend P. ERDKAMP, *The Grain Market in the Roman Empire. A Social, Political and Economic Study*, Cambridge 2008.

23 Paulus D.18.1.1.2.

24 Paulus D.19.4.1 pr.

25 Im Einzelnen unten; vgl. umfassend D. NÖRR, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen Römischen Recht*, ZSS 121 (2004), 152 ff.; nun auch in: T. CHIUSI & H.-D. SPENGLER (Hrsg.), *Dieter Nörr. Schriften 2001-2010*, Madrid 2012, 312 ff.

26 Labeo D. 18.1.80.3.

Hintergrund wird verständlich, weshalb eine bloße Gattungsbezeichnung des Vertragsgegenstandes nicht ausreichen konnte.²⁷

Dass der Effekt, der das Wesen des Kaufs ausmacht, zwar durch die Vornahme der geschuldeten Leistung (i.e. die Besitzverschaffung) im Normalfall eintritt, tatsächlich aber nicht geschuldet wird, mag paradox erscheinen. Es klärt sich aber, löst man sich von der Trennung von normativer Verpflichtung und Erfüllung²⁸ und geht man von der natürlichen Einheit des Barkaufs in der Marktsituation aus. Das moderne deutsche Schuldrecht ist geprägt von der Abkopplung des kausalen Verpflichtungs- vom Erfüllungsgeschäft und der je abstrakten Wirksamkeit beider Geschäfte.²⁹ Dieses Modell tritt seinen Siegeszug an als Mittel des Verkehrsschutzes in einer zunehmend komplexen Ordnung des Warenaustauschs.³⁰ Die römische Marktsituation kennt derartige Komplexitäten auch in den frühen Jahren der Internationalisierung Roms noch nicht; und auch später hindert das prozessuale Denken die Notwendigkeit für Überlegungen, die sich abstrakt auf normative Ansprüche Einzelner beziehen. Konkret ausgedrückt: Ob mit der Übergabe das Recht des Käufers auf Besitz- oder auf Eigentumsübertragung erfüllt wurde, war nicht von primärem Interesse; der Verkäufer wäre ohnehin nur zur Übergabe der Sache verpflichtet worden.³¹ Und im anschließenden Konfliktfall wäre es um die Verpflichtung des Verkäufers gegangen, die Angriffe Dritter hinsichtlich der übergebenen Sache abzuwehren. Die Frage einer Trennung von Verpflichtung und Verfügung stellte sich insoweit nicht.

27 Eine Rolle mag auch gespielt haben, dass anstelle einer generischen *emptio venditio* noch immer die Möglichkeit zweier Stipulationen bestand. Skeptisch D. JOHNSTON, *Roman Law in Context*, Cambridge 1999, 80: Insofern die Menge, aus der eine Sache veräußert werden sollte, ausreichend bestimmt war – etwa: die Ladung eines Schiffes – stellte sich das Problem des Genuskaufs nicht; ferner konnten Strafzahlungen für die fehlende Lieferung vereinbart werden.

28 Zur Umdeutung der römischen Quellen im Sinne eines „Abstraktionsprinzips“ durch Savigny U. HUBER, *Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip*, FS Canaris, München 2007, 471 ff.; ferner U. PRANGE, *Friedrich Carl von Savigny und das Abstraktionsprinzip*, in: T. HOEREN (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker*, München 2001, 73 ff.

29 Mot. I, S. 127 f. = Mugdan I, S. 422: „Das dingliche Rechtsgeschäft kann zum Inhalte haben die Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte; immer ist es, soweit sein Wesen entscheidet, ein vom Verpflichtungsgrunde losgelöstes, selbständiges Geschäft“. Zur Kritik A. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen 1996, 77 ff.

30 Bereits F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Band III, Berlin 1840, 355: „[...] einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkühr“.

31 Vgl. unten Anm. 85.

Der Ausschluss allein generisch bestimmter Gegenstände als Kaufobjekte stünde in Konflikt mit einer Ordnung, die ihren Ausgangspunkt in dem Prinzip der Privatautonomie nimmt. So ist es konsequent, wenn es das gegenwärtige Kaufrecht genügen lässt, dass die Parteien das Kaufobjekt gattungsmäßig bestimmen und – je nach Eigenart des Vertrages – Käufer oder Verkäufer die Wahl der konkreten Ware überlassen bleibt.³² Das Kriterium der *Bestimmbarkeit* ist auch hier nicht obsolet; ihm steht allerdings nicht entgegen, dass die Bestimmung selbst noch durch eine Handlung des Vertragspartners herbeizuführen ist. Für das Kaufrecht ist seit der Schuldrechtsreform 2002 die Unterscheidung zwischen Spezies- und Gattungskauf aufgehoben: anstelle des § 480 BGB a.F.³³ normiert § 439 BGB nunmehr eine allgemeine Nacherfüllungspflicht, bestehend aus (alternativ) Nachbesserung oder Nachlieferung.³⁴ Die Sonderrolle, die dem Gattungskauf bis dato als in seinen Rechtsfolgen lediglich mitgeregeltem Sonderfall zukam, ist damit aufgelöst;³⁵ reagiert wurde insoweit auch auf die rechtsfaktische Entwicklung hin zum modernen Massenverkehr.³⁶

32 H. P. WESTERMANN, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 433 Rn. 32; zur Unterscheidung von Gattungs- und Stückschulden F. FAUST, in: BAMBERGER/ROTH, Kommentar zum BGB, 3. Aufl., München 2012, § 433, Rn. 30; U. BÜDENBENDER, in: DAUNER-LIEB/LANGEN, BGB Schuldrecht, 2. Aufl., Bonn 2012, § 433 Rn. 32.

33 BT-Drucks 14/6040, 205.

34 Ob bei Stückkäufen Nacherfüllung in Form der Nachlieferung in Frage kommt, ist seither Gegenstand intensiver Kontroversen. Ackermans These, bei Stückkäufen scheidet eine Nachlieferung deshalb aus, da schon primär nur der konkret vereinbarte Gegenstand geschuldet sei, ist durch den BGH zurückgewiesen worden; entscheidend sei, ob die Parteien bei Vertragsschluss von einer Nachlieferungspflicht ausgingen. Zwar wird dabei die Nachlieferungspflicht über die primäre Leistungspflicht hinaus ausgedehnt; von dem Standpunkt der Privatautonomie freilich ist die Sicht des BGH – da für sie entgegen Ackermans Forderung nicht die „objektive Austauschbarkeit“, sondern der Parteiwille leitend ist – plausibel; vgl. T. ACKERMANN, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, 378; dagegen C.-W. CANARIS, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831; beinahe abschließend ders., Schlusswort, JZ 2003, 1156; abschließend BGH NJW 2006, 2839.

35 V. EMMERICH, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 243 Rn. 1.

36 Anmahnung der Reform bereits bei R. ZIMMERMANN, Law of Obligations, 239.

Kauf inexistenter Sachen

Bis zur Schuldrechtsreform galt im deutschen Kaufrecht, dass ein Kaufvertrag, dessen Erfüllung schon bei Vertragsschluss objektiv unmöglich war, nicht wirksam zustande kommen konnte.³⁷ Während die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung die Leistungspflicht aufhob, hinderte die anfängliche Unmöglichkeit das Entstehen des Vertrages. In Gegensatz zu diesem in § 306 BGB a.F. verankerten Mechanismus stellt § 311a Abs. 1 BGB nunmehr klar, dass ein zur Unmöglichkeit der Erfüllung führendes Leistungshindernis auch dann der Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegensteht, wenn es bei Vertragsschluss vorliegt.³⁸ Die Abkehr von dem vor der Schuldrechtsreform bestehenden Regelungsmechanismus bedeutet auch eine argumentative Abkehr von den römischen Grundlagen. Anfängliche objektive Unmöglichkeit ist selten, und sie betrifft in der Regel Fälle, in denen das Kaufobjekt nicht existiert. Einen Kauf nicht existenter Sachen konnte das römische Recht von vornherein nicht kennen; die theoretische Verankerung im System des Barkaufs stand entgegen. Wie vor der Schuldrechtsreform im deutschen Recht war auch hier der Kauf nicht existenter Sachen mit der Nichtigkeitsfolge belegt.³⁹

Nicht gleichzusetzen mit nicht existenten Sachen waren Sachen, deren Entstehung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch bevorstand (*emptio rei speratae*). Rechtstechnisch wurden Kaufverträge über derartige *res futurae* als bedingt konstruiert;⁴⁰ sie erlangten dann Wirksamkeit, wenn der Kaufgegenstand zur Entstehung gelangt war: „*Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur [...]*“⁴¹

Einer wiederum anderen Kategorie zuzuordnen ist der Kauf einer zukünftigen Chance (*emptio spei*). Hier erwirbt der Käufer keine noch nicht entstandene Sache, sondern gleichsam die nicht abschließend gesicherte Möglichkeit der

37 War die Vertragserfüllung lediglich für den Schuldner unmöglich oder hätte sie grob unverhältnismäßige Aufwendungen erfordert, blieb die Wirksamkeit des Vertrages schon vor der Schuldrechtsreform durch § 306 BGB a. F. unberührt.

38 Zur Klarstellungsfunktion W. ERNST, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 311a Rn. 2.

39 Paulus D.18.1.15 pr.: „Et si consensus fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desiderit, nulla emptio est“; Pomp. D.18.1.8 pr.: „Nec emptio nec venditio sine re quae venae potest intellegi [...]“.

40 Anders V. KURZ, ‘Emptio rei speratae’ ‘pura’ oder ‘sub condicione’, *Labeo* 20 (1974), S. 195 ff., der von einem bedingungslosen Kauf ausgeht. Dagegen aber A. MASI, *Studi sulla condicione nel diritto romano*, Mailand 1966, 63 ff.; 158 ff.; 224 ff.

41 Pomp. D.18.1.8 pr.

Entstehung: „*aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur*“.⁴² Der entscheidende Unterschied zwischen der *emptio rei speratae* und der *emptio spei* liegt darin, dass der Kaufvertrag (und mit ihm die Zahlungsverpflichtung des Käufers) im ersten Fall erst wirksam wird, wenn die erworbene Sache tatsächlich entsteht, im zweiten dagegen unmittelbar mit Vertragsschluss. Während erstere Lösung der Struktur des Barkaufs damit in letzter Konsequenz verhaftet bleibt, weicht – praktisch gesehen – die zweite Lösung recht weit von dem Prinzip ab, dass inexistente Sachen nicht Gegenstand einer *emptio venditio* sein können. Pomponius war sich dessen offenkundig bewusst, und so versucht er, den tatsächlichen Sachkauf in Richtung eines Rechtskaufs umzudeuten: Er sagt nicht, dass eine „Chance“ gekauft werde; er will die Konstellation aber behandelt wissen, „als ob“ („*veluti cum quasi*“) dies der Fall sei.

Diese Umgehung des Barkaufprinzips zeugt freilich – so paradox dies scheinen mag – von seiner festen Verankerung im römischen Rechtsdenken. Clifford Ando konnte insoweit, in anderem Zusammenhang, jüngst die Funktionen des Gebrauchs der Fiktionstechnik durch die römischen Juristen seit der späteren Republik aufzeigen.⁴³ Dort, wo sie die bisherige Rechtsordnung mit neuen, von ihr an sich nicht vorgesehenen Herausforderungen konfrontiert sahen, wählten sie nicht den Weg des radikalen Bruchs, sondern suchten das Neue durch Analogien und Fiktionen in den Kontext des Etablierten einzuordnen. So wird – beispielhaft – der Fremde zwar nicht Bürger, aber doch partiell behandelt, als sei er Bürger („*item civitas Romana peregrino fingitur*“),⁴⁴ eine Kind, das zum Zeitpunkt des Todes des *paterfamilias* nicht in seiner Gewalt stand, wird im Erbfall behandelt, als hätte die *patria potestas* bestanden („*proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent*“),⁴⁵ und von einem Vater wird nach dem Tode seines Sohnes verlangt, Güter zu übertragen, gleichsam als ob es sich um solche eines *paterfamilias* handle („*siquidem quasi patris familiae bona restituere cogitur*“).⁴⁶ Das römische Rechtsdenken offenbart hier sein refor-

42 Pomp. D.18.1.8.1.

43 C. ANDO, *Law, Language and Empire in the Roman Tradition*, Philadelphia 2011, insb. 1-18.

44 Gaius Inst. 4.37.

45 Gaius Inst. 3.25-26. Die Formulierung „*proinde ac si*“ findet sich ferner in Cod. Iust., 8.47.2.2. Für die Formulierung „*perinde ac si*“ vgl. Lex de imperio Vespasiani, II.7-9, II.29-32 = M. Crawford (Hrsg.), *Roman Statutes*, London 1996, 39; für die Formulierung „*perinde [...] atque si*“ Gaius Inst. 3.55-56; für die Formulierung „*tam [...] quam si*“ Aulus Gellius 5.19.9; für die Formulierung „*ac sei*“ Lex de Gallia Cisalpina, Kap. 22, II.45-50 = RS 28; für die Formulierung „*atque si*“ D.35.2.1.1-2 sowie Gaius Inst. 3.194.

46 Paulus D. 35.2.18 pr.

mativ-konservatives Doppelgesicht: Das Neue wird „integriert“; und mag diese Integration auch faktisch einen Ordnungsbruch darstellen, so bleibt sie *sprachlich* doch eingebettet in das Etablierte.

Das offensichtliche Bedürfnis nach sprachlicher Integration zeigt, wie sehr den römischen Juristen – bei aller Pragmatik – ein ungebundener Dezinonismus fremd war. Die *emptio rei speratae* hatte den Nachteil, dass der Veräußerer das Risiko des Nichtentstehens der Kaufsache nicht abstreifen konnte; sein Anspruch auf Kaufpreiszahlung hing davon ab, dass die Kaufsache tatsächlich entstand. Gerade in einer Agrarwirtschaft, die sowohl von akuten Bedürfnissen nach Finanzmitteln als auch künftigen Unwägbarkeiten hinsichtlich ihrer Produkte geprägt ist, dürften auf Veräußererseite starke Interessen für die Zulassung auch des unbedingten Kaufs nicht-existenter Gegenstände gesprochen haben. Die konservative Haltung verlangte freilich, die Lösung argumentativ so in den Kontext des Barkaufs einzuordnen, dass ein Prinzipienbruch nicht zum Vorschein kam: Nur dadurch, dass die noch nicht entstandene Sache „quasi“ zur „Hoffnung“, d.h. einer „nicht-*res*“ gemacht wird, konnte der Widerspruch harmonisiert werden.

Das römische Erbe hat sich gehalten; noch heute wird in vergleichbaren Fällen das Objekt des Kaufvertrags als „sonstiger Gegenstand“ iSd § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB eingeordnet und damit im Bereich des Rechtskaufs lokalisiert.⁴⁷ Tatsächlich besteht in einem System der Privatautonomie für diesen Umweg kein Bedarf: Richtigerweise ist die *emptio spei* nach moderner Doktrin ein Vertrag über den Kauf einer Sache nach § 433 BGB, unter Abbedingung des § 320 BGB sowie des § 311a Abs. 2 BGB (ausgenommen der Haftung des Verkäufers für Fälle vorsätzlichen und grob fahrlässigen Verhinderns des Entstehens der Kaufsache). Die römische Konstruktion der *emptio spei* war eine der Struktur des Barkaufmodells geschuldete Verlegenheitslösung. Das Kaufobjekt ist mittlerweile aus dem Problemfokus gerückt; es bedarf allein seiner Bestimmbarkeit, nicht aber seiner Existenz (§ 311a Abs. 1 BGB). Im deutschen Kaufrecht liegt das Problem der *emptio spei* damit (allein) im Bereich der Preisgefahr und der Sekundärhaftung; seine gemeinhin propagierte Lösung über § 453 Abs. 1 Alt. 2 BGB hängt einem Erbe an, das (insoweit) seinen Kontext verloren hat.

47 H. OETKER & F. MAULTZSCH, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 2007, 23; R. M. BECKMANN, in: STAUDINGER, BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2012, Kauf, Rn. 23; idem, in: STAUDINGER, BGB, Berlin 2004, § 433 Rn. 11; C. BERGER, in: JAUERNIG, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 2011, § 433 Rn. 13; I. SAENGER, in: SCHULZE/DÖRNER/EBERT, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., Baden-Baden 2012, § 433 Rn. 5; unklar W. WEIDENKAFF in: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., München 2011, § 433 Rn. 6.

Gefahrtragung

Wie gezeigt, schuldet der Verkäufer im Rahmen des römischen Kaufmodells nicht die Übereignung des Kaufgegenstands; seine Verpflichtung beschränkt sich darauf, dem Käufer den Besitz zu verschaffen. Die Übereignungselemente sind bereits in der Vereinbarung des Kaufvertrags angelegt; der Eigentumsübergang vollzieht sich – ohne zusätzliche Übereinkunft – in dem Moment, in dem der Käufer vom Verkäufer den Besitz erlangt. Obgleich der Verkäufer damit bis zur Übergabe der Kaufsache formal die Eigentümerstellung beibehält, hat er doch – abgesehen von der Besitzaufgabe – alles zum Verlust des Eigentums Notwendige getan: Das, was er dem Erwerber nach Vertragsschluss voraus hat, ist der Besitz; und diesen ist er aufgrund der vertraglichen Vereinbarung an den Erwerber zu übertragen verpflichtet.

Damit ist seine Stellung vergleichbar mit der eines *conductor*, der den Besitz an Gegenständen erhält, die er nach Vollendung des Werkes wieder herausgeben muss,⁴⁸ oder der eines zur Rückgabe verpflichteten Entleihers.⁴⁹ Beide haften nicht nur für den vorsätzlichen und fahrlässigen Verlust der Sache, sondern für *custodia*. Angesichts der in Hinblick auf die Sach(rück)gabe identischen Verpflichtung von *conductor*, Entleiher und Verkäufer ist es folgerichtig, in den drei Fällen auf einen identischen Haftungsmaßstab zurückzugreifen, und auch den Verkäufer für den Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Besitzübergabe der *custodia*-Haftung zu unterwerfen: „*Custodia autem venditur talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet*“.⁵⁰ Damit hatte der Verkäufer – abgesehen von *vis maior*⁵¹ – für alle Fälle des Sachuntergangs einzustehen.

Diese der römischen Kaufstruktur geschuldete Besonderheit muss gesehen sein, um die viel diskutierte⁵² *periculum-emptoris*-Regel zutreffend einordnen zu

48 Zum Sonderfall einer Eigentumsübertragung im Rahmen der *locatio conductio* vgl. N. BENKE, Zum Eigentumsübergang des Unternehmers bei der *locatio conductio irregularis*, ZSS 104 (1987), 156 sowie zuletzt B. FORSCHNER, Das Schiff des Saufeiuis. Anmerkungen zu D.19.2.31, FHI 11 (2011), 1-23.

49 Zutreffend J. D. HARKE, Römisches Recht, München 2008, 121.

50 Paulus D.18.6.3.

51 W. ERNST, Wandlungen des *vis maior* Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, *Index* 22 (1994), 293-321.

52 Umfassend M. PENNITZ, Das „*periculum rei venditae*“. Ein Beitrag zum „aktionenrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht, Wien/Köln/Weimar 2000; W. ERNST, *Periculum est emptoris*, ZSS 99 (1982), 216-248; F. PETERS, *Periculum est emptoris*, in: *Iuris professio. FS für Kaser* (hg. v. H.-P. BENÖHR), Wien/Köln/Graz