

# Kauf und Vorvertrag im westgotischen Recht

## 1. EINFÜHRUNG

Für das Verständnis des westgotischen Kaufrechts sind zwei aufeinanderfolgende Bestimmungen des Codex Euricianus zentral, deren Deutung umstritten und mit der Auseinandersetzung über das Verhältnis germanischer und römischer Einflüsse auf das westgotische Recht<sup>1</sup> belastet ist:

CE 296

Si pars praetii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur; sed si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii reliquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformatur.

CE 297

Qui arras pro quacumque acceperit re, praetium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat<sup>2</sup>.

Für sich genommen bereitet das Verständnis von CE 296 keine besonderen Schwierigkeiten: Wer statt einer vollständigen lediglich eine Anzahlung auf den Kaufpreis leistet, wird gleichwohl Partner einer wirksamen *venditio* und verpflichtet, den Restbetrag zu zahlen, sofern sich der Verkäufer für den Fall der Säumnis nicht die Rückgewähr der Kaufsache vorbehalten hat. Die

---

<sup>1</sup> Dazu allgemein *Nehlsen*, Art. Lex Visigothorum, HRG, Bd. II, Sp. 1974f.

<sup>2</sup> Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 14.

Bedeutung von CE 297 erschließt sich dagegen nicht ohne weiteres: Wer eine *arrha* für eine Sache hingibt, verpflichtet ihren Empfänger dazu, den Preis zu erfüllen (*praetium implere*). Sollte er aber seinerseits nicht zum vereinbarten Zahlungstermin erscheinen, ist das Rechtsverhältnis aufgelöst; und er erhält die *arrha* zurück. Diesem nicht leicht konsumierbaren Text will *d'Ors* durch eine abweichende Lesung einen eingängigeren Inhalt geben. Statt *acceperit* im einleitenden Halbsatz liest er *dedit* und dreht so das herkömmliche Textverständnis um: Gebunden sein soll nicht der Verkäufer, der eine *arrha* empfängt, sondern vielmehr der Käufer, der die *arrha* hingibt<sup>3</sup>. Diese Lösung hat den zwar den Vorteil, daß sich *praetium implere* unkompliziert als Beschreibung der Käuferverpflichtung zur Preiszahlung deuten läßt. Hat man den Ausdruck dagegen auf der Grundlage der herkömmlichen Lesung auf den Verkäufer zu beziehen, ist man zu der Annahme gezwungen, er stehe für eine Bußzahlung in Höhe des Kaufpreises<sup>4</sup> oder bedeute, daß der Verkäufer dem vom Käufer erwarteten *pretium* eine Austauschleistung entgegensetzen habe<sup>5 6</sup>. Durch die neue Lesung von *d'Ors* wird jedoch die adversatorische Einleitung des zweiten Satzes unverständlich: Die Formulierung *emptor vero* zeigt an, daß das Thema jetzt von der Verkäufer— zur Käuferseite wechselt<sup>7</sup>. Begegnet *d'Ors' Lesung* auch im übrigen Zweifeln<sup>8</sup>, kann sie jedenfalls nicht die Verständnisschwierigkeiten beseitigen, vor die Nachfolgebestimmung von CE 297 in der *Lex Visigothorum* stellt. Hier ist es ganz eindeutig der die *arrha* empfangende Verkäufer, der zu *implere* verpflichtet wird, während eine Säumnis des Käufers lediglich zur Folge haben soll, daß dieser die *arrha* zurückerhält und der Kauf ungültig ist:

LV 5.4.4

Si arris datis pretium non fuerit inpletum.

Qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emtor vero, si per egritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurerit diem, quem voluerit pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si consituto die nec ipse successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tatummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat<sup>9</sup>.

*Siems*<sup>10</sup>, der nicht die hergebrachte Lesung, wohl aber die wirtschaftliche Vernunft vermißt, welche CE 297 und LV 5.4.4 nach dem üblichen Verständnis

<sup>3</sup> *D'Ors*, El Código de Eurico. Estudios Visigóticos II, 1960, S. 214.

<sup>4</sup> So *Merêa*, Estudios de direito Visigótico, 1948, S. 95, *Pringsheim*, The Greek Law of Sale, 1950, S. 341, *Levy*, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, 1956, S. 234.

<sup>5</sup> So *Gierke*, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910, S. 347 Fn. 46.

<sup>6</sup> Dies hat schon v. *Schwerin*, Ann. Hist. Der. Esp. 1 (1924) 28ff. dazu bewogen, statt *praetium negotium* zu lesen; dagegen *Merêa* (Fn. 4), S. 96.

<sup>7</sup> So zu Recht *Levy*, SZ 79 (1962) 483.

<sup>8</sup> Ausführlich *Siems*, Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen, 1992, S. 119ff.

<sup>9</sup> Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 219.

<sup>10</sup> AaO (Fn. 8), S. 122ff.

zukommt, schlägt vor, die Bedingung: *si non occurrerit ad diem constitutum*, auf den Verkäufer zu beziehen. Vertragsauflösung und Rückgabe der *arrha* werden so zu Sanktionen eines nicht erwartungsgerechten Verkäuferverhaltens. Abgesehen davon, daß dieser Lösung wiederum die Einleitung: *emptor vero*, entgegensteht, bedeutete die eingeschränkte Sanktion der Verkäufersäumnis einen offenen Widerspruch zu der vorangehenden Aussage, daß der Verkäufer zur Erfüllung gezwungen wird (*cogatur implere*). Sie wäre regelrecht falsch, wenn die Nichterfüllung lediglich die Verpflichtung zur Rückgabe der *arrha* zeitigte. Nach wie vor ungeklärt bliebe auch, warum die *arrha* des westgotischen Rechts anders als das gleichnamige Institut des justinianischen Rechts<sup>11</sup> nur einseitig, nämlich zu Lasten ihres Empfängers, wirkte; und offen bliebe schließlich, wie das Verhältnis zur *pars pretii* ist, die gemäß CE 286 und nach der nahezu wortgleichen Nachfolgebestimmung in der Lex Visigothorum<sup>12</sup> gerade umgekehrt Rechtsfolgen zu Lasten des anzahlenden Käufers zeitigen soll.

*Gierke*<sup>13</sup> sieht in den beiden Regelungen der westgotischen Gesetze germanisches Rechtsgut zweier unterschiedlicher Entwicklungsstufen umgesetzt: CE 296 stehe für die Periode, in der man das ursprüngliche Modell der Haftung aufgrund realen Empfangs insoweit aufgelockert habe, als statt der vollen Vorleistung auch deren Teil, insbesondere eine *pars pretii*, verpflichtend wirke. In CE 297 manifestiere sich mit dem Arrhalvertrag germanischen Charakters der nächste Schritt, der zum Formalgeschäft geführt und darin bestanden habe, statt der realen Vor- oder Teilvorleistung ein Zeichen hierfür genügen zu lassen.

Diesem rein germanistischen Verständnis gegenüber steht die Deutung von *Merêa*<sup>14</sup>, *D'Ors*<sup>15</sup> und *Schindler*<sup>16</sup>, die in den Bestimmungen des Codex Euricianus und der Lex Visigothorum bloß zurückgebildetes römisches Kaufrecht erkennen wollen, dessen Degenerationsgrad sie freilich ebenso wie *Siems* deutlich niedriger einschätzen als *Levy*<sup>17</sup> und *Kaser*<sup>18,19</sup>. Diese sehen im westgotischen Kauf ebenso wie *Archi*<sup>20</sup> ein Musterbeispiel für die Rückbildung der römischen *emptio venditio* zum Bargeschäft und ihrer Verschmelzung

<sup>11</sup> Vgl. IJ 3.23pr: *...ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est...*

<sup>12</sup> LV 5.4.4; vgl. Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 219.

<sup>13</sup> AaO (Fn. 5), S. 337ff.; im allgemeinen zustimmend *Ogris*, Art. *arrha*, HRG, Bd. I, Sp. 230f.

<sup>14</sup> AaO (Fn. 4), S. 101f., 104.

<sup>15</sup> AaO (Fn. 3), S. 211, 214.

<sup>16</sup> Die Bedeutung der Kaufpreiszahlung im nachklassischen römischen Recht, FS K. Duden, 1977, S. 555ff.

<sup>17</sup> West Roman Vulgar Law. The Law of Property, 1951, S. 157ff., Obligationenrecht (Fn. 4), S. 208, 233f.

<sup>18</sup> Das römische Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1974, S. 278 Fn. 37, S. 385f., 387 Fn. 18f.

<sup>19</sup> Zurückhaltend ist insoweit auch *Gallo*, Il principio *emptioe dominium transfertur* nel diritto pregiustiniano, 1960, S. 77f.

<sup>20</sup> Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana, 1934, S. 179f.

mit der Übereignung zu einem Simultanakt, dessen Wirksamkeit grundsätzlich von der Preiszahlung abhängt. CE 297 bewahrt dagegen immerhin insofern originär römisches Rechtsgut, als der *arrha* keine vertragsbegründende, sondern nur die Wirkung zukommt<sup>21</sup>, den Verkäufer an der Veräußerung der Kaufsache zu hindern. Diese Einschätzung teilt ansatzweise auch *Pringsheim*<sup>22</sup>, der in der Kombination von Veräußerungsverbot und fehlender Vertragswirkung freilich eine Kombination von germanischem und römischem Recht erkennen will. *Wieacker*<sup>23</sup> sieht die unterschiedlichen Einflüsse des römischen und germanischen Rechts dagegen auf CE 296 und 297 verteilt: Während die erste Vorschrift die römische Anzahlungsfunktion und den Konsensualkauf konserviert, stehe der Arrhalkauf, wie ihn CE 297 statuiert, gerade im Gegensatz hierzu<sup>24</sup>.

## 2. PRETIUM ALS VORLEISTUNG DES KÄUFERS

Daß die Vorleistung eines Vertragspartners nicht unabdingbar für die Wirksamkeit des Kaufs ist, scheint auf den ersten Blick die Bestimmung zu ergeben, die im Codex Euricianus den Titel *de venditionibus* eröffnet:

CE 286<sup>25</sup>

Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus comprobatur, et emptio habeat firmitatem. Venditio, si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione<sup>26</sup>.

Sind die bezeugte Preiszahlung und die *scriptura*, abgesehen vom Fall des widerrechtlichen Zwangs, alternative Auslöser einer *plena firmitas* des Kaufvertrags,<sup>27</sup> legt dies den Schluß nahe, daß die *venditio*, wenn sie schriftlich

<sup>21</sup> Ebenso in diesem Punkt *Schindler* (Fn. 16), S. 567.

<sup>22</sup> AaO (Fn. 4), S. 340f.

<sup>23</sup> *Lex commissoria*. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht, 1932, S. 108f.

Fn. 1.

<sup>24</sup> Ähnlich beurteilt CE 297 *Massei*, BIDR 48 (1941) 395.

<sup>25</sup> Nahezu wortgleich ist LV 5.4.3; vgl. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 219.

<sup>26</sup> Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 11.

<sup>27</sup> CE 286 kann durchaus auch im Zusammenhang mit CE 294 und als Ausdruck der Ablehnung eines Rechtsbehelfs wegen *laesio enormis* verstanden werden; vgl. dazu *Levy*, Obligationenrecht (Fn. 4), S. 211, *Mayer-Maly*, SZ 108 (1991) 226 und vor allem *Siems* (Fn. 8), S. 768ff., der die Rechtsentwicklung im westgotischen Einflußbereich einer abweichenden Tendenz in Italien gegenüberstellt. CE 294 (Ed. *Zeumer*, MGH LL nat. Germ. I, S. 13f.) lautet: *Venditionis haec forma servetur, ut seu res seu mancipia seu quodlibet animalium genus venditur, nemo propterea firmitatem venditionis inrumpat, quod dicat, rem vili pretio vendidisse*. Die Lex Visigothorum, deren Wiedergabe von CE 294 in 5.4.7 (Ed. *Zeumer*, MGH LL nat. Germ. I, S. 219f.) entgegen *Levy*, Obligationenrecht (Fn. 4), S. 221 keineswegs im Widerspruch zur Bestimmung 5.4.6 geht, wo das *ustum pretium* den vereinbarten Preis bezeichnet (vgl. *d'Ors*, Fn. 3, S. 217 Fn. 721), setzt hinzu: *Sue enim culpe, qui rem suam vili pretio vendiderit*. Fügt man CE 286 und CE 294 zusammen, erhält man nahezu die Aussage, welche die Interpretatio zu CTh 3.1.1 (a. 319) macht (vgl.

vereinbart wird, auch ohne die Entrichtung des Kaufpreises aus—, diesem nur Beweisfunktion zukommt<sup>28</sup>. Ein solches Verständnis setzt freilich voraus, daß die *scriptura* nur Zeugnis der Parteivereinbarung und nicht auch der Kaufpreiszahlung wäre. Bekundet die Urkunde, die CE 286 meint, dagegen außer der Kaufabrede auch die Bezahlung der Kaufsache<sup>29</sup>, beschränkt sich der Sinn der Vorschrift darauf, zwei alternative Beweismittel für die Kaufpreiszahlung benennen. Sie entspricht damit ihrer Nachfolgebestimmung in der aus dem Codex Euricianus entwickelten Lex Baiuvariorum, die für den Grundstückskauf *post accepto pretio* die Beweissicherung durch *carta* oder Zeugen vorschreibt<sup>30</sup>:

## LBai 16.2

Si quis venderit possessionem suam alicui terram cultam non cultam prata vel silvas: post accepto pretio aut per cartam aut per testes conprobetur firma emptio. Ille testes per aurem debet esse tractus, quia sic habet lex vestra; duos vel tres vel amplius debent esse testes. Venditio si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione<sup>31</sup>.

Die *ratio*, nämlich, daß auf diese Weise Streit über kaufweise erlangte Sachen vermieden wird, wird im Bayerngesetz gleich mitgeliefert:

## LBai 16.15

Quicquid vendiderit homo aut comparaverit qualemcumque rem, omnia sint firmata aut per cartas aut per testes, qui hoc probare possent; hoc est de mancipiis, de terra, casis vel silvis, ut postea non sit contentio<sup>32</sup>.

---

Ed. Haenel, 1848, Neudruck 1962, S. 72): *Quum inter ementem et vendentem fuerit res definito pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur. et si voluerit revocare qui vendidit, nullatenus permittatur*. Hinter der Trias: *fraus, metus* und *laesio enormis* könnten sich die drei Willensmängel: Arglist, Zwang und Irrtum verbergen, die im nachklassischen römischen Recht als Anfechtungsgründe zusammengestellt werden; vgl. Harke, *Si error aliquis intervenit* (in Vorbereitung), § 23. Diese Einordnung läge durchaus im Sinne der Schöpfer der Verkürzungsanfechtung, die in der *laesio enormis* einen relevanten *error in negotio*, also eine Fehlvorstellung über die Art des abgeschlossenen Geschäfts, erkannten. Die *fraus*, die CE 286, 294 nicht als Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsbeständigkeit nennen, kehrt als Anknüpfungspunkt einer Sachmängelhaftung in der Nachfolgebestimmung von CE 294 in der Lex Baiuvariorum wieder (16.9, Ed. v. Schwind, MGH LL nat. Germ. V.1, S. 437f.): *Venditionis haec forma servetur, ut seu res seu mancipium vel quodlibet genus animalium venditur, nemo propterea firmitatem venditionis inrumpat, quod dicat se vili pretio vendidisse. Sed postquam factum est negotium, non sit mutatum; nisi forte vitium invenerit, quod ille venditor celavit, hoc est in mancipio aut in cavallo aut in qualicumque peculio... Si autem venditor dixerit vitium, stet emptio, non potest mutare. Si autem non dixerit, mutare potest in illa die et in alia et in tertia die. Et si plus de tribus noctibus habuerit post se, non potest mutare, nisi forte eum invenire non poterit infra tres dies...* Auch wenn offenbar schon die bloße Nichtansage eines Sachmangels zur Rückabwicklung des Kaufvertrags führt, folgt diese doch daraus, daß dem Verkäufer ein *celare* vorgeworfen, sein *dolus* also unterstellt wird.

<sup>28</sup> So Schindler (Fn. 16), S. 567.

<sup>29</sup> Dies vermuten nicht zu Unrecht *Merêa* (Fn. 4), S. 90 und *d'Ors* (Fn. 3), S. 213, 215.

<sup>30</sup> Der Unterschied, den Schindler (Fn. 16), S. 569 zwischen den beiden Regelungen ausmacht und dem Einfluß germanischer Rechtsvorstellungen auf das Bayerngesetz zuschreibt, verschwindet so.

<sup>31</sup> Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 432.

<sup>32</sup> Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 441.

Der alternative Beweis von Kaufabrede und Preiszahlung durch Urkunde oder Zeugen bedeutet lediglich eine unwesentliche Einschränkung gegenüber der Interpretatio zu den Paulussentenzen, die außer dem *instrumentum* noch *quaelibet probatio* zulassen will:

LRV PS 2.18.10

In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum obligatio sine causa demonstratur, si quo modo voluntas de fide contractus possit ostendi.

IP

In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci<sup>33</sup>.

Der Zusatz *dato et accepto pretio*, der kein Vorbild im Sentenzentext hat, ist ein starkes Indiz dafür, daß der Text des Bayerngesetzes auch dem Sinn des westgotischen Gesetzes zum Ausdruck verhilft<sup>34</sup>: Ist Beweisthema der *quaelibet probatio*, welche alternativ zum *instrumentum* offensteht, die Zahlung des Kaufpreises, muß diese auch Gegenstand der Urkunde sein. Ihre Errichtung kann nur dann *superfluous* sein, wenn sie die gleiche und keine weitergehende Wirkung als die sonstigen tauglichen Beweismittel hat<sup>35</sup>. Diese sorgen für eine Identifikation der Kaufsache und den Nachweis der Kaufpreiszahlung. Erst sie und nicht schon die bloße Schriftform sorgt für die *plena firmitas* des Geschäfts<sup>36</sup>, deren Eintritt CE 286 auf *scriptura* oder Zeugenbeweis begrenzt.

Die Anknüpfung der Vertragsbeständigkeit an die Preiszahlung bedeutet freilich noch nicht, daß diese unabdingbare Voraussetzung des Vertragsschlusses und konstitutiv für hieraus entspringende Verpflichtungen ist<sup>37</sup>. Die *plena firmitas*, deren Voraussetzungen CE 286 benennt und die auch Ziel des in der LBai 16.2 vorgesehenen Verfahrens ist, besteht darin, das Resultat des Kaufvertrags unangreifbar zu machen, also den Käufer vor einer Inanspruchnahme durch den Verkäufer sicherzustellen. Ein solches Ergebnis läßt sich stets nur durch den Austausch von Kaufsache und Preis erreichen. Nicht nur beim Barverkauf verleiht er der Parteiabrede Beständigkeit. Auch ein Distanzkauf, der beiderseitige Verpflichtungen der Parteien hervorbringt, ist vor einer Rückabwicklung erst dann sicher, wenn die Verpflichtungen auch erfüllt worden sind. Hier wie dort muß der Käufer, der die Kaufsache behalten, heraus- oder zurückverlangen will, beweisen, daß er die regelrecht geschuldete oder nur unverbin-

<sup>33</sup> Ed. Haenel (Fn. 27), S. 366.

<sup>34</sup> Eine gleichlaufende Regelungstendenz in CE 286 und IP PS 2.18.10 vermutet auch Merêa (Fn. 4), S. 87.

<sup>35</sup> Dies verkennt Schindler (Fn. 16), 564, der die Interpretatio zu PS 2.18.10 ebenso wie CE 286 deuten will und annimmt, die Preiszahlung sei nur Voraussetzung eines von der Schriftform verschiedenen Beweismittels.

<sup>36</sup> Richtig insoweit Levy, Law of Property (Fn. 17), S. 158f.

<sup>37</sup> So aber Gallo (Fn. 19), S. 75.

dlich zum Austausch vorgesehene Gegenleistung erbracht hat. Die Vorschriften über die Art und Weise, wie dieser Beweis zu führen ist, erweisen sich damit als schlechthin unergiebig für die Frage, ob und wie im westgotischen Recht eine Verpflichtung unter den Kaufvertragsparteien erzeugt werden kann.

Überschätzt werden darf auch nicht das Zeugnis zweier weiterer Stellen aus den westgotischen Paulussentenzen und ihrer Interpretatio, in denen die Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für eine Bindung des Verkäufers erscheint. Schon der Sentenzentext erwähnt das *pretium acceptum* als Erfordernis für die Eviktionshaftung des Verkäufers:

LRV PS 2.17.1

Venditor, si eius rei quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius, aliter enim non potest obligari.

IP

Si quis rem alienam vendiderit et pretium acceperit, ad redhibitionem duplae pecuniae manebit obnoxius<sup>38</sup>.

Erst in der Interpretatio erscheint die Kaufpreiszahlung dagegen, wenn es um die Verpflichtung des Verkäufers zur *traditio* der Kaufsache geht<sup>39</sup>:

LRV PS 1.13.4

Si id, quod emtum est, neque tradatur, neque manciperetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.

IP

Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxerit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est<sup>40</sup>.

In beiden Fällen ist die Rolle der Preiszahlung keineswegs von vornherein darauf festgelegt, den Kaufvertrag perfekt zu machen. Die Entrichtung des Kaufpreises läßt sich auch jeweils als bloße Voraussetzung für die Verpflichtung des Verkäufers verstehen<sup>41</sup>. Zumindest im Fall der Eviktion kann sich diese auch nicht allein aus einem Übergang des dinglichen Rechts ergeben, wie sie *Levy*<sup>42</sup> und *Kaser*<sup>43</sup> für den von PS 1.13.4 statuierten Herausgabensanspruch annehmen. Ob die westgotischen Juristen aber überhaupt von der Perfektion des Vertrags auf die Verkäuferpflichten geschlossen haben,

<sup>38</sup> Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 364.

<sup>39</sup> Daß der Abweichung der Interpretatio vom Sentenzentext an dieser Stelle die Aussage über den Zusammenhang von Preiszahlung und Eviktionshaftung in PS 2.17.1 zugrunde liegt, glaubt vielleicht nicht zu Unrecht *Conrat*, *Der westgotische Paulus*, 1911, S. 170, 172.

<sup>40</sup> Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 348.

<sup>41</sup> So *Schindler* (Fn. 16), 564.

<sup>42</sup> *Obligationenrecht* (Fn. 4), S. 208f.

<sup>43</sup> *AaO* (Fn. 18), S. 278 Fn. 38, S. 386.

erscheint zweifelhaft<sup>44</sup>. Wahrscheinlicher ist, daß sie umgekehrt von den Verpflichtungen des Verkäufers, sei es wegen Eviktion, sei es zur *traditio* der Kaufsache, ausgehen und von dem hier jeweils aufgestellten Erfordernis einer Kaufpreiszahlung auf die Vertragswirksamkeit geschlossen haben.

### 3. *TRADITIO* ALS VORLEISTUNG DES VERKÄUFERS

Daß die westgotischen Juristen nicht nur eine Bindung des Verkäufers, sondern auch eine regelrechte Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises kennen, macht eine Bestimmung des älteren Edictum Theoderici wahrscheinlich, deren Regelungsziel vermutlich die Ablehnung einer Anfechtung wegen *laesio enormis* ist<sup>45</sup>:

ETh 147

Placita bona fide et definita venditio a venditore rescindi non potest: sed pretium, quod ab emptore debetur, repentendum est<sup>46</sup>.

Ebenso wie die Verkäuferspflcht zur *traditio* besteht jedoch auch der Anspruch auf den Kaufpreis wiederum nicht schon allein aufgrund der Parteivereinbarung, sondern in Abhängigkeit von der vorherigen Gegenleistung, hier von der Übergabe der Kaufsache. Dies zeigt die kommentarlose Wiedergabe einer anderen Vorschrift der Paulussentenzen im Breviar:

LRV PS 2.18.6

Post rem traditam nisi emtor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est<sup>47</sup>.

Die *traditio*, die nach der Interpretatio zu PS 1.13.4 erst *accepto pretio* verlangt werden kann, ist hier ihrerseits die Voraussetzung dafür, daß der Käufer zur Entrichtung des Kaufpreises und bei Säumnis zur Zinszahlung verpflichtet ist. Auch sie ist demnach geeignet, aus der, für sich genommen, wirkungslosen Parteivereinbarung einen Verpflichtungsgrund zu machen, der sich gegen den Empfänger der Kaufsache wendet<sup>48</sup>. Abstrakt formuliert finden wir diesen Mechanismus auch in der Lex Romana Burgundionum wieder<sup>49</sup>, die den Besitzwechsel zum Auslöser einer besonderen *firmitas* des Kaufvertrags macht<sup>50</sup>:

<sup>44</sup> Ebenso *Siems* (Fn. 8), S. 242.

<sup>45</sup> *Siems* (Fn. 8), S. 769, *Mayer-Maly*, SZ 108 (1991) 231.

<sup>46</sup> Ed. *Bluhme* (MGH LL 5) S. 167.

<sup>47</sup> Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 366.

<sup>48</sup> Zu einseitig daher *d'Ors* (Fn. 3), S. 211f., der aus CE 295 schließen will, daß die Übergabe der Kaufsache nie Wirksamkeitserfordernis, sondern immer Gegenstand einer Verpflichtung ist.

<sup>49</sup> Vgl. zu deren Verhältnis zum Codex Euricianus jetzt *Liebs*, Römische Jurisprudenz in Gallien, 2002, S. 176ff.

<sup>50</sup> Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die gleiche Wirkung der Kaufpreiszahlung zukommt, die in dem anschließend geschilderten Fall einer Rücküberlassung der Kaufsache an den Verkäufer im Wege eines *precarium* jedoch keine Rolle spielt; vgl. *Siems* (Fn. 8), S. 274.

LRB 35.1f.

De vindendis et emendis contractibus hic ordo servandus est, ut quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem. (2) Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta: ...<sup>51</sup>.

Wirkt die Übergabe der Kaufsache ebenfalls obligationsbegründend, bietet dies eine plausible Erklärung dafür, warum die westgotischen Juristen den Widerspruch zwischen der eigenen Rechtslage und dem klassischen Konsensualprinzip nicht erkannt haben. Dieses kommt in der vom Breviar rezipierten Gai Epitome noch klar zum Ausdruck:

Gai Ep 2.9.13f.

Consensu fiunt obligationes, ex emtionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus et mandatis: quia in huiusmodi rebus consensu magis quam scriptura aliqua aut solennitas quaeritur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest. (14) Emtio igitur et venditio contrahitur, quum de pretio inter emtorem et venditorem fuerit definitum; etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit<sup>52</sup>.

Der Gegensatz zur Interpretatio der Paulussentenzen ist handgreiflich. Hängt die Verpflichtung des Verkäufers dort gerade von der Entrichtung des Kaufpreises ab, heißt es hier, eine *obligatio* entspringe schon der Bestimmung von Kaufsache und Kaufpreis und ohne Rücksicht auf die Entrichtung einer *pars pretii* oder die Hingabe einer *arra*. Verdecken läßt sich der Widerspruch zum westgotischen Vorleistungserfordernis nur dann, wenn man die Aussage der Gai Epitome auf den Fall bezieht, in dem die Kaufsache schon übergeben und der Käufer hierdurch zur Preiszahlung verpflichtet ist<sup>53</sup>.

Daß der *traditio* der Kaufsache und der Zahlung des Kaufpreises gleichermaßen eine die jeweilige Gegenseite verpflichtende Wirkung zukommen, liegt schließlich in der Konsequenz der Gleichbehandlung von Kauf und Tausch. Sie ist im Codex Euricianus und in den ihm entlehnten Regelungswerken ausdrücklich statuiert:

CE 293

Commutatio talem qualem emtio habet firmitatem<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Ed. v. *Salis* (MGH LL nat. Germ. II.1), S. 132.

<sup>52</sup> Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 334.

<sup>53</sup> Dies relativiert freilich die Einschätzung von *Schindler* (Fn. 16), S. 570, der den Text der Gai Epitome für einen eindeutigen Beleg gegen die These von der Rückkehr zum Barkauf hält; ähnlich *Siems* (Fn. 8), S. 237ff.

<sup>54</sup> Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), S. 13.

## LV 5.4.1

Commutatio, si non fuerit per vim et metum extorta, talem qualem et emtio habeat firmitatem<sup>55</sup>.

## LBai 16.8

Commutatio, hoc est quod cambias, talem qualem emtio habet firmitatem<sup>56</sup>.

Die westgotische Rechtslage entspricht auch in diesem Fall dem römisch-burgundischen Recht:

## LRB 35.5

Sciendum etiam, quod facta qualiterlibet commutatio vicem obtinet emptionis<sup>57</sup>.

Gilt das Recht des Kaufvertrags auch für den Tausch, kommt eine unterschiedliche Wirkung von Käufer- und Verkäuferleistung von vornherein nicht in Betracht. Bei der *commutatio* lassen sich die Leistungen beider Seiten jeweils sowohl als *res* wie auch als *pretium* ansehen. Spräche die Rechtsordnung eine verpflichtungsbegründende Wirkung nur der Kaufpreiszahlung zu, wäre der Rechtsanwender bei der Beurteilung eines Tauschvertrags vor ein unlösbares Problem gestellt. Da er nicht zwischen *res* und *pretium* zu unterscheiden vermag, könnte er über die *firmitas* der *commutatio* entgegen der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes gerade nicht nach Maßgabe der Regeln für den Kaufvertrag urteilen. Ein passendes Regelungsschema können diese nur bieten, wenn Preiszahlung und Sachübergabe gleichbehandelt und jeweils als Grund für die Verpflichtung der Gegenseite anerkannt werden.

Sind *pretium* und *res* gleichwertige Gegenstände einer obligationsbegründenden Vorleistung, bleibt dies nicht ohne Einfluß auf den Charakter des westgotischen Kaufvertrags. Er ist kein bloßes Bargeschäft mit Übereignungsfunktion, sondern entspricht in seiner Wirkungsweise den Realverträgen des römischen Rechts. Daß ihre Struktur nun auch dem Kaufvertrag zugrunde liegt, muß keineswegs auf dem Einfluß barbarischer Rechtsvorstellungen beruhen<sup>58</sup>. Sucht man nach einem historischen Vorläufer für das Muster des westgotischen Kaufvertrags, bietet sich eher der Mechanismus an, mit dem die spätclassischen römischen Juristen den Tausch bewältigen: Statt eines Konsensualvertrags nehmen sie lediglich eine *datio ob rem* an und machen Rechtsver-

<sup>55</sup> Ed. Zeumer (MGH LL nat. Germ. I), S. 218.

<sup>56</sup> Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 436. Hier paßt die volle Anerkennung des Tauschs gut zur generellen Entscheidung für die Beständigkeit von *pacta*; vgl. LBai 16.6: *Pacta vel placita, quae per scripturam quacumque facta sunt vel per testes denominatos tres vel amplius, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, immutare nulla ratione permittimus*. Damit müssen entgegen Mayer-Maly, SZ 108 (1991) 216 keineswegs nur *pacta adiecta* gemeint sein.

<sup>57</sup> Ed. v. Salis (MGH LL nat. Germ. II.1), S. 153.

<sup>58</sup> So aber Archi (Fn. 20), S. 184f.

hältnis und Anspruch auf die Gegenleistung von der Vorleistung einer Partei abhängig<sup>59</sup>. Bei der Fusion von Kauf und Tausch im westgotischen Recht könnte dieses Modell verallgemeinert und auf den Austausch von Sach- und Geldleistung ausgedehnt worden sein.

Noch näher liegt es freilich anzunehmen, daß man auf den begrifflichen Unterschied zwischen Existenz und Durchsetzbarkeit eines vertraglichen Anspruchs und damit auf die Differenzierung zwischen Vertragsschluß und synallagmatischer Verknüpfung der Leistungen überhaupt verzichtet hat. Das Ergebnis unterscheidet sich nicht vom Regelungsschema des Realvertrags: Das Rechtsverhältnis, das an die Existenz eines durchsetzbaren Anspruchs gekoppelt ist, entsteht erst mit einer Vorleistung, die dem Empfänger den Einwand abschneidet, die eigene Leistung nur im Austausch erbringen zu müssen.

#### 4. EIGENTUMSÜBERGANG

Das aus dem Synallagma geborene realvertragliche Regelungsmuster schließt nicht aus, daß der Übergang des Eigentums an der Kaufsache von der Zahlung des Kaufpreises abhängt<sup>60</sup>. Auch diese Lösung steht keineswegs im Gegensatz zum römischen Recht<sup>61</sup>, entspricht ihm vielmehr noch stärker als das nur durch Vergrößerung des römischen Kaufrechts zu gewinnende Realvertragsmodell<sup>62</sup>. Daß die Koppelung von Eigentumsübergang und Preiszahlung mit diesem durchaus kompatibel ist, erhellt, wenn man, wiederum dem Vorbild der römischen *emptio venditio* folgend, als Gegenstand von Vor- oder einklagbar Leistung des Verkäufers nicht die Übereignung, sondern lediglich die *traditio* der Kaufsache ansieht. Erfolgt diese zuerst, bewirkt sie noch keinen Eigentumsübergang. Der Wechsel in der dinglichen Rechtszuständigkeit liegt vielmehr in den Händen des Käufers, der ihn durch Erfüllung seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung bewirken kann. Kommt er ihr nicht nach, verbleibt das *dominium* beim Verkäufer. Dies ergibt

---

<sup>59</sup> Vgl. D 19.5.5pr., 1 Paul 5 quaest.

<sup>60</sup> Daß dies auch im westgotischen Recht gilt, nimmt zu Recht *Archi* (Fn. 20), S. 177 an.

<sup>61</sup> Vgl. D 18.1.53 Gai 28 ed prov, D 18.1.19 Pomp 31 QM, IJ 2.1.41. An der Gültigkeit dieser Regel im klassischen Recht bestehen keine Zweifel. Für ihre gegenteilige Ansicht haben *Schindler* (Fn. 14), S. 557ff. und *Misera*, FS Serrick, 1992, S. 277 keine überzeugende Begründung. Daß sich *Schindler*, S. 558 für die Annahme einer Verfälschung der Texte auf *Beseler* berufen muß, spricht für sich. Auch der Einsatz von Konstruktionen mit dem wirtschaftlichen Ziel des modernen Eigentumsvorbehalts bedeutet kein Argument gegen die grundsätzliche Verbindung von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang. Die besonderen Konstruktion sollen nicht einen ansonsten eintretenden Eigentumsübergang verhindern, sondern haben sämtlich das Ziel, vor der Kaufpreiszahlung eine Ersitzung der Sache durch den Käufer zu vermeiden; vgl. D 18.6.17 Iav 7 Cass.

<sup>62</sup> Auf die Kontinuität weist *Merêa* (Fn. 4), S. 85f. hin.

CE 292 (= LV 5.4.16):

Si servus de peculio suo fuerit emptus, et hoc dominus eius forte nescierit, de domini potestate non exeat; quia non praetium, sed res servi sui, dum ignorat, accepit<sup>63</sup>.

Daß die Zahlung des Kaufpreises aus dem *peculium* des verkauften Sklaven ohne besonderes Einverständnis des Verkäufers wirkungslos ist, beruht nicht auf einer Entscheidung gegen die Wirksamkeit des Kaufvertrags<sup>64</sup>. Regelungsgegenstand sind nur die Eigentumsverhältnisse: Der verkaufte Sklave, dessen Übergabe dem Käufer den Zugriff auf das *peculium* eröffnet hat, bleibt in *potestate domini*, weil der Verkäufer statt eines Kaufpreises ihm schon ohnehin gehörendes Geld erhalten hat und ihm mangels Kenntnis von dem *peculium* auch kein Schenkungswille unterstellt werden kann. Über das Eigentum an der Kaufsache entscheidet statt der *traditio* allein die Kaufpreiszahlung<sup>65</sup>.

Daß dies auch dann gilt, wenn die Kaufpreiszahlung der Übergabe der Kaufsache vorangeht, liegt nahe und wird durch den folgenden Breviarauszug aus den Paulussentenzen wahrscheinlich:

LRV PS 2.18.4

Ex die emtionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et foetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent<sup>66</sup>.

Sollen die Früchte der Kaufsache ab dem Vertragsschluß dem Käufer zustehen, entspricht dies dem klassischem römischem Recht und der Entäußerungsnatur, die der *emptio venditio* zu- und auch in der Regel *periculum est emptoris* zum Ausdruck kommt: Die Kaufsache wird ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse *ex die emptionis* dem Vermögen des Käufers zugerechnet<sup>67</sup>. Nicht mit dem klassischen römischen Recht in Einklang steht dagegen die Einschränkung, der Käufer müsse zumindest eine *pars pretii*<sup>68</sup> entrichtet haben. Ihre Funktion kann sich hier nicht darauf beschränken, den Kaufvertrag als obligatorisches Rechtsverhältnis zu statuieren. Denn dieses bewirkt noch keine Zuordnung der Sachfrüchte, deren Schicksal der Eigentums- oder Vermögenszuständigkeit für die Muttersache folgt.

Wechselt sie mit der Zahlung eines Kaufpreisteils, haben wir es hier mit einer durchaus konsequenten Weiterbildung des klassischen römischen Kau-

<sup>63</sup> Ed. *Zeumer* (MGH LL nat. Germ. I), 13, S. 223; nahezu wortgleich ist LBai 16.7; vgl. Ed. v. *Schwind* (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 436.

<sup>64</sup> So aber *Merèa* (Fn. 4), S. 89, der einen Gegensatz zu CJ 4.49.7 ausmacht, und *Schindler* (Fn. 16), S. 569, der eine arglistbedingte Ungültigkeit der *venditio* annimmt, um die eigentumsübertragende Wirkung der Kaufpreiszahlung leugnen zu können.

<sup>65</sup> Insoweit richtig *Levy*, Law of Property (Fn. 17), S. 160, der die Fixierung auf die Kaufpreiszahlung jedoch auch für die Entscheidung über die Wirksamkeit des Kaufs unterstellt.

<sup>66</sup> Ed. *Haenel* (Fn. 27), S. 366.

<sup>67</sup> *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1900, § 390, Bd. 2, S. 616; daran anknüpfend *Ernst*, SZ 99 (1982) 244; ferner *Kaser*, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl., 1971, S. 547, *J.G. Wolf*, TR 45 (1977) 13f., *Weyand*, TR 51 (1983) 225 ff., *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 290ff.

<sup>68</sup> Wegen der sicheren Überlieferung des Breviartextes kann der Streit über die Gestalt des originalen Sentenzentextes hier unberücksichtigt bleiben; vgl. dazu *Siems* (Fn. 8), S. 246ff. mwN.

frechts zu tun: Die westgotischen Juristen kombinieren die Verbindung von Preiszahlung und Eigentumsübergang mit der Entäußerungsnatur der römischen *emptio venditio*. Mit ihr machen sie ernst, indem sie an die Stelle der bloßen Zurechnung der Kaufsache zum Käufervermögen eine sachenrechtliche Zuordnung durch Eigentumsübergang setzen, diesen jedoch unter das hergebrachte Erfordernis der Preiszahlung stellen. Der Eigentumswechsel ist so völlig von der Verpflichtung des Verkäufers zur Sachübergabe abgelöst. Er tritt beim westgotischen Kaufvertrag stets automatisch mit der Preiszahlung oder mit der ihr gleichgachteten Entrichtung einer *pars pretii* ein.

## 5. ANZAHLUNG UND VORVERTRAG MIT ÜBEREIGNUNGSPFLICHT

Die umstrittenen Bestimmungen des Codex Euricianus zu Anzahlung und *arrha* erscheinen nun in einem anderen Licht: Die Zahlung der *pars pretii*, die CE 296 als Voraussetzung für den wirksamen Vertragsschluß und die Verpflichtung zur Zinszahlung genügen läßt<sup>69</sup>, hat nicht nur obligatorische Wirkung. Nach dem Zeugnis von PS 2.18.4 zeitigt sie auch den Übergang des Eigentums an der Kaufsache auf den Käufer. Der Verkäufer, der sich gegen den Fall der Säumnis auf Käuferseite nicht durch eine *lex commissoria* gesichert hat, erhält im Austausch gegen den Eigentumsverlust lediglich den Anspruch auf den Kaufpreis nebst Zinsen. Dieser ist an das realvertragliche Element der Entrichtung einer *pars pretii* gebunden, im übrigen aber Ausfluß eines Konsensualkaufs nach römischem Muster.

Anders ist es bei der Hingabe einer *arrha*, von der CE 297 handelt. Der wirtschaftliche Sinn, den sie für beide Vertragsparteien hat, erschließt sich erst, wenn man die eigentumsübertragende Wirkung der gewöhnlichen Kaufpreiszahlung oder -anzahlung kennt. Die *arrha* soll gerade nicht *pars pretii* sein und weder den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichten noch einen Wechsel des Eigentums an der Kaufsache zeitigen. Statt dessen unterliegt der Verkäufer einer Verpflichtung, die ihn beim gewöhnlichen Kaufvertrag nicht trifft: Er muß dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschaffen, das bei Zahlung einer *pars pretii* schon ohne weiteres auf ihn übergeht. Die Hingabe der *arrha* wirkt so zwar einseitig verpflichtend für ihren Empfänger. Dieser gibt jedoch auch weniger auf als beim regelrechten Kaufvertrag. Er bleibt Eigentümer der Kaufsache und macht sich lediglich zum Schuldner einer auf den Zahlungstermin befristeten Verbindlichkeit. Zahlt der Käufer nicht wie vereinbart, bleibt die Vereinbarung völlig folgenlos und bedarf zumindest in rechtlicher Hinsicht keiner Rückabwicklung<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Daß statt ihrer die *traditio* der Kaufsache entscheidend ist, wie *Liebs* (Fn. 49), S. 161 meint, ergibt sich aus dem Verordnungstext nicht.

<sup>70</sup> Daß die *arrha* eine bloße Empfangshaftung und keine Verpflichtung ihres Bestellers auslöst, steht jedenfalls nicht im Widerspruch zu dem, was Isidor über die *arrha* und ihren Gegensatz zum *pignus* berichtet; vgl. Etym 5.25.20f.: *Interest autem in loquendi usu inter pignus et*

Die *arrha* der westgotischen Gesetze hat also im Unterschied zur *pars pretii*, der sie deutlich gegenübergestellt wird, nichts mit der Perfektion einer Austauschvereinbarung zu tun. Statt eines Kaufvertrags bringt sie lediglich einen Vorvertrag hervor, aus dem für den Empfänger eine zeitlich begrenzte Verpflichtung erwächst, die jenseits des Pflichtenprogramms der *emptio venditio* liegt<sup>71</sup>. Die *arrha* ist ein Mittel, mit dem die westgotische Rechtspraxis und -wissenschaft aus dem Schema des Kaufvertrags ausbricht, dessen wesentliche Züge dem klassischen römischen Recht entstammen und von den westgotischen Juristen durchaus konsequent fortgebildet sind.

## 6. GEGENMODELLE IM BURGUNDISCHEN UND BAYERISCHEN RECHT

Keine Widerlegung, sondern eine Bestätigung erfährt die vorgestellte Deutung des westgotischen Arrhalgeschäfts durch einen Blick auf das römisch-burgundische und das bayerische Recht. Hier hat die Hingabe einer *arrha* nämlich nicht nur konstruktiv eine andere Funktion, sondern auch eine völlig andere Wirkung:

### LRB 35.6

Arra pro quibuscumque rebus a vindetore accepta ab eo qui emit, vinditionem perfectam esse; precium tamen postmodum emptor vinditori impleturus, si aut inter ipsos convenerit aut vivorum bonorum estimatione consteterit, secundum speciem Pauli<sup>72</sup>.

Die Lex Romana Burgundionum erklärt die *arrha* zum Mittel der Perfektion eines Kaufvertrags<sup>73</sup>. Dies bedeutet nicht nur, daß der Empfänger wie ein

---

*arram. Nam pignus est quod datur propter rem creditam, quae dum redditur, statum pignus auferitur. Arra vero est, quae primum pro re bonae fidei contractu empti, ex parte datur, et postea completur. Est enim arra complenda, non auferenda; unde qui habet arram non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem; et dicta arra a re, pro qua traditur.* Daß die *arrha* anders als das Pfand nicht zurückgegeben wird, beschreibt hier wie dort nur den störungsfreien Fall, in dem der Käufer den Kaufpreis zahlt, der Darlehensnehmer die gesicherte Forderung tilgt. Wenn Isidor dem Verkäufer, der eine *arrha* empfangen hat, attestiert, die vollständige Zahlung zu wünschen (*plenitudinem desiderat*), bedeutet dies noch nicht, daß der Verkäufer auch einen Anspruch hierauf hat. Macht man sich von der keineswegs zwingenden Vorstellung frei, Isidor gewähre dem Empfänger der *arrha* ein Recht gegen ihren Besteller, schwindet auch der Gegensatz zu Etym 9.7.6, den Boyer, *Mélanges Lévy-Bruhl*, 1947, S. 49ff. nur unbefriedigend aus verschiedenen historischen Vorläufern erklären kann: *Est autem arra non solum sponsio coniugalitatis, sed etiam pro qualibet promissa re, ut aut reddatur aut compleatur.* Entgegen Levy, *Obligationenrecht* (Fn. 4), S. 234 ist hier völlig eindeutig, wer die Wahl zwischen Rückgabe und Erfüllung hat: Es ist der Besteller der *arrha*, der die Gegenleistung verlangen oder das Angeld zurückfordern kann.

<sup>71</sup> Mit der Nichtzahlung des Kaufpreises ist nach CE 297 denn auch nur die *res* und nicht etwa die *venditio finita*; vgl. Levy, *Law of Property* (Fn. 17), S. 160.

<sup>72</sup> Ed. v. Salis (MGH LL nat. Germ. II.1), S. 153.

<sup>73</sup> Entgegen Schindler (Fn. 16), S. 568 Fn. 58 kann sie daher kein bloßes Beweismittel und entgegen Massei, *BIDR* 48 (1941) 393 auch nicht identisch mit der *arrha* des klassischen römischen Rechts sein.

gewöhnlicher Käufer verpflichtet wird. Erwähnenswert und der Bezugnahme auf eine unbekannte Stelle in den Paulussentenzen bedürftig erscheint den Gesetzesverfassern vor allem die Verpflichtung dessen, der die *arrha* geleistet hat: Er muß den gesamten Kaufpreis entrichten und steht damit ebenso wie der westgotische Käufer, der eine *pars pretii* geleistet hat<sup>74</sup>. Folgerichtig fehlt in der Lex Romana Burgundionum eine CE 296 entsprechende Bestimmung über die Kaufpreisanzahlung.

Daß man sich so bewußt von der westgotischen Regelung abheben wollte, ist im Fall der Lex Romana Burgundionum nur Spekulation. Fest steht es bei der Lex Baiuvariorum, die ja gerade nach dem Vorbild des Codex Euricianus gestaltet, in weiten Teilen sogar schlicht abgeschrieben ist. Hier ist die Abwendung vom westgotischen Vorbild handgreiflich:

LBai 16.10

Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non occurrerit ad diem constitutum vel antea non rogaverit placitum ampliorem, si hoc neglexerit facere, tunc perdat arras et pretium quod debuit, impleat<sup>75</sup>.

Der erste Satz entspricht dem Text des Codex Euricianus in der Lesung von *d'Ors*: Anders als in der Fassung der Lex Visigothorum soll durch die Hingabe der *arrha* nicht der Empfänger, sondern gebunden sein, wer die Zuwendung macht. Dem Verfasser der Lex Baiuvariorum ist nicht entgangen, daß so ein Widerspruch zum zweiten Satz von CE 297 entsteht; und er hat diesen folgerichtig neuformuliert und inhaltlich umgekehrt. Die im ersten Satz angeordnete Rechtsfolge: *pretium cogatur implere*, findet nun eine Entsprechung im zweiten Satz, demzufolge der Käufer das *pretium* schuldet und zusätzlich zur *arrha* zu leisten hat, die er verliert. So geht das Bayerngesetz über die Regelung der Lex Romana Burgundionum hinaus: Die *arrha* wird noch nicht einmal auf die Kaufpreisforderung angerechnet<sup>76</sup>. Diese Abweichung kann freilich darauf beruhen, daß die *arrha*, von der das Bayerngesetz in Übereinstimmung mit CE 297 ausgeht, einen werthaltigen Gegenstand hat, während sie für die Verfasser des römisch-burgundischen Gesetzes eine nur symbolische Zuwendung ist. Ansonsten herrscht Übereinstimmung zwischen der Lex Baiuvariorum und der Lex Romana Burgundionum: Die *arrha* verpflichtet nicht nur ihren Empfänger, dessen Haftung in beiden Gesetzen wohl stillschweigend vorausgesetzt ist<sup>77</sup>. Sie bindet vor allem ihren Geber, der regelrecht zum Käufer wird und den vollen Kaufpreis zu zahlen hat. Die *arrha* des bayerischen Gesetzes entspricht demnach ebenso wie die *arrha* im römisch-burgundischen

<sup>74</sup> Die Einordnung als Teilzahlung (so Levy, Law of Property, Fn. 17, S. 163) oder Pfand ist beliebig (vgl. Siems (Fn. 8), S. 275), eine Verwirrung der Gesetzesverfasser durch den mißverständlichen Ausdruck: *praetium implere* in CE 297 (so Levy aaO) unwahrscheinlich.

<sup>75</sup> Ed. v. Schwind (MGH LL nat. Germ. V.1), S. 438f.

<sup>76</sup> Sie kann daher entgegen Gierke (Fn. 5), S. 349ff. und Siems (Fn. 8), S. 91, 108 schwerlich die Bedeutung einer Teilleistung oder die Funktion eines Pfandes haben.

<sup>77</sup> Richtig Gierke (Fn. 5), S. 350.

Gesetzes Gesetz der westgotischen *pars praetii*. Es ist daher kein Zufall, daß CE 296 auch im Bayerngesetz keine Nachfolgevorschrift gefunden hat.

## 7. ERGEBNIS

Unsere Untersuchung hat keines der früheren Deutungsmuster für das westgotische Kaufrecht bestätigt, als Ergebnis vielmehr eine interessante Mischung der bisherigen Ansätze erbracht: Der westgotische Kaufvertrag läßt sich nicht mit *Levy* und *Kaser* auf ein bloßes Bar- und Übereignungsgeschäft reduzieren. Er entspricht eher *Gierkes* Vorstellung eines Realvertrags, ist als solcher aber nicht notwendig germanischen, eher römischen Ursprungs: Das westgotische Recht kennt regelrechte Verpflichtungen der Kaufvertragsparteien, nämlich zur Preiszahlung und zur *traditio* der Kaufsache, und läßt diese aber außer vom Konsens von einer vollständigen oder teilweisen Erbringung der jeweiligen Gegenleistung abhängen. Die Gleichbehandlung von Käufer- und Verkäuferseite ist schon durch die Gleichsetzung von Kauf und Tausch vorgegeben; das westgotische Regelungsschema entspricht in etwa dem römischen der Innominatrealkontrakte. Statt aus einer Kopie der hierfür geltenden römischen Rechtslage ist der westgotische Rechtszustand allerdings eher aus dem Gedanken der synallagmatischen Verknüpfung von Käufer- und Verkäuferleistung hervorgegangen: Die Vertragswirksamkeit wird vom Moment des Konsenses einfach auf den Zeitpunkt verlagert, in dem eine Seite die eigene Leistung erbracht und einen durchsetzbaren Anspruch auf die Gegenleistung erworben hat.

Unabhängig von diesem obligatorischen Austausch- besteht das Übereignungsverhältnis, das dem von *Levy* und *Kaser* gezeichneten Bild entspricht: Mit der vollständigen oder teilweisen Kaufpreiszahlung geht das Eigentum an der Kaufsache über. Dies entspricht im Grundsatz dem klassischen römischen Recht. Der Eigentumswechsel ist im westgotischen Recht jedoch nicht an die Verkäuferpflichten angebunden. Er hängt nicht von der *traditio* ab, sondern vollzieht sich automatisch mit der als Vorleistung oder zur Erfüllung einer Verpflichtung erbrachten Kaufpreiszahlung. Auch diese Wirkungsweise des Kaufs hat ein Vorbild im klassischen römischen Recht, und zwar in der Entäußerungsnatur der *emptio venditio*. Mit ihr haben die Westgoten nur ernst gemacht, indem sie statt einer bloß schuldrechtlichen Zuordnung der Kaufsache zum Vermögen des Käufers mit dem Vertragsschluß auch das Eigentum übergehen lassen, vorausgesetzt, daß der Kaufpreis bezahlt ist. Zumindest für den Kaufvertrag ist *Gierkes* Lehre eines germanischen Ursprungs also widerlegt. Statt dessen trifft insoweit die Einschätzung von *Merèa* und *d'Ors* zu, das westgotische Recht sei vor allem weiterentwickeltes römisches Recht, wobei die Entscheidung zwischen Fortbildung und Degeneration schwerfällt.

Die umstrittenen Vorschriften in CE 296 und CE 297 beziehen sich auf zwei verschiedene Vertragsarten: CE 296 gilt dem regulären Kaufvertrag und erklärt die Kaufpreisanzahlung für hinreichend, um ein obligatorisches Band

unter den Parteien zu knüpfen. Die Hingabe der *arrha*, von der CE 297 handelt, ist –insoweit haben *Levy* und *Kaser* wiederum recht– nicht geeignet, eine *venditio* zu begründen. Aus der Empfangnahme der *arrha* erwächst vielmehr eine Verpflichtung, die dem Kaufvertrag völlig fremd ist: die Pflicht zur Übereignung der Kaufsache. Daß sie an die Stelle des automatischen Eigentumsübergangs mit Kaufpreiszahlung tritt, macht den Arrhal- zu einem bloßen Vorvertrag, der sich bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises einfach erledigt hat: Der Verkäufer, der anders als bei der Kaufpreisanzahlung noch keinen Rechtsverlust, erlitten hat, wird schlicht von seiner Übereignungspflicht befreit. Einen Kaufvertrag, der in Verbindung mit der Preiszahlung den Eigentumswechsel begründen und den Verkäufer zur *traditio* verpflichten könnte, hat es in diesem Fall nie gegeben. Das Schema dieses Vorvertrags muß im römisch-burgundischen und im Bayerngesetz verschwinden, weil beide die Hingabe einer *arrha* mit der Kaufpreisanzahlung identifizieren. Folgerichtig wird CE 297 so umgestaltet, daß die Vorschrift inhaltlich der bewußt nicht rezipierten Bestimmung von CE 296 entspricht.

JAN DIRK HARKE

