Université Jean Moulin Lyon 3

Ecole doctorale : Droit

Centre lyonnais d'Histoire du droit et de la pensée politique

Westfälischen Wilhelms-Universität (Münster)

Rechtswissenschaftliche Fakultät

« Tempus autem … »
L'histoire du bref délai de l'art. 1648 du Code civil dans la version de 1804 en comparaison avec le développement du 477 alinéa I phrase I BGB dans la version de 1900

par Gunda WIEGARD

Thèse de doctorat en Histoire du droit / Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

sous la direction de David DEROUSSIN & Martin SCHERMAIER

soutenue le 15 janvier 2009

Composition du jury :

David DEROUSSIN, professeur à l'université Lyon 3

Martin SCHERMAIER, professeur à la Westfälischen Wilhelms-Universität (Münster)

Stéphane PILLET, professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3

Peter OESTMANN, professeur à l'université de Bonn

Abkürzungen

1re/ 3e Civ.	1. / 3. Zivilkammer der Cour de Cassation
a.E.	am Ende
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
ALR	Allgemeines (Preußisches) Landrecht
Apr.	April
Art.	Artikel
Aug.	August
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bsp.	Beispiel
Bull.civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
ca.	circa
C.	Codex (Justinianus)
CA	Cour d'appel
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
Ch./Chap.	Chapitre
com.	commercial
Contr.Conc.Cons.	Revue Contrats, Concurrence, Consommation
Cout.	Coutume
Dalloz	Recueil Dalloz
D.	Digesten/Digestae
Dez.	Dezember
ebd.	ebenda
ebs.	ebenso
entspr.	entsprechend
f	folgende
Febr.	Februar
ff	fortfolgende
frz.	französisch
FS	Festschrift
hinsichtl.	Hinsichtlich
hpts.	hauptsächlich
hrsg.	herausgegeben
HS	Handschrift
i.Allg.	im Allgemeinen
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engen Sinne
insb.	insbesondere
Inst.	Institutiones
IRMAE	Ius Romanum Medii Aevi
i.S.e.	im Sinne einer/s
i.w.S.	im weiten Sinne
Jan.	Januar
krit.	kritisch

L.	Loi
Lettr.Pat.	Lettre-Patente
Lib.	Liber
Liv.	Livre
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.Chr.	nach Christus
Nov.	November
Nr.	Nummer
o.	oder
Okt.	Oktober
Ord.	Ordonnance
Pl.	Plural
pr.	principium
P.S.	Pauli Sententiae
R.	Règlement
RHDFE	Revue historique du droit français et étranger
RHFDSJ	Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique
Rdnr.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
Sept.	September
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte
SZ (R.A .)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte... romanistische Abteilung
T.	Tomus
Tijdschrift v.R.	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
Tit.	Titel/Titre/Titulus
Trib.	Tribunal
v.	von/vom
v.Chr.	vor Christus
vgl.	Vergleiche
Vgl.	Vergleich
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

„Tempus autem …"

Die Geschichte des *bref délai* des Art. 1648 C.civ. in der Fassung von 1804 im Vergleich mit der Entwicklung des § 477 Abs. 1 S. 1 BGB in der Fassung von 1900

Zweihundert Jahre lang bis 2005 bestimmte Artikel 1648 des Code civil: „*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite.*"
Diese Regel wurde wegen ihrer Ungenauigkeit vielfach kritisiert, denn sowohl die Bestimmung der Dauer des *bref délai*, als auch dessen Beginn lag in den Händen des Richters, der von Fall zu Fall entscheiden konnte. Die Frist variierte je nach Fall von vier bis neun Monaten. Die Rechtsprechung zog es trotz diesem großen Entscheidungsspielraum oftmals vor, trotz eines Mangels eine *non-conformité* (Nichterfüllung) oder einen *vice de consentement* anzunehmen und so den *bref délai* zu umgehen, bis die beiden zivilen Kammern der *Cour de cassation* vor allem ab 1993 schrittweise dieser Praxis Prinzipienurteile entgegensetzten.
Dem gegenüber war § 477 Abs. I 1. Satz des BGB in der Fassung vor dem 1. Januar 2002 klarer hinsichtlich des Fristbeginns und der Fristdauer: „Der Anspruch auf Wandelung oder Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an."
Aus der Perspektive eines deutschen Juristen musste der Art. 1648 C.civ. in der Fassung von 1804[1] bis 2005 hinsichtlich der Klagefristen eine Reihe Fragen hervorrufen. Natürlich drehten diese sich zunächst um die Umsetzung des *bref délai* in die Praxis. Hier soll ein rechtsgeschichtlicher Ansatz gewählt werden, um dem Art. 1648 C.civ. (1804) näherzukommen. Es soll gefragt werden, wie es zu der Formulierung *bref délai* kam, was die Verfasser des Code civil vor Augen hatten, als sie diese Worte wählten. Diese Arbeit verfolgt noch einen weiteren Ansatz, nämlich den Vergleich mit der deutschen Rechtsgeschichte: Wie konnte es im französischen Sachmängelgewährleistungsrecht zu einer Fristenregelung von einem „*bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite*" kommen, während das BGB an einer Verjährungsfrist wesentlich näher am Römischen Recht festhielt? Beide Rechtssysteme haben einen ihrer Ursprünge im Römischen Recht, dennoch nahm die

[1] Im weiteren: C.civ. (1804).

Entwicklung der Fristen der ädilizischen Klagen in Frankreich einen anderen Ausgang als die in Deutschland. Voraussetzung dieser partiellen Betrachtung des französischen und deutschen Sachmängelrechts ist die Kenntnis vom Römischen Recht.
Damit ergibt sich für den Aufbau dieser Arbeit folgendes:
Als erstes soll die Basis beider Rechtsordnungen betrachtet werden: Welche Fristen galten bei einer Wandlungs[2]- oder Minderungsklage in Rom? Der Schwerpunkt wird auf die ädilizischen Klagen gelegt. Bei dieser Untersuchung des Römischen Rechts wird deutlich, dass einige Punkte offen bleiben, die anhand eines Ausflugs in das griechisch-römische Recht Byzanz' weiterverfolgt werden.
Anschließend soll das Sachmängelrecht und dessen Klagefristen in Frankreich betrachtet werden. Die drei zugrundeliegenden Fragestellungen sind, wie es zum Ausdruck *bref délai* kam, wieso sich *nicht* das Römische Recht durchsetzen konnte und wie die Doktrin das Römische Recht kommentierte, alle Untersuchungen beschränkt auf die Fristen der (ehedem) ädilizischen Klagen. Dem folgt eine kürzere Darstellung der Hintergründe der Klagefristen im deutschen Sachmängelgewährleistungsrecht, in dem sich trotz vieler Parallelen zur französischen Entwicklung eine Frist von sechs Monaten durchsetzen konnte. Im deutschen Recht sind die Fragen leicht umgekehrt: Wieso kam es zu einer Formulierung bei den Verjährungsfristen, die nahe am ädilizischen Recht ist, aber dieses nicht eins zu eins umsetzt? Wie erklären sich diese Abweichungen vom Römischen Recht und wo spiegeln sich die Fristen aus den Partikulärrechten wieder, die im Schnitt wesentlich kürzer waren als die römischrechtlichen? Im letzten Teil der Arbeit soll ein Ausblick auf das moderne Recht in Frankreich und Deutschland folgen, um die Brücke zur Gegenwart zu schlagen.
Als Hilfe sind dieser Arbeit zahlreiche Anhänge in Form von Tabellen und Landkarten angefügt, die viele der inhaltlichen Ausführungen illustrieren und anschaulich machen.

Zur örtlichen Eingrenzung des Themas dieser Arbeit lässt sich folgendes festhalten:
Die Begriffe *französischen* so wie *deutschen* Rechts suggerieren die Existenz von Nationen sowie gewisse Landesgrenzen. Von einem gewissen nationalen Recht kann, wenn überhaupt, nur die Rede sein, wenn gleichzeitig eine zeitliche Eingrenzung erfolgt.
Betrachtet werden in dieser Abhandlung die Landstriche, die heute Frankreich bzw. Deutschland ausmachen, wobei das wechselhafte Schicksal der einzelnen Regionen zu Zeiten von Kriegen und anderen Machtkämpfen im Einzelnen nicht ausgeleuchtet wird. Der Einfachheit

[2] Diese Schreibweise wird der des BGB, Wandelung, vorgezogen. Um Verwechslungen mit dem modernen Recht zu vermeiden, soll nicht von Rücktritt gesprochen werden.

halber wird ggf. an manchen Stellen der historischen Betrachtung mit *Frankreich* das Gebiet bezeichnet, das heutzutage das Kerngebiet Frankreichs ausmacht, das gleiche gilt für *Deutschland* bzw. den deutschen Staaten.

Der insgesamt betrachtete Zeitraum geht vom 2. Jahrhundert n. Chr. bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts. Bei der Betrachtung des Römischen und byzantinischen Rechts stammen die vor allem verwandten Quellen aus der Zeit vom 2. Jahrhundert n. Chr. bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts. Das Kapitel über das französische Recht beginnt mit den sogenannten *leges (Romanae) barbarorum* um das 6. Jahrhundert. Aufgrund der Quellenlage liegt der Schwerpunkt auf der Zeit ab Ende des 15. Jahrhunderts. Das Kapitel endet mit der Schaffung des Code civil 1804 und einem Ausblick auf die erste Zeit nach 1804 und auf das moderne Recht. Im Kapitel zum deutschen Recht werden hauptsächlich die Gewährleistungsfristen bis zum Inkrafttreten des BGB 1900 betrachten; die Zeit nach 1900 und das moderne Recht werden kurz angesprochen.

Für das Römische und byzantinische Recht wird im Wesentlichen auf die Digesten, den Codex, Urkunden, das Syrisch-römische Rechtsbuch, den rekonstruierten Titel 19, 10 der Basiliken, den Tipoukeitos, die Peira, die Hexabiblos und andere kleinere Schriften zurückgegriffen. In der Abhandlung zum französischen Recht spielen als schriftliche Quellen die *ordonnances*, hauptsächlich die königlichen, die *coutumes* und *coutumiers* eine Rolle. Die Doktrin und die *usages* werden anhand der Literatur des 11. bis 19. Jahrhunderts ermittelt. Abgesehen von Durands *Speculum Iuris* wird kanonisches Recht nur am Rande einbezogen. Rechtsprechung wird nur insofern zitiert, als sie in der Literatur oder Rechtsprechungssammlungen aufgeführt ist. Ein Studium lokaler Quellen in Frankreich wie die der Rechtsprechung der einzelnen Bezirke oder die der Urkundenpraxis ist nicht Bestandteil dieser Arbeit geworden; denn um ein einigermaßen abschließendes Bild zu erhalten, hätte dies Recherchen in lokalen Archiven in ganz Frankreich vorausgesetzt, was den Rahmen dieser Arbeit, die bereits zwei nationale Rechte einbezieht, gesprengt hätte.

A. Regelungen zum Gewährleistungsrecht im Römischen und byzantinischen Recht

Das Römische Recht war und ist die Basis des französischen und deutschen Gewährleistungsrechts trotz gewisser Regelungen aus dem Bereich der *coutumes* oder der Partikularrechte. Sein Verständnis ist notwendig, um im Nachhinein die Unterschiede in den Sonderrechten und die Behandlung durch die Doktrin einordnen zu können. Deswegen ist es hilfreich, das Sachmängelgewährleistungsrecht im Römischen Recht kurz als Ganzes darzustellen, ohne allerdings in alle Einzelheiten zu gehen, und einen Schwerpunkt auf die dort bekannten Fristen zu legen.

Wegen einer lückenhaften Überlieferung bleiben viele Einzelfragen zur Rechtsgestaltung und zur Entwicklung der Rechtsinstitute innerhalb des Römischen Rechts streitig. Auch wenn es ohne Zweifel interessant ist, die ädilizischen Klagen und andere Rechtsbehelfe in ihren diversen Entwicklungsstufen zu kennen, so soll hier nicht aus den Augen verloren werden, dass die Basis des späteren Auflebens des Römischen Rechts und damit die Basis der modernen Rechte hauptsächlich das Römische Recht in seiner nachklassischen justinianischen Fassung darstellt.

Anschließend an die Betrachtung des Römischen Rechts werden andere Quellen untersucht, die das Verständnis des Römischen Rechts zur damaligen Zeit erhellen können. Insbesondere wird das sogenannte griechisch-römische Recht bis zum 14. Jahrhundert hinzugezogen werden, das das justinianische Recht in Byzanz fortsetzte und weiterentwickelte.

1. Die Ursprünge

Es ist anzunehmen, dass ursprünglich im altrömischen Recht, als der Barkauf die Regel war, dem Käufer einer Sache die Sorgfalt oblag, die Kaufsache vor dem Kauf zu untersuchen, so dass ihm nachträglich keine Ansprüche gegen den Verkäufer wegen eines Sachmangels zustanden. Eine automatische, gesetzliche Garantie gab es nicht.[1] Das XII-Tafel-Gesetz aus der Mitte des 5. Jahrhunderts v. Chr., soweit es überliefert ist, enthält keine Regelungen zur Sachmängelgewährleistung. Marcus Tullius Cicero (106-43 v. Chr.) erwähnt lediglich im Zusammenhang mit den XII Tafeln eine Haftung aufgrund einer privaten Absprache im

[1] Huvelin T. II S. 127; Lepointe/Monier S. 252f; Zulueta S. 49; Girard S. 598 ; Haymann S. 1.

Zusammenhang mit Rechtsmängeln. Die Stelle Cicero *de off.* 3, 65[2] zum *dolus* und zur *reticentia* bezieht sich wohl nur auf die Klagen *de modo agri* und *auctoritatis*, wenn sich die Falschaussage bzgl. eines Grundstückes auf eine Dienstbarkeit bezieht, und ist kein Hinweis auf eine andere Klageart,[3] auch wenn Monier dies 1930 noch anders sah,[4] was er allerdings bereits 1940 korrigiert hatte.[5] Das ergibt sich aus dem Zusammenhang der Stelle bei Cicero, der keine Sachmängel behandelt,[6] und aus anderen Stellen, die zumindest die Praxis einer Verurteilung auf das Doppelte aus den Klagen *de modo agri* und *auctoritatis* bestätigen, *Pauli Sententiae* (P.S.) 2, 17, 4: „*Distracto fundo, si quis de modo agri mentiatur, in duplo eius, quod mentitus est, officio judicis aestimatione facta convenitur.*"

Vermutlich gab es auch keine Klage, die dem Käufer bei einem Sachmangel zugebilligt worden wäre, selbst dann nicht, wenn der Verkäufer bestimmte Eigenschaften oder die Fehlerfreiheit formfrei zugesagt hatte (*dictum*).[7]

2. Die *stipulatio*

Eine Sachmängelgewährleistung konnte aber, als sich der Kauf von einem bloßen Übereignungsgeschäft zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übereignung entwickelt hatte, durch eine *stipulatio* begründet werden, sei es für *res mancipi* oder *nec mancipi*.[8] Daraus konnte der Käufer im Wege einer Zivilklage *stricti juris* klagen. So findet es sich noch bei Julius Paulus (um 161 n. Chr.) mit einem Bezug auf alte Sitten, P.S. 5, 7, 1: „*Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solemnitate concipiuntur: et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt.*" Danach hatten die Vorfahren schon die Stipulation als Fundament einer Obligation bezeichnet, durch deren feierlichen Akt die

---

[2] Cic. *de off.* 3, 65 „ *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*"; ein Versuch der Rekonstruktion der XII Tafeln in : Corps de Droit civil Romain Suppl. 1 S. 17ff.

[3] Girard S. 598 mit Anm. Nr. 3; Pernice Labeo 3, 1, S. 119; Zimmermann S. 308 drückt sich sehr vorsichtig aus: „*which may be read to imply that the phrase… was applied to vitia in general. However, Cicero was no lawyer and his statements do at times display a certain lack of technical precision*".

[4] Monier Vente S. 6ff.

[5] Monier T. II S. 204 Nr. 123.1.

[6] Dyck S. 575.

[7] Girard S. 598 mit Anm. Nr. 3; Kaser Das Röm. PrivR I § 131 VI 1, § 43 III ; Huvelin T. II S. 127.

[8] Lepointe/Monier S. 253; Huvelin T. II S. 127 ; Corpel S. 14 ; Pernice Labeo 1 S. 455.

Verpflichtung eine gewisse Festigkeit erhielt. Publius Terentius Varro (116-27 v. Chr.) führt im zweiten Buch seiner Abhandlung zum Landleben und Ackerbau, *res rusticae*, an, dass beim Viehkauf zumindest zwischen römischen Bürgern[9], falls überhaupt stipuliert wurde, entweder stipuliert werden musste, das Tier sei gesund oder entstamme einer gesunden Herde: *„...In emptione alias stipulandum sanum esse, alias e sano pecore, alias neutrum“* (*r.r.* 2, 1, 15). Ähnliches galt beim Sklavenkauf, dass der Sklave gesund sei und keine Delikts- oder Diebstahlsklage auf ihm laste, Varro *r.r.* 2, 10, 5: *„... et stipulatio intercedere sanum esse, furtis noxisque solutum...“*. Übliche, aber schon von Alters her angewandte (*prisca*) Stipulationsformeln beim Viehkauf waren, differenziert nach Tierarten und den Anwendungszwecken, *r.r* 2, 5, 10 a.E. & 11 (zu domestizierten und nicht gezähmten Rindern): *„Eos cum emimus domitos, stipulamur sic: ‚illosce boves sanos esse noxisque praestari’; cum emimus indomitos, sic: ‚illosce iuvencos sanos recte deque pecore sano esse noxisque praestari spondesne?’ Paulo verbosius haec, qui Manili actiones secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt; qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari*" und *r.r* 2, 2, 5 a.E. & 6 (zu Schafen): *„emptor stipulatur prisca formula sic: ‚illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro*[10]*, neque de pecore morboso esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?’“* Ähnliches galt für Ziegen, *r.r* 2, 3, 5: *„...Illasce capras hodie recte esse et bibere posse...“*. Diese Formeln umfassen sowohl die Haftung bei Eviktion als auch bei Sachmängeln. Danach versprach der Verkäufer, dass das betreffende Tier gesund und unbelastet sei, wie ein Tier seiner Art sein müsse und bestimmte Krankheiten nicht aufweise und nicht aus einer kranken Herde stamme. Dass die Gesundheit eines Tieres sich dadurch auszeichne, dass es trinke, findet sich noch später.[11]

Für Rinder zum Schlachtgebrauch sei die Formel vereinfacht gewesen, während Opfertiere ohne Stipulation hinsichtlich der Gesundheit des Tieres verkauft wurden, *„qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari*." Die Erklärung dazu, dass es den Priestern natürlich darauf ankam, ein gesundes Tier zu erwerben, sie aber das nötige Wissen besaßen, ein nicht opferfähiges Tier auszusondern,[12] scheint dabei einleuchtend. Zudem konnte wohl kaum ein gemeiner Viehverkäufer die Opferfähigkeit eines Tieres stipulieren, deren Kriterien die Priesterschaft selbst festlegte. Man könnte auch spekulieren, dass es den Priestern trotz der

[9] Monier Vente S. 11: denn nur diese konnten die Formel *spondesne* verwenden.
[10] zur Frage der Interpolation dieses Einschubs, Guiraud S. 102 Anm. 22; dies ändert allerdings nichts an der Struktur der Formel.
[11] FIRA III S. 436f: Verkauf eines Pferdes aus dem Jahr 77: *„Eum [e]quom esse bibere ita uti bestiam veterinam adsole[t]…“*.
[12] Guiraud S. 135 Anm. 36.

weltlichen Aspekte ihres Amtes wenig daran gelegen war, wie ein gemeiner Bürger vor Gericht zu ziehen und ihre Unkenntnis zu offenbaren.
Die Möglichkeit der Stipulation sollte den gemeinen Käufer aber nicht abhalten, die Tiere vorher genau zu untersuchen anhand von Kriterien (Fell, Verhalten etc.), die Varro im Einzelnen vor den oben zitierten Stellen ausführt.

In der Regel zielten die Stipulationen auf die Zahlung einer bestimmten Summe, nämlich auf ein Vielfaches des Kaufpreises, [13] wie auch bei der *stipulatio duplae* für den Fall einer Eviktion, mit der die Stipulation gegen einen Sachmangel oftmals kombiniert wurde. Allerdings galt vermutlich hinsichtlich der Stipulation über die Mangelfreiheit einer Sache etwas anderes:[14] Der Verkäufer haftete wohl auf das *quod interest,*[15] Ulp. D. 21, 2, 31, zweiter Satz: „*Sed ego puto verius hanc stipulationem* „f*urem non esse, vispellionem*[16] *non esse, sanum esse*" *utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse*…" Domitius Ulpianus (gest. 230 n.Chr.) führt darin aus, dass die Stipulation an sich Sinn habe (und deswegen rechtlich gelte), auch wenn natürlich der Verkäufer z.B. den bestimmten Sklaven nicht gesund liefern könne, wenn er nun einmal krank sei; aber die Stipulation würde ebenfalls das umfassen, wie viel dem Käufer daran läge, dass etwas gegeben sei oder nicht, d.h. einen Geldersatz. Im Einzelnen ist die Grenze des *quod interest* umstritten. Haymann geht vom Ersatz des Minderwertes oder eventuell der Wandlung aus.[17] Medicus vertritt noch, dass der Ersatz des Minderwertes gemeint sei,[18] dem Honsell widerspricht und Beispiele für einen Ausgleich anderer Schäden aufführt.[19]

3. Die ädilizischen Klagen

Durch die Ädilenedikte zum Sklaven- und Jumentenkauf begann die Entwicklung hin zu einer gesetzlichen Gewährleistungspflicht für Sachmangel. Wann der Schritt von einem Handelsbrauch zu einem Edikt getan wurde, ist nicht genau datierbar. Plautus (254-184 v.

[13] Huvelin T. II S. 128.
[14] Haymann S. 21.
[15] Kaser Das Röm. PrivR I § 131 Nr. 3.
[16] zum Begriff *vispellio* s. Zimmermann S. 310 Anm. 108 m.w.N. : gemeint sei der Leichenträger, der in der sozialen Rangordnung ganz unten stand, nicht aber ein Grabräuber.
[17] Haymann S. 21.
[18] Medicus S. 111.
[19] Honsell S. 67.

Chr.) bezieht sich an mehreren Stellen auf die ädilizischen Praktiken;[20] die Wandlungsklage wegen eines Sachmangels kommt nicht zur Sprache.[21] Cicero (106-43 v. Chr.) bezeugt die Existenz eines Ädilenediktes zum Sklavenkauf zu seiner Zeit.[22] Aulus Gellius (115/125?-ca. 180 n. Chr.) zitiert eine spätere Form und Auszüge aus dem Kommentar Marcus Antistius Labeos (50 v. Chr. – 20 n. Chr.).[23] Vieles zu den Edikten ist aus dem zweiten Jahrhundert nach Christus u.a. durch Ulpian, Iulius Paulus, Gaius, Pomponius, Salvius Iulianus und deren Bezüge auf Juristen des 1. Jahrhunderts (Labeo, Caelius Sabinus) hauptsächlich in den Digesten und den *Pauli Sententiae* überliefert.[24] Die curulischen Ädile als "Marktpolizei" sahen in ihren Edikten erst nur Regelungen für einen begrenzten Bereich vor, nämlich zum Kauf von Sklaven, *mancipia*, und Vieh, *iumenta*, da ihnen wegen schlechter Erfahrungen mit Sklaven- und Viehverkäufern dieses Gebiet besonders regelungsbedürftig erschien, Ulp. D. 21, 1, 1, 2: „*Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint...*" Dabei ist das Jumentenedikt wohl jünger als das Sklavenedikt;[25] zumindest steht es dem Sklavenedikt nach.[26] Beide sind in ihren Voraussetzungen strukturell gleich, auch wenn diskutiert wird, dass einige Mechanismen sich in den beiden Edikten unterscheiden[27] und die Rechtsprechung einige Unterschiede ausgeglichen hat.[28] Die Edikte wurden ausgedehnt auf alles Vieh, nicht nur die im Edikt erwähnten Arten, Ulp. D. 21, 1, 38, 5: „*'quae de iumentorum sanitate*

---

[20] Jakab S. 123ff.

[21] Plaut. *mercator* 2, 3, 420 spricht von einer Sklavin : „*Dixit se redhibere, si non placeat*"; dazu Monier T. II S. 205 Nr. 124; Monier Vente S. 19ff mit einer genaueren Untersuchung anderer Stellen Plautus' und der Frage, ob nicht nur ein *pactum displicentiae* gemeint sei; Manna S. 11ff, 15f; anders noch Impallomeni S. 91f bzgl. *mercator*: Diese Komödie spiele in Athen mit griechischen Handelnden, also beziehe Plautus sich auf griechisches Recht. Jakab S. 123f allerdings relativiert dies; das Publikum der Stücke sei römisch gewesen, die die Anspielungen verstehen mussten, also sei, vielleicht etwas verfremdet durch griechische Ausdrücke, dennoch der Alltag in Rom beschrieben; vgl. Watson S. 342f.

[22] Cicero *de off.* 3, 71: „*sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur..... praestat edicto aedilium...*" .

[23] Gellius *noct. Att.* 4, 2 „ ...*In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit…*" ; vgl. Zulueta S. 50.

[24] s. zur Rekonstruktion: Lenel Ed.perp. S. 554.

[25] Kaser Das Röm. PrivR I § 131 VI 2; Lenel Ed. perp. S. 48, 566.

[26] Ulp. D. 21, 1, 38: Ulpian behandelt als Kaufsache Sklaven in *liber I*, Zugtiere in *liber II*; D. 21, 1, 38, 3 nimmt Bezug auf das, was bereits zu den Sklaven gesagt wurde; Regelungen zu anderen Tieren als Zugtieren seien dem Edikt später hinzugefügt: D. 21, 1, 38, 5.

[27] Monier T. II S. 206ff: z.B. die Frage, ob die Verkäufer zu einer Stipulation gezwungen wurden, die Existenz einer Klage *quanti minoris*, das Fehlen der Strafe einer falschen Zusicherung bei den Tieren.

[28] Kaser Das Röm. PrivR I § 131 Nr. 4 zu a) Anm. 67: so z.B. der Umstand, dass eine *actio redhibitoria* wegen *dictum promissumve* für Tiere nicht im Edikt geregelt wurde, aber dennoch nach Muster des älteren Sklavenedikts anerkannt war, Ulp. D. 21, 1, 38, 10: „*Non tantum autem ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in iumentis, verum etiam si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni exemplo mancipiorum*"; ebenso die Frage, ob die *quanti minoris*, die nicht im Ediktstext Ulp. D. 21, 1, 1, 1 angeführt wird, bei Sklavenkäufen galt und insgesamt überhaupt klassisch war, wovon Zimmermann S. 18 ausgeht, mit Berufung auf Aul. Gell. *noct. Att.* 4, II, 5; Haymann, S. 27, fragt sich, ob wohl die Klagefristen vom (jüngeren) Jumentenedikt aufs Sklavenedikt übertragen worden seien.

diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto'", und unter Justinian[29] auf andere Sachen, Ulp. D. 21, 1, 63: „*Sciendum est, ad venditiones solas hoc edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum caeterarum quoque rerum.*" Ulp. D. 21, 1, 49: „*Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere, nequaquam incertum est...*", besagt, dass im Römischen Recht, zumindest im nachklassischen, die Wandlungsklage nicht nur auf bewegliche Sachen beschränkt war.[30] Unter der Herrschaft von Diocletian und Maximian (286-305 n. Chr.) wurde dies aufgegriffen, C. 4, 58, 4, 1: „*Idem observatur et si pestibilis fundus, id est pestibulas vel herbas letiferas habens, ignorante emptore distractus sit : nam in hoc etiam casu per eandem actionem eum quoque redhibendum esse*." Demnach konnte ein Grundstück, das giftige Gase aussonderte oder durch giftige Pflanzen beeinträchtigt wurde, zurückgegeben werden. Auch wenn berechtigte Zweifel bestehen hinsichtlich der Geltung dieser Ausdehnungen im klassischen Recht,[31] da fraglich ist, inwieweit die Klagen aus dem Kompetenzbereich der Ädilen auf nicht markteigene Sachen übertragen werden konnten, so haben sie zumindest unter Justinian gegolten, über dessen Werke das Römische Recht letztendlich in Europa überliefert wurde.

Die Edikte sahen wohl vier Klagen vor,[32] von denen hier nur kurz die Wandlung und Minderung erwähnt seien. Bei einer Verurteilung durch die Ädilen auf Wandlung wurde der Verkäufer zur Herausgabe des (einfachen) Kaufpreises verurteilt, Paul. D. 21, 1, 60: „*Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessit.*" Aus Gai. D. 21, 1, 45: „*Redhibitionem actio duplicem habet condemnatio: ... Nam si neque pretium, neque accessionem solvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari jubetur. Si vero reddat pretium et accessionem, vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari.*" wird teilweise abgeleitet, dass der Verkäufer zum Doppelten als Strafe durch die *condemnatio* verurteilt wurde, wenn er dem *arbitrium* des Richters nicht Folge leistete und die Kaufsache gegen

[29] Kaser Das Röm.PrivR II § 264 V.

[30] Lenel Pal. T. II Sp. 415: Lenel betitelt das 8. Buch der Disputationes Ulpians, aus dem D. 21, 1, 49 einen Auszug wiedergibt, als *ad aedilium edictum*; Giffard T. II S. 74 Nr. 106 glaubt, dass die Ausweitung auf Grundstücke erst nachklassisch sei und ansonsten die Stellen interpoliert; so auch Impallomeni S. 92; Zimmermann S. 322; Stein in FS de Zulueta S. 103.

[31] Haymann S. 37ff: m.w.N. zu Interpolationsvermutungen; Jakab S. 126 Anm. 16 m.w.N.: zu Ulp. D. 21, 1, 1, pr: **„***Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes.*" Der Zusatz *tam...*sei wohl nicht von Labeo, wohingegen sie den allgemeinen ersten Teil als Einleitungssatz eventuell für authentisch halte.

[32] Lenel Ed.Perp. S. 566 : *actio redhibitoria & quanti minoris propter morbum vitiumve, actio de ornamentis restituendis, actio de iumentis ornamentorum nomine redhibendis;* Ulp. D. 21, 1, 38 pr.; allerdings ist die klassische *actio quanti minoris* in ihrer Existenz umstritten.

Rückzahlung des Kaufpreises nicht zurücknahm.[33] Allerdings wird die Authentizität dieser Stelle in Zweifel gezogen.[34] Lenel legt mit guten Argumenten dar, dass eine Verurteilung bei Sachmängeln stets auf die Rückzahlung des einfachen Kaufpreises ging.[35]
Bei einer Minderung hatte der Verkäufer zumindest gemäß der justinianischen Kompilation, aber wohl schon früher,[36] das zu leisten, '*quanti ob id vitium res, cum veniret, minoris fuit*'.[37]

Die Edikte sahen vor, dass der Verkäufer gewisse ihm bekannte Mängel anzeigen sollte, (*prae)dicere, certiorem facere, pronuntiare, adfirmare.* Aus dem Sklavenedikt ist z.B. eine Liste von Mängeln überliefert, die bekanntgemacht werden mussten. Gellius spricht in den Attischen Nächten 4, 2 von einem Schriftstück, aus der die bekannten Mängel auf dem Sklavenmarkt deutlich wurden, „*Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit.*" Die Ädilen drängten die Verkäufer dazu, Erklärungen hinsichtlich der Mängelfreiheit abzugeben, Gai. D. 21, 1, 32[38]. Stipulierte der Verkäufer die Abwesenheit der in den Edikten aufgeführten Mängel, das Vorhandensein oder die Abwesenheit einer nicht anzuzeigenden Eigenschaft, konnte der Käufer *ex stipulatu* Klage vor dem Prätor erheben, sei es dass z.B. ein Sklave als *sanum, non fugitivum esse* etc., sei es dass er als in einem Handwerk ausgebildet oder dass er frei von einem *vitium animi* zugesagt wurde. Er haftete auch, wenn er das Vorliegen oder die Abwesenheit einer Eigenschaft zugesagt hatte, *promittere, dicere.* Die Klage aus Stipulation und aus den ädilizischen Edikten ergänzten sich, Ulp. D. 21, 1, 19, 2: „*…et ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus: non novum, nam et qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest*", so dass bei einem Verkauf ohne Stipulation die ädilizischen Klagen eingriffen, bei einer Stipulation die ädilizischen Klagen und die *ex stipulatu.*

---

[33] Sohm S. 328, 542 ; Huvelin T. II S. 128f ging allgemein von einer Verurteilung auf das Doppelte aus; Girard S. 600.
[34] Zulueta S. 50.
[35] Lenel Ed.perp. S. 556ff; zum neuesten Stand und Behandlung der diversen Meinungen: Manna S. 223ff, 246, die zum gleichen Ergebnis kommt, dass nämlich die Stipulation für die Eviktion mit der für die Sachmängel zusammengezogen wurde zur *stipulatio duplae.*
[36] Zum Streitstand, ob die Minderungsklage in den Edikten erwähnt wurde: u.a. Impallomeni S. 215ff; Pringsheim in SZ (R.A.) 69 (1952) S. 234ff; Kaser Das Röm. PrivR I § 131 Anm. 50.
[37] nach Lenel Ed. Perp. S. 561.
[38] „*Itaque sicut superius venditor de morbo vitiove et ceteris quae ibi comprehensa sunt praedicere iubetur, et praeterea in his causis non esse mancipium ut promittat praecipitur…*" Deshalb, wie beim Vorhergesagten, werde dem Verkäufer befohlen, Angaben zu Krankheit und Mangel und den anderen Sachen, die dort [im Edikt] mitumfasst sind, zu machen, und es werde zudem angeordnet, dass er verspricht, dass der Sklave nicht in diese Gruppen fiele.

Offensichtliche Mängel mussten nicht angezeigt werden, Ulp. D. 21, 1, 1, 6: „*Si intellegatur vitium morbusve mancipii (ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia), potest dici edictum cessare....*“, denn bei ihnen konnte der Käufer nicht getäuscht werden, anders als bei versteckten Mängeln. Also gab es offensichtliche Mängel, die per se nicht geeignet waren, den Käufer zu täuschen, und versteckte Mängel, durch die der Verkäufer den Käufer zu täuschen drohte, *decipere*, es sei denn, er machte sie bekannt.

Die Edikte etablierten eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers.[39] Damit wurde die Haftung des Verkäufers auch auf die gutgläubige Zusage (*dictum aut promissum*) ausgedehnt,[40] während *ex empto* den Fall der Arglist abdeckte. Insofern besaßen die Edikte nach der Etablierung der Klage *bonae fidei* eine eigenständige Bedeutung neben der *ex empto.*

3.1 Die Beziehung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Gai. D. 21, 1, 28

Im Bereich der Sachmängelhaftung ist vieles umstritten, bis auf eines: Der Verkäufer haftete, wenn er eine Stipulation abgegeben hatte. Zuständig war in diesem Fall der Prätor für eine Klage *stricti iuris.* Wahlweise konnte der Käufer vor den Ädilen aus der Stipulation eine Wandlung oder Minderung fordern.[41]

Eine zweite Annahme ist, dass der Verkäufer haftete, wenn er ein nicht eingehaltenes *dictum promissumve* abgegeben hatte, das nicht die formellen Anforderungen eines förmlichen Versprechens erfüllte, also das *per se* nicht in den Kompetenzbereich des Prätors fiel.

Eine dritte Annahme ist, dass der Verkäufer auch ohne eine Zusage auf Wandlung und Minderung haftete, allerdings nur bei Vorliegen bestimmter Mängel, die in den ädilizischen Edikten genannt waren. Konkret fielen darunter körperliche, nicht psychisch begründete Gebrechen, wobei die Digesten einen Einblick in den Stand der Diskussion bieten, was und wer als körperlich gesund galt. Zudem sollte ein Sklave nicht zur Flucht neigen und Tier und Sklave nicht mit einer Klage wegen Diebstahls oder Körperverletzung belastet sein. Diese Haftung wird hingegen vereinzelt in Frage gestellt.

---

[39] Kaser Das Röm. PrivR I § 131 VI 2.

[40] Ulp. D. 21, 1, 1, 1 a.E. „…*Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus*." Im Rückschluss galt also das Edikt auch für die Verkäufer ohne *dolus malus*.

[41] Olde Kalter S. 46.

Der vierte Punkt ist der umstrittenste: War der Verkäufer verpflichtet, eine Stipulation abzulegen? Welcher Art war diese Stipulation und welche Fristen galten? Die besonders relevanten Stellen sind in diesem Zusammenhang Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Gai. D. 21, 1, 28.

3.1.1 Die Haftung wegen eines falschen *dictum promissumve*

Wenn eine Zusage nicht den Tatsachen entsprach, ist man versucht, nach einer Abgrenzung zwischen dem gut- und bösgläubigen Verkäufer zu suchen und sich in die Gefilde der *actio empti* zu begeben. Hier allerdings soll der Blick aufs ädilizische Recht beschränkt bleiben.

3.1.1.1 Ulpians Definition

Ulp. D. 21, 1, 19, 2 definiert: „*Dictum a promisso sic discernitur: Dictum accipimus, quod verbo tenus pronunciatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicationem vel ad sponsum…*“.[42] Demnach meint *dictum* stets eine formfreie Zusage, *promissum* war entweder ein formelles oder informelles Versprechen. Olde Kalter geht davon aus, dass sich das informelle *promissum* vom *dictum* darin unterscheidet, dass *dictum* einseitig gewesen sei, *promissum* zweiseitig wie bei einer Stipulation, die die formellen Voraussetzungen nicht erfüllte.[43]
Es steht ohne Zweifel fest, dass eine Stipulation eine eigenständige Haftung des Verkäufers begründen konnte, also der Beginn einer wie auch immer gearteten Klage- und Anspruchsfrist vom Kauf prinzipiell unabhängig war.[44] Wie aber verhält es sich mit dem *dictum* oder dem formlosen *promissum*? Das Paar *dicere aut promittere* findet sich in mehreren Fragmenten, so z.B. in Ulp. D. 21, 1, 14, 9: „*Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit…*“, Ulp. D. 21, 1, 17, 20: „*Si quis adfirmaverit aliquid adesse servo nec adsit, vel abesse et adsit, ut puta si dixerit furem non esse et fur sit, si dixerit artificem esse et non sit: hi enim, quia quod adseveraverunt non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur*“ und natürlich in den Fragmenten,

[42] Die Echtheit der Aussage ist umstritten, s. dazu Jakab S. 134, 131 Anm. 48; allerdings soll hier Jakab darin gefolgt werden, dass die Definition aus der Feder Ulpians kommen konnte, da Definitionen bei ihm öfter vorkamen.
[43] Olde Kalter S. 47.
[44] vgl. Weiß in SZ (R.A.) 37 (1916) S. 171.

die D. 21, 1, 19, 6 direkt vorgehen und in denen Ulpian *dicere* und *promittere* definiert. Wenn man nicht massive Interpolationen voraussetzen will, ist es also nicht gewagt zu behaupten, dass *dictum* und *promissum* schon in der Rechtssprache Ulpians für die ädilizischen Klagen zusammengehörten.

Pringsheim geht davon aus, dass erst im Justinianischen Recht dem *dictum* eine stärkere Bedeutung gegeben wurde, nämlich dass es sehr wohl bindend war, sich also vom Vertrag emanzipiert hatte.[45] Er bringt es in Zusammenhang u.a. mit dem *pactum*, wie es in C. 4, 58, 3, 1 erwähnt wird. Seiner Ansicht nach sind die Stellen, die von einem *pactum* sprechen, das kurz vor oder nach dem Kauf geschlossen wurde, interpoliert.[46] Pringsheim ist hingegen ebenfalls der Meinung, dass die Wendung *dictum promissumve* klassisch war, nur dass dort dem *dictum* weniger Bedeutung beigelegt wurde.

3.1.1.2 Der Ursprung des *dictum promissumve*

Arangio-Ruiz sieht den Ursprung des *dictum* in der *mancipatio*.[47] Olde Kalter widerspricht dieser Ansicht zumindest hinsichtlich des Sachmängelrechts, denn keine überlieferte *lex dicta*, die mit der *mancipatio* einhergehen konnte, handele von Sacheigenschaften i.S.v. *qualitas*.[48] Das *dictum promissumve* sei dann aus dem honorarischen Recht ins zivile Recht übernommen worden.[49] Haymann geht davon aus, dass die Haftung des Verkäufers wegen eines *dictum promissumve* erst nachträglich an das Sklavenedikt angefügt wurde, da ansonsten die speziellen Bestimmungen zum altgedienten Sklaven, der als ungedient verkauft wurde, Ulp. D. 21, 1, 37, nicht ins Edikt hätten aufgenommen werden müssen.[50] Sein Argument ist dann nicht überzeugend, wenn man davon ausgeht, dass der Verkäufer für gewisse Mängel allein

---

[45] Pringsheim T. II S. 174.

[46] Pringsheim T. II S. 174 Anm.. 17. Unter Justinian hätte also Ulp. D. 21, 1, 19, 6 in der altbekannten Fassung Sinn gemacht: Ohne irgendeine Zusage liefe die Frist ab dem Kaufvertrag, ansonsten ab der Zusage, sei sie nun formell oder informell. Man kommt aber dann in Bedrängnis, wenn man vor dem Hintergrund dieser These Ulp. D. 21, 1, 19, 2 erklären will: Warum sollte Justinian diese Definitionen übernehmen, wenn anderes Recht gelten sollte?

[47] Arangio-Ruiz S. 358ff.

[48] Olde Kalter S. 32.

[49] Olde Kalter S. 87ff, womit er sich gegen Impallomeni ausspricht.

[50] Haymann S. 31: Sein Gedankengang ist folgender: Der Verkäufer haftete ohne weiteres Zutun für das Nichtabgeben einer Erklärung, dass der Sklave einen körperlichen Mangel habe, geflohen oder mit Klagen belastet sei. Damit er dann auch noch für den als ‘ungebrauchten’ verkauften Altsklaven einstehen müsse, habe es eines Ediktes bedurft. Das wäre nicht notwendig gewesen, wenn der Verkäufer eh für Zusagen hätte einstehen müssen.

deswegen einstehen musste, weil er sie nicht bekannt gemacht hatte. Also ergänzten die Ädilen nur die Liste dieser anzuzeigenden Mängel.[51]

3.1.1.3 Das zeitliche Gefüge von *dictum, stipulatio* und *venditio*: Gai. D. 21, 1, 20

Wenn durch eine Zusicherung, *dictum promissumve*, die Haftung des Verkäufers auf Fälle erweitert wurde, die nicht von den Edikten erfasst wurden,[52] so war das der rechtlich relevante Akt, auf die eine ädilizische Klage basiert werden konnte.
Normalfall war eine Zusicherung, *dictum promissumve*, während des Kaufes,[53] Ulp. (Labeo) D. 21, 1, 1, 1: „*...Eademque [die Mängel] omnia cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret,* (…) *iudicium dabimus*". Die anzuzeigenden Mängel mussten bekannt gemacht werden, wenn die Sklaven verkauft wurden, *cum .. venibunt*; ebenso musste der Käufer den Sklaven so vorfinden, wie beim Kauf, *cum veniret*, versprochen worden war.[54] Bei einem formellen Versprechen galt dasselbe: Varro beschreibt hinsichtlich der Stipulation beim Viehkauf in *res rusticae* den Ablauf so, dass der Käufer erst ein Zahlungsversprechen, der Verkäufer dann ein Versprechen zur Gesundheit der Tiere abgab, *r.r.* 2, 2, 5 a.E.: „*....et expromisit nummos,*[55] *emptor stipulatur prisca formula sic...*". Die Übergabe der Tiere erfolgte dann mit Zahlung, *r.r.* 2, 2, 6: „*...tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum*", womit im Normalfall Käufer und Verkäufer ihre Stipulationen erfüllt hatten.[56] Diese Darstellung lässt die Annahme zu, dass die Stipulation schon beim Kauf, nicht erst bei der Übergabe abgegeben wurde.

---

[51] Olde Kalter S. 94; so auch Jakab S. 141f, die noch das Edikt zur Angabepflicht der Nationalität anfügt, Ulp. 21, 1, 31, 21, S. 140.
[52] z.B. Ulp. D. 21, 1, 4, 4 : wegen bestimmter *vitia animi* : „*redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse...*"
[53] so auch Stamm S. 13; Cuq S. 467; Arangio-Ruiz S. 365.
[54] so auch Pringsheim T. II S. 172, der *cum veniret* zum Zeitpunkt der Zusage zieht, nicht aber zum Zeitpunkt, wann eine zugesagte Eigenschaft vorliegen müsse. Vorausgreifend sei angemerkt, dass Ulpian D. 21, 1, 19, 6 in der von Kupisch vorgeschlagenen gesäuberten Form „*Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, si dictum promissumve quid est.*", auch darauf hindeuten würde.
[55] vgl. dazu Alfenus D. 44, 1, 14 : „*Filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitus et postea mortuus est. et pater eius pecuniam ab emptore petebat, quam filius stipulatus erat. placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere: „quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est*"". Der Haussohn hatte einen Sklaven verkauft, für den der Kaufpreis stipuliert wurde; der Käufer hat gegen seine Verpflichtung zu zahlen, *pecunia … expromissa*, eine Einrede, wenn der Sklave zurückgegeben worden war.
[56] vgl. Leifer, in SZ (R.A.) 57 (1937) S. 218: Der Kauf war mit dem Austausch der Verprechen perfekt, was allerdings unabhängig vom Übergang des Eigentums war.

Die Zusicherung, ein *pactum*, konnte auch direkt vor oder anschließend an den Kauf angegeben werden, wie aus dem Codex aus dem Jahr 286 n. Chr. überliefert ist, C. 4, 58, 3: „*....secundum fidem antecedentis vel in continenti secuti pacti...*“. In diesen Fällen fiel der Fristbeginn der Klagen vermutlich auf den Tag des Kaufes, denn direkt vor oder nach dem Kauf liegt auf demselben Tag, und die Frist wurde nach Tagen berechnet. Der Begriff *pactum* lässt zwar viele rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zu, diese Stelle erwähnt aber ausdrücklich nur *promittere*, nicht aber eine andere Zusage.[57]

Verständnisprobleme bereitet Gai. D. 21, 1, 20. Gaius führt den durch Gnaeus Arulenus Caelius Sabinus angesprochenen Fall an, dass *dictum*, Kauf und *promissum* zeitlich auseinanderfallen konnten, Gai. D. 21, 1, 20: „*Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio; Caelius Sabinus scribit ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit.*“ Trotz des unbeholfenen Satzbaus[58] sei von einer inhaltlich authentischen Aussage des Gaius auszugehen.[59] Hier ist anzunehmen, dass der Verkäufer erst ein *dictum* abgegeben hatte, das noch zur Zeit des Verkaufs etwas später Gültigkeit hatte und Bestandteil des Vertrags wurde. Die Stipulation folgte einige Tage später. Der Käufer konnte, laut Sabinus, aus dem ersten Grund, also dem *dictum* vorgehen, sobald der Kaufvertrag abgeschlossen worden war, „*statim .. ut veniit id mancipium* und könnte damit zumindest die ädilizischen Klagen geltend machen. *Ut* dient hier zur Bezeichnung eines der Haupthandlung unmittelbar vorangegangenen Ereignisses. Dieses Textverständnis macht Sinn, wenn man auch andere Fragmente mit Nebensätzen wie „*cum ... venibunt*“, „*cum veniret*“ (Ulp. D. 21, 1, 1, 1) als eine zeitliche Präzisierung ansieht.[60] Hinzugedacht werden muss bei diesem Gedankengang, dass das *dictum* notwendigerweise Teil des Vertrags werden musste, also im Endeffekt der Vertrag zeitlicher Anknüpfungspunkt wurde.

Donadio teilt nicht diese Ansicht. Sie liest die Stelle Gai. D. 21, 1, 28 als Aussage zur Klagenkonkurrenz zwischen ädilizischer und Stipulationsklage.[61] Wenn ein *dictum* einer Stipulation voranging, sollte das *dictum* Anknüpfungspunkt werden. Klagefristen würden ab der informellen Zusage laufen, also z.B. bei einem *dictum* einen Monat vor dem Kauf blieben

---

[57] C. 4, 58, 3: „*Sin autem venditor non vitiosum etiam in posterum fieri servum temere promiserit , quamvis hoc impossibile esse videtur, secundum fidem tamen antecedentis vel in continenti secuti pacti experiri posse non ambigitur : posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum spectant.*“

[58] Allerdings wird auch dieses Fragment als interpolationsverdächtig angesehen, Pringsheim T. II S. 173.

[59] ganz im Sinne von Olde Kalters, der so schön formulierte, S. 7: „*…dat, indien wij jegens de Digestenteksten de…bedoelde vriendelijke houding aannemen, wij ons, wat de echtheid ervan betreft, heel wat dichter bij de waarheid bevinden dan wanneer wij de weg van Beseler en gelijkgezinde onderzoekers zouden gaan*“.

[60] vgl. Pringsheim T. II S. 171f.

[61] Donadio S. 156ff.

dem Käufer noch fünf Monate nach dem Kauf für eine Wandlungsklage, denn in der Zeit zwischen dem *dictum* und dem Kauf habe der Käufer sich die Sache anschauen und gegebenenfalls Abstand vom Kauf nehmen können.[62] Dann muss sie das „*statim .. ut veniit id mancipium*“ wie den Eintritt einer Kondition ansehen, dass, *wenn* der Kauf zustande komme, ab dem *dictum* die Klagefristen liefen.[63] Eine solche Interpretation ist aber unstimmig wegen der sprachlichen Verwendung des *ut* mit Indikativ Perfekt.

Wenn also die Frist ab einem *dictum* liefe, dann logischerweise auch die Klage oder der Anspruch, d.h. man müsste davon ausgehen, dass eine informelle Zusage eine Klage begründen konnte. Dann hätte eine formlose Zusage, die zeitlich einige Tage oder, wie Donadio es annimmt, einige Wochen vor dem Kaufabschluss geäußert wurde, die es noch von dem unverbindlichen Anpreisen abzugrenzen galt, den Beginn eines durchsetzbaren Anspruchs bedeutet. Dies ist zweifelhaft.

Was hätte Gaius denn mitteilen wollen? Jedem Jurist zu seiner Zeit war klar, dass eine Klage *ex stipulatu* ab der Stipulation lief. Denkt man an das Bild, das z.B. Varro in *r.r.* 2, 2, 5 malt, dass eine Stipulation wohl zur Zeit des Verkaufs erfolgte, dann wäre Donadios Ansicht sinnvoll: Wenn Kauf und Stipulation zusammenfielen, dann hätte Gaius als Anknüpfungspunkt einer Klage einen anderen Zeitpunkt gemeint haben müssen, nämlich den Tag vor dem Verkauf, an dem das *dictum* abgegeben wurde. Was aber, wenn nicht? Dieser Text lässt auch die These zu, wie teilweise vertreten wird, die Stipulation erfolgte teilweise erst bei der Übergabe.[64] Dann wäre die zeitliche Staffelung *dictum – venditio – stipulatio*, und man könnte wieder vertreten (gegen Donadio), dass die Zusage einen Vertrag voraussetzte, an den schließlich eine Klagefrist angeknüpft wurde. Aber auch ohne die Übergabe als weiteren zeitlichen Punkt ins Spiel zu bringen, kann man sich fragen, ob Gaius nicht anstelle von „*deinde post aliquot dies*“ etwas klarer ’beim Verkauf’ geschrieben hätte, wenn er davon ausgegangen wäre, dass Stipulation und Verkauf zusammenfielen. So scheint er eher zu meinen ’nach einigen Tagen *nach dem Verkauf*’.

Nicht zuletzt trägt *aliquot* eine zeitliche Ungewissheit in sich, so dass ihm unbedeutend zu sein schien, wann die Stipulation erfolgte. Schließlich entstanden Verpflichtungen beim Kauf entweder aus einem formellen Versprechen oder aus Vertrag, Gai. D. 44, 7, 1, 1: „*Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*", wobei die Definitionen mitgegeben werden, D. 44, 7, 1, 7: „*Verbis obligatio contrahitur ex*

[62] Donadio S. 152f.
[63] zu den Gegenargumenten s.o. in: Das zeitliche Gefüge von *dictum, stipulatio* und *venditio*: Gai. D. 21, 1, 20.
[64] Pringsheim T. II S. 171ff.

interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur“, D. 44, 7, 2 pr.: „*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*" Ein *dictum*, musste also notwendigerweise Teil eines *consensus* werden, um rechtliche Wirkung zu entfalten. Insofern wollte Gaius vielleicht ausdrücken: Die Stipulationsklage ist unabhängig von den ädilizischen Klagen. Wenn das *dictum* nicht mit dem Verkauf zusammenfallen sollte, dann kann man eine ädilizische Klage sofort dann erheben, wenn der Kaufvertrag abgeschlossen wurde. *Statim* muss dann meinen ’direkt nach dem Kauf’, aber auch nicht früher, und nicht ’direkt nach Abgabe des *dictum*’.

Nun kann es natürlich sein, dass bei der Formulierung dieses Fragmentes die Kompilatoren ihre Hände im Spiel hatten. Dann stände man eben vor den gleichen Fragen wie eben behandelt, nur um einige Jahrhunderte verschoben.
Es bleibt hinsichtlich der zeitlichen Stellung zueinander von *dictum, stipulatio* und Kauf zu fragen: Konnte eine Stipulation, ein formelles Versprechen, vor dem Kaufvertrag abgegeben werden, so dass die Fristen der ädilizischen Klagen noch vor dem Kaufvertrag zu laufen anfingen? Abgesehen von der Unwahrscheinlichkeit, dass sich ein Verkäufer ohne das Gegenversprechen auf Kaufpreiszahlung zu etwas verpflichten hätte wollen, hätte sich eine Stipulation oftmals auf den Kaufpreis bezogen, d.h. der Verkäufer hätte vermutlich in einer wie von Lenel vorgeschlagenen Formel,[65] die die Haftung wegen Eviktion mit der wegen Sachmängeln mischte, versprochen, den doppelten Kaufpreis zurückzuzahlen, wenn das Tier vindiziert wurde, und eine Entschädigung, wenn das Tier krank war. Der Kaufpreis war aber abhängig entweder von der Auszahlung oder dem Zahlungsversprechen des Käufers, das dieser zur Zeit des Kaufes abgeben würde. Es war aber wohl auch möglich, dass der Verkäufer ohne Bezug auf den Kaufpreis gewisse Eigenschaften und Mangelfreiheit zugesagt hatte, wie Ulp. D. 21, 2, 31[66] zu denken erlaubt. Aber die Haftungsübernahme eines *quod interest* setzt ein wirtschaftliches Interesse des Verkäufers voraus, nämlich einen gezahlten oder versprochenen Kaufpreis. Insofern ist eine vorzeitige Stipulation unter normalen Umständen schwer vorstellbar.

[65] Lenel Ed. Perp. S. 562f.
[66] **„***Si ita quis stipulanti spondeat „sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem „furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse*" *utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum „praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit*".

Konnte es eine nachzeitige Stipulation geben? Von der unten zu behandelnden Diskussion abgesehen, ob ein Verkäufer durch die Ädilen in irgendeiner Form zur nachträglichen Abgabe einer Stipulation gezwungen werden konnte, muss man sich fragen, warum der Verkäufer eine Stipulation abgeben sollte, obwohl der Kauf schon abgeschlossen und perfekt war? Abgesehen davon, dass der Verkäufer wie noch heute ein gewisses kaufmännisches Flair einem Kunden gegenüber bewiesen hätte, den er nicht verlieren wollte, war er nicht gezwungen, über das von den Ädilen Vorgeschriebene hinaus eine Verpflichtung einzugehen, auch wenn dies teilweise angesprochen wird.[67]

3.1.2 Die Haftung ohne *dictum promissumve*

Überwiegend wird in der Literatur davon ausgegangen, dass der Verkäufer auch haftete, wenn er nichts zusagte und versprach, weil er gewisse Mängel *nicht* anzeigte, von denen die Ädilen voraussetzten, dass der Verkäufer sie hätte wissen müssen. Das Sklavenedikt, wie Ulpian es wiedergibt, bestätigt dies: „*Qui mancipia vendunt certiores faciant*[68] *emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur*“, D. 21, 1, 1, 1. Die Ergänzungen zum Edikt lauten, Ulp. D. 21, 1, 31, 21: „*Qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent… Quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori omnibusque ad quos ea res pertinebit dabitur, per quod emptor redhibet mancipium*“ und Ulp. D. 21, 1, 37: „*Praecipiunt aediles, ne veterator pro novicio veneat… Quod ne fiat, hoc edicto aediles denuntiant: et ideo si quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur.*” Das Jumentenedikt klingt so ähnlich, Ulp. D. 21, 1, 38 pr. : „*Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit,... Si quid ita factum non erit, ... morbi.. vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus.*“ Es drängt sich also auf, dass es eine Haftung des Verkäufers gab, wenn er bestimmte Mängel, die ihm

[67] Stanicki S. 26; Pringsheim T. II S. 171ff.
[68] Jakab S. 127f: *certiores facere* sei die jüngere Formulierung im Vergleich mit den Imperativformen wie *pronuncianto*.

bekannt waren und die die Ädilen als ihm bekannt voraussetzten, vor dem Verkauf nicht öffentlich angab.

Stanicki glaubte aber noch, dass Ulp. D. 21, 1, 14, 9 ein Hinweis darauf sei, dass ein *dictum* Voraussetzung für eine Haftung des Verkäufers gewesen sei, „*Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit....*". Denn wenn dem nicht so sei, dann sei Ulpians Einschub „*et de cetero*…" überflüssig.[69] Diese Ansicht stützt er noch durch weitreichende Interpolationsvermutungen, die er durch seine These begründet, was ein Zirkelschluss ist. Geht man allerdings einfach davon aus, dass das *dictum* den Zweck hatte, über das Edikt hinaus eine Haftung zu begründen, aber auch hinsichtlich der schon im Edikt genannten anzuzeigenden Mängel ausgesprochen werden konnte, löst sich diese Basis seiner These in Luft auf.[70]

3.1.3 Das Problem der Vereinbarkeit von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Gai. D. 21, 1, 28

Wenn nun klar ist, dass der Käufer einen Rechtsschutz genoss, auch wenn der Verkäufer kein *dictum* oder eine Stipulation abgegeben hatte, dann bleibt zu fragen, wie der Käufer geschützt wurde. Es gibt sehr unterschiedliche Theorien, wie die Ädilen letztendlich ihre Anordnung, die Verkäufer sollten die Käufer *certiores facere* oder *palam recte dicere* in ein *iudicium* zum Schutz des Käufers umsetzten. Eine der letzten Diskussionen in der Literatur dreht sich um den Begriff des Stipulationszwanges, den Jakab neu angesprochen hat. Diese Problemstellung und die Theorien dazu sollen hinsichtlich der diversen vorgeschlagenen Klagefristen betrachtet werden, die in den Theorien eine entscheidende Rolle spielen.

Ulp. D. 21, 1, 19, 6 lautet: „*Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet. Si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est*", also: ‚Die Frist aber der Wandlungsklage ist sechs *utiles*[71] Monate lang. Wenn aber der Sklave nicht gewandelt, sondern auf eine Minderung geklagt wird, ist es ein Jahr *utilis*. Aber die Frist der Wandlungsklage läuft vom Tag des Verkaufs an

[69] Stanicki S. 15.
[70] Folgt man Kupischs ökonomischen Überlegungen, die weiter unten ausgeführt werden, ist deutlich, dass ein *dictum* auch über ediktsmäßige Eigenschaften abgegeben werden konnte.
[71] Zur Bedeutung von *utilis* s. in: Allgemeines zum *tempus utile*; der Begriff ist kaum ins Deutsche sinnvoll übersetzbar, da unser Sprachgebrauch kein annäherndes Äquivalent kennt. Insofern soll das Wort unübersetzt bleiben.

oder, wenn etwas zugesagt oder versprochen wurde, von dem Tag an, an dem etwas zugesagt oder versprochen wurde.' Die Länge der Fristen wird bestätigt, Ulp. D. 21, 1, 38 pr.: „…*Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus.*" Wenn das Jumentenedikt nicht eingehalten wurde, konnte der Käufer den Kauf binnen sechs Monaten ungeschehen machen oder binnen einem Jahr das verlangen, wie viel weniger er für den Kauf der Sache ausgegeben hätte.[72] Des Weiteren finden sich Hinweise auf die Fristenlängen in den Diskussionen um die Klagenkonkurrenz von Wandlungs- und Minderungsklage.[73] In P.S. 2, 17, 5 wird die Sechs-Monatsfrist ebenfalls bestätigt: „*Redhibitio vitiosi mancipii intra sex menses fieri potest propter latens vitium.*"[74]

Dies wäre für sich allein ein relativ klares Bild von den Klagefristen, wenn nicht Gai. D. 21, 1, 28 das System verkomplizieren würde.
Gai. D. 21, 1, 28 lautet: „*Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi judicium intra duos menses vel quanti emptoris intersit intra sex menses*", also: 'Wenn der Verkäufer hinsichtlich der Dinge, die im ädilizischen Edikt aufgeführt sind, keine Sicherheit leistet, verheißen sie (die Ädilen) gegen ihn das Urteil, zu wandeln innerhalb von zwei Monaten oder zu mindern innerhalb von sechs Monaten.'

In welchem Verhältnis stehen die kurzen Fristen, die bei Gaius erwähnt werden, zu den ulpianischen?

---

[72] Daneben wird in diesem Fragment die Frist der zwei anderen in den Edikten vorgesehenen Klagen auf Rücknahme des Tieres erwähnt, wenn ein Zubehör nicht geleistet wurde, bzw. auf Leistung des Zubehörs binnen 60 Tagen.

[73] Pomp. D. 21, 1, 48, 2: „*Non nocebit emptori, si sex mensum exceptione redhibitoria exclusus, velit intra annum aestimatoria agere.*" Wenn der Käufer also abgewiesen worden war mit der Wandlungsklage, weil sechs Monate um waren, konnte er dennoch die Minderungsklage erheben; Jul. D. 44, 2, 25, 1: „*Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri.*" Frei zusammengefasst: Binnen sechs Monaten könne der Käufer bei einem Sklavenkauf zwischen Wandlungs- und Minderungsklage wählen. Die Minderungsklage umfasse aber auch die Wandlungsklage, wenn der Mangel so beschaffen sei, dass der Käufer gar nicht gekauft hätte. Deswegen werde mit Recht gesagt, dass gegen denjenigen, über dessen Wandlungs- oder Minderungsklage schon abträglich beschieden wurde, der Einwand erhoben werden könne, die Sache sei schon entschieden.

[74] Auch wenn diese Stelle eventuell auf die *redhibitio* aus der *ex empto* abstellen mag, so bestätigt diese Stelle dennoch die Fristen der ädilizischen Klagen, die ggf. auf die *ex empto* übertragen worden waren.

3.1.3.1 Diverse Lösungsvorschläge

Es stellt sich zunächst die Frage, inwieweit diese Fragmente unverfälscht aus den Schriften Ulpians und Gaius' in die justinianische Kompilation übernommen wurden. Die Diskussion darum kann zum einen formal sprachlich und überlieferungsgeschichtlich erfolgen, zum anderen ätiologisch,[75] da Inhalt und Form unauflöslich miteinander verbunden sind. Diese drei Fragmente bereiten in ihrer üblichen Lesart nämlich das Problem, dass bislang viele mehr oder weniger überzeugende Ideen präsentiert wurden, wie diese drei Aussagen in ein rechtliches System in Rom passen könnten.

Beseler will in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 den Halbsatz '*aut si dictum'* bis zum Ende als unsinnig streichen.[76] Monier, dem sich Impallomeni anschließt, bestreitet die klassische Echtheit des Einschubs in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 vor dem Satz '*Sed tempus redhibitionis* …' hinsichtlich der Jahresfrist für die *actio quanti minoris,*[77] die er für justinianisch hält. Da sie sich aber auf die Frage der klassischen Existenz der *actio quanti minoris* konzentrieren, bemerken sie hinsichtlich der hier relevanten Stelle '*Sed tempus redhibitionis* …' nichts an.[78] Pringsheim widersprach dem. Er sah in dem ganzen Fragment nur eine Verkürzung, keine Änderung.[79] Neun Jahre später untersuchte Pringsheim Ulp. D. 21, 1, 19, 6 differenzierter und nahm den zweiten Halbsatz ab '*aut si* ..' bis zum Ende als justinianische Anpassungen an.[80] Dementsprechend sollte zur Zeit Ulpians nur der Kauf relevanter Zeitpunkt sein; das *dictum* habe erst unter Justinian an Bedeutung gewonnen. Manna setzt die Echtheit des ulpianischen Fragments für ihre Begründung voraus.[81] Gradenwitz erwähnt diese Stelle im Rahmen seiner Untersuchung zu Interpolationen nicht.

---

[75] vgl. Wieacker S. 156ff.
[76] Beseler in SZ (R.A.) 45 (1925), 188ff (207).
[77] „*Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet. Si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis…*"
[78] Monier Vente S. 177; Impallomeni S. 215, 228.
[79] SZ (R.A.) 69 (1952) S. 234, 286f.
[80] Pringsheim T. II S. 174 Anm. 16: Die augenfällige überflüssige Doppelung des *dictum promissumve quid est*, die Wiederholung des „*ex*" in *ex eo (die) ex quo,* eine falsche Zeitstufe des *est.*
[81] Manna S. 179ff.

Bleibt noch das Problem der Vereinbarkeit der beiden Fragmente Gai. D. 21, 1, 28 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6:

Haymann versucht das Problem durch eine zeitliche Schichtung der Aussagen zu lösen. Er folgt darin Bechmann.[82] Es habe ein Garantiegebot gegeben. Wenn der Verkäufer stipulierte, konnte der Käufer aus der Stipulation vorgehen. Wenn der Verkäufer keine Stipulation hinsichtlich der Mängel abgeben wollte, habe der Käufer durch eine (pönale) Wandlungsklage den Vertrag auflösen können und das *duplum pretii* erhalten.[83] Bei einer Klage auf das Interesse nimmt Haymann als wichtigsten Fall an, dass wohl ein Mangel aufgetreten sei, was im Endeffekt zu einer Minderung im Kaufpreis geführt habe. Schließlich sei dieser Mechanismus automatisiert worden, und eine Klage gegen den Verkäufer sei auch ohne Stipulation möglich gewesen.[84]

Monier geht bei Gai. D. 21, 1, 28 davon aus, dass zumindest beim Sklavenverkauf erst die Pflicht bestand, eine Deklaration hinsichtlich der Mängel abzugeben, woraus sich später die Pflicht zu einer Stipulation entwickelt habe.[85] Giffard, Girard und andere sehen in Gai. D. 21, 1, 28 die Pflicht des Verkäufers, die *stipulatio duplae* abzulegen.[86] Arangio-Ruiz vertritt so ähnlich, dass die Redhibitionsklage binnen zwei Monaten darauf gerichtet war, die Mitwirkung des Verkäufers an einer *stipulatio duplae* zu erreichen, als Sanktion.[87]

Honsell glaubt in Gai. D. 21, 1, 28 an eine Stipulationsfiktion, die dem Käufer auch ohne Mangel die Möglichkeit gebe, sich vom Vertrag zu lösen, bleibt aber eine Antwort schuldig, inwieweit ein Interesse bei einem nicht vorhandenen Mangel berechnet werden könnte.[88]

Stanicki geht, wie Haymann, hinsichtlich Gai. D. 21, 1, 28 von einer zeitlichen Frühform einer ädilizischen Klage aus.[89] Zuerst sei der Käufer durch das *dictum in mancipio* geschützt gewesen, was aber ab circa der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts v. Chr. wegen des Geschäftsverkehrs mit Ausländern nicht mehr ausgereicht hätte, da die *mancipatio* die Teilnahme römischer Bürger voraussetzte. Der Käufer habe also auf eine Stipulation bestehen müssen; die Ädilen hätten den Käuferschutz gestärkt durch die Stipulationspflicht des Verkäufers und der Möglichkeit, den Vertrag auch ohne Mangel binnen zwei Monaten nach dem Kauf aufzulösen. Als Folge hätten die Käufer darauf verzichtet, den Verkäufer auf die Stipulation zu drängen, da ihnen oftmals zwei Monate gereicht hätten, den Sklaven zu prüfen.

---

[82] Bechmann T. I S. 405f.
[83] Haymann S. 23f.
[84] Haymann S. 25f.
[85] Monier T. II S. 205f Nr. 124.
[86] Giffard T. II S. 73 Nr. 104; Girard S. 601; May S. 351; Huvelin T. II S. 128f.
[87] Arangio-Ruiz S. 378ff, 389 Anm. 1.
[88] Honsell S. 69f.
[89] Stanicki S. 6ff.

Zudem hätten sie so eine Wandlung gehabt, aus der *ex stipulatu* nur die Minderung. Die Ädilen hätten eine Wandlungsklage von sechs Monaten Dauer eingeführt, sollte der Verkäufer stipulieren. Die Käufer hatten damit wieder ein Interesse, auf der Stipulation zu beharren. Als nächste Entwicklungsstufe sei die Stipulation vielleicht zu kompliziert geworden und das *dictum* habe so viel Bedeutung erlangt, dass es für eine Wandlungsklage ausgereicht hätte. Zudem hätten die Ädilen eine ädilizische Minderungsklage eingeführt.[90] Stanicki geht davon aus, dass in klassischer Zeit ein *dictum promissumve* notwendige Anspruchsvoraussetzung für eine Wandlung gewesen sei und nicht der Kaufvertrag.[91] Stanicki zufolge müsse Ulp. D. 21, 1, 19, 6 mit den erfolgten Streichungen so lauten: „*sed tempus redhibitionis ex die* [] *currit* [] *quo dictum promissumve quid est.*“[92] Erst unter Justinian sei in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 ’*venditionis*’ eingefügt worden, um den Fristbeginn der Redhibitionsklage einzubeziehen, die innerhalb zweier Monate nach einem Kauf erhoben werden konnte, der ohne *cautio* durch den Verkäufer abgeschlossen worden war.[93] Dieser These passt er dementsprechend Gai. D. 21, 1, 20 durch weitreichende Streichungen und Ergänzungen an.[94] Diese Interpolationsvermutungen sind sehr umfassend, wenn nicht etwas überraschend, so wie die These, die dahinter steht und zu der oben schon Gegenargumente angeführt wurden.

Zimmermann vertritt, dass die Frist der Wandlungsklage sechs Monate lang sei, wobei er sich auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 bezieht, aber gemäß Pap. D. 21, 1, 55 erst ab Kenntnis oder Kennenmüssen laufe,[95] wobei er zum einen das Problem übergeht, dass Ulpian die Frist eben nicht ab Kenntnis laufen lässt, und dass Papinian eben nicht in dem angegebenen Fragment vom Kennenmüssen spricht. Zimmermann gibt zu Bedenken, dass der Anspruch, wie er in Gai. D. 21, 1, 28 beschrieben ist, Raum für Spekulationen lasse.[96] Der Käufer profitiere bei Verweigerung der Stipulation von der Annahme, dass die Ware nicht gut sein könne, so dass er sie, ohne einen Mangel feststellen zu müssen, binnen zweier Monate zurückgeben könne; wenn sich ein Mangel danach zeige, habe er binnen weiterer vier Monate das Recht, *quod interest* zu fordern, eventuell auf der Basis einer fiktiven Stipulation.[97]

---

[90] Stanicki S. 30ff.
[91] Stanicki S. 24.
[92] Stanicki S. 25.
[93] Stanicki S. 67ff.
[94] Stanicki S. 26: „*si vero [ante venditionis tempus] dictum <in venditione> intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit ex [priore] <posteriore> causa [qua statim, inquit, ut veniit mancipium, eo nomine posse agere coepit] <tempus currere>*".
[95] Zimmermann S. 317f.
[96] Zimmermann S. 317.
[97] Zimmermann S. 316f.

Westphal verwehrt sich gegen die Ansicht, die kürzeren Fristen aus Gai. D. 21, 1, 28 seien dazu dar, dass der Käufer in ihnen die Stipulation verlangen könne. Ohne Stipulation laufe die Frist ab dem Kaufvertrag. Nach Abgabe einer Stipulation zähle dieser Zeitpunkt. Ulp. D. 21, 1, 19, 6 sei so zu verstehen, dass man den Grund unterscheiden müsse, worauf die Klage gebaut werde. Werde sie auf den Kauf begründet, liefe die Zeit ab dem Vertragsschluss. Berufe man sich auf die Stipulation, werde von da an gerechnet.[98]

Die Liste der diversen Meinungen ist ausdehnbar.[99] Es soll aber stattdessen das Augenmerk auf drei neuere Thesen von Jakab, Kupisch und Donadio gerichtet werden, die die Diskussion wieder aufgegriffen haben.

Jakab argumentiert mit dem Fragment Ulpians in der Fassung, wie sie sich u.a. in der Digestenausgabe Mommsen/Krüger findet. Ihr Ausgangspunkt ist folgender: Die bislang vorgebrachten Meinungen kranken an diversen Punkten: Das *quanti intersit* aus Gai. D. 21, 1, 28 sei nicht zu berechnen, wenn man von einer Stipulationsfiktion ausginge, die keinen Mangel voraussetze. Ansonsten müsse man binnen zweier Monate eine Wandlung ohne Mangel, binnen sechs Monaten ein *quanti intersit* mit Mangel annehmen, was sehr kompliziert sei. Die Ädilen hätten in dem Fall eine Stipulation gefordert, die den Weg zum Prätor ermöglichte, während bereits ein *dictum* für eine Klage vor den Ädilen ausgereicht habe,[100] was einer gewissen Logik entbehre. Aus den Edikten selbst gehe eben keine allgemeine Garantiepflicht hervor, allerdings sei mit dem Edikt eine Stipulationspflicht verknüpft, die sie mit dem *iudicium dare* in Verbindung bringt.[101] Sie verweist auf die *stipulationes cautionales,* die einem Prätor zur Verfügung standen, um die *aequitas* zugunsten einer Person im Prozess wiederherzustellen, wobei sie von diesen eine Parallele zu den ädilizischen Stipulationen zieht. Diese ädilizischen Stipulationen würden vermutlich erst dann eine Rolle spielen, wenn es bereits zum Prozess gekommen sei und eine Partei sich wegen eines Mangels beschwert habe.[102] Sie vermutet, dass bei der Kompilierung einiges an prozessualen Details gestrichen worden sei, entweder weil es bekannt oder überflüssig geworden war,[103] weshalb die Quellenlage schlecht sei.[104] Dies hält sie nicht ab, einen Formelvorschlag zu machen.[105] Die ädilizische Stipulation habe dazu gedient, das

[98] Westphal S. 369f § 477ff.
[99] Pringsheim in SZ 69(1952) S. 234, 259; Rogerson in FS de Zulueta S. 123f; Watson Obl. S. 84; eine Übersicht gibt auch Jakab S. 148ff.
[100] Jakab S. 151f.
[101] Jakab S. 276, 302.
[102] Jakab S. 227ff.
[103] Jakab S. 271.
[104] Jakab S. 286.
[105] Jakab S. 286f.

Streitverfahren zu eröffnen und zu ermöglichen, dem Käufer eine *actio* zu geben. Zwar habe der Ädil auch aus dem Edikt eine *actio* zulassen können, was er aber nicht oft gemacht habe.[106] Sie stützt sich auf Gai. D. 21, 1, 28, aus dessen Textzusammenhang sie einen prozessualen Inhalt entnimmt.[107] Wenn der Verkäufer nicht diese prozessuale Stipulation abgeben wollte, *non caveat*, habe der Ädil innerhalb der kurzen Frist von zwei Monaten ein *iudicium redhibendi* versprochen, allerdings befristet ab dem Tag der Weigerung. Innerhalb dieser kurzen Fristen habe der Käufer auch ohne die Mitwirkung des Verkäufers die Klage beantragen können. Vermutlich habe der Ädil dann eine Stipulation fingiert. Aufgrund der bedingten Stipulation habe der Verkäufer auf jenen Betrag kondemniert werden können, den er hätte zahlen müssen, wenn er die vorgeschriebene ädilizische Stipulation richtig geleistet hätte.[108]

Er sei aber nicht nach den kurzen Fristen, sondern nur innerhalb dieser verurteilt worden. Eine Parallele sieht Jakab in der kurzen Frist der *actio in factum* beim Rücktrittsvorbehalt. [109] Die Fristen seien aber überhaupt notwendig gewesen, damit der Käufer die Rückgabe des mangelhaften Sklaven vorbereiten konnte, um ihn dem Verkäufer anbieten zu können.[110] Sie seien ab Klageerhebung gelaufen, wenn der Verkäufer eine Stipulation verweigert habe, nicht aber ab Kauf, wie die anderen Fristen von sechs Monaten bzw. einem Jahr. Die *actio redhibitoria* sei danach nicht erloschen; Jakab vermutet aber, wenn der Käufer aus irgendwelchen Gründen in den kurzen Fristen des Gaius-Fragments nicht das erreicht habe, was er wollte, dass er dann nicht noch einmal die Mühen der normalen Klagen auf sich genommen habe.[111]

Ihr widerspricht Kupisch, der die Kritik an den älteren Thesen eines Stipulationszwanges teilt. Er verwehrt sich zum einen gegen Jakabs Interpretation einiger Verben und Ausdrücke, die sie prozessual verstehen will.[112] Er fragt sich zum anderen, ob nicht ein Käufer, der die Verurteilung des Verkäufers anstrebt, nicht schon die Rückgabe der Sache vorbereitet hätte. Dabei weist er auf die Minderungsklage hin, für die der Käufer sogar sechs Monate zur Vorbereitung gehabt habe. Außerdem sei es keine strenge Sanktion gegen den Verkäufer,

[106] Jakab S. 276ff.
[107] Jakab S. 301.
[108] Jakab S. 302f.
[109] Jakab S. 304.
[110] Jakab S. 305.
[111] Jakab S. 306; die Idee Jakabs ist in Kaser/Hackl § 24 II 2 übernommen worden.
[112] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 28f, 31ff.

innerhalb kürzerer Fristen haften zu müssen,[113] auch wenn Kupisch einräumt, Jakab habe den Mangel in dem Falle als bewiesen unterstellt, was aber wieder eine reine Spekulation sei.[114] Ferner merkt er kritisch an, dass in Gai. D. 21, 1, 32 *praeterea* nicht, wie von Jakab, mit *später* übersetzt werden könne.[115]

Kupisch hält die Fassung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6, Satz drei für verändert durch „eine (wohl früh eingeflossene und zählebige) Korruptel, deren Existenz ein vordergründig plausibler Gedanke zugrunde liegt".[116] Seiner Meinung nach dürfte der ulpianische Text „*Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit [aut] si dictum promissumve quid est*" gelautet haben, wobei er das *aut* als „Fremdkörper" und „Überbleibsel" aus einer fehlgeschlagenen Bereinigung einer früheren Handschrift ansieht. Gleichzeitig kürzt er „*Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est"* um den letzten Halbsatz „*ex eo ex quo…*". Er argumentiert mit einer Synopse der spätantiken *littera Florentina* (F) aus dem 6. Jahrhundert, spätestens von Anfang des 7. Jahrhunderts[117], der Vatikanischen Handschrift Vat. Lat. 1406 (V), der Handschrift Paris BN Lat. 4450 (P) aus dem 11. Jahrhundert und der Handschrift 941 der Universitätsbibliothek Padua (U) aus dem 12. Jahrhundert, wobei U, P, V von einem nicht erhaltenen *Codex secundus* (S) abstammen sollen, in den wohl wiederum F als Hauptquelle sowie ein ebenfalls nicht überlieferter Digestenauszug zum ergänzenden Abgleich eingeflossen seien.[118] U, P, V würden den letzten Halbsatz „*ex eo ex quo…*" bis zum Ende nicht aufführen; allerdings seien sie später durch Konjekturen im Sinne der F, nicht aber durch direkte Zitate aus F, ergänzt worden. Also folgert Kupisch, dass vermutlich auch S diesen Anhang nicht kannte, sondern dies der Einfluss des unbekannten Digestenauszugs sei. Demnach gab es wohl zwei Lesarten, einmal die längere der F, die allgemeinhin nach der Digestenausgabe von Mommsen/Krüger als Argumentationsbasis genommen wird, zum anderen die rekonstruierte Fassung des S ohne den letzten Halbsatz. Beide Fassungen enthalten aber das *aut*, das Kupisch in seiner Argumentation stört, da nach seiner These Ulpian an dieser Stelle nur von der Klagefrist nach einer Zusage spreche, nicht aber von dem

[113] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 30: Denn wieso sollte der Käufer bei derselben Kaufsache bei denselben Rückgabevorbereitungen nur bei einem anderen Begehren plötzlich eine längere Zeit haben?
[114] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 31f.
[115] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 34.
[116] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 47, die Klammern finden sich im Zitat.
[117] s. Lange RR T. I 61f: Herkunftsort sei entweder Italien oder Byzanz; herrschende Meinung sei, dass sie noch zu Lebzeiten Justinians abgeschrieben worden sei.
[118] V, U, P sind damit Vulgattexte, vgl. Lange RR T. I S. 64ff: Vulgattexte würden manchmal besser, manchmal schlechter in der Lesart sein als F; S stammt aus einer Zeit nach Ende des 8. Jahrhunderts, vermutlich aber aus der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts.

Fall, dass der Verkäufer es bei der automatischen Haftung ohne Zusage und ohne Stipulation belassen wollte. Im letzteren Fall hätten die kürzeren Klagefristen nach Gai. D. 21, 1, 28 gegolten. Dahinter steht die ökonomische Überlegung, dass der Käufer mehr zu zahlen bereit war, wenn der Verkäufer ihm durch ein *dictum promissumve* einen gewissen Qualitätsstandard zusagte und deswegen auch längeren Haftungszeiten von sechs Monaten resp. einem Jahr ausgesetzt war. Andernfalls hätte der Verkäufer es bei der 'automatischen' Haftung auf Grund des Edikts belassen, hätte weniger Geld erhalten für einen Sklaven oder ein Tier, bei dem der Käufer sich fragen musste, warum der Verkäufer weder Gesundheit noch gewisse Charaktereigenschaften zusagen wollte. Der Verkäufer hätte aber als Ausgleich auch nur zwei Monate auf Wandlung resp. sechs Monate lang auf Minderung gehaftet. Die niedrigste Haftungsstufe sei der Ausschluss einer jeglichen Haftung gewesen,[119] bei der der Käufer das Risiko übernahm, eine nicht perfekte Ware zu erhalten, dafür aber einen geringen Preis zahlte. Dementsprechend bringt Kupisch Argumente vor, die gegen das Vorhandensein eines *aut* im Originaltext Ulpians sprechen sollen, nämlich zum einen, dass der Satz ohne *aut* besser in sein Konzept passe und sich Gai. D. 21, 1, 28 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6 harmonisch ineinanderfügen würden. Zum anderen spreche auch ein Scholion des Stephanos zu Paul D. 15, 2, 2 pr. aus der Mitte des 6. Jahrhunderts[120] für diese Annahme. Zu guter Letzt würde auch Gai. D. 21, 1, 20 Sinn machen.[121]

Auf dieses Scholion und Gai. D. 21, 1, 20 sei kurz eingegangen. In diesem Scholion, B. 18, 6, 2 steht: „Ἐάν τις οἰκέτην πωλήσῃ κρυπτὸν ἔχοντα πάθος, ἁρμόττει τῷ ἠγορακότι ἡ AEDILICIA REDIBITOR ία <ἢ> QUANTI MINORIS, εἰς ὅσον ἧττονος ἂν τὸν οἰκέτην ἠγόρασεν, εἰ δ' ἂν ἔγνω τὸ πάθος ὁ ἀγοραστής. Αλλ' ἡ μὲν ῥεδνιβιτορία ἐντὸς ς'. καὶ μόνων κινεῖται μηνῶν, ἡ δε κουάντι μινόρς ἐντὸς ἐνιαυτοῦ οὐτιλίου, ἔνθα δηλονότι ἐπὶ τοῖς τῆς αἐδιλικίας κεφαλαίοις ὁ πράτης τὸν ἀγοραστὴν ἠσφλίσατο. Εἰ γὰρ μὴ ἠσφαλίσατο αὐτόν, τότε ἡ μὲν ῥεδνιβιτορία ἐντὸς δύο καὶ μόνων κινεῖται μηνῶν, ἡ δὲ κουάντι μινόρις ἐντὸς ς'. μηνῶν, ὡς ὁ Γάϊος ... φησι. Τοῦτο δὲ αὐτὸ νόησον, ἔνθα μὴ ἁπλῶς καὶ ἀναποδότῳ πράσει τὸν οἰκέτην ὁ πράτης ἐπώλησε. Επὶ γὰρ τῷ ἁπλῶς καὶ ἀναποδότῳ πράτῃ οὐ χώρα τῇ αἐδιλικίᾳ, ὡς ὁ Παπιανὸς ... φησίν",[122] also: 'Wenn jemand einen Haussklaven verkauft hat, der ein verstecktes Leiden aufweist, passen für den

[119] s. Memmer in SZ 107 (1990) S. 16f: Mit Hilfe der Syrisch-römischen Rechtsbücher sei gezeigt worden, dass ein, einfacher Kauf' wie in Pomp. D. 21, 1, 48, 8 den Kauf mit Gewährleistungsausschluss meinte.
[120] Wieacker T. II S. 326: Der Digestenkommentar stammt aus einer Zeit um 550, also nur kurze Zeit nach der Schaffung derselben.
[121] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 50f.
[122] Scheltema/Holwerda (Serie B) B. 18, 6, 2.

Käufer die ädilizische Wandlungsklage oder die Minderungsklage, bis zu wie viel weniger er den Sklaven gekauft hätte, wenn der Käufer das Leiden gekannt hätte. Aber die Wandlungsklage wird auch binnen nur von sechs Monaten erhoben, die Minderungsklage innerhalb eines Jahres *utilis*, unter der Bedingung selbstverständlich, dass der Verkäufer hinsichtlich der ädilizischen Prinzipien dem Käufer Sicherheit geleistet hat[123]. Denn wenn er ihm keine Sicherheit geleistet hat, dann wird die Wandlungsklage auch binnen nur zweier Monate erhoben, die Minderungsklage binnen sechs Monaten, wie Gaius … sagt. Verstehe dies aber unter der Bedingung, dass der Verkäufer den Sklaven nicht einfach und mit einem Kauf, der nicht rückgängig gemacht werden kann, verkauft hat. Denn wenn er einfach und nicht rückgängig machbar verkauft hat, dann ist kein Platz für die Wandlungsklage, wie *Papianos*… sagt[124].' Für Stephanos schien das Haftungssystem also einfach und einleuchtend zu sein. Zudem stellt er die kürzeren und längeren Fristen auf eine Stufe, was eine Suche nach irgendwelchen komplizierten Verfahrensnormen, die sich von anderen Klagefristen unterscheiden, verbietet.

Gai. D. 21, 1, 20, „*Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio; Caelius Sabinus scribit ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit*“, unterstützt, wie gesehen, die Annahme, dass ein *dictum*, eine formfreie Zusage, ohne Verbindung mit einem Kaufvertrag keine rechtliche Bedeutung hatte. Ulpian hätte also wohl auch zumindest hinsichtlich des *dictum* als frühesten Zeitpunkt den Kauf an sich für den Fristbeginn genommen. Das ließe sich aber nicht harmonisch mit der Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 vereinbaren, wenn man das *aut* als authentisch annimmt, denn dann müsste man annehmen, eine Frist laufe auch ab der Abgabe eines *dictum*.[125]

Donadio widerspricht Kupisch und hält das *aut* nicht unbedingt für störend, sondern sieht keinen Grund, weshalb es nicht schon im Originaltext vorgekommen sein sollte. Die *Florentina* als ältere Überlieferung stehe den Digesten näher als die anderen Handschriften. Dementsprechend nimmt Donadio diese Textfassung als Basis ihrer Argumentation. Schließlich müsse man sonst annehmen, dass in der ursprünglicheren Form Ulpians Zitat ohne den Zusatz „*ex eo ex quo...*“ ausgekommen sei (so wie Kupisch es annimmt). Allerdings sei

[123] Das hier im Griechischen verwandte Verb kommt *cavere* sehr nahe und enthält wie *cavere* keine Präzisierung, wie eine Sicherheit geleistet werden solle.
[124] Er bezieht sich auf das 48. Fragment des gleichen Buches und Titels, gemeint D. 21, 1. Es ist aber auch nicht *Papinian* gemeint, sondern Pomponius, also wohl ein doppelter Fehler.
[125] Eine Folgeerscheinung wieder davon ist die Erklärungsnot, ob dem *dictum* in der Formel *dictum promissumve* rechtliche oder nur stilistische Bedeutung zukam.

ersichtlich, dass in dem Satz dann eine Schlussfolgerung fehle. Der letzte Halbsatz scheine eben eine andere, neue Idee ausdrücken zu wollen. Wenn man den Text so lesen wolle wie Kupisch, würde der Satz seine Wirksamkeit mit dem Einführen einer insgesamt überflüssigen Präzisierung verlieren.[126] Sie schlägt folgendes Verständnis vor: Ohne eine Zusage laufe die Zeit ab dem Kauf, denn das sei der Zeitpunkt, an dem der Käufer die Ware habe prüfen können. Donadio wolle aber nicht missverstanden werden, dass sie meine, die Frist beginne allgemein mit Kenntnis des Käufers vom Mangel. Wenn aber ein *dictum* vor dem Verkauf abgegeben worden sei in bindender Weise, dann sei ab dann zu rechnen. Als Argument bringt sie Gai. D. 21, 1, 20 ein. Argumente gegen diese Ansicht sind bereits in der Besprechung von Gai. D. 21, 1, 20 und des Verhältnisses von *dictum-venditio-stipulatio* angeführt worden. Sie teilt nicht die Ansicht Kupischs, die ädilizischen Edikte seien dispositiv gewesen.[127] Im Zusammenhang mit der Bedeutung des *dictum* wirft sie die Frage nach der Rolle der *actio in factum* bei einem *pactum diplicentiae* auf, die ebenfalls die kurze Frist von 60 Tagen kannte.[128] Ihrer Meinung nach habe die *actio quanti minoris* zur Herstellung eines ökonomischen Gleichgewichts gedient,[129] wodurch sie die Notwendigkeit der Haftungsstufen, so wie Kupisch sie dargelegt hat, in Frage zieht. Pap. D. 21, 1, 55 habe sich auf einen speziellen Fall des *fugitivus* bezogen und sei eine Aussage zur *potestas experiundi*.[130] Hinsichtlich Gai. D. 21, 1, 28 führt sie nach einer Darstellung von Jakabs Idee aus, dass sie die ’traditionelle Lehre’ für überzeugender halte, dass also der Verkäufer verpflichtet wurde, beim Verkauf eine Stipulation abzugeben. Für sie basieren die ädilizischen Klagen auf der fehlenden Deklaration beim Verkauf; der Verkäufer musste eben die Mängel kennen. Diese (materielle) Pflicht des Verkäufers sei aber schwerlich mit der Annahme einer prozessualen Stipulation zu vereinen.[131] Da im Jumentenedikt bereits andere Klagen mit kurzen Fristen bekannt waren (*in factum* beim *pactum displicentiae* und hinsichtlich des Beiwerks), sei es nicht abwegig, eine *intentio* für eine andere Klage anzunehmen, wenn der Verkäufer gewisse ediktsmäßige Mängel nicht deklariert habe:[132] Sie zieht die Parallele zur *actio empti*, die die ädilizischen Klagen ergänze. Wenn der Verkäufer aus *dolus* heraus eine Angabe verschweige, greife die *ex empto*. Es fehle auf der Seite des ädilizischen Schutzes eine entsprechende

[126] Donadio S. 150f und Anm. 23.
[127] Donadio S. 153 Anm. 27.
[128] Donadio S. 80 Anm. 2.
[129] Donadio S. 154.
[130] Donadio S. 156.
[131] Donadio S. 84f.
[132] Donadio S. 85f.

Klage, wenn man Gai. D. 21, 1, 28 prozessual verstehe.[133] Der Verkäufer sollte sich, wenn er keine *stipulatio* abgab, nicht das Risiko für alle späteren Mängel aufgebürdet sehen. Insofern waren die Fristen kürzer angesichts des vielleicht eh nicht guten Zustandes des Sklaven oder des Tieres zur Zeit des Verkaufs.[134] Damit greift auch Donadio eine ökonomische Begründung auf, um sich gegen Jakab auszusprechen, ohne die Überlegung anders als Kupisch weiterzuführen.

3.1.3.2 Stellungnahme

Es erscheint seltsam anzunehmen, Gaius hätte die Rechtssituation darstellen wollen, die noch vor ihm und Ulpian galt, denn das wäre vermutlich in seinem Kommentar zum Ausdruck gekommen. Zudem müsste man sich wundern, warum die Kompilatoren, die nicht den Zweck hatten, Rechtsgeschichte zu betreiben, ein solches Fragment in die Digesten aufgenommen hätten. Ebenso müssen hier nicht die bekannten Zweifel wiederholt werden, wie überhaupt das *quanti interesse* berechnet werden sollte, wenn man bei Gai. D. 21, 1, 28 eine Klage ohne konkreten Mangel annehmen würde. Beim Vorliegen eines Mangels aber müsste man sich fragen, warum dann nicht die *quanto minoris* mit einer Klagefrist von einem Jahr gelten sollte.

Selbst allein genommen wirft Ulpians Fragment D. 21, 1, 19, 6 schon Fragen auf. Nach dem bislang Angenommenen konnte ein *dictum* nur Geltung in Verbindung mit einem Vertrag haben. Was soll also bedeuten, dass eine Frist ab dem Kauf, was verständlich ist, oder aber ab einem *dictum* laufe, wo doch ein *dictum* vor dem Kaufvertrag erst mit dem Vertrag zu wirken anfängt und nach einem Vertrag keinen Sinn macht, da es wohl kaum mehr in die vertragliche Verpflichtung aufgenommen werden konnte. *Dictum promissumve* kann nach den Ulpianischen Definitionen auch nicht als Stipulation verstanden werden. Zudem bestimmte sich der Erwartungshorizont des Käufers bezüglich der Qualität der Ware wohl zur Zeit des Kaufs[135], und die Ädilen hatten nicht die Absicht, einen Käufer vor Täuschungen *nach* dem Kauf zu schützen. Ulp. D. 21, 1, 19, 6 allein genommen, könnte man wie Donadio spekulieren, ob das *dictum*, das vor dem Vertrag abgegeben wurde, als Fristbeginn gelten

[133] Donadio S. 86.
[134] Donadio S. 87f.
[135] Auf die Debatte, inwieweit die Übergabe eine Rolle spielte, soll hier nicht eingegangen werden. Die *traditio* spielt in den Digesten keine Rolle bei der Sachmängelgewährleistung, es sei denn bei der Diskussion des *periculum*.

sollte. Wie Donadio darstellt, muss dem Käufer eine Prüfungsmöglichkeit gegeben sein. Aber sie führt ihre Idee nicht konsequent zu Ende. Wenn ein Verkäufer einen Monat vor dem eigentlichen Vertrag z.B. fest zusichert, ein Sklave sei gesund, und auch die Absicht hat, für seine Zusage einzustehen, wenn der Käufer den Sklaven in diesem Moment kaufen wolle, heißt das nicht, dass der Käufer auch in dem Moment den Sklaven auf Herz und Nieren prüft, wenn er nicht sofort kaufen will. Er wird ihn dann untersuchen, wenn er für ihn etwas aus seinem Vermögen herausgeben soll. Sicher ist Donadios Beispiel von einem *dictum* einem Monat vor Kauf schon extrem. Aber wenn man es auf die Spitze treibt, dann müsste man auch ein *dictum* sechs Monate vor Kauf gelten lassen. Wenn der Käufer seinen Sklaven endlich bezahlt hat und ihn nutzen will, also seinen Gebrauch testen will und kann, dann hätte er keine Wandlungsklage mehr. Er würde dann noch schlechter stehen als jemand, dem der Verkäufer keine Sicherheit geleistet hatte, Gai. D. 21, 1, 28. Er müsste also noch mehr aufpassen, besser prüfen, misstrauischer hinsichtlich der Zusicherungen sein als jemand, dem der Verkäufer nichts zusagt. Abgesehen davon könnte in der Zeit zwischen dieser Zusage und dem Kauf alles Mögliche geschehen, der Sklave könnte krank werden, versucht haben zu fliehen oder zu stehlen etc. Nur würde letzteres auch im Falle des Gai. D. 21, 1, 20 gelten, wenn das *dictum* erst mit dem Vertrag zusammen Geltung erlangen und Fristbeginn werden sollte. Gaius scheint aber an einen engen Zeitraum gedacht zu haben, *aliquot dies*, zwischen Stipulation und Zusage, wobei die Stipulation auch nie zeitlich fern vom Kaufvertrag stattfand.

Es fragt sich, ob *cavere* zwingend die Abgabe einer Stipulation meint. Ohne Zweifel wird *cavere* sprachlich im Zusammenhang mit der Stipulation verwandt.[136] Ebenso war es auf den Märkten wohl üblich, eine Stipulation abzugeben, wenn man etwas beteuern wollte. Aber die Existenz eines *dictum promissumve* zeugt von der alternativen Zusageform, die in die Gerichtsbarkeit der Ädilen fiel. Die Stipulation mit ihren formellen Voraussetzungen war also nicht notwendig. Daneben traten die weniger formellen Zusagen. Wieso sollte also sprachlich *cavere* nicht auch diese Alternativformen abgedeckt haben?

Die Handelspraxis hatte starken Einfluss auf das Recht.[137] Es gehörte demnach zur festen Praxis, den Anweisungen der Ädilen zu folgen, *solere, oportere, debere*, und feste Aussagen zur Ware zu machen. Dies deckt sich mit der Beobachtung, wenn man Kupischs Überlegung weiterführt, dass die 'langen' Fristen von sechs bzw. zwölf Monaten weitaus öfter in den Digesten und im Codex überliefert wurden als die 'kurzen' Fristen aus Gai. D. 21, 1, 28.

[136] So wohl Pomp. D. 21, 1, 21, 2 & 3, Gai. D. 21, 1, 26, Ulp. D. 21, 1, 31, 20; 19, 1, 11, 8 etc.
[137] vgl. Zimmermann S. 321.

Prinzipiell musste sich wohl in der Handelspraxis durchgesetzt oder beibehalten haben, dass eine Stipulation abgegeben oder eine spezielle Eigenschaft zugesagt wurde.
Zudem findet sich neben den Ausführungen Kupischs noch ein Argument für die Möglichkeit der Parteien, die Haftungsfragen nach ihren Abreden auszugestalten. Denkt man an die Stelle bei Varro, „*...In emptione alias stipulandum sanum esse, alias e sano pecore, alias neutrum*“ (*r. r.* 2, 1, 15), so gab es durchaus den Handelsbrauch, keine von den genannten Stipulationen abzulegen, *neutrum*. Zwar spricht Varro vom Rechtsbrauch im ersten Jahrhundert vor Christus ohne die Absicht, juristische Feinheiten der ädilizischen Verordnungen zu behandeln, aber man kann sich fragen, wieso ein Edikt, wenn vielleicht auch in einer späteren Fassung, die Ulpian oder Gaius überliefern, diese Rechtsgestaltungsmöglichkeit nicht mehr berücksichtigen sollte.
Sicher hat Kupischs These den Haken, eine vielleicht unabsichtliche Textänderung zu vermuten. Sie hat aber den ungemeinen Vorteil, eng am Text zu bleiben und nicht große Lücken durch Spekulationen füllen zu müssen.
Schaut man vergleichend auf das spätere byzantinische Recht, wie dies die Haftung des Verkäufers verstanden haben mag, so kommt man zu der Erkenntnis, dass Gai. D. 21, 1, 28 im Wesentlichen beibehalten wurde, das Fragment also in den Augen der späteren Juristen Sinn machte, dass diese Stelle nicht prozessual aufgefasst wurde und die Fristen von sechs resp. zwölf Monaten neben den kürzeren Fristen einhergingen. Nun kann man dieses Rechtssystem nicht mit dem Römischen Recht gleichsetzen. Aber man kann wohl annehmen, dass diese Juristen zumindest teilweise verstanden haben, was Gaius oder Ulpian sagen wollten, um es dann in ihre Zeit und ihr System zu transponieren. Wie man sehen wird, bleiben aber auch in den einzelnen Darstellungen des byzantinischen Rechts Fragen offen.

3.2 Der Fristbeginn, die *potestas experiundi* und das *tempus utile*: Pap. D. 21, 1, 55

Nachdem nun Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Gai. D. 21, 1, 28 in eine harmonische Lesart gebracht wurden, fehlt noch ein Wort zum Verhältnis dieser Stellen zu Pap. D. 21, 1, 55. Pap. D. 21, 1, 55 kam in den neueren Diskussionen etwas zu kurz, wohl weil sich - zu Recht - darauf zurückgezogen wurde, dass Papinian an dieser Stelle die *potestas experiundi* diskutiere, nicht den Fristbeginn. Pap. D. 21, 1, 55 lautet: „*Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit…*“: Wenn für die *actio redhibitoria* sechs Monate *utiles*

gewährt werden, innerhalb derer die *potestas experiundi,* die Möglichkeit zur Klage, bestanden habe, dann werde es nicht so erscheinen, dass derjenige die *potestas experiundi* gehabt habe, der den versteckten Mangel des zur Flucht neigenden Sklaven[138] nicht gekannt habe. Wann aber begann die Klagefrist und inwieweit spielt die *potestas experiundi* bzw. das *tempus utile* dabei eine Rolle? Denn obwohl Fristbeginn und *potestas experiundi* zwei Paar Schuhe sind, so hat das schon in Byzanz Juristen und spätere Autoren nicht davon abgehalten, beide über einen Kamm zu scheren.

3.2.1 Interpolationsvermutungen

In Pap. D. 21, 1, 55: „*Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur: non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit...*“ hält Beseler die Stelle *cum* bis *praestantur* für byzantinische „Zusammenhangsergänzungen“[139] und sieht ebenfalls den Zusatz bis *ignoravit* für unecht an, da die Kenntnis die Latenz aufhebe.[140] Es bliebe ihm zufolge also nicht viel Authentisches an 21, 1, 55, es sei denn sein Sinn, den er nicht bestreitet. Insofern könnte es eine Umformulierung eines Papinian-Textes sein. Pringsheim sieht die Sprachwahl in Pap. D. 21, 1, 55 hinsichtlich der *ignorantia/ignorare* als typisch für Papinian an.[141] Arangio-Ruiz baut das Fragment in seine Rekonstruktion vom Sklavenedikt ein.[142] Impallomeni sah in Pap. D. 21, 1, 55 nur eine (authentische) Ergänzung zur Stelle Ulpians für entlaufende Sklaven,[143] dem sich Manna anschließt.[144]
Im Ganzen wurde das Fragment also vom Sinn her nicht als verdächtig angenommen.[145]

[138] Ein *fugitivus* ist eigentlich ein Sklave, der bereits einmal von seinem Herrn geflohen ist, dem also der Ruch anhaftet, er könne wieder fliehen.
[139] Beseler in SZ (R.A.) 56 (1936), S. 26, 51.
[140] Beseler in SZ (R.A.) 56 (1936), S. 26, 65.
[141] Pringsheim T. II S. 174 Anm. 17.
[142] Arangio-Ruiz S. 363.
[143] Impallomeni S. 228f.
[144] Manna S. 179ff.
[145] Wie oben bereits einleitend erwähnt, würde selbst die Annahme, der Text sei so nicht von Papinian verfasst, die Diskussion nur um einige Jahrhunderte transponieren: Denn was haben sich Justinians Kompilatoren gedacht, diese Aussage in dieser Form aufzunehmen?

3.2.2 Der Fristbeginn und Pap. D. 21, 1, 55: Eine doktrinale Verwirrung

Pap. D. 21, 1, 55 hat schon früh Kopfzerbrechen bereitet und ist aus der Diskussion um die Klagefristen nicht wegzudenken. Es sei darum erlaubt, hier, teilweise vorgreifend, die Gedankenakrobratik, die seit der Rezeption des Römischen Rechts angestellt wurde, um Pap. D. 21, 1, 55 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu vereinen, kurz an einigen Beispielen zu illustrieren. Spätere moderne Autoren, falls sie überhaupt auf dieses Problem eingingen[146] oder nicht die gerade herrschende Rechtsprechung in die Digesten hineinlegten,[147] haben nach Fallunterscheidungen gesucht, wohl geleitet von der Idee, das Römische Recht bilde ein einheitliches Rechtssystem. Sie gingen wohlgemerkt von der florentinischen Lesart des Fragments Ulp. D. 21, 1, 19, 6 aus. Ausgangspunkt der Überlegung Cujaz' und D. Gothofredus' war, dass die Frist „*numerari ex die, quo emptor vitium cognovit.*"[148] Dementsprechend sei Ulp. D. 21, 1, 19, 6 nur eingeschränkt richtig: „*tempus sex menses cedere ex die venditionis, non est verum, si latens vitium emptor ignoravit : puta si ignoravit servum quem emebat esse fugitivum, vel erronem.*"[149] Also könne Ulpian nicht den Regelfall gemeint haben, dass der Käufer den versteckten Mangel nicht gekannt habe, mit anderen Worten, Ulpian meine den Fall, in dem der Käufer Kenntnis vom Mangel hatte. Zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 ist Cujaz eher schweigsam und bringt wenig Erleuchtung in den Konflikt: „*Currit autem hoc tempus, ex quo venditio facta est, vel ex quo promisit, aut stipulatus est venditor de vitiis rei venditae, si quidem erat manifestum aliquod de vitiis indicium.*"[150] Die Zeit gemäß Ulpian laufe ab der Zeit, zu der der Verkauf gemacht worden sei oder der Verkäufer ein Versprechen oder eine Stipulation abgegeben habe hinsichtlich der Mängel der verkauften Sache, wenn irgendein Anzeichen auf die Mängel offensichtlich gewesen sei. Cujaz könnte

---

[146] Cuq S. 469 erwähnt nur die Fristlängen, nicht den Beginn oder die *potestas experiundi*; Girard S. 601 Anm. 3 bezieht sich nur auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6; Puchta Pand. S. 536 Anm. l zitiert Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 nur hinsichtlich der Länge der Fristen; S. 118 Anm. d zum *tempus utile* nur die Anmerkung, dass einige auch die Unkenntnis als Hindernis einrechnen, was aber „nicht für wesentlich und durchgängig zu halten" sei; Windscheid T. I S. 542 § 104 erwähnt den entschuldbaren Irrtum als Hindernisgrund für die *potestas experiundi* neben den „äußeren, dem Versäumenden nicht zur Last fallenden, vorübergehenden Tatsachen" wie Gefangenschaft, Unwetter etc., und führt u.a. D. 21, 1, 55 in Anm. 7 als Beleg an; in T. II S. 688 Anm. 12 zitiert er Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 hinsichtlich der Länge der Fristen, ohne auf die Zählung der *dies utiles* und den Fristbeginn einzugehen; Endemann S. 179 legt sich ohne Belege fest, die Fristen liefen vom Kaufabschluss an.

[147] May S. 352 stellt ohne Bezug auf die Digesten die Behauptung auf, die Frist sei „*à compter du jour où l'acheteur avait connu ou a pu connaître le vice*" gelaufen; so schon Accarias T. II S. 467: „*il ne s'agit là que de délais utiles, qui … ne commencent à courir que du jour où l'acheteur a connu ou a dû connaître le vice*" mit Bezug auf D. 21, 1, 19, 6; 48, 2; 55.

[148] Cujaz T. IV Sp. 1333 zu D. 21, 1, 55.

[149] Cujaz T. IV Sp. 1333 zu D. 21, 1, 55.

[150] Cujaz T. I Sp. 538, vgl. Sp. 394: Der Käufer habe *sex menses utiles* wegen eines *latens vitium*; ebd. Sp. 531, 536.

gemeint haben, dass trotz des erkennbaren Mangels oder trotz der Kenntnis des Käufers dennoch eine eigenständige Garantie übernommen wurde.[151] Zumindest D. Gothofredus glaubt an diese subtile Distinktion.[152] Troplong wirft die Idee kurz auf, die beiden Stellen von Ulpian und Papinian als zwei divergierende Meinungen anzusehen, beschränkt auf das Kaufrecht und die ädilizischen Klagen oder vielleicht sogar nur auf den Fall des flüchtigen Sklaven.[153] Maynz glaubt an einen regelmäßigen Beginn der Klagefrist vom Tag des Kaufes an, „*à moins que, par suite de la nature particulière des vices, ait pu en avoir connaissance que plus tard,*“[154] was praktisch dazu führt, Pap. D. 21, 1, 55 als herrschende Regel anzuerkennen, denn im allgemeinen wird der Käufer einen Mangel, den er nicht schon auf dem Markt hätte entdecken können, was zu einem Gewährleistungsausschluss geführt hätte, kaum direkt nach dem Kauf entdeckt haben. Ähnliches findet sich noch an anderer Stelle,[155] wobei diese Ansichten den Umstand erklären müssen, dass eine auf dem Markt verkaufte Sache dort sofort untersucht wurde und Mängel, die man finden konnte, von der Gewährleistung ausgeschlossen waren.

Diese Verwirrung soll etwas gelöst werden. Dazu muss zum einen geklärt werden, was ein *tempus utile* ist, wie es zur *potestas experiundi* steht und inwieweit Pap. D. 21, 1, 55 dann überhaupt etwas über einen Klagefristbeginn aussagt.

---

[151] Oder aber er dachte an Azo, dazu s.u.; gegen Cujaz Troplong T. II S. 65, bei Ulpian sei von Garantien i.e.S. nicht die Rede.

[152] D. Gothofredus Dig. (1612) Sp. 1970 Anm. r, s. Denn in anderen Fällen wäre bei offensichtlichen Mängeln die Haftung des Verkäufers *per se* ausgeschlossen. Dafür spricht, dass diskutiert wurde, ob bestimmte körperliche Eigenschaften eines Sklaven, die prinzipiell offensichtlich sind, eine Krankheit darstellten, wie ein kürzeres Bein, eine Geschwulst, ein Auge, das größer als das andere ist, Lahmheit etc., Ulp. D. 21, 1, 12. Teilweise wird ausdrücklich erwähnt, dass ein solcher Sklave *redhibendus* sei, Ulp. D. 21, 1, 12, 1 a.E., was wirklich nur dann der Fall sein konnte, wenn der Sklave ausdrücklich als *sanus* versprochen worden war. So ist auch Ulp. D. 21, 1, 14, 10 zu verstehen: „ *Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte corporis), eius nomine non teneri Caecilius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit.*." Dies wird dann gelten, wenn nichts ausdrücklich zugesagt worden war, sondern der Verkäufer auch ohne *dictum promissumve* (ab dem Kauf) haftete.

[153] so eine Idee Troplongs T. II S. 65.

[154] Maynz T. II S. 228 Anm. 27.

[155] Stamm S. 40f: ab dem Kauf oder der Zusicherung, wenn der Käufer den Mangel sofort erkennt; ansonsten und ohne grobe Fahrlässigkeit erst ab Kenntnis.

3.2.3 Allgemeines zum *tempus utile*

Es ist unstreitig, dass das *tempus utile* allgemein als Zeit definiert wird, in der der Kläger die *potestas experiundi* hat, er also klagen kann: Ulp. D. 42, 8, 6, 15: „*Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis.*"[156]
In den Einzelheiten allerdings scheiden sich die Geister. In der wissenschaftlichen Diskussion tauchen zwei Fragestellungen auf hinsichtlich des *tempus utile*: Bedeutet *utilis*, dass der Beginn der Klagefrist auf eine Methode *utiliter* bestimmt und/oder die Laufzeit der Frist *utiliter* berechnet werde, was in der Neuzeit unter den Begriffen *ratione cursus* und *ratione initii* diskutiert wurde.[157] Mit anderen Worten: Sobald der Kläger einmal die Möglichkeit hatte, Klage zu erheben, war dann die Frist *continua* oder wieder *utilis*? Die zu den ädilizischen Klagen überlieferten Fragmente sind diesbezüglich wenig eloquent: Ulpian in D. 21, 1, 19, 6 behauptet, die jeweilige *utiliter* bestimmte Frist von sechs Monaten oder einem Jahr liefe ab dem Kauf. Papinian in D. 21, 1, 55 sagt hinsichtlich der Frist *utilis*, dass derjenige Käufer keine *potestas experiundi* zu haben scheine, der vom Mangel noch keine Kenntnis erlangt habe. Andere Stellen sprechen nur von der Dauer der Fristen ohne einen Zusatz, so Ulp. D. 21, 1, 38 pr., Pomp. D. 21, 1, 48, 2, Jul. D. 44, 2, 25, 1, PS 2, 17, 5, C. 4, 58, 2.

Eine Auswahl von Ausführungen zu anderen Klagearten, die im vorjustinianischen Recht erwähnt werden, kann helfen, eine Idee vom Spektrum der möglichen Verständnisse dieser Termini zu erhalten, selbst wenn Rückschlüsse von diesen auf die ädilizischen Klagen immer vorsichtig gehandhabt werden müssen.
Papinian stellt im Prinzip auf drei objektive Voraussetzungen ab: Gericht konnte gehalten werden, der Kläger klagen und der Beklagte erwidern, Pap. D. 48, 16, 10, 2: „*Triginta dies repetendi rei Divus Traianus utiles esse interpretatus est, ex die scilicet, quo feriae finitae sunt. et senatus censuit eas dies cedere, quibus quisque reum suum repetere possit. hoc autem repetendi rei tempus non aliter cedit, quam si accusator quoque potuit adire.*"
Ulpian definiert die *potestas experiundi* und das daran geknüpfte *tempus utile* nicht wesentlich anders als sein dreißig Jahre älterer Kollege Papinian. Ulpian sagt in D. 44, 3, 1: „*Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem*

[156] zur Gläubigersicherung, wenn der zahlungsunfähige Schuldner etwas aus seinem Vermögen weggegeben hat, was verkauft worden war.
[157] z.B. Puchta Pand. S. 118.

habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi. Neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit sive rei publicae causa absit sive in vinculis sit aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit: proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit." Ulpian definiert allgemein die *potestas experiundi* als *facultas agendi*.[158] Das bedeute, dass nicht nur der Beklagte fähig und anwesend sein, sondern dass auch der Kläger Klage erheben können müsse und nicht von den Feinden gefangen, aus Staatsgründen abwesend oder im Gefängnis sei oder durch Unwetter abgehalten werde, vor Gericht zu streiten bzw. einen Vertreter zu benennen. Natürlich zählen auch nur die Tage, an denen der Prätor Gericht halte.

Dies wird bestätigt durch Ulp. D. 38, 15, 2, 1 & 2: Damit ein Tag als *utilis* gerechnet werden könne, müssen alle am Gerichtsverfahren Beteiligten anwesend sein, d.h. *praeses, praetor* und die Parteien. Venuleius Saturninus (um 213 n. Chr.) und Javolenus Priscus (gest. 120 n. Chr.) bestätigen in anderen Zusammenhängen, dass keine *experiundi potestas* bei Gefangenschaft in der Fremde vorliegen könne, Ven. D. 45, 3, 25, Jav. D. 44, 3, 4.

Hier definiert Ulpian *tempus utilis* also als Zeit, innerhalb derer in Folge objektiver äußerer Verhältnisse Gericht gehalten werden konnte, der Kläger sich zum Gericht begeben und an Gerichtstagen[159] Klage erheben konnte. Er beschränkt sich aber nicht darauf, sondern erkennt in einem anderen Fall auch die Unkenntnis als Hindernisgrund zur Klage an, Ulp. D. 38, 15, 2 pr.: „*Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum: ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere: ceterum quacumque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. fieri autem potest, ut qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere: scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat.*" Die Zeit, die *possessio bonorum*, also die durch

[158] vgl. dazu auch die Berufungsfristen, Ulp. D. 49, 4, 1, 7: „*Dies autem istos quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse, oratio divi Marci voluit....*".

[159] Huvelin T. I S. 132: ausgenommen waren i.d.R. Tage, an denen ein *comitium* stattfand oder die als unheilbringend erkannt waren.

den Prätor zugeteilte Erbschaft,[160] anzunehmen, sei *utile*. Die Zeit sei aber insofern *utile*, als die einzelnen Tage in ihr *utiles* seien, nämlich in dem Sinne, dass er an den einzelnen Tagen es wusste und die Erbschaft annehmen konnte: Sollte er im übrigen an irgendeinem Tag es nicht wissen oder nicht können, bestehe kein Zweifel, dass der Tag ihm nicht abgehe. Es könne aber vorkommen, dass, wer von Anfang an gewusst habe und die *possessio bonorum* habe annehmen können, anschließend es nicht mehr wisse und nicht mehr annehmen könne: So zum Beispiel, wenn er, obwohl er anfänglich Kenntnis gehabt hatte, dass jemand *intestat* verschieden sei, nachher wegen einer fast sicheren [anderslautenden] Nachricht zu zweifeln beginnen würde, ob er mit Testament verschieden sei oder gar lebe, weil dieses Gerücht durchgedrungen sei. Dasselbe könne auch im gegenteiligen Fall angenommen werden, dass jemand anfangs es nicht wusste, später aber zu wissen begonnen habe.

Ubbelohde vertritt die Ansicht, Ulpian erwähne die Zählung *per singulos dies* bei der *bonorum possessio* nur deswegen, weil sie eine Ausnahme von der Regel darstelle, also bei anderen Klagen anders gezählt werde.[161] Allerdings klingt Ulpians Formulierung eher wie eine allgemeingültige Definition des Terms, in der er hervorhebt, dass die Frist an sich in Tagen gerechnet werde, vielleicht mit der Ausnahme, dass Ulpian hier die Kenntnis als Hemmnis annimmt. Schließlich wird des Öfteren auch in den anderen aufgeführten Stellen auf *Tage* abgestellt.

Gaius vertrat in D. 3, 6, 6 für den Fall einer Klagekorruption, *calumnia*, einen ähnlichen subjektiven Beginn der Zählung des Klagejahres ab Kenntnis einer Tatsache,[162] wie auch Papinian in D. 21, 1, 55 mit dem Argument, dass vor Kenntnis keine *potestas experiundi* vorzulegen scheine. Der Codex Theodosianus 2, 15, 1 erkennt ebenfalls die Möglichkeit eines Fristbeginns ab Kenntnis einer Tatsache an, auch wenn er sie im Falle der *actio doli* ablehnt: *„Optimum duximus, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse*

---

[160] Kaser Das Röm. PrivR I § 158 II ff : Die *bonorum possessio* konnte jemandem gewährt werden, der nicht der zivile Erbe war, wenn dieser durch ein Testament eingesetzt worden war oder kein Testament bestand und jemand bis auf Gegenklage als *possessor* eingesetzt wurde oder gegen den Wortlaut des Testaments das Erbe jemandem zugesprochen wurde.

[161] Ubbelohde S. 16.

[162] *„Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. in illius vero personam, cum quo ut agatur alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse: quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. et verius est ex eo annum numerari, ex quo cognovit.*" Der Fall ist dieser: Jemand hatte jemandem Geld gegeben, damit er nicht gegen ihn Klage erhebe. Die Jahresfrist, innerhalb derer er auf das Vierfache des Gezahlten gegen den Empfänger des Geldes klagen konnte, lief ab dem Tag der Übergabe, da er natürlich wusste, dass ab diesem Tag der normale Klageweg irgendwie umgangen worden war. Hatte jemand gezahlt, damit gegen einen Dritten eine Klage erhoben werde, lief für den Dritten die Frist erst ab Kenntnis von der Zahlung, da er erst ab dann die Klagefähigkeit, *potestas*, zu haben scheine.

memoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus, intra continuum tempus anni … eiusmodi actionem causa cognita deferri."[163]

Das Fragment Ulp. D. 3, 2, 8, in dem die Trauerfrist behandelt wird, ist hingegen kein Beispiel für eine aus subjektiven Gründen erfolgte Fristhemmung: „*„genero*" *inquit „mortuo*"*: merito adiecit praetor: „cum eum mortuum esse sciret*", *ne ignorantia puniatur. sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti: et ideo si post legitimum tempus cognovit, Labeo ait ipsa die et sumere eam lugubria et deponere.*" Denn dort sagt Ulpian, dass die Trauerfrist nach dem Text des Edikts mit dem Tod des Schwagers oder Schwiegersohns beginne, allerdings zu Recht der Praetor eingeschoben habe, „*wenn sie wissen würde, dass er tot sei*", da die Unwissenheit nicht bestraft werde. Dadurch dass aber die Trauerzeit *continuum* sei, finge sie zu Recht auch für die Unwissende zur Zeit des Todes des Ehegatten an: Und auf diese Weise, sagt Labeo, könne die Frau am gleichen Tag die Trauerkleider an- und wieder ablegen, wenn sie es erst nach der legalen Zeit erfahren habe. Mit anderen Worten: Das *tempus continuum* fängt hier mit dem Ereignis (Tod) an, nicht mit der Kenntnis. Ulpian musste sich hier nicht entscheiden, ob bei der Trauerzeit die Frist durch die Nichtkenntnis gehemmt sei, da es keinen Sinn gemacht hätte. Denn zu seiner Zeit war der Zweck dieser Regel, eine zehnmonatige Frist einzuhalten, um die Vaterschaft eines nach dem Tod geborenen Kindes zu kennen. Anschließend daran wurde erst unter Justinian ein Vergehen gegen den Anstand geknüpft.

Somit kann Mehreres festgestellt werden:

Utilis war die Zeit, in der die *potestas experiundi* bestand, in der also Kläger, Beklagter und Richter zusammenkommen und über die *actio* verhandeln konnten. Papinians Idee, bei den ädilizischen Klagen die *experiundi potestas* an die subjektive Voraussetzung der Kenntnis zu knüpfen, war an sich nicht spektakulär; auch Ulpian und andere Juristen standen der Idee nicht feindlich gegenüber, allerdings fehlt eine Aussage zu den ädilizischen Klagen. Von einem *utiliter* bestimmten Beginn, ab dem dann eine Frist kontinuierlich laufe, ist nicht die Rede, denn Ulpian präzisiert, dass jeder Tag des *tempus utile* einzeln *utilis* sei.

Was galt aber nun bei den ädilizischen Klagen?

[163] 'Wir haben als das Richtigste hergeleitet, dass die so beschaffene Klage aus dem anerkannten Grund erhoben wird nicht von dem Tag an, an dem jemand erinnert, dass er erfahren hat, dass eine List begangen worden war, auch nicht innerhalb eines Jahres *utilis*, sondern eher ab dem Tag, an dem die List als begangen festgestellt wurde innerhalb der fortlaufenden Zeit eines Jahres.'

3.2.4 *Utilis*: *ratione cursus* oder *ratione initii*?

Von Savigny sieht den Beginn der Frist als *continuum,* den Verlauf aber als *utilis* an. Es sei augenscheinlich, dass der Kläger in vielen Fällen durch gehörige Aufmerksamkeit die Verletzung seiner Rechte hätte erfahren können, und in noch mehreren Fällen sei gerade dieser Umstand ungewiss.[164] So fände sich es nicht ausdrücklich im Römischen Recht; von Savigny hält diesen Schluss dennoch richtig.[165] Ein Beispiel seien die ädilizischen Klagen: Fristbeginn sei prinzipiell der Kaufvertrag, Ulp. D. 21, 1, 19, 6, nicht aber der Zeitpunkt der Kenntnis des Käufers vom Mangel, selbst bei einem *fugitivus,* C. 4, 58, 2. „Nur dann leidet sie eine Ausnahme, wenn dieser Fehler des Sklaven besonders versteckt war (etwa durch ein täuschendes gutes Betragen), und zugleich der Käufer nicht durch versäumte Erkundigung Nachlässigkeit bewiesen hat", Pap. D. 21, 1, 55. Denn Papinian spreche von einem *vitium latens* und *dissoluta ignoratio*; der Käufer habe demnach den Mangel nicht wissen können. Auf diese Weise sei der Widerspruch zwischen C. 4, 58, 2 und Pap. D. 21, 1, 55 zu lösen.[166] Prinzipiell seien alle kurzen Fristen von einem Jahr abwärts *utiles* gewesen, die längeren *continuae*, was jeder vorausgesetzt und deswegen nicht mehr ausdrücklich erwähnt habe.[167]
Girard vertritt, dass es zumindest bei den prätorianischen Klagen mit Jahresfrist sinnvoller sei anzunehmen, die Frist laufe, ebenso wie die Amtszeit der Prätoren, kontinuierlich.[168] Auch wenn man diese Aussage durch einen Rückschluss auf die Amtszeit der Ädilen ergänzen könnte, ist damit noch nicht gesagt, was bei den ädilizischen Klagen galt. Windscheid und Dernburg vertreten ebenfalls die Ansicht, die Fristen liefen kontinuierlich.[169] Dernburg argumentiert dabei, aus Pap. D. 21, 1, 55 gehe hervor, dass bei den ädilizischen Klagen der Fristbeginn durch die entschuldbare Nichtkenntnis gehindert werde, danach aber kontinuierlich laufe. Dazu stützt er sich u.a. auf Ubbelohde. Dieser nimmt Pap. D. 21, 1, 55 als damals geltendes ädilizisches Recht und als Spezialrecht zur Regel, dass im allgemeinen nur äußere objektive Umstände die *potestas experiundi* hemmen können. Bei den ädilizischen Klagen hemme auch die Unkenntnis vom Mangel das *tempus utile.* Ab der Möglichkeit, zum ersten Mal eine Litiscontestation zu erheben, laufe das Jahr der prätorianischen Klagen, als ganzes *utiliter* gerechnet, nicht aber als eine Summe von einzelnen Tagen *utiles,* mit anderen Worten kontinuierlich. Als Argument führt er u.a. das Fragment Gai. D. 3, 6, 6 an, in dem bei

[164] v.Savigny System T. III S. 410.
[165] v.Savigny System T. III S. 411.
[166] v.Savigny System T. III S. 414 Anm. f, g.
[167] v.Savigny System T. IV S. 426f.
[168] Girard S. 773.
[169] Windscheid T. I S. 541 § 104 Anm. 1; Dernburg T. I § 90 S. 213.

der Klage wegen *calumnia* von ‘*annus cedit’* geredet wird, wenn der Betreffende die *potestas experiundi ‚fieret’*. Dazu dass auch die kurzen ädilizischen Fristen von sechs Monaten so laufen sollten, sagt er nichts:[170] Das aber wäre die Schlussfolgerung aus seiner Darstellung. Puchta stimmt dagegen für eine Zählung der Tage, an denen Klage erhoben werden konnte.[171] Brunnemann rechnet sowohl den Beginn als auch die Laufdauer *utiliter*, d.h. zum einen gemäß Pap. D. 21, 1, 55 durch die Kenntnis vom Mangel, zum anderen durch objektive Hindernisse gehemmt.[172]

Pap. D. 21, 1, 55 wird also zugeschrieben, die Frist '*utiliter*' beginnen zu lassen (*ratione initii*), nämlich ab Kenntnis des Käufers vom Mangel; in dem Falle wäre es zumindest möglich, ein *tempus continuum* ab diesem Zeitpunkt anzunehmen, so wie Ubbelohde es vertritt. Das sprachliche Argument, das Ubbelohde u.a. heranzieht, die Fristen der honorarischen Temporalklagen liefen *'ex quo primum experiundi potestas erat'*[173], ist kaum haltbar: Zwar behandelt er die ädilizischen Klagen nur am Rande und übergeht so vielleicht die Besonderheiten des ädilizischen Rechts. Aber sein sprachliches Argument, das an Gai. D. 3, 6, 6 anknüpft, ist nicht unanfechtbar, „*Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi*". Ubbelohde markiert *fieret*, als sei darin eindeutig abzulesen, dass die Frist (stets) mit der ersten Möglichkeit der Klageerhebung liefe.[174] Es ist ein schwieriges Unterfangen, anhand von grammatikalischen Feinheiten eines Ausdrucks zu argumentieren, von dem man nicht sicher sein kann, dass er in seiner Formulierung authentisch ist. Vermutlich hat sich Ubbelohde zum einen die Frage gestellt, warum im Nebensatz der Konjunktiv Imperfekt und nicht der Konjunktiv Präsens oder Perfekt steht. Angemerkt sei zunächst, dass der Konjunktiv wohl durch den Modus potentialis bedingt ist. Zudem ist es logisch, dass *fieri* auf der gleichen Zeitstufe wie *dare* steht, nicht aber wie *cedere*, denn die *potestas experiundi* muss zur Zeit des Gebens vorgelegen haben. Somit ist das Präsens ausgeschlossen. Gerade der Konjunktiv Imperfekt in Verbindung mit *si* drückt die „Wiederholung einer als Bedingung aufgestellten Handlung" aus und wird im Deutschen als 'so oft' mit Indikativ übersetzt.[175] Diese grammatische syntaktische Beobachtung widerspricht damit Ubbelohdes These. Auf Erst- und Einmaligkeit des Vorliegens der *potestas experiundi* spielt die Aussage nicht an.

---

[170] Ubbelohde S. 42; 45f.
[171] Puchta Inst. S. 31f.
[172] Brunnemann Pand. S. 29 zu D. 21, 1, 19, 6.
[173] Ubbelohde S. 44.
[174] Ubbelohde S.
[175] Kühner/Stegmann/Thierfelder T. II S. 398.

Betrachtet man die Definition des *tempus utile* in Pap. D. 21, 1, 55, *„… sex menses utiles, quibus potestas experiundi fuit…"*, die man nach einer freien Umstellung auch lesen könnte: 'ab einem Zeitpunkt (wie der Kenntnis vom Mangel) laufen die sechs Monate, in denen Klagemöglichkeit bestanden hat', so ist unmöglich, dort hineinzulesen: 'ab einem Zeitpunkt, ab der Klagemöglichkeit bestanden hat, laufen die sechs Monate'. Hätten die Iurisconsulti dies aussagen wollen, hätten sie dies wohl auch geschrieben. Sprachlich lässt sich aus dem Ausdruck *„sex menses.., quibus…f u i t*" bzw. *„annum.., quo …f u i t*" (Ulp. D. 42, 8, 6, 15) aus dem Aspekt des Verbs *esse* kein Argument ablesen, dass Ubbelohdes Theorie stützen könnte. Nach der bislang hier vertretenen These zeichnet sich ein *tempus utile* u.a. dadurch aus, dass in ihm die *potestas experiundi* an jedem Tag vorliegen muss. Man könnte denken, dass ein Iurisconsultus *erat* geschrieben hätte, wenn er dieses durative oder iterative Element des *tempus utile* hätte betonen wollen. Nur diese Annahme wäre falsch. Es gilt nämlich: Der Sprecher befindet sich in der Gegenwart (*praestantur, computamus…*) und bezieht sich auf eine vorzeitige Handlung, nämlich den Beginn einer Frist (*ex die…, ex quo…*). Nach den Regeln der *consecutio temporum* ist das Perfekt richtiger Ausdruck der Vorzeitigkeit. Es drückt keine Einmaligkeit aus.

Abgesehen von diesen Schwachpunkten in seiner Argumentation folgt Ubbelohde dem Irrweg, den Azo schon vorbereitet hatte: die Verknüpfung von Pap. D. 21, 1, 55 mit dem Frist*beginn*. Von dem handelt aber dieses Fragment nicht, eben nicht von *„cedet ab eo tempore, quo coeperit quis scire vitium*“[176], sondern von den Tagen, an denen die *potestas experiundi* vorliegt. Insofern muss man sich von dem Begriff *ratio initii* verabschieden, auch wenn es faktisch stimmen mag, dass oftmals die Kenntnis, wenn man Papinian folgt, den Beginn der Frist ausmachen würde. Nur was wäre dann bei einem Käufer, dessen Sklave flieht, während er selbst in Gefangenschaft ist oder kein Gericht stattfindet? Ein Vertreter eines Beginns *ratione initii* käme da in Erklärungsnot.

Auch Savignys Ansatz, Pap. D. 21, 1, 55 sei eine Ausnahme vom Prinzip, die Klagefristen von einem Jahr und weniger würden stets an ein äußeres Ereignis wie den Kaufabschluss anknüpfen, ist schwer vertretbar. Denn *latens* ist keine Betonung einer Eigenschaft des Mangels, sondern ein notwendiges Adjektiv in diesem komprimierten Satz, das deutlich macht, dass eine Klage überhaupt möglich sei, was nicht der Fall wäre, wenn der Mangel vom Käufer hätte entdeckt werden können. Daraus erklärt sich auch der zweite Satz hinsichtlich

[176] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 30.

der *dissoluta ignorantia*. Savignys Deutungsversuch ist motiviert durch einen Widerspruch zwischen Pap. D. 21, 1, 55 und C. 4, 58, 2, der im Weiteren näher untersucht werden soll:

Nach der hier verfolgten Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 sagt Ulpian aus, dass die Fristen ab dem Kauf liefen, wobei er voraussetzte, dass zu diesem Zeitpunkt eine Zusage durch den Verkäufer, *dictum promissumve,* erfolgt war. Der spätere Codex, C. 4, 58, 2 „*Cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse…*“, scheint auch von einem Fristbeginn ab Kauf auszugehen, *comparasti*. Das deckt sich mit den bisherigen Erkenntnissen: Eine Frist beginnt ab einem auslösenden Ereignis zu laufen, wie z.B. Tod des Erblassers, Kauf der mangelhaften Sache oder Bestechung eines Prozessteilnehmers.
Da Papinian einige Jahrzehnte vor Ulpian tätig war, ist es nicht abwegig anzunehmen, dass auch er von einem Beginn ab dem Kauftag ausging. Papinian hätte vermutlich schreiben können, die Frist von sechs Monaten laufe *ex die venditionis*, die Tage seien aber *utiles*, d.h. eben „*quibus experiundi potestas fuit*", was impliziere, dass auch bei der Gewährleistung die Unkenntnis eines Mangels, der nicht offensichtlich und nicht durch den Verkäufer angezeigt worden war, die Klage hemme.[177] Ob er dies hinsichtlich eines jeden Mangels an einem Sklaven meinte, da dieser ein doch relativ teueres Gut darstellte, oder nur hinsichtlich des *fugitivus,* muss mangels weiterer Aussagen dazu dahingestellt bleiben. Es sei hier davon ausgegangen, dass Papinian den *fugitivus* nur als prägnantes Beispiel gewählt hat, um seine Idee darzustellen, oder dass nur dieser Rechtsfall Papinian zur Entscheidung unterbreitet worden war.

3.2.5 Vertrat Papinian die herrschende Meinung?

Vertrat Papinian die Mindermeinung oder die herrschende Meinung seiner Zeit?
Es wäre ja denkbar, dass eine Stelle Ulpians, in der auch er bei der Gewährleistung die Unkenntnis als Hemmungsgrund anerkennt, einfach nicht überliefert oder zugunsten des Papinian Fragments als Doppelung gestrichen worden sei. Man wird dazu keine klare Antwort finden, aber zumindest eine Vermutung äußern dürfen. Die Argumentationskette ist vielschichtig:

[177] Vielleicht so auch Windscheid T. I S. 541f und T. II S.687, der Pap. D. 21, 1, 55 bei der Zählung der Tage der Frist, nicht aber bei der Frage des Beginns anführt.

Die Antwort hängt zum einen davon ab, wie man C. 4, 58, 2 versteht: „*Cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse, qua ratione eo nomine cum venditore eiusdem congredi quaeras, non possum animadvertere : etenim redhibitoriam actionem sex mensum temporibus vel quanto minoris anno concludi manifesti iuris est*." Der Sklave war nach dem Kauf, *comparasti*, der schon länger zurücklag, *pridem,* nach einem Jahr geflohen. Der Käufer will gegen den Verkäufer vorgehen, was der Kaiser nicht (an)erkennt, *non possum animadvertere. Animadvertere* meint in erster Linie mit dem Geist etwas erfassen, erkennen, bemerken. Daran anknüpfend kann es bedeuten, etwas als positiv oder negativ erkennen. Es scheint allerdings, dass eine negative Tendenz in der Regel im Satz angedeutet wird, entweder durch den Zusammenhang oder einen Zusatz, gegen wen etwas bemerkt wird. Es fehlt aber ein solcher Hinweis. Somit sollte hier ausgedrückt werden, dass der Käufer eben *nicht* mehr klagen konnte. Von der Zeitebene des Sprechers, *proponas – non possum animadvertere,* ergibt sich, dass der Sklave bereits gekauft worden und geflohen war, *fugisse*, wobei das *post anni tempus* sich auf einen Zeitpunkt bezieht, der auch in der Vergangenheit lag, wohl der Kauf, vielleicht auch die Übergabe[178]. Es besteht keine Möglichkeit, dass *post annui tempus* woanders hin zu ziehen. Baldus muss in seinem Kommentar zum Codex zu *Cum proponas* dies gegen den Wortlaut anders verstehen, denn er liest die Stelle so, dass ein Käufer auch nach mehreren Jahren nach einem Kauf wandeln oder mindern könne, ausschlaggebend sei der Zeitpunkt der Flucht.[179] Er befindet sich dabei in guter Gesellschaft mit Pothier.[180] Beide versuchen anscheinend, auf diese Weise den Widerspruch zwischen Pap. D. 21, 1, 55 und C. 4, 58, 2 zu lösen, allerdings auf Kosten des Wortlauts von C. 4, 58, 2. Wäre es relevant, dass nach Pap. D. 21, 1, 55 die Kenntnis von der Flucht die Fristhemmung aufhebe, dann hätte in C. 4, 58, 2 diskutiert werden müssen, dass der Sklave geflohen sei und *nach einem Jahr nach der Flucht* der Käufer agieren wolle. Aber das steht hier nicht. Hätte Papinian gegolten, wären die Klagen nicht verjährt gewesen, es sei denn man unternimmt nicht fundierte Sinnergänzungen, durch die man einen Kenntniszeitpunkt in C. 4, 58, 2 einbaut. Insofern widersprechen sich Pap. D. 21, 1, 55 und C. 4, 58, 2.

---

[178] Es soll hier nicht vertieft werden, inwieweit die Übergabe überhaupt Rechtswirkungen hatte. Es ist hier nur denkbar, dass in der zugrundeliegenden Fallschilderung, die nicht überliefert ist, noch andere Zeitpunkte erwähnt worden waren, denn sonst wäre das *pridem* entbehrlich.

[179] „*Licet servus post annum fugiat, vel post multos annos (qd. hic dicitur de anno fuge, not.facti accidentiam),tamen potest agi redhibitoria intra .vi. menses. vel quanti minoris, intra annum.*" Er geht davon aus, dass der Eintritt der Flucht, *accidentia facti*, der Ausgangszeitpunkt der Frist sein müsse. Wie im Kapitel zur italienischen Literatur zu Baldus noch dargelegt werden wird, vertritt Baldus einen Fristbeginn ab Kenntnis des Käufers vom Mangel.

[180] Pothier Pand. T. II S. 17: „*De eo casu igitur quo emptor vitium potuisset didicisse, accipe quod Gordianus rescribit.*", s. den Abschnitt zu Pothier im Kapitel zur französischen Literatur des 18. Jahrhunderts.

Wieso haben die Kompilatoren Justinians Pap. D. 21, 1, 55 in die Digesten übernommen?[181] Oder anders: Warum wurden Pap. D. 21, 1, 55 *und* C. 4, 58, 2 überliefert? Schließlich zielte Justinians Gesetzgebung auf die Einheit der Rechtsordnung.[182] Bei der folgenden Suche nach einer Erklärung wird von der invariablen Prämisse ausgegangen, dass die Stelle C. 4, 58, 2 zumindest das unter Justinian geltende Recht wiedergibt. Dieser Codex wurde zeitlich kurz nach den Digesten durch dieselben Juristen, die die Digesten zusammengestellt hatten, u.a. mit der Maßgabe geschaffen, den Digesten und Institutionen widersprechende Regelungen anzugleichen bzw. sie wegzulassen.[183] Wenn also der Codex das besser überarbeitete Werk darstellt, dann müsste er das Recht wiedergeben, das Justinian in der Praxis angewandt haben wollte. [184]

Auf diese Prämisse kann man ein Argument gegen die Vermutung einer inhaltlichen Veränderung durch Interpolation von Pap. D. 21, 1, 55 stützen: Hätten die Kompilatoren wirklich Pap. D. 21, 1, 55 ihrem Recht angepasst, dann wäre es nicht zu dem Widerspruch mit C. 4, 58, 2 gekommen. Denn warum sollten sie in den Digesten bewusst eine Stelle interpolieren, aber bei der Überarbeitung im Codex eine Interpolation unterlassen? Pap. D. 21, 1, 55 gibt also das Recht wieder, so wie es sich bei Papinian niedergeschrieben fand.

Als Zwischenfazit kann man ziehen, dass C. 4, 58, 2 den Rechtszustand des 6. Jahrhunderts widerspiegelt, Pap. D. 21, 1, 55 seine Rechtsauffassung zu seiner Zeit. Dazwischen liegen knapp drei Jahrhunderte. Beide Aussagen stehen im Widerspruch zueinander.

Es bleibt zu fragen: Gibt C. 4, 58, 2 auch das Recht des 3. Jahrhunderts wieder oder nur das des 6. Jahrhunderts? Kann man aus dieser Stelle im Codex Rückschlüsse auf den Rechtszustand unter Papinian (und Ulpian) ziehen oder nicht?
Zunächst sei angenommen, C. 4, 58, 2 gebe einen Rechtszustand des 3. Jahrhunderts wieder:
C. 4, 58, 2 wird auf Gordianus III (224-244, Imperator ab 238 n. Chr.) zurückgeführt. Ulpian selbst ist kurz vor 230 gestorben und war noch 211 bis 222 literarisch tätig. Die Schriften

[181] Beseler hätte sogar überlegen müssen, warum die Kompilatoren Pap. D. 21, 1, 55 bewusst in diese Form gebracht haben.
[182] Wieacker T. II S. 288.
[183] Wieacker T. II S. 319f.
[184] s. Lange RR T. I S. 72f: Die frühesten vollständigen Handschriften des Codex stammen aus dem 11. Jahrhundert; es gibt kein Äquivalent zum Codex Florentinus.

Aemilius Papinianus' (142-212 n. Chr.) stammen spätestens aus dem ersten Jahrzehnt des 3. Jahrhunderts, die *responsa* entstanden wohl nach 204 n. Chr.

Wenn man von dieser Stelle im Codex auf den Rechtszustand circa dreißig Jahre zuvor schließt und behauptet, dass die Entscheidung Gordianus' schon gültiges Recht zur Zeit Papinians war, dann kann man zu dem Ergebnis kommen, dass Papinians Ansicht zu seiner Zeit nicht herrschendes Recht gewesen sein kann.

Ein relativ schwaches sprachliches Argument ließe dafür sich anführen: Das zeitliche Verhältnis in dem Gefüge Pap. D. 21, 1, 55 ist folgendes: In der Gegenwart des Sprechers wird über die Berechnung der Frist diskutiert (*cum …praestantur*), deren Voraussetzungen in der Vergangenheit angefangen haben und noch Auswirkungen auf die Gegenwart zeigen (*potestas experiundi f u i t – potestatem… h a b u i s s e – vitium…i g n o r a v i t*). Wieso aber *videbitur*? Im klassischen Latein wurde das Futur „als gnomisches Tempus zum Ausdruck eines allgemein gültigen Gedankens, einer allgemeinen Regel oder Vorschrift" eingesetzt, aber gerade im späteren Latein ging der Aspekt leicht in eine Vermutung, in den Ausdruck einer Möglichkeit über.[185] Vielleicht wollte Papinian ausdrücken, dass er seine Ansicht zur Debatte stellt, *videri*, nicht aber, dass es das herrschende Recht sei. Wenn es aber nicht herrschendes Recht war, sondern nur sein Beitrag zum Juristenrecht, würde es nicht verwundern, dass einige Jahrzehnte später gegen ihn entschieden wurde, wozu die Stelle im Codex ein Indiz sein kann. Gordianus hätte einem möglichen Rechtsstreit zwischen den Juristen ein Ende gesetzt. Es gibt auch ein sachliches Argument: Immerhin ist Papinians Idee nicht einfach in die Praxis umzusetzen: Der Tag des Kaufs oder einer Stipulation konnte leicht bestimmt werden, eventuell durch Kaufurkunden. Der Fristbeginn war damit sicher. Objektive Hemmungsgründe standen einem Beweis relativ leicht offen; aber die Frage, ab wann ein Käufer einen Mangel kannte, hätte eine Reihe von neuen Problemen eröffnet, wie z.B. das Gleichstellen von Kennen und Kennenmüssen oder die Definition von Kenntnis. Nichts dergleichen ist überliefert. Es bleibt dann die Frage zu klären, wie und warum das Papinian-Fragment als Mindermeinung in die Digesten aufgenommen wurde.

Immer noch unter der Annahme, C. 4, 58, 2 sei Kaiserrecht des 3. Jahrhunderts, könnte man einen Rückschluss von C. 4, 58, 2 auf das Recht zur Zeit Papinians *ablehnen*. In dem Fall bleibt der Widerspruch zwischen einer Aussage Papinians Anfang des 3. Jahrhunderts und C. 4, 58, 2 ungefähr drei Jahrzehnte später.

[185] Kühner/Stegmann/Thierfelder T. I S. 143.

Angenommen Papinian gab die herrschende Meinung wieder, müsste man eine radikale Rechtsänderung binnen weniger Jahrzehnte annehmen, um den Widerspruch zu lösen: Papinian hätte das eine gesagt, Imperator Gordinanus das andere. Wenn man den Gedanken auf die Spitze treibt und annimmt, dass die herrschende Meinung zur Zeit Papinians mit der zur Zeit seines Nachfolgers Ulpian identisch gewesen wäre, dann würde sich der zeitliche Abstand noch mehr verkürzen, im Minimalfall auf 16 Jahre zwischen der Schaffenszeit Ulpians und der Antwort Gordianus'. Das Juristenrecht hätte einen subjektiven Hemmungsgrund befürwortet, Kaiser Gordianus hätte dies entschieden abgelehnt: das *manifestum ius* sei eine Laufzeit ab dem Kauf.

Ein Gedankenmodell fehlt noch, nämlich dass C. 4, 58, 2 nur das Recht zur Zeit Justinians wiedergibt. Dann würde der Codex an dieser Stelle interpoliert sein und einen *neuen* Rechtszustand unter Justinian beschreiben. Papinian hätte das eine vertreten, Imperator Gordianus etwas, was nicht in authentischer Form überliefert wäre, aber dem Sinn der Aussage Papinians entspräche, und die Kompilatoren Justinians den Rechtssatz aus C. 4, 58, 2. Der Widerspruch zwischen C. 4, 58, 2 und Pap. D. 21, 1, 55 wäre durch die zeitliche Distanz von drei Jahrhunderten entschärft: Das Recht hätte sich innerhalb dieser Zeit ändern können. Unter dieser Annahme könnte man mangels anderer Quellen davon ausgehen, dass Ulpian und Papinian zu ihrer Zeit drei Jahrhunderte zuvor harmonierten. Ulpian wollte den Fristbeginn kommentieren, Papinian die *potestas experiundi*. Beides ließe sich in eine widerspruchsfreie Lesart bringen.

Argumente für und gegen diese diversen Modelle lassen sich finden, wenn man den Herstellungsprozess der Digesten und des Codex genauer betrachtet.
Eine überzeugende Idee von der Arbeitsweise der Kompilatoren der Digesten bietet, trotz Kritik[186], die Theorie der Bluhmschen Massen. Wenn es im Wesentlichen eine Sabinus-, eine Edikts-, eine Papinian- und eine Appendixmasse gegeben haben sollte, aus denen jeweils Kommissionen Exzerpte herstellten, die letztendlich wieder sinngemäß geordnet in Titeln zu einem Ganzen gefügt wurden,[187] dann müsste sich eine Kommission mit Ulpians Aussagen zum Edikt, eine andere mit Papinians Antworten beschäftigt haben. Jede Kommission wird einen in sich stimmigen Exzerptenverbund präsentiert haben. Wenn man die bisherigen Überlegungen zu den diversen Fragmenten unterstellt, dann müsste man davon ausgehen, dass

[186] vgl. Wieacker T. II S. 310ff.
[187] vgl. Wieacker T. II S. 301ff.

die Kommission, die Ulpians Schriften zum Edikt bearbeitete, eventuell eine These wie in Pap. D. 21, 1, 55 in ihre Sammlung aufgenommen hatte, eventuell auch nicht, während sie ohne Zweifel unter die Exzerpte von Papinian fiel. Angenommen Papinian hätte wirklich eine Mindermeinung vertreten oder zu seiner Zeit eine neue Idee zur Debatte in den Raum gestellt, dann würde dies in den zeitgenössischen Schriften seiner Nachfolger vermutlich nicht unerwähnt geblieben sein. Man würde zumindest einen Kommentar Ulpians erwarten, denn Papinians Idee war nicht ohne Folgen für die Klagefristen fast aller Käufe. Folglich wären die Kompilatoren auf eine Gegenmeinung gestoßen und hätten sich dann bewusst *für* Papinian entscheiden müssen, was denkbar ist, da Papinian in der juristischen Lehre und Praxis nicht wegzudenken war und seinen Schriften besondere Bedeutung zukam.[188] Dann hätten allerdings die gleichen Kompilatoren wenig später beim Codex sich selbst wieder bewusst widersprechen müssen.[189] Nun kann dies nicht ganz ausgeschlossen werden, da die Digestenkompilation juristische Debatten auslöste, die zum Überdenken einiger Punkte führen konnte.[190] Aber wenn die Kompilatoren bereits eine Diskussion geführt hätten, die zum Ergebnis hatte, dass Papinians Fragment der Vorzug gebührte, warum sollten sie die gleiche Debatte noch einmal mit anderem Ergebnis im Rahmen der Niederschrift des Codex ein Jahr später führen? Man muss sich noch einer Sache klar werden: Wenn C. 4, 58, 2 ein inhaltlich authentisches Zitat aus der Zeit Gordianus' sein sollte, ist es schwer vorstellbar, dass dieses kaiserliche Recht erst bei der Niederschrift des Codex von 534 n. Chr. entdeckt wurde. Es ging ja bereits die Kompilation zum ersten Codex voraus, von dem nicht viel erhalten ist. Wenn Papinian eine umstrittene Mindermeinung vertreten hätte und die Kompilatoren der Digesten das Zitat Gordianus' gekannt hätten, wäre es eine umso reflektiertere Entscheidung der Kompilatoren gewesen, Papinians Meinung dennoch in die Digesten aufzunehmen. Sie hätten sich entgegen aller anderen Meinungen und gegen das Kaiserrecht *für* Papinian aussprechen müssen. Wie hätten sich die Kompilatoren des Codex dann bei der gleichen Streitfrage ein Jahr später genau entgegengesetzt entscheiden können?

---

[188] Theodosian hatte 438 in seinem Codex bestimmt, I, 4, 3, dass den Schriften Papinians neben denen von Paulus, Ulpian, Gaius und Modestinus ein besonderes Gewicht zukommen sollte, dergestalt, dass bei juristischen Streitigkeiten bei den Schriften der Mehrheit nach Kopf gefolgt werden sollte, bei einem Gleichstand aber der Gruppe, zu der Papinian gehörte. Papinian gehörte damit zu den Juristen, dessen Schriften ein Richter kennen sollte. CTh. I, 4, 3: „*…ubi autem diversae sententiae proferentur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritatis, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus…*".

[189] Hier ist der *Codex repetitae praelectionis* von 534 gemeint. Von seinem Vorläufer von 529 ist nicht viel bekannt. Dieser zweite Codex trat fast genau ein Jahr nach den Digesten in Kraft.

[190] vgl. Wieacker T. II S. 298 III 3: „Die Reformkonstitutionen bezeugen eine rasche Entwicklung des Problem- und Meinungsstandes im Laufe der Kodifikation [der Digesten]…. Ein weiterer Entwicklungsschritt zeichnet sich zuweilen bereits in den Institutionen ab und ein letzter durch Interpolationen der Reformkonstitutionen bei ihrer Aufnahme in den Zweiten Codex."

Es ist wahrscheinlicher, dass Papinian, vielleicht auch Ulpian und noch andere, einstimmig die Idee einer Fristhemmung bis zur Kenntnis vom Mangel vertraten. Bei der Kompilation, die ihr Augenmerk auf das Juristenrecht richtete, nicht aber auf anderes Recht, wäre es den Kompilatoren selbstverständlich erschienen, eine Regel wie in Pap. D. 21, 1, 55 aufzunehmen, wobei sie bei der Wahl zwischen mehreren Exzerpten sich für das von Papinian entschieden. Eine juristische Diskussion fand dann nicht bei der Digestenkompilation statt, sondern nach der Veröffentlichung Ende 533. Man stellte fest, dass die Idee Papinians letztendlich nicht ins byzantinische Recht passte oder vielleicht zu kompliziert war, also nahm man C. 4, 58, 2 in den Codex auf. Entweder übernahm man eine authentische Fassung; dann muss man vertreten, wie bereits gesehen, dass sich bereits Gordianus gegen die subjektive Fristhemmung aussprach. Die Rechtsänderung zwischen der Zeit der *responsa* Papinians nach 204 und Gordianus' Antwort um 238 n. Chr. ist vielleicht nicht so radikal, wie sie scheint: Es ist gut möglich, dass unter den Juristen in Rom eine juristisch durchdachte Ansicht Fuß fasste, die objektive mit subjektiven Hemmungsgründen gleichsetzte, so wie Papinian sie am Beispiel des Sklaven vorstellt. Vielleicht wurde bereits in Prozessen durch Juristen damit argumentiert; man weiß es nicht. Man kann sich aber vorstellen, dass diese Argumentation in der Praxis auf Schwierigkeiten in der Beweisführung stoßen konnte, da der Beweis vom Kauftag und von den abgegebenen Stipulationen und Versprechen durch Urkunden einfach zu führen war, ebenso von objektiven Umständen, an die sich jeder erinnern konnte, wie der Tag eines Gewitters, eine Gefangennahme oder gerichtsfreie Tage; subjektive Hemmungsgründe der *potestas experiundi* stehen dem Beweis schwieriger offen. Es wäre nicht verwunderlich, wenn ein Imperator dieser Bewegung einen Riegel vorschob, um das Recht zu vereinfachen; schließlich war das Herausrechnen der Tage aus einer Klagefrist, die nicht *utiles* waren, schon kompliziert genug.

Die Alternative ist, nach einer Interpolation in C. 4, 58, 2 zu suchen, was ein weites Feld darstellt. Den Grund für eine Interpolation könnte man aus dem bereits Gesagten finden. Eine sprachliche Anknüpfung für die Interpolationsvermutung ist schwieriger zu entdecken: Die Sprache von C. 4, 58, 2 ist sehr kondensiert; aber eine inhaltliche Interpolation kann man nicht allein daran festmachen. Was stört, ist die Dopplung der zeitlichen Bestimmungen *pridem – post anni tempus* in *„cum proponas servum quem pridem comparasti post anni tempus fugisse…*“. *Pridem* ist überflüssig und trägt nicht zur Konkretisierung des geschilderten Falles bei. Hier könnte man fragen, wieso ein unnötiges Zeitadverbium in diesen ansonsten gedrängten Satzbau aufgenommen wurde, insbesondere ein unbestimmtes

Adverbium, obwohl deutlich war, dass der Sklave *vor einem Jahr* gekauft wurde.[191] Wie könnte die Stelle in der ursprünglichen Form gelautet haben? Es bietet sich eine Minimaländerung im Satzbau an, die Verschiebung des *post anni tempus*: *'Cum proponas servum quem pridem comparasti fugisse qua ratione eo nomine* post anni tempus … *congredi quaeras… '.* Beide zeitlichen Bestimmungen würden eine inhaltliche Bedeutung in sich tragen. Die Kompilatoren hätten den überwiegenden Teil der Entscheidung Gordianus' gerettet.

Wie bei vielen Interpolationsvermutungen trägt auch diese einen Mangel in sich: Man kann sie nicht eindeutig beweisen. Da es einen einschneidenden Schritt darstellen würde, an einer Textfassung ohne weitere Argumente Änderungen vorzunehmen, soll in dieser Arbeit die erste Alternative bevorzugt werden: Bereits Gordianus hatte sich gegen Papinians Idee einer Fristhemmung durch subjektive Gründe ausgesprochen, während die Juristenschriften der Ansicht Papinians nicht ablehnend entgegenstanden.

Wie gesagt, handelt es sich hierbei um Wahrscheinlichkeitserwägungen, wobei man sich an manchen Scheidepunkten mit den gleichen Argumenten auch anders entscheiden mag. Sicher ist es nicht ausgeschlossen, dass Papinian eine Mindermeinung vertreten hatte und sich im 6. Jahrhundert durchsetzen konnte. Sicher ist es möglich, dass C. 4, 58, 2 interpoliert wurde. Sicherlich gibt es noch andere Unwägbarkeiten, die nicht ausgeführt wurden: Papinian vertrat eine Mindermeinung, aber keine andere Schrift, die den Kompilatoren vorlag, ging darauf ein oder in der Ediktsmasse wurde eine Gegenmeinung übersehen.

Weshalb hier aber ein anderes Ergebnis vorgezogen werden soll, liegt auch begründet in den Betrachtungen zu den wenigen erhaltenen antiken Urkunden, dem Syrisch-römischen Rechtsbuch und dem späteren römisch-byzantinischen Recht, die im weiteren Verlauf dieser Arbeit dargelegt werden.

Als Fazit soll folgendes festgehalten werden: Zur Zeit Papinians vertraten die Juristen eine Fristhemmung bis zur Kenntnis des Käufers vom Mangel als herrschende Lehre. Das Fragment Pap. D. 21, 1, 55 ist inhaltlich nicht interpoliert. Anfang des 3. Jahrhunderts sprach sich Gordianus dagegen aus. Die Kompilatoren der Digesten und damit des Juristenrechts nahmen Papinians Idee auf; bei der Kompilation des zweiten Codex wurde aber Gordianus' Kaiserrecht bestätigt.

[191] Eine Übergabe wird nicht angesprochen, soll demnach aus dieser Betrachtung ausgenommen werden.

3.3 Das Fristende

Das Römische Recht unterscheidet Ersitzung und Verjährung. Hinsichtlich der Ersitzung gibt es widersprüchliche Fragmente zur Frage, ob der letzte Tag der Frist nicht abgelaufen sein muss, um die Frist zu vollenden, Venonius D. 44, 3, 15 pr: „*In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.*“ Es werde eben nicht *totus dies* gefordert, damit die Voraussetzung erfüllt werde. Hingegen besagt Ulp. D. 41, 3, 6: „*In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus*“, dass der ganze letzte Tag verflossen sein müsse. Dieser Streit ist hinsichtlich der Klage- bzw. Anspruchsverjährung zumindest nicht überliefert, Paulus D. 44, 7, 6 : „I*n omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem."* Demnach musste der letzte Tag vorüber sein bei allen zeitlich begrenzten Klagen, wie wohl auch bei den ädilizischen Klagen.[192] Mit dem Fristende werden die *actio* und der Anspruch auf Gewährleistung vernichtet.[193]

3.4 Beweislastverteilung

Im Römischen Recht gab es keine allgemeine Regel, dass stets der Kläger sein Begehren oder der Beklagte seine *exceptio* beweisen musste,[194] sondern dies entschied sich je nach Fallgruppen.
Ein Mangel, der erst nach dem Kauf entstand, ging zu Lasten des Käufers, PS 2, 17, 11 & 12 : *„Servus bona fide comparatus si ex veteri vitio fugerit, non tantum pretium dominus, sed et ea quae per fugam abstulit reddere cogitur.“ „Cum probatio prioris fugae defecerit, servi responsioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.*“

Anders wäre es, wenn der Sklave von Anfang an zur Flucht geneigt hätte. Paulus D. 21, 1, 58, 2 gibt ein Beispiel eines Käufers, der zeigen möchte, dass sein Sklave schon zuvor vom

[192] so auch Puchta Inst. S. 29; Sohm S. 345f.
[193] *Actio* bezeichnete im Römischen Recht sowohl die formelle als auch inhaltliche Seite, nämlich den Anspruch und die daraus resultierende Klage; s. Windscheid T. I S. 547 § 106 Anm. 1, Windscheid Actio S. 1: als Anspruch, den die Gerichte zuerkennen; S. 38f zu der Frage, ob eventuell aber eine *obligatio naturalis* bestehen bleibt, die er allerdings nicht als Anspruch an sich ansieht, im Gegensatz zu Muther. Nach seinem Konzept bildet die *obligatio naturalis* eine Art Relikt des Anspruchs.
[194] E. Levy T. II S. 407ff.

Verkäufer geflohen war: „*Servum dupla emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse: quaero, an standum sit responso servi. Paulus respondit: si et [ei] alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum est.*" Der Sklave war nach seiner Flucht, bei der er noch Sachen entwendet hatte, wieder eingefangen und im Beisein angesehener Männer befragt worden, ob er schon vom Haus des Verkäufers geflohen sei, was er bejaht hatte. Das juristische Problem dahinter war, ob die Antwort des Sklaven als Beweis reiche, denn im Allgemeinen wurde der einfachen Aussage eines Sklaven keinen Glauben geschenkt. Paulus bejaht dies, sofern noch andere Indizien zur Bestätigung vorlägen. C. 4, 58, 3 greift die Flucht eines Sklaven vom Käufer auf: „*Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur: fuga post venditionem interveniens, ad damnum emptoris pertinet.*“ Der Verlust trifft den Käufer nach dem Kauf, wenn nicht bekannt ist, dass der Sklave schon vorher vom Verkäufer geflohen sei. Der Rückschluss lautet: Wenn der Käufer das Gegenteil zeigen konnte, hatte er einen Anspruch gegen den Verkäufer. Der Ausdruck „*si...non doceatur*“, ’wenn nicht gezeigt werde’, lässt darauf schließen, dass der Käufer sein Vorbringen beweisen musste. Ulpian in D. 22, 3, 18, 1 verwendet *docere* in einem ähnlichen Zusammenhang in der gleichen Bedeutung: „*Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.*" Wer behaupte, ggf. auch als Einrede, etwas sei unter Täuschung gemacht worden, müsse dies zeigen, *docere*. Ebenso geht Paul. D. 22, 3, 4 in die gleiche Richtung: „*Respondit emptorem probare debere, eum servum de quo quaeritur antequam emeret fugisse.*“

Im Codex Theodosianus von 438 findet sich diese Beweislastverteilung wieder, CTh. 3, 4, 1.: „*…qui mancipium comparaverit, ..., si illud, quod dixerit fugitivum, potuerit exhibere. hoc enim non solum in barbaris, sed etiam in provincialibus servis iure praescriptum est… interpretatio*:*… qui emit mancipium, probaverit fugitivum*…“.[195] Diese Beweisverteilung wurde von Justinian beibehalten.[196]

Es trat also nie zu Gunsten des Käufers eine Beweislastumkehr durch die Vermutung ein, ein gewisser Mangel habe schon vor dem Kauf vorgelegen, wenn er innerhalb einer bestimmten Frist aufgetreten war.

[195] Haenel S. 76.
[196] Monier T. I S. 199.

4. Actio empti

Zu Zeiten Ciceros etablierte sich wohl allgemein die Klage *bonae fidei* für die Fälle des *dolus*[197] und des bösgläubigen Verschweigens.[198] Aus der Klage *ex empto* konnte demnach nur im Falle einer bösgläubigen Zusicherung (*dolus*) einer Eigenschaft oder eines bösgläubigen Verschweigens eines Mangels vorgegangen werden.[199] Cicero bezieht sich in *de officiis* allerdings nur auf Rechtsmängel.[200] Ulpian bestätigt, dass die *ex empto* bei *dolus* eingreife, D. 19, 1, 11, 5: „*Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse,*[201] *verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.*“[202] Pomponius erweitert die Haftung auf die Fälle einer Zusicherung, D. 19, 1, 6, 4: „*Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendidieris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere…"*. Die Klage ging in diesen Fällen auf Schadensersatz und hatte im Falle einer formellen Zusage Platz neben der *ex stipulatu*.[203]

In Ulp. D. 21 , 1, 31, 20 findet sich im Zusammenhang mit der Eviktion eine Aussage dazu, dass bei einer *ex empto* als Klage *bonae fidei* alle üblichen Handelsbräuche als automatisch vereinbart angesehen wurden, „*ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*“. Pomponius zitiert in D. 19, 1, 6, 4 Labeo, der auch den (professionellen) gutgläubigen Händler dafür aus *ex empto* haften lassen will, dass eine

---

[197] Ulp. D. 4, 3, 1, 2 a. E. definiert *dolus malus*: „*…dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.Labeonis definitio vera est.*“

[198] Cic. *de off*. 3, 65ff; Zulueta S. 49; Giffard T. II Nr. 101.

[199] Cic. *de off*. 3, 61ff, insb. 65.

[200] Dyck S. 575.

[201] Da kein Mangel oder eine Krankheit an sich vorliegt.

[202] vgl. Ulp. 19, 1, 1, 1 zu verschwiegenen Dienstbarkeiten; Ulp. (Jul.) D. 19, 1, 13, 6: zu öffentlichen Abgaben; ebs. Paul. D. 19, 1, 21, 1; Pomp. D.18, 1, 66, 1: Verschweigen von Dienstbarkeiten; Gai. 18, 6, 9 zu vom Wind umgefallenen Bäumen: „*.. venditor autem scit nec admonuit, quanti emptoris interfuerit rem aestimandam esse, si modo venit*"; PS 2, 17, 6: „*Si ut servum quis pluris venderet, de artificio eius vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus quanto minoris valuisset emptori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere.*“.

[203] Paul. D. 19, 1, 4 pr.: „*Si servum mihi ignoranti, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset*“; s. auch Ulp. D. 21, 1, 19, 2 a.E. zur Konkurrenz von *ex stipulatu* und den redhibitorischen Klagen : „ *...et ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus...* “.

verkaufte Sache (*vas*) unbeschädigt sei, sofern er nichts anderes deutlich gemacht habe: „*…Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum.*“ Damit verwischte spätestens mit der Kompilation und Interpolation unter Justinian[204] die Grenze zwischen der *ex empto*, die nur bei *dolus* angewandt werden konnte, und den ädilizischen Klagen, die die Kenntnis des Verkäufers von den Mängeln seiner Ware voraussetzten bzw. gegen den gutgläubigen Verkäufer erhoben werden konnten.[205] Die *ex empto* war hingegen nicht wie die Klagen aus den Edikten an eine Mängelliste gebunden, sondern nur an die Handelspraxis. Ausgedehnt auch auf den gutgläubigen Verkäufer, konnte sie im Rahmen eines Schadensersatzes wie die ädilizische *actio redhibitoria* auf Rückgängigmachung des Vertrages gehen,[206] ansonsten auf das *id quod interest*. Die Edikte setzten am Begriff *decipere* an und der Annahme, der Verkäufer kenne die Sache bzw. den Sklaven gut. Deswegen wurde angeordnet, die Verkäufer müssten die nicht einfach erkennbaren Mängel anzeigen, da sie ihnen ja bekannt waren. Daneben gab es noch die offensichtlichen Mängel, die nicht bekannt gemacht werden mussten, da in diesem Fall der Käufer nicht getäuscht werden konnte. Die *actio empti* stülpt der Anordnung, nicht zu täuschen, die *bona fides* über. Die Verkäufer mussten also die ihnen bekannten Mängel anzeigen, nicht weil es ihnen von den Autoritäten angeordnet wurde, sondern weil der Vertrag dies verlangte. Es lag im Interesse des Verkäufers, die *bona fides* einzuhalten, wenn er nicht verklagt werden wollte.[207] Bei der *actio empti* wurde nach wissenden und unwissenden Verkäufern unterschieden, anders als bei den Ädilen wurde also auch der gute Glauben des Verkäufers berücksichtigt.[208] Es war prinzipiell nicht Sinn der *actio empti*, eine *redhibitio* zu verlangen, sondern es stand der materielle Ausgleich der Parteien im Vordergrund. Allerdings war es möglich, aus der Zivilklage die

---

[204] Flume in SZ (R.A.) 54 (1934), 328, 331; Zulueta S. 47, 49f; aus dem *Codex Gregorianus* und *Hermogenianus* (Sammlungen von *constitutiones* ab ca. 196 bis 305, verfasst im 4. Jh.) sind keine Gewährleistungsregeln überliefert; zusammengestellt in Corps de Droit civil Romain Suppl. 1 S. 75ff, 93ff; Zimmermann S. 320f hingegen behandelt diese Stellen als authentisch.

[205] Huvelin T. II S. 130 ; Corpel S. 31f ; Lepointe/Monier S. 186 ; Kaser Das Röm.PrivR II § 264 V.; so auch Zimmermann S. 321: Es wurde üblich, dem Käufer über besondere Versprechen Sicherheit zu geben, was dazu führte, dass diese Absprachen mit der Zeit als üblich angesehen wurden, was wiederum dazu führte, dass sie Einzug in den Rechtsbereich der *actio empti* hielten, so dass auch ohne *dolus malus* und auch ohne eine Zusage aus dem Kauf mit einer zivilen Klage geklagt werden konnte.

[206] Ulp. D. 19, 1, 11, 3 & 5: „*Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*", „*Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur*", PS 2, 17, 6 zur *ex empto*: „*Redhibitio vitiosi mancipii intra sex menses fieri potest propter latens vitium.*"

[207] zum Verhältnis der *actio empti* zu den ädilizischen Klagen s. im Detail Donadio, die zunächst Wlassaks Idee vom Übergang des honorarischen Rechts ins Zivilrecht bespricht, um dann ihre Idee vorzubringen, dass nicht die *actio empti* die ädilizischen Klagen aufnehme, sondern ihnen subsidiär beigestellt sei, S. 13ff.

[208] z.B. Ulp. (Jul.) D. 19, 1, 13 pr. ff.

Vertragsauflösung zu verlangen, wenn zumindest der Verkäufer bösgläubig war, Ulp. D. 19, 1, 11, 5 .

Die *ex empto* war eine *actio perpetua* und eine *actio civilis*, d.h. für sie galt ursprünglich keine Klagebefristung; unter Theodosius II (Kaiser 408-450) wurde 424 n. Chr. die Frist auf 30 Jahre als *tempus continuum* festgesetzt, d.h. es wurde jeder Tag angerechnet, C. 7, 39, 3, 1 & 2 & 3. Allerdings inkorporierte die *ex empto* die Fristen der ädilizischen Klagen, sofern sich der Anspruch nur auf die ädilizischen Rechte beschränkte.[209] Das mag ein Grund sein, weshalb unter Justinian die ädilizischen Klagen weiterhin behandelt wurden, auch nachdem das Amt der Ädilen weggefallen war.

5. Zeugnisse aus Urkunden und dem Syrisch-römischen Rechtsbuch

Eine Kaufurkunde aus dem Jahre 166 n. Chr. aus Seleucia Pieria, heute Antiochien, Türkei, bestätigt, dass jemand einen Jungen gekauft habe, *emit*, und *„eum puerum sanum esse ex edi[cto]“*.[210] Für den Fall einer Eviktion hatte der Verkäufer eine *stipulatio simplae* versprochen (*spondere*). Die Übergabe wird nur insoweit erwähnt, als der Verkäufer den Sklaven gemäß den Vereinbarungen übergeben, sowie auch der Käufer das Geld bezahlt habe.

In einer anderen römischrechtlichen Urkunde aus Kleinasien aus dem Jahre 151 n. Chr. wird eine Sklavin als „ὑγιή[ς] ἐκ διατάγματος“, gesund nach dem Edikt, verkauft, ohne anhängende Noxalklage, als nicht zur Flucht neigend oder zum Herumirren und nicht epileptisch. Die Übergabe wird nicht erwähnt, aber eine Stipulation auf das Doppelte vereinbart.[211]

Ein Papyrus aus Askalon in Phönizien[212] aus dem Jahre 359 n. Chr. bestätigt den Sklavenverkauf eines gallischen Jungen „ἐυόφθαλμος“, der gut sehe.[213] Diese Kaufurkunde wird nach dem Urkundenkopf eingeleitet mit „*emit*“, jemand hat also den Jungen gekauft. Im Weiteren wird aufgenommen, dass der Verkäufer den Jungen *tradidit*, übergeben habe. Am Ende wird aufgeführt, dass für den Jungen bei Epilepsie, einem alten Geschwür und einem versteckten Mangel binnen sechs Monaten und bei Flucht binnen 12 Monaten Haftung

[209] Windscheid T. I S. 688 Anm. 12 (Übertrag von S. 687); v.Vangerow S. 305.
[210] FIRA III S. 426f.
[211] FIRA III S. 429ff.
[212] um 37 v. Chr. durch Rom erobert, wo sie die nächsten 400 Jahre herrschten.
[213] Bruns FIRA S. 366f.

übernommen werde, *cavere,* für den Schaden und den Kaufpreis, ohne dass der Beginn der Frist erwähnt wird. Es scheint diese Urkunde das einzige datierte Beweismittel zu sein, neben vielleicht Zeugenaussagen, so dass der Verkäufer vermutlich meinte, ab dem Tag, an dem auch die Urkunde ausgestellt wurde, laufe die Frist, was mit dem Tag des Kaufs, der Übergabe und der Zusicherung wohl koinzidierte. Auffällig ist hier die Länge der Klagefrist bei der Flucht des Sklaven, die nicht den ädilizischen Edikten entspricht, sondern länger ist. Ob die Fristen *utiliter* berechnet werden sollen, geht nicht daraus hervor. In dieser Urkundenpraxis ging man anscheinend nicht davon aus, dass bei der Flucht eines Sklaven erst Kenntnis die Fristhemmung aufheben könne, ebenso wie in C. 4, 58, 2.

Auch das Syrisch-römische Rechtsbuch, das vielleicht in Antiocheia oder Berytos verfasst wurde,[214] gibt ergänzenden Aufschluss über die ädilizischen Klagen. Es selbst wurde vom 6. bis zum 18. Jahrhundert ergänzt und geht auf ein griechisches Original des 5. Jahrhunderts (473-480) zurück[215], das römisches Juristen- und Kaiserrecht behandelte.[216] Die Regeln zur Gewährleistung stammen wohl aus der zweiten Hälfte des 4. Jahrhunderts.[217] Insofern seien die unterschiedlichen Einflüsse nicht zu unterschätzen. [218] Diverse Versionen des Rechtsbuches bestätigen für die Wandlungsklage die Klagefrist von sechs Monaten.
Bei der Bearbeitung soll auf die deutsche Übersetzung durch Selb und Kaufhold zurückgegriffen werden, § 35: „Wenn ein Mann einen Sklaven als „guten Sklaven“ kauft, dass er kein Ausreißer sei, erlaubt ihm der Kauf, dass er ihn sechs Monate lang prüfe. Wenn er ihm nicht gefällt, bevor die Zeit der Monate abgelaufen ist, kann der Käufer aufgrund der Gesetze den Sklaven zurückgeben und ihn seinem früheren Herrn wieder übergeben und von ihm den Kaufpreis (..), den er gegeben hat, nehmen. Wenn ihm aber ein Junge, der als „guter Sklave" gekauft wurde, entflieht, bevor die sechs Monate abgelaufen sind, soll jener, der ihn gekauft hat, ihn suchen, ergreifen und jenem übergeben, der ihn verkauft hat, und von ihm den Kaufpreis (..) fordern, den er für jenen Sklaven gegeben hat."[219] Ähnliche Versionen

[214] Selb/Kaufhold T. I S. 49f.
[215] Selb/Kaufhold T. I S. 43ff: nach 474 n. Chr., wobei er im Ergebnis Bruns folgt.
[216] Wieacker T. II S. 285.
[217] Memmer in SZ 107 (1990) S. 45.
[218] Es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass in Syrien die lokale Gerichtsbarkeit beibehalten wurde, Wieacker T. I S. 483f.
[219] Selb/Kaufhold T. II S. 59: die Abschnittszählung wurde nicht übernommen und die neue deutsche Rechtschreibung verwandt; FIRA II S. 770f: Die lateinische (Arbeits-)Übersetzung lautet: *„Si emerit vir servum tanquam servum bonum qui non sit fugitivus, tempus dat ei (νόμος) ad probandum eum sex menses dierum; si non placuit ei, antequam impleatur tempus mensium, licet emptori ex νόμοις redhibere servum et tradere eum domino suo priori et recipere ab eo τιμήν quam dedit. Si vero fugerit ei puer, quem emerat tanquam servum*

finden sich in einem anderen Paragraphen[220] und in anderen Handschriften[221] bis auf eine Ausnahme, die vielleicht auf einen Fehler des Schreibers zurückgeht.[222] Zusätzlich wird der 'einfache' Kauf als solcher definiert, bei dem der Käufer sich nicht gegen den Verkäufer wenden kann, es sei denn, der Sklave sei von einem Dämonen besessen,[223] was die Ecloga schon in Titel 9, 1 als Ausnahme von der Vertragsbindung erwähnte. Memmer leitet her, dass damit ein epileptischer Sklave gemeint sei.[224] Die Handschrift Paris BN syr. 112 gibt als Definition des einfachen Kaufs als „ohne bestimmte zeitliche Frist"[225] verkauft an.

Selb und Kaufhold merken dazu an, dass hier Römisches Sachmängelrecht zugrunde liege und kein *pactum displicentiae*.[226] Aus den Angaben aller Handschriften ergibt sich folgender Rechtszustand: Ein einfach verkaufter Sklave konnte nicht gewandelt werden, es sei denn, er war besessen. Nach der Handschrift Bagdad, Chaldäisches Kloster (R I) konnte die Haftung für den besessenen Sklaven dann ausgeschlossen werden, wenn der Verkäufer dem Käufer zuvor dieses Leiden mitgeteilt hatte. Also stand an unterster Haftungsstufe der Sklave, der ausdrücklich als besessen und 'einfach', unter Haftungsausschluss verkauft wurde, gefolgt von dem 'einfach' verkauften Sklaven, gefolgt von dem als 'gut' verkauften Sklaven, den der Käufer binnen sechs Monaten bei einem Nichtgefallen, d.h. bei einem Mangel, oder bei Flucht zurückgeben konnte. Was hier nicht direkt in den Quellen differenziert wird, ist die

---

bonum, antequam completi sint sex menses, et quaerit eum is qui eum emit, adprehendit et tradit,ei, qui vendidit eum, et petit ab eo τιμήν quam dedit, pro eo servo..."

[220] Selb/Kaufhold T. II S. 143: § 101 Abs. I: „Wenn ein Mann einen Sklaven 'kalé haíresis', das ist 'schöner Vertrag' kauft und in dem Sklaven etwas findet, bevor er sechs Monate verstreichen lässt, das ist die Frist, die von den Gesetzen festgelegt ist, eine verborgene Krankheit oder einen Dämon, erlaubt das Gesetz, dass er den Sklaven dem Mann zurückgibt, der ihn verkauft hat, und sein Geld nimmt, das, was er ihm gegeben hat", vgl. RIII 114 (die Bezeichnungen R I oder R III richten sich nach dem von Selb/Kaufhold gezeichnetem Stemma).

[221] HS. Bagdad Chaldäisches Kloster R I, Selb/Kaufhold T. II S. 243: „Der Richter sagt: Wenn ein Mann einen Sklaven mit der Bezeichnung kauft, dass es ein guter Sklave und kein Ausreißer sei, erlaubt ihm der Kauf, dass er den Sklaven sechs Monate lang zurückgeben (kann). Und wenn er ihm nicht gefällt, bevor die Zeit von sechs Monaten abgelaufen ist, kann der Käufer aufgrund eines Befehls des Richters den Sklaven seinem früheren Herrn übergeben und das Geld nehmen, das er als seinen Kaufpreis (..) gegeben hat. Wenn aber ein Junge, der mit der Bezeichnung als guter Sklave gekauft wurde, entflieht, vor die [!] Zeit, dass die sechs Monate abgelaufen sind, soll er herumgehen und von seinem früheren Herrn (? [*im Original*]) das Geld fordern, das er für den Sklaven gegeben hat"; so ähnlich Handschrift Paris BN syr. 112 S. 285.

[222] Selb/Kaufhold T. II S. 207 § 39: Handschrift Bagdad, Chaldäisches Kloster 509 (R III): „Wenn jemand einen Sklaven kauft, kann er ihn sechs Monate lang prüfen. Und wenn er ihm nicht gefällt, kann er ihn seinem früheren Herrn zurückgeben und den Preis (..), den er gegeben hat, zurücknehmen. Nach sechs Monaten aber kann er ihn nicht (mehr) zurückgeben, außer wenn er ein Ausreißer ist…" Der letzte Halbsatz „… außer wenn er ein Ausreißer ist" und die Verlängerung der Frist auf ein Ungewisses, passt nicht in das Bild vom Recht, das die anderen Handschriften malen. Denn es scheint so, dass innerhalb der sechs Monate auch die Rückgabe erfolgen musste, die aber nicht möglich ist, solange der Sklave nicht ergriffen wurde; s. Memmer in SZ (R.A.) 107 (1990), S. 1, 3 Anm. 15.

[223] Selb/Kaufhold T. II S. 61 § 35 Abs. 4, S. 245 § 20; dies scheint aber nicht immer der Fall gewesen zu sein, s. § 101.

[224] Memmer in SZ (R.A.) 107 (1990), S.14, 20.

[225] Selb/Kaufhold T. II S. 285 § 20.

[226] Selb/Kaufhold T. III S. 96f.

Stufe wie im Römischen Recht, dass der Verkäufer haftet, allein weil er einen vorliegenden Mangel nicht bekanntgegeben hat, so wie die Edikte es vorschrieben. Dies klingt zwar an in der Bestimmung, dass selbst ein besessener Sklave ohne Gewährleistung verkauft werden konnte, weil der Verkäufer es dem Käufer mitteilte oder weil der Käufer es irgendwoher wusste[227]. Aber aus der Gesamtsicht heraus scheint diese Mitteilung durch den Verkäufer nur eine Garantie bei einem 'guten' Verkauf einzuschränken und stellt keine eigene Haftungsstufe dar. Insofern kannte der Verkäufer wohl nur zwei Haftungsstufen: Er haftet gemäß den Abreden mit dem Käufer und den Einschränkungen, die er diesen Abreden hinzufügt, oder er haftet nicht (mit ggf. der Besonderheit des vom Dämon besessenen Sklaven). Deswegen ist kein Platz für eine Differenzierung in den Klagefristen wie noch bei Gaius und Ulpian. Wenn der Käufer an den Verkäufer herantrat, dann mit der Einstellung, dass der Sklave, über den nichts 'Gutes' gesagt wurde, B-Ware sei und mit seinen Mängeln akzeptiert werden musste. In Rom wäre der Käufer auch von B-Ware ausgegangen, aber hätte gewusst, dass er zumindest kürzere Klagefristen von zwei bzw. sechs Monaten im Falle eines Mangels gehabt hätte.
Die Minderungsklage spielte keine Rolle, genauso wenig wie der Verkauf von Tieren oder Sachen.

Selb und Kaufhold vertreten die Ansicht, dass diese sechs Monate erst dann zu laufen anfingen, wenn der Käufer die Möglichkeit hatte, den Sklaven zu prüfen, also nicht unbedingt ab dem Kauf. Memmer betont aber die Nähe zum Römischen Recht und den Beginn der Ausschlussfrist ab dem Kauf, auch wenn die Formulierung, der Käufer solle innerhalb der Frist prüfen, Rätsel aufgegeben habe.[228] In dieser Prüfungszeit soll sich die *experiundi potestas* widerspiegeln, wie in Pap. D. 21, 1, 55. Dabei geht Memmer davon aus, dass die Fristhemmung gänzlich aufgehoben sei und eine Frist *ratione initii* kontinuierlich liefe, da man in Vergleichsstellen das *primum* mitdenken müsse.[229] Argumente gegen diese Ansicht, das *tempus utile* sei *utile ratione initii*, sind bereits angeführt worden. Zudem scheint der Wortlaut, der im Deutschen mit ‘prüfen’ übersetzt wird, wenig Anhaltspunkte dafür herzugeben, dass man dies mit der Zeit, in der der Käufer eine Klagemöglichkeit hat, gleichsetzen könne, auch wenn man berücksichtigt, dass Feinheiten aus dem Römischen Recht sich hier verschlissen haben. Eher könnte man sich fragen, ob hier nicht von einer kontinuierlichen Frist die Rede sein könnte. Es scheint so, dass Papinians Idee im Syrisch-

[227] so HS. Paris BN syr. 112, Selb/Kaufhold T. II S. 285 § 19.
[228] Memmer in SZ (R.A.) 107 (1990) S. 25f.
[229] Memmer in SZ (R.A.) 107 (1990) S. 30.

Römischen Rechtsbuch keine Rolle gespielt hat. Bei aller Vorsicht wegen der bereits erwähnten Vielfalt der diversen Fremdeinflüsse auf dieses provinzielle Recht kann man zumindest feststellen, dass sich dies mit der Antwort Gordianus' aus C. 4, 58, 2 deckt.

6. Das byzantinische Recht

Das justinianische Recht erfuhr eine wesentlich stärkere Rezeption in Westeuropa als das griechisch-römische Recht, begründet u.a. durch den einfacheren sprachlichen Zugang zu den lateinischen Texten. Das byzantinische Recht ab 534 n.Chr. wurde zudem durch andere soziale Entwicklungen als in Westrom geprägt. Dennoch soll ein Augenmerk dem griechisch-römischen Recht geschenkt werden. Denn zum einen dient es dem Verständnis der lateinischen Rechtsquellen, die in einigen Punkten noch Zweifel hervorrufen mögen, zum anderen waren einige Handschriften dieses Rechtsraums bei der späteren Rezeption des Römischen Rechts damaligen Gelehrten bekannt. Man muss sich vorstellen, dass zu einer Zeit, in der der Tipoukeitos oder die Peira entstanden, in Italien das Römische Recht wieder ins Zentrum des Interesses rückte. Als die Hexabiblos geschrieben wurde, waren Azo und Accursius bereits verstorben und ihre Schriften in die Rezeptionsgeschichte eingegangen. Bartolus war in seine Schaffenszeit eingetreten und Baldus am Beginn seiner Karriere. Auch wenn das Recht in Byzanz ein Cousin des in Italien und Frankreich rezeptierten Römischen Rechts ist, so ist es hilfreich, einen Blick dorthin zu werfen.

6. 1 Die Basiliken und der Tipoukeitos

Die Basiliken sind eine unter Kaiser Leo dem Weisen (Regierungszeit 886-912) vollendete Bearbeitung der justinianischen Kompilation. Sie verwandte als Basis weniger die lateinischen Urtexte als griechische Summen,[230] die kurz nach dem Entstehen des Werkes Justinians auf dessen Grundlage verfasst worden waren. Der Tipoukeitos oder auch Tipucitus ist ein Register aus dem 11. Jahrhundert zu den sechzig Büchern der Basiliken, das u.a. neben der Peira zur Rekonstruktion der Basiliken diente. Bei der Rezeption des Römischen Rechts in Europa waren sie alle von weit geringerer Bedeutung als das justinianische Werk. Nur

[230] Kunkel/Schermaier S. 226.

einige Rechtsgelehrte wie Cujaz beziehen sich später auf sie. Bei Verweisen anderer Autoren kann man manchmal zweifeln, ob sie die Basiliken selbst gelesen, falls sie überhaupt ein Exemplar zur Hand hatten, oder nur die Fundstellen von Cujaz blind zitiert haben.
Bei einer Arbeit mit dem rekonstruierten Titel 19, 10 der Basiliken stellt sich die Frage, inwieweit es nicht besser sei, die Quellen, aus denen zur Rekonstruktion geschöpft wurde, nach der zeitlichen Schichtung einzeln zu untersuchen. Wer weiss, ob nicht eine Ergänzung aus dem Tipukeitos anders lautet als eine aus der Peira oder gar der Hexabiblos wegen der zeitlichen Spanne, die die Werke trennt, oder wegen der unterschiedlichen Intention der Werke?[231] Nun stellen die Basiliken aber ein unumgängliches Werk in der byzantinischen Gesetzgebung dar. Sie auszulassen mit dem Hinweis auf eine etwas detailliertere Untersuchung besser überlieferter Quellen, ist undenkbar, zumal sich Rechtsgelehrte wie Cujaz auch auf die Basiliken beziehen[232]. Insofern soll hier eine kurze Untersuchung des byzantinischen Rechts zum Thema der ädilizischen Klagefristen zweigleisig unternommen werden, zum einen anhand der rekonstruierten Basiliken, zum anderen eben anhand dieser zugrundeliegenden Quellen, wobei leichte Dopplungen nicht zu vermeiden sind.

6.1.1 Dauer der Klagefristen

Wurden die kürzeren Fristen von zwei und sechs Monaten wie in Gai. D. 21, 1, 28 in das byzantinische Recht übernommen und in welchem Verhältnis stehen sie zu den längeren Fristen von sechs Monaten und einem Jahr?

6.1.1.1 Die Parallelstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6

Die Parallelstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 Scheltema/van der Wal B. 19, 10, 19 lautet: „Εἴσω ἓξ μηνῶν utilíων ἀριθμουμένων ἀπὸ τοῦ καιροῦ τῆς πράσεως ἡ ἀναστρέφουσα τὸ πραθὲν ἀγωγὴ κινεῖται, ἡ δὲ μειοῦσα τὸ τίμημα ἀγωγὴ εἴσω utilíu ἐνιαυτοῦ. Εἰ δέ τι ἐλέχθη ἢ ἐπηγγέλθη, ἔκτοτε ἀριθμεῖται."[233], in der Übersetzung: 'Innerhalb von sechs

[231] vgl. Scheltema/v.d.Wal S. VI: zur Rekonstruktion: „*Omnia Tipuciti summaria, quae ad hunc librum* [B. 19] *spectant, recepit ille, id quod iure suo vituperavit hic. Saepissime enim Tipucitus textum Basilicorum non ipsis verbis reddit, sed argumentum eius tantum continet…*"
[232] Wenn auch bestimmt nicht in der Fassung und Zählung von Heimbach oder Scheltema/van der Wal.
[233] Rekonstruiert auf der Basis der Peira.

Monaten, die *'utilios'* berechnet werden ab dem Zeitpunkt des Verkaufs, wird die Klage zur Wandlung einer Kaufsache erhoben oder aber die Klage zur Kaufpreisminderung binnen eines Jahres 'utilios'. Wenn aber etwas gesagt (von λέγω) oder informell zugesagt wurde (ἐπαγγέλλω), wird von da an gezählt.' Zachariä von Lingenthal überliefert fast denselben Wortlaut, auβer dass *'utilios'* durch 'συναπτός' ersetzt wird. Dies ist die griechische Version der florentiner Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6.

Heimbach rekonstruiert diese Stelle, B. 19, 10, 17, u.a. aus dem Tipoukeitos, den Scholien und den Rhopai und bietet mehrere Versionen nebeneinander an,[234] wobei an dieser Stelle nur die Scholienversion zitiert werden soll: „Καὶ ἡ μὲν ἀναστρέφουσα εἰς ἓξ μῆνας ἀριθμουμένους ἀπὸ τῆς πράσεως κινεῖται. ἡ δὲ μειοῦσα τὸ τίμημα εἴσω ἐνιαυτοῦ συναπτοῦ, τουτέστιν, ἀφ' οὗ ἐπηγγέλθη“, also: 'Die Wandlungsklage freilich wird innerhalb von sechs Monaten, die ab dem Verkauf gezählt werden, erhoben, die Minderungsklage innerhalb eines Jahres 'συναπτός', nämlich (τουτέστιν) ab dem Zeitpunkt, an dem etwas (informell) zugesagt wurde (ἐπαγγέλλω im Gegensatz zu ὑπισχνέομαι).' Wenn man davon ausgeht, dass der Schreiber der Scholie nicht eine (unerklärliche) Unterscheidung des Beginns der Klagefristen für Wandlung zum einen und Minderung zum anderen treffen wollte, dann bietet sich eine Lesart an, die eine parallele Verschiebung von Kupischs Beobachtungen zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zum Römischen Recht ins byzantinische Recht stützt: Dann ist nämlich die einzig sinnvolle Lesart, τουτέστιν, ἀφ' οὗ ἐπηγγέλθη zu ἀπὸ τῆς πράσεως zu ziehen, d.h. dass durch τουτέστιν, 'd.h.', präzisiert werden sollte, zum einen dass der Fall eines Kaufs mit Garantieversprechen abgegeben wurde und zum anderen dass Kauf und Zusage in der Regel zusammenfielen. Würde man versuchen wollen, diese Scholie wie die herkömmliche Fassung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu lesen, würde man ein 'oder‘ erwarten, ‘*oder* ab dem Zeitpunkt einer Zusage‘. 'τουτέστιν' kann das ‘oder‘ nicht ersetzen, sondern erläutert lediglich eine Idee oder einen Ausdruck, der zuvor dargestellt wurde.

[234] Wieacker T. II S. 334 weist zu Recht darauf hin, dass der Ausgabe Heimbachs mit Vorsicht begegnet werden muss und die neuere Ausgabe Scheltema/v.d.Wal vorzugswürdig ist.

6.1.1.2 Die Parallelstellen zu Gai. D. 21, 1, 20

Kam der ἐπαγγελία im nachjustinianischen Recht eine andere Rolle zu als dem *dictum* im Römischen Recht?

Bei Scheltema/ van der Wal lautet die Parallestelle zu Gai. D. 21, 1, 20, B. 19, 10, 20, die auf der Peira 38, 33 basiert: „Εἰ μέντοι πρὸ τῆς πράσεως γέγονεν ἡ ἐπαγγελία, μετὰ δέ τινας ἡμέρας ἡ ἐπερώτησις, ἐκ τῆς προτέρας αἰτίας παραχρῆμα δύναται κινεῖν", übersetzt: 'Wenn freilich eine (informelle) Zusage vor dem Verkauf zustande gekommen ist, nach einigen Tagen aber die Stipulation, kann er aus dem früheren Grund sofort klagen.' Wenn man sich noch einmal Gai. D. 21, 1, 20 in den Sinn ruft: „*Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio; Caelius Sabinus scribit ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit*“, sieht man, dass das Ende des Fragments der Digesten unter Wegfall einiger entscheidender Elemente geändert wurde, denn es fehlt ein Äquivalent zu ‘*ut veniit id mancipium*‘.

Die Frage, die hier interessiert, ist, ob das *dictum* notwendigerweise Teil des Kaufs, *ut veniit…*, werden musste, um rechtliche Geltung zu erlangen. Wie gesehen, bespricht Gaius in D. 21, 1, 20 den Fall eines Aufeinanderfolgens von *dictum-venditio-stipulatio*. Die Stelle aus der Peira lässt zwei Lesarten zu, zum einen eine Folge *dictum-venditio-stipulatio,* zum anderen *dictum-stipulatio-venditio* (in den griechischen Äquivalenten). Die zweite Annahme ist aus sprachlichen Erwägungen weniger wahrscheinlich, da *dictum* und *venditio* auf der einen Seite und *stipulatio* auf der anderen Seite stehen. Hätte die Reihenfolge *dictum-stipulatio-venditio* besprochen werden sollen, wäre 'vor dem Verkauf' vermutlich mit der *stipulatio* verknüpft worden. Aus faktischen Erwägungen heraus müsste man sich fragen, wieso ein Verkäufer eine Stipulation abgeben würde, ohne dass zuvor ein Kaufvertrag zustande gekommen wäre. Damit ist deutlich, dass das griechische Zitat aus der Peira prinzipiell das Zeitgefüge von Gai. D. 21, 1, 20 wiedergibt, aber die zeitliche Präzisierung '*ut veniit…*' , die zu '*statim*' gehört, wegfallen lässt. Der '*frühere*' Grund, *causa* oder αἰτία (nicht im Sinn von ‘Mangel‘), muss in diesem Gefüge dennoch nicht zwangsläufig das *dictum* sein. Trotz dieser fehlenden Konkretisierung '*ut veniit*' konnte diese Stelle dennoch so verstanden werden, dass προτέρα αἰτία das Tandem *dictum – venditio* als eine Einheit meinte, die nicht trennbar ist.

Vergleichsstellen sind rar. Heimbachs Rekonstruktion aus dem Tipoukeitos 19, 10, 18[235] gibt keinen klaren Anhaltspunkt: „ Καὶ πότε δύναται μὴ παρευθὺς κινεῖν, καὶ πότε παραχρῆμα", was soviel bedeutet wie: 'Und bald kann er nicht sofort klagen, bald auf der Stelle.' Diese Fassung spiegelt entweder eine gewisse Unsicherheit des Verfassers gegenüber der Aussage aus Gaius' Fragment und der Unterscheidung zwischen *dictum* und *promissum* wider, oder aber sie treibt die Zusammenfassung auf die Spitze. Wenn diese Stelle das Parallelfragment zu Gai. D. 21, 1, 20 ist, [236] dann wird sich darin eine Aussage zu einer Klage auf der Basis eines *dictum* auf der einen Seite und einer Stipulation auf der anderen Seite finden. Auf welcher Basis kann einmal geklagt, einmal nicht sofort geklagt werden? Die Unterscheidung muss im *dictum* und in der *stipulatio* liegen, mit welchen griechischen Verben auch immer man diese Termini belegt.[237] Man muss annehmen, dass dieser Satz trotz seiner Kürze das Verhältnis von *dictum, venditio, stipulatio* beschreiben wollte. Aus der *venditio* sowie der *stipulatio* hätte der Käufer 'sofort' klagen können, bleibt also nur das *dictum*: Wenn der Käufer nicht sofort wegen einer (informellen) Zusage klagen kann, im Gegensatz zum formellen Versprechen, dann erlaubt dieses Fragment die Interpretation, dass zuerst ein Kaufvertrag geschlossen werden musste, um klagen zu können, so wie bei Gai. D. 21, 1, 20 beschrieben. Auch wenn der Käufer gemäß dem Wortlaut der Peira 'sofort' klagen könne, so ist der Schluss für das griechisch-römische Recht aus der Zeit des Tipoukeitos, der die Basiliken zusammenfasste, dass dem *dictum,* ἡ ἐπαγγελία, nicht soviel Bedeutung zugemessen wurde, dass es als anspruchsbegründend angesehen und auch nicht auf diese Weise mit dem formellen Versprechen i.S.e. Stipulation gleichgesetzt wurde. Mit Blick auf die Praxis hätte das ansonsten bedeutet, dass jeder bloße Kaufinteressent, dem der Verkäufer etwas von den Vorzügen der Kaufsache erzählt hatte, wegen dieser Zusage hätte klagen können, ohne jemals Käufer zu werden und in eigenen Rechten betroffen worden zu sein. Vielleicht wurde einfach nur die feine Unterscheidung des Zeitpunkts *ut..veniit* nicht in der Peira wiedergegeben, die eine ganz andere Auslegung dieser Stelle vorzieht. Da die Peira eine in sich abgeschlossene Abhandlung eines Autors vom damaligen Recht darstellt, sollen die Textstellen der Peira zusammenhängend in einem eigenen Kapitel betrachtet werden.

---

[235] Doelger S. 130.
[236] Sie steht im Umfeld mit der Parallelstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6, so dass diese Annahme begründet ist.
[237] In den verschiedenen Quellen scheint es anhand der hier behandelten Fragmente einheitlich, dass λέγω dem lateinischen *dicere* entspricht, ἐπερώτησις der Stipulation. ἐπαγγελία liegt dazwischen, wohl etwas näher zu *dicere* als ὑπισχνέομαι; s. auch 'Romaikai agôgai', in Fontes Minores VIII S. 47 5.2.8, wo ὑπισχνέομαι und ψιλὴ ἐπαγγελία gleichgesetzt werden, im Gegensatz zum förmlichen Versprechen ἐπερώτησις.

6.1.1.3 Die Parallelstelle zu Gai. D. 21, 1, 28

In Scheltema/van der Wal lautet B. 19, 10, 28: „Εἰ μὴ ὁ πράτης ἠσφαλίσατο περὶ τῶν κεφαλαίων τῆς αἰδιλικίας, ἐνάγεται τῇ ἀναστρεφομένῃ τὸ πραθὲν ἀγωγῇ εἴσω δύο μηνῶν ἢ τῇ μειούσῃ τὸ τίμημα εἴσω ἓξ μηνῶν", was bis auf eine etwas andere Wortstellung dem ersten Satz aus Heimbach B. 19, 10, 25 und damit der Peira entspricht, also: 'Wenn der Verkäufer keine Sicherheit abgegeben hat, μὴ ἠσφαλίσατο, hinsichtlich der Prinzipien des ädilizischen Edikts, wird er mit der Klage, die die Kaufsache wandelt, binnen zwei Monaten oder mit der Klage, die den Kaufpreis mindert, binnen sechs Monaten vor Gericht gebracht.' Diese Stelle rekonstruiert Heimbach, B.19, 10, 25, aus mehreren Stellen aus dem Tipoukeitos und der Peira, die das gleiche aussagen. Tipoukeitos 19, 10, 25 lautet: „Καὶ ὅτι, εἰ μὴ ἠσφαλίσατο ὁ πρά(της) περὶ τῶν αἰτιῶν, ἐνέχεται τῇ ἀντιστρεφούσῃ τὸ πρᾶγμα εἴσω μηνῶν δύο, καὶ τῇ μειούσῃ τὸ τίμημα εἴσω ἓξ μηνῶν", 'Und dass, wenn der Verkäufer über die Mängel keine Sicherheit abgegeben hat, sich an die Wandlungsklage eine Handlungsmöglichkeit innerhalb von zwei Monaten anknüpft, an die Minderungsklage eine innerhalb von sechs Monaten.'

6.1.1.4 Die Vereinbarkeit der Stellen

Es stellt sich wieder das Problem der Vereinbarkeit, nämlich der Parallelstellen zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 mit denen zu Gai. D. 21, 1, 28.

Zum einen wurde sowohl in die (rekonstruierten) Basiliken als auch in den Tipoukeitos 19, 10, 25 übernommen, dass der Verkäufer, der keine Sicherheit abgegeben hatte, zwei Monate auf Wandlung und sechs auf Minderung haftete. Sicherheit leisten, ἀσφαλίζω, wird gleichgesetzt mit ἀντιφωνέω und mit ὑπισχνέομαι, also eine formelle Zusage machen, wie aus den Vergleichsstellen bei Heimbach B. 19, 10, 25 hervorgeht. *Cavere* entspricht am ehesten ἀσφαλίζω, während *promittere* ὑπισχνέομαι nahe kommt. Es steht aber nicht das griechische Äquivalent zur Stipulation. Deswegen könnte man die vorsichtige Behauptung aufstellen, dass auch keine solche gefordert war, also Gai. D. 21, 1, 28 durchaus so verstanden werden konnte, dass die kurzen Fristen gelten sollten, wenn der Verkäufer keinerlei Zusage (welcher Form auch immer, sofern sie eine Rechtsfolge begründet hätte) gemacht hatte. Dies vorausgesetzt, müsste man an der Überlieferung der Parallelstelle Scheltema/van der Wal B.

19, 10, 19, 6 zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zweifeln, genauso wie Kupisch dies hinsichtlich Ulp. D. 21, 1, 19, 6 getan hat. Die bei Heimbach B. 19, 19, 17 wiedergegebene Scholie könnte hingegen eine Übernahme der Theorie, die Kupisch zum Römischen Recht dargelegt hat, ins byzantinische Recht stützen. Da aber 19, 10 in den Basiliken bereits rekonstruiert ist, würde die Diskussion an dieser Stelle auf schwankendem Boden stehen. Nur in der Peira findet sich die logische Fortsetzung, wenn auch eine etwas unbefriedigende.[238]

6.1.2 Die Parallelstellen zu Pap. D. 21, 1, 55

Die durch Scheltema und van der Wal rekonstruierte Fassung zu Pap. D. 21, 1, 55 hält sich eng an die lateinische Vorlage, B. 19, 10, 55: „Ἐπειδὴ οὐτίλιός ἐστιν ὁ χρόνος τῶν ἓξ μηνῶν τῆς περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγῆς, οὐ δοκεῖ εὐχέρειαν ἐσχηκέναι τοῦ κινῆσαι ὁ τὸ λανθάνον αἴτιον[239] τοῦ φυγάδος ἀγνοήσας…"[240], in der Übersetzung: 'Da die Zeit von sechs Monaten der Klage hinsichtlich der Wandlung *'utilios*' ist, scheint es, dass der nicht die Möglichkeit zu klagen erlangt hat, der den versteckten Mangel des zur Flucht Neigenden nicht gekannt hat.'

Hier wird der Term *utilis* bzw. bei Ferrini/Mercati in den Ergänzungen von Heimbachs Ausgabe von den Basiliken ὡρισμένος aufgegriffen. ὡρισμένος meint 'begrenzt', 'fest umrissen', was Zachariä von Lingenthal mit *'utilis'* gleichsetzt.[241] Im Ergebnis ist dies eine sehr nahe Übersetzung von Pap. D. 21, 1, 55 ins Griechische bis auf das Weglassen von *„quibus potestas experiundi fuit"*. Damit entfällt ein Hinweis, dass *utilis* über die *potestas experiundi* definiert wird.

Es findet sich eine Stelle in den Basiliken, die gegen einen Beginn der Frist oder gegen eine Aufhebung der Fristhemmung ab Kenntnis vom Mangel spricht und die C. 4, 58, 2 nachformuliert ist, Scheltema/van der Wal B. 19, 10, 67 und Heimbach B. 19, 10, 61: „Ὁπότε θεματίζεις τὸν δοῦλον, ὃν ἤδη ἠγόρασας, μετὰ ἐνιαυσιαῖον χρόνον πεφευγέναι, ποίῳ

[238] dazu s.Kapitel: Die Peira.
[239] Man findet als Übersetzung von *vitium* zum einen αἴτιον, das den Gleichklang mit *vitium*, βίτιον wieder aufnimmt, zum anderen αἰτία.
[240] rekonstruiert aus Peira und Tipoukeitos; so ähnlich lautet auch das von Ferrini/Mercati, Suppl. S. 25, überlieferte Fragment: „Ἐπειδὴ ὡρισμένος ἐστὶν ὁ χρόνος τῶν ἓξ μηνῶν τῆς περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγῆς, οὐ δοκεῖ εὐχέρειαν ἐσχηκέναι τοῦ κινῆσαι ὁ λανθάνεται ..."; fast gleichlautend Zachariä v. Lingenthal Suppl. S. 279f mit Ergänzung am Ende.
[241] Zachariä v. Lingenthal B. 19, 10, 55.

λόγῳ τούτου ἕνεκεν κατὰ τοῦ πεπρακότος αὐτὸν κινῆσαι ἐπιζητεῖς, οὐ δύναμαι κατανοῆσαι: καὶ γὰρ τὴν ἀναστρέφουσαν τὸ πραθὲν ἀγωγὴν ἑξαμηνιαίοις χρόνοις ἢ τὴν ἐλαττοῦσαν τὸ τίμημα ἐνιαυτῷ σγκλείεσθαι φανερόν ἐστιν"[242], also: 'Wenn du ausführst, dass der Sklave, den du bereits vor Längerem gekauft hast, nach einer Zeit von einem Jahr geflohen ist, aus welchem Grund du deswegen gegen den, der ihn verkauft hat, versuchst zu klagen, kann ich nicht begreifen: Denn dass die Klage zur Wandlung einer Kaufsache in Fristen von sechs Monaten oder diejenige zur Minderung des Kaufpreises in einem Jahr abgeschlossen sind, ist offensichtlich.' Der Käufer hatte den Sklaven ein Jahr lang besessen, bevor er floh; dort steht nichts von einem Ablauf eines Jahres nach der Flucht. Damit stellt dies eine getreue Übersetzung von C. 4, 2, 58 dar, ein Argument, dass die uns überlieferte Textfassung des C. 4, 58, 2 der des Codex unter Justinianus entsprach. Der widersprüchliche Rechtszustand aus Digesten und Codex wurde beibehalten.

Der Tipoukeitos 19, 10, 50 (zweiter Satz) hingegen formuliert die Stelle Papinians wie herrschendes Recht, (entspricht Heimbach B. 19, 10, 50) [243]: „Καὶ ὅτι οἱ ἓξ μῆνες τῆς ἀντιστροφῆς ἐξ ἐκείνου τρέχουσι τοῦ καιροῦ, ἐξ οὗ ἐπιμελὴς ἀνὴρ ἠδύνατο γνῶναι τὸ βίτιον ἤτοι τὸ πάθος, τὸ ἐλάττωμα τοῦ πραθέντος. .." (Jemand sage), dass die sechs Monate der Wandlung(sklage) von jenem Moment an liefen, ab dem irgendein sorgfältig arbeitender Mann das 'vitium' bzw. das Leiden, die Minderwertigkeit des Verkauften habe erkennen können.

Bei einem Vergleich von Pap. D. 21, 1, 55 mit Tipoukeitos 19, 10, 50 fällt auf, dass das Kennenmüssen zur Kenntnis des Käufers gestellt wurde, denn Papinian spricht nur von *ignorare*, nicht *ignorare debere/oportere.*[244] Diese praktische Ergänzung könnte dafür sprechen, dass man Papinians Idee mehr Augenmerk schenkte. Zudem wird nicht weiter darauf eingegangen, ob diese sechs Monate kontinuierlich oder *utiles* sind. Auβerdem geht es nicht mehr um die *potestas experiundi*, sondern um einen Fristbeginn, ἐξ ἐκείνου τοῦ καιροῦ. Allerdings spricht diese griechische Parallelstelle zu Pap. D. 21, 1, 55 auch nur von der Frist von sechs Monaten für die Wandlungsklage und dehnt diese Idee nicht auf die anderen Klagefristen aus. Insoweit hielt man sich an die lateinische Vorgabe.

[242] rekonstruiert auf der Basis der Synopsis A XII 15.
[243] vgl. Doelger S. 135: mit kleinen Änderungen im Wortgebrauch.
[244] Die Idee des Gleichsetzens von Kennen und Kennenmüssen war allerdings nicht neu, vgl. Ulp. D. 21, 1, 14, 10: „*… ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit*.."

Der Tipoukeitos kann als Handbuch zu den Basiliken nicht alle Feinheiten der Basiliken enthalten. Allerdings macht er mehr, als Pap. D. 21, 1, 55 zusammenzufassen: Er gibt einen neuen Rechtszustand wieder.

Wurde Papinian wiederentdeckt? War Papinian nie ganz vergessen? Der Tipoukeitos wirft Fragen auf, deren Antwort mit Blick auf das justinianische Recht geprüft werden soll.

Nach dem bislang Gesagten war es gut möglich, dass Papinian zu seiner Zeit herrschende Lehre war, dann aber unter Gordianus, spätestens aber unter Justinian abgelehnt wurde, C. 4, 58, 2. Wenn es eine Tendenz gab, Papinians Fristhemmung abzulehnen, warum taucht sie hier wieder auf und das noch in einer so weiterentwickelten Form? Muss man vielleicht an der Prämisse rütteln, C. 4, 58, 2 gebe das zur Zeit Justinians geltende Recht wieder?

Zum einen liegen zwischen dem Tipoukeitos[245] und dem sogenannten Corpus Iuris Justinians fünf Jahrhunderte. Zum anderen konnte Papinian nie vergessen werden, da er in den Digesten stand. Selbst zur Zeit der Digestenkompilation wurden Papinians Schriften gelehrt. Die Idee einer Fristhemmung wird demnach nie ganz in Vergessenheit geraten sein; die Feinheiten hingegen, wie die Fristhemmung zum Fristbeginn stand, werden verschlissen worden sein, sowohl schon im Codex unter Justinian als auch im Tipoukeitos. Um das System des *tempus utile* und der *potestas experiundi* zu vereinfachen, hatte vermutlich Gordianus Papinians subjektive Hemmungsgründe wegfallen lassen. Der Tipoukeitos setzt Auflösung der Fristhemmung mit Fristbeginn gleich.

Man findet in der Auswertung der Basiliken und des Tipoukeitos ein Argument, wenn auch ein schwaches, dafür, dass Papinian herrschende Lehre zu seiner Zeit gewesen sein könnte: Hätte das byzantinische Recht C. 4, 58, 2 verdrängen können, wenn Papinians Ansicht bereits zu seiner Zeit Widerspruch erfahren hätte und Schriften anderer Juristen existiert hätten, die ihm widersprachen? Sicherlich wird nicht jeder byzantinische Jurist sich die Mühe gemacht haben, neben den griechischen Texten in den lateinischen juristischen Abhandlungen vertiefende Studien durchzuführen. Aber wenn Papinian zu seiner Zeit umstritten gewesen sein sollte und wenn man davon ausgeht, dass spätere Schriften diese Kontroverse aufgegriffen hätten, warum findet sich dann nicht ein Hinweis auf diesen Streit in den griechisch-römischrechtlichen Schriften?

[245] Die Rekonstruktionen zu den Basiliken sind leider eine zu vage Basis, um sie in dieser Überlegung zu berücksichtigen. Es fehlt im Prinzip an einem Rechtszeugnis zeitlich zwischen den Digesten und dem Tipoukeitos.

6.1.3 *Tempus continuum? Tempus utile?*

In der Zusammenschau all dieser bereits zitierten Stellen stellt man fest, dass das *tempus utile* eine Umdeutung erfahren hat. Das lateinische '*utilis*' wurde in den Basiliken wie auch in späteren Werken[246] entweder unübersetzt übernommen[247] und auf diese Weise bedeutungsoffen gelassen oder aber mit συναπτός oder ὡρισμένος gleichgesetzt. In der Stelle Heimbach B. 51, 3, 1, die der Kernaussage Ulp. D. 44, 3, 1 nachformuliert ist und in der Ulpian das *tempus utile* durch die *potestas experiundi* definiert, wird *utilis* einfach als οὐτιλίος übernommen, so dass hieraus kein Schluss gezogen werden kann. Ulp. D. 21, 1, 31, 22 erlaubt die vertraglich vereinbarte Rückgabe einer Sache bei Nichtgefallen in einem Zeitraum von sechzig Tagen '*utiles*', „*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 *accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non.*" Scheltema/van der Wal geben zu dieser Parallelstelle ὡρισμένος an. Die Peira 40, 7[248] spricht von 'συναπτός' so wie auch Zachariä von Lingenthal zu dieser Stelle.

Der Tipoukeitos schließt sich der Übersetzung des *utilis* an, Tip. 19, 10, 17 a.E. & 19: „Καὶ ὅτι ἡ ἀντιστρέφουσα τὸ πραθὲν εἴσω ἓξ μηνῶν κινεῖται. ἡ δὲ μειοῦσα τὸ τίμημα εἴσω συναπτοῦ ἐνιαυτοῦ. ... Ἐπειδὴ οὐτίλιός ἐστιν ὁ χρό(νος) τῶν ἓξ μηνῶν", '(Es gilt,) dass die (Klage) zur Wandlung der Kaufsache innerhalb von sechs Monaten erhoben wird. Die Klage zur Minderung des Kaufpreises innerhalb von einem zusammenhängenden Jahr (συναπτός). … Schließlich ist die Zeit der sechs Monate *utilis*.'

Als weitere Quellen können noch die byzantinischen Rechtslexika hinzugezogen werden, die dadurch entstanden, dass unübersetzt gebliebene lateinische Termini technici durch griechische Ausdrücke glossiert und ersetzt wurden.[249] Aus der Sammlung Labbés von Ausdrücken zu den Basiliken ergibt sich keine neue Ergänzung: οὐτιλίος setzte er u.a. gleich mit συναπτός, συναπτός im Glossarium Philoxeni mit *continuus*.[250] Im Lexikon ἄδετ, das Burgmann herausgibt und das lateinische Begriffe mit 550 Glossen aus 15 Handschriften kommentiert,[251] sowie im Aktionenlexikon des Laurentinus findet sich keine Erklärungshilfe.

---

[246] s. auch Fontes Minores VIII: 'Romaikai Agôgai', Nr. 6.4 Z. 9, wo allerdings die Textüberlieferung nicht klar ist.
[247] so schon v.d.Wal in Synteleia S. 1158, 1162.
[248] Zepos/Zepos T. IV S. 166.
[249] Burgmann in Fontes Minores II S. 87.
[250] Auch wenn Labbé kritisiert werden kann, da er keinen Stellennachweis führt (Burgmann in Fontes Minores II S. 88f), so hat das hier keine Bedeutung.
[251] Burgmann in Fontes Minores VI S. 19ff, 27f.

Das Lexikon zur Hexabiblos aucta definiert οὐτιλίος als συναπτός,[252] das Lexikon Μαγκίπιουν führt dafür 'nützlich', 'vorteilhaft', ὡρισμένος an.[253] Insofern bestätigen sie das schon Bekannte: Anstelle von *utilis* wurde ὡρισμένος oder συναπτός eingesetzt.
Einiges spricht dafür, dass in der Tat ein Zeitraum gemeint war, der kontinuierlich bemessen wurde.[254] συναπτός meint übersetzt 'zusammengehörig', miteinander verbunden, als selbstständiges Adjektiv abgeleitet vom Verb συνάπτω, was so viel heißt wie 'zusammenfassen'. ὡρισμένος im Sinne von 'begrenzt' geht in die gleiche Richtung. Allein die Wortbedeutung lässt kaum Spielraum, etwas anderes als ein *tempus continuum* zu verstehen. Wo Ulp. D. 3, 2, 8 von *tempus continuum* spricht hinsichtlich der Trauerzeit, überliefern die Basiliken (Heimbach B. 21, 2, 8) συναπτός, ein starkes Argument, das συναπτός in der Tat dem lateinischen *continuum* entspricht, nicht aber *utilis*.
Dieser doch etwas unsichere Umgang mit dem Begriff *utilis* bzw. die Umdeutung in ein *tempus continuum* erklärt eventuell auch, warum Stellen aus den Digesten, den Sentenzen des Paulus und dem Codex ohne Erwähnung des *utilis* überliefert wurden, denn wenn spätere Juristen *utilis* als *continuus*, d.h. als Normalfall, verstanden oder der Einfachheit halber verstehen wollten, da es besser ihren Rechtsauffassungen entsprach, ist es möglich, dass sie diesen Zusatz haben wegfallen lassen.
Wenn aber *utilis* mit *continuus* gleichgesetzt wurde, dann musste auch die Definition des *utilis* über die *potestas experiundi* entfallen. Was lag also näher, in Pap. D. 21, 1, 55 eine kontinuierliche Frist *ab Kenntnis* hineinzulesen?

Damit stellt sich wieder die Frage der Vereinbarkeit der Klagefristen aus den Parallelstellen zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6, Pap. D. 21, 1, 55 und C. 4, 58, 2. Wenn die Fristen als kontinuierlich angesehen wurden, würde es in einer modernen Debatte darum gehen, dass die Fristen *utiles ratione initii* sein müssten. Nur ist nicht gesagt, dass diese Diskussion schon im byzantinischen Recht geführt wurde, da man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, dass das *utilis* eher uninspiriert übernommen wurde, um ihm durch die Gleichstellung mit *continuus* eine unbedeutende Rolle zuzuspielen. Nicht zuletzt hat ja der Tipoukeitos 19, 10, 50 die Verknüpfung von *potestas experiundi* und *utilis* einfach aufgelöst und an die Kenntnis des Käufers den Fristbeginn geknüpft. Faktisch gesehen läuft es damit auf einen Fristbeginn *ratione initii* hinaus.

[252] Fögen in Fontes Minores VIII S. 198 O13.
[253] Stolte in Fontes Minores VIII S. 367 O33, O36, O37.
[254] Schon in der lateinischen Übersetzung der Rhopai von Leunclavius wird *continuum* als Übersetzung vorgeschlagen, in Cujaz T. I Sp. 583.

Bleibt dennoch der Widerspruch zwischen den Parallelstellen zu C. 4, 58, 2 und Pap. D. 21, 1, 55 im Tipoukeitos und in den Basiliken: Begann eine Frist ab dem Kauf oder aber ab der Kenntnis des Käufers vom Mangel? Eine Diskussion ist an dieser Stelle schwer zu führen, da die Basiliken in diesem Titel aus den unterschiedlichsten Quellen rekonstruiert wurden. Es ist festhalten, dass der Widerspruch wohl seit den Basiliken spürbar war.
Während in einigen anderen Quellen Pap. D. 21, 1, 55 unerwähnt bleibt, hat die spätere byzantinische Rechtsentwicklung Pap. D. 21, 1, 55 in die Rechtspraxis anscheinend integriert und somit aufleben lassen.

6.2 Die Synopsis Basilicorum

Die Synopsis selbst wurde nach den Schätzungen Zachariä von Lingenthals wohl zwischen 964 und 996 niedergeschrieben.[255] Sie war neben anderen griechische Quellen schon Cujaz bekannt.[256] Die Synopsis enthält in A XII einen Abschnitt zur Vertragsauflösung und zur Frage, aus welchen Mängeln heraus gewandelt oder gemindert werden könne.
Als erstes wird gesagt, dass der vorliegende Abschnitt zwischen den beweglichen und unbeweglichen Kaufgegenständen unterscheide und dass der Verkäufer die Leiden und die Mängel des Sklaven vorher bekannt machen müsse, προλέγειν. A XII, 5 besagt, dass, wenn der Verkäufer kräftig bestätigt habe, dass der Sklave zu etwas nützlich sei, er nicht extrem gut sein müsse. Wenn allerdings das Gegenteil des Bestätigten gefunden werde, dann habe der Kläger die Wandlungsklage oder die Minderungsklage in einem fortlaufenden Jahr, εἴσω συναπτοῦ ἐνιαυτοῦ. Zur Wandlungsklage fehlt eine Fristangabe, was einfach ein Versehen sein kann, denn es ist verwunderlich, dass gerade diejenige Klage nicht behandelt wird, die sonst die Minderungsklage in den Schatten drängt, zumal weiter unten bei Zugtieren die Frist der Wandlungsklage angesprochen wird. Es steht auch nicht, ab wann die Frist zu rechnen sei.
A XII, 7 behandelt den Kauf von Zugtieren: Der Verkäufer müsse die Leiden und Mängel der Tiere angeben, λέγειν. Wegen Krankheit oder Mangel könne der Käufer binnen sechs Monaten wandeln, binnen einem Jahr mindern. Die Zeitangaben werden ohne einen Zusatz im Sinne von 'fortlaufend' o. ä. gemacht. Nach sechs Monaten könne der Kläger noch die Minderungsklage innerhalb eines Jahres erheben, εἴσω ἐνιαυτοῦ, A XII, 10. Bei einfachen Verkäufen sei die Wandlungsklage nicht üblich, A XII, 10, „σύνηθές ἐστι μὴ ἁρμόζειν τὴν

[255] Zepos/Zepos V S. 3.
[256] Zepos/Zepos V S. 11.

περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγὴν ἐπὶ τῶν ἁπλῶν πράσεων". A XII, 15 greift C. 4, 58, 2 auf. Eine Aussage wie in Pap. D. 21, 1, 55 findet sich nicht, ebenso nicht wie in Gai. D. 21, 1, 28. So gesehen ist diese Synopse allein betrachtet ein unkomplizierter Text, bereinigt von allen Widersprüchen und komprimiert auf die Kernaussagen.

6.3 Die Rhopai

Vermutlich hat es mehrere unterschiedliche Fassungen von einer Abhandlung über die diversen Zeitintervalle zwischen dem 6. und 10. Jahrhundert gegeben, wobei die heute bekannte Fassung nicht von Eustathius stammt, dem das Werk oftmals zugesprochen wurde.[257] In den ältesten Fragmenten, die bei Sitzia abgedruckt sind, finden sich keine Stellen zu den hier relevanten kaufrechtlichen Fristen. Spätere Handschriften führen unter ‚60 Tagen' eine Zusammenfassung von Gai. D. 21, 1, 28 auf: „Ὅτε μὴ ῥητῶς περὶ τῶν κεφαλαίων τῆς ἀεδιλικίας τουτέστι τῶν τοῦ ἀγορανομικοῦ ἐδίκτου ἤτοι παραγγέλματος ὁ πράτης ὑπόσχηται, ἡ ἀναστρέφουσα τὸ πραθὲν ἀγωγὴ εἴσω β' μηνῶν κινεῖται (...) “,[258] also wenn der Verkäufer nicht ausdrücklich gemäß dem ädilizischen Edikt etwas versprochen habe, werde die Wandlungsklage binnen zweier Monate erhoben. Zu 'ein Jahr' findet sich zur Minderungsklage keine Aussage zum Fristbeginn, wohl aber eine Bestätigung dieser langen Frist, „ἡ μειοῦσα τὸ τίμημα ἀγωγή, ὅταν ῥητῶς ὁ πράτης ἀντιφωνήσῃ τὰς αἰτίας τοῦ πραθέντος, ἐνιαυσιαία συναπτή ἐστιν ...“[259], wenn der Verkäufer ausdrücklich das Vorliegen der Mängel bestritten habe.[260]

Bei ’sechs Monaten’ werden Gai. D. 21, 1, 28 und Pap. D. 21, 1, 55 zusammengebracht: „Ὅταν μὴ ῥητῶς ὑπόσχηται ὁ πράτής περὶ τῶν κρυπτῶν αἰτιῶν τοῦ πιπρασκομένου, ἡ κουάντι μινόρις τουτέστιν, ἡ τὸ τίμημα μειοῦσα ἀγωγή, ἐντὸς ς' μηνῶν κινεῖται, καὶ οὐκ ἐκτείνεται εἰς ἐνιαυτόν. ... ἀφ' οὗ γνῷ δηλονότι τὸ πάθος ἢ ὤφελε γνῶναι ὁ ἀγοραστής ...“[261], wenn der Verkäufer nichts ausdrücklich hinsichtlich der versteckten Mängel der Kaufsache versprochen habe, werde die Minderungsklage binnen sechs Monaten erhoben und liefe nicht bis zu einem Jahr, … ab dem Zeitpunkt, in dem der Käufer ganz klar

[257] Sitzia S. 59ff.
[258] Sitzia S. 113.
[259] Sitzia S. 128 Nr. 6.
[260] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 52 Anm. 110 bemerkt, dass für die Wandlungsklage ein Hinweis fehle, dass die längeren Fristen nur bei einer Zusage gelten. Er meint, es könne bereits an der gestörten Überlieferung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 liegen.
[261] Sitzia S. 122.

den Mangel erkannt habe oder erkennen habe müssen. Vom Satzgefüge sieht es so aus, als sei die Aussage aus Pap. D. 21, 1, 55 erst nachträglich hinzugefügt worden. Es handelt sich dabei bereits um die 'weiterentwickelte' Form von Pap. D. 21, 1, 55, ergänzt um das Kennenmüssen des Käufers vom Mangel. Es wundert, dass Pap. D. 21, 1, 55 gerade bei Gai. D. 21, 1, 28 eingeschoben wurde, nicht aber bei Ulp. D. 21, 1, 19, 6. Entweder hat der Schreiber sich vertan oder er hatte die erleuchtende Erkenntnis, dass Gai. D. 21, 1, 28 nichts mit einer Pflicht des Verkäufers, eine Stipulation abzulegen, zu tun hatte, sondern mit den Fristen aus Ulp. D. 21, 1, 19, 6 prozessual auf der gleichen Stufe stand. Dann wäre er allerdings der einzige, der die Idee aus Pap. D. 21, 1, 55 zum Prinzip erheben wollte, das bei allen ehedem ädilizischen Fristen gelten sollte, sowohl für Minderung und Wandlung als auch für den Fall des Gai. D. 21, 1, 28. Angesichts eines solchen zwar nicht auszuschließenden, aber zumindest überraschenden Abstraktionsvermögens erscheint es fast wahrscheinlicher, dass der Schreiber sich in der Zeile vertan hat. Die Übersetzung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 wird direkt zuvor angeführt: „Ἡ ῥεδιβιτορία τουτέστιν ἡ τὸ πραθὲν πρᾶγμα ἀναστρέφουσα ἀγωγή, εἴσω ἓξ μηνῶν κινεῖται οὐτιλίων ἤτοι συναπτῶν. τρέχει δὲ οὗτος ὁ χρόνος ἀφ' οὗ ἡ πρᾶσις γέγονεν ἢ ἐξ οὗ ὑπέσχετο ἢ ἐπηρωτήθη ὁ πράτης περὶ τῶν αἰτιῶν τοῦ διαπραθέντος, εἴγε καὶ ἦν ἔμφασις περὶ αἰτιῶν“, die Wandlungsklage werde binnen sechs *utiles* oder auch kontinuierlichen Monaten erhoben. Die Zeit laufe aber ab dem Zustandekommen des Kaufvertrags oder ab dann, wenn der Verkäufer zugesagt, ὑπισχνέομαι, oder stipuliert habe hinsichtlich der Mängel der Kaufsache, wenn zumindest es eine Aussage zu den Mängeln gegeben habe.

Wenn also Ulp. D. 21, 1, 19, 6 Opfer der Korruptel *aut* geworden sein sollte, dann ist diese Aussage bereits die Umformulierung und Überarbeitung des verfälschten lateinischen Textes. Durch die Übersetzung ins Griechische wurden zwei Zeitpunkte geschaffen: ἀφ' οὗ ἡ πρᾶσις γέγονεν und ἐξ οὗ ὑπέσχετο ἢ ἐπηρωτήθη, deren Existenz das Gefüge der Fristen stört.[262] Wenn die lateinische Grundlage schon verfälscht war, wovon hier ausgegangen wird, dann würde auch diese Perpetuierung nicht verwundern, zumal nicht sicher ist, wann diese Handschriften durch die Schreiber im Sinne des Codex Florentinus ergänzt wurden. Man kann die hier wiedergegebene Übersetzung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 auch anders verstehen: Eigentlich bedeutet ὑπισχνέομαι ein formelles Versprechen ablegen; im Zusammenhang mit ἐπεροτάω kann aber nur ein weniger formelles Versprechen gemeint sein, wenn man davon ausgeht, dass der Schreiber Ulp. D. 21, 1, 19, 6 in der Florentiner Lesart übersetzen wollte.

[262] s. Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 46 Anm. 88 und S. 52 Anm. 110.

Dann würde ὑπισχνέομαι *dicere,* ἐπεροτάω *promittere* bedeuten sollen. Die Gleichsetzung von ὑπισχνέομαι und *dicere* kann aber dann nur durch einen Schreiber geschehen sein, der auf die Feinheiten des Griechischen wenig Wert legte, was durchaus möglich ist. Sollte der Verfasser dieser Zeilen aber des Griechischen mächtig gewesen sein, dann könnte man sich fragen, ob er nicht versucht hat, der Stelle den Sinn zu geben, dass eine Frist prinzipiell ab dem Kauf liefe oder aber ab einer Stipulation, die synonym sei mit einem formellen Versprechen, ganz im Sinne von Ulp. D. 21, 1, 19, 2: „… *promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum*." Dabei hätte er versucht, sich möglichst an der (korrumpierten) Satzstruktur des Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu orientieren. Man soll aber eine Textstelle nicht überinterpretieren, nur um einer ansonsten stimmigen Theorie wie der von Kupisch recht zu geben. Die gleichen Zweifel, die man gegenüber der Streichung der Korruptel „*aut"* in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 entgegenbringen kann, greifen auch hier, nur dass die Rhopai wegen der zeitlichen Vielschichtigkeit in der Entstehungsgeschichte und den zahlreichen Ergänzungen an sich eine schwächere Argumentationsbasis ist als vielleicht der *Codex Florentinus.*

6.4 Die Peira

Im 11. Jahrhunderts, wohl nach 1034 und wohl vor 1046/47, entstand die Peira oder Pira, auch *Practica sive Doctrina ex actis magni Eustathii Romani* genannt, als Spruchsammlung für den und aus dem Gerichtsgebrauch, wohl aufgezeichnet durch einen Assistenten des Richters Eustathios.[263] Vorlage waren Entscheidungen des Eustathios, der wohl um 970 geboren und Ende des 10. Jahrhunderts seine Karriere als Richter begann, so dass das Werk im Wesentlichen die Praxis eines Mannes wiedergibt, nicht aber eine Übersicht über das geltende Recht.[264] Das soll aber nicht hindern, eine Idee von einem damals möglichen harmonischen Fristensystem beim Kauf zu erhalten.

Die Peira 38, 33 schreibt wie in Ulp. D. 21, 1, 19, 6: „Εἴσω ἓξ μηνῶν συναπτῶν, ἀριθμουμένων ἀπὸ τοῦ καιροῦ τῆς πράσεως, ἡ ἀναστρέφουσα τὸ πραθὲν ἀγωγὴ κινεῖται, ἡ δὲ μειοῦσα τὸ τίμημα ἀγωγὴ ἐντὸς συναπτοῦ ἐνιαυτοῦ. Εἰ δέ τι ἐλέχθη ἢ

[263] Zachariä v. Lingenthal Jus Graec.Rom. T. I S. IIIf.
[264] Oikonomides in Fontes Minores VII S. 169ff: dort eingehender zur Laufbahn, S. 191f zur Intention des Werkes.

ἐπηγγέλθη, ἕκτοτε ἀρμόζει. … Τοῦ πλάτους: ἐκ τοῦ καιροῦ τῆς ἐπαγγελίας τρέχει ὁ χρόνος...". Der erste Teil entspricht den Basiliken, wie sie bei Scheltema/van der Wal zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 abgedruckt sind, fast aufs Wort. Nur steht hier συναπτῶν statt υτιλίων und ἁρμόζει statt ἀριθμεῖται. Kurz gesagt: Die Klagefrist von sechs Monaten für die Wandlungsklage und das (durchlaufende) Jahr für die Minderungsklage liefen ab dem Kauf. Wenn aber etwas zugesagt, ἐλέχθη, oder (nicht formell) versprochen sei, ἐπηγγέλθη, sei es richtig, dass die Frist von dann liefe. Der angefügte Kommentar lautet in der Übersetzung: 'Ab dem Zeitpunkt der Zusage, ἐπαγγελία, läuft die Zeit'.

Um diesen Kommentar zu verstehen, müssen noch andere Stellen der Peira hinzugenommen werden: Man denke hier noch einmal an die oben schon behandelte Parallelstelle zu Gai. D. 21, 1, 20, Peira 38, 33: „Εἰ μέντοι πρὸ τῆς πράσεως γέγονεν ἡ ἐπαγγελία, μετὰ δέ τινας ἡμέρας ἡ ἐπερώτησις, ἐκ τῆς προτέρας αἰτίας παραχρῆμα δύναται κινεῖν", übersetzt: 'Wenn freilich eine (informelle) Zusage vor dem Verkauf zustande gekommen ist, nach einigen Tagen aber die Stipulation, kann er aus dem früheren Grund sofort klagen.' Wie gesehen, ist es sprachlich näher am Text, inhaltlich sinnvoller und vereinbar mit der Parallelstelle im Tipoukeitos 19, 10, 18, diese Stelle wohl inhaltlich wie Gai. D. 21, 1, 20 zu verstehen, nämlich als Abfolge von *dictum-venditio-stipulatio*, wobei das *dictum* erst mit der *venditio* anspruchsbegründend ist.

Die Peira 38, 33 gibt eine ganz eigene Auslegung dieses Textes: „ἐπὶ δὲ τῆς μετὰ τὴν ἐπαγγελίαν ἐπερωτήσεως τῆς πρὸ τῆς πράσεως γενομένης, τότε οὐκ ἐκ τοῦ καιροῦ τῆς πράσεως τρέχει ὁ χρόνος. ἀπὸ γὰρ τοῦ καιροῦ τῆς ἐπερωτήσεως ἔνοχος ἐκ τῆς προτέρας αἰτίας ὁ πράτης ἤρξατο γίνεσθαι. προτέρα δέ ἐστιν αἰτία ἡ πρὸ τῆς ἐπερωτήσεως", also: 'Hinsichtlich der Stipulation, die nach dem (informellen) Versprechen abgegeben wurde und die [nämlich die Stipulation] vor dem Verkauf stattfand, da läuft die Zeit nicht ab dem Moment des Verkaufs. Vom Zeitpunkt der Stipulation hat der Verkäufer begonnen, aus dem früheren Rechtsgrund haftbar zu werden. Der frühere Rechtsgrund ist aber der vor der Stipulation.' Der Autor kommentiert also die Abfolge von *dictum-stipulatio – venditio.* Wohlgemerkt steht hier für Stipulation die entsprechende griechische Übersetzung, die dem Frage- und Antwortformalismus am ehesten gerecht wird und damit in der Bedeutung unzweideutig ist. Wenn man die Wortwahl dieser Stelle mit dem Zitat der Peira zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 vergleicht, fällt auf, dass ἐπαγγελία eher dem *promissum* entspricht, da *dicere* mit λέγω gleichgesetzt wurde. Allerdings zeigt die Parallelstelle zu Gai. D. 21, 1, 20, dass ἐπαγγελία weniger formell ist als eine *stipulatio.* Auch ‘πρὸ τῆς ἐπερωτήσεως‘ kann nicht

anders als eine zeitliche Bestimmung verstanden werden; der Autor der Peira definierte den ‚früheren Grund', προτέρα, als den vor der Stipulation, πρὸ. Damit kann also nur das *dictum* oder die ἐπαγγελία gemeint sein. ἐπαγγελία ist der Rechtsgrund der Klage und Ausgangspunkt der Klagefrist, nicht aber die *venditio*.

Wie brachte der Autor der Peira diese Annahme in ein konsequentes System mit Gai. D. 21, 1, 28? Peira 38, 37 übersetzt Gai. D. 21, 1, 28: „Εἰ μὴ ὁ πράτης ἠσφαλίσατο περὶ τῶν κεφαλαίων τῆς αἰδιλικίας, ἐνάγεται τῇ ἀναστρεφούσῃ τὸ πραθὲν ἀγωγῇ εἴσω δύο μηνῶν, ἢ τῇ τὸ τίμημα μειούσῃ εἴσω ἓξ μηνῶν", zu deutsch: 'Wenn der Verkäufer hinsichtlich der Prinzipien des ädilizischen Edikts keine Sicherheit geleistet hat, wird er durch die Wandlungsklage binnen zweier Monate oder die Minderungsklage binnen sechs Monaten verpflichtet.' In der Peira 38, 54 liest sich die Stelle u.a. im Zusammenhang mit Gai. D. 21, 1, 28 so: „„Ὁ τῇ παραδρομῇ τῶν ἓξ μηνῶν τῆς περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγῆς ἐκβληθεὶς δύναται κινεῖν τὴν περὶ τῆς μειώσεως τοῦ τιμῆματος ἐντὸς ἐνιαυτοῦ." Τοῦ πλάτους: τοῦτο νόησον ἐν ᾧ ὁ πράτης ἠσφαλίσατο ἐπὶ τοῖς *ἐκνικήσεως*[265] κεφαλαίοις. μὴ ἀσφαλισαμένου γὰρ αὐτοῦ ἰδικῶς ἀλλὰ σιωπήσαντος, τότε τὴν ῥεδνιβιτορίαν ἐντὸς δύο μηνῶν εἶχεν ὁ ἀγοραστής", d.h. 'Der durch den Zeitablauf der sechs Monate an der Klage hinsichtlich der Wandlung Gehinderte kann die Minderungsklage innerhalb eines Jahres erheben. [Kommentar]: Verstehe dies aber so: Der Verkäufer hat eine Garantie abgegeben hinsichtlich der Prinzipien des ädilizischen Edikts. Wenn er aber keine Sicherheit geleistet hat, sondern insbesondere geschwiegen hat, dann hat der Käufer die Wandlungsklage innerhalb von zwei Monaten.' Es scheint so, als sei der Autor von den Haftungsstufen ausgegangen, so wie Kupisch sie für das Römische Recht dargelegt hat: Gab der Verkäufer eine Zusage oder ein formelles Versprechen, haftete er sechs Monate lang auf Wandlung und ein Jahr lang auf Minderung; ohne diese Zusage oder dieses Versprechen verkürzten sich die Klagefristen auf zwei Monate für die Wandlung und sechs Monate für die Minderung. Logischerweise musste der Autor der Peira hinsichtlich seiner Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 (Peira 38, 33) in Erklärungsnot geraten, da nach seiner Textvorlage die längeren Klagefristen sowohl ab dem Vertrag als auch ab der Zusage liefen, ein Widerspruch in sich, da diese Fristen eine Zusage voraussetzten, also *nur* ab dann laufen konnten. Es ist möglich, dass schon der Autor der Peira Opfer dieser Korruptel „*aut*" in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 oder dessen

[265] Zepos/Zepos T. IV S. 160 Anm. 4 schlagen stattdessen αἰδιλικίας vor. Wörtlich steht hier: über die Prinzipien der *evictio.* Die Eviktion an dieser Stelle überrascht. Auch wenn man lange darüber nachdenken könnte, ob die Eviktion hier stellvertretend sein könnte für die *stipulatio duplae* im Falle einer Eviktion, dessen Formel oftmals die Stipulation hinsichtlich von Mängeln erfasste, so scheint es letztendlich am plausibelsten, dass der Schreiber sich vertan hat und αἰδιλικίας meinte, wie es sich in der Parallelstelle Peira 38, 37 findet.

griechischer Übersetzung geworden ist, von der Kupisch ausgeht, dass sie schon sehr früh Einzug in die Handschriften gehalten hat. [266] Der Autor der Peira stand vor einem Erklärungsproblem hinsichtlich Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und entschied sich, dass Ulpian sagen wollte: Bei einer Zusage, welcher Art auch immer, laufen die langen Klagefristen ab der Zusage; ohne Zusage gelten die kürzeren Klagefristen wie in Gai. D. 21, 1, 28. Deswegen beschränkte er sich in seinem Kommentar zur Parallelstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 auf die Bestätigung: 'Ab dem Zeitpunkt der Zusage, ἐπαγγελία, läuft die Zeit'. Das Weglassen des 'Moments des Verkaufs' geschah im Kommentar absichtlich, entgegen dem Wortlaut der vorweg zitierten Parallelstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6, denn ansonsten ergäbe sich ein logisches Problem der Vereinbarkeit dieser Stelle mit Peira 38, 37 und 54, d.h. den Stellen zu Gai. D. 21, 1, 28. Das erklärt vielleicht auch die Verkürzung in der Überlieferung der Parallelstelle zu Gai. D. 21, 1, 20: Nachdem der Autor der Peira der Parallelstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 wegen der korrumpierten Lesart der ἐπαγγελία eine starke Rechtsposition eingeräumt hatte, musste er konsequenterweise auch die Parallelstelle zu Gai. D. 21, 1, 20 dieser Lesart anpassen. Er ließ '*ut veniit...*' entfallen, da nach seinem Verständnis dem Kauf als Anknüpfungspunkt der Frist keine Bedeutung zukommen konnte, sobald eine Zusage gemacht wurde. '*ut veniit...*' machte für ihn keinen Sinn. Er musste ein neues System des Verhältnisses von einer Zusage zur Stipulation auf der Basis von Gai. D. 21, 1, 20 ersinnen. Dafür interpretierte er die verkürzte Übersetzung von Gai. D. 21, 1, 20 am Limit der sprachlichen Vorgabe. Man rufe sich noch einmal Peira 38, 33 zu Gai. D. 21, 1, 20 ins Gedächtnis: 'Hinsichtlich der Stipulation, die nach dem (informellen) Versprechen abgegeben wurde und die [nämlich die Stipulation] vor dem Verkauf stattfand, da läuft die Zeit nicht ab dem Moment des Verkaufs. Vom Zeitpunkt der Stipulation hat der Verkäufer begonnen, aus dem früheren Rechtsgrund haftbar zu werden. Der frühere Rechtsgrund ist aber der vor der Stipulation.' Gaius besprach *dictum-venditio-stipulatio.* Die Reihenfolge der Rechtshandlungen in der Interpretation ist: *dictum* (oder formloses *promissum*) – *stipulatio* – *venditio.* Bei einer Zusage konnte die Klagefrist *nicht ab dem Moment des Verkaufs* laufen, sonst läge nach dem Verständnis des Autors der Peira ein Widerspruch zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 vor. Sie beginnt aber, (mitzudenken: *statim*) sobald eine Stipulation zustande kam, dann aber nicht ab der Stipulation, sondern ab dem *dictum*. Ein Beginn ab der Stipulation wäre trivial gewesen; zudem musste der Autor noch die *stipulatio,* die in der Textvorgabe vorkam, und die προτέρα αἰτία verarbeiten, selbst auf die Gefahr hin, dass sich eine gewisse Unlogik in

[266] Kupisch in Tijdschrift v.R. 2002, S. 47.

seinen Gedankengang installierte. Den Platz, den bei Gaius die *venditio* einnahm, nämlich als Rechtsakt, der die Haftung aus der Zusage auslöste (nicht aber die Frist ab der Zusage), hat in der Peira die *stipulatio* inne: Wenn diese zustande kam, entfaltete die Zusage plötzlich Wirkung, selbst ohne nachfolgenden Vertrag. An dieser Stelle kommt der Kommentar des Autors der Peira zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zum Tragen, indem durch ihn ergänzt wird: Der Verkäufer muss nicht nur den *Inhalt* der Zusage einhalten, sondern ab der Zusage läuft auch die Klagefrist. Damit endet dieser Gedankengang in einer Sackgasse: Der Käufer könnte aus Stipulation klagen, ebenso aus einer *actio redhibitoria* oder *quanti minoris* aufgrund des *dictum*, bevor es zu einem Kaufvertrag gekommen wäre.

Kurz zusammengefasst scheint es also so gewesen zu sein, dass der Autor der Peira sich nahe an dem überlieferten Rechtstext justinianischer Herkunft halten wollte, aber wegen einer falschen Überlieferung der bereits korrumpierten Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 in eine dogmatische Irre ging, die sich in einer Verformung des Gedankens aus Gai. D. 21, 1, 20 äußerte.

Es muss noch ein Blick auf den Kommentar zu Pap. D. 21, 1, 55 geworfen werden:

Die Peira 38, 57 schreibt im Kontext zu Pap. D. 21, 1, 55: „ „Ἐπειδὴ ὡρισμένος ἐστι ὁ χρόνος ἓξ μηνῶν τῆς περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγῆς, οὐ δοκεῖ εὐχέρειαν ἐσχηκέναι τοῦ κινῆσαι ὁ τὸ λανθάνον αἴτιον τοῦ φυγάδος ἀγνοήσας…" Τοῦ πλάτους: Ἐφ' ὅσον τὶς ἠγνόει τὸν οἰκέτην ὄντα φυγάδα, οὐ τρέχουσιν αὐτῷ οἱ χρόνοι. πῶς γὰρ ἐδύνατο κινεῖν ὁ μηδὲ γινώσκων τὸ πάθος; τοῦτο δὲ τότε [οὐ][267] κρατεῖ, ὅτε ἐπιμελὴς ἀνὴρ δύναται γνῶναι τὸ αἴτιον, αὐτὸς δὲ ῥᾴθυμος ὢν ὁ ἀγοραστὴς οὐκ ἔγνω. οἱ γὰρ ἓξ μῆνες συναπτοί εἰσιν καὶ ἐξ ἐκείνου τρέχουσι τοῦ χρόνου, ἐξ οὗ τις ἐπιμελὴς ἀνὴρ ἐδύνατο γνῶναι τὸ πάθος", d.h. 'Da die Zeit von sechs Monaten der Wandlungsklage ὡρισμένος ist, scheint der, der den verborgenen Mangel des flüchtigen Sklaven nicht gekannt hat, nicht die Möglichkeit, Klage zu erheben, gehabt zu haben. [Kommentar]: Gegen ihn, der nicht gewusst hat, dass der Haussklave zur Flucht neigte, laufen die Fristen nicht. Denn wie konnte der klagen, der das Leiden (πάθος) nicht kannte? Dies ist aber dann [nicht] richtig, wenn ein sorgfältiger Mann den Mangel (αἴτιον) kennen konnte; der Käufer aber, der selbst nachlässig ist, hat ihn nicht erkannt. Die sechs Monate sind nämlich συναπτοί, und sie laufen ab jener Zeit, ab der ein sorgfältiger Mann das Leiden erkennen konnte.'

[267] in der Ausgabe Zepos/Zepos eingeklammert; man kann aber auch die Verneinung vertreten, als Weiterführung des verneinten Gedankens zuvor: Wer den Mangel nicht kennt, kann nicht klagen. Dieses Prinzip obsiegt dann *nicht*, wenn ein sorgfältiger Mann ihn hätte erkennen können. Da die Peira nur in einer lückenhaften Abschrift des 15. Jh. überliefert wurde, ist kein Abgleich möglich, s. Oikonomides in Fontes Minores VII S. 169.

Es findet sich also zunächst der Text der Basiliken, wie bei Scheltema/van der Wal B. 19, 10, 55 übernommen, unter Austausch der Begriffe ὡρισμένος und οὐτιλίος. Der Kommentar dazu macht deutlich, dass Papinians Idee aufgenommen und um das Kennenmüssen bzw. das fahrlässige Nichtkennen erweitert wurde. Allerdings macht die Peira keinen Unterschied mehr zwischen der Fristhemmung wie in Pap. D. 21, 1, 55 und dem Fristbeginn („ἐξ ἐκείνου τοῦ χρόνου") und ähnelt damit dem fast zeitgleichen Tipoukeitos 19, 10, 50.

Alle Stellen zusammengenommen, stößt man auf die gleiche Frage wie schon im Kapitel zu den Basiliken: Was galt aber jetzt bei einem Kauf mit Zusage[268]? Liefen die Fristen ab der Zusage oder ab der Kenntnis vom Mangel? Da die Peira ein einheitliches Rechtssystem wiedergibt, kann man sich schlechterdings nicht mit Vermutungen zur unterschiedlichen Textüberlieferung aus der Affäre ziehen:

Diesen Stellen kann nicht entnommen werden, ob in der Peira der *fugitivus* als Ausnahmefall eines Mangels behandelt wurde.[269] Das wäre eine Annahme, die den Widerspruch auflösen könnte. Es scheint aber eher so, als würde eine allgemeine Aussage, gültig für alle Mängel und Leiden, gemacht, zumal der Umstand, dass der Sklave zur Flucht neige, nicht im weiteren Kommentar aufgegriffen wird. Man könnte eher vermuten, dass nicht nur auf den *fugitivus* abgestellt werden sollte, sondern auf *jeden Mangel eines Sklaven,* so dass der subjektive Fristbeginn nur für den Sklavenkauf und für die Wandlungsklage als Ausnahme gelte. Denn wenn man voraussetzt, in der Peira habe man bereits versucht, ein allgemeines Prinzip von einem subjektiv zu bestimmenden Fristbeginn zu entwickeln, bleibt ein Widerspruch, der sich allein durch Textanalyse nicht lösen lässt, insbesondere weil die widersprüchlichen Aussagen ähnlich parallel formuliert sind: „ἐκ τοῦ καιροῦ τῆς ἐπαγγελίας τρέχει ὁ χρόνος" (Peira 38, 33) und „οἱ γὰρ ἓξ μῆνες ἐξ ἐκείνου τρέχουσι τοῦ χρόνου, ἐξ οὗ τις ἐπιμελὴς ἀνὴρ ἐδύνατο γνῶναι τὸ πάθος" (Peira 38, 57). Beide Stellen sprechen von einem Zeit*punkt*, ab dem eine Frist laufen sollte (ἐκ), auch wenn ἐκ τοῦ καιροῦ genauer einen Moment bezeichnet als ἐκ τοῦ χρόνου. Aber das mag daran liegen, dass ein Zeitpunkt der Kenntnis oder gar des Kennenmüssens nie so genau festlegbar ist wie der Moment eines Kaufabschlusses.

Eines ist deutlich: Einem Fristbeginn ab Kenntnis des Mangels wird eine starke Position eingeräumt. Kenntnis und Kennenmüssen werden angesprochen, die Sorgfalt und

[268] Denn beide Stellen sprechen von einer Zusage, sonst würden nicht die längeren Fristen gelten.

[269] Die Sprachwahl lässt keinen eindeutigen Schluss zu, da die Peira *vitium* und *morbus*, αἴτιον, πάθος, bedeutugsgleich verwendet, s. Peira 38, 22.

Nachlässigkeit benannt. Wozu sollte das dienen, wenn nicht für eine angestrebte Anwendung in der Praxis? Es scheint so, als sollte in Peira 38, 33 nur klargestellt werden, dass es eben nur auf die Zusage ankomme, damit die längeren Fristen von einem bzw. einem halben Jahr liefen, auch wenn der Kommentar zu dicht an der Wortwahl der vielleicht schon korrumpierten Vorlage geblieben ist und nicht frei genug diesen Gedanken geäußert haben mag. Es würde nicht verwundern, dass ein neuer Fristbeginn gelegen kam, als hinsichtlich der (korrumpierten) Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 Erklärungsschwierigkeiten auftraten.

6.5 Die Ecloga Basilicorum

Der in acht Handschriften des 14. bis 16. Jahrhunderts überlieferte Kommentar eines unbekannten Verfassers zu den ersten zehn Büchern der Basiliken, der 1142 fertig gestellt wurde, greift auf Quellen des 6. und 11. Jahrhunderts zurück. Er selbst hat der Hexabiblos als eine ihrer Vorlagen gedient.[270] Da der Kommentar begrenzt ist, sei es von Anbeginn, sei es durch einen Verlust in der Überlieferung, sind auch die Aussagen zu den ehedem ädilizischen Klagen limitiert.

Hinsichtlich des flüchtigen oder umherstreunenden Sklaven enthält die Ecloga in B. 2.2.217 (entspricht in Teilen D. 50, 16, 225) die bereits bekannte Aussage: „Καὶ εἰ μὲν ὡμολόγησεν ὁ πράτης μὴ εἶναι φυγάδα τὸν δοῦλον, ἐνάγεται τῇ ῥεδν(!)ιβιτορίᾳ ἐντὸς ς' [6] μηνῶν, εἰ δὲ μὴ ὡμολόγησεν, ἐντὸς β' μηνῶν, οὐ μόνον δὲ ἐπὶ τῆς φυγῆς, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ παντὸς ἑτέρου πάθους ἐμποδίζοντος τῇ σωματικῇ χρήσει. Ὁ δὲ ἀγοράσας δοῦλον ἔχοντα πάθος ψυχικὸν ἔχει τὸν πράτην ἔνοχον τῇ κουαντιμίνορις ἤτοι τῇ ἐλαττούσῃ τὸ τίμημα, ὁμολογήσαντα μὲν καὶ ἀσφαλισάμενον μὴ ἔχειν πάθος ψυχικὸν τὸν δοῦλον ἐντὸς α' χρόνου, μὴ ἀσφαλισάμενον δὲ ἐντὸς ς' μηνῶν. (…)“, übersetzt: 'Und wenn zwar der Verkäufer versprochen hat, dass der Sklave nicht zur Flucht neige, wird er durch die Wandlungsklage innerhalb von sechs Monaten vor Gericht gebracht, wenn er aber nichts versprochen hat, innerhalb von zwei Monaten, nicht nur aber wegen der Flucht, sondern auch wegen jeden anderen Leidens, das den körperlichen Gebrauch behindert. Dem Käufer eines Sklaven aber, der ein psychisches Leiden hat, haftet der Verkäufer durch die *quanti minoris*, d.h. die Minderungsklage, wenn er versprochen und garantiert hat, dass der Sklave kein psychisches Leiden habe, innerhalb von einem Jahr, wenn er aber nicht garantiert hat,

[270] Burgmann S. XVff, XXI.

innerhalb von sechs Monaten.' Die angegebenen Klagefristen verwundern in dieser Stelle nicht; sie zeigen lediglich, dass die kürzeren Fristen wie in Gai. D. 21, 1, 28 den längeren wie in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 gleichberechtigt beigeordnet waren. Da nichts näher zum Fristbeginn präzisiert wurde, liegt es nahe anzunehmen, dass der Schreiber ein und denselben Zeitpunkt für alle Fristen im Kopf hatte, sei es dass der Verkäufer etwas versprochen hatte, sei es dass nicht, d.h. den Kauf, eventuell den Barkauf, bei dem der Kauf und die Übergabe zeitlich direkt folgten. Der letzte Zusatz hinsichtlich der Minderungsklage hingegen erscheint seltsam, denn anders ausgedrückt steht da: Der Verkäufer haftet für seelische Leiden, auch wenn darüber keine Zusage gemacht wurde. Der Abschnitt behandelt allerdings nur gewisse 'seelische' Leiden oder Charaktereigenschaften, nämlich u.a. die Neigung zum Diebstahl, zur Flucht, zum Umherstreunen oder einer anderen Straftat (hier wohl der Ehebruch, weswegen jemand kahlgeschoren wurde); für seelische Leiden allgemein haftete der Verkäufer nicht.[271]
Diese Fristen finden sich in Ecloga B. 2.2.98.2 bestätigt: Bei einer Zusage (ἀσφαλίζω, ὁμολογέω[272]), hatte der Käufer ein Jahr für die Minderungsklage, α' χρόνος, wobei er vorbrachte, dass er nicht soviel für den Sklaven ausgegeben hätte, wenn er gewusst hätte, dass er so sei. Wenn der Sklave aber kein psychisches, sondern ein körperliches Leiden besitze, er zur Flucht neige oder im Fieber vor sich hin rede, dann habe der Käufer die Wandlungsklage innerhalb von sechs Monaten,[273] wenn er auch den Wert des Zugewinns herausgebe. Der Text fährt fort: „Εἰ δ' οὐκ ἠσφαλίσατο περὶ τῶν παθῶν ὁ πράτης, ἀλλ' ἁπλῶς πέπρακε τὸν δοῦλον, τότε ὁ ἀγοραστὴς τὴν μὲν κουαντιμίνορις (...) οὐ κινεῖ κατὰ τοῦ πράτου ἐντὸς ς' [6] μηνῶν, τὴν δὲ ῥεδνιβιτορίαν (...) ἐντὸς β' μηνῶν", 'Wenn der Verkäufer nicht über die Leiden Sicherheit gegeben hat, sondern den Sklaven 'einfach' verkauft hat, dann erhebt der Käufer die Minderungsklage gegen den Verkäufer *nicht* innerhalb von sechs Monaten und die Wandlungsklage (nicht) innerhalb von zwei Monaten.' Was hier erstaunt ist die Verneinung des Hauptsatzes. Man erwartet das Altbekannte: Ohne Zusage gelten die kürzeren Fristen. Aber das folgt hier eben nicht, denn es wurde eingeschoben[274], dass der Verkauf nicht nur ohne Zusage durchgeführt wurde, sondern auch 'einfach' sei, ἁπλῶς. Die Digesten und die

[271] so auch Ecloga B. 2.2.98.2; der weitere Text spricht von μελετάω, τυπόω, also rezitieren oder durch etwas kennzeichnen, was danach klingt, als gehörten diese charakterlichen Mängel zu denen, die man bekanntgeben musste, vielleicht so wie früher in Rom durch Schilder, Fesseln, Hüte etc.; zum diebischen Sklaven s. Ecloga B. 2.2.168.
[272] Zachariä v. Lingenthal Gesch. S. 290 übersetzt ὁμολογέω mit der Abgabe einer mündlichen Stipulation.
[273] Hier wird gestuft: Bei einer Zusage über die Abwesenheit von seelischen und körperlichen Mängeln hat der Käufer bei seelischen Mängeln die Minderungsklage; für die aufgezählten charakterlichen und für körperliche Leiden aber die Wandlungsklage.
[274] Da die textkritische Anmerkung nichts dazu anmerkt, muss davon ausgegangen werden, dass dieser Textausschnitt aus der Feder eines einzigen Autors stammt.

Basiliken sagten schon, dass in dem Fall keine Wandlungsklage gelte, also auch keine Minderungsklage. Insofern ist hier gemeint, dass der Verkäufer nicht nur nicht irgendetwas zugesagt habe, sondern sogar noch ‚einfach' verkauft habe. Obwohl wir zeitlich und kulturell fern vom Römischen Recht sind, ist es erstaunlich, wie gut auch hier die These Kupischs passt[275]: Beim einfachen Kauf gibt es keinen Klageanspruch, bei keiner Zusage gelten kürzere Fristen und bei einer Zusage die längeren, denn dann hätte der Käufer ja auch weniger bezahlt. Papinians Idee, in welcher Verformung auch immer, findet sich nicht.

6.6 Die Ρομαϊκαὶ ἀγωγαί

Aus griechischen Handschriften des 11. und 14. Jahrhunderts ist eine Abhandlung zu den römischen Klagen erhalten (Ρομαϊκαὶ ἀγωγαί). Fögen beschreibt diese Art von Aktionenkommentaren allgemein so: „Für das römische Recht lässt sich, so scheint es, nichts aus ihnen lernen, da es sich nur um knappe Zusammenstellungen und Klassifizierungen handelt. Für das byzantinische Recht lässt sich vermutlich auch nichts aus ihnen lernen, da sie mit ihrem lateinischen Wortschatz deutlich dem römischen Recht verhaftet sind. Dem alten Recht haben sie also nichts hinzuzufügen und über ein anderes, ein neues Recht sprechen sie nicht", es sei denn über die Façon, wie man Recht lehrte.[276] Das heißt aber nicht, dass diese Kommentare nicht helfen können zu begreifen, wie bestimmte Rechtstexte verstanden wurden. Oikonomides beschreibt den Zustand der Rechtsausbildung so, dass die Studenten das auswendig lernten, was ihre Lehrer ihnen vorgaben, deren Interpretationen (und vielleicht Fehlinterpretationen) inklusive. Je nach Güte der Lehrer schwankte die Qualität der Ausbildung.[277] So muss es auch um die Kommentare zu römischrechtlichen Institutionen gestanden haben. Fögen arbeitet heraus, dass die diesen Aktionenkommentaren zugrunde liegenden Handschriften griechische Quellen benutzten, die den Digesten näher standen als die Basilikentexte.[278]

[275] Am Rande sei bemerkt, dass Jakabs Modell, s. Kapitel: Diverse Lösungsvorschläge, hier nicht gelten könnte; das wird allein schon durch den parallelen Satzbau (er verspricht – er verspricht nicht) ausgeschlossen, wobei im zweiten Teil bestimmt keine prozessualen Stipulationen gemeint sein können.
[276] Fögen in Fontes Mionores VIII S. 216f.
[277] Oikonomides in Fontes Minores VII S. 188f.
[278] Fögen in Fontes Mionores VIII S. 225, 236.

Inhaltlich stützt der Klagenkommentar das bereits Gesagte zum Fristensystem:

„… δεῖ γὰρ τὸν πράτην ἐπερωτᾶσθαι τῷ ἀγοραστῇ ὡς εἰ πάθος εὑρεθῇ κρυπτὸν ἐν τῷ πεπρα[γ]μένῳ οἰκέτῃ, παρέξει τὸ διπλάσιον. ἡ δὲ τοιαύτη αἰτία τοῦ δούλου εἴσω μηνῶν ἓξ μόνον κινουμένη καὶ εὑρισκομένη ἀναστρέφει[ν] τὸν οἰκέτην" [279], in der Übersetzung: 'Es ist nämlich notwendig, dass der Verkäufer dem Käufer stipuliert, wenn er z.B. ein verstecktes Leiden fände am verkauften Sklaven, wird er das Doppelte leisten. Der so beschaffene Klagegrund des Sklaven wird nur binnen sechs Monaten geltend gemacht und gereicht, den Sklaven zu wandeln.' Hier wird wohl wie schon im Römischen Recht die *stipulatio duplae* wegen Eviktion und die wegen eines Sachmangels miteinander verknüpft, wobei man sich fragen kann, ob der Verfasser sich der Unterschiede zwischen beiden Stipulationen noch bewusst war. „Ὀφείλει δὲ ὁ πράτης προλέγειν τῷ ἀγοραστῇ τὰ πάθη καὶ τὰ αἴτια τοῦ δούλου… ταῦτα δὲ μὴ λέγων ἢ περὶ τὰ λεγόμενα ψευδόμενος εἰς τὸ διαφέρον ὑπόκειται…."[280] Der Verkäufer aber müsse dem Käufer vorher die Leiden und die Mängel des Sklaven bekanntmachen. Der, der aber dies nicht sage oder hinsichtlich des Gesagten es zu etwas anderem verdrehe, unterfalle (einer Klage).[281]

Zu den einfachen Verkäufen steht: „σύνηθες δέ ἐστι μὴ ἁρμόζειν τὴν περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγὴν ἐπὶ τῶν ἁπλῶν πράσεων, ἤτοι τῶν μήτε ψόγον μήτε ἔπαινον περιεχόντων", übersetzt: 'Üblich ist es, dass die Wandlungsklage nicht für die einfachen Verkäufe gelte, das heißt, Verkäufe die weder eine Aussage zu den Mängeln noch eine Zusage enthalten', was der Scholie zur Synopsis Basilicorum A XII, 10 entspricht.[282]

Zum Stichwort *redhibitoria* wird ausgeführt: „Ῥεδιβιτορία. ἁρμόζει ἐπὶ ἀναδόσει οἰκέτου καὶ ζώου πραθέντος καὶ διὰ πάθος ἢ βίτιον ἀναδιδομένων. ἀναδίδωσι δὲ καὶ εἰ τι προσεπόρισε καὶ ὅσα προσετέθη αὐτῷ πιπρασκομένου, καὶ εἰς εἴτι χεῖρον γέγονε. λύει δὲ τὸ συνάλλαγμα ἡ ῥεδιβιτορία, ὡσανεὶ μηδὲ ἐπράχτη. ἡ δὲ ῥεδιβιτορία ἓξ μηνῶν οὐτιλίων μετὰ τὸ *βέλτιον*[283] ἔχει διάστημα. ἡ κουαντιμινόρις ἐνιαυτοῦ. ἡ δὲ κουαντιμινόρις καὶ τὴν ῥεδιβιτίονα ἔχει ἐν ἑαυτῇ…. ταῦτα δὲ νόει ὅτε ἐπαγγείληται ὁ πράτης περὶ βιτίου. εἰ γὰρ μὴ ἐπαγγείληται, ἐντὸς μὲν δύο μηνῶν ἡ ῥεδιβιτορία

[279] Nach einer Handschrift aus dem 11. Jahrhundert aus dem Cod. Laurentianus 80-2 und wieder aufgenommen in einer Handschrift aus dem 14. Jahrhundert aus dem Cod. Parisianus 624 suppl. gr., wobei der Cod. Parisianus näher an der Urquelle liegt, Meijering in Fontes Minores VIII S. 1ff, 6, 40 (dort auch zum ersten Mal der Volltext abgedruckt).

[280] Fontes Minores VIII S. 47f.

[281] Diese Stelle entspricht Tipoukeitos Lib. XI, Tit. 10, 1; Synopsis Basilicorum A XII 1; s. ansonsten die Testimonia in Scheltema/van der Wal B. 19, 10, 1.

[282] Zepos/Zepos S. 50.

[283] Wie Meijering vermutet, liegt hier wohl ein Schreibfehler vor, so dass korrekterweise βίτιον gelesen werden muss.

κινεῖται, ἡ δὲ κουαντιμινόρις ἐντὸς ἐνιαυτοῦ"[284], übersetzt: 'Die Wandlungsklage: Sie ist richtig zum Zwecke der Rückgabe des Sklaven und des verkauften Tieres und wegen des Leidens oder *vitium* der zurückgegebenen Kaufsachen [d.h. Tiere und Sklaven]. Er gibt aber zurück, auch wenn zusätzlich etwas geliefert wurde und ihm etwas dergleichen vom Verkaufenden geliefert wurde, auch wenn etwas verschlechtert worden ist. Das Gegenseitigkeitsverhältnis löst aber die Wandlungsklage, als wenn nicht gekauft worden sei; die Wandlungsklage hat eine Frist von sechs Monaten 'utiles' nach dem *Mangel* (?). Die *quantiminoris* hat die Frist von einem Jahr. Die *quantiminoris* beinhaltet auch die Wandlung in sich. (…) Verstehe dies aber, dass der Verkäufer wegen des *vitium* eine Zusage abgegeben haben würde (ἐπαγγείληται). Denn wenn er keine Zusage abgegeben hat, wird die Wandlungsklage binnen zweier Monate erhoben, die *quantiminoris* aber binnen einem Jahr…' An anderer Stelle wird noch einmal kurz eine Sechsmonatsfrist bei einer Wandlungsklage erwähnt.[285] *Cavere* ist also hier mit einer simplen Zusage gleichgesetzt, weit entfernt von jeder Forderung einer Stipulation oder eines formellen Versprechens.

Vermutlich ist es ein Versehen, dass im Falle, dass der Verkäufer *kein* Versprechen abgegeben hat, die Minderungsklage ein Jahr lang gelten solle. Auch hier ist das Schema der Rechtsansprüche einfach: Wenn keine Gewährleistung übernommen wurde, kann der Käufer den Vertrag nicht auflösen (einfacher Kauf). Ohne eine Zusage (und ohne Gewährleistungsausschluss) kann der Käufer binnen zwei Monaten wandeln und binnen einem (halben?) Jahr mindern, mit einer Zusage verlängern sich die Fristen auf sechs Monate und auf ein Jahr. Die Fristen laufen aber ab wann? Gerade hier scheint der Schreiber nicht in seiner besten Form gewesen zu sein. Selbst wenn man *vitium* an die Stelle setzt, für den Schreiber ein lateinisches Fremdwort, ergibt die Stelle wenig Sinn. Man erfährt nur, dass irgendein Ereignis eintreten muss, damit die Frist läuft.[286]

[284] Fontes Minores VIII S. 141.
[285] Fontes Minores VIII Nr. 6.4.6. S. 69.
[286] Natürlich ist die Versuchung groß, hier eine Kenntnis vom Mangel zu ergänzen, vielleicht durch einen Infinitiv oder ein Partizip im Sinne von 'entdecken'. Man müsste noch nicht einmal an dem μετά Anstoβ nehmen, das klar abweicht von den ansonst überlieferten Formulierungen, die stets einen Fristenlauf *aus* oder *ab* einem bestimmten Moment annahmen, nie *nach* einem Ereignis. Die Formulierungen in dem Aktionenkommentar sind insgesamt wenig ähnlich den anderen Formulierungen.

6.7 Die Hexabiblos

Die Hexabiblos wurde um 1345 durch den Juristen und Richter Konstantinos Harmenopoulos aus Thessaloniki als Handbuch für die richterliche Praxis auf der Basis griechischer Gesetzessammlungen wie u.a. der Synopsis Basilicorum, der Synopsis minor, den Rhopai und der Peira zusammengestellt. Durch seine überschauliche Ordnung der Materie wurde das Handbuch in Byzanz sehr beliebt,[287] während es bei der Rezeption in Europa auf Ablehnung stieß.[288] Insofern dürfte es bei der Kompilation eines 'neuen' *ius commune* in Frankreich und Deutschland keine grundlegende Rolle gespielt haben.

In der Hexabiblos werden die ehedem ädilizischen Klagen und deren Fristen im Lib. III, Tit. III in zwei Abschnitten behandelt.[289]

Ulpians Fragment ist in Vergessenheit geraten, nur die Idee Papinians findet sich im Kapitel über die Wandlungs- und Minderungsklage wieder: „Ὅτε ἡ μὲν τὸ πραθέν ἀναστρέφουσα ἀγωγή, εἴσω ἕξ μηνῶν κινεῖται. ἡ δὲ μειοῦσα τὸ τίμημα, ἐντος ἐνιαυτοῦ. Ἀφ' οὗ δὲ γνῷ το πάθος, ἢ ὀφείλει γνῶναι ὁ ἀγοραστής, τρέχουσιν ὀι ἕξ μῆνες." Die Wandlungsklage laufe also sechs Monate, die Minderungsklage ein Jahr lang. Die sechs Monate würden aber ab dann laufen, wenn der Käufer die Krankheit kannte oder kennen musste.

Darüber, ob nun diese Frist etwas anderes sein könnte als durchlaufend, zerbricht sich der Autor nicht mehr den Kopf. Es ist nicht mehr die Rede von *potestas experiundi*, sondern nur von Klagefristen, was die im Tipoukeitos und in der Peira schon vorgefundene Tendenz fortsetzt. Er bezieht den Fristbeginn ab Kenntnis oder Kennenmüssen nur auf die Wandlungsklage, nicht auf die Minderungsklage, ganz nach seinem Vorbild Pap. D. 21, 1, 55, das auch nur von sechs Monaten sprach.

An diesen Abschnitt über die Wandlung und Minderung fügt Harmenopoulos einen längeren Abschnitt 'Über einen Verkauf von Tieren' an, in dem er Bestimmungen zum Vieh- und Sklavenkauf mischt. Die Frist von einem halben Jahr galt bei der Zusage der Mangelfreiheit, „εἰ μὲν πρὸς ἔπαινον αὐτοῦ εἴποι ὁ πράτης, καὶ συμφωνήσοι τοῦτο ἀπαθὲς, ἔχει ὁ ἀγοραστής ἐξουσίαν, εἴσω ἐξάμηνου ἀντιστρέφειν τοῦτο. μετὰ δὲ τὸ ἐξάμηνον, οὐχὶ ἀλλ' ἕως πληρουμένου τοῦ ἐνιαυτοῦ, κινεῖ τὴν μειοῦσαν τὸ τίμημα ἀγωγήν. εἰ δὲ μὴ

[287] Oxf. Dict. Byz. 'Harmenopoulos'; zur Datierung s. Fögen in Fontes Minores IV S. 296f.
[288] Fögen in Fontes Minores VII S. 261f; Fögen in Fontes Minores IV S. 256.
[289] Die Textversion ist die der Ausgabe Gothofredus' von 1587, die wohl auf die Ausgabe Suallembergs und dementsprechend auf Cod. Par. gr. 1386 zurückgeht. Wie alle Handschriften mischt auch diese die Scholien mit dem eigentlichen Text, was Fögen dazu veranlasst, die Hexabiblos stets als Hexabiblos aucta anzusehen, Fögen in Fontes Minores IV S. 260f, Fontes Minores VII S. 260.

εἴποι πρὸς ἔπαινον τοῦ πωλουμένου ὁ πράτης, εἴσω μὲν δύο μηνῶν, ἔχει ἄχρις ἑξαμήνου τὴν μειοῦσαν τὸ τίμημα, ὀφείλει γὰρ ὁ πράτης προλέγειν τῷ ἀγοραστῇ τὰ πάθη καὶ τὰ αἴτια τοῦ πωλουμένου", was bedeutet: 'Wenn nun der Verkäufer als Zusage, πρὸς ἔπαινον, derselben Sache etwas gesagt hat und er vereinbart hat, es sei frei von Krankheit, hat der Käufer die Möglichkeit, es innerhalb von sechs Monaten zu wandeln. Nach den sechs Monaten, in der Tat[290] bis zum Ablauf eines vollen Jahres, erhebt er die Minderungsklage. Sollte der Verkäufer aber nichts zur Zusage der Kaufsache gesagt haben, innerhalb von zwei Monaten; er hat bis zum Ende von sechs Monaten die Minderungsklage; der Verkäufer soll nämlich dem Käufer die Krankheiten und die Mängel (von αἴτιον) von der Kaufsache angeben.'

Denn der Verkäufer hatte die Pflicht, die nicht sichtbaren und die versteckten[291] Mängel des Tieres bekannt zu machen, 'τὰς αἰτίας τῶν ζώων, τὰς ἀπο φανεροῦ οὔσας, λεγέτωσαν οἱ ἀπεμπωλοῦντες. ὁμοίως καὶ τὰς ἐν κρυπτῷ.'

Anders als in den Basiliken arbeitet Harmenopoulos nicht mehr mit den Kategorien *dicere-promittere* bzw. deren griechischen Äquivalenten λέγω, ἐπαγγέλλομαι, sondern verwendet 'λέγω', 'συμφωνέω', 'λέγω πρὸς ἔπαινον', also '(zu)sagen', 'vereinbaren' und vor allem 'etwas zum Anpreisen zusagen'. Diese Aufweichung der Wortbedeutungen fand sich schon im oben behandelten Aktionenkommentar Ρομαϊκαὶ ἀγωγαί. *Dicere vel promittere* wurde dort mit den Termen ἐπαγγέλλομαι und ἔπαινος ausgedrückt. ἔπαινος bedeutet im klassischen Griechisch Lob, Anpreisung, öffentliche Wiedergabe einer Rhapsode.[292] Der spätere Sprachgebrauch weicht nicht davon ab.[293] Nur der Thesaurus Graecae Linguae führt als Nebenbedeutung zu ἐπαινέω *promitto* an. In dieser Textstelle hier findet sich ἔπαινος in der Bedeutung einer rechtlich relevanten, wohl öffentlich kundgegebenen

---

[290] οὐκ ἀλλά kann auch 'zumindest' bedeuten, was hier allerdings weniger passt; Ioannes Mercerus (Mercier) übersetzte es schon richtigerweise mit *verum*.

[291] Wenn keine überflüssige Dopplung vorliegt, muss ein Sinnunterschied zwischen dem nicht sichtbaren und dem verborgenen Mangel vorliegen. Da κρύπτω auch den Sinn von 'etwas verbergen', 'verhehlen' trägt, liegt es nahe, an Mängel zu denken, die irgendwann einmal sichtbar waren und dann wieder in ihren sichtbaren Folgen behoben wurden.

[292] Zumindest erwähnt Lampe keine andere Bedeutung.

[293] Die Glossaria C. Labbés führen als Bedeutung nur *laus* an. Labbé Gloss. (griech.-lat. Phil.) S. 72 ἔπαινος; das griech.-lat. Glossarium zu den Basiliken führt das Stichwort nicht auf; auch die Gegenprobe unter den lateinischen Stichworten *cautio, promitto, dico, spondeo, stipulatio* und deren Derivate führt nicht zu einem äquivalenten Wort zu 'Lob' in den diversen lat.-griech. Glossarien; selbst wenn die Kritik begründet sein mag, dass Labbé leider nicht die Herkunft der gesammelten Ausdrücke angibt, so ändert das nichts daran, dass er wohl keine andere Bedeutung als *laus* in den Glossen feststellen konnte, s. Burgmann in Fontes minores II, S. 88; Du Cange in seinem *Glossarium ad scriptores mediae & infimae graecitatis* führt das Stichwort nicht an, ebenso wenig wie Sophocles' griechisches Lexikon, das das byzantinische Griechisch bis 1100 abdeckt; ebenso wenig in Trapps Lexikon zur byzantinischen Gräzität.

Eigenschaftsbeschreibung.[294] Damit rückt diese Textfassung begrifflich ab von Gai. D. 21, 1, 28 und *cavere* bzw. dessen Äquivalent ἀσφαλίζω, das noch in der Peira 38, 37 und 54 verwandt wurde, ohne allerdings den Sinn von Gai. D. 21, 1, 28 zu ändern. Denn ἔπαινος umfasst in seiner Bedeutung wohl jegliche Aussage zur Kaufsache, ein *dictum* und ein *promissum*, welcher Art auch immer. Speziell eine Stipulation zur Sicherheit des Käufers abzugeben wird zumindest zur Zeit des Harmenopoulos kaum mehr verlangt worden sein, denn weder ἔπαινος noch λεγέτωσαν oder ὀφείλει προλέγειν geben diese Bedeutung her. 'συμφωνέω' trägt eher die Bedeutung der Vertragsvereinbarung in sich, also der Absprache, die Teil des Kaufvertrags wird.

Das Bild, das Kupisch zum klassischen Römischen Recht gemalt hat, passt auch auf den Rechtszustand im Byzanz des 14. Jahrhunderts. Kurz formuliert ergibt sich folgendes Schema:

Bei einem 'einfachen' Verkauf gibt es keine Wandlung.[295] Die Basishaftung des Verkäufers ergibt sich aus der Pflicht, ihm bekannte Mängel und Krankheiten, also Abweichungen vom Normalzustand, anzuzeigen, ὀφείλει προλέγειν. Somit erklärt sich auch die logische Verknüpfung des letzten Satzes durch γὰρ: Die letzte Aussage heißt anders formuliert: Der Verkäufer haftet zwei resp. sechs Monate lang, *denn*, auch wenn er nichts zugesagt hat, haftet er dennoch, da er gewisse Mängel anzeigen muss. Wenn er allerdings etwas zugesagt hat, dann haftet er länger. Im Übrigen laufe zumindest die Frist von sechs Monaten für die Wandlungsklage frühestens ab dem Kennenmüssen vom Mangel, also losgelöst vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder vielleicht des Tages, an dem eine Zusage gemacht wurde.

Hinsichtlich der letzten Aussage bleibt unklar, ob der Fristbeginn wegen der Unkenntnis des Käufers vom Mangel nur bei der Wandlungsfrist von sechs Monaten oder auch für die anderen Klagen verschoben werden konnte. Harmenopoulos hat einfach die Aussage aus Pap. D. 21, 1, 55 zitiert, ohne klarzustellen, ob er von dieser Stelle auf ähnlich gelagerte Klagefristen zurückschließen oder ob er sie als Ausnahmeregel verstehen wollte.

---

[294] Allerdings findet sich der Gebrauch von ἔπαινος schon zuvor in einer Scholie zu Pomp. D. 21, 1, 48, 8 in der Syn. Bas. A XII, 10, (daraus Rekonstruktion Heimb. B. 19, 10, 43), das später in den 'Romaikai agôgai' aufgegriffen wird, wo der einfache Kauf, bei dem eine Wandlung nicht möglich sei, als Kauf ohne ἔπαινος und ohne der Ansage eines Mangels definiert wird, vgl. Tip. Lib. XIX Tit X 16, Doelger S. 129; Hexabiblos III, III Harmenopulos S. 220; im Gegensatz aber zu Proch. auct. Lit. A c. 92 in Zepos/Zepos VI S. 343, wo es das nicht bindende Anpreisen meint.

[295] Die Hexabiblos übernimmt allerdings nur Pomp. D. 21, 1, 48, 8 in der Übersetzung und gibt keine Erläuterung, was ein einfacher Verkauf sei.

Ein Exkurs: Die ädilizischen Klagen und die Stratiotes

In diesem Abschnitt der Hexabiblos zur Gewährleistung werden nicht nur die Klagefristen behandelt, sondern eine soziale Gruppe schlicht und ergreifend von einer Klage ausgenommen, die Stratioten: Prinzipiell könne der Käufer binnen sechs Monaten wandeln, „δί ' ἑξαμηναίου", und nach Ablauf dieser Frist noch mindern, was nahelegt, dass beide Klagefristen zur gleichen Zeit und nach den gleichen Bedingungen zu laufen beginnen, es sei denn beim Käufer handle es sich um einen Soldaten, „εἰ μὴ στρατιώτης ἐστὶν ὁ ἠγορακώς", was wohl nicht nur bedeutet, dass andere Klagefristen für die Stratioten gelten sollen, sondern jegliche Klage ausgeschlossen sei. Einen Grund für diesen Sonderstatus der Soldaten wird im Text nicht angegeben. Harmenopoulos hat wohl auf den Tipukeitos 19, 10, 27 zurückgegriffen. Aber auch dort bleibt dieser Zusatz unerklärlich. Allgemein wird hervorgebracht, es sei *Stratiotes*[296] verboten gewesen, am Handel teilzunehmen.[297] Allerdings erwähnen nur der Tipoukeitos 19, 10, 27[298] und die Hexabiblos den Soldaten im Kaufrecht. Der Tipoukeitos führt in dem Zusammenhang Leo VI, genannt den Weisen (gest. 912), an und bezieht sich einzig auf den Fall eines mangelhaften Tieres: Er, Leo VI, bestätige sowohl die sechs Monate der Wandlung als auch das Jahr der Minderung des mangelhaften Tieres und setze fest, dass (es so sei), wenn der Käufer nicht Stratiote sei. Die Militärgesetze des Ruffus sind wesentlich allgemeiner.[299] Macer D. 49, 16, 13 sagt nur, dass die Soldaten keine Äcker in der Provinz, in der sie dienen, kaufen sollen, damit sie nicht vom Militärdienst abgelenkt werden.[300] Der *Nomos Stratiotikos* vom Ende des 6. und Mitte des 8. Jahrhunderts, der im Wesentlichen die Strafverordnungen, die sich bereits in D. 49, 16 finden, wiederaufgreift, enthält keine solche Regel.[301] Nun wäre ein Ausschluss des Klagerechts, wenn man den

---

[296] Oxf. Dict. Byz. 'Stratiotes': in Gesetzestexten meinte *stratiotes* denjenigen, der eine *strateia* innehatte, also in Militärlisten eingeschrieben war und deswegen zu Militärdiensten verpflichtet war. Ab dem 10. Jahrhundert wurde die Pflicht an ein Landstück geknüpft, aus dem die Lasten für den Militärdienst aufgebracht wurden, s. ebd. 'stratiotika ktemata' und 'strateia'.

[297] Oxf. Dict. Byz. 'Stratiotes'; Freshfield S. 61: Soldaten seien eine eigene Bevölkerungsklasse gewesen, die bis zu ihrem Ausschluss aus dem Militär nicht der zivilen Gerichtsbarkeit unterliegen haben. Ihnen sei u.a. die Teilnahme am Handel verboten gewesen. Allerdings gehen die durch ihn angegebenen Quellen keine Aussage zum Kaufrecht her.

[298] Doelger S. 132 a.E.

[299] Zum Versuch einer Datierung s. Brand S. 136ff; ebd. S. 150 der Text, Nr. 7: „*Milites nec agriculturae vacent, aut mercaturae, nec civilem in se curationem recipiant: alioqui militiam, & militaria privilegia amittunt*".

[300] Macer D. 49, 16, 13 pr.: „*Milites agrum comparare prohibentur in ea provincia, in quo bellica opera peragunt, scilicet ne studio culturae militia sua avocentur, et ideo domum comparare non prohibentur…*"; Strafe war ggf. die Beschlagnahme.

[301] Text in Zepos/Zepos II S. 75ff.

Einschub als solchen verstehen will,[302] vielleicht verständlich für das frühe byzantinische Recht, da ein Vollzeitsoldat sich nicht mit anderen Beschäftigungen abgeben sollte,[303] wie dem Ackerbau, dem Handel oder dem Prozessführen.[304] Ab dem 5. Jahrhundert war der Teilzeitsoldat, der sein Überleben in der Provinz mittels eines Landstücks sicherte, die Ausnahme. Im späten 5. Jahrhundert war es üblich, dass ein Kassenwart für die Truppe auf Märkten oder bei den Bauern das Notwendige zur Verpflegung einkaufte und weitergab an die Soldaten.[305] Anfangs stellte die Armee Kleidung und Ausrüstung, im 6. Jahrhundert rüsteten sich die Soldaten selbst aus entweder direkt oder aber mittels des Kassenwarts.[306] Pferde wurden beschlagnahmt oder für staatlich festgelegte Preise gekauft.[307] Mitte des 7. Jahrhunderts wurden Gesetze zur Regelung des Landbesitzes durch Soldaten erlassen, die nicht überliefert sind.[308] Die *strateia* war eine erbliche Pflicht, Militärdienst zu leisten.[309] Ende des 7. Jahrhunderts bis Mitte des 10. Jahrhunderts waren Soldaten in den Provinzen abhängig von finanzieller Unterstützung durch ihre Familien.[310] Im 10. Jahrhundert erhielt ein *stratiotes* Land in den Provinzen gegen die Leistung seines Dienstes.[311] Es war damit Teil seines Lebensunterhalts, Ackerbau zu treiben und die dazu notwendigen Dinge einzukaufen und vielleicht zu verkaufen. Die *strateia* wurde an ein Stück Land geknüpft, so dass es vorkommen konnte, dass nicht der *stratiotes*, der Inhaber der *strateia*, ins Feld zog, sondern ein Ersatzmann, ein *strateuomenos*.[312] Nun gab es reichere und ärmere Landhalter, je nach militärischem Rang und Aufgabe. Ein Mitglied der Reiterei konnte schätzungsweise sieben oder mehr Pächter unter sich haben, neben eigenen Sklaven, Tagelöhnern und Familienmitgliedern, die das Land bestellten, auch wenn der Eigentümer einberufen wurde.[313] Es hätte das alltägliche Leben dieser Soldaten erheblich erschwert, wenn sie keine Klagen auf Wandlung oder Minderung gehabt hätten. Leo VI ging in seiner *Tactica* von ca. 905[314] davon aus, dass ein Stratiote in seiner zivilen Zeit am Landleben teilhatte. Ende des 10. Jahrhunderts

[302] Denn wäre nur eine Friständerung gemeint, würde eine Aussage über die kürzeren oder längeren Klagefristen fehlen.
[303] Treadgold S. 171.
[304] Nun erlaubt D. 49, 16, 13 aber den Kauf von Acker in anderen Provinzen, d.h. ein Soldat, dessen Familie oder Verwalter konnten sehr wohl Landwirtschaft betreiben. Dann muss der Soldat auch die entsprechenden wertsichernden Klagen besessen haben.
[305] Haldon VI S. 140.
[306] Bartussis S. 247: auch später erhielten Soldaten im Feld Verpflegung für sich und ihre Tiere; nur reichere Soldaten ließen sich von ihren Gütern verpflegen.
[307] Haldon VI S. 141.
[308] Treadgold S. 171ff.
[309] Haldon VII S. 32.
[310] Haldon VI S. 142f.
[311] Treadgold S. 171ff.
[312] Haldon VII S. 32.
[313] Treadgold S. 174f.
[314] Oxf. Dict. Byz. 'Taktika of Leo VI'.

ist ein Text überliefert, der aufrief, die Soldaten zu ermahnen, nicht ihr gutes Pferd und andere militärische Ausrüstung zu verkaufen, um Ochsen zu kaufen.[315] Die Zuteilung von einem Stück Land als Gegenleistung für in der Regel hohe militärische Dienste breitete sich im 12. Jahrhundert aus und wurde im 13. Jahrhundert die Regel.[316] Gleichzeitig damit ging eine 'Privatisierung' der Gerichtsbarkeit über die Soldaten einher.[317] Allerdings musste der Soldat sein Land nicht notwendigerweise selbst bebauen oder gar bewohnen.[318] Die kleineren Landbesitzer unter den Soldaten waren zum Teil in Kolonien angesiedelte Soldaten aus ferneren Provinzen, die so ihre sozialen Strukturen beibehalten konnten.[319] Höhere militärische Ränge erfreuten sich anderer Privilegien und erhielten ihre Bezahlung u.a. durch den erwirtschafteten Gewinn aus Landbesitz, Dienstbarkeiten und durch steuerliche Vorteile, *pronoia*. Sie wurden nicht als Bauern angesehen, ja noch nicht einmal als Eigentümer des Grundes, sondern nur als Privilegierte.[320] Ab dem 14. Jahrhundert war der Term, der für die Berechtigten einer *pronoia* verwandt wurde, durchweg *stratiotes*, was zuvor nur den einfachen Soldaten meinte. Das ist insoweit verwirrend, als ein *pronoia* Berechtigter nicht unbedingt Soldat sein musste, auch wenn in der Regel *stratiotes* den *pronoia* berechtigten Soldaten meinte.[321] Je nachdem, aus welcher Quelle Harmenopoulos geschöpft hat, meinte *stratiotes* also entweder den Inhaber einer *strateia*, der selbst ins Feld zog oder Ersatz stellte, oder den Inhaber einer *pronoia*, der höchstwahrscheinlich auch Soldat war, oder den Soldaten an sich. Alle hatten im Verlauf der Jahrhunderte mehr oder weniger Teil am zivilen Leben, es sei denn vielleicht bis auf eine sehr frühe Periode. Insofern bleibt dieser Einschub ein Rätsel,[322] da die praktischen Erfordernisse des alltäglichen Lebens einem Ausschluss der Klagerechte entgegenstanden.

---

[315] Treadgold S. 175.
[316] Bartussis S. 158f: unter Michael VIII (1259-1282) wurden weite Landstriche unter die neu verpflichteten Soldaten verteilt, von denen ein Teil (Ruderer und leichte Kavallerie) sicherlich, andere (Matrosen und Infanterie) vermutlich ihr eigenes Land bebauten.
[317] Haldon VI S. 148, 139: „*…Grants of pronoia, once they had become usual … […] also brought with them, of course, an increasing alienation and 'privatization' of the state's jurisdiction over its subjects*"; Birkenmeier S. 146.
[318] Bartussis S. 157f, 160f, wobei Bartussis selbst zugibt, dass dazu keine Belege vorhanden sind, sondern dies ein Rückschluss aus früheren Zeiten ist, wo es üblich war, dass anstelle eines zum Militärdienst verpflichteten Familienmitglieds jemand anderes an dessen Statt bedungen wurde. Es sei noch viel im Dunklen bei den kleinen soldatischen Landbesitzern.
[319] Bartussis S. 159f.
[320] Bartussis S. 163f.
[321] Bartussis S. 164ff: mit der Ausnahme in den slavischen Gebieten.
[322] schon Zachariä v. Lingenthal Gesch. S. 299 findet keine Erklärung für diese Sonderregel für Soldaten.

7. Zusammenfassung: Die ehedem ädilizischen Klagen

Als Ergebnisse der Ausführungen zum Römischen und byzantinischen Recht lässt sich folgendes zusammenfassen:

Im Römischen Recht konnten die Vertragsparteien erstens eine jegliche Haftung für Sachmängel ausschließen. Das war eine *simplaria venditio*. Es gab keine Klagen, also auch keine Fristen. Der Verkäufer konnte sich zweitens auf die ‘automatische’ Haftung hinsichtlich der ediktsmäßigen Mängel beschränken, auch wenn die Ädilen dazu aufriefen, zusätzliche Sicherheiten abzugeben. In dem Fall musste er einfach nichts zusagen, weder hinsichtlich der im Edikt aufgeführten Mängel, noch hinsichtlich anderer besonderer Eigenschaften. Dann haftete er innerhalb von kurzen Fristen von zwei Monaten auf Wandlung resp. von sechs Monaten auf Minderung, so wie Gai. D. 21, 1, 28 beschreibt. Drittens konnte der Verkäufer ein *dictum promissumve* oder aber eine Stipulation abgeben. Dann haftete er sechs Monate lang auf Wandlung resp. zwölf Monate lang auf Minderung. Das ist z.B. der Fall, den Ulp. D. 21, 1, 19, 6 vorsieht. Hierin folgt damit diese Arbeit der These Kupischs, dessen Ansicht nicht unumstritten ist. Die Gegenansichten und die Versuche, der Stelle Gai. D. 21, 1, 28 einen anderen Sinn zu geben, sind im einzelnen im Text dargestellt und sollen hier nicht wiederholt werden. Der Vergleich mit Texten aus dem griechisch-römischen Recht Byzanz‘ zeigt, dass Juristen der Jahrhunderte nach Justinian Gai. D. 21, 1, 28 anscheinend für einleuchtend hielten und dieses Fragment wie eine Schwesterstelle zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 lasen. Dies ist ein gutes Argument z.B. gegen die Ansicht Jakabs, in Gai. D. 21, 1, 28 den Beweis einer Stipulation auf prozessualer Ebene zu sehen, während Ulp. D. 21, 1, 19, 6 eine Stipulation oder eine weniger formelle Zusage zwischen den Parteien beim Kauf voraussetzt.

Diese Arbeit folgt Kupisch noch in einem weiteren Punkte: Nach einem Vergleich diverser Handschriften, schlägt er eine andere Lesart der Stelle Ulp. D. 21, 1, 19, 6 vor: „*Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit [aut] si dictum promissumve quid est*". Das *aut* sieht er als Korruptel an, die sehr früh in den Text eingefügt wurde und sich seitdem in diversen anderen Überlieferungen erhalten hat. Mit seiner These ist es möglich, Gai. D. 21, 1, 28 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6 harmonisch miteinander zu vereinen, was die Gegenmeinungen bislang nicht geschafft haben. Quellen des byzantinischen Rechts scheinen die herkömmliche Lesart des Fragments Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu bestätigen, da sie teilweise, wie z.B. die Rhopai, mit einem Text arbeiten, der das *aut* (ins Griechische übersetzt) enthält. Es gibt aber andere griechische Rechtstexte, die es ermöglichen, Kupischs These zum Römischen Recht auf das griechisch-römische Recht zu übertragen. Das Bild ist nicht einheitlich. Zu den detaillierten

Folgerungen zu den einzelnen griechischen Texten sei auf die Ausführungen zu ihnen verwiesen.

Ulp. D. 21, 1, 19, 6 bringt ein *dictum promissumve* in Zusammenhang mit dem Kauf und dem Fristenanfang, so wie die Stelle Gai. D. 21, 1, 20, die das zeitliche Verhältnis von *dictum*, *venditio* und *stipulatio* problematisiert. Gegen Donadio und Stanicki muss festgehalten werden, dass ein *dictum* im Römischen Recht ohne nachfolgenden Vertrag keine Rechtswirkung entfaltete und nicht den Beginn einer Klagefrist bezeichnen konnte. Das griechisch-römische Recht greift Gai. D. 21, 1, 20 auf, allerdings teilweise in sehr modifizierter Lesart. Die Peira suggeriert, dass dem *dictum* im nachjustinianischen Recht eine Position eingeräumt wurde, die der einer Stipulation im klassischen Recht gleichkam. Die Peira verwendet zum einen eine verkürzte Fassung der Stelle Gai. D. 21, 1, 20 und die (korrumpierte) Fassung der Stelle Ulp. D. 21, 1, 19, 6. Ausgehend von diesen vielleicht schon falschen Texten kommt der Autor der Peira zu dem Ergebnis, dass Fristen ab einem *dictum* laufen. Es gibt nicht viele Vergleichsquellen zu der griechischen Variante von Gai. D. 21, 1, 20. Der Tipoukeitos überliefert eine Variante von Gai. D. 21, 1, 20, die kaum mit dem Auszug aus der Peria vereinbar ist; die Ecloga setzt wie selbstverständlich bei der Verknüpfung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Gai. D. 21, 1, 28 voraus, dass alle Fristen prinzipiell zur gleichen Zeit anfangen, mit oder ohne Zusage. Insofern kann man zweifeln, ob der Autor der Peira nicht nur seine eigene Rechtsansicht niederschrieb.

Ulp. D. 21, 1, 19, 6 spricht von einem Beginn der Klagefristen prinzipiell ab dem Kauf. Der Tag des Kaufs wird oftmals mit der Abgabe einer Stipulation zusammengefallen sein; ansonsten lief die Frist ab der Stipulation. Die Fristen waren *utiles* und damit an die *potestas experiundi* gebunden. Für die ädilizischen Klagen ist nur ein Fragment Papinians, D. 21, 1, 55, zur Frage der *potestas experiundi* überliefert. Papinian hatte ausgeführt, bei einem geflohenen Sklaven müsse die Frist bis zur Kenntnis von der Flucht gehemmt sein. Diese Aussage steht im direkten Widerspruch mit C. 4, 58, 2, in der Kaiser Gordianus entschied, dass der Käufer nach einem Jahr nach dem Kauf keinen Anspruch aus den ädilizischen Klagen gegen den Verkäufer mehr hätte. Diese Arbeit versucht zu erklären, wie es zu diesem Widerspruch innerhalb der justinianischen Werke gekommen sein könnte. Viele Hypothesen sind denkbar. Solange keine neuen Erkenntnisse vorliegen, scheint folgendes Ergebnis am plausibelsten: Papinian vertrat zu seiner Zeit die herrschende Lehre. Wohl unter Gordianus sollte Papinians These von dem subjektiven Grund der Fristhemmung abgeschafft werden. Die Idee Papinians hielt sich aber in den Schriften der Juristen und wurde so Bestandteil der Lehre in Byzanz. Das führte dazu, dass Pap. D. 21, 1, 55 in die Digesten aufgenommen

wurde. Allerdings wurde bei der Überarbeitung des byzantinischen Rechts zur Erstellung des (zweiten) Codex der Rechtsansicht des Imperators Gordianus der Vorzug gegeben.

Pap. D. 21, 1, 55 war deswegen nicht vergessen. In Byzanz begann wohl schon vor dem 11. Jahrhundert die Idee von einer *potestas experiundi*, dem *tempus utile* und der Fristhemmung wegen Nichtkenntnis' vom Mangel durch den Käufer sich in eine kontinuierliche Frist ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen des Käufers vom Mangel zu wandeln. Die Feinheiten eines *tempus utile* wurden in Byzanz langsam vergessen. Wenn auch nicht in allen Textquellen des byzantinischen Rechts sich eine Idee wie in Pap. D. 21, 1, 55 wiederfindet, so lässt sich eine Tendenz aufzeigen, Pap. D. 21, 1, 55 in der Praxis als Fristbeginn brauchbar zu machen.

B. Die Entwicklung in Frankreich

Nach diesem Blick ins Römische Recht und in die Weiterentwicklung desselben in Byzanz geht es nicht ohne zeitliche und örtliche Zäsur, um den Sprung nach Frankreich zu unternehmen. Bevor man sich aber *medias in res* in die Betrachtung des materiellen Rechts stürzen kann, ist es hilfreich, vorweg in einem allgemeinen Teil einige grundlegende Fragen zum Rechtsgefüge des *Ancien Droit* zu klären.

Das französische Recht vor der Kodifizierung des Code civil, das *Ancien Droit,* bestand aus einem komplexen System von Normen unterschiedlichster Herkunft. Regeln aus dem geschriebenen und ungeschriebenen Gewohnheitsrecht und aus dem Römischen Recht bildeten das Gerüst des französischen Zivilrechts, zu dem sich noch königliche Verordnungen und kanonisches Recht gesellten. Das Verständnis des Ineinandergreifens dieser Normen ist Voraussetzung, um den Prozess zu begreifen, der dazu führte, dass bei der Kodifizierung das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht aus Regeln römischrechtlichen und gewohnheitsrechtlichen Ursprungs zusammengesetzt wurde und sich im Art. 1648 Code civil (1804) das Gewohnheitsrecht durchsetzte. In einem zweiten Schritt werden zunächst die *leges barbarorum, leges Romanae barbarorum* und andere frühe Rechtszeugnisse aus Frankreich , dann die *ordonnances, coutumes* und *usages* auf die materiellen Regelungen zum Sachmängelrecht und den Klagefristen untersucht werden, gefolgt von einer Darstellung der juristischen Literatur ungefähr vom 11. bis zum 18. Jahrhundert. Dieses Kapitel zur Sachmängelgewährleistung im französischen Recht wird schließen mit einem Abriss vom Kodifikationsprozess, der zur Schaffung des Art. 1648 C.civ. (1804) führte, und einen Ausblick auf die Entwicklung nach 1804.

1. Die Beziehung von *droit écrit, droit coutumier, coutumes* und *ordonnances*: Vorabbetrachtungen

Die Entwicklung in Frankreich war eine andere als in Deutschland. Insofern passen deutsche Termini schlecht auf die französische Situation, da sie anders bedeutungsgeladen sind. Deswegen soll mit den französischen Begriffen gearbeitet werden, wobei der erste Schritt ist, zu klären, was sich hinter ihnen verbirgt. In einem zweiten Schritt muss ihr Verhältnis zueinander betrachtet werden, zumal sich die Literatur zur Zeit des *Ancien Droit* und die französischen Könige seit dem 13. Jahrhundert bewusst waren, dass sich bis zur Schaffung

eines einheitlichen Rechts im Wesentlichen zwei Probleme stellten, nämlich die Zusammenführung von *droit écrit* und *droit coutumier* und die Harmonisierung der einzelnen verschiedenen *coutumes* in den diversen französischen Regionen.

1.1 *ius scriptum - droit écrit - droit romain:* vom Römischen Recht zum *droit écrit*

Die Begriffe *ius scriptum, droit écrit, droit romain* geben den Anschein, synonym zu sein; das sind sie allerdings nicht in allen Fällen, da die Begriffe unterschiedliche Etappen der Rezeption des Römischen Rechts ausdrücken können. Insofern muss ein Blick auf die Bandbreite der Bedeutungen vor dem geschichtlichen Hintergrund geworfen werden.

1.1.1 Die Überlieferung des Römischen Rechts in Frankreich

Das Römische Recht, insbesondere das *ius gentium*[1], hielt das erste Mal Einzug im heutigen Frankreich mit dem Handel, der römischen Infrastruktur und lateinischen Sprache. Funde in Nordfrankreich zeugen von der Präsenz römischer Weinamphoren im ersten Jahrhundert v. Chr.[2] 125/121 v. Chr. wurde die *Provincia Narbonensis* in Südfrankreich gegründet, 58 bis 51 v. Chr. im Gallischen Krieg drang Caesar bis zum Ärmelkanal vor und übernahm u.a. die Kontrolle über den Handel. Gleichermaßen wurde nach römischem Vorbild die Verwaltung organisiert und Ämter wie z.B. die der Ädilen wurden eingerichtet.[3] Um die Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. und Anfang des 5. Jahrhunderts n. Chr. fielen die Germanen in Gallien ein, 410 plünderten die Wisigoten und 455 Vandalen Rom, 476 wurde Rom durch die Heruler zerstört. Doch vieles aus der römischen Herrschaftszeit bestand in Gallien weiterhin: Latein blieb die erste Sprache für Kirche und Handel. Bis zum vierten Jahrhundert n. Chr. hatte Latein das Keltische weitgehend verdrängt.[4] Das Römische Recht wurde weiter überliefert und auf die Bürger römischer Herkunft angewandt.[5] Insbesondere die Kirche hielt am

---

[1] vgl. Inst. I, 2: „ *...quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium,...ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles";* so auch bei Gaii Inst. abgedr. in: Corps de Droit civil Romain Suppl. 1 S. 62.
[2] Haywood, S. 53: Karte.
[3] Klimrath Band 1 S. 212 (§XXXIV).
[4] Die Bretagne bildet eine Ausnahme wegen der dorthin vor den Angelsachsen geflüchteten Briten.
[5] v.Savigny RR im MA T. I S. 139.

Römischen Recht fest, allerdings in der Ausprägung des kanonischen Rechts. 392 wurde unter Theodosius I[6] das Christentum in Westrom Staatsreligion, 496[7] ließ sich der Frankenkönig Chlodovechus[8] mit seinen Soldaten taufen. Mit dem *Codex Theodosianus* erschien 439 unter Theodosius II[9] in Westrom[10] eine offizielle zentrale Sammlung aller *leges* seit Konstantin[11] 313. Danach hörte eine einheitliche Gesetzgebung auf.[12] Neben den sogenannten *leges Barbarorum* (*lex salica, lex ripuaria, Burgundionum, Alamannorum*) wurden ab dem 5. Jahrhundert für die Personen, die wegen ihrer Herkunft dem Römischen Recht unterworfen waren, die später sogenannten *leges Romanae Barbarorum* (*Burgundionum, Visigothorum, Ostrogothorum...*) erlassen. Unter Burgunderkönig Gondebaud (gest. 516) wurde zwischen 501und 515 die *Loi Gombette* oder auch *Lex Gundobada* geschaffen, um 517 neugefasst als *lex Burgundionum*; unter Burgunderkönig Sigismund (gest. 523/524) folgte die *lex Romana Burgundionum.*

Für die Wisigothen wurde wohl unter Theoderic I (König 419-451), auch Theoderid genannt, Sohn des Alaric(h) I, das *Edictum Theoderici*[13] verfasst, aber wohl erst unter seinem Sohn Theoderic II (König 453-466) veröffentlicht.[14] Oftmals wurde dieses Edikt dem Ostgotenkönig Theodoric dem Großen (ca. 455-526) zugeordnet; Zweifel bleiben.[15] Das *Edictum* enthält Teile aus den Novellen und den *Codices Theodosianus, Gregorianus, Hermogenianus* und den *Sententiae Pauli.* Theoderic II folgte sein Bruder Euric (König 466-484) auf den Thron der Wisigoten. Unter ihm erschien um 475 der *Codex Euricianus*, dessen Urheberschaft umstritten ist.[16] Er enthielt das Recht der Goten, hingegen das *Breviarium*[17], unter Alarich II (König 484-507) veröffentlicht, das Recht der römischen Bürger. Das *Breviarium Alarici* von circa 506[18] ist eine Kompilation von Auszügen verschiedener römischer Rechtsquellen (*Codex Theodosianus,* Novellen des Theodosius, Valentinianus, Martianus, Majorianus, Severus, *Codex Hermogenianus et Gregorianus* (der an sich schon

[6] Theodosius I (347-395), röm. Kaiser ab 379.
[7] nach anderer Datierung 497 oder 498.
[8] oder Clovis, Chlodwig, Chlodowech I (466-511).
[9] Theodosius II (401-450), oström. Kaiser seit 408.
[10] Theodosius II leitete des Codex an seinen Schwiegersohn Valentinian III (419-455, weström. Kaiser ab 425), der es dem römischen Senat vorlegte; im gleichen Jahr 438 wurde der Codex so auch geltendes Recht in Westrom.
[11] Konstantin I (272-337, röm. Kaiser seit 306).
[12] Wieacker T. II S. 237.
[13] auch *Theodorici* genannt.
[14] vgl. Lange RR T. I S. 9 m.w.N. zu den Zweifeln der Herkunft des *Edictum.*
[15] Mitteis/Lieberich S. 94.
[16] Wolfram S.156: Schöpfung eines der Söhne Theoderics I oder seines Enkels Alarich II.
[17] v.Savigny RR im MA T. II S. 45: Die Bezeichnung enstand erst nach dem 15. Jahrhundert.
[18] Liebs S. 168ff legt detailliert die Datierungsmethoden und diversen Ansichten dar.

eine Kompilation ist), *Gaii Institutiones*, *Sententiae Pauli* und *Responsa Papiniani*).[19] Neben den *leges Romanae* wurde weiterhin auf ältere Quellen des Römischen Rechts zurückgegriffen;[20] insbesondere die *Sententiae Pauli* waren als Handbuch wohl so verbreitet und beliebt, dass sie sich sowohl im *Edictum Theoderici* als auch im westgotischen *Breviarium* wiederfinden.[21] Das *Breviarium* wurde nicht nur in den gotischen Ländern übernommen, sondern auch im fränkischen Reich als Quelle des Römischen Rechtes, während das burgundische Römische Recht verschwand.[22] Selbst nach Erlass der justinianischen Sammlungen nach 533/534 n. Chr. verlor das *Breviarium* ebenso wenig wie der *Codex Theodosianus* in der Praxis seine Bedeutung,[23] da die Verbreitung von Recht die aufwendige und teure Vervielfältigung der Rechtstexte voraussetzte.[24] Diese wertvollen Bücher sammelten sich u.a. in Klöstern an, wo sie aber neben den Werken zum kanonischen Recht nur einen geringen Platz einnahmen.[25] Im Einzelnen gibt Liebs eine Aufstellung der in Gallien nachweislich bekannten Rechtsquellen zwischen dem 2. und 8. Jahrhundert.[26] Die Aufzeichnung des *Breviarium* erfolgte nach einem ähnlichen Muster wie die der *coutumes* fast tausend Jahre später: Alarich II wies römische Rechtsgelehrte an, eine Sammlung Römischer Gesetze zusammenzustellen, ohne sie zu verfälschen oder abzuändern, die anschließend einem engen Kreis von Bischöfen und anderen römischen Bürgern zur Prüfung vorgelegt wurden.[27] Um 664 erschien der *Liber Iudiciorum,* eine Sammlung des Rechts der Wisigoten (*lex Visigothorum*) unter König Reccesvinth (König 653-672).

Für die Lombarden erschien 643 das *Edictum Rothari* unter König Rothari (König 636-652).

Für die salischen Franken erfolgte die erste Verschriftlichung der *lex salica* unter König Clovis I (König 481-511) in einer Zeit wohl zwischen 507 und 511 aufgrund älterer Rechtsweisungen; vermutlich wurde diese frühe Fassung *Pactus legis Salicae* genannt. Die *lex salica* wurde in den folgenden Jahrhunderten mehrfach überarbeitet, unter anderem noch unter Karl dem Großen (König 768-814).

---

[19] Haenel S. VIII; Klimrath Band 1 S. 315f (§CXXIX).
[20] Klimrath Band 1 S. 319ff (§CXXXIIf).
[21] v.Savigny RR im MA T. II S. 178.
[22] v.Savigny RR im MA T. II S. 163f.
[23] Gin T. I S. 3: Das Corpus Juris Civilis habe erst gegen 1137 Geltung erlangt; Lauranson-Rosaz in Traditio Juris S. 28f: so zumindest in einigen Landstrichen im Süden Frankreichs; Boyer in IRMAE V, 4, d S. 6: noch im 10. Jh. wurde in Lyon eine *Epitome lugdunensis* zu Alarichs Brevier verfasst.
[24] vgl. Rouche in Traditio Juris S. 407: Aus dem hohen Mittelalter sei aus Frankreich keine Handschrift des Codex Justinianus erhalten; allerdings gibt es in der Praxis Bezüge auf den Codex, so dass seine Existenz bewiesen ist. Andere Handschriften sind wegen der Rarität des Pergaments nur als Palimpsest überliefert, dazu Juillet S. 40.
[25] Yver IRMAE V, 4, a S. 6f: Ph. de Harcourt schenkte ein Exemplar des CIC 1163 an die Abtei von Bec.
[26] Liebs S. 101 : der Codex Justinianus ist weniger nachgewiesen ; man findet aber Nachweise spätestens ab dem 7. Jahrhundert in der Provence ; S. 106: Die Digesten finden sich im 9. Jahrhundert im nördlichen Burgund.
[27] Klimrath Band 1 S. 314ff (§ CXXIX).

Für die Alemannen, deren Siedlungsgebiet sich bis ins Elsass erstreckte, wurde in der ersten Hälfte des 7. Jahrhunderts[28] als eine Art Bußgeldkatalog der *Pactus Alamannorum* erlassen; nach 724 folgte die *lex Alamannorum* unter Herzog Lantfrid (gest. 730).

Nach dem Populärwerden der italienischen Rechtsschulen in Bologna, Padua, Pisa, Perugia u.a.[29] bilden sich nach und nach u.a. in Saint-Ruf, Arles, Montpellier, Valence, Orleans, Bourges, Toulouse und Paris Zentren des Studiums für Römisches Recht und französische Rechtsschulen, die sich bald aufgrund ihrer Arbeitsweise von den italienischen Schulen absetzen.[30] 1219 wurde durch die Bulle *Super specula* die Lehre des Römischen Rechts an der Universität Paris verboten. Als Folge davon verlagerte sich das Zentrum des Studiums des Römischen Rechts nach Orleans, das ab 1235 eine eigene Rechtsschule beherbergte. Zwei große Juristen des 13. Jahrhunderts, Jacques de Révigny (de Ravanis)[31] und Pierre de Belleperche (Bellapertica), lehrten in Orleans.[32] Im Norden Frankreichs, in der Normandie, sind ab dem 11. Jahrhundert Quellen des Römischen Rechts belegt, so insbesondere der *Codex Justinianus* und diverse Abhandlungen und Zusammenfassungen neben zahlreichen Werken zum kanonischen Recht.[33] Wie auch in Deutschland verbreiteten die Juristen das Römische Recht weiter, insbesondere als sie in leitende Positionen vorrückten.[34]

1.1.2 Die sachliche und örtliche Eingrenzung des *droit écrit* und des Römischen Rechts

Der Begriff *droit écrit* enthält sowohl eine sachliche, eine örtliche als auch eine ideologische Komponente. Diese sind kaum voneinander zu trennen:

Die *Institutiones* Justinians I, 7 definierten *ius scriptum* als „*lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat*". Das *ius scriptum* sei also der Oberbegriff von verschiedensten Legislativakten und verbindlichen Meinungen von

[28] Köbler in La Coutume II S. 68: 613-623.
[29] Gouron XV S. 199 zu der Schwierigkeit, die Bedeutung der italienischen Rechtsschulen außerhalb Bolognas zu bewerten; v.Savigny RR im MA T. III S. 159ff.
[30] Gouron XV S. 200f, 203ff: aufgrund schlechter Quellenlage bzgl. Primärquellen ziehe man im Gegensatz zu Azo ('*nisi Justiniani leges*') in Frankreich literarische Quellen verstärkt heran, berücksichtige mehr die Privilegien der Kirche und die Stellung der Frau; Dubouchet S. 51 mit Angaben, welcher Jurist wo lehrte.
[31] oder Ravenneio, Revegnei, de Raven(n)eio, Ravi(g)neio, Raven(n)iaco.
[32] Waelkens in La Coutume II S. 33.
[33] Yver in IRMAE V, 4, a S. 8f.
[34] Boyer in IRMAE V, 4, d S. 12f, 27 zu Lyon im 14. Jh.; Didier in IRMAE V, 4, f S. 13f zum Notariat in der *Région dauphinoise* im 13. Jh.

Rechtsgelehrten aus Rom. Diese Definition deckt sich nicht mit dem Begriff des *droit écrit*, der das Römische Recht allgemein meint: Erstens umfasst das *droit écrit* in der Regel[35] keine Gesetze, die auf Veranlassung eines französischen Herrschers erlassen wurden. Der französische Herrscher setzte die Rechtssetzungstradition des Römischen Reiches nicht fort.[36] Dem Römischen Recht wurde zur Zeit der ersten Glossatoren, insbesondere unter dem Einfluss der Lesart des kanonischen Rechts, eine Universalgeltung zugestanden, im Gegensatz zu den *ordonnances*, deren Wirkung sich auf ein Reich beschränkte.[37] Zweitens unterlagen die römischrechtlichen Quellen in der Aufzeichnung und der Interpretation dem Einfluss von *coutumes*[38] und von französischen Rechtsschulen, der das *ius scriptum* zum *droit écrit* transformierte. Es ist offensichtlich, dass je mehr das *ius scriptum* durch französische Rechtsgelehrte und Gerichte bearbeitet wurde, desto größer die Distanz zwischen *ius scriptum* und *droit écrit* wurde. In Italien machten die Glossen bald einen nicht mehr wegzudenkenden Teil des Studiums des Römischen Rechts aus, während in Frankreich die Glossen, wohl aus der Schwierigkeit der Beschaffung dieser Texte heraus, eine weniger wichtige Rolle spielten. Es wurde versucht, diesen Mangel durch das Ergänzen von Stellen aus der lateinischen und griechischen Literatur auszugleichen.[39] Rückwirkend betrachtet, umfasst das *droit écrit* damit die Gesamtheit der Auslegungen und Interpretationen aller Texte, in denen sich Römisches Recht bis einschließlich der justinianischen Gesetzestexte findet, wobei in den Abhandlungen auf den Kenntnisstand des jeweiligen Autors zu seiner Zeit abgestellt werden muss. Je mehr sich die Kompilationen Justinians gegenüber früherem Recht wie dem *Breviarium* Alarichs oder dem *Codex Theodosianus* und die Digesten durchsetzten,[40] desto häufiger wurde unter *droit écrit* das *Corpus Iuris Civilis* verstanden. [41]

---

[35] Allerdings änderte sich der Sprachgebrauch, einige führten ein '*nouveau droit écrit*' ein, das sich aus den königlichen Verordnungen und den geschriebenen *coutumes* zusammensetzte, s. Chêne in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 269 zu de Matres, Duval und de Launay. Allein die Bezeichnung verrät, dass der ursprüngliche und geläufig verwandte Term *droit écrit* eben nicht die Verordnungen umfasste.

[36] s. Charondas le Caron Pand. Liv. I S. 5: „*Car le Roy ne le Royaume de France n'est subject aux Loix Romaines..*".

[37] Gouron XVIII S. 117.

[38] Klimrath T. 1 S. 317: Abweichungen vom Römischen Recht in den Kompilationen der *leges Romanae* aufgrund falschen Verständnisses der Aufzeichnenden, neuer Gesetze oder lokaler Gebräuche.

[39] Gouron XV S. 200f.

[40] Julien T. I S. VIII: Spätere Werke haben keine Geltung wie z.B. die Novellen griechischer Kaiser, ebensowenig wie die *Consuetudines Feudorum*; vgl. Castaldo Rdnr. 480: Auch im Süden Frankreichs musste das Römische Recht erst nach und nach Fuß fassen, da es bis zum 12. Jahrhundert als tot angesehen wurde; differenzierter zur Kontinuität des Römischen Rechts die Beiträge in Traditio Juris, dazu zusammenfassend Rouche S. 407ff mit Beispielen für die Fortsetzung und Anpassung des Römischen Rechts im Süden Frankreichs und von dort ausgehend in die nördlicheren Regionen.

[41] de Ferrière Dict. T. I 'Droit écrit' S. 566.

Der Gegensatz zwischen *ius scriptum* und *non scriptum* bzw. *consuetudo* wurde übertragen auf das französische Recht und dem *droit écrit* das *droit coutumier* begrifflich entgegengesetzt. Allerdings korrespondierten die Wortpaare *ius scriptum – droit écrit, ius non scriptum – consuetudo - coutume* schon allein deshalb inhaltlich nicht, weil in Frankreich spätestens ab dem 13. Jahrhundert die *coutumes* in einigen Städten verschriftlicht wurden. Claude de Ferrière bringt das auf den Punkt: Was die *usages* seien für die [geschriebenen] *coutumes,* sei bei den Römern die *consuetudo* für das *droit écrit* gewesen.[42]

Droit écrit meint in erster Linie das Römische Recht, so wie es vorerst im Süden Frankreichs[43], dem *pays de droit écrit,* Anwendung gefunden hat.[44] Der Begriff *droit écrit* enthält damit eine örtliche Komponente: In einem Brief Philippes IV, *le Bel*[45], von 1312, Art. 1, wurde das *ius scriptum* (d.h. das *droit écrit*) als *consuetudo* in einigen Regionen Frankreichs erlaubt: „*regum nostrum consuetudine et moribus praecipuè, non jure scripto regitur; licet, in partibus ipsius regni quibusdam, subjecti ... juribus scriptis utantur in pluribus, non ut juribus scriptis ligentur, sed consuetudine juxta juris scripti exemplar moribus introducta.*"[46] Dieses Zitat drückt aus, was zum *droit écrit* wurde, nämlich das *ius scriptum,* so wie es insbesondere im Süden Frankreichs als Gewohnheitsrecht verstanden wurde, d.h. vor allem modifiziert durch die Rechtsprechung der einzelnen Parlamente. Ebenso wurde es durch die notarielle Praxis den Erfordernissen der Parteien angepasst und mit regionalem Gewohnheitsrecht gemischt.[47] Die Einteilung in *pays de droit écrit* bzw. *coutumier* erfolgte nicht vor dem 13. Jahrhundert. 1278 wurde per *ordonnance* im Pariser Parlament eine Kammer für die Rechtsfälle bestätigt, die aus dem *Pays de droit écrit* stammten.[48]

---

[42] de Ferrière Corps 1685 T. I S. III § 24: Allerdings verwendet de Ferrière *coutume* einheitlich für ungeschriebenes und geschriebenes Recht, was seine Aussage (*usage* zu *coutume* wie *coutume* zu *droit écrit*) etwas unklar macht.

[43] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. VIII § 71 zählt einige Regionen und die Lettr.Pat. der Könige auf, die das Römische Recht dort anerkannten; vgl. auch Grinberg S. 75.

[44] Eine weitere Distinktion ist, inwieweit das *ius scriptum* als *ius commune* behandelt wurde, dazu im Detail Giordanengo in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 219ff.

[45] Herrschaft 1285-1315.

[46] de Laurière u.a. Ord. T.I S. 502; freie Übersetzung aus Carbasse/Leyte S. 205: „*notre royaume est .. régi par la coutume, et non par le droit écrit, même si nos sujets, dans quelques provinces, ont reçu … la permission d'utiliser pour certaines choses les droit écrits. Ce faisant, ils ne sont pas liés* [dadurch sollen sie nicht gebunden werden] *par les droit écrits eux-mêmes, mais seulement par la coutume qu'ont introduite les usages à partir du texte du droit écrit."*.

[47] Hilaire in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 419.

[48] Aubert T. I S. 6: Ab 1271 habe es in der Großen Kammer des Parlaments ein *Auditoire du droit écrit* gegeben.

Während zuerst im Süden Frankreichs in den Gebieten der französischen Krone und in anderen Regionen, die später zum französischen Reich stießen,[49] das *droit écrit* als Gewohnheitsrecht anerkannt worden war, galt in den Regionen, denen man den Beinamen *pays coutumier* gegeben hatte, das Römische Recht als *raison écrite*.[50] Ein gesellschaftlicher Unterschied zeichnete sich zwischen den Bewohnern des *pays de droit écrit* und denen des *pays coutumier* dahingehend ab, dass im Süden die Bindung zwischen Vasalle und Seigneur schwächer war, da diese Regionen weitgehend von den Invasionen des 10. Jahrhunderts verschont worden und sie weit entfernt vom karolingischen Einfluss waren.[51] Insofern war in diesen Gebieten der Bedarf einer starken *coutume,* die sich vom *droit écrit* absetzte, geringer.
Die Unterscheidung zwischen *raison écrite* und *droit écrit* war allerdings eine begriffliche Unterscheidung der Dogmatik,[52] die die Praktiker nicht davon abhielt, die Begriffe so zu verwenden, wie es ihnen einfiel.[53] Philippe le Bon, Duc de Bourgogne (1396-1467), ordnete 1459 bei der Aufzeichung der *coutume* in seinem Herrschaftsgebiet der Franche-Comté an, dass subsidiär zu der *coutume* die *raison écrite* angewendet werden sollte,[54] was die Verfasser der *coutume* als *droit écrit* umsetzten.[55] Andere Beispiele lassen sich finden.[56] Beide Ausdrücke, *raison écrite, droit écrit,* können in rechtlichen Abhandlungen eine Wertung pro Römisches Recht beinhalten je nach Standpunkt des Autors zur Frage der Stellung des

---

[49] zum ersten Versuch, eine Grenze zu ziehen: Klimrath T. II (Anhang: Karte). Dazu, dass diese Karte in einzelnen Punkten überholt ist, gibt es zahlreiche Untersuchungen: z.B. Gouron in La Coutume II S. 193ff (208); Regionen, auch im Norden Frankreichs, die lange Zeit unter habsburgischem und anderem Einfluss standen und erst spät zu Frankreich stießen, behielten im Wesentlichen ihr Recht. Insofern ist die Einteilung Nord-Süd zwischen *pays coutumier* und *pays de droit écrit* nur richtig, insoweit es das historisch gewachsene Verhältnis einer ehemals durch die römische Kultur stärker geprägten Region zum weniger stark geprägten Teil eines Landes, das das Römische Recht unterschiedlich rezipiert hat, ausdrückt; Dénisart Coll. I 'coutume' Nr. 18, Coll II 'droit écrit' Nr. 2: dazu auch Flandern und Elsass.

[50] Giordanengo in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 242ff führt Beispiele aus dem späten Mittelalter an, in denen die *ratio* als *ius commune* behandelt wurde, so insbesondere bei Jean le Coq.

[51] Lauranson-Rosaz in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 51.

[52] s. Coquille T. II S. 1 (Cout.) re. Sp.: *„ Doncques le Droit civil Romain n'est pas nôtre Droit Commun, & n'a force de Loy en France: mais y doit être allegué seulement pour la raison."*, S. 2 linke Sp.: Das römische Recht solle subsidiär greifen, *„ Nous en aider (dis je) par bienseance & pour la raison & non par necessité";* de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. VIII § 73, § 71, § 76: dort die Ansichten anderer Autoren zusammengestellt.

[53] Bourdot de Richebourg T. IV Prot.Bretagne 1539 S. 350ff: Alle gestrichenen Regeln der *coutumes* wurden *„à la disposition de droit"* bzw. *„de droit commun"* gestellt; Bouhier T. I S. 183: die Begriffe seien synomym, um dann anhand ausgewählter Zitate die Überlegenheit des Römischen Rechts vor den *coutumes* zu zeigen; Levy in IRMAE V, 4, b S. 19f zum *Livre des droiz et des commandemens d'office de Justice* aus Poitou aus der 2. Hälfte des 14. Jh.

[54] Bourdot de Richebourg T. II S. 1193.

[55] Bourdot de Richebourg T. II S. 1198f: Chap. IV Art. LI: *„ les prescriptions ... de chose meuble demourent selon ordonnance & disposition de droit écrit."*

[56] z.B . Cout. Sens 1506, Art. CCLX zur Ersitzung (*usucapion & prescription: droit écrit*); Bouhier T. I S. 595 für die Bourgogne, in der *droit écrit* herrschte, spricht von *loix Romaines*; Champy S. 2f: Einerseits wendet er das *Droit-Escrit* an, andererseits gelte das *„droit romain, comme un usage ancien devant la redaction de la Coutume"*, das aber nicht gegen die *coutume* laufen dürfe, S. 175 Anm. zitiert er die *raison écrite*; Ricard T. I S. 39f spricht entweder von *droit romain* oder *droit écrit*, auch wenn es darum geht, *coutumes* zu ergänzen.

Römischen Rechts zu den *coutumes, usages* und *ordonnances,* im Gegensatz zum *droit romain*, das das Recht *des Romains* geblieben sei und deswegen nicht mehr das *ius commune* sein könne.[57] Der Term *droit romain* wurde von *droit français* abgegrenzt und negativ oder positiv belegt.[58] Insofern wurde der Aspekt der Diskussion *droit écrit – droit coutumier*, die das Recht nach seiner formellen Herkunft (geschrieben – ursprünglich ungeschrieben) bezeichnet, gewandelt und der nationale Aspekt (französisch – nicht französisch) betont.

1.1.3 Anderes geschriebenes Recht: kanonisches Recht und *ordonnances*

Geschriebenes Recht waren im weitesten Sinne das kanonische Recht und die *ordonnances*. Bouteiller definiert dementsprechend *droit écrit*: „*la noble constitution des loix, qui sont faictes & passées par les Empereurs, & par les saincts Concilles, consaux des Senats & les sainctes decretales faictes par notre sainct Pere le Pape…*".[59] Die *coutumes*, mit der Zeit auch aufgeschrieben, wurde wegen ihrer Herkunft als ungeschriebener Gebrauch meist nicht unter *droit écrit* gefasst;[60] wer dennoch diesen Term verwandte, machte dies zur Aufwertung des nationalen Rechts oder aber zur formellen Abgrenzung zu den *usages.*[61] Domat setzt *droit écrit* und *droit romain* nicht ganz gleich, da er wohl die Existenz anderer geschriebener und vor allem seit Urzeiten schriftlich überlieferter Gesetze nicht ausschließt. Das verwundert nicht, da Domat mit Bibelzitaten argumentiert. Praktisch gesehen stellte aber das Römische Recht das *droit écrit* dar.[62]

---

[57] Coquille T. II S. 2 (Cout .) li.Sp.: „ *..les Loix faites par les Romains...".*
[58] vgl. Boutaric S. Iff, der sich für das Römische Recht ausspricht; Dunod de Charnage S. 10f, Brillon, der nur von *les Romains, le droit Romain, l'ancien droit Romain,* le droit civil des Romains redet, z.B. S. 6, 17 ('acquisition') im Gegensatz zum *Droit François* und den *ordonnances;* etwas anders Le Grand Vorwort, das *droit romain* und die *loix Romaines* stehen dem frz. Recht gegenüber, was aber nicht hindert, das Römische Recht im Privatrecht als *nôtre droit commun* zu bezeichnen; Berroyer/de Laurière S. 1ff: *droit romain* im Gegensatz zum *droit coutumier*; dazu auch Thireau in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 356f zu der Tendenz Ende des 16. Jahrhunderts, nur das positive Recht als Recht anzusehen und die Geltung des Römischen Rechts abzulehnen; Basdevant-Gaudemet/Gaudemet Nr. 158.
[59] Bouteiller S. 3.
[60] vgl. Masuer (Fontanon) S. 724f (= T. XLII Nr. 5) zu *coutumes: „estre un certain droit non escrit constitué, receu & approuvé par l'usage & mœurs de quelques païs. Toute fois cette définition pourroit sembler manque & defectueuse à plusieurs, vue que comme ils pourroient dire, toutes nos coustumes de France sont aujourd'huy redigees par escrit."*
[61] Coquille T. II S. 1 (Cout.) li. Sp.: „ *Les Coûtumes des Provinces de France, qu'on appelle Coûtumieres, sont leur vray Droit Civil, & Commun: & peuvent être appellées Droit écrit...";* de Ferrière Dict. T. I 'coutume' S. 439, aber 'droit François' S. 564, wo er unter *Droit écrit* i .w.S. *ordonnances, coutumes rédigées, droit romain, droit canon* fasst, ebenso 'droit écrit en France' S. 566; Poullain du Parc T. I S. 3f.
[62] Domat (Remy) I S. 68.

Kanonisches und Römisches Recht, zusammengefasst unter dem Begriff *droit savant*, wurden zwar in der Lehre voneinander unterschieden, doch argumentierten die Kanoniker mit den Texten des Römischen Rechts und vice versa.[63] Das kanonische Recht übte allerdings als *ius commune* nur in einigen Bereichen Einfluss auf das Zivilrecht auf, so z.B. auf das Eherecht, das Verlöbnis, eventuell bei Fragen des Eids und im Schuldrecht insbesondere bei der Frage der Zinsen (*usurae*).[64] Die kaufrechtliche Gewährleistung fällt nicht in diesen Bereich. Insofern wird das kanonische Recht im Verlauf dieser Arbeit fast keine Rolle spielen.

Die *ordonnances*[65]*royaux* (als alte Form von *ordonnances royales*) waren das Mittel des Herrschers, positives Recht zu schaffen, *le droit royal*, Recht zu ändern oder abzuschaffen, auch wenn sie nur mit Vorsicht erlassen wurden, um nicht mit den regionalen Eigenheiten des Rechts in Konflikt zu geraten. Sie sind nicht nur geschrieben, sondern stehen auch in der Tradition des Römischen Rechts, das sich zu einem Teil aus kaiserlichen Verordnungen zusammensetzt. *Le Grand coutumier* von Jacques d'Ableiges[66], auch *le Grand Coutumier de Charles VI*[67] genannt, wurde Ende des 14. Jahrhunderts verfasst und gibt, neben einer Zusammenstellung von Auszügen aus dem Römischen Recht und aus *ordonnances*, den Stand der *coutume* und des Pariser Prozessrechts vor der offiziellen Niederschrift ab Mitte des 15. Jahrhunderts wieder. Er definiert *droict escript* als *„ce qui est baillé par escript, comme les loix et les status ou establissemens qui sont baillés au peuple, et sont les loix appellées droict civil...* ".[68] Diese durchaus weite Definition fasst auch vom Herrscher ausgehende Akte unter die Bezeichnung *droit écrit.* In der Regel wurden sie ab dem 16. Jahrhundert nicht zum *droit écrit* gerechnet, sondern als *vrayes Loix* oder *le Droit François* bezeichnet.[69]
Insofern waren die königlichen *ordonnances* das einzige positive Recht. Daneben erließen die diversen Verwaltungen Verordnungen für eine Stadt oder einen Bezirk, die sich oftmals mit den *coutumes* mischten. Die *coutumes* selbst, die durch Verordnungen erlassen wurden,

[63] Levy in La Preuve II S. 137f.
[64] z.B. Bourdot de Richebourg T. II S. 1241: anciennes Statuts et coutumes de Bueil Chap. XV Art. I & V: Verbot von Zinsen, Verbot, *censes & pensions* zu kaufen „*selon la Bulle des Bulles des Saincts Pontifes*".
[65] Dabei ist der Term *ordonnance* weit zu verstehen, und alle Legislativakte durch den König sind darunter zu fassen, auch wenn sie nicht als *ordonnance* bezeichnet wurden, vgl. Bornier I Préface (durch ungenannten Herausgeber, 1729), in dem die Begriffe *Lettre Patente, Ordonnance, Déclaration, Capitulaires, Constitution,Edits, Pragmatique* erklärt werden; Klimrath Band 1 S. 338 (§CXLIV).
[66] zur Zeit Charles VI (1368-1422); Olivier-Martin T. I S. 102f datiert den Tod d'Ableiges auf kurz vor dem 3. Juni 1402; der *Coutumier* wurde um 1388 vollendet, s. Castaldo Rdnr. 447.
[67] was kritisch betrachtet wird: vgl. Vorwort zu d'Ableiges S. XXI.
[68] d'Ableiges S. 190.
[69] Bornier I S. 4 Anm. zu Art. II; vgl. Boutaric S. XIV, dessen Diskussion sich allerdings um die Begriffe *droit romain – droit français*, weniger um das *droit écrit*, dreht; aber Poullain du Parc T. I S. 3: *vrai Droit Ecrit* seien die *Ordonnances* der Könige und der Fürsten (vor der Vereinigung der Bretagne mit der französischen Krone).

werden nicht unter den Begriff *ordonnance* eingeordnet, da man in ihnen keine gesetzten, sondern nur festgehaltene Regeln sehen will.

Beispiele von Verordnungen, die auf dem langen Wege einer Rechtsvereinheitlichung eine Rolle spielten, sind der Code Henri III (1587, veröffentlicht 1601[70]), der in Liv. VI Art. XX[71] die *ordonnance Montils-les-Tours*, Art. 125, wieder aufgreift, der Code 'Michau' (de Marillac) (1629) unter Louis XIII, der Code Louis (1667) unter dessen Sohn Louis XIV, der Code 'Savary' (oder *Règlement pour le Commerce des Négociants & Marchands* von 1673), wobei der Begriff *Code* nicht wie heute im Sinne einer umfassenden Sammlung von Rechtsregeln in einem bestimmten Rechtsbereich zu verstehen ist, sondern nur als Bündelung von Verordnungen. Diese Beispiele zeigen die Mühen der einzelnen Herrscher, nicht nur das *droit écrit* und *coutumier*, sondern auch die Masse an Verordnungen überschaubar zu machen. Die *Ordonnance* von 1673 zu Fragen des Kaufrechts enthält u.a. Regeln zu Ausbildung, Mindestalter und Volljährigkeit, Verjährung von Entgelten für Dienste, Werke und von Kaufpreisen,[72] aber keine Regel zum Gewährleistungsrecht, ebenso wenig wie die späteren drei großen Kodifikationen unter Louis XV zur Schenkung (1731), zum Testament (1735) und zur *Substitution*[73](1747).

1.2 *Droit coutumier* und *coutume*

Droit coutumier meint die Gesamtheit der Regeln, die dem Gewohnheitsrecht entstammen, Der Begriff der *coutume* weist im Französischen allerdings mehrere Nuancen in der Bedeutung auf, die in dieser Vielfalt auch in der juristischen Sprache verwendet werden.

Insofern kann sich hinter einem Begriff, der regelmäßig in dieser Arbeit aufgegriffen werden wird, eine Vielzahl von unterschiedlichsten Bedeutungen verbergen. Dieses bunte Spektrum sei zunächst dargestellt, um am Ende klar bezeichnen zu können, welcher Sinn dem Begriff *coutume* beigelegt werden soll, wenn er in dieser Arbeit Erwähnung findet. Gleichzeitig hilft dies beim Verständnis von Zitaten.

---

[70] Basdevant-Gaudemet/Gaudemet Nr. 334.
[71] so in der Ausgabe Frerot/Brisson S. 388.
[72] neben Regeln zu Maklern und Zwischenhändlern, den kaufmännischen Büchern, Gesellschaften, Wechseln, Geldwechsel, Zwangsmaßnahmen, Gütertrennung, Insolvenz, Güterzession und zur Rechtsprechung.
[73] Bestimmung einer Erbfolge auf mindestens zwei Generationen; ebenso auch bei Schenkungen: Der Erblasser bzw. Schenker überlässt eine Sache unter der Auflage bzw. Bedingung, dass der Bedachte sie nur an eine bestimmte Person weitervererben kann.

Eine Bedeutung von *coutume* ist die Aufzeichnung von örtlich begrenzt geltenden Rechtsregeln, die aber nicht ohne Weiteres mit Gewohnheitsrecht gleichgestellt werden können. Denn bei ihrer Aufzeichnung unterlagen sie zahlreichen Einflüssen. Daneben gibt es noch die ungeschriebenen *usages*. Neben dem *droit écrit* machen eben diese *coutumes* und die *usages* einen Pfeiler des *Ancien Droit* aus.

1.2.1 *consuetudo-coutume*: Das weite Spektrum des Begriffs

Die grundlegende Bedeutung von *consuetudo* bzw. *coutume*[74] ist der Gebrauch, die Gewohnheit, das, was eine Person oder eine Gruppe von Personen zu tun pflegt. Ausgehend davon hat der Begriff in Texten mit Rechtsbezug eine juristische Färbung angenommen bis hin zur *consuetudo* bzw. *coutume* als Rechtsquelle.

1.2.1.1 Das Verständnis des Begriffes *consuetudo – coutume* im Laufe der Zeit

Im Römischen Recht bezeichnet der Begriff *consuetudo* eine Rechtsgewohnheit, die von Alters her überliefert wurde und der deswegen, wie auch dem *mos*, ein Platz neben der *lex* eingeräumt wurde. Gerade das *ius gentium* basierte auf diesen *consuetudines.*[75] Eine Definition von *consuetudo* bzw. der *coutume* als Quelle des germanischen Rechts bzw. des römischen Rechts in der germanischen Ausprägung im frühen Mittelalter ist nicht überliefert; allerdings ist vorauszusetzen, dass unter *consuetudo* bzw. *coutume* nicht nur ein bloßer faktischer Gebrauch verstanden wurde, sondern bereits ein Gebrauch, der eine rechtliche Relevanz wegen seiner Anwendung von Alters her erhalten hatte, sei er schriftlich niedergelegt oder nicht.[76] Vom 5. bis 8. Jahrhundert unter den Merovingern wurde unter *consuetudo* einerseits die Interpretationshilfe zum dominierenden Römischen Recht gesehen, andererseits wurde ihr eine eigene *auctoritas* als autonome Rechtsquelle zugestanden, die allerdings subsidiär zur *lex*, im Sinne eines Gesetzes[77], und zur *ratio* war.[78] Die *lex*

[74] Gilissen S. 19: von *consuetudo* über *costudne, costumne, coustumne, coustumerie, costumel* zu *coutume.*
[75] Monier T. I S. 50.
[76] Köbler in La Coutume II S. 63 ff (80, 82f) u.a. zur Wortwahl *antiquus* im Gegensatz zu *longus, priscus, vetus.*
[77] Köbler in La Coutume II S. 63ff (81): Der Begriff *lex* unterlag ebenso wie *consuetudo* einem Bedeutungswandel und konnte als *Recht* im allgemeinen verstanden werden, so z.B. bei der *lex Baiwariorum* als Recht der Bayern.
[78] Lauranson-Rosaz in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 26.

Burgundionum (*liber constitutionum*) spricht von *antiqua consuetudo, consuetudo Romana aut barbarica* (art. 60, 1&2) und in der *lex Romana* von *consuetudo veteris* (Tit. 26) im Sinne einer Regel, die zu beachten ist, aber durch ein neues Gesetz verändert werden kann.[79] Unter den Karolingern im 8. und 9. Jahrhundert nahm der Begriff zusätzlich die Bedeutung einer Abgabe oder einer anderen Leistung an, die aufgrund einer *consuetudo* geschuldet wurde oder von der man befreit war.[80] Unter den Kapetingern umfasste *consuetudo* sowohl den Inhalt königlicher Verordnungen als auch allgemein das Recht römischen Ursprungs in den später sogenannten *pays de droit écrit.*[81] Diese Bedeutung findet sich im Sprachgebrauch des Pariser Parlamentes im XIV. Jahrhundert wieder und wird in der juristischen Literatur oftmals aufgegriffen.[82] Um das Jahr 1000 wandelte sich *consuetudo* zu *consuetudines* und erhielt progressiv, einhergehend mit der Privatisierung öffentlicher Aufgaben wie der Straßensicherung und mit dem Ausbau der Seigneurien die Färbung der zu Unrecht oder zu viel geforderten Abgabe, *malae consuetudines.*[83] Durch die *coutumes* wurden nicht mehr nur die persönlich dem Seigneur unterworfenen Personen betroffen, sondern mit fortschreitendem 11. Jahrhundert alle Personen, die vom Schutz des Seigneurs profitierten, d.h. alle, die in seinem Machtbereich siedelten. Die Kirche stellte sich diesen Ausuferungen privater Macht entgegen, da sie ihren geistlichen und weltlichen Einfluss schwinden sah.[84] Sollten die Seigneurs nicht von selbst Maßnahmen zur Erhaltung eines Landfriedens ergriffen haben, setzten sie und der König sich vermittelnd dafür ein, dass die Seigneurs nur noch das forderten, was ihnen von Alters her unbestrittenermaßen zustand,[85] eben die *coutume.*

Noch im 13. Jahrhundert findet sich in den *Coutumes de Touraine-Anjou* (um 1246) der Begriff *coutume* als Bezeichnung sowohl für die Steuer, die den Abgabepflichtigen im Einzelfall auferlegt war, als auch die Abgaben, die gewöhnlich gefordert wurden und durch

---

[79] MGH Legum Sectio I, Tomi II Pars I, S. 92, 102, 147.
[80] Gouron in La Coutume II S. 200; Lauranson-Rosaz in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 26f, 30; Köbler in La Coutume II S. 77f, 83.
[81] Gouron in La Coutume II S. 197.
[82] vgl. Domat Traité des Loix Chap. XIII Nr. 9: *le droit romain „est observé comme coutume en plusieurs provinces…"*
[83] Köbler in La Coutume II S. 81: mit Angaben zum 10. und 11 Jahrhundert im Ostfränkischen Reich: drei Viertel der Quellen zu *malae consuetudines* ständen in Beziehung mit der Kirche; Lauranson-Rosaz in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 33ff: Aufschlüsselung des Wortgebrauchs in Frankreich nach Region und Jahr.
[84] Perard S. 202ff: Text aus dem Jahre 1101, in dem Odo, Fürst der Bourgogne, gewissen schlechten *consuetudines* ('*pessimae consuetudines*') absagt, gültig für sich und seine Erben zugunsten einer Abtei; vgl. Köbler in La Coutume II S. 63 ff (81f): mit Nachweisen über *malae consuetudines* als gegen die *leges* verstoßende Praktiken mit religiösem Charakter i.w.S. (Profanisierung des Gotteshauses etc.).
[85] Lauranson-Rosaz in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 43f, 50; vgl. Poumarède in La Coutume II S. 235; Maréchal/Poumarède S. 22f: Protest gegen die Ansprüche eines Klosters Ende 12./Anfg. 13.Jh. in Saint-Sever; Fossier in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 54.

eine Rechtsautorität, wie z.B. ein Gericht, anerkannt waren.[86] Daneben konnte *consuetudo* die ordensinternen Regeln in einem Kloster meinen.[87]

Gleichzeitig mit der aufkommenden Verschriftlichung eben dieser als Rechtsnorm angesehenen *coutume* wurde der Begriff ausgedehnt auf die Sammlungen, in denen Regeln, die für ein bestimmtes Gebiet galten (Stadt, Region, Bistümer u.a. Seigneurien), zusammengefasst wurden, z.B. *la Coutume de Metz et le Messin, la Coutume de l'Êveché de Metz, la Coutume du Pays et Duché de Bourbonnois* etc.

Inhaltlich kann der Begriff *consuetudo/coutume* demnach eine bestimmte Leistung, die Befreiung davon und den Anspruch darauf meinen. Formell betrachtet findet sich der Begriff in den juristischen Abhandlungen erstens als Rechtsnorm und -quelle (*coutume* i.e.S.), sei es dass er die Gesamtheit der (ungeschriebenen) gewohnheitsrechtlichen Regeln meint (*coutume* eines bestimmten Gebietes oder sozialen Gruppe), sei es dass nur eine Regel aus dieser Gesamtheit gemeint ist (z.B. *retrait lignager* als *coutume*), zweitens als Sammlung von Rechtsregeln in einem bestimmten Gebiet, *coutume* i.w.S., z.B. *Coutume de Paris, d'Orléans*, die unter dieser Bezeichnung schriftlich festgehalten wurden, aber von denen nur ein Teil *coutumes* i.e.S. ausmachen.[88]

1.2.1.2 *consuetudo – coutume*: von der formellen zur dokumentarischen Rechtsquelle

Im Römischen Recht dominierte die Begriffseingrenzung durch das Gegenüberstellen der *consuetudo* mit der *lex. Lex* war das geschriebene, *consuetudo* das ungeschriebene Recht.[89] Die *consuetudo* galt im Einzelfall, nicht generell,[90] aufgrund ihrer *diuturnitas*, der *voluntas*

---

[86] Jacob in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 103ff (115).

[87] Gilissen S. 23.

[88] Gilissen S. 22ff macht ähnliche Unterscheidungen, bezieht aber die Bedeutungserweiterung in der juristischen Sprache auf die Sammlungen von Regeln unterschiedlichster Herkunft (*coutume i.w.S.)* nicht ein; s. Niermeyer 'consuetudo', der verschiedene Nuancen des Begriffes unterscheidet: 1. *droit coutumier*, 2. eine Regel daraus, 3. das *droit coutumier* als das von Alters her gebräuchliche Recht der Herren auf Abgaben, 4. Steuern, Naturalabgaben oder Frondienste, die von Alters her gebräuchlich waren, 5. das übertragbare Recht, eine von Alters her übliche Abgabe zu fordern, 6. Gesamtheit der von Alters her üblichen Abgaben, die einen Pachthof belasten, 7. Gesamtheit aller ... Rechte, die zu einem Hofamt gehören, 8. Gerichtsbarkeit und deren Einkünfte, 9. Verkehrsabgaben, Zoll, 10. Freiheitsurkunde, *franchise*, klösterliche Bräuche.

[89] Hermogenianus D. 1, 3, 35: „Sed *et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur"*; Paul. D. 1, 3, 36:„*Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.*"

[90] Denn die Geltung der *consuetudo* als Rechtsquelle war nicht generalisiert, auch wenn die justinianischen Kompilationen den Anschein erwecken, so Magdalein S. 86f.

populi bzw. des *consensus populi*[91] innerhalb eines gewissen Gebietes oder Bürgerschaft.[92] Isidor von Sevilla[93] stellte in seinen Etymologien die *vetustate probata consuetudo* oder auch *mos* mit der *lex non scripta* gleich, „*quod pro lege suscipitur cum deficit lex*“.[94] Ebenso sah Gratian[95] in Anlehnung an Isidor in seinem sogenannten *Decretum* (*Concordia discordantium canonum*) die Grenze zwischen *constitutio* bzw. *ius* und *consuetudo* im Geschriebenem und Ungeschriebenem.[96] Die *lex Baiwariorum* kopiert Isidor im *Prologus de legibus.*[97] Im *liber iudiciorum sive lex Visigothorum* Lib. I Tit. 2 IV, gültig im Reich der Wisigoten mit Auswirkung auf die französischen an Spanien angrenzenden Gebiete,[98] wird *lex* als ein ordnendes Instrument definiert, das unter anderem die örtliche *consuetudo* beachten wird: „*Erit secundum naturam, secundum consuetudinem civitatis, loco temporique conveniens, iusta et equabilia prescribens...*“, wodurch Isidors *Etymologiae* II, 10, 6 paraphrasiert werden: „*Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporique conveniens, necessaria, utilis...*“. Der *Brachylogus* unterscheidet zwischen „*ius scriptum et non scriptum*“, wobei „*ex non scripto ius venit quod usus comprobavit*“, was eine direkte Kopie von Inst. I, 2 ist. Glossatoren und Kommentatoren ab der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts[99] arbeiteten eine Definition der *coutume* i.S.e. formellen Quelle des Zivilrechts für die Beziehungen von Privatpersonen[100] heraus, die sich um wenige Schlüsselbegriffe dreht:[101] Durch einen *usus*[102], durch ein regelmäßiges Handeln

---

[91] Julian. D. 1, 3, 32, 1: „*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*"; Ulp. D. 1, 3, 33: „*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*"; Inst. I, 2, 9: „*Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur."*

[92] Ulp. D. 1, 3, 34: „*Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradictio aliquando iudicio consuetudo firmata sit.*"; C. 8, 52, 1: „*Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae."*

[93] Geb. um 560, gest. 636.

[94] Isidorus Etymologiarum sive originum V, III, 2: Mit der (etymologischen) Begründung, dass *lex* von *legere* käme und deswegen geschrieben sein müsse; die *consuetudo* aber sei, was *in communi.. usu* sei. (4); vgl. II, 10, 1&2.

[95] Lebensdaten unbekannt, um Mitte des 12. Jahrhunderts.

[96] Distinctio I, C. 5: „*Quae in scriptis redacta est, constitutio siue ius uocatur; quae vero in scriptis redacta non est, generali nomine, consuetudo videlicet, appellatur.*"

[97] MGH Legum Sectio I Tomi V Pars II S. 200f.

[98] s. Deswarte in Traditio Juris S. 74.

[99] Mayali in La Coutume II S. 15ff: dort mit genauer Aufschlüsselung der Entwicklung der Definition.

[100] Gouron in La Coutume II S. 201; Poumarède in La Coutume II S. 236 für den Süden Frankreichs.

[101] Jacob in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 104, wobei der Begriff in französischen Texten des 13. Jahrhunderts nicht stets gemäß dieser Definition verwandt wurde, S. 113 (zu Philippe de Novare und Jean d'Ibelin).

mit rechtlicher Relevanz, innerhalb einer gewissen Dauer, *diuturnitas*[103], abgesegnet durch den *consensus populi*[104] oder die *opinio necessitatis* einer sozialen Gruppe gelangt eine regionale, nicht personenbezogene[105] Praxis in den Rang einer Rechtsregel. Ein Streitpunkt war, ob die *consuetudo* schriftlich sein konnte oder nicht. Die Voraussetzung einer nicht schriftlichen Überlieferung wurde noch von Jacques de Révigny[106] verneint, von seinem Nachfolger Pierre de Belleperche[107] aber als notwendig angesehen.[108] Ebenso definieren u.a. d'Ableiges[109] und Boutillier[110], die *coutume* im Gegensatz zur *lex* als ungeschrieben. Bodin macht keine Unterscheidung.[111]

Parallel dazu setzt in Frankreich die Tendenz ab dem 13. Jahrhundert ein, das so herausgefundene Recht niederzuschreiben wie schon andere verbriefte Rechte und Privilegien, die *coutumes* i.S. von Abgaben, Steuern. Im 15. und 16. Jahrhundert erfolgte diese Niederschrift systematisch. Das spiegelt sich in der Literatur wider. Coquille[112] erkennt die geschriebene und ungeschriebene *coutume* i.S.e. formellen Rechtsquelle an.[113] Cujaz allerdings hält gemäß der römischen Tradition am *illiteratus consensus* fest.[114] Claude de Ferrière unterscheidet zwischen der *coutume* im Allgemeinen und im französischen Recht. Die *coutume* im Allgemeinen sei nicht geschrieben und deren Anwendungsdauer habe eine vernünftig lange Zeit ausgemacht, wobei die Einzelheiten vom Richter bestimmt werden können. Die *coutume* im französischen Recht sei ein geschriebenes Recht, an dem der König

---

[102] Mayali in La Coutume II S. 17f, 20f eingehender zum Unterschied zwischen *usus* und *consuetudo* in einer voraccursischen Glosse, bei Accursius, de Révigny, de Belleperche, Bartole.
[103] Mayali in La Coutume II S. 24f: zur Diskussion im 12. und 13 Jahrhundert, *diuturnus* zu definieren und in Jahreszahlen zu fassen; Gouron in La Coutume II S. 196: *Consuetudo* könne u.U. auch neu geschaffenes Recht umfassen, so der Rückschluss aus Azo (vor 1190-um 1220) und Placentin (Lehrtätigkeit in Montpellier ab ca. 1170, gest. 1192), die *lex municipalis* mit *consuetudo municipalis* gleichsetzen; Beispiele aus der Literatur: d'Ableiges S. 192: 40 Jahre; Bouteiller S. 6: 10 Jahre.
[104] Mayali in La Coutume II S. 21f ausführlicher zur Entwicklung der Fragen in der Literatur, ob die Mehrheit für einen *consensus* ausreichte, welche sozialen Gruppen berücksichtigt werden sollten (Frauen, Minderjährige Abhängige..), und zum *error* und Zwang; Waelkens in La Coutume II S. 36: Jacques de Révigny (gest. 1296) habe die entscheidende Mehrheit nicht per Kopf bemessen, sondern nach ihrer gesellschaftlichen Verantwortung unter Bezug auf Pap. D. 1, 3, 1: „ *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio"*; Jacob in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 105 & Anm. 2: Aber schon bei de Révigny und Jean Faure sei die Voraussetzung des *consensus populi* in Zweifel gezogen worden, da sie auf einer Vermutung beruhe und sich nicht beweisen lasse.
[105] Timbal in La Coutume II S. 227: im Gegensatz zu den *leges barbarorum*, die an die Person anknüpfen.
[106] Oder Jacobus de Ravanis, Revegnei, de Raven(n)eio, Ravi(g)neio, Raven(n)iaco (1230/40- 1296).
[107] Oder Bellapertica (1250-1308).
[108] Waelkens in La Coutume II S. 35.
[109] d'Ableiges S. 190f.
[110] Bouteiller S. 3: Definitionen zu '*droict écrit*' (Gesetze) und *droit non écrit* (coutume).
[111] Bodin Juris universi distributio I *consuetudo* S. 17, 23: Unterscheidung nicht nach geschrieben-ungeschrieben, sondern allein *sanctio* wichtig, um anerkannt zu werden, Anm. S. 101 (Goyard-Fabre).
[112] Coquille T. I S. 280 (Discours des Etats de France...) re.Sp: ursprünglich ungeschrieben, dann verschriftlicht.
[113] Vanderlinden in La Coutume II S. 274 mit weiterer Aufschlüsselung der Voraussetzungen zur *coutume* in der französischen Literatur.
[114] Cujaz T. III (Obs.) Lib. 20 Chap. I.

und das Volk mitgewirkt hätten.[115] Pothier paraphrasiert[116] *Inst. De jure naturali* und definiert *coutumes* als prinzipiell ungeschrieben, nimmt aber die durch praktische Überlegungen begründete Niederschrift als selbstverständlich hin.[117] Diese *coutumes* würden so „*le droit municipal de notre province*“.[118] Damit wurde in der Literatur der Sprung des Begriffs von der prinzipiell ungeschriebenen *coutume* im Sinne einer formellen Rechtsquelle zur *coutume* im Sinne einer dokumentarischen Rechtsquelle vollzogen. Die Grenze zwischen Form und Inhalt verwischte.

Gleichzeitig wurde den in den *coutumes* in Sinne einer Normensammlung enthaltenen Regeln, wie z.B. *Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, eine Rechtsautorität zugeschrieben, als seien sie *coutume* i.e.S., d.h. als seien sie wie schon der *mos maiorum* wegen einer Geltung von Alters her zu respektieren. Allerdings bestehen die *coutumes* im Sinne einer Normensammlung aus Regeln von unterschiedlichster Herkunft und unterschiedlicher Geltungsdauer neben *coutumes* i.e.S. Insgesamt finden sich in den *coutumes*, so wie sie z.B. durch Bourdot de Richebourg gesammelt präsentiert werden, Zeugnisse der Adaptation von Römischem Recht und königlichen Verordnungen neben Sonderregelungen, die den örtlichen Gepflogenheiten nachgezeichnet sind.

Will man das zum Begriff *coutume* Gesagte zusammenfassen, lässt sich dies am besten durch die Gegenüberstellung von Begriffspaaren ordnen: Es ist als erstes zu unterscheiden die geschriebene *lex* und die ungeschriebene *coutume* im Sinne eines echten Gewohnheitsrechts. Mit der Niederschrift einer *coutume* mutierte diese zu einem Gesetz. Sie behielt aber in Erinnerung an ihre Herkunft die Bezeichnung *coutume* bei, eine Art geschriebene *coutume.* Da man bei der Niederschrift sich nicht um dogmatische Feinheiten kümmerte, sondern einfach das Recht eines Ortes festhalten wollte, wurden unter dem Begriff *coutume* Regelungen aller Herkunft gesammelt, sei es römisch- und kirchenrechtlich, sei es aus Verordnungen, sei es gewohnheitsrechtlich.

Um den Begriff genauer abzugrenzen, kann man auf weitere Distinktionen zurückgreifen. Die so aufgeschriebenen Sammlungen von Regeln wurden mit der Zeit überarbeitet, so dass man zwischen *ancien-nouveau* unterschied, teilweise sogar zwischen *très ancien-ancien-nouveau*. Ebenso differenzierte man nach Anwendungsgebiet zwischen einer *coutume générale* und

[115] de Ferrière Dict. T. I ‘coutume’S. 438f; de Ferrière Corps 1692 T. I S. V § 1, § 21.
[116] Aus Inst. I, 2 „*Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur"* macht Pothier „*Lex non scripta, diuturni mores consensu utentium comprobati*“.
[117] Pothier Cout. S. 1ff.
[118] Pothier Cout. S. 2 (Introduction Nr. 3).

locale. Letztendlich, da man dem so aufgeschriebenen örtlichen Recht einen abschließenden Charakter beimaß, wurden alle bis dahin ungeschriebenen *coutumes* im Sinne einer Rechtsquelle, sprich das Gewohnheitsrecht, als *usages* bezeichnet.

Der Begriff *coutumes* soll hier und im Weiteren im Sinne dieser verschriftlichen Sammlung von Recht in einem bestimmten Gebiet verwandt werden. Diese Sammlungen stellen eine dokumentarische Rechtsquelle dar. Im Allgemeinen wird eine ungeschriebene Regel, die in einem Ort angewandt wird, im Weiteren als *usage* bezeichnet. Somit impliziert die Verwendung der Begriffe *coutume-usage* keine Wertung dahingehend, ob eine Regel von ihrer Herkunft ein echtes Gewohnheitsrecht sei. Sollte im Einzelfall auf echtes Gewohnheitsrecht abgestellt werden sollen, das durch lange mehrheitliche Übung Rechtskraft erlangt hat, wird *coutume* i.e.S. verwandt.

1.2.2 Inhalt einer *coutume* im Sinne einer dokumentarischen Rechtsquelle

In einer *coutume,* wie z.B. der *Coutume de Paris, d'Orléans,* finden sich im Allgemeinen Regeln des Öffentlichen Rechts, Straf- und Zivilrechts: zum Verhältnis des Lehnsherrn zu seinen Untergebenen, zu Abgaben in allen Formen (Kopfsteuer, Abgaben an Mühlen, Steuern, Grundsteuern etc.), zu den Privilegien des Lehnsherrn, zum lokalen Gerichtswesen und Prozessrecht (in Zivil- und Strafsachen), Strafverordnungen (auch verbunden mit zivilrechtlichen Regelungen, wie z.B. einer Erklärungspflicht), Geldstrafen, zu Beweisführungen (vor Gericht), zur Durchsetzung eines Urteils, zur *Prescription* (Verjährung und Ersitzung), wobei in den älteren Versionen häufiger die Frage der Ersitzung angesprochen wird und die neueren Versionen ausführlicher die Verjährungen behandeln, zum Schuldrecht (Schenkung, Pacht- und Mietrecht, Kaufrecht, Güterzession und Gläubigerrechte), Sachenrecht (Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, Immobilienrecht: insbesondere Dienstbarkeiten, Renten, Sicherheiten und eventuell Eviktion), Familien- und Eherecht (Betreuung/*tutelle*, nichteheliche Kinder, Eheverträge, Mitgift, Gütergemeinschaften) und zum Erbrecht (Testament, Schenkung auf den Tod, Erbschaftskauf, Ansprüche der Erben des Erbschaftsverkäufers/*retrait lignager*, besondere Ansprüche: nichteheliche Kinder, Witwen, Nachlassverschuldung). Diese Liste ist nicht abschließend. Nicht jede *coutume* regelt alle aufgezählten Bereiche, und selbst die ausführlichsten und reformierten, wie z.B. die *Très ancienne Coutume de Bretagne* (336

Artikel), *Anciennes coutumes de Bretagne* (1539: 779 Artikel), *Coutume de Bretagne* (1580: 685 Artikel), *Coutume d'Orléans* (1583: 491 Artikel), *de Bourbonnois* (1521: 555 Artikel), *de Paris* (1580: 362 Artikel), *de Nivernois* (1534: 37 Kapitel) lassen viele Regelungslücken. Schwerpunkte der niedergelegten Regeln zum Kauf im weitesten Sinne sind Regeln zum Vertragsschluss, zum Vorgriff des Verkäufers bei unbezahlter Ware, zur Eviktion, zu einzuhaltenden Gütenormen und Maßen bestimmter Waren und vereinzelt einige Regeln zum Viehverkauf.

1.2.3 Der örtliche Anwendungsbereich

Der Regelfall war, dass eine *coutume* über eine Verwaltungseinheit definiert wurde, d.h. einer Provinz oder *pays*, z.B. Normandie, Bourgogne, oder einer *baillage* bzw. *sénéchaussée*.[119] Diese *coutumes* konnten ergänzt oder abgeändert werden durch lokale *coutumes*, gültig in einem noch kleineren Gebiet. Im Süden Frankreichs, im *pays de droit écrit*, waren *coutumes* in Städten die Regel. Andauernde Macht- und Grenzenwechsel hatten allerdings zur Folge, dass eine bestimmte *coutume* sich nicht mehr auf das Ursprungsgebiet beschränkte, für die sie niedergeschrieben war, sondern auf andere Lehnsgüter übertragen wurde.[120]

1.2.4 Wie wurden die *coutumes* überliefert

Die Art und Weise, wie eine *coutume* niedergeschrieben und so überliefert und zur Basis der Rechtsprechung und doktrinaler Abhandlungen gemacht wurde, hatte zwangsläufig auch Auswirkungen auf den Inhalt.

Regionales Recht findet sich erstens in Zusammenstellungen durch Privatpersonen, die teilweise auf Veranlassung eines Machthabenden geschahen, zweitens in offiziell durch den Herrscher veranlassten Aufzeichnungen bzw. in offiziell anerkannten Aufzeichnungen von Privilegien, die damit in den Rang von Gesetzen rückten. Ergänzende Zeugnisse, die hier nicht herangezogen wurden, finden sich in Privaturkunden und Urteilen, weniger in Anspielungen in nicht-juristischen literarischen Werken oder archäologischen Funden.

[119] Vanderlinden in La Coutume II S. 285f mit einer genaueren Auflistung.
[120] Guillot in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 276.

1.2.4.1 Nicht offizielle Sammlungen: *les coutumiers*

Die nicht offiziellen Aufzeichnungen erfolgten i.d.R. durch Personen mit einem direkten Bezug zur juristischen Praxis[121], die sich aus juristischen und/oder regionalhistorischen Erwägungen der *coutume* einer bestimmten Region oder eines Ortes[122] widmeten. Diese privaten Sammlungen werden i.d.R. unter dem Begriff *coutumiers* zusammengefasst, tragen aber auch andere zeitgenössische Bezeichnungen wie *livre(s) des coutumes* bzw. *de droit, Somme rural* oder moderne Bezeichnungen wie (*très) ancienne coutume.*[123] Sie waren Hilfen für die Praxis und dienten als Vorlage für die offizielle Niederschrift der *coutumes.* D'Ableiges beschreibt seine Intentionen so: „*... pour instruir et doctriner les jeunes hommes qui vouldront avoir cognoissance du faict et instruction de pratique...*".[124] Einige der privaten Aufzeichnungen hatten wegen ihrer Monopolstellung (quasi) offiziellen Charakter.[125] Mit der offiziellen Niederlegung der *coutumes* wichen diese privaten Werke den offiziellen Texten und deren Kommentaren.[126]

Die privaten Sammlungen der *coutumes* gehen nicht nur auf reines Gewohnheitsrecht zurück, sondern beziehen auch mehr oder weniger oberflächlich Römisches, kanonisches Recht, königliche Verordnungen und Rechtsprechung mit ein.[127] *Le livre des droiz et commandemens* aus dem letzten Viertel des 14. Jahrhunderts ist eine Entscheidungssammlung. Im glossierten *Coutumier Bourguignon*, in seiner Form vom Ende des 14. Jahrhunderts, wird z.B. hinsichtlich eines Verfahrensfehlers bemerkt: „*Messire Pierre de Savianges disoit que la sentence donnée contre lui pour la dame de Brancion ne valoit...*".[128] Der Bezug auf konkrete Fälle und Urteile als Bestätigung einer Regel ist fast systematisch in diesem *coutumier,*[129] so dass er in großen Teilen eher einer Urteilssammlung

---

[121] van Dievoet S. 24ff: *officiers royaux*: Jacques d'Ableiges, Jehan Boutillier, Pierre de Fontaines, Philippe de Beaumanoir; Anwälte: Guilhaume de Breuil, Jehan le Coq, Jean Masuer, Jean Imbert; Ausnahme: Jehan Roisin: städtischer Angestellter; vgl. Brun-Lavainne S. VII; Vorwort zu *Li livres* S. XXVIIf: Unsicherheit, was der Verfasser von *Li Livres de jostice et de plet* gewesen sei.

[122] van Dievoet S. 17: Jehan Boutillier sei wohl der erste gewesen, der mehrere *coutumes* nebeneinander betrachtet habe.

[123] van Dievoet S. 31-33, 37; Die *Très ancienne coutume de Bretagne* wurde auch *livre coutumier* benannt und diese Bezeichnung auch in den offiziellen *coutumes* beibehalten, Art. 636 *anc. Coutume*, Art. 685 *Coutume de Bretagne*.

[124] d'Ableiges S. 4f (Prologue).

[125] Gilissen S. 95: z.B. die *Summa de legibus Normaniae, Très ancien coutumier de Bretagne.*

[126] van Dievoet S. 51f, 23, 14 und Anm. 1 und 2 m.w.N.: *coutumiers* waren Rechtsbücher ohne Bindungskraft für Gericht oder Privatleute im Gegensatz zum deutschen Recht, in dem den (privaten) Rechtsbüchern mehr Einfluss auf die Judikative und Legislative zugeschrieben werde.

[127] Gouron in La Coutume II S. 205f, 208: Ende des 12. Jahrhunderts sei die *coutume* bereits „contaminée" gewesen; vgl. Gilissen in La Coutume I S. 33; van Dievoet S. 36ff; Vorwort zu Li Livres S. IXff.

[128] Petitjean/Marchand/Metman S. 122: Art. 80.

[129] Petitjean/Marchand/Metman S. 153, Art. 143; S. 154 Art. 144, 145, 146, 147, 148, 150, 153, 154 etc.

ähnelt. In *Li Livres de jostice et de plet* werden in Übersetzung ganze Titel aus den Digesten eingefügt. In der *Coutume de Lille* in der Region Flandern aus dem 14. Jahrhundert, die einem Jehan Roisin zugeschrieben wird,[130] finden sich, angehangen an einen Abschnitt allgemeiner Regeln, eine Reihe Urteile, die, wie der Herausgeber Brun-Lavainne bemerkt, nachträglich in die ältere Handschrift eingefügt wurden;[131] daneben sind auch Urteilsformeln aufgenommen.[132] Einen großen Teil dieses Werkes macht die Sammlung städtischer und regionaler polizeilicher und ziviler Verordnungen aus[133] als praktische Hilfe für die städtische Gerichtsbarkeit.

Inhaltlich behandeln die *coutumiers* ähnlich wie die späteren offiziell aufgezeichneten *coutumes* Prozessrecht und Teile des Zivilrechts, weniger allerdings die Bereiche, die insbesondere durch das Kirchenrecht geregelt wurden, wie Verlöbnis, Eheschließung, besondere Abgaben, Zinsen.[134] Es ist höchst fraglich, was die Aufzeichnenden unter *coutume* verstanden und was für Anforderungen sie an die *diuturnitas* und den *consensus populi* stellten.[135] Im 13. Jahrhundert wurden theoretisch zehn bis zwanzig Jahre Anwendung eines Brauchs gefordert, um als *coutume* angesehen zu werden, wobei den Richtern ein Ermessensspielraum zugestanden wurde; das Pariser Parlament verlangte Anfang des 13. Jahrhunderts 20 Jahre, später 10 Jahre.[136] *Le livre des droiz et commandemens* aus dem 14. Jahrhundert verlangt dreißig Jahre.[137] Die ersten Verfasser eines *coutumier* sahen sich zur gleichen Zeit mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass die Rechtsanwendung ständig wechselte.[138]

Aus diesen Aufzeichnungen Rückschlüsse auf die Rechtspraxis in einem bestimmten Gebiet zu schließen, ist riskant, da die Autoren, wenngleich auch in der Regel Rechtspraktiker, die Aufzeichnungen nach ihrem dennoch begrenzten Wissensstand durchführten und Lücken

---

[130] Brun-Lavainne S. VII.
[131] Brun-Lavainne S. 41f.
[132] Brun-Lavainne S. 57.
[133] Brun-Lavainne S. 38ff, 42ff, 45ff (Schuldanerkenntnis; Zwangspfändung), etc.
[134] van Dievoet S. 41, 66.
[135] vgl. Gouron in La Coutume II S. 196, 201f: In den Aufzeichnungen des 12. Jahrhunderts finden sich zur *coutume* erhobene Bräuche, die sich nur Jahrzehnte zuvor zum ersten Mal nachweisen lassen; Maréchal/Poumarède S. 8f: Die Bürger von Saint-Sever versuchen 1380 ihre *coutume* zu ändern.
[136] Waelkens in La Coutume II S. 31ff (36): Jean de Monchy / Johannes de Monciaco (gest. um 1266), Lehrer de Révignys, vertrat 20 Jahre, de Révigny 10 Jahre.
[137] Beautemps-Beaupré in *Le livre des droiz* T. I S. 27.
[138] de Fontaines S. 4:„ .. *por ce que les anciennes costumes que li preudome çà en arière soloient tenir et user, sont molt aneanties et presque totes faillies, partie par bailliz et par prevoz, qui plus entendent à lor volenté fere que à user des costumes..."* (1255/56)*;* Jacob in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 103ff (117, 119).

nicht nur durch Römisches oder kanonisches Recht, sondern auch durch ortsfremde *coutumes* und fremde Rechtsprechung auffüllten.[139]

1.2.4.2 Die offizielle Niederschrift: *les coutumes*

Die Aufzeichnung der einzelnen *coutumes* erfolgte etappenweise, wobei die französischen Könige ein Motor dafür waren: Je mehr sich eine legislative Zentralgewalt um den König herum kristallisierte, zum Nachteil seiner Vasallen und des Parlaments, desto eher war der Herrscher bestrebt, ein überschaubares klares Recht zu schaffen bzw. durch seine Juristen aufzeichnen zu lassen, um sich seine Vorherrschaft zu sichern.[140] Insbesondere ab dem 13. Jahrhundert[141] erfolgte der erste Schub von Niederschriften der *coutumes*, wobei der Einfluss des Römischen Rechts im Süden Frankreichs, dem sog. *Pays de droit écrit*, die Verschriftlichung der *coutumes* förderte.[142] Der zweite fand ein Jahrhundert später statt, einhergehend mit dem Bestreben, das Reich und das Recht, auch das Zivil- und Vertragsrecht, das zuvor von einer staatlichen Einflussnahme verschont geblieben war, zu stabilisieren und zu ordnen.[143]

Die *Ordonnance* de Montils-les-Tours (1454), Art. 125, zur Zeit der Herrschaft Charles VII (1403-1461, König ab 1422) verordnete im Rahmen einer Justizreform im Anschluss an den Hundertjährigen Krieg (1339-1453) das schriftliche Festhalten der *coutumes*, um Widersprüchen ein Ende zu bereiten und Rechtsfrieden zu stiften, „ *Nous voulans abréger les procez et litiges d'entre noz subjectz et les relever de mises et despens, et mettre certaineté ès jugemens... et oster toutes matières de variations et contrariétez, ordonnons, et décernons, déclairons et statuons que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume, soyent rédigez et mis en escrit, accordez par les coustumiers... lesquelz coustumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escritz en livres, lesquelz seront apportez par-devers*

---

[139] van Dievoet, S. 43f, 47, 69: z.B. in *Somme rural, Anciens usages d'Artois, Livre des droiz et des commandemens d'office de justice* (Poitou).
[140] Jacob in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 106.
[141] Noch ältere Aufzeichnungen sind z.B.: *le très ancien coutumier normand* (Ende 12. Jahrhundert), die *Statuts d'Avignon & Arles* (Mitte 12. Jahrhundert), die *Charte d'Amiens* (1185), *la Coutume (Charte) de Lorris (1155).*, vgl. Klimrath T.II S. 14ff .
[142] Poumarède in La Coutume II S. 234, 236f gegen die Theorie, dass die Bevölkerung die *coutume* als Gegenbewegung zur Adaptation des Römischen Rechts aufzeichnete, sondern Römisches Recht und *coutume* bedingten sich gegenseitig; die Konfrontation sei später erst erfolgt.
[143] z.B. *la très ancienne coutume de Bretagne* (Levy in IRMAE V, 4, b S. 6 datiert sie auf 1312-1325); Gouron in La Coutume II S. 211; Maréchal/Poumarède S. 8f: zum Versuch der Bürger Saint-Sever, ihre *coutume* 1380 verändert bestätigen zu lassen, vgl. S. 27 ebenso le Brassenx und Marmade; vgl. Grinberg S. 69f.

nous...". [144] Damit war der erste offizielle Grundstein für alle späteren Kodifikationen zur Schaffung eines einheitlichen französischen Rechts gelegt. Gleichzeitig galt Charles VII damit als *gardien de la coutume*[145] und machte die *coutumes*, soweit sie niedergeschrieben wurden, gewollt oder nicht,[146] zu einfachen Gesetzen regionaler Geltung, deren Weiterentwicklung durch einfache friedliche und andauernde Rechtsausübung wegen der Schriftform erheblich erschwert wurde.[147] Allerdings wurden viele *coutumes* reformiert und auf diese Art weiterentwickelt oder durch die Rechtsprechung ausgelegt und angepasst.[148] Die *Ordonnance de Montils-les-Tours*, Art. 125, hielt ausdrücklich fest, dass neben den geschriebenen *coutumes* keine anderen Gebräuche jeder Art „*ès pays dont ils seront, et ainsi en nostre court de parlement ès causes et procèz d'iceux pays*" gültig sein sollten; den Richtern in ihren Urteilen und den Anwälten war es untersagt, daneben andere Gebräuche, *usages*, anderes regionales Sonderrecht, *coutumes*, und anderes örtlich übliches Prozessrecht, *stiles*, unter Strafe anzuwenden.[149]

Diese Verordnung wurde in den folgenden Jahrhunderten mehrfach bestätigt.[150] Henri III (1551-1589, König ab 1574) nahm diese *ordonnance* wieder auf.[151] Ebenso wurde in einem *coutume* erlassenden Dekret in der Regel bestimmt, dass diese *coutume* in der vorliegenden Form das letzte Wort haben sollte.[152] Damit setzten die französischen Könige das fort, was

---

[144] de Laurière u.a. Ord. T. XIV S. 312f: Vor Ostern 1453 und nach Ostern 1454.

[145] Basdevant-Gaudemet/Gaudemet Nr. 261f: Die ursprüngliche Rolle des *Roi gardien de la coutume* war die Garantie, insbesondere den neu zum Reich hinzukommenden Provinzen das regionale Recht zu sichern.

[146] Lebrun S. 79 bleibt näher am Wortlaut des Art. 125 der Ord. Montils-les-Tours von 1454, nach dem dem König nur die Absicht der Verfahrensvereinfachung nachgewiesen werden könne.

[147] de Ferriere Dict. T. I 'coutume' S. 443: Nichtbeachtung einer Regel aus den *coutumes* konnte zu deren Abschaffung führen, z.B. Art. 98 Cout. Paris; vgl. Gilissen S. 14 in einer vereinfachenden Darstellung: Das ungeschriebene Recht weicht ab dem 16. Jahrhundert dem geschriebenen Recht (ungeschriebenes Recht: 10.Jh.: 90 %, 16. Jh.: 50 %, 19 Jh. 10 %); ebf. S. 18: Je mehr die Idee der Souveränität der Nation und der Gewaltentrennung vertreten (insb. im 18. Jh.) wurde, desto mehr wurde das positive Recht als einzige Rechtsquelle angesehen.

[148] Grinberg S. 75.

[149] de Laurière u.a. Ord. T. XIV S. 313: „*…défendons à tous les Advocatz de nostredict royaume, qu'ilz n'allèguent ne proposent autre coustumes, usages & stiles..*", ebenso für die Richter.

[150] vgl. Lettre-Pat Louis XII, 21.Jan. 1510 in Bourdot de Richebourg S. 26; Lett.Pat. Henri IV Januar 1598 (abgedr. u.a. in Brillon 'coutume').

[151] Frerot/Brisson S. 388 Liv. VI Art. XX.

[152] Bourdot de Richebourg T. I S. 103: Coutumes générales de Ponthieu: Dekret 1507: keine Einführung neuer widersprüchlicher Gebräuche, Beweis nur durch die Niederschrift, nicht durch *turbe*; S. 137 Dekret 1507 Coutume d'Amiens; S. 254 Karl V für Artois 1540: Beweis durch Auszug aus der *coutume* durch den *greffier;* S. 257 (1544): „*deffendant...de Introduir, ...Alleguer, Posern Ou Veriffier, autres Coutumes Generales*"*;* vgl. T. II S. 676 anc. Cout. Channy 1510 Art. CXLIV, die bezeugen, es gäbe keine anderen *coutumes* als die aufgezeichneten; S. 1193: Comté de Bourgogne 1459 (unter Philippe le Bon) „ *...en rejettant tous autres Usages...";* T. III S. 106 Estampes 1556: „ *inhibition & defenses...de poser & alleguer en jugement & ailleurs autres Coûtumes"*, Verbot der *turbe;* S. 139 Dourdan 1556: „ *inhibition& défense.. de poser en jugement & ailleurs par leurs escritures ne autrement autres Coustumes";* gleicher Wortlaut S. 170 Montfort Lamaury 1556; S. 206 Mante et Meullant 1556; S. 264 Troyes 1509 „ *non alleguer ne poser autres coustumes contraires ou desrogantes ausdites coustumes publiées";* T. IV S. 333 Bretagne 1539: „ *..que après la redaction, reformation & publication ... ils n'ayent à eux aider, deduire ne mettre en avant autres Coustumes que celles qui ainsi seront*

schon Konstantin 319 angeordnet hatte:[153] Es solle keine *coutumes* geben, die sich über die Gesetze aufschwinge und so die Macht des Herrschers konterkariere.

Allerdings hatte die Verordnung von Montils-les-Tours keine große unmittelbare Wirkung: Da alle Fassungen dem Parlament vor einem Erlass vorgelegt werden mussten, das der Masse von Änderungsanträgen nicht gerecht werden konnte, geriet diese Prozedur ins Stocken. Erst nach einer zweiten Verordnung 1497 unter Charles VIII (1470-1498, König ab 1483), die vorsah, dass die Parlamente von sich aus Vertreter in die Provinzen schicken sollten, um die *coutumes* der Regionen aufzuschreiben, kam Bewegung in das Verfahren.[154] 1499 wurde das Verfahren der Niederschrift definitiv festgelegt. Der Großteil der verbrieften *coutumes* stammt aus der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts unter der Herrschaft Louis XII[155] und François I[156]. In der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts wurden viele *coutumes* in überarbeiteter Form neu erlassen.[157]
In den Gebieten, die später ins französische Reich eingegliedert wurden, war das Verfahren ähnlich.[158] 1531 ordnete Karl V, König von Spanien, die Niederschrift der *coutumes* für die Provinzen an, die heute den Norden Frankreichs, Belgien und die Niederlanden ausmachen. Für die Bourgogne leitete Philippe le Bon 1457 die Niederschrift ein,[159] die 1575 homologiert wurden.[160]

Die der jeweiligen *coutume* angehängten Protokolle geben eine Idee davon, wie die Niederschrift einer *coutume* vor 1499 in den Provinzen der französischen Krone[161] von Statten ging: In der ersten Phase der Niederschrift waren die örtlichen Versammlungen aufgerufen, einen Entwurf der *coutumes* über die zuständigen königlichen Offiziere, wie den Seneschall oder *bailli*, an den König zu senden, der ihn an eine Kommission des Pariser

---

redigées & publiées & qui se trouveront escrites, inserées & contenues dedans le livre Coustumier ainsi par vous [Parlement à Rennes] arresté..." etc.
[153] C. 8, 53, 2.
[154] Hilaire in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 15.
[155] 1462-1515, Herrschaft 1498-1515.
[156] 1494-1547, Herrschaft 1515-1547.
[157] z.B. die Coutume de Paris 1510/1580; Amiens 1507/1567; Pays de Boulenois 1493/1550; Peronne 1507/1567, Bar 1506/1579; Artois 1509/1544; Sens 1506/1555; Auxerre 1507/1561, Perche 1505/1558; Orléans 1509/1583; Tourraine (Tour) 1507/1559; Poictou 1514/1559; Channy/Chaulny 1510/1609; Vallois 1509/1539.
[158] Bourdot de Richebourg T. II S. 1031ff (Bar), 1058ff (S. Mihiel), S. 1073f (Gorze), S. 1150ff (Bassign(e)y): Ressorts Charles II, Duc de Calabre & Lorraine; zur Niederschrift der *coutume* in der Bourgogne, die 1477 zu Frankreich kam, s. Vanderlinden in La Coutume II S. 271ff (283f).
[159] Bourdot de Richebourg T. II S. 1169 Anm. b) mit Einzelheiten.
[160] Klimrath T. II S. 137, 153, 159.
[161] Denn in den Gebieten, die später zu Frankreich stießen, galt unter Karl V ein anderes Verfahren, bei dem die drei Stände nur selten berücksichtigt wurden, Grinberg S. 71.

Parlaments zur schriftlichen Stellungnahme weiterleitete.[162] Diese Kommission sandte ihre Stellungnahme an den Parlamentspräsidenten zur weiteren Stellungnahme. Das Verfahren stellte sich als wenig effektiv heraus. Ab 1497 prüfte nur noch eine Kommission des Parlamentes die Entwürfe und entsandte Vertreter in die Provinzen im Falle von Konflikten. Eventuell entschied das Pariser Parlament über streitige Textfassungen. Ab 1505 wurde dieses Verfahren verstärkt wieder aufgenommen und die *baillis* unter Druck gesetzt, die *coutumes* zu verfassen. Louis XII verordnete 1510 mit einem Verweis auf seine Vorgänger seine *conseillers*, seinen Anwalt und seinen *procureur* an, das Verfahren wiederaufzunehmen, die bereits verzeichneten *coutumes* zu veröffentlichen und neue bzw. im Verfahren seiner Vorgänger verlorengegangene aufzuzeichnen und die Richter und Verwalter eines Bezirks zur Mithilfe zu zwingen, „*Et pource que ... lesdites Coustumes n'ont esté rapportées par la maniere devant-dite, ou, les aucunes d'icelles, si elles ont esté rapportées, n'ont peu estre recouvertes ne trouvées, nous voulons, & vous mandons, que vous contraignez tous & chacuns noz Baillifs, Seneschaux, Juges, & autres nos officiers, à icelles Coustumes rapporter, & faire rediger par escrit, avec les modifications, corrections, interpretations, & leur advis.*"[163]

Protokolle der Versammlungen der drei Stände etwa aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts geben einen genaueren Einblick in den Ablauf der Geschehnisse: Durch eine *Lettre-Patente* des Königs wurde der Präsident der Pariser *Cour de Parlement* mit anderen Parlamentsvertretern, *Conseillers du Roi*, für das Verfassen einer *coutume* in dem jeweiligen Verwaltungssitz einer Region bestallt. Diese ordneten die drei Stände und die betroffenen Praktiker an, ihre Vorschläge für eine *coutume* bzw. eine Neufassung der *coutume* in einem *cahier* zu sammeln. Dieser Entwurf wurde dann in einer öffentlich ausgerufenen Versammlung der drei Stände diskutiert. Zur Annahme eines Artikels musste jeder Stand

[162] z.B. *Cayer des Coustumes générales de la Ville, Pays et Senechaussée de Boulenois* 1493, *Cahier des Coutumes, Usages et Stiles de la Senechaussée et Comté de Ponthieu* 1495 in Bourdot de Richebourg T. I S. 25, 81: Die *baillis* sollten die Gebräuche in ihren Bezirken sammeln, an den Seneschall senden, wo sie von Vertretern der drei Stände als *cahier* verfasst wurden. Diese Entwürfe wurden auf einer Art Hauptversammlung aller Vertreter der Regionen (mindestens drei Männer pro Stand und pro Bezirk) und Praktikern vorgelesen und abgezeichnet. *Coutumes locales* durften z.T. nachgetragen werden, s. Anm. Bourdot de Richebourg T. I S. 81.

[163] Bourdot de Richebourg T. III S. 26: Lettr.Pat. 21.1.1510; vgl. Klimrath T. II S. 141ff; Bourdot de Richebourg T. I S. 115 ff: *Anciennes Coutumes d'Amiens* 1507: Procès-verbal: Den acht königlichen *prevôts* im Bezirk Amiens wurde unter Androhung eines Bußgelds befohlen, in ihren Unterbezirken (*prevôté)* die drei Stände in ca. einem Monat zu versammeln und die *coutumes locales* zu verfassen, ansonsten würden sie sich auf diese *coutumes locales* nicht mehr berufen können. Eine andere Kommission, die die acht Bezirke vertrat, zusammengesetzt aus Praktikern *(avocats & procureurs*), entwarf eine *coutume générale*, die von königlichen Anwälten überarbeitet und in die Endfassung gegossen wurde. Die *coutumes locales* wurden dieser angefügt.

mehrheitlich, alle drei Stände zusammen mussten einheitlich zustimmen.[164] Diese Versammlung konnte wegen aufkommender Uneinigkeit vertagt werden mit der Aufforderung, die Diskussion im kleinen Kreis fortzusetzen.[165] Die Bürgermeister, *prévôts* oder *baillis* waren zuständig dafür, lokale Sonderregeln in ihren Gemeinden mit Hilfe der drei Stände vor Ort zu sammeln und beizubringen.[166] Der so erarbeitete Entwurf wurde mit den Protokollen, aus denen offengebliebene Streitigkeiten hervorgingen, an die *Cour de Parlement* nach Paris gesandt, die diese *coutume* vor dem endgültigen Erlass überarbeitete.[167]

1.2.5 Die Glaubwürdigkeit der *coutumes* als Quelle des Gewohnheitsrechts

Überträgt man die Protokolle der Niederschriften auf das praktische Leben, so ergaben sich mehrere Hürden, das regionale Sonderrecht vollständig, richtig und in seiner bislang geltenden Form aufzuzeichnen.

1.2.5.1 Erste Hürde: Die Interessen der zur Aufzeichnung berufenen Vertreter

Die aufzuzeichnenden Regeln mussten von einem Vertreter eines Standes bzw. einem Praktiker vorgetragen werden, falls dieser ein allgemeines oder privates Interesse darin sah.

Bei der Niederschrift der *coutumes* sollten Vertreter die Bevölkerung in all ihren Schichten widerspiegeln, nur taten sie das? Die Protokolle der ersten Niederschriften um 1500 sind wenig ausführlich im Vergleich zu späteren und die zusammengerufenen Vertreter i.d.R weniger zahlreich.[168] Zusammengerufen werden sollten: „*les gens des trois Estats de chacun*

---

[164] Grinberg S. 66; aber Kotovtchikhine in Mémoires … romands 1999, S. 32: In Auxerre bei der Reformation seien, vielleicht ausnahmsweise, einige Artikel gegen den Dritten Stand beschlossen worden. So habe es auch Dumoulin vertreten.

[165] z.B. Calais: erste Versammlung am Samstag, 16.4.1583, vertagt auf Dienstag, in Bourdot de Richebourg T. I S. 21.

[166] z.B. Bourdot de Richebourg T. I S. 74: Procès-verbal Boulenois 1550; S. 150: Beauquesne 1509; S. 223: Gerberoy 1507.

[167] Für die reformierte *Coutume* d'Auxerre hat Kotovtchikhine in Mémoires … romands 1999, S. 28ff, den Ablauf genau beschrieben; für Paris s. Olivier-Martin S. 118ff.

[168] z.B. Bourdot de Richebourg T. II, S. 1015: Bar 1506: 15 Kleriker, 10 Adelige, 10 Juristen, 24 andere Einwohner, auch verschiedener Ortschaften, ohne weitere Protokolle; S. 1031ff Bar 1579: 4 Seiten Namen und Titel der versammelten Stände; T. III Paris 1510: 4 ½ Seiten Auflistung, 1580 12 ¼ Seiten, allerdings sind beide Protokolle relativ ausführlich, was für Paris nicht verwundert.

desdits Baillages & Seneschaucées de nostredit Royaume ... en bon & grand nombre“[169], d.h. im Einzelnen „ *Barons, Châtelains, Seigneurs haut-Justiciers, Prélats, Abbez, Chapitres, nos Officiers èsdits lieux, Licentiés, Avocats, Praticiens, & autres bons & notables personnages.*"[170]

In der Regel saßen in den Vertretungen der drei Stände:

für die Kirche ein Kardinal, falls er in der betreffenden Region seinen Sitz oder Güter hatte, die Bischöfe, Dekane, Äbte und Pfarrer der einzelnen Gemeinden, geordnet nach Rang, [171] für den Adel der Seigneur der Region und alle, die durch Landbesitz und den daran geknüpften Abgaben irgendeinen Bezug hatten zu der Region, vom *Prince, Duc, Baron* zum *Chevalier* und *Ecuyer*.

Die königlichen Offiziere und andere Praktiker wurden vor oder zusammen mit der dritten Gruppe aufgeführt. In ihnen fanden sich der jeweilige Gouverneur, die königlichen Offiziere (*Conseillers du Roi, Procureur du Roi, Receveur, Auditeur, Controlleur, Ecuyer...*), die Richter (*bailli, prévôt*), ihre Vertreter (*Lieutenants*), Gerichtsangestellte (*Greffier*), Anwälte, *Procureurs de la ville.*

Der dritte Stand bestand aus verschiedenen Amtsträgern, die zum großen Teil zu den Praktikern und Offizieren gezählt wurden, weshalb man in den Protokollen nicht immer zwischen den beiden Gruppen trennte. Dazu gehörten zum Beispiel der Bürgermeister und ehemalige Amtsträger, die z.T. wieder andere Funktionen innehatten (*Secrétaire de la Chambre du Roi...),* dessen Untergebene *(echevins), Greffier de la Ville, Quartenier*[172]*, Conseillers, Capitains des Arquebuziers & Archers, Argentiers, Marguilliers de l'Eglise* (Schatzmeister, Verwalter), Händler und die *prévôts* der Händler und andere wenige nicht genannte Bürger der betreffenden Region oder Stadt, die keinen Titel führten. Die einzelnen Städte und Ortschaften einer Region wurden i.d.R. vertreten durch einen *lieutenant, officier-receveur, échevin, avocat, bailli, procureur, prévôt,* Händler oder einem anderen Bürger,[173] wenn sie überhaupt jemanden sandten.[174]

---

[169] Bourdot de Richebourg T. III S. 26 Lettr. Pat. Louis XII 21.1.1510.
[170] Bourdot de Richebourg T. I S. 71: Lettr.Pat. Henri II 1550: Coutume du Pays de Boulenois.
[171] Bourdot de Richebourg T. I S. 72: Procès-verbal Boulenois 1550: Streit, weil in der falschen Reihenfolge aufgerufen; ebs. T. II S. 695 Procès-verbal Chaulny 1609
[172] Die in ihrem *quartier*, Viertel, für Sauberkeit und Ordnung und die Stadttore sorgten und darüber dem *prévôt* Bericht gaben, vgl. Richelet Nouv. Dict. frç. T. II '*quartenier'*.
[173] z.B. Bourdot de Richebourg T. I S. 206 Procès-verbal Amiens 1567; T. I S. 21 (Calais): für das *plat pays:* Anwälte und *procureurs;* T. II S. 594 Peronne 1507; S. 739 Senlis 1539: Händler für die Einwohner der Stadt, S. 743: auch für bestimmte Ortschaften; T. IV Bretagne 1539 S. 336.
[174] Bourdot de Richebourg T. II S. 652 Procès-verbal Peronne 1567: Liste der nicht vertretenen Ortschaften; S.740ff Procès-verbal Senlis 1539: aus Compiègne, Ponthoise von allen drei Ständen fast niemand erschienen.

Wer nicht kommen konnte, musste sich unter Androhung von Strafe der Beschlagnahme weltlicher Güter und anderer Zwänge entschuldigen oder einen Vertreter schicken.[175] In Paris bestätigte Guillaume du Molin, „*que sondit pere etoit malade de fievres.*"[176] Je nach ausführendem vom König bestallten Kommissar wurde mehr oder weniger akribisch festgehalten, wer nicht erschienen war.

Aus dem Protokoll beispielsweise in Peronne von 1567 ergab sich folgendes Bild: Alle hohen Kirchenvertreter waren vertreten durch ihre Anwälte, wobei ein Anwalt für mehrere Personen eintrat, persönlich erschienen ein *bailli* und ein Prior; die niederen Kleriker erschienen persönlich. Eine ähnliche Situation fand sich beim Adel wieder: Sie waren vertreten durch einen *bailli, prévôt,* Anwälte und andere Personen oder erschienen persönlich, wobei u.a. derselbe Anwalt, der schon einige Kleriker repräsentierte, die Interessen einiger Adeliger vertrat. Sein Familienname findet sich wieder bei einem *curé* und einem *lieutenant du bailli,* wobei dies mangels genealogischer Nachforschungen als reine Beobachtung dahingestellt bleibt. Viele dieser Vertreter für Kirche und Adel finden sich wieder in der Gruppe der herangezogenen Praktiker und Amtsträger. Die unteren Grade der Offiziere (*lieutenants*) waren persönlich erschienen, z.T. vertraten sie höhere Amtsträger; von den kleineren Gemeinden war ein Großteil der aufgezählten *marguilliers*[177] und Einwohner durch einen *procureur*, einen offiziellen Vertreter, von Peronne vertreten, der schon für andere Amtsträger sprach. Nur vereinzelte Bürger und Bewohner mit ungenannten Funktionen vertraten sich selbst. Auf zweieinhalb großen Seiten (*in folio*) wurden die nicht Erschienenen aufgelistet, davon machen eine halbe Seite die Namen der Ortschaften im Umkreis aus, die durch niemanden vertreten waren.[178]

Dies ist kein Einzelfall: Ein ähnliches Bild ergibt sich in Chaulny 1609: Ein großer Teil der Kleriker und des Adels waren durch wenige Anwälte vertreten. Für die Ortschaften sprachen *lieutenants* und eine nicht präzisierte Anzahl von Einwohnern.[179] In Senlis 1539 vertraten Händler die Einwohner. In der Bretagne 1539 sucht man vergeblich nach Bürgern oder Händlern zwischen den Praktikern.[180] Diese Liste ist durch andere Beispiele ergänzbar.[181]

---

[175] Bourdot de Richebourg T. I S. 74: Procès-verbal Boulenois 1550; T. II S. 642 Procès-verbal Peronne 1567: Lettr. Pat. Henri II 1558 *„ Lesquels à ce faire seront contraincts, à scavoir les gens d'Eglise, par prinse & saisie de leur temporel; & les gens laiz, par prinse & saisie de leurs biens meubles & imeubles..."*., Lettr.Pat. Charles IX 1567: *„ sous les peines & contraintes..."*.

[176] Bourdot de Richebourg T. III S. 18 Procès-verbal Paris 1510.

[177] Laie, der die Pfarrei und damit zusammengehörige Angelegenheiten leitet.

[178] z.B. Bourdot de Richebourg T. II, S. 644.

[179] Bourdot de Richebourg T. II S. 691ff Procès-verbal Chaulny 1609.

[180] Bourdot de Richebourg T. IV S. 333ff.

[181] Bourdot de Richebourg T. II S. 733ff Procès-verbal Senlis 1539; ähnlich S. 777ff Procès-verbal Clermont en Beauvoisis 1539: u.a. eine Handvoll Anwälte, die Kleriker, Adel, Ortschaften in Personalunion vertraten; vgl.

Etwas anders war die Situation in Paris 1510: Die Kleriker sandten als Vertreter ihre Anwälte oder *receveurs* und/oder einen Kleriker aus der zu vertretenden Gemeinde bzw. ließen sich durch einen Ordensbruder vertreten. Dabei gab es nur ausnahmsweise eine Personalunion, dass ein Vertreter für mehrere Klienten sprach. Allerdings dürfte es in Paris nicht an Anwälten gemangelt haben wie in kleineren Städten. Die Adeligen erschienen in der Mehrzahl selbst, schickten Anwälte, wobei diese wiederum in der Regel nur ihren Klienten repräsentierten, oder vertraten sich untereinander, da sie als Verwalter eines anderen Gutes dienten. Dementsprechend ist die Liste der aufgezählten Praktiker lang, während der Dritte Stand darin unterging.[182] Bei der Reform 1580 in Paris war das Bild ähnlich, nur die Liste der aufgezählten Personen war wesentlich länger.[183] Für die umliegenden Orte waren i.d.R. ihre Gerichtsvertreter erschienen, die für mehrere Gemeinden sprachen. Poissy beispielsweise, bekannt als Umschlagplatz für Vieh, wurde neben Triel, St. Germain-en-Laye durch zwei Juristen vertreten. Der *Prévôt des Marchands & Echevins* war unter den zusammengerufenen Praktikern erschienen, was nicht verwundert, da er eine einflussreiche Person war. Daneben waren knapp zwei Dutzend Bürger aus Paris, neben Einwohnern anderer Orte anwesend, eine Handvoll Händler und ebenso viele Goldschmiede.

Aus diesen Gruppen wurden je nach Notwendigkeit, aber nicht überall, wiederum Vertreter gewählt, in der Regel Juristen, die die *coutumes* in eine Reinform bringen sollten bzw. dies schon vor Ankunft der königlichen Delegation getan hatten.[184]
Im Endeffekt war also nur ein Kreis von Auserwählten an der Schaffung der *coutumes* beteiligt, Praktiker, Amtsträger, angesehene Bürger,[185] auch wenn die Versammlungen an sich öffentlich waren.

Souriac in Visages du notariat S. 133ff (136f, 144): Im 16. Jahrhundert in den Etats de Comminges in der Gascogne, führte ein Evêque den Vorsitz. Von hundert adeligen Familien waren circa 20 politisch aktiv. Der Dritte Stand setzte sich aus Vertretern der Städte zusammen, wobei jede Stadt ein bis zwei Consuln aussandte. Zu vermuten ist, dass Notare eine große Rolle einnahmen, was aber nicht genau feststellbar ist in dieser Region. Damit waren aber 90 % der Landbevölkerung nicht vertreten; S. 138: Allerdings sandten die Dörfer je nach Bedarf Delegationen aus.

[182] Bourdot de Richebourg T. III S. 18.

[183] Bourdot de Richebourg T. III S. 56ff: 13 Seiten, davon 4 für den Dritten Stand.

[184] Bourdot de Richebourg T. I S. 21f Procès-verbal Calais 1583; T. II S. 1059 für S. Mihiel (unter Charles III, Duc de Lorraine): jeder Stand soll zwei bis drei Vertreter zur Versammlung schicken; T. III S. 622 Auxerre 1561: „*lecture de certain cayer que lesdits officiers & autres practiciens & gens des trois Estats avoient entre eux dressé sur un ancien livre de papier escrit à la main*“, was nichts anderes als die Coutume von 1506 war; T. IV Bretagne 1580 S. 439: T. III S. 484 Sens 1506: Lettr.Pat. Charles VIII: einige sollten ausgesucht werden, die *coutume* zu verfassen, die dann der Versammlung vorgeführt wurde.

[185] s. Poumarède in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 337 zur ersten Fassung der *coutume* in Bordeaux, deren Protokoll nicht durch Bourdot de Richebourg veröffentlicht wurde: 10 Personen hatten einen Entwurf in Bayonne erarbeitet, darunter kein königlicher Offizier, aber 3 Anwälte und 3 Adelige. Die Kommissare hoben hervor, dass kein Grund bestehen würde, an der Eignung dieser Personen zu zweifeln.

Es ist wohl nicht falsch die Niederschrift der *coutumes* als ein Zeugnis von Interessenlagen zu sehen, sowohl was die Auswahl der festgehaltenen Regeln angeht, als auch den Inhalt,[186] selbst wenn die Vertreter der Stände und die Praktiker schwören mussten, die *coutumes* nach bestem Wissen und Gewissen darzustellen zum Wohl der Allgemeinheit und nicht nach eigenen Vorteilen zu streben, wie z.B. 1510 in Paris „*de bien & loyaument conseiller, & dire verité sur le fait desdites coustumes, & advertir & remonstrer ce qui seroit contraire & préjudiciable au bien commun & utilité des manans habitans de ladite Prevosté & Vicomté de Paris*.“[187]

Erwägt man den menschlichen Faktor und den Einfluss des Geldes[188] dabei, so verwundert es nicht, dass in erster Linie Situationen festgehalten wurden, in denen Werte (Immobilien in allen möglichen Rechtslagen, Lasten und Abgaben, Gütergemeinschaft, Mitgift, Nachlass, Schuldeneintreibung und -sicherung) und Ämter von Einfluss[189] (*bailli, sénéchal, justicier…*) auf dem Spiel standen. Alle drei Stände waren bedacht, ihre Freiheiten und Privilegien festzuhalten, d.h. ihre *coutume* im ursprünglichen Sinne von Abgaben.[190]

Es ist sogar zu vermuten, dass in die niederzuschreibende *coutume* Gewohnheiten jüngeren Datums zum Recht erklärt wurden, die den Anforderungen der Gesellschaft besser gerecht wurden als ein alter Brauch, so dass die Anforderung an die Dauer der Übung nicht streng zu nehmen ist,[191] auch wenn die unterzeichnenden Vertreter schwören mussten, über das Alter

---

[186] Brillon 'coutume' S. 206: „*intérest particulier des Seigneurs qui ont pris soin de les faire rediger*“; de Ferrière Dict. T. I 'coutume' S. 441 m.w.N.; Maréchal/Poumarède S. 11 zu der *Coutume de Saint-Sever;* Timbal in La Coutume II S. 232: Insbesondere die Landbevölkerung wurde wenig berücksichtigt, deren Gebräuche sich eher in Urkunden aus der Praxis wiederfinden lassen.

[187] Bourdot de Richebourg T. III S. 19, s. auch: Lettr.Pat. Charles VIII 1493 (Pays de Boulenois) in Bourdot de Richebourg T. I S. 26: „*aprés le serment solennel ... ostée toute faveur & acceptation de personne...";* vgl. S. 82 (Comté de Ponthieu, Lettr.Pat. Charles VIII 1495), T. II S. 652 Procès-verbal Peronne 1567: „ *cessant toute affection privé & particuliere...*"; Cochin T. IV S. 170.

[188] Fossier in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 55 gibt eine Schätzung für 1300/1350 ab: 12-15 % der Dorfbevölkerung, max. 20-25%, Handwerker miteinbegriffen, seien so reich gewesen, um sich in Ämter einzukaufen, im Rat des Seigneurs als Vertreter der Bevölkerung zu sitzen und Dokumente zu verwalten. Nur mit ihnen seien die Einzelheiten der *coutume* diskutiert worden; Minovez in Visages du notariat, S. 29ff verfolgt am Beispiel einer Notarsfamilie aus der Region Toulouse den sozialen Aufstieg der Familienmitglieder ab dem 15. Jahrhundert: Notar und Stadtvertreter – *seigneur* eines *fief*, Offiziere, Bischöfe, Seneschall (16. Jh.); Marandet in Visages du notariat S. 83f: Notare in der Region Midi Toulousain im 14. und 15. Jahrhundert waren im Schnitt gut situiert und besaßen viel Grund und Boden, belegt durch Urkunden über Mitgift und Vermächtnisse, mit Ausnahmen, S. 86f.

[189] vgl. Procès-verbal La Coutume II S. 507 (Garancini): Ämter lagen in den Händen weniger, die durch die Schaffung von Regeln den gesellschaftlichen Entwicklungen gerecht werden mussten.

[190] s. Lauranson-Rosaz in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 26f.

[191] Klimrath T. II S. 142; vgl. Gouron in La Coutume II S. 196; Le Roy Ladurie/Morineau I, 2 S. 604: die mit einer Mitgift versehene Tochter wurde nicht mehr automatisch vom Erbe der Eltern ausgeschlossen, sondern besaß ein Wahlrecht, gegen Rückgabe der Mitgift am Nachlass teilzuhaben.

eines Brauches Recherchen zu führen.[192] Die königlichen Kommissare sollten sogar darüber wachen, dass Regeln, die unzweifelhaft seit Alters her angewandt wurden, aber ungerecht waren, durch neue gerechtere Regelungen ersetzt würden.[193]

Hier kann nicht in die Einzelheiten gegangen werden, inwieweit innerhalb dieser Gruppe die Mehrheit der wirtschaftlichen Werte einer Region oder eines Ortes vertreten waren, da dies das Studium der Grundbücher und anderer Urkunden in den einzelnen Regionen voraussetzt und hier nicht Teil der Arbeit ist. Aber diese Detailarbeit ist auch nicht notwendig, um festzustellen, dass allein durch die vertretenen Grundbesitzer im Klerus und Adel und die daran geknüpfte wirtschaftliche Nutzung ein Großteil der Werte einer Region oder eines Ortes repräsentiert wurden. Die Sachmängelgewährleistung wird die geringste Sorge der Ständevertreter bei der Niederschrift der *coutumes* gewesen sein, obwohl der Kauf das Basisrechtsgeschäft des alltäglichen Lebens war.

1.2.5.2 Zweite Hürde: Die Relevanz der Regel

Damit ein Gebrauch in einer *coutume* niedergeschrieben wurde, musste er als allgemein gültig anerkannt sein, was nicht nur voraussetzte, dass er seit einer mehr oder weniger längeren Zeit unwidersprochen angewandt wurde, sondern auch dass er von praktischer Bedeutung war, d.h. mehr als einmal[194] zur Anwendung gekommen war, allein um ins 'Gedächtnis' der Bevölkerung bzw. deren Vertreter gelangt zu sein. Die Regeln zum Beweis einer *coutume* vor Gericht geben eine Idee davon, welcher Brauch als verbindliche *coutume* angesehen wurde. Vor der Verschriftlichung der *coutume* konnte ein bestimmter Brauch durch eine Gruppe von Zeugen bewiesen werden, sowohl im *pays de coutumes* als auch im *pays de droit écrit.*[195] Im 13. Jahrhundert sah die Doktrin einen Beweis für die konstituierenden Elemente einer *coutume* (*consensus populi, diuturnitas, usus*...) durch jeweils zwei Zeugen vor; für den *consensus populi* wurde später eine Vermutung als ausreichend angesehen. Zum Ende des 13.

---

[192] Bourdot de Richebourg T. I S. 26: Lettr.Pat. Charles VIII 1493: Coutume générale de la Comté de Boulenois; T. II S. 676 anc. Cout. Channy 1510 art. CXLIV: „ *que les ... praticiens de la ville... ont usé des Coustumes...,& reputer communément pour vrayes...*".

[193] Seong-Hak Kim in Tijdschrift v.R. 2004, S. 94.

[194] Waelkens in La Coutume II S. 36: Azo und die Glosse verlangten zwei Rechtsakte, die Rechtsschule in Orléans (13. Jahrhundert) überließ die Wertung dem Richter.

[195] Filhol in La Preuve II S. 360f, 363f mit weiteren Details, so insbesondere eingeführt durch eine *ordonnance* v. 1270, die den Beweis durch weise Männer, frei von Verdacht, zuließ (abgedr. in de Laurière u.a. Ord. T. I S. 111 Chap. II); bestätigt durch die *ordonnance de Blois* 1498; s. Viollet T. II S. 8 Etablissements de Saint-Louis Chap. III: Verbot von Beweisen durch Duelle; vgl. T. I S. 487f und de Laurière u.a. Ord. T. I S. 86 *Ordonnance touchant les Batailles, ou les Duels, & la preuve par témoins* von 1260.

Jahrhunderts überließ man es dem Ermessen des Richters, die Elemente der *coutume* zu prüfen.[196] Im 14. Jahrhundert entwickelte sich ein Beweis einer allgemein bekannten bzw. gewöhnlichen Sitte durch eine *turbe,* d.h. eine Gruppe von Männern, bzw. durch einfache Ermittlung vor dem Richter durch Vortrag des Klägers.[197] Ausdrücklich äußern sich wenige *coutumes* über diese Beweisregeln.[198] An die Stelle der Gruppe von Zeugen trat bei der Redaktion der *coutumes* funktionell die Versammlung der Drei Stände und deren Vertreter, die die *coutume* entwerfen sollten.

Die Verfasser eines *cahier,* das der offiziellen Niederschrift voranging, waren nicht an die dogmatische Diskussion gebunden, wann ein Brauch zum Gewohnheitsrecht wird; sie mussten sich jedoch zumindest an eine gewisse Regel erinnern oder sie in Akten finden, um sie zur Niederschrift zu bringen. Die geschriebenen Zeugnisse konnten die lokale Rechtsprechung[199] oder Urkunden sein, die heute noch Rückschlüsse auf das damalige Rechtsleben zulassen.[200] Im besten Fall gab es bereits eine schriftliche *coutume,* wie z.B. eine *charte,* die in die Neufassung inkorporiert werden konnte,[201] so dass nur entschieden werden musste, was beibehalten und was erneuert werden sollte. Es versteht sich von selbst, dass diese zur Niederschrift berufenen Vertreter der Drei Stände, oftmals Juristen, zunächst aus ihrem Erfahrungsschatz schöpften, um zu entscheiden, welcher Rechtsbrauch in ihrem Alltag und dem ihrer Klienten von Bedeutung war; die Sachmängelgewährleistung war es anscheinend nicht.

---

[196] Waelkens in La Coutume II S. 38f; vgl. Köbler in La Coutume II S. 85f zum Fehlen von Nachweisen über einen Beweis in den sog. *leges barbarorum;* in Zusammenhang mit dem Verfahren vor Gerichts wegen eines Tieres, das einen Fressschaden angerichtet hat, wird im *Coutumier Bourguignon* vom Ende des 14. Jahrhunderts die allgemeine Regel festgestellt, dass eine Partei, die eine *coutume notoire,* eine allgemein bekannte Regel des Gewohnheitsrechts, anführt, diese nicht beweisen müsse, sondern dies dem Richter überlassen sei, Petitjean/Marchand/Metman S. 292.

[197] Timbal in La Coutume II S. 229: Mitte des 14. Jahrhunderts sei die Praxis nicht einheitlich gewesen, mit Nachweis zur Gegenmeinung; um 1337 sei die *coutume notoire* durch die *turbe,* die *coutume ordinaire* durch *enquête ordinaire* bewiesen worden, zum Ende des 14. Jahrhunderts sei dies umgedreht gewesen.

[198] z.B. *Le grand coutumier de .. la Normandie* Chap. CXXII: ein bis sieben Zeugen; anc. Coutume Bourges & Pays de Berry Art. LXX: 10 der ältesten Einwohner; s. ergänzend dazu Décisions de Iean de Mares in Brodeau T. II (3. Teil) S. 42 Art. 275: 10 Männer in Paris; Masuer (Fontanon) S. 269f (die Seitenzählung ist unstimmig: = T. XVI Nr. 3): mdst. 2 turbes von je 10 Männern.

[199] de Ferrière Dict. ‘coutume’ T. I S. 439.

[200] vgl. Zink in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 201ff, die anhand von Urkunden die Praxis der Eheverträge in der Bourgogne und Auvergne mit Blick auf die jeweilige *coutume* herausarbeitet und Züge von einem (vielleicht familiär bedingten) Brauch u.a. bzgl. des Umfangs der Brautgabe aufzeigt, der es aber nicht zum Rang einer *coutume* gebracht hat.

[201] Cochin T. IV S. 169: Redaktion der *coutume* im Artois: Charte d’Oisy von 1216, einmal bestätigt durch die französische Krone, einmal durch Karl V; Bourdot de Richebourg T. IV Bretagne 1539, S. 333ff.

1.2.5.3 Dritte Hürde: Fehlende Zeit und Fähigkeit der Verfasser

Schließlich hing die Fassung der *coutume* auch von der Qualität des von den Ständen hervorgebrachten Entwurfes ab. In einigen Regionen und Städten konnte man auf alte schriftliche Zeugnisse zurückgreifen, wie z.B. in Troyes oder der Bretagne. Aber selbst das war noch keine Garantie für die Qualität des Entwurfes, da diese alten Zeugnisse erstens nicht immer unangefochten waren und zumindest ergänzt werden mussten.[202] De Ferrière gibt ingesamt ein harsches Urteil ab: „*La construction des périodes est si grossiere, les termes si impropres & le sens si imparfait, que l'on diroit que les Coutumes ont été rédigées plûtôt par des païsans & des barbares, que par des Jurisconsultes & par des Magistrats.*"[203]

Abgesehen davon hatten die Versammlungen der Stände nicht unbedingt viel Zeit, um alle Regeln in Schriftform oder in besseres Französisch zu fassen oder zu ergänzen, obwohl die Aufforderung zur Niederschrift meistens nicht unerwartet kommen konnte, da die französischen Könige ihre Absichten zuvor durch *Lettres-Patentes* kundgaben, nur dass diese nicht sofort ausgeführt wurden.[204]

Die Standesvertreter der Bretagne machten 1539 eine Eingabe, die Niederschrift und Neufassung der (alten) *coutume* doch zu verschieben: „*remonstrent les gens des Estats audit pays, que voyant au cayer faict & redigé par les Commissaires dudit Seigneur en la ville de Rennes sur & du livre Coustumier, ils ont trouvé y avoir grande longuer & difficultez en plusieurs chapitres, esquels ils ne pourroient, ne voudroient conclure, ne donner advis si promptement, ... mesmes qu'il est requis & necessaire veoir & visiter meurement ledit cayer ..., pour sçavoir & entendre s'il y a obmission ou non audit cayer, qui ne se pourroit faire en brief temps.*"[205] Nachdem die königlichen Kommissare ihnen höflich und ausführlich dargelegt hatten, dass sie eine Kopie dieser Fassung schon vorab zur Beratung erhalten hatten, dass es nicht Absicht sei, alte Regeln mehr als nötig abzuschaffen, dass das ganze Verfahren bereits viel Geld und Aufwand gekostet habe und sie in der Versammlung später über jeden

---

[202] Cochin T. IV S. 169f: ein *cahier* „*mal composé & rédigé*" (Artois/Oisy).
[203] de Ferrière Dict. T. I 'coutume' S. 441.
[204] Bourdot de Richebourg T. I S. 115: Procès-verbal der Ancienne Cout. d'Amiens 1507: ein Monat zwischen Erhalt der Lettr.Pat. und der Generalversammlung aller Vertreter; S. 19 Calais 1583 Lettr.Pat. v. 22.03.1583, Aufforderung an die drei Stände am 01.04., ihre überarbeitete *coutume* am 16.04. (Samstag) zur Versammlung der drei Stände bereit zu haben; S. 71f Boulenois Lettr.Pat. 01.08.1550 „*au plûtôt que faire se pourra*", Versammlung am 10.10.1550; T. II S. 593 anc. Cout. Peronne 1507: verfasst von August bis Oktober 1507, allerdings zuvor zwei Lettr.-Pat. v. 22.01.1506 und 02.04.1507; S. 642ff: aber cout. Peronne 1567: Lettr.Pat. von 1559, 1560, Januar 1567 für eine Versammlung 15.09.1567; S. 734 Senlis Lettr.Pat. 10.07.1539, Vers. 16.08.1539; de Ferrière Dict. 'coutume' T. I S. 439: „*Et quoique chacune de ces Coutume ait été rédigée avec assez de précipitation & de négligence, la rédaction générale a été l'ouvrage de plus de quatre-vingt ans.*"
[205] Bourdot de Richebourg T. IV Procès-verbal Bretagne 1539 S. 337f.

einzelnen Artikel diskutieren könnten, wurde das Verfahren fortgeführt. In Bordeaux forderten einige Adelige 1513 sechs Monate, um angemessen beraten zu können, da sie nicht ausreichend beim Vorentwurf durch einen kleinen Kreis von Praktikern gehört worden seien. Auch sie wurden auf die öffentliche Diskussion in der Ständeversammlung verwiesen.[206]
Auch im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Zeit und die Fähigkeiten der versammelten Vertreter kann wieder festgehalten werden, wenn man sich die einzelnen Protokolle anschaut, dass es andere Fragen als das Sachmängelgewährleistungsrecht gab, die Zeit, Konzentration und Motivation aufbrauchten.

1.2.5.4 Vierte Hürde: Beeinflussung durch die Kommissare

Nicht nur die Vertreter der Stände haben bei ihrer Vorbereitung zu einem gemeinsamen Text die Auswahl und den Inhalt derjenigen Gebräuche beeinflusst, die es bis zur Niederschrift geschafft haben; sondern auch die vom Pariser Parlament ausgesandten Vertreter waren von einem gewissen dogmatischen Einfluss und einer Interessenvertretung für die Krone nicht frei.[207] Diese Kommissare sind nicht ohne eigenes 'Gepäck' in die Regionen gekommen,[208] nämlich mit ihrem Wissen und Erfahrungen im Recht, wie es sich in der Rechtsprechung, in der Literatur und in der Pariser *Coutume* fand.[209] Sie können nicht als bloße Schreiber angesehen werden.[210] Sie haben hingegen die *coutumes* nicht Wort für Wort entworfen, sondern konnten fertige Entwürfe korrigieren, die u.a. mit Hilfe der ortsansässigen Notare[211] und Richter bzw. Rechtsprechung der Parlamente[212] oder alten *coutumes* in Schriftform angefertigt worden waren. Die Standesvertreter der Bretagne, die 1539 von einem „*cayer faict*

[206] Poumarède in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 337f.
[207] vgl. Brillon 'coutume' S. 203f: „*Il y a plus de raison de dire que c'est le Prince qui fait la Loi* [les coutumes], *puisqu'il nomme les Commissaires ausquels il donne pouvoir de rediger par écrit les Coûtumes, & que les deputez des Etats n'y assistent que pour rendre raison de l'Usage de la Province*"; zwar betrachtet Brillon hier den formellen Aspekt der Rechtsschaffung, die Stelle zeigt aber dennoch die Einflussmöglichkeiten der Vertreter des Parlaments.
[208] mit Ausnahme der Coutume de Ponthieu 1495, die ohne Pariser Vertreter geschaffen wurde.
[209] so schon Giraud S. 2: Die *coutumes* wurden mit Römischem Recht angereichert und der Pariser *Coutume* nachgebildet; Poumarède in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 330f.
[210] Castaldo Rdnr. 1124: Die Kommissare konnten die eingereichten Vorschläge ändern.
[211] vgl. Marandet in Visages du notariat S. 90, 92f, 94, der stark annimmt, dass ein Notar es in der Hand hatte, durch gezielte Fragen und ausgewählte Formeln in einer Region (hier: Midi Toulousain) bestimmte Rechtsinstitute zu fördern (z.B. das gemeinsame Testament) oder Gebräuche einzuführen oder zu unterstützen (z.B. Einsetzen des Patenkinds als Vermächtnisnehmer oder Anweisungen für den Ablauf der eigenen Beerdigung).
[212] Seong-Hak Kim in Tijdschrift v.R. 2004, S. 99.

& redigé par les Commissaires“[213] sprachen, meinten mit *Commissaires* eine kleine Gruppe dortiger Juristen; denn in dem Stadium der Redaktion war die erste Fassung durch ortsansässige Praktiker getätigt und auf 190 Seiten den königlichen Kommissaren präsentiert worden, die neben der Feststellung, wer an- und abwesend war, nicht die Zeit hatten, sich näher damit zu beschäftigen.[214] Inhaltlich beriefen die Kommissare sich darauf, dass diese Fassung von angesehenen Juristen gemacht worden sei, die wüssten, was sie täten.[215]
Dem Parlamentspräsidenten Lizet wird bei der Niederschrift eine stärkere Beeinflussung durch das Römische Recht zugeschrieben als le Maître und Christophe (oder Christofle) de Thou (gest. 1582),[216] auch wenn letzterer nicht zögerte, inspiriert durch Dumoulin,[217] Rechtsfiguren aus der *raison écrite* durchzusetzen.[218] Insbesondere als Fazit aller möglichen Vernachlässigungen in der ersten Fassung der *coutumes* wurden ab 1555 vor allem unter dem Parlamentspräsidenten Christophe de Thou die ersten *coutumes* reformiert.[219] Selbst wenn dieses Bild durch neuere Forschungen etwas relativiert wurde und die Romanisierung der *coutumes* teilweise schon vor den Reformen eingesetzt hatte,[220] ist ein Einfluss durch die Kommissare auf die *coutumes* sicher.

Es lässt sich zusammenfassend mit einem Blick konstatieren, dass alle aufgezeichneten *coutumes* als Ganzes große Regelungslücken aufweisen. Die Regeln, die sie enthalten, sind selektierte Regeln, die entweder mit Sicherheit galten oder gelten sollten, ungeachtet der Frage, ob sie nun dem echten regionalen Gewohnheitsrecht entsprangen, durchs *droit écrit* beeinflusst wurden oder aus praktischen Erwägungen heraus zur Niederschrift erst in die

---

[213] Bourdot de Richebourg T. IV S. 337 Procès-Verbal. Bretagne 1539.
[214] Bourdot de Richebourg T. IV S. 333 Lettr.Pat. Bretagne 1539: „ *Nous* [François I] *ayons decerné nos lettres de commission à nos amez & feaux les gens du Conseil dudit pays, pour assembler à Rennes les Officiers ayans l'administration de la Justice ... & là dresser assemblement le cayer entier de icelles Coustumes pour après estre arresté par les Commissaires qui à ce seront par Nous deputez*"; S. 336: „ *Lequel livre par eux ainsi fait, ledit Procureur general du Roy nous presenta, requerrant que eussions à proceder à ladite redaction, reformattion & publication...*".
[215] Bourdot de Richebourg T. IV S. 337 Procès-Verbal Bretagne 1539: „ *que ledit cayer avoit esté faict par Ordonnance du Roy, par bons & notables personnages de ce pays, & desquels n'est vray-semblable qu'ils eussent voulu changer ou muer lesdites Coustumes, sinon entant qu'elles eussent esté inutiles & préjudiciables au pays...*".
[216] de Ferrière Dict. T. I 'coutume' S. 441; de Ferrière Corps 1692 T. I S. VIII § 73; Bart S. 135; Dubouchet S.65; Coquille T. II S. 2 (Cout.) linke Sp.; Bouhiel T. I S. 191; Terrasson S. 443.
[217] Seong-Hak Kim in Tijdschrift v.R. 2004 S. 96.
[218] Castaldo Rdnr. 1132 mit einem Beispiel aus der Erbrechtsfolge; Bouhiel T. I S. 190f: zur Erbfrage bei Kindern von mehreren Frauen: Lizet habe das Römische Recht präferiert, de Thou das Gewohnheitsrecht; Seong-Hak Kim in Tijdschrift v.R. 2004, S. 94 m.w.N.
[219] de Ferrière Dict. T. I 'coutume' S. 440; Klimrath T. II S. 155f; so auch wieder Seong-Hak Kim in Tijdschrift v.R. 2004, S. 93.
[220] Poumarède in Droit Romain/Jus civile/Droit français S.331: für Berry unter dem Gerichtspräsidenten Lizet und für den Parlamentspräsidenten Baillet.

Region importiert wurden. Sieht man die Schwierigkeiten, einen kleinsten gemeinsamen Nenner für eine Regel zu finden, die eventuell bei nicht zu häufigem Wechsel der Notare und Richter für eine längere Dauer angewandt wurde und die man wichtig genug erachtete aufzuschreiben, um sich ggf. so von der Pariser Rechtsprechung oder dem *droit écrit* abzusetzen, so wundert diese Lückenhaftigkeit nicht. Sehr positiv ausgedrückt könnte man auch sagen, dass die *coutume* als eine Art Rahmenbestimmung dienen sollte, die als Fundament einer sozialen Gemeinschaft angesehen wurde[221] und die, bis auf einige präzise konfliktentscheidende Regeln, wie z.B. prozessuale Bestimmungen, der betroffenen Bevölkerung ein Maximum an Freiheit lassen sollte.[222] Ein schriftliches spezielles Gewährleistungsrecht blieb dabei auf der Strecke.

1.2.6 Die Existenz von *usages* neben *coutumes, droit écrit* und *ordonnances*

Die Niederschrift einer *coutume* hat die rechtliche Relevanz eines *usus,* eines *usage*, nicht beseitigen können. Allerdings ist der Begriff des *us, usus, usage* ähnlich nuanciert wie der der *coutume*, so dass zumindest ein Schlaglicht auf den Begriff geworfen werden soll, um Klarheit für die Verwendung des Terms im Rahmen dieser Arbeit zu schaffen.
Frühe Aufzeichnungen von regionalen Regelungen nennen *usage* und *coutume* noch in einem Atemzug. Die Comtesse von Flandern und Hainaut gesteht 1218 ihren Bürgern von Seclin das gleiche Gesetz (*lex*), die gleiche Freiheit (*libertas*) und alle anderen Rechte (*consuetudines*) wie in Lille zu und dass Seclin an den gleichen Bräuchen und Rechten (*usus, consuetudines*) gemessen werde wie Lille, *„ut habeant ... talem legem et talem libertatem et tales omnes consuetudines quas habent ... burgenses mei de Insula; ita videlicet quod villa Siclinum tractetur ulterius secundum usus et consuetudines secundum quas tractabitur opidum meum de Insula...*“. Ungeachtet dessen, ob *consuetudo* hier eher als Abgabe gemeint sei oder nicht[223], steht *usus* rechtlich auf der gleichen Stufe wie *consuetudo.* Der Richter (*bailli*) und der *prévôt* von Lille mussten im 14. Jahrhundert schwören, die Stadt, die Bürger und deren Familien gemäß den Gesetzen, den Franchisen, den „*us*“(Pl.) und den *coutumes* zu lenken.[224]

---

[221] Mayali in La Coutume II S. 12f.
[222] Zink in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 212: „ *... la coutume est un cadre pour l'exercice de la liberté de chacun: elle ne dit que ce que chacun dans la province est prêt à appliquer.*"
[223] In einer Bestätigung von Privilegien 1233 bestätigt dieselbe Comtesse die Freiheit eines Klosters von *consuetudines*; Brun-Lavainne S. 235.
[224] Brun-Lavainne S. 127f: „ *... à mener le ville et les bourgois, leur femmes et leur enfans par loy et par eschevinage, et à warder le loy, le franchise, les us, et les coutumes de le ville...*" (*warder*: garder).

Der Gouverneur der Region, die *sergents* und *échevins* und andere Personen der Stadtverwaltung (*rewart, voir-jurés, jurés-conseillers*)[225] legten einen ähnlichen Amtseid ab, mit der Ausnahme, dass sich ihre Formel nur auf die *lois* und *franchises* bzw. beim Gouverneur auf „*loy, les coustumes, libertés et franchises*" bezog.[226] Das ist ein Grund anzunehmen, dass *us* und *coutume* im Sinne von rechtlich relevanten langen Rechtsausübungen gebraucht wurden, d.h. Gewohnheitsrecht. Denn es wäre gewagt, einen funktionellen Unterschied zwischen diesen Personengruppen zu sehen, der begründen könnte, dass die einen an (ungeschriebene) Bräuche gebunden wären, nicht aber die anderen, zumal Stadt und Region vermutlich im 14. Jahrhundert am Anfang der Tradition standen, Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen. Es ist sogar möglich, dass diese Begriffe redundant gebraucht wurden. Gestützt wird dies durch die Eidesformel des *prévôt*, keine Abgabe zu verlangen „*fors le droit usage et chou qui assis y est anchyennement*", d.h. über den rechten Brauch hinaus und was dort von Alters her etabliert war. 1377 bestätigte der Comte von Flandern die Privilegien der Stadt Lille, die „*franchises et libertés, tant par virtu des chartres et privileges quil ont de nos dis predecesseurs comme par leurs coustumes et usages...*".[227] Selbst im Vorentwurf zur *Coutume de Paris* von 1510 wollten die Verfasser im Artikel 2 zum Abschnitt der feudalen Rechte den Passus „*aucun fief, tenu aux us & coustumes de France...*" einbringen, um zum Ausdruck zu bringen, dass diese Lehnsgüter von der *coutume* geregelt wurden im Gegensatz zu anderen Gütern im Bezirk Paris, die von der Pariser *coutume* ausgenommen waren. Die Praktiker wiesen darauf hin, „*à cette cause par les anciens ont esté tousiours mis ces mots, tenus aux us & coustumes de France*", d.h. *'us'* war schon immer formelhaft zusammen mit *coutume* verwandt worden.[228] Louis X (1289-1316) bestätigt den Einwohnern der Champagne, „*les us & les coustumes*", als deren Einwohner gegen neue Gesetze protestierten, wobei sie sich wieder auf den *us* und „*la coutume de Champaigne, notoire & approuvée*" stützen, womit wohl die Schriftfassung aus dem 13. Jahrhundert gemeint ist.[229]

Als Ergebnis dieser kurzen Betrachtung kann also festgestellt werden, dass entweder *usus* und *coutume* redundant verwandt wurden oder aber *usus* das ungeschriebene Gewohnheitsrecht, *coutume* das geschriebene Recht und u.a. das geschriebene Gewohnheitsrecht meinte. Nachdem sich die geschriebenen *coutumes* in Frankreich

[225] *rewart:* städtischer Polizeibeamter; *voir-juré/vrai juré*: Titel der ersten vier Ratsmitglieder (*conseillers*) der Stadt, s. Brun-Lavainne Glossaire S. XXI, XXIII.
[226] Brun-Lavainne S. 127ff.
[227] Brun-Lavainne S. 429.
[228] Bourdot de Richebourg T. III S. 19.
[229] Bourdot de Richebourg T. III S. 234f: vom 3.3.1315.

durchgesetzt hatten, bedeutete *usage* i.d.R. in Abhandlungen zu diversen *coutumes* das ungeschriebene Recht oder zumindest das Recht, das nicht offiziell durch eine königliche Instanz anerkannt worden war.

Je mehr landesweit das Gewohnheitsrecht verschriftlicht wurde, desto weniger Platz blieb für einen *usus*. Mit der Niederschrift der *coutume* war die Basis für eine einsetzende Kommentierung der Normen gegeben, gefördert durch die Verbreitung des Buchdrucks; ebenfalls stützte sich die Rechtsprechung auf die neuen Texte, so dass regionales Sonderrecht immer mehr in ein festes Rechtssystem eingepasst und eine Weiterentwicklung des Rechts auf dem Wege einer Gewohnheitsänderung erschwert wurde.[230] Mehr noch, durch *ordonnance* war die *coutume* in der geschriebenen Form als abschließend deklariert und selbst ein Heranziehen von anderen '*coutumes*' i.S.v. *usages* untersagt worden.[231] Es ist aber nicht nur sicher, dass gewisse rechtlich relevante Bräuche bei der Schriftfassung ausgelassen wurden, sondern auch dass die *coutume*, so wie sie auf Veranlassung der Regenten niedergeschrieben wurde, teilweise eine Realität wiederzugeben versuchte, die in das Rechtssystem und –verständnis der Aufzeichner passte.[232] Folge davon war, dass die Praxis sich, erlaubtermaßen durch entsprechende derogierende Klauseln in Verträgen,[233] manchen schriftlichen *coutumes* widersetzte.[234] Für die Bourgogne stellte Bouhier ausführlich dar, dass die Anordnung durch Philippe Le Bon (1396-1467), die *coutumes* sollten abschließend sein, durch viele Ausnahmen untergraben wurde.[235] In der Bretagne galten gewisse ungeschriebene Privilegien einiger Herren zum Leidwesen eines der Verfasser der reformierten *coutume*, Bertrand d'Argentré,[236] uneingeschränkt weiter, bestätigt durch die *Coutume de Bretagne* von 1580, Art. 684,[237] wie schon durch ihre Vorgängerin von 1539, Art. 636, deren Wortlaut im Wesentlichen beibehalten wurde. Das Verbot, die *coutumes* zu ändern, konnte zudem nur dann Wirkung haben, sobald eine offizielle Niederschrift erfolgt war, was z.T. erst Mitte des 16.Jahrhunderts

---

[230] Timbal in La Coutume II S. 231f.

[231] Imbert Inst. extr. (frz.) S. 34: „*Il est bien vray que ceste matiere de tesmoignage est defendue par les ordonnances des Roys Charles septieme.. & Louis XII … quand la coustume dont on dispute est par escript…*"

[232] z.B. Jacob in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 106: zu den Aufzeichnungen des *droit coutumier* des 12. und 13. Jahrhunderts in Europa; Maréchal/Poumarède S. 11: Die alte *Coutume de Saint-Sever* sei durch die offizielle Fassung von 1514 verfremdet.

[233] Brillon 'coutume' S. 207: im Rahmen der guten Sitten, dem öffentlichen Interesse und von Verboten in den *coutumes*.

[234] Hilaire in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 13, 16f: u.a. zur ehelichen Gütergemeinschaft; vgl. Poumarède S. 249 verallgemeinernd zum Zivilrecht der Landbewohner.

[235] Bouhier T. I S. 260ff.

[236] d'Argentré Sp. 1882, 1863f: „*contra rationem, contra utilitatem publicam*" sei diese Regel.

[237] „*Plusieurs Prelats, Evesques, Comtes, Barons, Seigneurs, Chapitres, & Communautez d'Eglise & de ville, & autres de ce Duché, ont certains privileges & droits particuliers, & aucun d'iceux patrimoniaux & hereditaux, qui ne sont escrits, compris, ni contenus en ce livre Coustumier, desquels ils jouiront: & seront gardez & observez ainsi qu'ils ont esté par le passé, nonobstant la reformation, lecture, & publication desdites Coustumes, qui ne leur pourront préjudicier, sinon en ce que expressement il y seroit derogé.*"

geschah[238], und solange die Niederschrift und vor allem deren Protokolle zur Auslegung derselben erhalten waren. Gingen die Protokolle verloren oder waren von Anfang an strittige Fragen nie durch das Parlament entschieden worden, griff man auf den Beweis durch eine Gruppe von Zeugen, *turbe,* zurück.[239] Ebenso wurden durch die *turbe* Lücken in den *coutumes* gefüllt.[240] Dabei wurden 2 mal 10 Zeugen unter Eid befragt, die sich beraten durften und deren Aussagen nach deren Alter, Beruf und anderen persönlichen Eigenschaften bewertet wurden. In der Regel waren es Anwälte und andere Praktiker im Recht. Eine *turbe* zählte wie ein Zeuge. Üblicherweise habe man 13 oder 14 Zeugen gestellt, falls gegen einige von ihnen Einwände erhoben wurden.[241] 1667 wurde der Beweis durch eine *turbe* abgeschafft,[242] da man meinte, die betreffenden Zeugen, in der Regel Praktiker und Offiziere, kennten die *coutume* noch weniger als der beauftragende Richter. Die Parlamente konnten allerdings weiterhin bei vor ihnen ausgetragenen Streitigkeiten einer Partei auftragen, ihre Forderungen durch einen *acte de notorieté* zu untermauern, die die jeweilige Gerichtsbarkeit am betreffenden Ort wiederum durch Sammlung von Zeugenaussagen ausstellte.[243] Diese *actes de notoriété* wurden 1667 gleichzeitig als „*supplément aux coutumes*“[244] als fester Bestandteil der Rechtsprechung anerkannt. Im Vergleich zu den *turbes* hatte sich durch die *actes de notoriété* nur das Verfahren geändert: Es äußerten sich wieder Praktiker zur gestellten Frage, die nicht immer von einer absoluten Objektivität waren.[245] Für die Bretagne waren z.B. bis 1722 184 solcher *actes de notoriété* verzeichnet.[246] Von 1734 bis 1763 kamen noch 56 hinzu.[247]

---

[238] Die *Coutume de Metz* wurde niedergeschrieben, aber nie als solche verifiziert und erlassen; s. Dénisart Coll. T. I ‘coutume’ Nr. 14ff zu lokalen *coutumes*, die erst im 18. Jh. offiziell anerkannt wurden.

[239] Klimrath T. II S. 156f zur *coutume de Sens, Poitou, Auxerre, Maine, Anjou, Touraine.*

[240] Coquille T. II S. 3 (Cout.) rechte Sp.: bezieht sich auf ein Urteil v. 1528, in dem durch *turbe* eine neue *coutume* bewiesen wurde.

[241] Imbert Inst. extr. (frz.) S. 34; Imbert Inst. (frz.) S. 344ff; Imbert Inst. S. 224f.

[242] *Ordonnance de 1667 pour les matières civiles* Tit. XIII: *„Abrogeons toutes enquêtes d'examen à futur, & celles par turbes, touchant l'interpretation d'une Coutume ou Usage; et défendons à tous Juges de les ordonner, ni d'y avoir égard, à peine de nullité.*"

[243] Filhol in La Preuve II S. 368ff; Perret T. I S. 7f: Für die Provinzen Bresse und Bugey, 1601 nach mehreren französischen Invasionen an das französische Reich angeschlossen, bedauert Perret, dass die *usages* nicht aufgeschrieben wurden, so dass alte juristische Werke und Urteile zu Hilfe genommen werden oder neue Untersuchungen durch die Richter durchgeführt werden mussten.

[244] Dénisart Actes S. V.

[245] zu dem Verfahren z.B. Cochin T. I S. 275f: 1724 forderte die *Cour de Paris* die *„Officiers &Avocats du Baillage de Tours, & des Siéges Royaux du ressort régis par la Coutume de Touraine“* auf, sich binnen sechs Monaten zu einem Artikel der *Coutume de Touraine* zu äußern; 74 legten den Artikel einheitlich zuungunsten der Kläger aus, 8 zugunsten der klagenden Partei, denen man allerdings Parteinahme unterstellte. Die *Cour* folgte der herrschenden Meinung.

[246] Anhang an Devolant.

[247] Anhang an Poullain du Parc Journ.

An die Stelle der *coutume* im Sinne eines Gewohnheitsrecht trat damit der *usage*, der begrifflich anders[248], dennoch funktional gleich war und erlaubte, Lücken zu füllen, die das ganze verschriftlichte Recht ließ, und eine *coutume* auszulegen.[249]

In der juristischen Literatur ist ein *usage* hinter diffusen Bezugnahmen wie „man sagt" o.ä. zu vermuten. Wenn Pothier auf Regeln in den *coutumes* verweist, zitiert er einerseits einige Artikel der schriftlichen *coutumes*, andererseits erwähnt er ohne weitere Herkunftsangabe bestimmte Regeln, „*il y en a qui prétendent*",[250] die sich nicht in dieser Form in den schriftlichen *coutumes* wiederfinden. Ebenso hält es sein Vorgänger Mornac (1554-1619), auf den sich Pothier bezieht: Als Referenz für eine Aussage über die Wandlungsfrist für Pferde gibt Mornac nicht eine bestimmte *coutume* an, sondern beruft sich auf eine Auskunft von den Händlern und Richtern im Handelsrecht selbst, die fast täglich solche Streitigkeiten sehen und entscheiden würden, „*a mangonibus ipsis didici, qui fere quotidianas de eiusmodi commerciis lites & vident, & dirimunt*". Händler, *mangones*, aber auch Tierärzte, *mulomedici*, seien erfahren genug, *peritus*, über den Gesundheitszustand des Tieres ein Urteil fällen zu können.[251] An anderer Stelle bezieht er sich auf Artikel bestimmter *coutumes* und deren Auslegungen, z.B. durch Choppin und Dumoulin,[252] was beweist, dass er durchaus daneben die Schriftfassungen der *coutumes* und deren Interpretationen beherrschte. Allerdings ist dieser *usus, usage*, der sich hinter diesen Worten verbirgt, nicht zu verwechseln mit dem *usus Gallicus*, auf den sich Mornac ebenfalls bezieht und dasganze französische Recht mit allen seinen nationalen Eigenheiten in Abgrenzung zu seinen römischrechtlichen Wurzeln meint, „*unus hodie usus ille est*" und „*Dixique de tempore redhibitionis, quale servatur usu Gallico, ad l. 19. sciendum.§ ult. inf. hoc. tit.*".[253] Hingegen referiert er punktuelle Eigenheiten des französischen Rechts, die sich auf einen *usage* beziehen können, unter dem Begriff *idiotismus*, z.B. „*Nostrorum vero mercatorum idiotismus eo accedit, cum aiunt, qu'ils*

[248] Ausnahme bildet die sog. *coutume de Ferrette* (Güterstandsregelungen im Elsass), die als *usage qui a force de loi* definiert wurde, womit sie eine echte *coutume* blieb, Dénisart Coll. I 'coutume de Ferrette'.
[249] Vanderlinden in La Coutume II S. 277ff mit mehr Details; Brillon 'chevaux' S. 152: *coutume* und *usage des lieux* sind zu beachten bei der Wandlung; Boullenois S. IIIff.
[250] Pothier T. III S. 141f Rdnr. 231.
[251] Mornac T. I Lib. XXI (D. 21, 1) L. XIX § ult., Sp. 1214, vgl. L. I Sp. 1195: Händler und Tierärzte als erfahrene Leute als Quelle.
[252] z.B. Mornac T. I Lib. XVIII (18, 1) L. XLIII pr. Sp. 1033 (consuet. Paris); Lib. XXI (D. 21, 1) L.I § *si intelligatur* Sp. 1194 (consuetudo Bourbon. Art. 87 mit Textzitat); vgl. auch Sp. 1196; L. XXXI Sp. 1218; L.XLVIII Sp. 1229 ('Molinaeus ad consuet. Paris.'); Sp. 1219 L. XXXI ('Lisetus in cons. Bitur. Art. 11'); D. 19, 2 L. XIX § 1 Sp. 1114 ('Molinaeus ad consuet. Burdigal. Art. 115 & Turonensi Art. 83').
[253] Mornac T. I, Sp. 1193, vgl. Sp. 1095 L. 25: „*Observandum hîc ex usu Gallico, Regiisque Ludovici XI, & Francisci I Constitutionibus*" bei der Frage des Verkaufs von Getreide auf dem Halm.

pleuvissent sain & net ce qu'ils vendent" im Bezug auf eine in Frankreich übliche Formel des Versprechens der Mangelfreiheit.[254]

Somit hat der *usage* seine Bedeutung neben den *coutumes* nicht verloren. Gerade im Bereich des Viehrechts spielt er eine nicht unerhebliche Rolle. Er ist überliefert durch die Doktrin, die Rechtsprechung, die *actes de notoriété*, und andere Urkunden der Praxis und setzt ein Studium der lokalen Quellen voraus, das hier landesweit nicht abschließend geleistet werden kann.

1.3 Das Zusammentreffen von *coutume, droit écrit* und *ordonnances*

Das Zusammentreffen von *droit écrit* und *coutume* gestaltete sich auf zweierlei Weise: konfliktuell und nicht konfliktuell. Für den ersten Fall hat die Doktrin eine Normenhierarchie herausgearbeitet. Aber beide Rechtssysteme standen sich nicht feindlich gegenüber, im Gegenteil. Sie ergänzten sich und gingen ineinander über.

1.3.1 Hierarchie der Rechtsquellen: *coutumes* untereinander, *droit écrit, ordonnances*

Probleme stellten sich nicht nur bei der Frage, wie die *coutume* zu allen anderen Arten von Normen stehen sollte, sondern auch, welches Verhältnis die einzelnen *coutumes* untereinander haben sollten. Prinzipiell galt: Neue Gesetze galten vor älteren und ergänzten diese oder änderten sie[255], spezielle Gesetze vor allgemeinen.

[254] Mornac T. I Sp. 1084 zu D. 19, 1, 11, 4 (fälschlich: L. XI §2 *Animalium*), vgl. L. XIV Iulianus (D. 19, 1, 13, 1 u.a.) Sp. 1086f zur Haftung des bösgläubigenVerkäufers: „*Detrimenta autem quae emptor ex eiusmodi emptione traxerit, eodem prorsus stylo peti consueverunt a nostris hoc idiotismo Gallico, tous dépens, dommages, & interêts que l'acheteur a eu, & souffert, aura & souffrira à cause de ce.*"
[255] Paul. D. 1, 3, 26 & 28.

1.3.1.1 *coutumes, ordonnances, droit écrit*

Schon seit der Zeit der fränkischen Könige galt, dass prinzipiell eine *ordonnance* über allem anderen Recht stand.[256] Die königliche *ordonnance* trat anstelle der *coutume*, wenn sie dies entweder ausdrücklich regelte[257] oder wenn sie für das ganze Reich als allgemeines Recht veröffentlicht worden war in Fragen „*de la justice, de la discipline & de la police du Roiaume*“,[258] es sei denn eine Region hatte das Privileg zugesichert bekommen, ihre *coutume, usages, lois* behalten zu dürfen. In dem Fall konnten die *ordonnances* die bestehenden Regeln nur interpretieren.[259] Diese *ordonnances royaux*, auch als *meilleure partie* des Rechts bezeichnet,[260] waren das Mittel des Königs einheitliches Recht für sein ganzes Reich zu schaffen.[261] Bei einem Konflikt galt die jüngere vor der älteren *ordonnance*[262].

Allerdings ist der Vorrang der *ordonnance* ein Prinzip mit Ausnahmen. Bis zum 15. Jahrhundert entschied die Praxis über den Durchsetzungserfolg einer Verordnung: Nur wenn sie zum Rechtsempfinden der Bevölkerung und ihrem Gewohnheitsrecht passte, wurde sie angewandt; andernfalls verfiel sie der Nichtanwendung.[263] Üblich war seit dem Mittelalter, dass der Herrscher seine Gesetze mit einem Vorwort versah, das seine rechte *causa* darlegte, da nur eine gerechte Regel gelten konnte.[264] Die Texte verschiedener späterer *ordonnances* zeugen davon, dass in der Praxis manche Verordnung einen schweren Stand hatte: 1446 erließ Charles VII eine Verordnung, in der er die Nichtbefolgung seiner Verordnungen unter Strafe stellte, wobei er einräumte, dass es zahlreiche alte Verordnungen seiner Vorgänger gab, die nach den Wirren des Krieges aufgearbeitet werden müssten.[265] Zweihundert Jahre später war

---

[256] de Ferriere Dict. T. I S. 442 ‘coutume’; Klimrath Band 1 S. 338 (§CXLIV); vgl. Le Grand (II) S. 528 Nr. 2.
[257] z.B. Louis XII 1512 zur Frage der Vertragsauflösung wegen Betrugs, Furcht, Gewalt oder des Mangels an einem *iuste prix*, in Fontanon T. I S. 768: „*nonobstant statuts, coustumes, ou usances quelconques à ce contraires: ausquels quant à ce nous avons derogé & derogeons de nostre certaine science, pleine puissance, & authorité Royal*"*;* s. auch Ord. zur Schenkung von 1731, art. XLVII: „*abrogeons toutes ordonnances, Loix, Statuts & Usages différens*”.
[258] Brillon S. 634 ‘ordonnances royaux’; ‘Droit François’ S. 301: „[ordonnances] ..*qui astraignent tous les sujets du Roiaume, lorsqu’elles regardent la police generale de l’Etat, & qui ne changent rien aux Coûtumes pour les dispositions particulieres, à moins qu’elles n’y dérogent ecpressément.*"
[259] Julien T. I S. XV zur Provence: Die *ordonnances* können das *droit écrit* als *droit commun* ersetzen, aber die *statuts* nur interpretieren; allerdings können *ordonnances* in der Provence als Gesetz anerkannt werden, S. XVII; T. II S. 395f: ein *Arrêt du Conseil* und eine *ordonnance* mussten zurückgenommen werden für die Provence. Allerdings gibt es keine Sonderregeln in den Statuten der Provence zur kaufrechtlichen Gewährleistung.
[260] Bornier I Préface.
[261] Sicard in La Preuve II S. 343: Durch eine *ordonnance* wurden die Besonderheiten im Toulousaner Zivilprozessrecht nivelliert.
[262] Bornier II Anm. zu Art. 7 S. 468.
[263] Castaldo Rdnr. 521 ff mit Beispielen.
[264] Seignalet-Mauhourat in RHDEF 2006 S. 234ff.
[265] Ord. Charles VII 144, in Fontanon T. I S. 1.

die Situation nicht besser; eine Verordnung zur Einhaltung von Verordnungen sah vor, dass die Gerichte „*ni que sous prétexte d'équité, bien public, ...*" vom Gesetzestext abweichen sollten, selbst wenn „*par la suite du tems, usage & experience, aucuns articles de la presente Ordonnance se trouvoient contre l'utilité ou commodité publique*". Im letzteren Falle sollten die Richter das anzeigen, aber die Regelung trotzdem anwenden.[266] Manchmal siegte die *coutume* über die *ordonnance*.[267] De Ferrière verteidigt die Idee aus dem Römischen Recht, dass eine *coutume*, bei ihm gebraucht im Sinne von Gewohnheit und Gewohnheitsrecht, selbst ein Gesetz interpretieren und abschaffen könne nach der allgemeinen Regel, dass das jüngere Gesetz vorgehe.[268]

Umstritten und ideologisch geladen war die Diskussion, ob die *coutumes* oder das *droit écrit* das *ius commune* in Frankreich darstellen sollten. Ungeachtet dessen galt, dass regionale Sonderregeln in ganz Frankreich dem *droit écrit* in der Normenhierarchie vorgingen, selbst im *pays de droit écrit*. Was in den anderen Regionen Frankreichs die *coutumes* waren, stellten insbesondere im Süden Freibriefe und andere verbriefte Privilegien dar, insbesondere von Städten und deren Bürgern.[269] Unter Louis VII (1137-1180) wurden bereits mit dem Argument, die *coutume* des Reiches sei bei weitem *benignior*, die *leges* der römischrechtlichen Tradition in einem Einzelfall beiseite geschoben.[270] *Le livre des droiz et commandemens* aus dem 14. Jahrhundert, wohl aus Poitou, hält ausdrücklich fest: „*...car quant l'en ne use de droit escript, l'en doit avoir recours à la coustume du païs; car coustume passe droit.*"[271] In der Provence hatten *statuts, usages, coutumes* und andere regionale Sonderregeln Vorrang vor dem *droit commun*, das als Sammlung der römischen Gesetze definiert wurde. Das galt auch für das Vertragsrecht.[272] *Le Grand Coutumier de France*, der vermutlich von einem Verfasser im Norden Frankreichs geschrieben wurde, hält den Vorrang

---

[266] *Ordonnance de 1667 pour les matières civiles: De l'observation des Ordonnances* Art. II, VII in Bornier T.I S.4, 9.
[267] Lebrun S. 108f.
[268] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. VI § 28ff, er vergisst aber nicht zu erwähnen, dass natürlich die *coutumes* durch die Könige abgeändert werden können.
[269] Klimrath T. II S. 226; denn wie gesagt galt das *droit écrit* als Art *coutume générale*.
[270] Gouron XV S. 205: zur Frage, ob eine Frau Lehnsherrin von Narbonne sein kann.
[271] Le livre des droiz T. II S. 250 Nr. 880; vgl. auch Nr. 892; Nr. 374: Allerdings scheint auch hier der Begriff *droit écrit* alles geschriebene Recht zu umfassen, die königlichen *ordonnances* eingeschlossen.
[272] Julien T. I S. IXff, T. II S. 390: 1480 Statuts für die Provence: „*...in quibus non reperietur conventum, aut alias ordinatum, sive capilatum...aliquibus Ecclesiis, Praelatis, Ecclesiaticisve personis, Baronibus, Nobilibus, Universitatibus, Civitatibus, Villis, Castris & Oppidis, per privilegium aut alias gratiose aliquid non fuisset indultum aut concessum, Statutum vel ordinatum, servetur dispositio Juris communis tam in ultimis voluntatibus quam contractibus ..... contrarios usus tollendo & revocando.... Placet Regi & concedit ut petitur*", 1481, 1486 durch Charles III (Comte de Provence) und Charles VIII, Kg. von Frankreich, nach dem Zufall der Provence an die frz. Krone, bestätigt.

der *coutumes* vor dem *droit écrit* fest, wenn dort auch Position für das Römische Recht eingenommen wird.[273] Im Erlass der *Coutume d'Estaires* von 1605 in den spanischen Provinzen wird ausdrücklich geregelt, dass subsidiär zum Gesetz und zur *Coutume générale* von Flandern das *droit écrit* angewandt werden soll; ähnliches regelt die *Coutume Bergh St. Winox.*[274] Bourjon schrieb Mitte des 18. Jahrhunderts von der Pariser *Coutume*: „*…elle laisse supposer une loi générale…*", „*…les coutumes sont regardées comme la base du droit particulier…*",[275] was so viel bedeutet wie: Die *coutume* geht vor, lässt aber viele Dinge ungeregelt, so dass in diese Lücke u.a. auch das Römische Recht (als *raison écrite*) vorstößt. Domat ordnet sowohl die *coutume* als auch das *droit écrit* zum einen dem Naturrecht, zum anderen dem Willen des Herrschers unter, ganz im Sinne des Absolutismus: Einst ungeschrieben,[276] würden die *coutumes* Gesetzeswirkung prinzipiell durch die lange Anwendung und der daraus resultierenden Vermutung erhalten, dass sie nützlich und gerecht seien.[277] Dies gelte nicht in Regionen, die durch einen Souverän geführt würden, da dort die *coutumes* nur gelten könnten, wenn sie erlassen würden.[278] Dann aber stehen sie auf der Stufe von *ordonnances.* In ganz Frankreich und in allen Rechtsbereichen würden daneben generell die gerechten und ausgewogenen Regeln des *droit écrit,* d.h. des Römischen Rechts, gelten,[279] wobei Naturrecht und Römisches Recht fast ausnahmslos parallel einhergehen.[280]

Es gab auch Gegenströmungen, die die *coutumes* nicht zwangsläufig an zweiter Stelle der Hierarchiennorm sahen: Im 13. Jahrhundert bestimmten in Südfrankreich manche lokale *coutumes,* dass das Römische Recht ergänzend herangezogen werden sollte, was dazu führte, dass die *coutumes* durch das Römische Recht überlagert wurden. Praktiker, in Italien ausgebildet, bevorzugten das Römische Recht.[281] Die *coutume* musste im Einzelfall ihren Stand selbst den ungeschriebenen *usages* gegenüber behaupten.[282]

---

[273] d'Ableiges S. 190f: „*Et ès pays coustumiers les coustumes qui sont contraires au droict escript passent et destruissent le droict, et sont appellées haineux de droict...*"; vgl. Anm. dazu mit anderer Textversion von 1516: „*Et ès cas ou le droict coustumier est proprement contraire au droict escript, sont appelés haineux de droict, comme seroit cas de retraict et moult d'aultres.*" In dieser Version wird die Aussage nicht auf das *pays coutumier* begrenzt und als Beispiel der *retrait lignager* gegeben.

[274] Bourdot de Richebourg T. I S. 925; S. 524 (Bergh St. Winox): Rubr. XIV, I: keine *prescription* unter 30 Jahren, es sei denn durch *ordonnance* etwas anderes geregelt, II: (*rentes*) wenn nichts geregelt „*à la disposition du droit écrit*".

[275] Bourjon (1747) T. I S. 7, 10.

[276] Domat (Remy) I S. 58.

[277] Domat (Remy) I S. 60f, 82: Dementsprechend verlören sie Gesetzeskraft durch lange Nichtanwendung.

[278] Domat (Remy) I S. 80.

[279] Domat (Remy) I S. 68: Gleichsetzung von römischen Recht und *droit écrit.*

[280] Domat (Remy) I S. 41, 51, = Domat *Traité…* Chap. XI Nr. 14-16, 29.

[281] Tisset in Mélanges Petot S. 555f.

[282] Vanderlinden in La Coutume II S. 279: Ein Gericht verwies an eine höhere Instanz, weil es nicht entscheiden wollte, ob der *usage* oder die *coutume* Vorrang hatte.

1.3.1.2 *coutume générale, locale, urbaine & statuts*

Die allgemeinen Regeln des Rechts werden auch auf die *coutumes* angewandt, so dass im Prinzip die speziellere Regel der allgemeineren vorgeht und die jüngere der älteren. Die *coutume générale* in einer Provinz weicht der *coutume locale* in einigen Orten in den dort geregelten Punkten. Im *pays de droit écrit* ist im Prinzip die *coutume générale* das *droit écrit*, die geschriebene *coutume* der einzelnen Städte und Ressorts eine *coutume locale*.

Statuts meint zum einen eine *coutume* oder allgemein eine lokale Verordnung[283], zum anderen, was hier und im Weiteren unter *statuts* verstanden werden soll, die Regeln eines Berufsstandes in Imitation der Gesetzgebung. Mit dem Wachsen der Städte wurden diese Regeln zum großen Teil per Verordnung, oftmals königlicher, offiziell anerkannt[284] und Verbünde geschaffen (*corps d'arts et metiers).* Diese *statuts* enthielten Normen u.a. über die einzuhaltende Qualität von Waren, deren Herstelltechnik und Kontrollen durch verbundsintern gewählte Kontrolleure, *jurés,* und über die zu verhängenden Strafen. Aus dem Grund können sie bei zivilrechtlichen Streitigkeiten Aufschluss darüber geben, wann ein Mangel vorlag. Insofern sie gewisse Privilegien für die Verbünde eines bestimmten Handwerks regelten (*corporation, communauté*), entfielen sie mit der Abschaffung dieser Verbünde, während die polizeilichen Verordnungen weiter Bestand hatten.[285] Soweit als königliche Verordnung erlassen, standen sie auf der gleichen Stufe wie die offiziellen *coutumes.* Teilweise blieben sie im Bereich der *usages* und der gerichtlichen Praxis.[286]

---

[283] dazu Mayali in La Coutume II S. 27f; Dénisart Coll. IV 'statuts' Nr. 1-3; so z.T. in den Aufzählungen *coutume, statuts, stiles* etc.; nicht zu verwechseln sind diese *statuts* mit dem Begriff *statuts*, unter dem der Personenstand diskutiert wird und der hier keine Rolle spielt.

[284] vgl. Dénisart Coll. IV 'statuts' Nr. 3: nur die durch *lettre-patente* bestätigten und an den Parlamenten registrierten *statuts* haben Gesetzeskraft; Merlin Rép. T. IV 'corps d'arts & metiers' S. 12: kgl. Verordnungen v. Dez. 1582, Apr. 1597, März 1673, S. 14: anders in Flandern und Artois: dort Angelegenheit der lokalen Richter; vgl. Drot S. 9: *Règlement des bouchers* von Joigny (Yonne, bei Auxerre) von 1415 durch den *Comte de Joigny.*

[285] Merlin Rép. T. II 'boucher' Nr. III S. 253.

[286] Merlin Rép. T. IV 'corps d'arts & metiers' S. 12.

1.3.1.3 *Coutume de Paris* oder die *coutumes* anderer Provinzen

Ein Problem trat auf, wenn die *coutume* eines Ortes oder einer Region eine rechtliche Frage nicht regelte.

Im *pays de droit écrit* galt das *droit écrit* als *coutume générale* und wurde prinzipiell subsidiär im Falle einer Regelungslücke oder Unklarheit herangezogen.[287]

Im sogenannten *pays coutumier* gab es fünf Möglichkeiten, diesem Problem abzuhelfen, nämlich entweder die *coutume* der Nachbarregion, die *Coutume de Paris*, Prinzipien abgeleitet aus der Gesamtheit der *coutumes*, die ähnliche Regelungen enthielten, Prinzipien aus der einen betroffenen lückenhaften *coutume* oder Römisches Recht anzuwenden. Prinzipiell hatte die regionsfremde *coutume* in dem betreffenden Gebiet keine Gesetzeskraft ebenso wenig wie das *droit écrit.*

Diese fünf Lösungen für das *pays coutumier* finden sich in der juristischen Literatur wieder.[288] In dieser Diskussion wird zum einen der Streit um die Natur des *ius commune* reflektiert, zum anderen Frankreichs zentralistisches System. Dumoulin erkennt an, dass die *Coutume de Paris* sich zumindest im Feudalrecht vor allen anderen *coutumes* Frankreichs auszeichnet.[289] Allgemein gelte aber, dass bei Regelungslücken auf die nächstliegende und benachbarte *coutume* oder auf die gesammelten *coutumes* zurückzugreifen sei, nicht aber auf das Römische Recht als *ius commune*, es sei denn in den Regionen, die durch das *ius scriptum* regiert würden, wo mittlerweile ein ziemlich großer Teil des *ius scriptum* abgelöst sei, „*Deficiente vero, vel dubia consuetudine localis praefecturae, tum in materia nostrarum, non est recurrendum ad jus Romanum, sed ad vicinas & generales, & promiscuas consuetudines Galliae. Jus autem Romanum nullo modo hic est, nec potest esse commune, nisi in locis, … quae jure scripto reguntur, ubi major adhuc pars scripti juris exolevit.*"[290] Brillon spricht sich erstens für eine Interpretation durch andere Artikel der betreffenden lückenhaften *coutume* aus, zweitens für eine Suche im *droit commun*, das er als Gesamtheit der *coutumes*, nicht nur der Nachbarregionen, und *ordonnances* bezeichnet,[291] drittens für eine Anwendung der

---

[287] Dénisart Coll. II ‘droit écrit’ Nr. 3: *acte de notoriété* 20.03.1708 zur Bestätigung, ebf. Ord. Philippe IV, le Bel, 1304; zur Ausn. Dénisart Coll. I ‘coutume’ Nr. 19f.

[288] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. IX § 76 führt die Ansichten diverser Autoren auf: Mornac, Le Prestre, Charondas, d’Argentré, Loyseau, Pithou, Marion; Ricard T. I S. 38 Nr. 161ff diskutiert dieses Problem hinsichtlich des Alters zur Testierfähigkeit und erwägt das Für und Wider nur hinsichtlich dieses Problems und stellt keine Leitlinien auf, mit Ausnahme eines Vorrangs der Nachbarcoutume vor der Pariser *Coutume*.

[289] Dumoulin T. I (Cons. Paris Tit. I de Fiefs) Nr. 2.

[290] Dumoulin T. III (Cons. Paris Tit. I de Fiefs) Nr. 107 a.E.; dabei soll Dumoulin seine Meinung zwischen 1539 und 1554 geändert haben; 1539 habe er sich noch für das *droit romain* als *droit commun* ausgesprochen, Thireau in RHFDSJ 1990, S. 160.

[291] Brillon 'droit François' S. 300: „ *...le Droit Romain n’est pont le Droit commun de France*".

Coutume de Paris, d.h. zumindest der Artikel, die durch Urteil bestätigt worden sind. Dabei spricht er die Hoffnung aus, dass eines Tages die *Coutume de Paris* das Fundament für ein *droit universel* bilden werde. Wenn trotz alledem eine Regelungslücke bleibe, solle man die '*loix romaines*' und die Rechtsprechung heranziehen.[292] De Ferrière sieht ebenso an erster Stelle die methodische Auslegung der *coutume* durch die *coutume*, dann eine teleologisch-historische unter Heranziehung der alten Bräuche, dann, im Falle einer Lücke, das Heranziehen der benachbarten *coutume*, anschließend des *droit commun coutumier* und des *droit romain*. Die *Coutume de Paris* besäße nicht mehr Autorität als andere fremde *coutumes*, nur mehr Würde, auch wenn die Rechtsprechung dies teilweise anders sehe.[293] Darin folgt er Coquille, der den Provinzen rät, andere *coutumes* als *raison* heranzuziehen, „*même de la Coûtume nouvelle de Paris*“, die an sich keinen Vorrang genieße, es sei denn dadurch, dass sie von gelehrten Männern verfasst worden sei; aber auch andere *coutumes* seien gut ausgearbeitet.[294] Domat hält es für natürlich, Rückgriff auf *coutumes* anderer Regionen zu nehmen und hauptsächlich auf die der großen Städte, läßt es allerdings unausgesprochen, welche Städte er dabei meinen könnte, aber das von ihm angeführte Beispiel, die Römer hätten bei Bedarf auf die Sitten Roms, der Hauptstadt, zurückgegriffen,[295] lässt ahnen, dass die Pariser Gebräuche ihm nicht fernlagen. Bouhier verwehrt sich gegen all diese Anwendungen, die ihm zu rechtsunsicher erscheinen, und zieht das Römische Recht vor.[296] Boutaric legt dar, dass in ganz Frankreich das Römische Recht subsidiär anzuwenden sei, mit dem guten Argument, dass die *coutumes* insgesamt nicht alle Rechtfragen abdecken.[297] Brodeau stellt als Fakt dar, dass die Pariser *Coutume*, „*la maitresse Coustume*“, in anderen Regionen im Bereich des Gewohnheitsrechts herangezogen wurde, weniger allerdings bei Fällen, die in der Regel durch das *droit civil*, d.h. das Römische Recht, gelöst wurden.[298] Von der Pariser Rechtsprechung wird gesagt, sie befürwortete den Vorrang der Pariser *Coutume*,[299]

---

[292] Brillon 'coutume' S. 205f.
[293] de Ferriere Dict. T. I S. 445 ‘coutume’; leicht anders allerdings die Wertung in T. I ‘Droit commun de la France’ S. 565: *droit commun* im *pays coutumier* sei das Römische Recht, das nach den *ordonnances* und der *coutume* des betreffenden Ortes anzuwenden sei; de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. IX § 78ff; T. III S. 441 § 26ff: Darlegung an einem konkreten Beispiel.
[294] Coquille T. II S. 2 rechts unten, S. 3 (Cout.) li. Sp.; S. 126 (Questions & Réponses) re. Sp.: „*...les Coûtumes de Paris n’ont force & vigueur de loi, sinon en la Prévôté & Vicomté de Paris... . je croy qu’il est bien séant d’alleguer les articles de ladite Coûtume, même ceux de la nouvelle redaction pour servir de raison.*.", ebenso Rückgriff auf benachbarte *coutumes*.
[295] Domat (Remy) I S. 61, 91.
[296] Bouhier T. I S. 191ff.
[297] Boutaric S. Iff VI: er merkt an, dass somit der Unterschied zwischen dem *pays de droit écrit* und dem Norden aufgelöst sei (S. Xf).
[298] Brodeau T. I S. 3f, Brodeaus Eloge auf die Pariser *Coutume* und Paris nimmt mehr als eine Foliantenseite ein.
[299] Dénisart Coll. I ‘coutume’ Nr. 17: Urt. 10.03.1672.; Loyseau L. II Chap. VI Nr. 4 42.1: „*vue qu'on tient pour maxime au Palais, que la Coustume de Paris, principalement en ce qui a esté adjousté à la reformation derniere,*

was de Ferrière an einigen Beispielen widerlegt, in denen er nachweist, dass nicht die Pariser *Coutume*, sondern Römisches Recht angewandt wurde,[300] was Loyseau eingeschränkt ebenso sah.[301] Allerdings wird wohl die Pariser Rechtsprechung für die Provinzen oftmals das ihr bekannte Recht angewandt und nicht nach regionalen Eigenheiten gesucht haben. Der Vorrang der Pariser *Coutume* ging sogar soweit, dass sie auch ohne Notwendigkeit herangezogen wurde:[302] Im *pays de droit écrit* war sie der Maßstab für bestimmte Mindestalter, über die die *coutume* sich ausschwieg, auch wenn in allen anderen Fällen das *droit écrit* herangezogen wurde[303] und die *coutume* eng auszulegen war. In Ausnahmefällen wurde die Pariser *Coutume* als einheitliches Recht angeordnet.[304] Die *Coutume de Paris* nahm man als Vorbild bei der Reformierung anderer *coutumes* in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts.[305] Nachdem die Region um Calais wieder an die französische Krone gefallen war, ordnete 1571 Charles IX an, dort solle die Pariser *Coutume* angewendet werden, was die Bürger veranlasste, ihre eigene *coutume* zu verfassen, die 1583 veröffentlicht wurde.[306] Henri III merkt 1580 in der *Lettre-Patente* zur Reformation der *Coutume de Paris* an, dass die *coutumes „de notre bonne ville de Paris, capitale de notre Royaume, à l'exemple de laquelle les autres villes d'iceluy se reiglent & conduisent*"[307] überarbeitungsbedürftig seien. Zwar sagt er, dass sich die Augen der Provinzen auf die Stadt richten, *„à l'exemple de laquelle*", da natürlich die Pariser *Coutume* keine Rechtsgeltung in anderen Provinzen hatte; was soll aber anderes gemeint sein, als dass die Provinzen Pariser Recht zum Vorbild nehmen sollten. Gin bringt dies am Vorabend des Code civil 1803 auf den Punkt. Er greift dieses Zitat wieder auf, um den Vorrang der *Coutume de Paris* zu begründen, wenn die regionalen *coutumes* schweigen.[308] Diese Idee des Vorrangs der Pariser *Coutume* bleibt im Gedächtnis der Juristen, verklärt oder auch nicht, selbst als dies nach dem Inkrafttreten des Code civils an Bedeutung

---

comme ayant esté pris des Arrests de la Cour, doit faire loy commune pour les cas obmis aux autres Coustumes."

[300] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. X § 80ff.

[301] Loyseau L. II Chap. VI Nr. 6: Nachdem er festgestellt hat, dass prinzipiell die Pariser *Coutume* andere *coutumes* ergänzt, schränkt er ein, dass selbst für reformierte Artikel das nicht gelte, wenn sichtbar sei, dass sie einfach alten Urteilen folgten. Weder die alte noch neue Pariser *Coutume* könne auf andere *coutumes* übertragen werden, wenn sie gegen das *droit commun*, das Römische Recht, verstoße.

[302] Vanderlinden in La Coutume II S. 287f.

[303] Dénisart Coll. I 'coutume' Nr. 18ff: Urt. Paris 05.04.1672 (Valois), 6.09.1674.

[304] Dénisart Coll. I 'coutume' Nr. 12: bzgl. Kanalgebühren, Eigentum etc. im Zusammenhang mit dem Kanal de Briare, der drei Regionen durchlief.

[305] Girard, S. III.

[306] Lettr.Pat. Henri III 1583 Calais et Pays Réconquis in Bourdot de Richebourg T. I S. 18; Klimrath T. II S.182.

[307] Bourdot de Richebourg T. III S. 56.

[308] Gin T. I S. 33, 36; er zitiert: „*les coutumes de notre bonne ville de Paris, à l'exemple de laquelle les autres se règlent et conduisent*".

verloren hatte, es sei denn für die wenigen Stellen, in denen der Code civil auf die *usages* zurückgriff. [309]

1.3.2 Die Koexistenz von *coutumes, droit écrit, ordonnances*

Eine Hierarchie von Normen setzt aber voraus, dass man die einzelnen Normentypen voneinander trennen kann, was in der Theorie möglich ist, im praktischen Leben aber schwer durchführbar. Das *droit écrit* nahm Teile der *coutume* auf und umgekehrt. Wie oben gesehen, wurde das *droit écrit* aus der Vermischung von Gewohnheitsrecht und dem ursprünglichem *ius scriptum* geformt. Notare setzten in der Praxis *droit écrit* und *coutumes* auf Wunsch der Parteien nach deren Bedürfnissen zusammen, ungeachtet des regional geltenden Rechts. Im *pays de droit écrit* gab es lokale *coutumes*, die das Römische Recht ergänzten, da dieses nicht immer auf moderne Verhältnisse angewandt werden konnte.[310] In den Ländern des *droit écrit* entwickelten sich Gewohnheitsrecht und Bräuche, die vom Römischen Recht abwichen, in der Praxis weiter.[311]

Von den *coutumes* her betrachtet ergibt sich ein ähnliches Bild: Die ersten Niederschriften von Gebräuchen erfolgten im 5. und 6. Jahrhundert im Rahmen der Gesetzgebung für die Personen gallischen oder germanischen Ursprungs. Aber bereits diese Quellen sind durchzogen von Anleihen aus dem Römischen Recht und anderen Rechtsquellen.[312] Die *coutumes* vermischen ohne Zweifel Regeln unterschiedlichster Herkunft. De Ferriere weist mehrfach darauf hin.[313] Schaut man noch weiter ins Detail, stellt man fest, dass die *coutumes*, auch die angeblich konservativsten, sowie die Praxis Römisches Recht aufgenommen haben.[314] Die *Coutume de Saint-Sever* (1380/1480) folgt in vielen Punkten dem Römischen Recht[315] und bezieht sich ebenfalls aufs kanonische Recht, Art. 65. Die *Coutume de Cassel*

---

[309] Portalis S. VI: *Frédéric* Portalis behauptet noch 1844 in seinem *Essai sur l'utilité de la codification*, die Pariser *Coutume* sei im *pays coutumier* als *droit commun* angewandt worden, auf der gleichen Stufe wie das *droit écrit* im Süden Frankreichs. Auch Giraud S. IIIf stellt in der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts (Erstauflage 1852, verbesserte Neuauflage 1875) in erster Linie auf die *Coutume de Paris* ab, „*monument vraiment national*", der gegenüber die „*rédaction de la Coutume d'Orléans .. inférieure*" sei.
[310] Thézard S. 7
[311] Boyer in IRMAE V, 4, d S. 27ff zu Lyon.
[312] Klimrath Band 1 S. 324ff (§CXXXVIff) zur *lex Visigothorum, gundobada, salica, ripuaria.*.
[313] z.B. De Ferrière Dict. 'droit romain' S. 563.
[314] s. Levy in IRMAE V, 4, b S. 3f.
[315] Maréchal/Poumarède S. 44f: z.B. Kauf, Miete/Leihe, Verjährung, Art. 61-65.

stützt sich auf die Regeln des *droit commun.*[316] Es kam vor, dass in den *coutumes* eine Regel ohne weiteres als *coutumier* bezeichnet wurde, die auf eine Verordnung zurückging, vielleicht auch, weil die Aufzeichner nicht mehr genau wussten, welchen Ursprungs eine Norm war.[317] Genauso konnte es sein, dass eine Regel aus einer Verordnung in eine bzw. viele *coutumes* überging, von wo sie wiederum spätere Verordnungen zum gleichen Thema beeinflusste: Ausdrücklich verweist z.B. die *Coutume du Pays et Duché de Bourbonnois*, Chap. III Art. XIII, auf eine königliche *ordonnance* (1498), die die Verjährung der Geldforderung aus bestimmten Werk-, Dienst-, Miet- und Kaufverträgen (für den Kaufpreis für Lebensmittel und andere Stückgüter) auf ein Jahr festlegt. Eine *ordonnance* von 1510 durch Louis XII regelt das gleiche für Apotheker, Bäcker etc. und Einzelhändler[318] durch die Einsetzung einer Frist von sechs Monaten.[319] Des Weiteren wird dies geregelt in Art. 67 einer Verordnung von 1512, von 1567 Art. 10 unter Charles IX, unter Henri II 1577, unter Karl V (Brüssel) Okt. 1540. Die königliche Verordnung zum Handel von 1673 Art. 7 legt auf ein Jahr die Forderungen für Händler, Maurer, Tischler u.a. ab Lieferung fest; Art. 8 verlangt, dass die Klage für Kaufpreisforderungen durch Bäcker, Konditoren, Metzger etc. innerhalb von sechs Monaten erhoben werden müsse.[320] Diese speziellen Verjährungsregeln finden sich in vielen *coutumes* mit leicht unterschiedlichem Wortlaut, anderen Berufsbezeichnungen und anderen Laufzeiten (kürzer oder länger) wieder,[321] so dass die Gerichte im Einzelfall über den Anwendungsbereich der Verordnungen entscheiden mussten.[322] Die *Coutume de Paris*, Art. 126, und die Pariser Rechtsprechung sollen als Muster für die königliche Verordnung von 1673, Tit. 1 Art. 8, gedient haben.[323] Es gibt noch mehr Beispiele für die gegenseitige

[316] Bourdot de Richebourg T. I S. 721, Art. CCCLI; vgl. Klimrath T. II S. 189 zur Coutume de Richebourg-Saint Vaast von 1669, die sich auf das *droit écrit* bezieht, aber es sei gemeint, man solle die coutume im Lichte des Römischen Rechts auslegen.
[317] Gilissen in La Coutume II S. 296 zum *Pays de par-deça* (Spanische Provinzen: Nordfrankreich, Belgien, Niederlande).
[318] Diese *ordonnance* gilt nicht für Großhändler, die aber in der *ordonnance* von 1673 zum Handel erfasst werden.
[319] vgl. dazu Poullain du Parc T. VI S. 386.
[320] Nicht anzuwenden bei Geschäften zwischen Kaufleuten im Rahmen ihres Betriebs, für die die kaufmännischen Bücher eine Verjährung verhindern, Bornier II Anm. zu Art. 7 S. 469.
[321] Charte de Haynault 1619, Chap. CVII Art. V (nicht in Version von 1534); Cambray 1574 Tit. XVII Art. VII; Eveché de Metz Tit. XVI Art. VIII; Ord. Metz et le Messin 1555 Tit. I Art. LIV; Cout. Metz et le Messin 1578-1611/13 Tit. XIV Art. X; Reims Art. CCCXCIV (erst 1556 eingefügt, s. Procès-verbal Bourdot de Richebourg, T. II, S. 575); Sedan von 1568 Art. CCCXV; Clermont von 1571 Art. IX und XI; St. Mihiel von 1598 Tit. X Art. XII; Paris Art. CXXV, CXXVI, CXXVII; Calais 1583 Chap. XI, Art. CCXVff, Troyes 1509 Art. CCI etc.
[322] Poullain du Parc T. VI S. 386f: für die Bretagne: Urteil vom 20.08.1763: Die Ord. v. 1673 sei in der Bretagne nicht anzuwenden, sondern Art. 292 der *coutume*; vgl. Belordeau S. 421, der die *ordonnances* nur eingeklammert als Disgressio anspricht; vgl. Sauvageau S. 81, der sich ziert, klar zu sagen, dass ein Urteil v. 12.07.1672 evtl. gegen die Ord. v. 1510 verstoßen könnte.
[323] Merlin Rép. T. II 'boulanger' S. 260.

Beeinflussung von *coutumes* und *ordonnaces*.[324] Insofern ist die Hierarchie der Rechtsquellen relativiert.

Zudem galt, wie gesehen, in ganz Frankreich die speziellere *coutume* prinzipiell vor dem *droit écrit* und wurde durch königliche *ordonnances* verdrängt. Gerade das Schuldrecht wurde nach dem Aufblühen der *coutumes* oftmals in den Aufzeichnungen vernachlässigt. Demzufolge wurde es auch nicht in den Kommentaren zum regionalen Sonderrecht behandelt, die nach Belieben auf das Römische Recht zurückgriffen.[325] Verordnungen wagten sich nicht auf den Bereich der Gewährleistung vor.

Nachdem umrissen ist, was sich hinter *coutumes, usages, droit écrit* und *ordonnances* verbirgt und wie diese Rechtsquellen zueinander stehen, werden die folgenden Kapitel zur Sachmängelgewährleistung und den Klagefristen einfacher zugänglich sein.

2. Die Sachmängelgewährleistung im französischen Recht

'Französisches' Recht ist ein ungenauer Begriff für die Rechtsverhältnisse in einer Region, die noch kein Nationalbewusstsein oder eine Nation entwickelt hatte. Dafür enthält er das Ziel der Betrachtung, nämlich das Recht in einem Gebiet, aus dem sich später das heutige Frankreich entwickelte. In dieser Region gibt es verschiedene Rechtsquellen und -zeugnisse zu betrachten, erstens frühe Zeugnisse von Rechtsgebung durch die sogenannten *leges barbarorum*, zweitens die *coutumes* und die *usages*, drittens die Gesetzgebung durch andere Verordnungen und zuletzt die Reflektionen in der juristischen Literatur im weitesten Sinne. Die Fragestellung, die man bei all diesen Betrachtungen stets mitbedenkens muss, ist folgende: Wie kam es zu der Formulierung des '*bref délai*' in Art. 1648 C.civ. (1804)? Aus deutscher Perspektive lautet die Frage präziser: Warum kam es nicht zu einer Regelung näher am Römischen Recht? Es wäre ein Idealfall, wenn man anhand der Quellen wie der sogenannten *leges barbarorum*, der *coutumes*, der *usages* oder in der Literatur schlicht die

[324] In Chap. XI der *Coutume du Pays et Duché de Bourbonnois* zur Rolle der Notare merkt Dumoulin die Ähnlichkeit mit den *ordonnances* vom August 1536 (Chap. 3 Art. 4), 1539 (Art. 180f) (unter François Ier) und März 1544 (unter Henri II) an. Die *Coutume de Bretagne* von 1580 schöpft aus den für das Fürstentum geltenden Verordnungen, in denen wiederum die höchste landeseigene Rechtsprechung aufgenommen worden war (d'Argentré Sp. 1865ff mit Übersicht). Eine Sammlung von Bräuchen aus der Bourgogne des 14. Jahrhunderts bestätigt, dass Rechtsprechung in die *coutume* als geltendes Recht eingehen konnte. (Petitjean/Marchand/Metman S. 60).

[325] s. Yver in IRMAE V, 4, a S. 21ff zur Normandie; Levy in IRMAE V, 4, b S. 12, 18f zu Anjou, Bretagne, Poitou.

Klagefristen feststellen und in eine periodisch gestaffelte Linie bringen könnte, um am Ende eine Idee davon zu erhalten, was der *bref délai* meinte. Aber so einfach ist das nicht: Um Klagefristen zu konstatieren, muss die Entwicklung der Klagen und der Sachmängelgewährleistung zumindest ausschnittsweise nachvollzogen werden. Das Problem liegt weniger in dem, was diese Quellen sagen, sondern in dem, worüber sie schweigen. Inwieweit füllten das Römische Recht oder Verordnungen die Lücken der *coutumes* und *usages*?

2.1 Regeln in den sogenannten *leges barbarorum, leges Romanae barbarorum* und den Formeln

In Europa mischte sich Römisches Recht mit einheimischem Recht. Auch wenn die sogenannten *leges barbarorum* einen Teil Stammesrecht enthalten, sind sie doch nicht frei von römischrechtlichen Bezügen. Die *leges Romanae barbarorum* zeichnen sich durch die Umarbeitung von Teilen des Römischen Rechts auf die Eigenheiten der diversen Stammesverhältnisse aus. Insofern können sie vor allem als Zeugnisse vorjustinianischer Sammlungen Römischen Rechts verstanden werden. Wegen ihres nationalen bzw. personalen Charakters seien sie hier im Zusammenhang mit dem Recht näher behandelt, das wegen seiner landestypischen Prägungen den *coutumes* zeitlich vorangeht. Sie zeichnen sich nicht durch eine hohe Eloquenz hinsichtlich einer kaufrechtlichen Gewährleistung aus.

Welche Bedeutung Tiere im ländlichen Bereich haben, lässt sich schon an den Regeln in den *leges barbarorum* und *leges Romanae barbarorum* ablesen, die im Detail nicht nur die Entschädigungen bei Körperverletzungen und Totschlag, sondern auch bei Diebstahl, sonstigem Abhandenkommen und Töten von Tieren regeln. Jedoch im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung schweigen sie sich aus.
Die *lex Burgundionum* wie auch die *lex Romana Burgundionum* regeln keine Gewährleistungsansprüche. Die *lex Romana* enthält eine deliktische Bestimmung, wonach der Eigentümer eines Tieres, der sein krankes, räudiges Tier (*scabidum*) so herumlaufen lässt, dass es andere Herden ansteckt, dafür aufkommen muss (Tit. 13)[326].

[326] MGH Legum Sectio I Tomi II Pars I S. 137: *„a domino sarciatur"*.

In den Fragmenten des *Codex Euriciani* wird u.a.festgehalten, wann ein Kauf Gültigkeit hat, wann er ausnahmsweise aufgelöst werden kann durch den Verkäufer unter Rückzahlung des Kaufpreises, wenn der Sklave sich diesem gegenüber eines Vergehens schuldig gemacht hat. Der Kauf einer fremden Sache bzw. eines freien Bürgers oder eines Sohnes wird ebenfalls geregelt.[327]

Im *liber iudiciorum* (*lex Visigothorum*[328]) finden sich zudem Bestimmungen darüber, wieviel Strafe bzw. Entschädigung der Eigentümer eines Tieres zahlen muss, das jemandem einen Schaden zufügt. Eine Form der Sachmängelgewährleistung wird nicht erwähnt. Aus Haenels Rekonstruktion und Synopse zur *lex Romana Visigothorum* ergibt sich folgendes: Zum Kaufrecht sind verschiedene Passagen, insbesondere aus dem Codex Theodosianus und den Sentenzen des Julius Paulus entnommen worden. Während von Paulus nur knappe Regeln zur Eviktion übernommen wurden,[329] entstammt dem Codex Theodosianus die Regel, dass ein Sklave, der nachweislich zur Flucht neige, i.S.e. Charaktereigenschaft, die einen Mangel darstellt, zurückgenommen werden müsse. Dies stellte eine Ausnahme von der Regel dar, dass ein perfekter Kauf nicht aufgelöst werden könne.

Haenel zitiert den Titel *De Aedilitiis Actionibus* aus dem Codex Theodosianus wie folgt[330]: *„Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius...: Habito semel bonae fidei contractu mancipioque suscepto et pretio dissoluto, ita demum repetendi pretii potestas est ei, qui mancipium comparaverit, largienda, si illud, quod dixerit fugitivum, potuerit exhibere. Hoc enim non solum in barbaris, sed etiam in provincialibus servis iure praescriptum est."*[331] Die dazu gehörige *interpretatio* lautet*: „quum inter emptorem ac venditorem de mancipii pretio convenerit et fuerit conscripta venditio, nullatenus poterit revocari, nisi forte ille, qui emit mancipium, probaverit fugitivum, et tunc habebit licentiam pretium recipere, si mancipium reddiderit venditori."* Wenn ein Sklave verkauft, übergeben und bezahlt worden war, wurde dennoch dem Käufer die Klagebefugnis, *potestas*, gewährt, *largienda est*, den Kaufpreis herausverlangen, wenn er darlegen konnte, *exhibere*,[332] dass der Sklave zu Flucht neigte. Die Interpretation besagt dasselbe mit anderen Worten. *Fugitivus* ist das einzige Kriterium, das ausdrücklich als Wandlungsgrund zugelassen wurde. Die Feinheiten der ädilizischen Regelungen und der Auslegung durch die Juristen waren damit aufgehoben.

---

[327] MGH Legum Sectio I Tomi I S. 11ff.
[328] MGH Legum Sectio I Tomi I: Stand 654/681 (Regiswind/Egica).
[329] Haenel S. 365.
[330] Haenel S. 76.
[331] entspricht C. 4, 58, 5.
[332] vgl. D. Gothofredus Cod. (1612) zu C. 4, 58, 4 Anm. s (Sp. 966).

In den verschiedenen Ausgaben und Handschriften, die Haenel an der gleichen Stelle anführt, ergaben sich daraus mehrere Variationen: In der Ausgabe des Petrus Aegidius[333] findet sich: „*Si quis mancipium comparaverit et fugitivum eum probaverit, ipsum reddat et pretium recipiat.*“ In der Pariser Handschrift *Codex Regius Parisiensis Supplementum Latinum* 215 steht: „*Servus solenniter venditus non revocatur, nam servus fugitivus venditori et domino reddito pretio restauretur*“. In den Codices Monachi wird daraus: „*De mancipio venditio facta non poterit revocari, nisi mancipium probaverit ille, qui emit, fugitivum et tunc reddito mancipio recipiat pretium*". Im Codex Weissenburgensis oder auch Guelpherbytanus findet sich: „*Distraccio servi rescendi non potest nisi fugitivus, fuerit adprobatus."* Die Handschrift Sankt Gallen lautet: „*Si quis homo de alterum hominem mancipium conpararet. ipsum mancipium ei reddere nullatenus potuerit; nisi eum fugitivum probare potuerit postea et precium recipere et mancipium reddere licet.*" In diesem Zitat wurden die Abkürzungen aufgelöst zur besseren Lesbarkeit.

Im Sprachgebrauch des Codex Theodosianus sind die klassischen ädilizischen Begriffe der *redhibitio* oder *actio redhibitoria* verloren gegangen und allgemeine Begriffe an den Platz getreten, wie *reddere, repetere pretium*. An anderer Stelle im Codex Theodosianus findet sich hingegen *redhibitio* nicht im Zusammenhang mit dem Kauf.[334] Auch wenn sich aus diesen Zitaten kein direkter Aufschluss über die anzuwendenden Fristen bei der Sachmängelgewährleistung ergibt, so wird deutlich, dass es eine Wandlungsklage gab und die Beweislast wie im klassischen Römischen Recht immer noch beim Käufer lag. Bis auf die Pariser Handschrift *Codex Regius Supplementum Latinum* 215 erwähnen alle anderen Schriften *probare* wie schon die *interpretatio*. Der Käufer musste beweisen, dass der Sklave *fugitivus* ist, ansonsten war an dem Prinzip festzuhalten, dass der Vertrag galt und nicht aufgelöst werden konnte. Angenommen, dies war abschließendes Gewährleistungsrecht, hätte prinzipiell gegolten: *emptor caveat*, es sei denn bei einer nicht sichtbaren, aber sehr wichtigen Charaktereigenschaft bei einem teuren Handelsgut, der Neigung zur Flucht.

Das *Edictum Theoderici*, gültig „*cunctis tam barbaris, quam Romanis*“ (Art. 155) kennt wie schon die PS 2, 17, 11[335] den flüchtigen Sklaven, der zur Wandlung berechtigt, Art. 141,

---

[333] Dazu Savigny RR im MA T. II S. 59 Anm. b.

[334] Lib. IV Tit. XX: Ein Schuldner kann Sachen zur Tilgung abtreten: „*…debitor, bonorum faciens cessionem, liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitae quantitatis…";* Jacobus Gothofredus interpretiert *redhibitionem* als *solutionem*, in: Ritter T. I S. 445 Anm. g; S. 247 Anm. g.

[335] „ *Servus bona fide comparatus si ex veteri vitio fugerit, non tantum pretium dominus, sed et ea quae per fugam abstulit reddere cogitur*.": Wenn der Sklave, der guten Glaubens gekauft worden war, wegen eines alten

„*Quicunque fugere solitum vendiderit ignoranti, si emptorem quoque fugerit, et precium venditor reddat et damna sarciat, quae per eundem contigerint fugitivum*". Ebenso verwehrt es sich gegen falsche Gewichte, Art. 149: „*...Quod etiam circa negociatores observari deberi censemus, in commerciis si iniusta pondera vel mensuras adhibuisse fuerint adprobati*." Zu weiteren Fragen in Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung lässt es sich nicht ein.
Der *Pactus legis salicae* und die *lex salica*[336] schweigen hinsichtlich kaufrechtlicher Gewährleistungsregeln. Wenn *vendere* im Text vorkommt, dann insbesondere in Regelungen, freie Personen unter Androhung von Strafe nicht verkaufen zu dürfen.
Die *leges Alamannorum* (*Pactus, lex*) enthielten, soweit überliefert, keine kaufrechtlichen Regeln; *vitium* wird verwandt, um eine moralische (Art. 52) und strafrechtlich relevante Verfehlung zu umschreiben (Art. 38).[337] Ansonsten werden die Fälle geregelt, dass eine freie Person verkauft wird: Die Person muss zurückgeholt und eine Strafe gezahlt werden (Art. 45ff).[338]

In diese Zeit fallen die Formeln Marculfs, eines fränkischen Mönchs, wohl aus der Zeit nach 650 n. Chr. Marculf wie auch andere unbekannte Autoren hatten sich der Mühe unterzogen, gängige Verträge in der Art von Standardverträgen niederzuschreiben: Der Verkäufer eines Sklaven sollte versprechen: „*ita vendidi servum iuris mei nomine illum, non furem, non fugitivum, sed sano corpore bonisque moribus constructum*".[339] Eine Formel eines unbekannten Autors ist ausführlicher: „*…vendidi, à die praesente, vernaculum iuris mei, nomine illum, non furem, non fugitivum, nec cadivum, nec ullum vitium in se habentem; sed in omni corpore scimus eum sanum usque ad annum & diem...*".[340] Es wurde also festgehalten, dass der Haussklave weder stehle, fliehe, epileptisch sei noch einen anderen Mangel habe, sondern dass nach dem Wissen des Verkäufers und Käufers er auf Jahr und Tag am ganzen Körper gesund (gewesen) sei. Bei einem Verkauf an die Kirche galt eine ähnliche Formel. Bei Grundstücken wurden in die Formel die genaue Lage und die Qualität des Bodens aufgenommen.[341] Das *usque ad annum & diem* verleitet, darin eine Klagefrist auf Jahr und

---

Mangels flieht, wird der Verkäufer gezwungen, nicht nur den Kaufpreis, sondern auch, was er entwendet bei der Flucht, zu ersetzen.
[336] MGH Legum Sectio I Tomi IV Pars I & II.
[337] MGH Legum Sectio I Tomi V Pars I S. 98, 110, 111.
[338] MGH Legum Sectio I Tomi V Pars I S. 105ff.
[339] Marculfus (Pithou) S. 179f: formulae veteres sec. legem Romanam, IX: venditio de servo, entspricht Rozière T. I Nr. CCXCI.
[340] Marculfus (Pithou) S. 217f: formulae …variae: II, entspricht MGH Legum Sectio V S. 229 Nr. 3. Formulae Salicae Bignonianae (dort allerdings durchgehend Ablativ (vernaculo…) statt Akkusativ im ersten Satz).
[341] Marculfus (Pithou) S. 217f: formulae …variae: II, IV, III; s. auch S. 176 formulae sec. legem Rom. V.

Tag zu lesen. Zweifellos ist der Ausdruck *usque ad annum et diem* oftmals in die Zukunft gerichtet. Nur wäre dies hier schwer vereinbar, zum einen mit der Abhängigkeit von *scimus*, zum anderen mit der Verpflichtung des Verkäufers hier und jetzt, dass der Sklave zur Zeit des Kaufs, vielleicht auch bei der Übergabe, gesund sei. *Usque ad* muss also wohl in die Vergangenheit gerichtet sein. Aber auch wenn der kritische Apparat wenig zu dieser speziellen Formel erwähnt, so mutet das *scimus* seltsam an.
Obwohl ein Anklang an das ädilizische Recht und die römischen Handelspraktiken sichtbar ist, so unterscheiden sich die Formeln doch in einigen Punkten von den römischen Praktiken, wie der pauschalen Zusicherung der 'guten Sitten' des Sklaven[342] oder in dem Zusatz „*usque ad annum et diem*". Insofern kann nur spekuliert werden, ob die Fristen aus dem Römischen Recht übernommen worden waren; aber es gab eine Wandlungsklage zumindest auf der Basis einer vertraglichen Zusage durch den Verkäufer.

2.2 *Ordonnances* und die Klagefrist

Vom 7. Jahrhundert muss ein Sprung gemacht werden in ein Frankreich, das nicht mehr in verschiedene Stammesherrschaften zerfällt, sondern von einem französischen König regiert wird. 751 begann mit Pippin dem Kurzen die Linie der Karolinger. 843 zerfiel das Reich, das Karl der Große seinem Sohn hinterlassen hatte; der Westteil wurde später zu Frankreich. Hugues Capet bestieg 987 den französischen Thron. Philippe IV le Bel (1285-1314) erlaubte das *ius scriptum* als Recht im Süden Frankreichs. Unter seinem Neffen, Philippe VI begann 1337 der Hundertjährige Krieg, der erst unter dem Ururenkel Philippes VI, Charles VII, 1453 mit der Vertreibung der Engländer beendet wurde.
Gemäß der zuvor einleitend dargestellten Normenhierarchie sollen zunächst die *ordonnances* betrachtet werden. Auf dem Wege von Verordnungen einen Teil des Zivilrechts zu regeln war ein schwieriges Unterfangen für die französischen Herrscher, die allen ihren Provinzen gerecht werden mussten.[343] Die großen Verordnungen von 1731 zur Schenkung unter Lebenden, 1735 zum Testament und 1747 zur Substitution im Erbrecht zeugen vom nötigen Kraft- und Zeitaufwand, um diese gemischt gewohnheits- römischrechtlich geprägten

[342] Üblicher waren wohl in Rom präsize Zusagen wie *aleatorem non esse* etc., D. 21, 1, 19, 1; 4, 2; 25, 6, da eindeutig war, dass diese als *vitium animi*, wie auch *fur*, nicht vom Edikt erfasst wurden.
[343] s. Halpérin Imp. S. 39: Verordnungen von 1667, 1669, 1670, 1681 (Zivilprozess, Wasser und Forst, Strafprozess, Marine) berührten nicht die *coutumes*; s. S. 44.

Rechtsgebiete einheitlich für das ganze Reich zu regeln.[344] Bis zur kaufrechtlichen Gewährleistung, geschweige denn bis zum Schuldrecht,[345] sind diese Verordnungen nicht gedrungen, vielleicht weil dies an zu großem Widerstand der Regionen gescheitert wäre oder weil eine Harmonisierung in einem frankreichweiten einheitlich sehr römischrechtlich geprägten Rechtsbereich nicht so dringend erschien wie in anderen Rechtsbereiche. Selbst auf städtischer Ebene griffen die Autoritäten nicht mehr als nötig in Handelspraktiken ein. Charles VI (König 1380-1422) erließ am 10.11.1412 eine Verordnung für Paris, weil festgestellt worden war, dass einige Händler gewisse Verordnungen, *usages* und *observances* (i.S.v. Abgaben) nicht eingehalten hatten, aber auch die vom *prévôt* verhängte Strafe nicht zahlen wollten, so lange sie nicht im Original oder in beglaubigter Abschrift die zugrunde liegende Regelung gesehen hatten, was einige Probleme bereitete. Deswegen ordnete der König an, das Regelwerk zu überarbeiten. Gleichzeitig ließ er einige Marktplätze verlegen, da die alten Plätze nicht geräumig und übersichtig genug gewesen seien.[346] Am 25. Mai 1413 erging in Folge eine Verordnung, die den Zuständigkeitsbereich der verschiedenen Gerichtsbarkeiten regelte. Unter anderem hielt sie fest, Art. 167, dass die niedere lokale Gerichtsbarkeit die *stiles, usages* und *coutumes* des Ortes respektieren sollten.[347] Im gleichen Sinne wurde am 27. Mai 1415 der königliche Ratgeber Jehan Mauloue angewiesen, „*savoir des coutumes, status, ordonnances, usages et communes observances, et que tout ce qui deroit trouvé avoir este usité et accoustumé, tant par usage comme autrement, feust mis en nouveaulx articles*“, damit die Rechte des *Prévôt des marchands* und seiner Schergen besser definiert würden.[348]

Das Interesse der öffentlichen Stellen war, dass der Handel im Land nicht Schaden nahm, die Stadt und ihre Bürger mit guter Ware versorgt, Hygienemaßnahmen eingehalten und die fälligen städtischen Abgaben bezahlt wurden. Insofern regelten Verordnungen den Preis, die Warenqualität und die Gewichtseinhaltung.[349] Sie betrafen das Öffentliche Recht, nicht das Zivilrecht. Diese Art von Regelungen findet sich sehr früh. 1320 wurde eine Verordnung für die Herings- und andere Fischhändler für Paris erlassen, die im Einzelnen verfügt, welche Qualität und Quantität die Fische zum Verkauf haben mussten, damit die zuständigen

[344] Halpérin Imp. S. 41ff: Diese Verordnungen wurden bereits als„*trop audacieux*“ angesehen, S. 42.
[345] Halpérin Cod. S. 6 f.
[346] Isambert/Jourdan/Decrusy T. VII S. 267ff.
[347] Isambert/Jourdan/Decrusy T. VII S. 282ff, 335.
[348] Isambert/Jourdan/Decrusy T. VIII S. 421f.
[349] Delamare T. I S. 202.

Marktaufseher keine Strafe verhängten.[350] 1336 hob Philippe VI (König 1328-1350) für Paris ein Verbot auf, bestimmte gefärbte Stoffe nicht verkaufen zu dürfen, *„afin que pour la nouvelleté le peuple ne feust deceu.*"[351] 1400 beklagte sich Charles VI in einer Verordnung für Paris, dass Tuchhändler sich nicht an die Regeln hielten, die Ware nicht an den dafür vorgesehenen Plätzen verkauften. *„.. ou autrement en font à leur voulenté, sans estre veuz ne visitez comme faire se doit, par quoy les faultes ne sont veues ne apparceues, ou* [au?] *très-grant préjudice & dommaige de Nous & de la chose publicques, & par espécial de nostre dicte Ville de Paris, & du peuple affluant en icelle*".[352] Im Februar 1415 erging das *Réglement général de police pour la juridiction du prévôt des marchands et échevins de Paris* für die Waren, die auf dem Wasser- und Landweg ankamen,[353] d.h. Korn und Mehl, Wein, Kohle, Heu, Steine und andere Baumaterialien, Süßfisch, Zwiebeln, Nüsse, Früchte und andere Waren. Für diese wurden die Maße und Verkaufsmodalitäten bestimmt. Art. 98 regelt unter Strafe, dass Weine nur *„bons, sains, loyaulz et marchans*" verkauft werden dürfen; Zuwiderhandlungen sollten dem *prévôt* gemeldet werden. Kohle sollte nicht feucht und natürlich *„bon, loyal et marchant*" sein, Art. 261. Louis XI (König 1461-1483) regelte durch Verordnung vom 22. Mai 1473, dass die Tuchhändler ihre Tücher *„bon, loyaux, marchands, pressés ou aisselés, par eux ou par autres, pourvu qu'ils aient été tondu à fin*" kaufen und verkaufen dürften.[354] Louis XI hatte 1477 ähnliche Motive, als er Regeln für den Viehhandel erließ: *„… pour le faict de ladite marchandise de bestial qui touche la police de nostredite ville de Paris, lesdits douze offices de vendeurs* [Marktaufsicht für Viehkauf] *ayent eté ordonnez, pour chascun faire son devoir et vacquer à la distribution du bestail et soy donner en garde des fautes qui pourroient advenir en ladite marchandise, et à ce que notredite ville soit tousiours entretenue et fournie de bestail et chairs … à ce qu'il n'en puisse advenir aucun inconvenient ne detriment à la chose publique d'icelle nostredite ville…*".[355]. Üblicher Schwur der Metzger war, stets dafür zu sorgen, dass die Verkaufsstände ausreichend mit gesundem Fleisch von guter Qualität zu erschwinglichen Preisen gefüllt seien.[356] Am 18.Juli 1513 erlaubte Louis XII (König 1498-1515) den Metzgern und Würstemachern (*charcutiers et saucissiers*) von Paris, die zum *„profit et utilité de la chose publique de ladite ville, et au*

[350] de Laurière u.a. Ord. T. II S. 575 ff, insb. Art. 1 & 2; S. 578ff für Meerfischhändler; S. 583ff Süsswasserfischhändler; s. auch die verschiedenen Versionen einer *ordonnance* zu diesem Thema vom Januar 1350, S. 592.
[351] de Laurière u.a. Ord. T. XII S. 33: Juli 1336.
[352] de Laurière u.a. Ord. T. VIII S. 397: 28.11.1400.
[353] Isambert/Jourdan/Decrusy T. VIII S. 427ff.
[354] Isambert T. X S. 658.
[355] de Laurière u.a. Ord. T. XVIII S. 377: Ord. v. 18.3.1477.
[356] Borelli de Serres S. 12.

soulagement dudit pauvre menu peuple d'icelle" beitrugen, nicht nur auf den Märkten von Paris, sondern auch im Umland, wo es ihnen beliebte, Schweine zu kaufen, durch den zuständigen Zungenbeschauer begutachten und durch ortsansässige Metzger schlachten zu lassen, damit Paris immer ausreichend, insbesondere mit gesalzenem Schweinefleisch, versorgt sei.[357]

Der nächste Schritt bestand darin, die Umstände des Verkaufs zu regeln, um einen Mangel besser erkennen und gegen die Verkäufer vorgehen zu können.
Der *prévôt* von Paris erließ am 16. 08. 1399 eine Verordnung, die den Verkauf von Fleisch bei Kerzenlicht verbot, damit die Mängel am Fleisch nicht verheimlicht würden.[358] Die Verordnung von Joigny von 1415 sah vor, dass die Metzger ein geschlachtetes Tier ganz, in Vierteln oder Hälften zu den Ständen zur offiziellen Fleischbeschau bringen sollten, damit kein Mangel verborgen werden konnte.
Durch Edikt vom 30.1.1350 unter Jean II (König 1350-1364) für die Pariser Polizei, Tit. LVIII, waren *visitereurs, regardeurs, maistres* berufen, jede Ware zu begutachten und Kommissaren, die dem *prévôt* unterstellt waren, Bericht zu erstatten.[359] Seit 1392 wurden zwölf Verkäufer durch den König ernannt, die den Viehmarkt in Paris in der Hand hielten und überwachten.[360] Hingegen stellte sich heraus, dass auch manche dieser offiziellen Verkäufer eher an ihre eigene Tasche dachten als an das öffentliche Wohl: „*…parce qu'ils n'y ont point de profit ou au moins que très-peu de chose, dont à ceste cause s'en peut ensuivir grands inconvenients à nous et à la chose publique, parce que lesdits particuliers vendeurs peuvent attraire à eux les marchands et entretenir, en les laissant aucunes fois vendre le bestial à plus grand pris qu'ils devroient, qui est touiours à la charge et foule du peuple, et avec ce peuvent souffrir et laisser passer, vendre et passer par dissimulation bien souvent du bestial qui n'est pas licite…*".[361] Als Konsequenz dieser Art von Korruption versuchte Louis XI, durch eine bessere Aufteilung der Gewinne unter den Zwölf und durch eine härtere gesetzliche Regelung ihrer zwielichtigen Praktiken Herr zu werden und wieder gewisse Qualitätsstandards auf den Viehmärkten herzustellen. Die Tiere sollten '*bon, loyal* und *marchant*' sein, eine Formel, die nichts anders besagte, als dass die Ware von mindestens durchschnittlicher Qualität sein

[357] Isambert/Jourdan/Decrusy T. XI S. 645 ff.
[358] Delamare T. I S. 571.
[359] Delamare T. II S. 654.
[360] de Laurière u.a. Ord. T. VII S. 516: Ord. v. 6./7/11. 1392 und 31.1.1392 zur Einrichtung der Ämter; T. VIII S. 620: Ord. v. 19.12.1403: König ernennt die Händler.
[361] de Laurière u.a. Ord. T. XVIII S. 377: Ord. v. 18.03.1477.

sollte. Dieses Aufsichtssystem wurde in den folgenden Jahrhunderten bestätigt und verfeinert.[362]

Guy Coquille (1523-1603) erwähnt in seiner *Institution au Droit François* hinsichtlich Art. 87, *Coutume de Bourbonnois*[363] (ein Pferd könne acht Tage nach Übergabe gewandelt werden): „*C'est selon l'ancienne Ordonnance de Police de Paris.*"[364] Eine große Verordnung, die die spätere Polizeiverordnungen für Paris bestimmend beeinflusste,[365] war die vom 30. Januar 1350 *concernant la police du royaume*. In ihr finden sich Regeln u.a. für Bäcker, Metzger, verschiedene Arbeiter, Fisch-, Tuch-, Wein-, Eisen-, Salz-, Heu-, Holz- und Kohlehändler, in denen u.a. bestimmte Entgelte, Gewinnmargen, Maße und Gewichte und Qualitäten der Waren geregelt wurden. Fisch sollte maximal je nach Sorte binnen zwei Tagen nach Ankunft in Paris verkauft werden, Tit. IX, Art. 83f. Metzger durften kein Fleisch, „*sursemé(e)*", d.h. finnenbefallen, verkaufen; zudem sollte das Fleisch im Sommer nicht älter als anderthalb Tage, im Winter als zwei Tage sein, Art. 145. Handel durfte nur zu den Marktzeiten auf den Märkten stattfinden, Art. 139, 149, 160. Zudem bezeugt die Verordnung von 1350 die Existenz von Zungenbeschauern in Paris, Art. 223. Pferdehandel wird nicht erwähnt. Polizeiliche Verordnungen zum Handel in Paris allgemein zeugen von dem Bestreben, die Bürger der Stadt mit dem Nötigsten zu versorgen, Brot, Fleisch, Fisch, Brennmaterial. Am 18.07.1375 erließ Hugues Aubriot, *prévôt* in Paris eine Verordnung zu den *courratiers de chevaux*, Makler, die Pferde weiterverkauften, diese „*seront tenus de dire & denoncer à l'acheteur, tous les vices apparens ou latens qu'ils pourroient sçavoir bonnement sur les chevaux, sur peine de rendre l'interest de perte, iusques à … trente livre.*" Notfalls konnte ihnen das Amt entzogen werden.[366] Auf Fristen wird nicht einmal angespielt. Der früheste Nachweis für Pferde in der Sammlung Blanchards ist eine Verordnung von 1308, die aber nur den Besitz von Pferden regelt, nicht den Verkauf.[367] Ab Mitte des 16. Jahrhunderts werden die Statuten und Privilegien der *courratiers de chevaux* offiziell

[362] Delamare T. II S. 1192ff: Edikt vom Sept. 1605, dazu Verordnung vom 29.03.1608: Jurés-Vendeurs für jeden Marktfleck für Klauentiere; sie können Tiere frei besichtigen und als *bon, loyal & marchand* kennzeichnen; Händler können ihnen freiwillig Tiere zum Verkauf gegen Kommission anvertrauen; Vorteil: Kaufpreis kann selbst durch Beugehaft erzwungen werden; Jurés führen Register über Verkäufe in der Stadt; Delamare listet die weiteren relevanten Verordnungen dazu auf.
[363] alte Form von Bourbonnais.
[364] Coquille T. II S. 120 rechts unten (Instit.).
[365] Isambert in Isambert T. IV S. 574 Anm. 2 zur Ord. v. 30.01.1350.
[366] abgedruckt in Fontanon T. I S. 870.
[367] Blanchard T. I Sp. 12: „*Edit portant reglement pour les Vivres, Chevaux & Voitures*", Paris au Parlement, Jeudi avant Pacques Fleuries 1308 = Jourdan/Decrusy/Isambert T. II S. 864.

bestätigt.[368] Delamare unterlässt es in seiner Anhandlung zum Pariser Polizeirecht, den Pferdehandel überhaupt zu erwähnen, abgesehen von dem Hinweis, dass der Pferdemarkt 1633 verlegt wurde.[369] Autoren, die Coquille später, auch ungenannt zitieren,[370] bleiben ebenso vage wie Coquille hinsichtlich einer Datierung dieser Polizeinorm. Anderen Autoren wie Automne, Mornac, Brodeau kommt es nicht einmal in den Sinn, einen anderen Ursprung für die Pariser Regel als den *usus*, nicht aber eine *ordonnance* zu suchen. Zudem macht es stutzig, dass Coquille die Acht-Tages-Frist im Bourbonnais auf eine Verordnung für Paris zurückführen will, da in Paris prinzipiell eine Neun-Tages-Frist für den Pferdehandel galt. Es bleibt damit fraglich, welche Verordnung Coquille gemeint haben mag.

Hingegen finden sich Polizeiordnungen aus der Zeit nach Coquille, die den Pferdehandel betreffen, aber nicht die Klagefristen. François I (König 1515-1547) erließ im Juni 1539 eine Verordnung für die Stadt Lyon zur Schaffung von 12 Pferdemaklern, die als *Jurés de chevaux* den Handel mit Pferden in Händen hielten.[371] Der Pferdehandel in Lyon schien bis dahin keiner offiziellen Regelung unterlegen zu haben.[372] In dieser Verordnung ist geregelt, dass der Lyoner Pferdehandel wie in Paris behandelt werden solle, „*qu'ilz fussent traictez ainsi que estoient et ont accoustumé estre les marchans et courretiers de chevauls de nostre bonne ville et cité de Paris qui est la cappitalle de nostre royaume, attendu que lesd.*[373] *marchans de nostred.*[374] *ville de Lyon vendent et acheptent leurs chevaulx aux us et coustumes de nostred. ville de Paris.*" Dazu hatte der König eigens eine Kommission bestellt, die die in Paris üblichen Regeln, die „*informations, statuz, ordonnances et previlleiges*“,[375] insbesondere hinsichtlich der für jeden Verkauf oder Tausch geschuldeten öffentlichen Abgaben und Provisionen der *Jurés* sammeln sollten. In dieser Verordnung wurde neben Regeln zur Höhe der Provision und neben anderen Maßnahmen gegen Korruption in Art. VII eine Bestimmung zur Gewährleistung aufgenommen: „*Item, que lesd. courretiers seront tenuz de dire et denoncer a l'achepteur tous les vices desd. Chevaulx apparens ou lattens qu'ilz pourront sçavoir, sur peine de rendre l'interestz de partie jusques a lad. Somme de trente livres parisis*

[368] Blanchard T. I Sp. 622: Jan. 1547 reg. 11.3.1551; T. II Sp. 1258: Paris Juni 1594, reg. 1.12.1595 etc.
[369] Delamare T. I S. 85.
[370] Dénisart Coll. IV 'rédhibition' ; Encyclopédie Diderot T. XV 'garantie, en ce qui concerne la vente des chevaux'.
[371] Laurent/Merlin-Chazelas/… T. IX S. 487ff.
[372] Laurent/Merlin-Chazelas/… T. IX S. 487 Anm. 3: der sehr alte Pferdemarkt in Lyon trug den Namen *Charabara*.
[373] lesdits
[374] nostredite
[375] Laurent/Merlin-Chazelas/… T. IX S. 489.

et d'estre privez de leurs offices, si le cas le requiert, a l'ordonnance dud. Senechal de Lyon ou sond. Lieutenant."

Eine polizeiliche königliche Verordnung für Paris vom 03.07.1763 regelt im Detail, wie sich die Händler in der Stadt und auf dem renovierten Pferdemarkt zu verhalten hatten: Die zu verkaufenden Pferde mussten an einen bestimmten Platz gebracht werden und durften nur dort verkauft werden; Verkaufszeiten waren nachmittags je nach Jahreszeit vor Dunkelwerden.[376] Auf Wunsch des Käufers musste der Verkäufer bei der Marktaufsicht seinen Namen, die Adresse und die Beschreibung des verkauften Pferdes hinterlassen im Falle einer Reklamation, Art. IV. Kranke Pferde (*morve)* wurden aussortiert und ggf. getötet, Art. IX.[377]

Auch in der Qualitätskontrolle von Waren aller Art nahmen öffentlich-rechtliche Regeln einen großen Raum ein.[378] Jahrmarktprivilegien sahen ebenfalls Kontrolleure vor.[379] Zunächst gaben sich die verschiedenen Berufsstände Regeln auf privater Ebene, *statuts*, die aber bald dem *prévôt* zur Kontrolle untergeordnet wurden. [380] Oftmals wurden sie durch königliche Verordnungen oder lokale Verordnungen ergänzt und offizialisiert,[381] aber ihr Ursprung ist privat. Diese *statuts* bestimmten neben diversen Regelungen zu den Lehrjungen, der Lehrzeit, den aufzunehmenden Meistern u.a., welche Warenqualität, (technische) Produktnormen und Maße einzuhalten waren. Das bekannteste Regelwerk ist das *Livre des Métiers*, das im 13. Jahrhundert für Paris verfasst wurde. Es diente dem aufzeichnenden *prévôt*, Ordnung in den diversen *métiers* zu schaffen und sie kontrollieren zu können. In ihm finden sich Regeln zu 101 Berufen und die Abgabenregelungen. Pferdehändler werden nur hinsichtlich der Abgaben

[376] abgedr. in Guyot T. X 'cheval' S. 323 ff, Art. I: Jan., Febr., Nov., Dez. 14-17 Uhr; März, Apr., Sept., Okt. 14-18 Uhr; Mai-Aug. 15-20h.

[377] vgl. dazu andere Hygieneverordnungen, z.B. v. 1745 für Paris zu *morve*/Rotz, abgedr. in Guyot T. X 'cheval'S. 328ff; vgl. Galisset/Mignon Appendix S. 456ff.

[378] de Laurière u.a. Ord. T. VIII S. 621: Ord. v. 19.12.1403 für die Pariser Märkte für Tiere mit Klauenfüßen: Art. 7: Ferkel, die mit Korn gefüttert wurden, durften nicht mit anderen Ferkeln verkauft werden; so auch Delamare T. II S. 1193; Delamare T. I S. 572: Lettr.Pat. Henry III (König 1574-1589) Febr. 1587: Schweine aus dem Haus eines Leprakranken etc. durften nicht geschlachtet werden; T. III zu weiteren Regelungen zu Meeresfrüchten, Früchten, Holz, Heu, Getränken, Fässern.

[379] Guenoys/Charondas le Caron S. 343: Ord. 1349 unter Philippe VI (König 1328-1350) für Toulouse, Paris: u.a. Tuchhändler wählen unter sich Kontrolleure; S. 347: Ord. 2.4.1463 Louis XI (König 1461-1483) für Lyon: Wahl eines *Prud-homme.* daran anschließend entwickelten sich die *Juge Consuls*, s. S. 349ff.

[380] Delamare T. I S. 573: *rotisseurs*: Statuten vom 18.1.1498, dass Fleisch nur *bon & loyal* sein sollte.

[381] vgl. Lespinasse T. I, erster Teil, in dem er chronologisch alle *ordonnances* auflistet, die die *métiers* in Paris betreffen, auch die, die gleichzeitig für das ganze Land gelten, wie z.B. die Verordnungen zu den *jurés;* hingegen richten sich andere nur an den *prévôt* von Paris; vgl. Isambert T. X S. 451 (kein Text): Louis XI verordnete im Dezember 1462 für die Metzger der Stadt Caen, welche Qualität die Schlachttiere und das Fleisch zum Verkauf haben müssten.

erwähnt,[382] neben den Abgaben für andere Tierkäufe,[383] nicht aber als *métier*. Wenn Waren für den Export bestimmt waren und den Reichtum einer Region ausmachten, hatten sowohl die Handwerker und Kaufleute als auch die Städte Interesse an einer gewissen Warenqualität. Durch den Handel mit der Hanse prosperierte im Mittelalter in Flandern in den französischen Städten Lille, Douai, Cambrai, Arras, Valencienne die Produktion von Stoff verschiedenster Sorte.[384] Für die *„maïeurs de le draperie"* der Stadt Lille ist aus dem 14. Jahrhundert ein Eid überliefert, *„à warder le draperie et le mestier de le draperie, le mius que vous pores et sares, à vo sens et à vo pooir*..", d.h. die Tuchherstellung und das Handwerk der Tuchherstellung zu bewahren, so gut sie können und wissen, gemäß ihrer Kenntnis und ihrem Einfluss, und die fälligen Abgaben an die Stadt abzuführen.[385] Diese Regeln gehörten oftmals einem anderen Rechtskreis an als die der *coutume*: In den *Coutumes* der Stadt und des Bezirks (*baillage, châtellenie)* Lille von 1565 findet sich keine Erwähnung des Tuchhandels, ebensowenig in den *coutumes* der anderen französischen Städte Flanderns.

Handwerker und Kaufleute hatten ihre eigenen Regeln und Kontrollinstanzen.[386] René de Lespinasse hat sich Ende des 19. Jahrhunderts die Mühe gemacht, die Regelwerke der diversen Berufe einschließlich der Verordnungen für die Stadt Paris in drei Bänden zu veröffentlichen.[387] *Maître gardes* oder *jurés,* teilweise auch als *prud'hommes* oder *visiteurs* bezeichnet, besuchten regelmäßig die handwerklichen Betriebe und Stände und zogen, wenn nötig, schlechte Ware ein.[388] Sie nahmen öffentliche Funktionen ein, wurden aber aus den Kreisen der Handwerker und Kaufleute gewählt. Eine Kontrolle konnte nur funktionieren, wenn die Waren zugänglich waren. Eine Verordnung Charles VII (König 1422-1461) vom 28.1.1454 untersagte Handwerkern und Händlern jeglichen Verkauf außerhalb der Hallen und außerhalb der Marktzeiten.[389] Gleichzeitig waren diese Statuten Mittel der Handwerkerverbände, unleidige Konkurrenz fernzuhalten, da diese natürlich zum einen die Privilegien festhielten, zum anderen die Qualitätsanforderungen beeinflussten, sofern freie

[382] Boileau 2. Teil, Tit. 12 Nr. 1-5.
[383] Boileau 2. Teil, Tit. 12 Nr. 6-13.
[384] Roux de Rochelle S. 89.
[385] Brun-Lavainne S. 136.
[386] vgl. Parmentier zu den Bäckern, Metzgern, Konditoren u.a.
[387] Der erste Band seiner Sammlung im Rahmen einer Veröffentlichung zur *Histoire générale de Paris* behandelt die *Ordonnances générales*, die alle Berufsstände betreffen, und die *métiers de l'alimentation,* der zweite Band u.a. die metallverarbeitenden Berufe, der dritte Band im wesentlichen die tuch- und lederverarbeitenden Berufe, beidesmal vom 14. bis zum 18. Jahrhundert.
[388] z.B. *Reglement general pour toutes sortes de Teintures ...Lyon* 13.08.1669, Art. III, LXXXVIII, enthält auch genaue Angaben zur Färbetechnik und zu Farben; *Reglemens et Statuts proposés par les Maîtres Ouvriers de l'Art & Fabrique des Bas ...conformément aux Lettres Patentes du mois de May 1661, Lyon 1708*, dergleichen für *Marchands Fûtaniers* (Lyon 1672).
[389] Isambert T. IX S. 269.

Handwerker[390] in der Stadt verkauften. Anlässlich einer königlichen Verordnung für die Stadt Paris von 1776 zur Abschaffung von internen Kontrollinstanzen der Verbände, *communautés*, die in ihrer Struktur den deutschen Zünften nahe kamen, werden diese Regeln in keinem guten Licht dargestellt: „*les communautés ... s'appuyèrent sur le prétendu avantage de bannir du commerce des marchandses qu'elles supposaient être mal fabriquées. Ce motif les conduisit à demander pour elles-mêmes des règlemens d'un nouveau genre, tendant à prescrire la qualité des matières premières, leur emploi et leur fabrication. Ces règlemens, dont l'exécution fut confiée aux officiers des communautés, donnèrent à ceux-ci une autorité que devint un moyen non-seulement d'écarter encore plus sûrement les forains, sous prétexte des contraventions, mais encore d'assujettir les maîtres même de la communauté à l'empire des chefs, et de les forcer, par crainte d'être poursuivis par des contraventions supposées, à ne jamais séparer leur intérêt de celui de l'association...*".[391] Mehr noch: Das öffentliche Interesse an den *statuts* wurde in Frage gestellt: „*Ces communautés parvinrent .. à faire autoriser, dans toutes les villes principales, leurs statuts et leurs privilèges; quelquefois par des lettres de nos prédécesseurs, obtenues sous différens prétextes ou moyennant finance...*".[392] An die Stelle dieser Verbände sollte die öffentliche Fürsorge treten: Durch ein Gesetz vom 24.08.1791 über die Genießbarkeit der zum Verkauf ausgestellten Lebensmittel i.V.m. dem Gesetz vom 22.07.1790, Tit. 1 Art. 46, waren die Gemeinden befugt, polizeiliche Verordnungen zur Konkretisierung der Lebensmittelkontrolle zu erlassen. Alte Verordnungen, sofern nicht ausdrücklich oder stillschweigend widerrufen, galten allerdings weiter.[393]

Diese *statuts* regelten im besten Falle, was einen Mangel darstellen konnte; die Konsequenz aus den Statuten war das Bußgeld. Sie enthielten nichts zur Frist bzw. zur Beweisführung oder zur Vermutung, der Mangel habe schon zur Zeit des Verkaufschlusses vorgelegen. Das gemeine Recht, d.h. das Römische Recht, bestimmte die zivilrechtliche Seite, nämlich die

[390] vgl. Lespinasse T. I S. 259 zu den Metzgern von Paris.
[391] Vorwort zum *Edit* zur Abschaffung der Pariser *Jurande* (zwei bis vier Vertreter der Verbände, die über Einhaltung der *statuts* wachten und vor allem die Niederlassungen beschränkten) v. Febr. 1776, abgedr. in Merlin Rép. T. IV 'corps d'arts & metiers' S. 10ff (11)*;* S. 13ff für andere Städte mit Ausnahme von Flandern und Artois, wo die lokalen Richter das Recht haben, die *statuts* aufzuheben oder zu ändern; vgl. d.l.Poix d. Freminville 'boulanger' S. 93: die besondere Gerichtsbarkeit der Bäcker durch Edikt vom August 1711 aufgehoben.
[392] Vorwort Edikt v. 1776 in Merlin Rép. T. IV 'corps d'arts & metiers' S. 12.
[393] Merlin Rép. T. II 'boucher' Nr. III S. 253.

Wandlung oder eventuell die Minderung,[394] sofern man die subsidiäre Geltung des Römischen Rechts erlaubte.

Daneben gab es, mangels einer landesweiten einheitlichen königlichen Verordnung, Verordnungen einzelner Städte und Regionen, die im Detail die hygienischen und repressiven Maßnahmen regelten, u.a. Meldepflicht und absolutes Verkaufsverbot.[395]

Verordnungen, die direkt die Gewährleistung betrafen und gar eine Klagefrist festlegten, sind selten; sie scheinen auch erst aufzutauchen, als die *coutumes* bereits geschrieben und reformiert waren und kaum auf anderem Weg offiziell ergänzt werden konnten. Auf keinen Fall sind sie landesweit: Maillart führt eine städtische Polizeiverordnung der Stadt Arras im Artois vom 4. Juni 1677 an, nach der die Klagefrist bei Pferden 15 Tage betrug, innerhalb derer der Käufer ein Pferd wegen „*pousse, morve, & courbature*" zurückgeben konnte.[396] Schenkt man Galisset & Mignon Glauben, so gab es allerdings später eine Verordnung vom 12.01.1785, die die 15 Tage bei Pferden beibehielt, 40 Tage bei anderen Tieren gewährte mit Ausnahme von Schafen, für die nur binnen 8 Tagen gewandelt werden konnte.

2.3 Regelungen zum Gewährleistungsrecht im regionalen Sonderrecht*:* die *coutumes* und die *usages*

Aus der Zusammenschau der *coutumes* und den *usages* zur Sachmängelgewährleistung wird deutlich, was schon allgemein hinsichtlich des Schuldrechts bekannt ist: Anfang des 11. Jahrhunderts wurden mit der Wiederherstellung und Festlegung der *bonnes coutumes* Fragen der Stellung der Untergebenen zum Seigneur geklärt, nicht aber Fragen des Zivilrechts, das die Seigneurs nicht bekümmerte.[397] Auch später hat man die *coutumes* hinsichtlich der Gewährleistung nur kaum ergänzt.

---

[394] Lange 1755 T. I S. 451f.
[395] z.B. Ord. Lyon 5.1.1737; 16.3.1739 ; Paris 8.6.1745, abgedr. in d.l.Poix d. Freminville '*chevaux morveux*' S. 213 ff: Pferde wurden getötet und in die Rhone geworfen, das Geschirr etc. verbrannt, Ställe neu gebleicht und ausgeräuchert; Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 82: Ein Pferdebesitzer in Loudun musste wegen eines rotzerkrankten Pferdes Strafe zahlen und erlitt die gleichen hygienischen Maßnahmen aufgrund der Polizeiverordnung von Loudun.
[396] Maillart S. 568 Nr. 75.
[397] Fossier in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 54.

Es ist offensichtlich, dass viele *coutumes* keine Regeln zum Kauf enthalten, geschweige denn zur Gewährleistung wegen Sachmängel.[398] Das Schweigen in den schriftlichen offiziellen Quellen ist damit der Generalfall. Nur ausnahmsweise regeln einige *coutumes* ausdrücklich die Frage der Wandlung, insbesondere im Viehrecht, hauptsächlich bei Pferden, fast nie die der Minderung. Andere *coutumes* enthalten Regeln, die indirekt Auswirkungen auf das Gewährleistungsrecht gehabt haben können, da sie sich zur Qualität einer Sache äußern.
In der juristischen Literatur und der Rechtsprechung sind neben den offiziellen *coutumes* noch einige *usages* zur Gewährleistung für bestimmte Tiere und Sachen überliefert, die das Bild ergänzen. Dort finden sich auf Rang eins das Pferd, gefolgt von Rindern und Schafen und ausnahmsweise anderen Waren. Sie sind damit, aus heutiger Sicht, ebenso lückenhaft wie die *coutumes.* Angesichts des verbreiteten Schweigens der *coutumes* und der *usages* zur Gewährleistung hätte man eine Formulierung näher am Römischen Recht erwartet, das als *droit écrit* oder *raison écrite* subsidiär hinter den *coutumes* einsprang.
Es bietet sich an, zunächst diejenigen *coutumes* und *usages*, die sich zur Gewährleistung äußern, inhaltlich darzustellen, um zu erfahren, was sie regeln und welche Situation des praktischen Lebens dahinter steht. Bei den *coutumes* erscheint es sinnvoll, nach den Regeln zu unterscheiden, die zum einen direkt, zum anderen nur mittelbar die Sachmängelgewährleistung betreffen. Dadurch erhält man einen Eindruck von denjenigen Sachverhalten im Zusammenhang mit der Gewährleistung, zu denen sie sich ausschweigen.
Die daran anschließende Frage lautet: Was galt für die Gewährleistung von Sachen oder Tieren, die nicht von den *coutumes* und den *usages* erfasst wurden? Geben die *coutumes* und *usages* einen Hinweis darauf, inwieweit das Römische Recht subsidiär galt?

2.3.1 Direkt relevante Regeln in den *coutumes*

Es gibt vor allem zwei Arten von Sonderregelungen in den *coutumes*, die ausdrücklich die Gewährleistung betreffen: Die eine schränkt die Mängel, derenthalben gewandelt werden kann, mittels eines Krankheitskanons auf ein paar Fälle ein; die andere setzt die Frist, in der gehandelt werden muss, auf einen kurzen Zeitraum herab, wobei nicht immer der Fristbeginn

[398] Dumoulin, (Cons. Paris Tit. I de Fiefs) Nr. 107 a.A: „*Franci & Galli semper habuerunt consuetudines ... praesertim in successionibus, haerediis & lucris nuptialibus, Feudis, censibus, retractibus...*" (und nicht zum Kaufrecht); vgl. Giraud S. 101, der dem Kapitel *Obligations et contrats* 15 Zeilen widmet mit dem Verweis auf das Römische und kanonische Recht (zum Thema Zinsen); allerdings widmen die unter Charles II/III, Duc de Lorraine, verfassten *coutumes* dem Vertrag allgemein ein kurzes Kapitel.

ausdrücklich festgehalten wird. Im deutschen Recht wurden ähnliche Regelungen später unter die Begriffe Hauptmängel und Gewährfristen geordnet.

Sie betreffen im Wesentlichen drei Fälle: Pferde, Schweine, Rinder. Mit Abstand sind die Regeln zum Pferdekauf die verbreitetsten, gefolgt von Regeln zum Verkauf von schlechtem (trichinenbefallenem) Fleisch, d.h. insbesondere von Ferkeln und Schweinen, wobei diese Regeln bereits in den Bereich polizeilicher Verordnungen übergehen. Andere Tierarten (Rinder, Ziegen, Esel, Maultiere) werden nur ausnahmsweise erwähnt im Bereich der Gewährleistungsregeln. Selten werden andere bewegliche Sachen allgemein oder konkret (Wein, Weinfässer) im Bezug auf einen Sachmangel oder eine abweichende Eigenschaft erfasst. Grundstücke spielen nur eine Rolle hinsichtlich einer totalen Eviktion oder einer Einschränkung im Eigentumsrecht; diese Regeln nehmen aber keinen Bezug auf einen Sachmangel bzw. die dort einzuhaltenden Fristen.

Zunächst sollen hier die viehrechtlichen Gewährleistungsregeln dargestellt werden, soweit sie Eingang in die *coutumes* gefunden haben. Anschließend soll auf die wenigen Erwähnungen von Regeln im Zusammenhang mit Sachmängeln eingegangen werden, die nicht das Viehrecht betreffen.

2.3.1.1 Die *coutumes* und das Viehrecht

Die *coutumes*, die Sachmängel im Viehrecht regeln[399], sind für den Schweine(fleisch)verkauf die von Toulouse (1285), St. Sever (1380/1480), wozu die *Coutume de Marsan* (1604) und Limoges[400] hinzugestellt werden, von Orleans (1509, 1583), Bourges/Berry, Dunois (1523), Bearn (1551), für den Pferdekauf Bergerac (1322), Bretagne (1580), Cambrai (1574), Metz & le Messin (ab ca.1578), Bar (1579/1582), Gorze (1624), Bassigny (1580), Sens (1506, 1555), Auxerre (1561) und dem Bourbonnais (1521), wobei Bergerac als einzige den Fall eines Ochsens, Maultiers und Esels behandelt.

Die *Coutume de Toulouse* von 1285, Art. V zum Kauf, enthält die Regel: „*Et usus & consuetudo Tolosae, quod si porcorum venditio inter aliquos celebretur, & aliqui porcorum dictae venditionis inveniuntur leprosi quilibet leprosorum porcorum, pro valore suo est de dicta venditione exceptus, valet tamen dicta venditio quoad sanos. Si vero aliqua porcorum*

[399] Auf der Basis der Sammlung Bourdot de Richebourgs.
[400] Bourdot de Richebourg hat diese *coutume* nicht datiert.

celebretur venditio, & porci à venditore tradantur emptori, & super traditione porcorum de ejiciendis porcis leprosis in venditione praedicta non fiat aliqua mentio seu retentio ab emptore, nec ibidem porci aspiciantur, utrum sint leprosi vel sani. Si post emptor aliquos porcos in dicta venditione leprosos inveniat venditor non tenetur illos recuperare leprosos, imo valet omnino venditio emptio tam de porcis sanis quam de leprosis, & emptor tam de porcis sanis quam leprosis persolvere pretium tenetur venditori."[401]

In Toulouse muss der Schweinehandel mehr Bedeutung gehabt haben als der Handel mit anderem Vieh, denn die *coutume* enthält diese spezielle Regel nur zum Schweinekauf. Dieser Abschnitt behandelt drei Fälle, die nur die Wandlung betreffen: Im ersten kauft jemand Schweine, lässt sie dann beschauen und sortiert nach dem Kauf die kranken Tiere aus, bevor er den Rest nach Hause nimmt. Er kann diese kranken Tiere gegen die anteilsmäßige Rückzahlung des Preises wandeln. Im zweiten Fall übernimmt der Käufer die Tiere unbesehen und hat sich vorbehalten, nach der Übergabe noch kranke Tiere aussondern und wandeln zu können. Im dritten Fall hat er sich dies nicht vorbehalten und hat die Tiere auch nicht besehen lassen; er kann nicht wandeln. Es lag also in der Hand des Käufers, den Moment, wann ein Mangel offensichtlich oder verborgen war, per Abrede auf einen späteren Zeitpunkt der *tatsächlichen* Beschau zu verlegen. Bereits durch die *coutume* war der Zeitpunkt gegenüber dem Römischen Recht verschoben: Die Ädilen verlangten vor dem Kauf die Prüfung durch den Käufer, denn sonst war der Kauf bei sichtbaren Mängeln nicht auflösbar. Dies ließ sich vermutlich bei einem Kauf von mehreren Tieren auf dem Toulouser Markt nicht durchführen; anscheinend einigten Käufer und Verkäufer sich zunächst über Anzahl und Preis der Tiere. Dann wurden die Tiere untersucht und ggf. der Vertrag wegen (und trotz!) eines offensichtlichen Mangels teilweise wieder aufgelöst. Erst danach erhielt der Käufer die Tiere ausgehändigt. Es wurde also der Kaufvertrag eher unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, die Tiere trotz der Sichtbarkeit der Krankheit zurückgeben zu können.

[401] Bourdot de Richebourg T. IV S. 1049, in der Übersetzung: Der Brauch und die Sitte in Toulouse ist, dass, wenn ein Verkauf von Schweinen zwischen Leuten abgeschlossen wird und einige Schweine aus dem besagten Verkauf aussätzig angetroffen werden, welche auch immer an aussätzigen Schweinen, ist es in Höhe seines Wertes vom besagten Kauf ausgenommen, und der besagte Verkauf gilt dennoch, soweit die Schweine gesund sind. Wenn aber ein Schweinekauf abgeschlossen wird, und die Schweine werden dem Käufer vom Verkäufer übergeben und beim besagten Verkauf wird keine Erwähnung gemacht über die nach der Übergabe auszusortierenden aussätzigen Schweine oder ein Vorbehalt durch den Käufer, und die Schweine wurden in diesem Fall dort nicht angeschaut, ob sie aussätzig oder gesund sind. Wenn danach der Käufer welche Schweine im besagten Verkauf aussätzig findet, haftet der Verkäufer nicht darauf, jene aussätzigen Schweine zurückzunehmen, ja vielmehr ist der ganze Verkauf gültig sowohl von den gesunden als auch aussätzigen Schweinen, und der Käufer ist verpflichtet, den Preis für die gesunden sowie aussätzigen Schweine zu bezahlen.

Der Käufer konnte aber auch vereinbaren, die Tiere an sich zu nehmen und dann erst prüfen zu lassen. Die Beschau am lebenden Tier[402] wird wohl zeitnah zur Übergabe vereinbart worden sein, sonst hätte der Verkäufer das Risiko übernommen, dass die Tiere beim Käufer krank wurden. Dies stellt eine durch die praktische Erfahrung bedingte Abwandlung des ädilizischen Rechts dar, bei dem eine solche privatrechtliche Abrede zumindest nicht überliefert ist. Nahm der Käufer die Tiere entgegen ohne Vorbehalt, vermittelte er den Eindruck, er wolle den Aufwand für die Tierbeschau aus Zeit-, Geld- oder anderen Gründen überspringen. Faktisch heißt dies, dass nach der Übergabe der Käufer keinen Wandlungsanspruch hatte.[403]

Die Regelungen zum Schweinefleischverkauf in anderen Städten und Regionen sind oftmals die Schnittmenge von polizeilichen Verordnungen und schuldrechtlichen Anspruchsgrundlagen. Schweineverkauf und Fleischverkauf sind nicht voneinander zu trennen; denn Schweine wurden oft zum Schlachten verkauft. Wenn das Fleisch schlecht war, so war auch das gekaufte Tier krank gewesen.

Die *Coutume de Saint-Sever* (1380/1480) regelt den Fall, dass ein Verkäufer, der ein finnenbefallenes (*leprosus, ladre*[404]) Schwein oder eine Sau an einen Metzger, entweder Bewohner oder Anwohner der Stadt[405], verkauft und sogar bestätigt hat, es sei frei davon, das Fleisch gegen Rückzahlung (oder Freistellung) des Preises binnen neun Tagen nach Kauf zurücknehmen muss, Art. 71: „*Item quod si aliquis homo Sancti-Severi vendat porcum aut troiam alicui macellario aut vicino aut habitatori dicte ville Sancti-Severi et dicit quod non sunt leprosi, et post si infra novem dies inveniantur leprosi post empcionem quod venditor teneatur restituere precium emptori et emptor teneatur sibi restituere carnes illius porci*

[402] Denn die *coutume* spricht von *illos recuperare* im Falle einer Wandlung, nicht von *carnes recuperare*. Ob die Praxis aber die *coutume* dementsprechend ausgelegt hat, kann hier nicht gesagt werden.

[403] Anhand des Textes macht es wenig Sinn, eine Unterscheidung in den Rechtsfolgen zwischen versteckten und sichtbaren Mängeln zu suchen.Spätere *coutumes* anderer Regionen stufen die Wandelbarkeit eines Schweines ab: erstens kann der Zungenbeschauer Tiere aussortieren, vor dem Schlachten wegen eines ihm offensichtlichen Finnenbefalls; zweitens kann nach dem Schlachten wegen eines vorher nicht sichtbaren Befalls gewandelt werden. In der Toulouser *Coutume* ist aber Angelpunkt nur die Beschau, die wiederum nur offensichtliche Mängel aufdecken kann, *nec...aspiciantur*, denn zum einen wäre sonst dieser Zusatz überflüssig, zum anderen wäre es widersinnig, dass der Käufer einen Vorbehalt hinsichtlich versteckter Mängel erklären würde, auf deren Entdecken er keinen Einfluss hat.

[404] *ladre*, abgeleitet vom biblischen Lazarus, dem Aussätzigen, s. Gamilschegg 'ladre', bedeutet allgemein verdorbenes Fleisch, konkret aber finnenbefallen, da an anderer Stelle (z.B. Cout. Orléans) von den abgekapselten Larven des Bandwurms die Rede ist, die insbesondere in der Zunge des Schweins sichtbar sind, da sie ca. einen Durchmesser von 1 cm haben; so auch das moderne Verständnis des Wortes.

[405] Die gleiche *coutume* im französischen Dialekt übersetzt *macellarius aut vicinus aut habitator* als *maserer o aute vesin et habitant*, also beiordnend, was das nicht klassische Latein auch zulässt.

leprosi; et si emptor non solvit precium, quod sint inmunes per racionem supradictam."[406] Diese *coutume* ging davon aus, dass man erst durch das Schlachten den Krankheitsbefall feststellen konnte; vielleicht waren die offensichtlichen Fälle vor dem Verkauf aussortiert worden. Auffällig ist die Formulierung '*dicit quod non sunt leprosi*'. Man könnte sie als eine überflüssige Ergänzung ansehen. Sie ist aber hier eher als Zusicherung aufzufassen, die letztendlich dazu führt, dass der Verkäufer für die verborgene Krankheit des Schweines haftet. So selbstverständlich heute eine Haftung des Verkäufers wegen eines versteckten Mangels scheint, so wenig kann man diese automatische Haftung trotz der römischrechtlichen Wurzeln des Gewährleistungsrechts voraussetzen, wie die *Coutume de Toulouse* zeigt. Kranke Tiere vor oder nach dem Kauf auszusortieren war die geringste Stufe für den Käufer, seine Interessen wahren zu können, ohne dass der Verkäufer einem besonderen Haftungsrisiko ausgesetzt war. Für verborgene Mängel haften stellte die nächste Stufe dar; noch weiter ging die Rücknahmepflicht eines, wenn auch gemäß des Vertragszwecks, geschlachteten Tieres. Es würde nicht verwundern, wenn dazu eine besondere Haftungsübernahme durch Zusicherung durch den Verkäufer als notwendig angesehen wurde, ganz abgesehen davon, inwieweit der Verkäufer sich vergüten ließ, dass er zum einen neun Tage lang und zum anderen für versteckte Mängel haftete. Wie man sieht, hatte auch der professionelle Händler ein Wandlungsrecht, wie vermutlich auch jeder andere Bürger der Stadt.[407] Die Frist lief neun Tage, wohl gerechnet ab dem Verkauf, da nur auf ihn im Text abgestellt wird. Dies bedeutet, dass die Praxis vor Ort dahinging, die Tiere nicht am gleichen Ort und nicht zur gleichen Zeit zu kaufen und zu schlachten.[408] Diese Regel besteht in ihren Grundzügen weiter in der Fassung der *Coutume générale de St. Sever* von 1514, Tit. VIII: „*D'action redhibitoire: Marchant ou autre vendeur de porceaux, si dedans neuf jours après la vente sont trouvez ladres, doit reprendre lesdits porceaux ladres, & rendre l'argent qu'il en aura eu, s'il n'aime mieux rendre à l'acheteur le tiers du prix*".[409] Es ist nicht mehr von der Rückgabe des Fleisches die Rede, sondern von der Rücknahme der Tiere. Man muss jedoch fragen, wie ein Finnenbefall, der beim Kauf nicht festgestellt wurde, nach neun Tagen

[406] Maréchal/Poumarède S. 108 bietet die Synopse mit der mundartlichen Version: „*Item si nulhs hom de Sent-Seuer vent porc ni troye a nulh maserer o a d'aute vesin et habitant de Sent-Seuer et l'assegure que meset no es, si-s trobaue dehans IX. Iorns apres la crompe que lo porc o troye fossen mesetz, que fos tengut de render lo predzque agut n'aure et e-d a luys la carn deu porc meset, et si pagat no l'aue, que crompedor fosse quitis de sso que deure au venedor per rason susdite.*"
[407] So zumindest in der frz. Fassung der *coutume*.
[408] Anders, wie unten dargestellt, in Orleans.
[409] Bourdot de Richebourg T. IV S. 930.

sichtbar wird, es sei denn nach dem Schlachten.[410] Hier findet sich ein seltener Nachweis dafür, dass neben der Wandlung auch eine Art von Minderung angewandt wurde. Allerdings war der Anspruch pauschal, so dass die Parteien nicht lange über eine Schätzung diskutieren mussten, und die Wahl zwischen Minderung oder Wandlung lag nicht beim Käufer, sondern Verkäufer. Dies lässt sich leicht durch die Anforderungen durch die Praxis erklären: Ein Schweinezüchter oder Zwischenhändler verkaufte seine Tiere oftmals zum Schlachten. Sollte er vor neun Tagen tatsächlich ein lebendiges Tier zurückerhalten, könnte er sich streiten, ob der Finnenbefall nicht schon am Tag des Kaufes ersichtlich war, oder aber als Kompromiss auf ein Drittel des Kaufpreises verzichten. Wahrscheinlicher ist, dass das Tier schon geschlachtet war: Was sollte er dann nach einer (erzwungenen) Wandlung mit dem Fleisch anfangen? Für den Eigenbedarf war das womöglich für ihn zu viel; der Käufer aber hatte einen Bedarf, der Motiv gewesen für seinen Kauf war, möglicherweise war er Metzger, wie die alte *Coutume de St. Sever* suggeriert. Der Fleischverkauf geschah auf den Märkten durch die dafür zugelassenen Berufsstände, die jedoch schlechtes Fleisch kennzeichnen mussten. War der Käufer Händler oder Metzger, hatte er eher die Möglichkeit, das Fleisch zu verkaufen, als ein Züchter. Das Recht des Verkäufers zu mindern enthält zudem eine andere Ansicht zur Risikoverteilung: Der Käufer trug zumindest einen Teil des Risikos eines versteckten Mangels, indem er das Tier eventuell behalten musste. Die pauschale Minderung unterband von Anfang an Streitigkeiten um den wahren Wert des Tieres oder des Fleisches. Zudem hatte man nach dem Schlachten nicht die Zeit, lange Schätzungen über den möglichen Minderwert einzuholen. Insofern wären das Römische Recht und die ädilizischen Edikte bei Weitem nicht den handelstechnischen Anforderungen gerecht geworden. Es darf nicht verwundern, dass jemand Fleisch behalten musste oder wollte, was nach heutigen Maßstäben den Hygienevorschriften nicht genügen und wertlos sein würde. Über Jahrhunderte hinweg blieb dieses Fleisch auf den französischen wie deutschen Märkten das Fleisch für die Armen, für das besondere Kennzeichnungs- und Zubereitungspflichten galten,[411] obwohl es bekanntermaßen ein gesundheitliches Risiko in sich barg. Schon mit dem Edikt vom 30.1.1350 hatte Jean II für Paris den Metzgern unter Strafe auferlegt, nur gutes und wohlfeiles

[410] Im Schnitt braucht die durch das Schwein als Zwischenwirt aufgenommenen Eier oder Larven des Bandwurms zwei bis vier Monate, um sich als Finnen abzukapseln. Wenn am lebenden Tier beim Kauf keine Finne gesehen wurde, ist es unwahrscheinlich, dass man neun Tage später eine Finne findet.

[411] Delamare T. II S. 1312 *Arrêt de règlement* durch den Prévôt Paris 23.02.1602: Fleisch musste 40 Tage gesalzen werden, dann Verkauf an gesonderten Plätzen, aber nur das Fleisch, das leicht befallen war; S. 1349: „*…l'expérience a fait connoître que le Sel par son acrimonie & sa qualité corrosive, en corrige toute la malignité, & que l'on peut ensuite en user sans aucun peril.*"*;* eine weiße Fahne kennzeichnete den Verkaufsort; Drot S. 11, 13: In Joigny wurde 1415/1450 verordnet, dass der Verkauf von verdächtigem Fleisch außerhalb der Stände stattfinde.

Fleisch zu verkaufen; durch ein *Arrêt de Parlement* vom 29.03.1551 wurde in Paris eine Körperstrafe bei Zuwiderhandeln vorgesehen.[412] Urteile vom 28.05.1716 und 11.12.1716 (*Chambre de Justice,* Paris) verurteilten die Heereslieferanten, die als Metzger schlechtes Fleisch (*ladre*) u.a. von verendeten Tieren an Soldaten verteilt hatten, zu einer Geldstrafe, zu Verbannung bzw. Galeere.[413] In einer Abhandlung zum Viehrecht aus dem Jahre 1833 wird noch angemerkt, dass die *ladrerie* „*la valeur de l'animal en rendant sa chair de mauvaise qualité*" senke; allerdings sei diese Krankheit auch im fortgeschrittenen Stadium schwer feststellbar. „*Elle [la chair] répugne à manger; elle prend encore mal le sel: en ce sorte qu'on ne peut pas l'employer de cette manière*".[414] 1876 äußert sich ein französischer Veterinär noch dahingehend, dass seiner Ansicht nach der Speck des kranken Tieres nicht befallen sei, was Möglichkeiten für den Gebrauch eröffne;[415] trotz der bekannten Risiken wägt er ab bei leicht befallenem Fleisch zwischen dem ökonomischen Verlust für die Metzger und dem Bedarf eines Ortes an Fleisch und dem Risiko, krank zu werden, zugunsten der Freigabe zum Verbrauch.[416]

An der Grenze zum heutigen Spanien, im Béarn[417], enthält die *coutume* von 1551 ebenfalls eine zivilrechtliche Komponente bei Schweinehandel mit kranken Tieren: „*Qui compra pocq meset*[418]*, retornan aquet… recrubâ lo prets deu benedo*"[419]. Wer also ein aussätziges Schwein kauft, gibt die erhaltene Sache zurück und empfängt den Kaufpreis vom Verkäufer. Die *Coutume* schweigt ansonsten, so dass sich allein daraus kein Bild von der Handelspraxis zeichnen lässt.

Im Marsan[420] wurde 1604 der Verkauf schlechten Fleisches nicht als zivilrechtliches, sondern als polizeiliches Problem gesehen und der Verkauf unter Strafe gestellt.[421] Das gleiche regelt

---

[412] vgl. d.l.Poix d. Freminville 'boucher' S. 88.
[413] vgl. d.l.Poix d. Freminville 'boucher' S. 90ff.
[414] Huzard S. 274f, zudem war als ein anderer Mangel der kranken Tiere angesehen: „*sous le rapport de la reproduction, les animaux malades sont moins propres à donner une bonne race*".
[415] Baillet S. 285
[416] Baillet S. 381ff: obwohl er darlegt, dass das Erhitzen oftmals die Bandwurmlarven nicht tötet, aber man könne die Larve herausschneiden. Im übrigen führt er aus, dass das befallene Fleisch nicht schmecke, sich nicht zum Sud eigne und es ekelhaft sei, auf die Kapseln mit den Larven zu beißen, zumindest bei stark befallenem Fleisch, S. 379; Lebrun/Maigne von 1869, S. 95, sind noch expliziter: „*La chair du porc ladre, quoique fade et même dégoûtante, n'est ni insalubre ni dangereuse; son manque de fermeté la rend beaucoup plus tendre…Nous dirons… comment la rendre mangeable, et déguiser ses propriétés.*"
[417] Das Herzogtum gehörte den Familien de Foix, d'Albret, bevor es 1572 an Henri III, Kg. von Navarra fiel, der es 1589 als Henri IV der frz. Krone beibrachte; 1620 wurde es unter Louis XIII dem frz. Reich eingegliedert. Es ist insofern kein ursprüngliches *pays de droit écrit*.
[418] *meset, mezel, mesel* bedeutet aussätzig und wird mit *ladre* gleichgesetzt, vgl. Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 80.
[419] Bourdot de Richebourg T. IV S. 1085 Art. XXX.
[420] alte Region in der Gascogne, heute in den Landes, bei St. Sever.

die *Coutume de Limoges*, Art. XXIII, „ *quia dicti Consules*[422] *ponunt & statuunt custodes & Baylivos juratos ad providendum ne carnes corrupta, seu vitiosa, neve pisces corrupti seu vitiosi vendantur in dicto castro, & quando secus factum est, mulctant & puniunt.*"[423] Ob daneben der Käufer Wandlungsrechte hatte, geht nicht aus diesen *coutumes* hervor.

Ähnliches findet sich im Norden Frankreichs: Die *Coutume d'Orléans* von 1509 präzisiert: *„Quand aucun achepte des porcs au marché, & après qu'il les a acheptez il les faict langayer, si le langayeur trouve qu'ils soient mezeaux, ledit achepteur ne sera tenu les prendre si bon ne luy semble, … Et combien qu'en langayant lesdits porcs ne se trouvent mezeaux, neantmoins si l'achepteur les faict mener, tuer & ouvrir, & qu'en ce faisant iceulx porcs se trouvent mezeaux par dedans au corps ou jambons, ledit achepteur ne les prendra si bon ne luy semble, & en sera quitte en les rendant à son vendeur, lequel est tenu les prendre; & s'il est trouvé qu'en la langue y ait des grains de mezellerie, ledit langayeur sera tenu de les prendre & en bailler l'argent audict vendeur, & en acquitter ledit achepteur.*" Der Zungenbeschauer musste zudem das Ohr eines für krank befundenen Schweins schlitzen.[424] Die *Coutume d'Orléans* von 1583 übernahm diesen Artikel fast wortgleich und ergänzte zur Klärung, der Käufer verliere seine Rechte gegen Verkäufer und den Zungenbeschauer, Art. 425, wenn er die Zunge vom Schwein herausschneide, also Beweise erschwerte. Zudem wurde der Schlachter verpflichtet, den Kaufpreis eines finnenbefallenen Schweins zu ersetzen, sollte er die Zunge herausschneiden, ohne den Käufer vorher zu unterrichten, Art. 426. Denn dadurch hatte der Käufer seinen Rückgriff gegen Verkäufer und ggf. den Zungenbeschauer verloren. Die *Coutume de Bourges et du Pays de Berry*[425] und die *Coutume locale de Dunois* von 1523,[426] ein Spezialgesetz zur *Coutume de Blois*, regeln einen ähnlichen Rückgriff, die

---

[421] Bourdot de Richebourg T. IV S. 910 Abschnitt II: „*…ne sera vendu chair de chevre, ny bouc, brebis, marre, truye ny pourceau ladre, sans perdre ladite chair & payer vingt-quatre sols.*"

[422] Bourdot de Richebourg T. IV S. 1146: Die *coutume de Limoges* regelt ausführlich die Befugnisse der *consules*; Art. I der *coutume* lautet: „*Scilicet quia Communitas vel Universitas dicti castri, vel eius Consiliarii nomine ipsius Communitatis vel Universitatis eligunt & creant Consules singulis annis in dicto castro.*"

[423] Bourdot de Richebourg T. IV S. 1157, dort auch die frz. Version: „*Lesdits Consuls constituent des Gardes, Jurats & Baillifs jurez aux find de pourvoir que l'on n'expose en vente des chairs corrompues & des poissons pourrisaudit chasteau & quand quelqu'un contrevient, le mulctent & punissent.*"

[424] Bourdot de Richebourg T. III S. 756 Art. CCCXXXIV.

[425] Bourdot de Richebourg T. III S. 882 Art. LXXIX: „*L'en a de Coustume à Bourges, que se ung Bouchier langaye ung Porc pour aulcun qui vouldra ledict Porc achapter, & ledict Bouchier le tesmoigne estre sain, se le Porc est trouvé mesel aprez ce que ledict Bouchier l'aura langayé & jugé sain, ledict Bouchier sera contrainct à le prendre pour le prix qu'il aura cousté.*"

[426] Bourdot de Richebourg T. III S. 1075 Chap. XVII Art. XL: „*Langayeurs qui ont langayé pourceaux & asseurez sains, s'il est trouvé en les tuant qu'ils soient mezeaux en la langue, ils sont tenus de les prendre & restituer le pris à l'acheteur. Et s'il n' y a rien en la langue, & il y en a dedans le corps, jambons, & ailleurs, le vendeur sera tenu le reprendre, & restituer les deniers.*" Diese Sonderregel steht in einer Art Auffangkapitel zusammen mit Regelungen, die noch aufgenommen werden sollten und die nicht viel miteinander gemein haben,

Coutume de Dunois erwähnt ausdrücklich das Wandlungsrecht im Verhältnis Käufer – Verkäufer, wenn dem Zungenbeschauer kein Verfehlen nachgewiesen werden konnte, das Schwein aber dennoch für krank befunden wurde.[427] Dies ist ein ausgefeiltes System, in dem der Verkäufer auch für versteckte Mängel haften musste. Welche Fristen galten aber? Vermutlich enorm kurze, denn was in der *Coutume d'Orléans* geschildert wird, kann alles an einem Tag ablaufen: Die Schweine werden gekauft, dann beschaut und ggf. einzelne zurückgegeben, wie in Toulouse. Nimmt der Käufer die Schweine mit nach Hause, gibt es keine weitere Gewährleistung. Hingegen bringt er die Tiere direkt zum Schlachter, kann er das Fleisch auf bis dahin verborgene Finnen untersuchen lassen. Pothier erwähnt deswegen wohl keine Fristen in seinem Kommentar zu der *Coutume*, anders als beim Pferde- oder Rinderkauf.[428] Galisset & Mignon sprechen 1864 von „*plusieurs personnes assurent que la ladrerie n'est rédhibitoire ... que pendant vingt-quatre heures*",[429] was trotz ihrer vagen Quellenangabe wohl schon im 16. Jahrhundert gegolten haben könnte.

Die Pariser *Coutume* erwähnt keinen Schweineverkauf: Bereits die oben erwähnte Polizeiordnung unter Jean II (König 1350-1364) vom 30.01.1350 ordnet an, dass die Metzger nur gesundes Fleisch verkaufen sollten.[430] Eine Verordnung des Pariser *Prévôt* vom 22.11.1375 regelt die Zungenbeschau bei Schweinen. Charles VI (König 1380-1422) trennte das Amt des Pariser Zungenbeschauers von dem des Schlachters durch Verordnung vom 19.12.1403[431]. Im Februar 1415 hielt er fest, dass der *courtiers*, der schlechten Speck für gut befunden habe, auf seine Kosten die Ware zurücknehmen müsse.[432] Der Zungenbeschauer besah das Schwein vor dem Schlachten; anschließend wurde das zerschnittene Fleisch noch einmal durch *visiteurs* oder auch *courtiers* begutachtet. Sowohl *langayeur* (oder auch *langueyeur*) als auch *tueur* unterstanden dem *maître de la grande boucherie*, der wiederum dem *prévôt* untergeordnet war. Sie hatten ihr eigenes Regelwerk, dass sie, wie gesagt wird, allerdings im 13. Jahrhundert nicht veröffentlichten, da sie dem *prévôt* keine Waffe an die Hand geben wollten, die sich gegen sie richten konnte; der *prévôt* wiederum versuchte nicht,

---

Bourdot de Richebourg T. III S. 1075f: Chap. XVII: Dort finden sich: Pacht (2 Art.), Miete, Auftrag, Kauf (Langayeur), Zwangsvollstreckung, Dienstbarkeit.

[427] Delamare T. I S. 571: Delamare erwähnt noch die *Coutume de Chartres*, Chap. 52, mit der Regel, Fleisch '*bon & loyal'* zu verkaufen; allerdings deckt sich dies nicht mit den *coutumes*, die Bourdot de Richebourg anführt.

[428] Pothier Cout. S. 733.

[429] Galisset&Mignon S. 11.

[430] s. Delamare T. II S. 1240.

[431] abgedr. in Fontanon T. I S. 1159.

[432] Delamare T. II S. 1311ff.

es sei denn, es war dringend notwendig, sich in die Interna einzumischen, da er zwangsläufig seine Machtlosigkeit zur Schau gestellt hätte. Er habe eh mit der Versorgung der Stadt und der Konfliktbeseitigung zwischen den diversen *corps de métiers* zu tun gehabt.[433] Im 14. Jahrhundert wurden die Statuten offiziell bestätigt[434] und in der Folge durch Verordnungen ergänzt.[435] Angesichts dieser Verordnungen hatte es die Pariser *Coutume* nicht notwendig, diesbezüglich Regeln festzuhalten, im Gegensatz zu anderen Regionen, in der die *coutume* bei der Niederschrift Sammelbecken für alle Art von Regeln wurde.

Neben den besonderen Bestimmungen zum Schweinehandel gab es in den *coutumes* bis auf eine Ausnahme nur noch Regeln zum Pferdekauf. Solche finden sich in der *Coutume de Sens* von 1509 und 1555, *d'Auxerre* von 1561, *de Bourbonnois* von 1521, so dann in der der Bretagne von 1580, im Osten in der von Metz und dem Messin von circa 1578, in der *Coutume de Bar* (um 1580), *Gorze* (1624), *Bassigny* (1580) und im Norden in der der Stadt Cambrai von 1574. Dazu kommt noch im Süden die *Coutume de Bragerac* (Bergerac) von 1322. Zum Kernland der französischen Krone gehören davon Bergerac, Sens, Auxerre und das Bourbonnais. Die Stadt Sens, die schon im Mittelalter ein bedeutender Bischofssitz war, liegt 120 km von Paris entfernt. Auxerre wurde zum ersten Mal 1370 an Charles V (König 1364-1380) verkauft, fiel aber erst 1490 nach dem Tod Charles le Téméraire (gest. 1477), aus dem Haus Valois-Bourgogne, ab 1467 Duc der Bourgogne, definitiv an Frankreich unter Louis XI (König 1461-1483). Das Bourbonnais war für Jahrhunderte ein von der französischen Krone abhängiges Fürstentum, bis es zuletzt nach dem Tod Charles (III)[436] von Bourbon (Herzog 1507-1527) durch diverse politische Winkelzüge direkt an die französische Krone fiel. Die Bretagne wurde als Fürstentum 1491 durch Anne der Bretagne in die Ehe mit Charles VIII (König 1483-1498) eingebracht und 1532 mit der französischen Krone vereinigt. Metz, freie Bischofsstadt im Heiligen Römischen Reich, wurde 1552 an Henry II (König 1547-59) für seinen den protestantischen Fürsten geleisteten Beistand gegen das Heilige Römische Reich abgetreten. Die Fürstentümer Bar und Lothringen (Lorraine) waren bis 1552 im Heiligen Römischen Reich, bevor sie eine Zeit lang eine scheinbare Unabhängigkeit genießen durften, bis sie 1633 durch Frankreich besetzt und 1766 französisch wurden. Die Stadt Cambrai im Norden Frankreichs war als Bischofs- und Handelsstadt auf der Grenze des

[433] Drot S. 2f; der Schluss wurde gezogen, da Boileau, selbst *prévôt* der Stadt, in seinem *Livre des métiers* um 1260 die Metzger nicht aufnimmt.
[434] Lespinasse T. I S. 263; unter Henri III erhielten sie neue Statuten 1587, Borelli de Serres S. 10
[435] s. Delamare S. 1312ff zum Schweinefleisch; vgl. S. 1275 zu anderem Fleisch: *Arrêts du Parlement* 04.04.1540 und 29.03.1551: Fleisch sollte frisch, gesund und nicht verdorben sein.
[436] teilweise auch Charles II genannt.

Heiligen Römischen Reiches und Frankreich lange Zeit von den beiden Mächten begehrt, kam 1543 unter die Herrschaft Karl V (Kaiser 1519-1556) von Habsburg und wurde erst 1678 französisch. Insofern kamen diese Grenzregionen erst spät zum *pays coutumier* und brachten ihre rechtlichen vorher statuierten Eigenheiten mit ins Land.

In der *Coutume de Bragerac* von 1322 findet sich die älteste Regel zum Pferdekauf, zwischen den Viehkaufregeln von Eseln, Maultieren und Ochsen: „*Et si bovem vendat debet eum reddere sanum per octo dies; si autem infra octo dies moriatur aut incipiat aegrotare, dictus venditor tale animal recuperabit & remanebit non emptum: attamen si vendatur bos pro agricultura & ad hoc aptus non inveniatur, per emptorem per octo dies assidue ut supra, remanebit non emptus. Si vero roncinus aut jumentum, asinus asinaque, mulus vel mula, inter se aliquod vitium non apparens habuerit, de quo dictus venditor in dicta venditione nullam mentionem fécerit, & vitium appareat infra quindecim dies, roncinus aut jumentum & alia animalia super his declarata remanebunt inempta, & dictus venditor pretium quod exinde habuerit emptori restituere teneatur.*“[437] Der Verkäufer haftet demnach beim Pferdekauf binnen 15 Tagen wegen eines *vitium non apparens*, den er nicht bekanntgegeben hatte.

Die zeitlich späteren Regeln in den *coutumes* sind gänzlich anders aufgebaut als die *Coutume de Bergerac* und gleichen einander in den Grundzügen: Hinsichtlich der Sachmängelgewährleistung beim Pferd werden bis zu fünf Punkten in den diversen *coutumes* geregelt: erstens die Liste der Krankheiten, zweitens die Frist, innerhalb derer das Pferd zurückgegeben werden kann wegen einer Krankheit, drittens eine Art Formel für das Zusichern einer guten Gesundheit des Tieres, viertens die Haftungserweiterung als Rechtsfolge aus der Zusicherung und fünftens der Anspruch auf Wandlung. Ausnahmsweise erwähnt die *Coutume de Cambrai* die praktische Seite, wie die Rückgabe des Tieres vonstatten zu gehen hat.

Die Liste der Pferdekrankheiten in den offiziellen *coutumes*, derenthalben gewandelt werden kann, ist kurz und enthält nur zwei Variationen: Gewandelt werden kann wegen *morve*[438], *pousse*[439], *courbature*[440].[441] Die *Coutume de Cambray* [Cambrai] erwähnt nur *morve* und

---

[437] Bourdot de Richebourg T. IV S. 1030: Die frz. Übersetzung durch M. Trelier dazu lautet: „*Et s'il a vendu un boeuf, il le doit rendre sain huit jours, tellement que si dans ledit temps il vient à empirer ou estre malade, ledit vendeur sera tenu de le reprendre, & il demeura non achepté: tout ainsi que s'il avoit achepté pour labourer la terre, & l'acheteur par huit jours continuels ne le trouve propre pour cela. Mais si c'est un cheval ou jument, asne ou asnesse, mulet ou mule qui a quelque vice caché, dont le vendeur en faisant ladite vendition n'en fait aucune mention, & le vice se monstre dans quinze jours, la beste demeura pour non acheptée & le vendeur sera tenu de rendre à l'achepteur le prix qu'il aura eu de luy.*"

[438] Rotz, bakterielle Infektion der Pferde, auf Menschen übertragbar, heute heilbar.

[439] Furetière Dict. Univ. T. III 'pousse': „*Maladie de cheval, battement, & alteration du flanc, qui vient d'une oppression qui l'empêche de respirer*"; vermutlich eine Art Lungenemphysem, das chronisch sein kann.

pousse;[442] die *Coutume de Bassigny* und *du Pays et Duché de Bourbonnois* erweitern diese Liste um *corbe(s)*[443]. Die *Coutume de Bretagne* von 1580 präzisiert nicht die Wandlungsgründe, sondern erwähnt nur die Fristdauer von 15 Tagen. Dies sind Krankheiten, die ansteckend sind und so den Bestand an anderen Pferden gefährden (*morve*) oder/und den Gebrauch des Pferdes durch den Menschen zumindest einschränken, wenn nicht gar zum Tod des Tieres führen.

Bei den Fristen findet man in den *coutumes* wenig Variation: Es gelten entweder 8, 15 oder 40 Tage. Die *Coutume de Sens* und *d'Auxerre* von 1561 erwähnen in Art. CLI keine Frist. Née de la Rochelle führt für Auxerre den *usage* an, dass der Verkäufer das Pferd binnen 40 Tagen zurücknehmen musste, bestätigt durch einen *acte de notoriété* vom 23.05.1691.[444]

Ob diese kurzen Fristen ab dem Kauf oder ab der Übergabe galten, geht nicht aus allen *coutumes* klar hervor, sondern nur aus dreien: der aus Gorze, Bassigny und dem Bourbonnois. In der *Coutume de Bourbonnois* von 1521, aufgezeichnet 1520, lautet Art. LXXXVII: „*Un vendeur de chevaux n'est tenu des vices, excepté de morves, espousses, corbes & corbatures, sinon qu'il les ait vendus sains & nets: auquel cas il est tenu de tous vices latens, & apparens huit iours apres la tradition.*" Bis auf einige Buchstaben ist diese Fassung identisch mit Art. XCI der *Coutume de Bassigny* (1580) und inhaltsgleich mit der anderen *coutume* aus dem Lotharingischen, Gorze (1624), T. VII Art. XVIIff[445], während die *Coutume* aus Bar leicht abwandelt, Art. CCIV: „*Vendeur de chevaux n'est tenu d'autre vice que de morve, pousse &*

---

[440] Encyclopédie Diderot T. IX 'courbature': „*On appelle ainsi le battement ou l'agitation du flanc du cheval, ... La courbature peut arriver lorsque le cheval a été surmené, & la respiration n'est alors altérée que par l'excès du travail ; à la différence du cheval poussif, dont le poumon est altéreé avec de grands redoublemens de flanc. Il devient aussi courbatu sans être surmené, & c'est lorsqu'il est trop échauffé ou plein de mauvaises humeurs...*" *;* Düez Dict. 'courbatture' übersetzt dies als Steifigkeit und Mattigkeit beim Pferd wegen zu vieler Arbeit.

[441] *Cout.* Metz & le Messin (nicht durch Pariser Parlament veröffentlicht) Tit. IV Art. III; die Sammlung der *ordonnances* dieser Region und die *Coutume de l'Eveché de Metz* enthalten keine entsprechende Regel; Bar Art. CCIV; Gorze Tit. VII Art. XVII; Bassigny Art. XCI; anc. Cout. Sens Art. CCLVI; Sens Art. CCLX; Auxerre Art. CLI; Bourbonnois Art. LXXXVII.

[442] Cout. Cambray Tit. XIX Art. V.

[443] Vermutlich eine Verformung des Schienbeins des Hinterlaufes, die zum Hinken führt; Düez Dict. 'courbe' übersetzt es als Geschwür am Hinterlauf, das zum Hinken führt; Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 71f Anm. vermuten, dass *corbe, courbe* eine Verkleinerungsform von *courbature* sei; so auch Chabert/Flandrin/Huzard (1809) S. 82, die *courbe* als äußere Krankheit am Bein des Pferdes bezeichnen, aber glauben, dass in der *coutume* lediglich eine Verkleinerungsform von *courbature* gemeint sei.

[444] Née de la Rochelle S. 218 zu Art. „CL". Hingegen geben Galisset & Mignon, S. 4, mit einem etwas obskuren Verweis auf die *usages et coutumes d'Auxerre* und *Sens* 9 Tage an. Vielleicht mag das der Stand 1864 gewesen sein.

[445] „*Vendeur de chevaux n'est tenu des vices, excepté de pousse, morve ou courbature, si donc il les a vendu sains & nets. Auquel cas le courtier* [Handelsagent], *vendeur ou maquignon* [Rosshändler] *sont tenu jusques à huit jours après la tradition, de tous vices calent ou apparent. Pendant lequel temps, s'il s'en decouvre aucun, le vendeur sera obligé de reprendre son cheval vitié, rendre & restituer le prix qu'il en aura touché.*"

courbature, n'estoit qu'il les eust vendu sains & nets, auquel cas il est tenu de tous vices apparens & non apparens, & ce dedans quarante jours seulement après la vendition & délivrance" und den Verkauf *und* die Übergabe einbezieht. Diese *coutumes* sprechen zwar nur von einer Laufzeit ab der Übergabe, wenn eine Zusage zum Gesundheitszustand der Pferde gemacht wurde, *sain & net*, aber dies wird auch bei der gesetzlichen Haftung bei *morve, pousse, courbature* oder *corbe* gegolten haben. Trotz des Gleichklangs zu den Regeln in anderen, weniger expliziten *coutumes* zum Pferdekauf[446] kann man aber nicht den Fristbeginn oder die –länge auf andere Regionen übertragen.

Ob nun innerhalb dieser Frist ein Mangel nur angezeigt oder Klage erhoben werden musste, geht aus den *coutumes* nicht hervor. Die *Coutume de Cambray* (Cambrai) von 1574 bildet eine Ausnahme. Tit. XIX Art. V regelt: „*Un vendeur de chevaux n'est tenu à interest ou rescision de contract pour vices, exceptez de morves & pousses endedans quarante jours.*" Dies an sich macht sie nicht anders als die anderen *coutumes* zum Pferdekauf. Tit. XXV (*actions*) Art. XXIIf geben ausnahmsweise einen Einblick in den praktischen Ablauf: „*Action redhibitoire ou fourfaiture de bestes chevalines, s'intente en la cité par mettre la beste és mains des Mayeurs des chevaux en fourrie, lesquels doivent signifier à partie ladite mise en fourrie, pour reprendre la beste ... Hors ladite cité telle beste se peut mettre és mains de loy pour estre procédé comme dessus*", Art. XXIII „*Action pour amendise ou interest de quelque ouvrage ou marchandise frauduleuse, non lealle*[447] *ou malfaite, s'intente par mettre la chose és mains des Mayeurs du mestier, si Mayeur y a, ou és mains de Justice, pour estimer ladite fraude ou interest: lesquels Mayeurs ou Justice doivent signifier la partie, en luy assignant jour à comparoir en Justice comme dessus.*" Der Käufer musste also das Pferd oder die Kaufsache in die Hände des zuständigen städtischen Beamten oder der Justiz geben, um seine Ansprüche geltend machen zu können, innerhalb einer vorgegebenen Zeit, die bei Pferden 40 Tagen betrug und die für die Ware von minderer Qualität nicht näher bestimmt ist.

Die Rechtsprechung legte die *coutumes* aus. Durch Urteil der Großen Kammer in Paris vom 07.09.1770 wurde bestimmt, dass die Acht-Tages-Frist ab Übergabe aus der *Coutume de Bourbonnois*, Art. 87, eingehalten sei durch die Feststellung einer Lungenkrankheit (*pousse)* fünf Tage nach dem Kauf vor einem Notar und zwei Sachkundigen (*maître maréchaux de régiment*), wenn diese auch nicht durch ein Gericht bestellt waren und selbst wenn die Klage

---

[446] z.B. Cout. d'Auxerre:„*Un vendeur de chevaux n'est tenu des vices d'iceux, excepté de morve, poulse ou courbature, sinon qu'il les ait vendus sains & nets: Auquel cas il est tenu de tous vices apparens & non apparens*" (Art. CLI).

[447] meint: loyale.

zwanzig Tage nach Übergabe erhoben worden war.[448] Erlaubt war diese Interpretation durch den offenen Wortlaut der *coutume*, die nur allgemein von der Haftung des Verkäufers spricht, „*il est tenu…*", Art. 87. Dementsprechend sah Troplong diese Interpretation als ebenfalls geltend für Bar und Bassigny an.[449] Im gleichen Urteil argumentiert der Käufer mit einer Vierzig-Tages-Frist, die er aus dem Hut zaubert, da er, wenn er schon nicht die Klage innerhalb der acht Tage erhoben habe, so denn doch innerhalb von vierzig Tagen. Die Argumentation des Klägers spricht für das Rechtsgefühl, dass innerhalb der längeren Fristen von 40 Tagen der Mangel festgestellt und Klage erhoben werden musste, dass die kurzen Fristen von acht oder neun Tagen aber zu kurz seien zur Klageerhebung.

Oftmals ausdrücklich erwähnter Anspruch des Käufers ist die Wandlung, „*redhibition*" (*Coutume de Bretagne* 1580, Art. 295), „*rescision de contract*" (*Coutume* Cambrai Tit. XIX Art. V), „*cheval… peut estre rendu….restituer le pris*" (*Coutume* Metz Tit. IV Art. III), „*reprendre son cheval… restituer le prix*" (*Coutume* Gorze Tit. VII Art. XIX). Die meisten *coutumes* beschränken sich allerdings auf die Feststellung, der Verkäufer 'hafte', *est tenu*, so in den *Coutume de Sens* (1509, 1555), *Auxerre* (1561), *Bourbonnois* (1521), *Bassigny* (1580), *Bar* (1579). Aber worauf? Gab es in den *coutumes* neben der Wandlung die Minderung? Die *Coutume de Cambrai* erwähnt „*un vendeur de chevaux n'est tenu à interest ou rescision de contract…*". Dieses *interest* taucht wieder auf in Tit. XXV Art. XXIII: „*Action pour amendise ou interest de quelque ouvrage ou marchandise frauduleuse, non lealle ou malfaite…. pour estimer ladite fraude ou interest…*" In dem Zusammenhang ist vermutlich nicht eine ädilizische Minderung gemeint, sondern ein Schadensersatzanspruch auf das *quod interest*, was auf eine Minderung hinauslaufen kann. Ansonsten schweigen sich die *coutumes* zur Minderung aus.

2.3.1.2 Die *coutumes* und Sachen?

Man muss lange suchen, um Sachen im Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung in den *coutumes* erwähnt zu finden.
Die *Coutume de Bretagne* von 1580 und ihre Vorgängerin von 1539 sind ein Ausnahmefall, da sie auch Sachen, nicht nur Tiere, in die Regel zur Gewährleistung aufnehmen. Die

[448] abgedr. in Guyot T. X 'cheval' S. 330.
[449] so auch Troplong T. II S. 70 Nr. 587.

Coutume de Bretagne von 1580, Art. CCXCV, mischt Römisches Recht und Gewohnheitsrecht: Angehangen an eine Regelung zur Vertragsauflösung oder Kaufpreisergänzung beim Verkauf beweglicher Sachen aufgrund eines zu niedrig angesetzten Kaufpreises steht die Bemerkung, dass dies '*la redhibitoire*' nicht aufhebe, sondern dass diese innerhalb von 15 Tagen bei Pferden und sechs Monaten bei anderen Sachen erhoben werden könne: „*En contrat de chose mobiliaire, … on pourra … demander ou la rescision ou supléement de juste pris. Et n'est tollue la redhibitoire, qu'elle ne se puisse intenter dans quinze jours pour chevaux: & pour autres choses dans six mois.*" Von der Position des Satzes innerhalb eines Textes zu *beweglichen* Sachen könnte man meinen, dass nur diese von der sechs Monats-Frist erfasst werden sollen,[450] was d'Argentré als Kenner des Römischen Rechts in Anlehnung an C. 4, 58, 4, 1 ('giftige Gase, Pflanzen auf einem Grundstück') anders sieht. D'Argentré drückt sogar an der gleichen Stelle seine Verwunderung über das Fehlen der Minderungsklage aus. Andere Kommentatoren sind weniger klar.[451] Poullain du Parc meint, dass bei Immobilien eine 10-Jahres-Frist gelte,[452] was heißt, er bezieht den letzten Zusatz nur auf bewegliche Sachen. Hévin begründet, dass das Pferd hier nur *frequentiae causa* genannt sei, aber jedes Tier gemeint sei, auch wenn er einräumt, dass Wandlungsklagen bei anderen Tieren nicht üblich seien.[453] Poullain du Parc will Art. 295 dieser *coutume* auf andere '*bestiaux*' ausweiten, ohne sich darauf einzulassen, welche Tiere gemeint seien.[454]

Die a*ncienne Coutume* von 1539 Art. CCLXXXIV ist noch expliziter: Es gelte „*le temps de droit"*, also des *droit écrit*, von sechs Monaten; die Ausnahme für Pferde wird noch nicht erwähnt, sondern die Regel bezieht sich allgemein auf alle Kaufsachen: „*& n'est tollue la redebitoire qu'elle ne se puisse intenter dedans le temps de droit qu'est de six mois.*" Ob hier die Klagefrist durchgängig laufen sollte, und ab wann, lässt sich nicht aus dem Text mit Klarheit entnehmen. D'Argentré sieht hierin das *legale tempus*, das gemäß Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu laufen beginne, also ab dem Tag des Kaufes bzw. der Zusage. Dass hier überhaupt die sechs Monate der Wandlungsklage in den Text aufgenommen wurden, lässt sich aus der Sorge der Verfasser erklären, dass ihre Regel zur *rescision*, zur Vertragsauflösung, durch weniger Rechtskundige vielleicht falsch ausgelegt werden könnte. Insofern ist die Regel zur

[450] so Poullain du Parc T. VI S. 391; in Poullain du Parc Cout. S. 148f geht er nicht auf Immobilien ein.
[451] d'Argentré Sp. 1226f; Belordeau S. 426 bezieht sich auf *autres choses* und die Digesten, so dass eher anzunehmen ist, er meint auch Immobilien, ebs. Sauvageau T. I zu Art. 295, s. aber Anhang S. 76, in dem er irrtümlich 30 Tage bei Pferden anführt, allerdings mit richtigem Bezug auf Art. 295, ansonsten 6 Monate für die Sachen mit verstecktem Mangel, in seiner Liste der 10 –Jahres-Verjährung kein Hinweis auf Wandlung von Immobilien.
[452] Poullain du Parc T. VI S. 391.
[453] Hévin zu Art. 295.
[454] Poullain du Parc Cout. S. 149.

Gewährleistung ein Nebenprodukt einer anderen Regel zur Vertragsauflösung. Diese ausdrückliche Regel zur Wandlung zog wieder bei der Reformation 1580 die Ergänzung durch die Ausnahme für Pferde nach sich.

Die *très ancienne Coutume de Bretagne,* eigentlich ein *coutumier,* die zumindest zu einem Teil aus dem 14. Jahrhundert stammt,[455] enthält keine entsprechende Regel, nur einen Hinweis, Art. 41, dass Verträge, die auf dem Markt geschlossen wurden, Geltung haben, es sei denn im Falle eines zu geringen Kaufpreises, Täuschung, Zwang oder einer *surprinse* in der Übereinkunft, „*quant aucune personne baille à autre personne ses denrées*[456] *à vendre en foire ou en marché, ou autrement, la vente en doit estre tenuë selon le contract & le devis du marché, pource qu'il n'y ait au marché, ne au contract decepte outre moitié du juste prix, ou fallace, ou contrainte, ou surprinse en aucune autre entente mauvaise...*". Angesichts des Zusammenhangs liegt es nahe, *surprinse* mit Irrtum zu übersetzen,[457] da es scheint, dass darin die drei aus dem Römischen Recht bekannten Fälle *vis, dolus, error* anklingen,[458] auch wenn ansonsten dieser Sammlung keine Nähe zum Römischen Recht nachgesagt wird.[459] Teilweise wurde daraus wohl für die neue *Coutume* abgeleitet, dass es keine Gewährleistung bei Verkäufen auf dem Markt gäbe, was Poullain du Parc ablehnt.[460] Selbst wenn der Käufer bei einem Mangel über die Qualität einer Sache irren mag,[461] wäre es überinterpretiert, in *surprinse* auch diesen Irrtum hereinlesen zu wollen.

Die *Coutume de Cambray* von 1574 Art. XXIII regelt den Fall von „*marchandise frauduleuse, non lealle ou malfaite*", die zur *action pour amendise ou interest* führt. In der *Coutume de Bayonne* von 1514 wird indirekt der Streit um schlechte Ware angeführt, Tit. IV Art. XXI. Wenn ein Streit entstanden sei über den Vertrag oder über die Gattung oder die Qualität der Ware, sei der Verkaufsmakler nur Zeuge.

---

[455] Bourdot de Richebourg T. IV S. 199 Anm. a: Andere Datierungen sind um die Mitte des 15. Jahrhunderts; Castaldo, Rdnr. 438: vom Anfang des 14. Jahrhunderts.

[456] Unter *denrée* wurden im zeitgenössischen Sprachgebrauch alle für den Haushalt üblichen Waren verstanden, abgeleitet von *denarius*, das, was man für einen Denar bzw. Heller kaufen konnte, oder allgemein eine Sache bzw. einen Teil einer Sache, s. de Laurière Gloss. T. I S. 325 'denrée'; Furetière Dict. Univ. T. I 'denrée' (erste Bedeutung); Gamilschegg 'denier'.

[457] Allerdings hatte *surprendre* zu der Zeit andere Bedeutungen, Gamilschegg ‚surprendre': i.S.v. *superprendere,* jemanden über etwas ergreifen, d.h. ertappen, später evtl. i.S.v. etwas zuviel fordern, was nicht geschuldet ist; Furetière Dict. Univ. T. IV 'surprendre', 'surprise' schließlich zeigt für das 17. Jh. die Bedeutung *tromperie* auf, in Furetière Dict.Univ. (1727) auch *erreur*.

[458] s. die Definition Ulp. (Labeo) für *dolus*, D. 4, 3, 1, 2: „*...ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam....*"

[459] Castaldo Rdnr. 438.

[460] vgl. Poullain du Parc T. VI S. 391, der sich auf Hévin bezieht. Hévin sagt nichts dergleichen in der Ausgabe von 1729.

[461] so Huvelin T. II S. 127.

Ansonsten regelt die *Coutume d'Auxerre* Art. CXLIII neben dem Wein nach Probe, dass im Verhältnis Verkäufer von Wein und einem Zwischenhändler, der Vertrag nur dann rückgängig gemacht werden kann, wenn sich unter dem gekauften Wein verdorbener findet.

Zur Gewährleistung von Immobilien wegen Sachmängel schweigen sich alle *coutumes* aus.

2.3.2 Mittelbar relevante Regeln in den *coutumes*: Strafrecht und Normierungen

Wie gesehen, gehen in den *coutumes* strafrechtliche Regeln, Qualitäts- und Berufsnormierungen und Zivilrecht ineinander über. Einige *coutumes* schrieben bestimmte Maße oder eine bestimmte Produktqualität vor, bei deren Nichtbeachten ein Bußgeld oder das Vernichten der Ware vorgesehen war.[462] Dahinter verbergen sich polizeiliche Verordnungen, die Eingang in die *coutumes* fanden. Schon die sogenannten *Etablissements de Saint Louis* von 1272/1273[463], die vermutlich aus der sehr alten *Coutume de Tourraine-Anjou* Teile übernommen haben,[464] enthalten Strafregeln bei falschen Maßen und schlechten Lakenstoffen.[465] Die Güte eines Stoffes wurde von den Stoffhändlern anhand ihrer Qualitätsnormen beurteilt.[466] Die *compilatio de usibus et consuetudinibus Andegavie* [Anjou] (nach 1315) arbeitet mit dem Begriff der '*marchandise fause* und *desloial*', derentwegen jemand, nicht unbedingt ein Käufer, den Verkäufer anzeigen kann.[467] Loisel beschreibt in seinen *Memoires de Beauvais et Beauvaisis* die einstigen Strafmaßnahmen, die gewählte,

---

[462] Haynault (span. Provinz) 1534 Chap. CV: Maße für Brennholz, gebündeltes Holz in Form einer *ordonnance*, wobei die Maßeinheit „*usé d'ancienneté*" , d.h. ein Brauch, ist, die Form der Inspektion, die Zuständigkeiten (*grand Bailly, sergents de bois)* und die Strafe auf eine *ordonnance* zurückgeht; vgl. die Approbation dieser *coutume*: „*Lesquelles loix, statuts, coustumes, stils, usages &ordonnances...*"; Haynault 1619 Chap. CXXXIII Art. XIVff noch ausführlicher zu den Maßen; vgl. Chimay (heute Belgien) 1611/12 Chap. III Maße für Laken und andere Lebensmittel mit dem Erlass „*Tous lesquels susdits poincts de Police pourront .. estre changez ... à l'ordonnance & discretion du Seigneur, ou de son Gouverneur*" ; die *Coutume de Saint-Sever* (1380/1480) Art. 72: Wenn ein Metzger (totes) verdorbenes Fleisch als gesund verkauft, musste er 30 Sol an den Seigneur und die Stadt bezahlen; das Fleisch wurde an die Aussätzigen verteilt. Verwendete jemand falsche Maße oder Gewichte, musste er das gleiche Strafgeld zahlen; die Maße oder Gewichte wurden zerstört.

[463] zur Datierung und zur Herkunft der Sammlung s. Viollet T. I S. 4ff, 24.

[464] So finden sich dort entsprechende Regeln wieder, Art. CXL und CXLI; s. Viollet T. I, S. 8ff: Die Etablissements seien eine Mischung von kanonischem, römischem und französischem Recht (*coutume* und *ordonnances*).

[465] Etablissements de Saint Louis, Liv. I Art. CLI, CLII: bei falschen Maßen und schlechten Stoffen eine Geldbuße, bei schlechten selbst gefertigten Stoffen eine Körperstrafe, in Viollet T. II S. 286f; wiederaufgenommen in der Kurzform der Etablissement (*Abrégé Champenois*) Art. XLII in Viollet T. III S. 154: Strafe für falsche Maße.

[466] abgedruckt in Viollet T. III S. 93: Geldstrafe für falsches Maß und Laken, Körperstrafe bei Betrug, wenn der Verkäufer die Laken selbst hergestellt hat.

[467] Art. VIII, abgedruckt in Viollet T. III S. 118.

vereidigte Vertreter bei schlechter Ware verhängen durften.[468] Die *ancienne Coutume de Tourraine* von 1507 Chap. V Art. VII greift die Bußgeldregelung für falsche Maße bei Stoffen auf;[469] Art. VIII und X verbieten, den Stoff durch bestimmte Winden in die Länge zu ziehen, was die *Coutume de Tourraine* von 1559 beibehält[470] und sich ebenso in der *Coutume de Poictou* von 1559 fast wortgleich wiederfindet,[471] im Gegensatz zu den *Coutumes de Maine* und *d'Anjou* von 1508. In den Verordnungen für die Bretagne finden sich ähnliche Regeln zu den einzuhaltenden Maßen, die nur nicht in der *coutume* wieder aufgegriffen wurden.[472]

Da sie den strafenden Aspekt betrachten, enthalten sie keine Bestimmungen zu Fristen hinsichtlich einer Gewährleistung. Sie verdeutlichen allerdings, dass es feste Qualitätsnormen gab, die durch die Händler selbst und den *prévôt* überwacht wurden.

2.3.3 Die Pathologie des Schweigens

Die Lücken in den *coutumes* sind zweierlei Natur: Zum einen enthalten nicht viele *coutumes* Regeln zur Sachmängelgewährleistung, zum anderen sind die Regeln, die sich dort finden lassen, in ihrem Regelungsbereich im Wesentlichen auf den Pferdekauf beschränkt. Warum?

Ruft man sich den Prozess der Niederschrift einer *coutume* vor Augen, gibt es drei Zeitpunkte in der Entstehung einer *coutume* zu untersuchen, um festzustellen, warum sich in der Endfassung keine Regel zur Sachmängelgewährleistung findet: Es ist möglich, dass es erstens in der Region keine Sonderregel zur Gewährleistung gab, dass zweitens die Vorentwürfe zu den *coutumes*, die durch regionale Praktiker verfasst wurden, keine dieser Regeln enthielten oder dass drittens die zur Niederschrift bestallten königlichen Kommissare kein Interesse an der Aufnahme einer Sonderregel in die jeweilige *coutume* hatten.

Obwohl man Zweifel haben kann, wann ein Brauch, insbesondere beim Tierkauf, genau entstanden sei,[473] so kann an der Existenz von Sonderrechten zur Zeit der Reformation der

---

[468] Loisel Memoires S. 167f: „*…faire brusler les draps ou les couper, selon la malfaçon… en avertissant les officiers de l'Evesque d'y faire mettre le feu, sinon les faire donner a l'Hostel-Dieu, ou vendre en detail sur le champs en plein marché.*", er führt ebenfalls ein Urteil von 1308 an.

[469] Mit Ausnahme bestimmter Stoffe aus England.

[470] Art. LXV: zu messen nach Elle, Art. LXVI: Verbot des Streckens, Art. LXVII: Wollstoffe nach Elle und naß zu verkaufen, Art. LXVIII: Pressen wie in Paris aus Holz und Papier, nicht aus Eisen.

[471] Tit. I Art. VIII: Elle, Art. IX: kein Strecken, Art. X: Wollstoffe, Art. XI: Pariser Pressen.

[472] d'Argentré Sp. 1868 (Abdruck der Verordnungen).

[473] zu den Zeugnissen in der Literatur s.u. insbesondere das Kapitel zum 14. und 15. Jahrhundert.

coutumes ungefähr Mitte des 16. Jahrhunderts nicht gezweifelt werden. Dennoch wurden die *coutumes* nur selten ergänzt, wie in Auxerre, in der Bretagne und im Bourbonnois.
Auch die *cahiers* der Praktiker einer Region, die den Entwurf einer *coutume* im Namen der drei Stände verfassten, sind insgesamt zu den Regeln der Sachmängelgewährleistung lakonisch, mit Ausnahme einiger Bestimmungen zum Pferdekauf. Die Gründe für das Auslassen eines ganzen Rechtsgebiets sind allgemein schon angesprochen worden:[474] In den *coutumes* nehmen Regeln mit größerem finanziellem Impakt mehr Platz ein. Zudem ist es möglich, dass diese sehr speziellen Gewährleistungsregeln aus Zeitmangel ausgelassen wurden. Man muss bedenken, dass viele Waren des alltäglichen Lebens durch die Statuten der diversen Berufsstände reglementiert waren; soweit erübrigten sich Sonderregeln. Der Viehkauf, gerade der Pferdehandel, wurde nicht durch solche Statuten betroffen.
Es muss ein großes Vertrauen darauf geherrscht haben, dass entweder die *usages* oder das Römische Recht die Lücken recht und billig füllen würden; anscheinend war dieses Vertrauen berechtigt, denn sonst wären mehr *coutumes* bei ihrer Reformation diesbezüglich ergänzt worden.

Trotz des Einflusses, den die Kommissare auf die *coutumes* haben konnten,[475] ist zu bezweifeln, dass sie aktiv versucht haben, Regeln zur Gewährleistung zu fördern: Bei der *Coutume d'Auxerre* von 1561 wurde unter der Leitung von Christofle de Thou, Jacques Viole und Barthelemy Faye der Artikel „*Un vendeur de chevaux n'est tenu des vices d'iceux, excepté de morve, poulse ou courbature, sinon qu'il les ait vendus sains & nets: Auquel cas il est tenu de tous vices apparens & non apparens*"(Art. CLI) neu hinzugefügt. Das Protokoll bemerkt dazu lakonisch: „*ont* [neben zwei anderen Artikeln] *par l'advis desdits Estats esté adjoustez pour avoir lieu à l'avenir*".[476] Die gleiche Formulierung auf das Wort genau findet sich in der *Coutume de Sens* von 1555, Art. CLX, die auch u.a. unter de Thou und Faye reformiert wurde. So gesehen könnte man denken, dass die Kommissare die Klausel aus der *Coutume de Sens* sechs Jahre später in Auxerre kopierten. Angenommen, die Kommissare wollten, eventuell wie in Auxerre, die *coutume* um eine Regel ergänzen, warum dann nicht auch in anderen *coutumes*? Vermutlich haben die zur Überarbeitung der *coutume* berufenen Praktiker und Vertreter der Stände sich an der *Coutume de Sens* inspiriert,[477] nicht aber die

[474] s.o. Kapitel: Die Glaubwürdigkeit der *coutumes* als Quelle des Gewohnheitsrechts: Erste Hürde…, Dritte Hürde.
[475] s.o. Kapitel: Die Glaubwürdigkeit der *coutumes* als Quelle des Gewohnheitsrechts: Vierte Hürde…
[476] Bourdot de Richebourg T. III S. 627.
[477] Kotovtchikhine in Mémoires … romands 1999 S. 30.

Komissare. Ein Beispiel aus der Provinz ist die *Coutume de Tourraine* von 1559. Dort waren de Thou, Viole und Faye federführend, aber zu einer Regel zum Viehkauf kam es nicht, ebenso wenig wie in Estampes 1556. Thibault Baillet, zweiter Parlamentspräsident[478], schrieb 1500 zusammen mit B. de Besançon (nicht Guillaume de Besançon) für die *Duché de Bourbonnois* die *coutumes* auf und erwähnte keinen Pferdekauf, während sich die Regel zum Pferdekauf in Sens in der *Coutume* von 1506, auch unter ihm verfasst, wiederfindet. Bei der Ständeversammlung in Paris 1510 führte, wie in Sens 1506, Thibault Baillet die Feder neben Roger Barme, ebenso wie in Troyes 1509. Die *coutumes* von Paris 1510 und Troyes 1509 sprechen den Pferdekauf nicht an. Erst wieder in der *Coutume de Bourbonnois* von 1521, aufgezeichnet 1520 unter Roger Barme, Gerichtspräsident, und Nicole Brachet, Art. LXXXVII, wird die Spezialregel zum Pferdekauf niedergeschrieben: „*Un vendeur de chevaux n'est tenu des vices, excepté de morves, espousses, corbes & courbaturs, sinon qu'il les ait vendus sains & nets: auquel cas il est tenu de tous vices latens, & apparens huit jours apres la tradition."* Bis auf den Zusatz '*corbes'* und '*huit jours...'* ähnelt sie stark den anderen *coutumes.* Besonders in der Formulierung '*latens & apparens*' gleicht sie der *Coutume de Sens* von 1506, die damit am Anfang einer Kette zu stehen scheint. Aus der *Coutume de Sens* 1506 wurde der Passus zum Pferdekauf in die *Coutume de Sens* von 1555 übernommen, allerdings in leicht anderer Formulierung am Ende. Anstelle von „*car en ce cas il est tenu de tous vices latens & apparens*" (Art. CCLVI) wurde „*auquel cas il est tenu de tous vices apparens & non apparens*" gesetzt.[479] Aus der Region um Sens ist diese Regel 1560/61nach Auxerre weitergetragen worden. 1580 reformierte de Thou und Viole neben anderen die *Coutume de Paris.* Aber gerade in der Hauptstadt, in derem Bezirk andauernd mit Vieh gehandelt wurde, fehlt ein solcher Artikel. Aus den Protokollen zur Redaktion der *Coutume* in der Bretagne 1539 und 1580 geht nicht hervor, dass die Artikel, die die Wandlung erwähnten, überhaupt diskutiert wurden. Unter dem Gerichtspräsidenten der Bretagne René de Bourg-Neuf und anderen Ratgebern des Königs wurde 1576 die Neufassung der *coutume* zusammen mit dem *Procureur général* Budes und dem Seneschall von Rennes d'Argentré, der einen Kommentar zur alten *coutume* verfasst hatte, im kleinen Kreis bearbeitet. Bei dieser

[478] s. Aubert T. I S. 387: Übersicht über die Parlamentspräsidenten bis Ende des 15. Jahrhunderts: Baillet ab 1487 2. Parlamentspräsident.

[479] Dies sind die *coutumes* der Regionen und Orte, die zur Zeit der Niederschrift der französischen Krone angehörten. Denn ein direkter Einfluss durch königliche Kommissare auf die *coutumes* aus Bar, Gorze, Bassigny, die sich auf dem Territoire des Duc de Lorraine befanden, ist auszuschließen.

Bearbeitung ist der Zusatz, dass Pferde binnen 15 Tagen gewandelt werden können, eingefügt worden, was bei der späteren Vorlesung in der Versammmlung so hingenommen wurde.[480]
Dies macht es unwahrscheinlich, dass die königlichen Kommissare den Regeln zur Sachmängelgewährleistung besondere Aufmerksamkeit gewidmet haben.
Insofern bietet es sich an, einen Blick auf die *usages* zu werfen.

2.3.4 Die *usages* und die Literatur

Die Darstellungen in der Literatur zu den *usages* in der Gewährleistung ergänzen das Bild, das sich aus den *coutumes* ergibt; sie können es aber nicht vervollständigen. Denn es sind punktuelle Regeln zu einem bestimmten Wandlungsfall, bei dem eine bestimmte Klagefrist gilt. Wie die schriftlichen Regeln in den *coutumes* zum Pferdekauf zeichnen sich *usages* dadurch aus, dass sie genau eine Tierart hinsichtlich genau einer Krankheit binnen einer bestimmten kurzen Frist als wandlungsberechtigt benennen. Faktisch ist nichts anderes möglich: *Usages* können kein Rechtsprinzip schaffen, sondern nur eine sehr spezielle Praxis überliefern. Diese *usages* lassen sich nicht genau hinsichtlich ihres Anwendungsbeginns datieren. Überliefert sind sie verstärkt durch Autoren des 17. und 18. Jahrhunderts, während die Entstehung der schriftlichen *coutumes* im Schnitt 100 bis 150 Jahre davor liegt. Zum Beispiel finden sich *usages* zum Schaf als Kaufgegenstand erst im 17. Jahrhundert durch Basnage, Patou und Poullain du Parc erwähnt,[481] obwohl Ende des 15. Jahrhunderts der Höhepunkt der Schafzucht war, danach verminderte sich die Anzahl der Herden durch das aufkommende Einzäunen von Grundstücken zum Anbau von Produkten, die einen höheren Preis erzielten, wie Weizen.[482]

Ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts nahmen Veröffentlichungen mit veterinärem Inhalt zu; ab 1790 werden diese Werke ausführlicher hinsichtlich der diversen regionalen Fristen beim Tierkauf. Ein regelrechter Boom in der Literatur um das Viehrecht erfolgte nach 1804: Veterinäre versuchten, sich das neue Sachmängelgewährleistungsrecht im Code civil anzueignen. Sie sammelten die diversen Krankheiten, die zur Wandlung berechtigten, und die Fristen. Im Unterschied zu der Literatur vor 1800 wurden die Krankheitsbeschreibungen

[480] Bourdot de Richebourg T. IV S. 439.
[481] Basnage T. I S. 97 zu Art. XL (Normandie); Poullain du Parc T. VI S. 391 (Bretagne); Patou T. II S. 463, XXXII (Lille).
[482] Le Roy Ladurie/Morineau I, 2 S. 593.

entsprechend dem Fortschritt der veterinären Kenntnisse präziser und differenzierter; demzufolge auch die Liste der wandlungsberechtigenden Krankheiten länger. Nach 1804 wurden die ersten Übersichten zu den tierrechtlich relevanten *usages* (die *coutumes* waren offiziell abgeschafft) herausgegeben, auf die Art. 1648 C.civ. (1804) Bezug nimmt. Zuerst brachte J.B. Gohier, Professor an der *Ecole vétérinaire de Lyon*, eine Synopse der Fristen und Krankheiten heraus[483], gefolgt von P.C. Lavenas 1837 und 1838, dessen zweite Auflage durch die Gesetzesänderung zum Viehrecht 1838 notwendig geworden war, gefolgt von Galisset und Mignon 1842, 1852 und 1864, die auf Lavenas und Gohier zurückgriffen. Es ist hier nicht Aufgabe, bis ins letzte Detail diese Sammlungen auf die Richtigkeit ihrer Angaben zu untersuchen, zumal sie nach 1804 entstanden. Theoretisch war es ihr Ziel, das Gewohnheitsrecht *vor* 1804 wiederzugeben; praktisch ist dies kritisch zu betrachten, da z. B. Galisset und Mignon oft vage auf *usages* verweisen, ohne Verweis auf eine Quelle; sollten sie sich auf Hörensagen beziehen, ist zu bezweifeln, ob der *usage,* den sie anführen, älter ist als ein Lebensalter. Ihre Angaben sollen dennoch summarisch hinzugezogen werden, um eine bessere Idee von Inhalt und Reichweite der *usages* zu erhalten.

Die Beispiele der *usages*, die sich auf diese Weise zusammenstellen lassen, tragen hinsichtlich der Themenstellung dieser Arbeit insoweit bei, als sie einzelne Klagefristen angeben. Aber das wird nicht der einzige Aspekt sein, unter dem sie hier betrachtet werden sollen. Wenn man die gleiche Frage wie bei den *coutumes* zugrunde legt, wieso es im französischen Recht in Art. 1648 (1804) zur Formulierung des *bref délai* kommen konnte, muss man neben der Darstellung, was diese *usages* regeln, auch feststellen, was sie alles nicht regeln, oder präsizer gesagt: Man muss konstatieren, inwieweit die Literatur sie nicht aufführte, aus welchen Gründen auch immer. Autoren sprachen i.d.R. nur von der Praxis punktuell zu ihrer Zeit. Aber selbst wenn sie sich bemühten, einen Überblick über die *usages* nur einer Region zu geben, mischen sich oftmals diese *usages* mit Betrachtungen zu *usages* anderer Regionen. Wer sich also im 17. oder 18. Jahrhundert ein Bild vom Recht in *einer* Region anhand der Literatur machen wollte, stieß auf Schwierigkeiten, ebenso wer versuchte, sich einen Überblick über alle Regionen Frankreichs zu schaffen auf der Suche nach einem einheitlichen Recht.

Huzard merkt 1833 an, zu anderen Tieren als Schwein, Schaf, Rind und Pferd seien keine *anciens usages* bekannt, „*probablement parce que les autres animaux, ou sont en général*

[483] Sein *Tableau synoptique des coutumes suivies dans la plupart des ci-devant provinces de France*, erschienen in Lyon, ist nicht datiert; seine anderen Veröffentlichungen datieren von 1804 und 1814; Huzard S. 25 von 1833 erwähnt ihn schon.

d'une valeur très faible, ou sont seulement des objets de fantaisie et non d'utilité".[484] Damit kommt er der Argumentation von Lherbette zuvor, der am 24. April 1838 das erste Gesetz zur Gewährleistung bei Tieren der Abgeordnetenkammer vorstellte. Dieses Gesetz erfasste nur Pferde, Rinder, Schweine, Schafe. „*Les autres animaux domestiques ne sont que d'un rare usage en France, ou n'y ont qu'une faible valeur, et ne donnent pas lieu à un commerce étendu et habituel.*"[485] Lherbette konnte nicht für die Verhältnisse weit vor seiner Zeit sprechen. Vielleicht hat er das Fehlen von *usages* nur interpretiert. Wenn es aber zu seiner Zeit keine *usages* zum Kauf anderer Tierarten gab, dann ist es wahrscheinlich, dass sie vor 1804 auch nicht existierten, da das Tierkaufrecht mit Fortschreiten veterinärer Erkenntnisse eher komplexer als einfacher wurde. Insofern verwundert es nicht, dass sich die Literatur nur auf *usages* beim Kauf von Pferden, Rindern und Kühen bezieht, wenn auch sehr ungleich verteilt: Am einfachsten war es für Juristen, sich über den Pferdekauf zu informieren; weit weniger findet der Rinderkauf Erwähnung, sehr selten der Kauf von Schafen. Am einfachsten war es, sich einen Überblick über die *usages* in Paris zu verschaffen, wenn man sich auf den Pferde- und den Rinderkauf beschränkte.

Insofern soll zunächst ein Blick auf den Viehkauf in Paris geworfen werden, deren *coutume* sich zur Gewährleistung wegen Sachmängel ausschweigt, deren *usages* sich aber in der Literatur behandelt finden. Dann soll summarisch ein Eindruck von den anderen *usages* im Land gegeben werden. Zu guter Letzt sollen kurz die *usages* behandelt werden, die sich zur Gewährleistung von Sachen äußern.

2.3.4.1 Der Viehkauf in Paris

Da die Pariser Rechtsprechung und *Coutume* von den zeitgenössischen Autoren als wegweisend angesehen wurde, sollen die Verhältnisse in der Hauptstadt gesondert betrachtet werden. Die *Coutumes* von 1510 und die reformierte von 1580, so beispielshaft sie auch auf anderen Sachgebieten gewesen sein mögen, erwähnen keine Regel zur Sachmängelgewährleistung. Kommentatoren, die dennoch einen *usage* aus der Hauptstadt überliefert haben, führen diesen i.d.R. unter den Artikeln 126 und 127 der neuen *Coutume* an, die u.a. kurze Verjährungen von Groß- und Kleinhändlern gegenüber ihren Käufern regeln. Dort machen sie hauptsächlich den Pferdekauf zum Zentrum ihrer kurzen Betrachtungen und

[484] Huzard S. 276.
[485] Rede abgedruckt in Dalloz Rép T. 44, 1 'vices rédhibitoires' in der Anmerkung.

nur die Wandlung, nicht aber die Minderung. Inhaltlich überrascht der *usage* und die dazu gehörige Rechtsprechung zum Pferdekauf in Paris nicht im Vergleich zu den Provinzen: Wegen *morve, pousse, courbature* musste der Händler zumindest neun Tage lang einstehen. Cujaz sprach sich dafür aus, diese Liste von Krankheiten zu ergänzen: „*Sic vero Lutetiae ubi venditorem equi actione redhibitoria teneri vulgo existimatur ex tribus duntaxat causis, si luxatus sit, si profluvio Attico, si suspirio laboret: dicebam & alias addi posse, si podagricus sit, si frequenter corruat & intermoriatur, forte & si per intervalla similiter in rabiem agatur*."[486] Lib. 27 Cap. XV der *Observationes*, aus der diese Stelle stammt, ist betitelt: „*in accusatione adulterii receptae praescriptiones*". Cujaz führt die Rechtsprechung zum Pferdekauf an, um ein Beipiel für eine *legitima exceptio* zu geben, die einem Kläger entgegengehalten werden konnte. Er unterscheidet dabei zwischen dem *usage* in Paris und seiner eigenen Meinung, so dass klar ist, dass zu seiner Zeit nur (*duntaxat*) die drei bekannten Fälle (*morve, pousse, courbature*) bei Pferden zur Wandlung berechtigten.

Er erwähnt an dieser Stelle, dass in Paris allgemein anerkannt sei, dass der Pferdehändler hafte, wenn das Pferd unter Ausfluss oder an der Lunge leide oder *luxatus* sei. Während *profluvium* als 'Ausfluss' mit Rotz bzw. *morve* und *suspirium* mit 'Asthma' bzw. *pousse* korrespondiert, erfasst *luxatus* nicht alle Bedeutungen von *courbature*. *Courbatu* meinte im Sprachgebrauch des 16. Jahrhunderts zwar auch 'steif, matt', im wahrsten Sinn 'zerschlagen' bei Pferden, die überbeansprucht wurden,[487] woraus in der modernen Veterinärsprache u.a. ein altes Leiden der Lunge geworden ist. Sein Sinn reduziert sich aber nicht nur auf ein Hinken, Lahmsein, wie *luxatus*, von *luxare*, was bedeutet, ein Gelenk oder Körperglied sitze nicht am rechten Platz. *Courbe* wie bei Loisel[488] und in der *Coutume de Bourbonnois*, Art. 87, im Sinne von 'krumm', 'lahm' könnte eher *luxatus* entsprechen, wenn man *courbe* nicht als redundant zu *courbature* ansieht.[489] Am Rande sei bemerkt, dass dieser Wortgebrauch weder den D. 21, 1 noch 19, 1 gemein ist. Da aber davon auszugehen ist, dass Cujaz, auf den diese Wortwahl zurückgeht, vermutlich nach einem französischen Vorbild aus einer *coutume* oder, wie er schreibt, aus den *usages* in Paris das Dreigespann *morve, pousse, courbature* ins Lateinische übersetzen wollte, glaubte er, wie dann auch Mornac, vermutlich mit *luxatus* die *courbature* erfassen, so wie sie zu seiner Zeit verstanden wurde. Mornac präzisiert *luxatus* in

[486] Cujaz T. III Obs. Lib. 27 Cap. 15; Cujaz' *Librum XXVII observationum et emendationum* erschien zum ersten Mal in Paris posthum 1595 und war damit für das belesene Publikum außerhalb seiner Vorlesungen zugänglich; vgl. Mornac T. I Sp. 1194f, der Cujaz zitiert.
[487] Huguet Dict. T. VI 'courbature'.
[488] Loisel 1710 T. II Tit. IV Art. XVII.
[489] Allerdings übersetzt Düez *courbe* mit Geschwür am Hinterlauf der Pferde, das zum Lahmen führt; '*courbatture'* hingegen mit: „*Steiffigkeit und mattigkeit eines pferds von großer arbeit/ Equi fractura vel destructio ex nimio labore, equi aggravatio ex nimia fatigatione*".

seinem Zitat von eben dieser Stelle[490] vielleicht wegen der Ungenauigkeit des Ausdrucks durch „*seu λειπόθυμος*"[491]**,** was wohl nicht 'ohne Bewusstsein', d.h. ohnmächtig, sondern ausnahmsweise 'ohne Atem' meinen soll.

Desweiteren nennt Cujaz noch drei andere Krankheiten, die er für wandlungsberechtigend hält, wobei man sich fragen muss, welche Krankheiten er genau gemeint haben mag.[492] Ohne Zweifel ist dies eine rationelle Überarbeitung der in Paris bekannten *usages* und nur seine Ansicht, *dicebam*, dass auch diese anderen Krankheiten ebenso wie *morve, pousse, courbature* behandelt werden sollten, *addi posse*. So ähnlich handhabt es Mornac: „*Apud nos in venditione equi novem tantum dies dantur, ut redhibeatur, quibus exactis, usu quotidiano docemur admittendum amplius non esse qui vel mucosum, vel suspiriosum, alioque quovis morbo inutilem equum a se emptum dixerit. Vult quidem eo casu lex* … [Pomp. D. 21, 1, 48, 2] *emptorem agere posse aestimatoria intra annum: sed frustra hodie ea de causa emptor adversus venditorem ageret. Novendio enim periculum omne venditoris praefinitum esse, quoad equos, a mangonibus ipsis didici, qui fere quotidianas de eiusmodi commerciis lites & vident, & dirimunt.*"[493]

Neu in der juristischen Literatur ist sein Hinweis, Minderung könne beim Pferdekauf nicht verlangt werden. Das könnte erklären, warum andere Juristen die Minderung nie für erwähnenswert gehalten haben.

Für ihn sind *morve* und *pousse*, denn die sind mit *equus mucosus, suspiriosus* gemeint, nur Beispiele von Krankheiten, die das Pferd für den Gebrauch ungeeignet machen, daneben gebe es andere Krankheiten, die er nicht benennt, sondern es bei dem allgemeinen Prinzip lässt, *equus alio quovis morbo inutilis*, also ein Pferd, das durch irgendeine beliebige Krankheit unbrauchbar wird. Unter Ulp. D. 21, 1, 1, 6 verweist er auf Cujaz' *Observationes* Lib. 27 Cap. 15 und zitiert, welche anderen Krankheiten Cujaz für wandlungsberechtigend hält. Das letzte Wort überlässt er allerdings den Tierärzten und den *juges consuls*, „*quae omnia iterum a*

---

[490] Mornac T. I Sp. 1194f.

[491] klassisch wäre wohl λειποθυμικός besser.

[492] *podagricus*: gichtig; *frequenter corruere & intermori:* beides Bezeichnungen für kollabieren; *in rabiem agere*: Wutausbrüche haben.

[493] Mornac T. I Sp. 1214f: 'Bei uns werden beim Pferdekauf nur neun Tage gegeben, damit gewandelt wird; wenn diese abgelaufen sind, werden wir durch den täglichen Gebrauch gelehrt, dass der zur Klage nicht mehr zuzulassen ist, der behauptet, das von ihm gekaufte Pferd leide entweder unter Rotz oder Atemnot oder sei durch eine andere Krankheit nicht zum Gebrauch geeignet. Das Gesetz will freilich in diesem Fall [D. 21, 1, 48, 2], dass der Käufer auf Minderung innerhalb eines Jahres klagen könne: aber heute würde der Käufer wegen dieses Grundes vergebens gegen den Verkäufer klagen. Ich habe von den Händlern selbst gelernt, die fast tägliche Streitigkeiten über solch beschaffene Handel[sabschlüsse] sehen und entscheiden, dass nämlich die ganze Gefahr des Verkäufers durch neun Tage begrenzt sei.'

peritis dijudicanda sunt",[494] die im Einzelfall entscheiden müssen. Er scheint nicht der einzige zu seiner Zeit Ende des 16., Anfang des 17. Jahrhunderts gewesen zu sein, der die Liste der zur Wandlung berechtigenden Krankheiten ergänzen wollte, denn er diskutiert ein anderes Krankheitsbild an, das später im Französischen mit *tour de lune*[495] übersetzt wird:

„Novum vero etiam redhibitionis equestris genus quibusdam visum est, cum accidit, ut, ubi decrescit, novissimaque est luna, caliget sensim in equo, & hebescat oculorum acies, tandemque cum luna intercidat. Latens enim, non minus quam tria quae supra referro, iustiusmodi vitium, de quo proinde monendum emptorem putant…Aliud tamen admitti, ex variis, quorum quotidiana in id opera, mangonibus, ac mulomedicis comperimus. Quoniam momento, unaque quasi nocte caligo illa oculorum, atque caecitas, prius ignota, possit contingere. Maxime vero vaenalitiarius, aut alius quilibet venditor de latenti hoc vitio conveniendus non est, si, ut frequentissime, equus, quem forsan hodie emerit, sequenti die, aut paulo post emptorem invenerit. Refero quod a peritis in eo commercio didici, eos enim in hoc ipsum adire necessarium visum est."[496] Es werde eine neue Art der Wandlung bei Pferden in Erwägung gezogen, wenn es vorkomme, dass, wenn der Mond abnehme und Neumond sei, das Augenlicht nach und nach trüb und schwächer werde und schließlich zusammen mit dem Mond erlösche. Der Mangel sei nämlich richtigerweise verborgen, nicht weniger als die drei Mängel, *morve, pousse, courbature*, auf die Mornac sich zuvor bezogen hatte. Deswegen würden diese gewissen Leute glauben, der Käufer müsste über diesen Mangel informiert werden. Mornac teilt diese Ansicht nicht, da er von den Pferdehändlern und Tierärzten, deren tägliches Brot dies sei, etwas anderes erfahren habe. Denn jenes Trübwerden der Augen und die Blindheit, obwohl sie vorher nicht bekannt war, könne in einem Moment, gleichsam in einer Nacht auftreten. Vollkommen richtigerweise sei der Händler oder jeder andere Verkäufer wegen dieses versteckten Mangels nicht gerichtlich zu belangen, falls, wie oftmals der Fall, das Pferd, das er vielleicht heute gekauft habe, am folgenden Tag oder ein wenig später einen Käufer gefunden habe.[497] Er, Mornac, beziehe sich auf das, was er von erfahrenen Leuten gelernt habe, denn es sei ihm notwendig erschienen, sich in dieser Frage an diese zu wenden.

[494] Mornac T. I Sp. 1194f.
[495] Mondblindheit: eine periodische Augenentzündung, die mehrere Symptome und Ursachen haben kann, u.a. eine zeitweise Hornhauttrübung mit sich bringen und bei mehrfacher Erkrankung zur Erblindung führen kann.
[496] Mornac T. I Sp.1195.
[497] Merlin Rép. ‘redhibitioire’, S. 366; Guyot T. LII ’rédhibitoire’ S. 343.

Im Pariser Viehkauf, aber vermutlich nicht nur in Paris,[498] war wohl die Handelspraxis im Umbruch begriffen, und man stritt, wie diese Mondblindheit hinsichtlich der Gewährleistung durch den Verkäufer behandelt werden sollte. Beachtenswert ist die Argumentation: Der Verkäufer muss nicht haften, sofern auch ihn die Krankheit wie ein Schicksalsschlag trifft. Wenn aber Zweifel aufkommen, dass er von der Krankheit gewusst haben könnte, da das Pferd länger in seinem Besitz geblieben war, dann muss er haften. Der Rückschluss dazu lautet, dass man bei *morve*, *pousse* und ähnlichen schweren Krankheiten, die das Pferd unbrauchbar machten, neun Tage Gewährleistungsfrist gab, da der Verkäufer davon gewusst haben musste.

Die Rechtsprechung gab 1703 in Paris einem Musketier recht, der sein Pferd wegen eines Hinkens wandeln durfte, da ein Pferd für den königlichen Dienst perfekt und nicht nur gesund sein müsse.[499]

Die Möglichkeit, dass dieser Mängelkatalog für Pferde nicht abgeschlossen sei, erwähnt Lange, ohne sich weiter dazu zu äußern.[500] Dabei ist die Ausgabe von 1755 bezüglich der Ausführungen zu den zur Wandlung berechtigenden Pferdekrankheiten ausführlicher als noch die Ausgabe von 1719.[501] 1769 wurde das Hinken aufgrund eines alten Leidens als Wandlunsggrund abgelehnt, am Châtelet aber später anerkannt.[502] Ende des 18. Jahrhunderts ging der *usage* der *juges consuls* in Paris dahin, den *tic*[503], der sich durch Zahnabreibungen offenkundig macht, nicht als *vice caché* anzusehen, weniger offensichtliche Arten allerdings schon.[504] Als die Pariser Pferdehändler gezwungen wurden, Pferde wegen *cornage* und *sifflage* zurückzunehmen, gingen sie ihrerseits gegen die Händler aus der Normandie vor. Der Streit kam vor das Parlament. 19 Händler unterstützten die Pariser Seite gegen mehr als 100 Händler der Normandie und mehr als 60 Seigneurs aus dieser Region. Letzteren wurde aber aufgrund von verschiedenen Expertisen, die *sifflage* und *cornage* als Abwandlung der *courbature* ansahen, abschlägig beschieden.[505]

---

[498] Denn Mornac bezieht sich direkt vor diesem angeführten Zitat auf die *Coutume de Bourbonnois*, Art. 87, so dass man sich zu Recht fragen kann, ob Mornac nicht dieses Problem um die Mondblindheit nicht aus anderen Regionen importiert und dann sich für den Pariser Markt vergewissert habe, was da der Stand sei.
[499] Bourjon (1770) T. I S. 463 (Ergänzung durch Brillon).
[500] Lange 1755 T. I S. 453.
[501] Zusätzlich finden sich Angaben zu den *coutumes*, die *morve, pousse, courbature* erwähnen, und ein Hinweis auf Basnage.
[502] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 79f.
[503] Chronisches Verschlucken von Luft, das zu Muskelkontraktionen führt, ggf. mit einem Knirschen der Zähne.
[504] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 78f; Huzard Rapport S. 4 von 1834 hält diesen *usage* für etwas älter als dreißig Jahre.
[505] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 73.

Durch ein *arrêt de règlement*[506] vom 25.Januar 1781 wurde für Paris die Liste der zur Gewährleistung berechtigenden Krankheiten bei einem Pferd um zwei Fälle erweitert: *„…ordonne que le sifflage et le cornage*[507] *seront désormais au nombre des cas rédhibitoires; ordonne que le présent arrêt sera imprimé et affiché partout où besoin sera, et notamment au marché aux chevaux de cette ville de Paris...*".[508] Dieses Urteil blieb nicht unumstritten vonseiten der Pferdehändler aus der Normandie, die den Prozess verloren hatten und geltend machten, dass man in Rouen diese Krankheiten nicht zu den wandlungsberechtigenden zähle.[509] '*Immobilité*' soll zumindest im späten 18. oder am Anfang des 19. Jahrhundert in Paris auch ein Wandlungsgrund für Pferde gewesen sein.[510] Daneben haftete der Verkäufer natürlich für alle Zusagen von einer Eigenschaft.[511]

Mornac bestätigt für Paris die Frist von neun Tagen. Als Quelle gibt er den *usus gallicus*[512] an, den er auch *usus quotidianus* nennt. Obwohl er die *coutumes* anderer Regionen zum Pferdekauf kennt,[513] stellt er es so hin, als sei die Neun-Tages-Frist in Paris eine allgemeingültige Regel, der *usus Gallicus*, der „*apud nos*" *und* „*hodie*" gelte. [514] Allerdings verweist er an anderer Stelle darauf, dass die *coutume* des Ortes dort anfallende Probleme regelt.[515] Furetière stellt in seinem *Dictionnaire Universel* von 1690 diese Neun-Tages-Frist als allgemein geltendes Recht beim Pferdekauf dar, ohne Paris als Beispiel zu nennen.[516] Diese Fristlänge hielt sich bis zum Code civil.[517] Vermutlich lief die Frist ab Kauf.[518] Dem widerspricht Babier, der in Argous *Institution au droit françois* eingefügt hatte, dass die Wandlung innerhalb von neun Tagen ab Übergabe geschehen müsse.[519] Née de la Rochelle

[506] Das Parlament konnte, um Gesetzeslücken zu schließen, anlässlich eines Einzelfalls vor Gericht eine allgemeingültige Regelung erlassen.
[507] Beides bezeichnet ein hörbares Lungengeräusch beim Atmen, s. Huzard S. 170ff; *cornage, sifflage, halley* meine dieselbe Krankheit, Chabert/Flandrin/Huzard (1809) T. I S. 97.
[508] abgedruckt in: Isambert T.IV Louis XVI, S. 419; vgl. Guyot T. LVIII 'siflage' (ein f) S. 437.
[509] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 73ff.
[510] Huzard S. 33.
[511] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 84.
[512] Mornac T. I Sp. 1193 a.E.
[513] Mornac T. I Sp. 1195.
[514] Mornac T. I Sp. 1214f.
[515] Mornac T. I Sp. 1218.
[516] Furetière Dict. Univ. T. III 'redhibitoire', 'pousse', 'vice': Es wird nicht klar auf den Fristanfang ab Kauf abgestellt; es wird nur der Kauf erwähnt, nie aber die Übergabe.
[517] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 86.
[518] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. 657 Rdnr. 18: spricht von „*un Marchand qui a vendu un cheval*", also ist der Anknüpfungspunkt der Frist vermutlich nach seinem Verständnis der Kauf; Brodeau T. II S. 305 ausdrücklich: 9 Tage nach Kauf: Mornac T. I Sp. 1213 zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 sagt nicht ausdrücklich, ab wann, aber da er dies zu D. 21, 1, 19, 6 kommentiert, ist zu vermuten, dass er wie Ulpian ab Kauf bzw. ab Zusage meinte. Da die Zusage in der französischen Literatur keine Rolle spielte, wird also ab Kauf gemeint sein.
[519] Argou T. II S. 189.

gibt Mitte des 18. Jahrhunderts wieder, in Paris am Châtelet würden acht Tage ab Kauf für Pferde gelten,[520] was wohl eher eine Ungenauigkeit als eine andere Zählweise der Tage ist, vielleicht in Verwechslung mit anderen *coutumes.*[521] Lange, ehemaliger Anwalt am Pariser Parlament, spricht innerhalb derselben Ausgabe seines Werkes einmal von acht Tagen nach dem Kauftag und der Lieferung[522], ein andermal von neun Tagen.[523] Wurde der Tag *a quo* oder *ad quem* eingerechnet? Toullier führt allgemein als Argument an, dass in den *coutumes* oft von einer Frist auf Jahr und Tag geredet würde, was darauf hindeute, dass erst am Folgetag des Tages mit dem gleichen Datum ein Jahr später gehandelt werden konnte. Zudem sei es eine alte Sitte, den ersten Tag *a quo* nicht einzurechnen.[524] Bourjon bestätigt in den Ausgaben von 1747 und 1770 die Rechtsprechung am Châtelet von einer Neun-Tages-Frist ab dem Tag des Verkaufs als Präklusivfrist, innerhalb derer die Vermutung gelte, das Pferd sei schon vor dem Verkauf krank gewesen.[525] Diese kurze Frist war also durch die Beweiserleichterung zugunsten des Käufers motiviert. Der nächste Schritt in der Rechtsprechung war, diese Vermutung bei einer vertraglichen Haftungserweiterung zeitlich auszudehnen: „*C'est sur le fondement d'une* garantie conventionnelle, *que par Arrêt rendu en la Cour, le 25 Janvier 1731, le vendeur d'un cheval boiteux depuis trois mois, mais qui ne boitoit pas quand il étoit échauffé*[526]*, a été condamné à le reprendre au retour du voyage de l'acheteur, auquel il avoit garanti tous les vices* latens & *autres; quoique la demande n'eût été formée qu'un mois après la vente.*"[527]

1770 ging die große Kammer des Pariser Parlaments hinsichtlich einer Frage zur Anwendung der *Coutume de Bourbonnois* in einem oben bereits erwähnten Urteil noch einen Schritt weiter, diesmal in einem Fall ohne vertragliche Haftungserweiterung: Wenn innerhalb der kurzen Frist die Krankheit ausreichend sicher festgestellt wurde, bedurfte es im Einzelfall dieser Frist zur Beweislastumkehr nicht mehr, und die Klage konnte noch nach Ende der Frist erhoben werden. Ein Händler hatte in einer Versteigerung ein Pferd gekauft, das sich nach fünf Tagen nach dem Kauf[528] als dämpfig erwies, was er von zwei Sachverständigen vor einem Notar feststellen ließ. Erst zwanzig Tage nach der Übergabe erhob er Klage, wobei er

[520] Née de la Rochelle S. 219.
[521] 1804 meint noch Gin T. IV S. 83, die *Coutume de Bourbonnois* sei wie das gemeine Recht in der alten Rechtsprechung gewesen. Sein Blick zentriert sich also auf eine *coutume*, in der eine Acht-Tages-Frist galt.
[522] Lange 1755 T. I S. 306.
[523] Lange 1755 T. I S. 453.
[524] Toullier T. VI S. 711f, 715.
[525] Bourjon 1747 T. I S. 404; 1770 T. I S. 463f.
[526] Denn sonst wäre der Mangel offensichtlich.
[527] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 81.
[528] Die *Coutume de Bourbonnois* stellt auf die Übergabe als Beginn ab, was aber in diesem Fall mit dem Kauf durch Ersteigerung zusammenzufallen schien.

gegen den Einwand der Präklusion vorbrachte, er sei nicht nur mit vielen Pferden unterwegs gewesen, sondern auch mehr als 50 *lieues*, an die 200 km, vom Verkaufsort entfernt, was es ihm faktisch unmöglich gemacht habe, innerhalb dieser kurzen Frist Klage zu erheben.[529] Damit war die Kürze der Frist relativiert und ihre Anwendung in die Hände der Richter gelegt. Wenn der Käufer aber nicht mehr in jedem Fall von der Vermutung des Vorliegens einer Krankheit zur Zeit des Kaufs profitieren konnte, war wieder die alte Beweislast hergestellt. Dies deckt sich mit einer Bemerkung zum Tierkauf von 1791, der Käufer müse beweisen, dass der Mangel schon zur Zeit des Verkaufs vorgelegen habe. Allerdings wurde in Erwägung gezogen, dass das Tier, dessen Krankheit sich binnen drei Tagen nach dem Kauf gezeigt habe, als krank zur Zeit des Kaufs angesehen werden könne. [530]

Dass *usages* zum Rinderkauf in der Literatur wiedergegeben werden, ist im Vergleich zu den Anmerkungen zum Pferdekauf eine spätere Entwicklung.
De Ferrière bezieht sich auf ein Pariser *arrêt de règlement* vom 07.09.1651, wonach Metzger nur acht Tage hatten, ihre Rechte gegen einen Viehverkäufer geltend zu machen.[531] De Ferrière spricht von „*demande & interpellation*", d.h. acht Tage, um Klage zu erheben. R beruft sich dabei u.a. auf Brodeau, der in seiner Ausgabe von 1669 eine Frist von acht Tagen gegenüber Viehhändlern auf öffentlichen Märkten erwähnt.[532] Ein *arrêt de reglement* vom 4. September 1673 bestimmte nach einem Urteil am Châtelet vom 16.Dezember 1672[533], dass bis zum Ablauf des neunten Tages nach Kauf von Schlachtrindern (*boeufs*) die Verkäufer haften müssten, was auf einen alten Brauch zurückgehen sollte. Ein *arrêt de règlement* vom 13.07.1699 für die Märkte in Poissy und Sceaux, 30 km und 10 km vor den Toren von Paris, bestimmte schließlich, dass die Marktbeschicker den Pariser Metzgern neun Tage nach Kauf für alle Arten von Krankheiten, „*toutes sortes de maladies*" haften sollten, auch für Tiere, die in der Herde gekauft worden waren. Ein Urteil der Cour de cassation vom 19.01.1841 legte dar, dass es zu der Zeit nicht selten war, dass die Metzger einige der eh schon strapazierten schlechteren Tiere eingehen liessen, um sich diese per Kopf wieder auszahlen zu lassen und um auf diese Weise nur die guten Tiere zu behalten. Bei einer Mischkalkulation der Preise pro

[529] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 88f: 7. Sept. 1770. Die Argumentation, durch die Entfernung vom Verkaufsort in seinen Rechten gehindert zu sein, wird später in der L. 28.05.1838 Art. 4 berücksichtigt,
[530] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 68.
[531] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. 657 Rdnr. 17.
[532] Brodeau 1669 T. II S. 199 Nr. 3; anders aber noch in der Ausgabe von 1658, Brodeau T. II S. 302f Nr. 3: Dort wird keine Frist erwähnt.
[533] Chabert/Flandrin/Huzard (1809) T. II S. 98.

Kopf machten sie so Profit.[534] Ein Beipiel aus der unterhaltenden Literatur zu der Situation in Paris um 1783 beleuchtet den Zustand der Tiere: „*Elles* [vaches] *arrivent aux barrieres, l'échine maigre & le pis desséché. ... Les vaches entrant à Paris tête baissée, rappellent les vaches maigres & dévorantes du songe de Pharaon; elles ont l'air affamé, & elles viennent pour être mangées…*"[535] Die Rinder für den Pariser Markt vor 1560 kamen vor allem aus der Normandie aus dem *Pays de Bray* im Nordwesten des Pariser Bassins zwischen Beauvais und Rouen und aus dem *Pays d'Auge* um Lisieux. Nach 1630 setzte vermehrt die Rinderzucht im Westen Frankreichs ein.[536] Bis Poissy mussten die Tiere aus diesen Regionen mehr als 80 km, wenn nicht sogar das Doppelte zurücklegen.

Eine königliche Verordnung vom 01.06.1732, Art. 27, für die Märkte Poissy und Sceaux und die Pariser Metzger, bestätigte die Fristen von neun Tagen ab Kauf.[537] „*…La loi Romaine mettoit au nombre de ces cas* [rédhibitoires], *à l'égard des bœufs, s'ils étoient sujets à* frapper de la corne*; nous n'avons point de règlement à ce sujet. Un Arrêt de règlement, du 14 Juin 1721, rendu sur les conclusions de M. le Procureur-Général, a ordonné que les* cas redhibitoires *des vaches* laitières & amouillantes, *seroient le* mal caduc & la pommellière."[538] Dies sei ein „*usage inviolable qui s'est pratiqué de tout temps*"; ein Leberschaden (*foie pourri)* war zwar auch als *usage* durch den *procureur* erkannt, aber nicht in den Wortlaut der Verordnung aufgenommen worden.[539] Dieses Urteil setzte die Klagefrist auf 40 Tage hoch, was durch ein Urteil vom 7. September 1765 wieder auf neun Tage korrigiert wurde,[540] wodurch das Recht für Kühe dem für Schlachtrinder angepasst wurde.[541]

Damit endet schon die Liste der in der Literatur aufgegriffenen *usages* hinsichtlich des Viehkaufs in Paris.

---

[534] C.cass. 19.01.1841 in Journal du Palais 1841 T. I S. 213f; Cour royale Paris 18.05.1839, ebd. 1839 T. I S. 590ff.
[535] Mercier T. VI S. 258ff.
[536] Le Roy Ladurie/Morineau I, 2 S. 593.
[537] C.cass. 19.01.1841 in Journal du Palais 1841 T. I S. 213f; Cour royale Paris 18.05.1839, ebd. 1839 T. I S. 590ff.
[538] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 80.
[539] abgedr. in d.l.Poix d. Freminville 'vaches' S. 733ff.
[540] Chabert/Flandrin/Huzard (1809) T. II S. 98f.
[541] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 87.

2.3.4.2 Der Viehkauf in den Provinzen

Das Bild der *usages*, das sich hier anhand der Auswertung der juristischen und veterinären Literatur ergibt, ist ergänzbar;[542] es reicht, um sich annähernd in die Lage eines Juristen des 17., aber vor allem des 18. Jahrhunderts zu versetzen, der auf der Suche nach einem einheitlichen Recht oder nach Zusammenhängen in den regional differierenden Klagefristen Quellen zusammentrug. Die juristische Literatur war weit davon entfernt, die Klagefristen für die Wandlungsklage systematisch in die Abhandlungen zu den diversen regionalen Sonderrechten aufzunehmen. In Werken, die versuchten, frankreichweit Klagefristen aufzuführen, finden sich in erster Linie Zitate aus den schriftlichen *coutumes*. Die durch du Rousseaud de la Combe herausgegebene Rechtsprechungssammlung kann noch als ausführlich gelten, da unter '*vice redhibitoire*' nicht nur auf eine Auswahl von *coutumes*, sondern auch auf Basnage, Brodeau, Loisel und Coquille verwiesen wird.[543] Es ist erklärlich, dass das Gefühl aufkommen musste, vor einer schwer greifbaren Materie zu stehen.

Kommentare zum Pferdekauf in der Normandie, aus der Pferde auch nach Paris gebracht wurden, sollen als Beispiel dafür dienen, wie schwer es war, eine sichere Auskunft über die *usages* einer Region zu erhalten:
Berault schweigt sich in seinem Kommentar von 1614 zur *Coutume de la Normandie* zu *usages* aus, ebenso Godefroy 1626. Basnage ist in seinem Kommentar in der Auflage von 1694 zur *coutume* der Normandie am ausführlichsten: *Hardes de chevaux* seien von einer jeglichen Gewährleistung ausgenommen.[544] Als Wandlungsgrund von Pferden erwähnt er die üblichen Krankheiten *morve, pousse, courbature*, auch *courbe* mit Hinweis auf Loisel und *tic* mit einem vagen Bezug auf *plusieurs* als Quelle, ohne sich genau hinsichtlich der Praxis in der Normandie festzulegen.[545] Schließlich waren Loisels *Institutes coutumières* nicht speziell für die Normandie geschrieben; *corbe* taucht hingegen in der *Coutume de Bourbonnois* auf. Der zeitgenössische Leser musste sich selbst einen Reim darauf machen, was nun in der

[542] s. im Detail Galisset & Mignon, Lavenas und B. Gohier, die nach 1804 versucht haben, die *usages* zum Viehkauf ihrer Zeit tabellarisch zugänglich zu machen. Galisset & Mignon stützen sich auf Lavenas und Gohier; da sie sich in den meisten Fällen auf '*usage du pays*' als Quelle berufen, ist die Richtigkeit dieser Tabelle nur durch Recherchen in lokalen Archiven zur Rechtsprechung zu überprüfen, was über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht. Zudem ordnen sie nach Départements, deren Grenzen sich nicht immer mit den zitierten *coutumes* decken. Zur Visualisierung der Tabelle aus Galisset&Mignon findet sich im Anhang dieser Arbeit eine Karte der französichen Departements und deren Fristen im Pferdehandel.
[543] Die Literaturangabe ist aber nicht verwunderlich, da sie sich zu einem großen Teil mit der aus Basnage deckt.
[544] Basnage T. I S. 97 zu Art. XL.
[545] Basnage T. I S. 96f zu Art. XL.

Normandie *usage* sei. Basnage fährt fort, es gelte eine Frist von 40 Tagen, zu ergänzen ab Kauf bzw. Übergabe, denn die Frist laufe auch weiter bei einem Weiterverkauf. Ein Urteil der *Chambre de Vacation* vom 06.11.1663 und eines der *Chambre de l'Edit* vom 29.05.1653 hatten für die Normandie den *usage* bestätigt, dass die Frist beim Pferdekauf vierzig Tage ab Kauf betrug.[546] Das Parlament von Rouen verkürzte mit einem Prinzipienurteil (*arrêt de règlement*) vom 30.01.1728 sechzig Jahre später die Frist für Pferde auf 30 Tage,[547] auch wenn ein Urteil der *Cour de cassation* vom 17.03.1829 dies später anders sah.[548] In dieser Zeit musste die Klage erhoben werden; eine bloße Feststellung der Krankheit reichte nicht: „*Les actions pour vices rédhibitoires…seront intentées dans le terme de trente jours.*"[549] Lange erwähnt noch 1719 in seinem u.a. anhand der Pariser Rechtsprechung und der Handelsbräuche geschriebenen Handbuch, dass der *tic* beim Pferd zur Wandlung berechtige. 1755 verweist er nur auf die Praxis in der Normandie und Basnage,[550] womit er das Hörensagen von Basnage wiederholte und auf die Normandie bezog. Vermutlich war zu dieser Zeit die Wandlungsfähigkeit eines Pferdes mit *tic* in Frankreich im Gespräch. In einem Urteil in Paris am 26.07.1769 (*Grande Chambre*) wurde der *tic* eines Pferdes *nicht* zu den zur Wandlung berechtigenden Krankheiten gezählt.[551] Pesnelle bestätigt 1771 für die Normandie nur die Wandlung für *morve, pousse, courbature* bei Pferden.[552] Von dem bereits beim Viehkauf in Paris erwähnten *arrêt de règlement* für Paris vom 25.01.1781, das *sifflage* und *cornage* zu den wandlungsberechtigenden Krankheiten hinzufügt, vertreten Gallisset & Mignon, dass dieses Urteil u.a. auch im Artois, in der Auvergne und der Normandie befolgt worden sei.[553]

Insgesamt ergibt sich für den Pferdekauf eine bunte Vielfalt für ganz Frankreich, aber keine übermäßig komplexe. Die Fristen im Pferdekauf sind 8[554], 9[555], 15[556], 30[557] oder 40 Tage[558].

---

[546] Basnage I S. 96f Art. XL: Die Frist wird für den ersten Verkäufer nicht durch Weiterverkauf verlängert, wenn ein Mangel erst später auftritt.
[547] Dénisart Coll. IV 'rédhibition' Nr. 7 ; Merlin Rép. 'rédhibitoire' Anm. 1 ; Guyot T. LII 'rédhibitoire' S. 342, T. X 'cheval' S. 332; Pesnelle T. I S. 61 Anm. 6.
[548] Troplong T. II S. 67f, 70 Nr. 587: mit Auszug aus dem Urteil; das Urteil nahm 30 Tage ab Kauf an, was gegen den *usage* in der Normandie verstieß.
[549] aus Troplong T. II S. 70 Nr. 587.
[550] Lange 1719 T. I S. 507; 1755 T. I S. 453.
[551] Dalloz Jpdc. générale du Royaume T. 12 S. 889 'vente et échange' Nr. 84.
[552] Pesnelle T. I S. 61 Anm. 6.
[553] Galisset&Mignon S. 7; s. Chabert/Flandrin/Huzard (1809) T. II S. 85ff: Die Händler der Normandie verloren vor der Cour de cassation und mussten die Pferde zurücknehmen, obwohl das die *usages* in der Normandie nicht vorsahen.
[554] so zumindest Galisset&Mignon für eine Vielzahl von Departements in ihrem *Tableau synoptique* mit Referenz auf „*usage du pays*".

Auch der Katalog der zur Wandlung berechtigenden Pferdekrankheiten ist begrenzt, in der Regel auf *morve, pousse, courbature*.[559] Nur wenige andere Krankheiten werden erwähnt.[560]

Durch Urteil des Parlaments de Pau vom 15.01.1727 wurde entschieden, dass auch bei einer vertraglichen Erweiterung der zur Wandlung berechtigenden Krankheiten bei Pferden dennoch die kurze Frist von neun Tagen gelte. Wie man sich erinnert, entschied sich die Pariser Cour vier Jahre später 1731 für eine Verlängerung der Frist in einem ähnlichen Fall.[561] Am 13.01.1753 folgte das Gericht in Pau dieser Rechtsprechung: Weil das gekaufte Pferd erblindet war, was der Käufer nach 66 Tagen angezeigt hatte, gab das Gericht dem Käufer recht, der sich darauf berief, dass erstens das Erblinden nicht durch den *usage* erfasst werde (in Pau waren nur *morve, pousse, courbature* wandlungsberechtigend), also auch nicht der kurzen Frist von neun Tagen unterliege, sondern vom Römischen Recht geregelt sei, das sechs Monate einräume. Zweitens habe der Verkäufer durch Vertrag die Haftung auf andere Krankheiten erweitert, die unterlaufen würde, wenn auch für diesen Fall nur neun Tage als *fin de non-recevoir* angewandt werden würde. Das Gericht ging nicht auf den Einwand der Klageverjährung durch den Verkäufer ein, sondern sah die Garantieabsprache und das Vorliegen der Krankheit schon zur Zeit des Verkaufs als erwiesen an.[562] Dieses Urteil für Pau kann nicht ohne Weiteres auf andere Regionen übertragen werden; es zeigt aber eine Tendenz in der juristischen Diskussion. Noch vierzig Jahre nach diesem Urteil spricht sich Poullain du Parc für die Bretagne gegen eine automatische Verlängerung der Frist durch Erweiterung der

---

[555] Das Parlament de Pau (Bearn) entschied am 13.12.1720, dass bei der Krankheit *tour de lune*, Mondblindheit, nicht vierzig Tage, sondern auch nur neun Tage wie für *pousse, morve, courbature* für die Klage gelten: Merlin Rép. 'redhibition' III ; im Widerspruch dazu steht die Übersicht in Galisset & Mignon S. 17 von 1864, die für Pau (Basses-Pyrénées) (wieder?) 40 Tage bei *tour de lune* (d.h. *fluxion périodique*) angeben; Dalloz Rép. T. 44, 1 'vive rédhibitoire' führt nur das Urteil vom 13.12.1720 an; Chabrol T. II S. 658f für die Auvergne.

[556] Guyot T. X 'cheval' S. 322: für Douai, nicht datiert, sei *ancienne*. Poullain du Parc dehnt für die Bretagne die 15-Tages-Frist bei Pferden, die in der *coutume* geregelt ist, auf alle Tiere aus; auch auf die auf dem Markt gehandelten, womit er sich gegen die Meinung eines Kollegen ausspricht, Poullain du Parc T. VI S. 391: gegen Perchambault; anders aber Galisset&Mignon, die sechs Monate beim Schwein (*ladrerie)* anführen, S. 9.

[557] s.o. zur Normandie.

[558] Pothier Cout. S. 733 für Orleans; Patou T. II S. 463, XXXII: 1778 für Lille 40 Tage ab Kauf, bestätigt durch ein Urteil des Parlaments von Flandern am 03.05.1698; Merlin Rép. 'redhibitoire' S. 365 und Guyot T. LII 'rédhibitoire' S. 342, T. X 'cheval' S. 331: 40 Tage in Peronne, festgestellt durch *acte de notorieté* vom 23.01.1683; Née de la Rochelle S. 218 zu Art. „CL" (!) Coutume d'Auxerre, bestätigt durch einen *acte de notorieté* vom 23.05.1691. Hingegen geben Galisset & Mignon, S. 4, mit einem etwas obskuren Verweis auf die *usages et coutumes d'Auxerre* und Sens 9 Tage an. Née de la Rochelle S. 219 verweist auf Pithou, der für Troyes, Art. 201, das gleiche festhalte; die Ausgabe von Pithou von 1600 enthält nichts dergleichen.

[559] Pothier Cout. S. 733 für Orleans; Patou T. II S. 463, XXXII: für Lille: *morve, pousse, farcin* (eine Krankheit, die Geschwüre hervorruft, heute als Symptom des Rotz angesehen); Poullain du Parc T. VI S. 391 für die Bretagne; Chabrol T. II S. 658f für die Auvergne.

[560] abgedr. in Guyot T. X 'cheval' S. 322: „*sain de ventre & de nerfs*", „*felle du dent*" (bissig), aber ein Reitpferd, das „*sans être reboux*" ohne Sporen willig gehorche, sei nicht wandelbar.

[561] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 81.

[562] Merlin T. XIV 'redhibitoire' S. 366.

Haftungsübernahme aus. Als Argument führt er an, dass die kurze Frist dazu diene, Streitigkeiten über das Vorliegen des Mangels beim Kaufabschluss aus dem Weg zu gehen, was bei einer längeren Frist nicht mehr gegeben sei. Außerdem sei nicht sicher, wie lange die Zeit dann laufe. Nach seinem System gibt es die kurze Frist von 15 Tagen beim Pferdekauf, bei Sachen von sechs Monaten und bei Immobilien von zehn Jahren; zehn Jahre seien aber bei Tieren eindeutig zu lang. Zudem sei kein Bedarf für die Fristverlängerung, da das Gesetz schon eine Frist vorgesehen habe.[563]

Für andere Tiere sind die Variationen in den Fristen noch begrenzter; auch die Erwähnungen zu den *usages* sind rar.

Pothier überliefert für Orleans eine Frist von 40 Tagen bei Kühen, die an Epilepsie oder einer Lungenkrankheit leiden (*mal caduc, pommelière*).[564] Basnage führt für die Normandie an, dass bei Schafen und Kühen eine Neun-Tages-Frist gelte, ab Kauf bzw. Übergabe, diese Frist aber in verschiedenen Orten variiere.[565] Pesnelle bestätigt für die Normandie als wandlungsberechtigende Krankheiten bei Kühen „*la rage, l'epilepsie ou mal-caduc, & l'adhérence du foie, appellée vulgairement la pommoliere*", für die binnen 9 Tagen gewandelt werden konnte, laut einem Prinzipienurteil vom 28.02.1721. Einige würden auch *la folie* als Krankheit anrechnen.[566] Für '*pissement de sang*' bei Großvieh wurden in Armagnac (Gers) 40 Tage gegeben.[567] Poullain du Parc dehnt den Anwendungsbereich der Frist von 15 Tagen der *Coutume de Bretagne,* Art. 295, vom Pferdekauf auf andere Tierkäufe aus, [568] auch auf die auf dem Markt gehandelten, womit er sich gegen die Meinung eines Kollegen ausspricht.[569]

In Lille in der Region Flandern erwähnt Patou, dass eine Herde Schafe gewandelt werden sollte wegen *glaveau*, was das Gericht ablehnte, da die Klage zu spät erhoben worden war. Eine Frist wird hier nicht wiedergegeben.[570]

Man kann also nicht behaupten, die juristische Literatur habe sich mit Enthusiasmus auf die Details des Viehrechts in der Provinz gestürzt.

---

[563] Poullain du Parc T. VI S. 392f.
[564] Pothier Cout. S. 733.
[565] Basnage T. I S. 97 zu Art. XL.
[566] Pesnelle T. I S. 61 Anm. 6.
[567] Huzard S. 29.
[568] Poullain du Parc Cout. S. 149; Huzard S. 25 bestätigt die Frist von 15 Tagen für Schweine; anders aber Galisset&Mignon S. 9, die sechs Monate beim Schwein (*ladrerie)* anführen.
[569] Poullain du Parc T. VI S. 391: gegen Perchambault.
[570] Patou T. II S. 463, XXXII.

2.3.4.3 *usages* im Kauf von Sachen

Die Literatur schweigt sich zu den *usages* beim Kauf von Sachen aus. Basnage streift die Sachmängelgewährleistung bei Sachen: Leinsaat sei von einer Gewährleistung ausgenommen, dessen Aufgehen von zu vielen Faktoren abhänge, als dass dafür, auch nicht ausdrücklich, eine Gewährleistung übernommen werden könne.[571] Für die Bretagne erwähnt Poullain du Parc, dass bei Wandlung bei Immobilien eine 10-Jahres-Frist gelte.[572] Da er dies in Verbindung mit der 15-Tages-Frist bei Pferden bzw. 6-Monats-Frist bei beweglichen Sachen darstellt, in deren Zusammenhang er die Digesten (D. 21, 1, 38, 5) anführt, ist von einem Beginn bei Kauf auszugehen. Pothier erwähnt die Wandlung von undichten Fässern, für die die Frist nicht sicher sei; dabei beruft er sich auf eine ungewisse Quelle, „*il y en a qui prétendent*“, wonach eine Klage nicht nach St. André zulässig sei[573], d.h. nach dem 30. November eines Jahres.[574] Letztere Regel ist eine sehr eigentümliche, da sie keine Anknüpfung am Kaufvertrag, an der Übergabe oder der Kenntnis des Käufers sucht, sondern davon unabhängig die Lösung für das Fristenende im Kalenderjahr findet.[575]
Ab dem 18. Jahrhundert wird die Haftung für mangelhafte Sachen verstärkt in der Literatur angeschnitten, was im Kapitel zur Sachmängelgewährleistung im Spiegel der Literatur aufgegriffen wird.

2.3.5 Die *coutumes, usages* und das Römische Recht: Eine Gewährleistung auf der Basis des *droit écrit*?

Es wird allgemein vorausgesetzt, dass das Römische Recht subsidiär greife, wenn auch in einer durch die Praxis modifizierten Form.[576] Tat es das bei der Sachmängelgewährleistung?

---

[571] Basnage T. I S. 97 zu Art. XL.
[572] Poullain du Parc T. VI S. 391: Man kann sich fragen, ob er bei der 10-Jahres-Frist nicht einen dogmatischen Fehler macht.
[573] Pothier T. III S. 141f.
[574] Es gibt auch einen Namenstag des Andreas Avellinus am 10. November, der aber weniger bekannt gewesen sein dürfte; der 30. November fällt oftmals in die Zeit des Endes des Kirchenjahrs.
[575] Was heute eher unpassend scheint, war in Regionen, die durch die Jahres- und Erntezeiten bzw. Markt- und Gerichtstage geprägt waren, nicht ohne Nutzen. Ob ein Fass undicht war, stellte sich nach der Weinlese vor Einbruch der kalten Jahreszeit heraus. Der Käufer hatte genug Zeit, nach der arbeitsintensiven Lese bzw. nach einem bestimmten Markttag, bei dem üblicherweise Fässer verkauft wurden, ein Gericht aufzusuchen.
[576] Bourjon 1747 T. I S. 12; Halpérin Eur. S. 20; differenzierter Klimrath T. II S. 275: Wegen des Schweigens in den *coutumes* seien besser die Rechtsprechung und die Abhandlungen von Rechtsgelehrten heranzuziehen, um ein Bild davon zu erhalten, inwieweit die Praxis das Römische Recht abänderte.

Die Regelungsbereiche der Gewährleistung in den *coutumes* und *usages* sind begrenzt. Das wirft die Frage auf, inwieweit diese sich gegenüber dem *droit écrit* als abschließendes Recht verstanden. Die Verfasser der *coutumes* konnten entweder davon ausgehen, dass das *droit écrit* subsidiär für alle nicht geregelten Sachverhalte galt oder aber sie sahen die Möglichkeit der Gewährleistung nur dann gegeben, wenn die *coutume* oder der *usage* sie erlaubten. Vermutlich ist aber in der Regel etwas zwischen diesen beiden Extremen richtig gewesen, wobei zwischen dem Tierkauf und dem Kauf von Sachen unterschieden werden muss. Viele *coutumes* limitierten die Haftung des Verkäufers beim Pferdekauf auf drei bis vier Krankheiten; insofern waren sie abschließend und mussten in Folge sich ändernder Handelspraktiken nach und nach durch die Rechtssprechung ergänzt werden. Deswegen finden sich in der Literatur zum einen die Stimmen, die den Mängelkatalog der *coutumes* oder der bekannten *usages* als abschließend behandelten, zum anderen diejenigen, die andere Handelsbräuche einführen wollen, um die an sich abgeschlossene Mängelliste zu ergänzen. Nach der Formulierung Claude de Ferrières (1639-1715), bestätigt durch seinen Sohn Claude - Joseph,[577] waren beim Pferdekauf drei Krankheiten die einzigen zur Wandlung berechtigenden Mängel, denn er spricht von „*l e s trois vices & défauts dont les Marchands sont garands pendant ce temps*".[578] Brodeau formuliert dies ähnlich, wenn auch weniger strikt, da er stärker auf die Frist abstellt: „*Pour ce qui concerne un cheval vendu, il ne peut estre pleuvy*[579] *de poulse, morve, ou courbature, que pendant 9. iours apres la vente...*".[580] Mornac und Cujaz, wie bei den *usages* beim Pferdehandel in Paris gesehen, sind für eine Ergänzung der *usages*.[581] Dieser Mängelkatalog ist nicht deswegen abschließend und restriktiv zu verstehen, weil eine *coutume* als Sonderrecht eine Ausnahme zu einem Recht ist, das grundsätzlich eine Sachmängelgewährleistung bei Tieren vorsah.[582] Im Gegenteil: Die Grundregel im Viehhandel war wohl, dass keine Gewährleistung gewährt werden musste, es sei denn sie war vereinbart oder als *usage* oder *coutume* anerkannt. Anders ist das Schweigen zu anderen Tierarten nicht zu erklären; es würde keinen Sinn machen, annehmen zu wollen, in einer Region hätten z.B. Pferde nur innerhalb einer kurzen Frist wegen weniger Krankheiten gewandelt werden können, aber eine Ziege im Rahmen des Römischen Rechts.

---

[577] de Ferrière Nouv. Intro. T. II 'rédhibitoire' S. 528.
[578] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. 657 Rdnr. 18; in seinem neuen Kommentar zu den Coutumes de Paris spricht er die Sachmängelgewährleistung gar nicht an.
[579] pleuvir bzw. plevir: garantir.
[580] Bordeau T. II S. 305; vgl. Bourjon (1747) T. I S. 404: daneben gäbe es keine anderen Krankheiten, für die der Verkäufer einzustehen habe; Patou T. II S. 463, XXXV: Die anderen Mängel seien erkennbar.
[581] Mornac T. I Sp. 1194 zu § intelligatur.
[582] Nämlich in der justinianischen Fassung: Pomp. D. 21, 1, 48, 6: „*Non solum de mancipiis, sed de omni animali hae actiones competunt…*".

Waren die *coutumes* und die *usages* abschließend hinsichtlich der ausschließlich genannten Wandlung oder hatte der Käufer noch einen Minderungsanspruch? Eins ist logisch: Wenn eine Wandlung nur wegen einiger Krankheiten in einer kurzen Frist möglich war, dann konnte nichts anderes für die Minderung gelten. Eine Restriktion auf Wandlung ist verständlich bei kranken Tieren, die auf polizeiliche Anordnung hin getötet wurden, so dass den Verlust der Verkäufer tragen musste. Es macht ungeachtet solcher Anordnungen auch Sinn bei ansteckenden Krankheiten, da kein Käufer das Risiko tragen würde, ein krankes Tier zu behalten und möglicherweise andere Tiere anzustecken. Es wird nicht die veterinäre Erkenntnis wie heutzutage vorgelegen haben, um zu wissen, ob und wann eine an sich gutartige Krankheit auf andere Tiere überspringen könnte oder das Tier nicht doch bald verenden würde, wie z.B. bei an Epilepsie erkrankten Kühen. Unter diese Fälle lassen sich alle in den *coutumes* genannten Krankheitsfälle ordnen. 1775 schrieb ein Tierarzt, wegen der Rumdoktorei durch Unwissende sei die Sterblichkeit kranker Tiere sehr hoch.[583]

Das beantwortet aber nicht die Frage, inwieweit die Minderung einen Anwendungsbereich hatte. Denn selbst wenn es höchst unwahrscheinlich und deswegen vermutlich weniger Bestandteil der Praxis war, ist nicht auszuschließen, dass ein Käufer aus irgendeinem Grund z.B. ein asthmatisches Pferd zu einem niedrigeren Preis behalten wollte. Aber hatte er die Wahl? Der größte Teil der wenigen *coutumes* mit Aussagen zur Gewährleistung regelt die Frage, *ob* und *ob noch* ein Anspruch vorliegt, aber nicht, welcher. Diese *coutumes* sprechen nur von *‚le vendeur… est tenu*', wie z.B. die *Coutume de Bourbonnois* Art. LXXXVII oder Art. CLI der *Coutume d'Auxerre*. Die Kommentare über diverse *coutumes* erwähnen nur die Wandlung. Chabrol bezieht sich auf die Rechtsprechung in der Auvergne, die bei *morve, pousse, courbature* eine Klagefrist für eine *action rédhibitoire* von neun Tagen annehme. Er behandelt diese im Zusammenhang mit den Ausnahmen des Art. I Chap. XVII: *Des Prescriptions.*[584] Hätte er die Minderungsklage erwähnen wollen, wäre hier der geeignete Platz gewesen. Ähnliches gilt für Kommentare für die Bourgogne.[585] Wie bereits erwähnt, schließt Mornac für Paris eine Minderung im Pferdehandel aus.[586] Selbst hinsichtlich einer *coutume*, die ausdrücklich nur von der *rédhibition* spricht, divergieren in den Kommentaren die Meinungen leicht. Belordeau zur *Coutume de Bretagne* von 1580 hält die Wandlungsklage

[583] Avis au peuple S. 5.
[584] Chabrol T. II S. 658f: „*En tout le bas pays d'Auvergne, soit coustumier ou de droit escrit, & aussi au haut pays d'Auvergne coustumier, n'y a qu'une seule prescription que est de trente ans...*" Die Auvergne war teils durch das *droit écrit*, teils durch das *droit coutumier* geregelt.
[585] de Villers/de Pringles/Guillaume S. 327ff: Ausnahmen zur allgemeinen Frist von 30 Jahren sind u.a. die kurze Verjährung der Kaufpreisforderung von Kaufleuten und für Lohn von Angestellten; die *action rédhibitoire* wird nicht erwähnt.
[586] Mornac T. I Sp. 1214f.

nur einer paar Zeilen und des Verweises auf die Digesten wert; eine Minderung wird nicht angesprochen, selbst wenn sein allgemeiner Verweis auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 auch zur Minderungsklage führt.[587] Sauvageau führt für die Bretagne nur eine *action rédhibitoire* an.[588] Poullain du Parc erwähnt in seinem Kommentar für die Bretagne, dass eine proportionale Minderung durch eine *action quanti minoris* möglich sei. Allerdings führt er nicht aus, welche Fristen laufen sollen und ob dies allgemein bei allen Sachen und Tieren gelten solle. Hingegen verweist er für die Einzelheiten auf Pothier.[589] D'Argentré bezieht sich in seinem Kommentar für die Bretagne auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und erwähnt den Streit aus dem Römischen Recht, inwieweit sich Wandlungs- und Minderungsklage ausschließen und ist konsterniert, weil die *Coutume de Bretagne* nur von der Wandlung, nicht aber von der Minderung spricht. „*Sed hic mirandum cum tanti iurisconsulti tam sedulam operam adhiberent in excipienda redhibitoria, nihil de aestimatoria, quanti minoris cavisse, quae huic affinis est… Competit vero omissa redhibitoria post sex menses intra annum…*"[590] Er fragt sich, warum so viele Juristen sich zur Wandlungsklage einlassen, aber nichts zur der ihr verwandten Minderungsklage sagen. Sowohl Poullain du Parc als auch d'Argentré geben auf der Basis ihrer Kenntnisse vom Römischen Recht eine Reflexion über die *coutume* ab, sie beschreiben aber nicht die Praxis. Insofern hat wohl im Viehkauf gegolten, dass der Verkäufer nicht haften musste, es sei denn es wurde in den *coutumes* oder den *usages* geregelt oder die Rechtsprechung sah es als opportun an, die *usages* zu ergänzen.

Was galt beim Kauf von Sachen? Die *usages* der Normandie sahen keine Haftung des Verkäufers bei Leinsaat vor;[591] also musste es ein Recht geben, dass prinzipiell ohne diesen Ausschluss den Verkäufer zur Haftung verpflichtete. Das konnten zum einen Verordnungen, insbesondere in der Form von Statuten einzelner Berufsverbände, sein, zum anderen das *droit écrit.* Nicht alles konnte durch Verordnungen geregelt werden; selbst sie lassen viele Regelungslücken. Insofern sind die *coutumes* und *usages* nur vor dem Hintergrund des *droit écrit* vorstellbar, das sie eventuell ergänzen konnte. Es gilt zu fragen, ob sich Hinweise in Regeln der *coutumes* und *usages* zur Gewährleistung finden, die vermuten lassen, dass neben den *coutumes* und den *usages* Römisches Recht vorausgesetzt wurde. Die Untersuchung ist durch die Natur der *coutumes* und *usages* begrenzt: Man kann schlechterdings nicht das Schweigen der *coutumes* und der *usages* unter die Lupe nehmen, wohl aber die Äußerungen,

[587] Belordeau S. 426.
[588] Sauvageau Anhang S. 76.
[589] Poullain du Parc T. VI S. 391, 394.
[590] d'Argentré Sp. 1227f.
[591] Basnage T. I S. 97 zu Art. XL.

die sie zur Sachmängelgewährleistung enthalten, daraufhin untersuchen, inwieweit sie Römisches Recht voraussetzen. Es bietet sich an, im Folgenden nach den *coutumes* des *pays de droit écrit* und den anderer Regionen zu unterscheiden und zu fragen, ob der Süden den römischrechtlichen Wurzeln der Gewährleistung vielleicht aufgeschlossener war. Zuletzt soll ein Blick auf die Umstände geworfen werden, die einer Anwendung der ädilizischen Fristen entgegenstanden.

2.3.5.1 Römischrechtlicher Anklang in den *coutumes* und *usages*

In den *coutumes* konnte sich Römisches Recht in drei Formen wiederfinden: erstens durch den Gebrauch der lateinischen Sprache bzw., nachdem Latein offiziell durch die landeseigenen Sprachen abgelöst worden war,[592] zumindest durch die der lateinischen Rechtssprache entstammenden Fachbegriffe wie z.B. *action rédhibitoire, estimatoire*, zweitens durch einen allgemeinen Verweis, dass subsidiär das *droit écrit* gelten solle, drittens durch die Übernahme von rechtlichen Konstruktionen aus dem Römischen Recht, vermischt mit Gewohnheitsrecht.

Juristische Termini aus der lateinischen Rechtssprache, die sich vielfach bis heute erhalten haben, finden sich generell häufig in den Texten. Zu beachten ist, dass sich in den vielleicht später redigierten Überschriften[593] einzelner Kapitel manchmal mehr Fachtermini wiederfinden als in den Texten selbst. Die Wortwahl der wenigen Stellen in den *coutumes*, die sich auf die Gewährleistung beziehen, ist eher unspezifisch. Zwar wird hier und da die *action rédhibitoire* erwähnt,[594] die meiste Zeit wird aber der faktische Ablauf beschrieben als *rescision* des Vertrages, Rückgabe der Sache und des Kaufpreises, Haftung des Verkäufers.[595] Diese Formulierungen setzen kein Studium des ädilizischen Rechts voraus, sondern beschreiben eher eine Regel des Handelsbrauchs. Es wäre falsch, angeknüpft an den zentralen Begriff der gewohnheitsrechtlichen Gewährleistung beim Pferdekauf, *morve*, d.h. Rotz bei Pferden, eine Rechtstradition ausgehend von *morbus* herleiten zu wollen; denn trotz des

[592] Ordonnance de Villers-Cotterêt v. Aug. 1539: Französisch offizielle Sprache aller öffentlichen Akte ; Vorläufer: Ord. de Moullins 1490: kein Latein mehr in Gerichtsprotokollen; 1510: kein Latein in gerichtlichen Rechtsakten ; Ord. d'Is-sur-Tille 1531: ausgedehnt auf den Languedoc.
[593] Grinberg S. 79: Das Einfügen von Überschriften war eine der Arbeiten bei der Redaktion der *coutumes* im XVI. Jahrhundert.
[594] Coutume de Cambray von 1574 Art. 22; Coutume de la Bretagne von 1539 Art. 284, von 1580 Art. 295.
[595] zu den Formulierungen s. die Tabelle zu den *coutumes* im Anhang.

Gleichklangs der Wörter besitzen sie unterschiedliche Wortwurzeln.[596] Inwieweit sich das Römische Recht in der Formel beim Pferdekauf, das Tier *sain & net* zu verkaufen,[597] wiederfindet, muss dahingestellt bleiben, auch wenn *sain* entfernt an die Stipulation *sanum esse* erinnert. Eine Parallelschöpfung im Gewohnheitsrecht ist in dieser Klausel durchaus denkbar. Wenn aber z.B. die *Coutume d'Auxerre*, Art. CLI, nur allgemein von der Haftung des Verkäufers schreibt, „*Un vendeur de chevaux n'est tenu des vices d'iceux, excepté de morve, poulse ou courbature…*", dann setzt sie ein allgemein bekanntes Recht voraus, das die Folgen der Haftung beschreibt, selbst wenn man davon ausgeht, dass ansonsten das ädilizische Recht im Viehkauf nur angewandt wurde, wenn die *coutume* oder die *usages* dies zuließen.

Verschiedene *coutumes* verweisen ausdrücklich auf das Römische Recht als subsidiäres Recht, allerdings nicht im direkten Zusammenhang mit der Gewährleistung bei Sachmängeln.[598]
In Besançon bestimmt die *coutume* Tit. VI Art. X: „*Toutes les autres Prescriptions se réglent par la disposition du Droit Ecrit, suivi à Besançon, ou par les Ordonnances Royales publiées en cette Ville depuis l'an 1674, tems de la derniere Conquête de cette Province, & dans les cas y portés, ou par d'autres Usages universellement reçus.*". D'Orival merkt dazu an, dass in die Domäne des *droit écrit* u.a. auch „*les Actions .. Reddibitoires*" gehören,[599] ohne sich näher darauf einzulassen.

Die *coutumes*, selbst die das Römische Recht stärker als andere durchschimmern lassen, zeugen ansonsten von dem Bestreben, sich durch das Niederschreiben der Sonderregel vom *droit écrit* abzugrenzen, nicht aber, das *droit écrit* wiederzugeben. Die Regeln in diesen *coutumes* enthalten punktuell eine Wertung, wie weit sie sich vom Römischen Recht entfernt haben, nicht aber darüber, was in den Fällen gilt, die sie nicht regeln. Insofern schwingt das

---

[596] *morve* stammt etymologisch wohl nicht von *morbus* ab, sondern von *morveux*>**morwosus* >*wormosus* >**murru (*Schnauze)>**worm* (Eiter): Gamillscheg 'morve' S. 634; Bloch/Wartburg 'morve' S. 419; vgl. aber v. Wartburg 'morbus' S. 125: im Val d'Aran (spanische Pyrenäen) und im Spanischen: *muerbo* (Rotz) von *morbus*.
[597] z.B. Cout. d'Auxerre 1561, Art. 151; Cout. de Sens 1506 Art. 256, Coutume de Bourbonnois Art. 87 etc.
[598] Cout. Sens 1506 Art. CCLX zur Ersitzung (*usucapion & prescription: droit écrit*); Cout. Bergh St V(W)inox Rubr. VIII, XIV (*rentes: droit écrit*); St.Sever 1514 T. VII, IV (*prescription de droit*) ; Bearn 1551 Art. XXXIX; Bragerac (Bergerac) 1322 (Beschlagnahme des Besitzes eines Verurteilten): „selon la forme & disposition du droit écrit" = „secundum juris scripti dispositionem & formam", während die lateinische Version mehrfach auf das *ius scriptum* verweist, unterlässt es die französische Übersetzung, dies zu übersetzen, in Bourdot de Richebourg T. IV S. 1033.
[599] d'Orival S. 65 (dort auch Text der Coutume).

droit écrit bei der Gewährleistung mit, egal in welchen Teilen Frankreichs; allerdings lassen die *coutumes* keinen direkten Schluss auf dessen Relevanz in der Praxis zu.

Die *Coutume de Bergerac (Bragerac)* von 1322 im Gebiet des *pays de droit écrit* ist auf Latein erhalten. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie Römisches Recht mit vielen regionalen Regeln anreichert. Sie greift keine Fachtermini auf, auf die vermutlich ein im Römischen Recht ausgebildeter Jurist mit Kenntnis vom *droit écrit* zurückgegriffen hätte. Kein einziges Mal wird *redhibitio, actio, restituere, dicere* (i.S.v. zusagen), *promittere, morbus* verwandt. *Jumentum* erfasst hier weder das Pferd, noch das Maultier, wie noch im Edikt[600]; *roncinus* entstammt nicht dem klassischen Latein; *aegrotare* entspringt einem anderen Sprachregister als das aus dem Corpus Iuris Civilis überlieferte. Das *vitium non apparens* ist eine Verkürzung der Aussage der Edikte, die zwar so nicht im Corpus Juris Civilis vorkommt,[601] aber die Idee der Edikte wiedergibt.[602] Basis dieser Regel ist das Römische Recht, wenn auch mit starken Anpassungen. Im Gegensatz zu späteren *coutumes*, die eine Mängelliste aufführen (*morve, pousse…*), gibt die *Coutume de Bragerac* ein Prinzip wieder, die Haftung für ein *vitium non apparens*. Der Verkäufer muss ein Tier prinzipiell gesund liefern, *sanus*, so wie schon in den ädilizischen Edikten vorgeschrieben. Diese Pflicht ergab sich aus dem Unterlassen einer Mängelanzeige, es sei denn er hatte eine Krankheit ausgenommen, *mentionem facere*. Sollte er eine bestimmte Eigenschaft zugesagt haben, musste er ebenfalls dafür einstehen. Mehr Anteile an den Vorschriften stammen aus dem Gewohnheitsrecht: Aus der Frist *sex menses utiles* wurden *octo dies assidue*, d.h. acht Tage fortlaufend i.S.v. *continuum*. Bei der Frist von 15 Tagen ist ebenfalls anzunehmen, dass sie durchgehend laufe. Die Frist war damit radikal gekürzt. Beginn war wohl die Übergabe, denn der Verkäufer musste das Tier gesund *reddere*, d.h. übergeben. Die Frist verlängerte sich nicht, wenn eine Eigenschaft zugesagt worden war, z.B. dass der Ochse zur Landarbeit tauge.

Der erste Satz der Regel der Toulouser *Coutume* zum Schweinekauf, die den Kauf in der Herde und die Pflicht des Käufers gegen sich selbst betrifft, die Tiere zu untersuchen oder

---

[600] Ulp. D. 21, 1, 38, 7: „*Sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt, in iumentis non adeo: ut puta si mulus castratus est, ...et ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert Ofilium existimasse equum castratum sanum esse...*".

[601] Allerdings findet sich in Ulp. D. 21, 1, 14, 10: „*Si… talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere…*"

[602] Die klassische Bezeichnung ist *latens*, während im Bezug auf den offensichtlichen Mangel *intellegatur*, Ulp. D.21, 1, 1, 6, verwandt wird*:* P.S. 2, 17, 5: *latens vitium;* Cujaz Sp. 394: *vitium latens*, während er *apparere* in vielfacher anderer Hinsicht verwendet; *coutumes* Gorze: *vices calens & apparens*, Bassigny, Sens 1506, Bourbonnois: *vice latens & apparens*, Sens 1555, Auxerre: *vices apparens & non apparens*; Mornac T. I Sp. 1194, 1024: '*vitium latens*'.

einen Vorbehalt anzumerken, erinnert an die Fragmente Afr. D. 21, 1, 34, Ulp. D. 21, 1, 35, D. 21, 1, 38, 14, Pomp. D. 21, 1, 36, wonach bei einem Verkauf mehrerer Sachen, die nicht notwendigerweise als Einheit verkauft werden und deren Gesamtpreis nicht als Addition einzelner Preise berechnet wird, ein Schätzwert pro mangelhafter Sache vom Kaufpreis abgezogen wird. Das ist der Fall beim Verkauf einer Schweineherde. Ansonsten ist diese *Coutume*, wie erwähnt, der Sachmängelgewährleistung nicht so aufgeschlossen wie noch die ädilizischen Edikte.

Die *Coutume de Bretagne* von 1580, Art. CCXCV, und die von 1539, Art. CCLXXXIV, enthalten einen direkten Bezug auf die ädilizischen Fristen, allerdings nur zur Wandlung, indem sie für die Wandlungsklage eine Frist von sechs Monaten oder sogar, in der *Coutume* von 1539, „*le temps de droit qu'est de six mois*" regeln. Dieser Einschub wird, wie ausgeführt, dem Wunsch zu verdanken sein klarzustellen, dass die Wandlungsklage in keiner Weise durch die Regeln zur *rescision* betroffen sei. Zudem ist die *Coutume* von 1539 ein Beispiel dafür, inwieweit der allgemeine Bezug auf das *droit écrit* irre führen kann; denn augenscheinlich hatte diese pauschale Bestätigung des *droit écrit* zumindest den *usage* im Pferdehandel übergangen.

Alle *coutumes*, die im Falle einer vertraglichen Haftungserweiterung die Haftung auf sichtbare und versteckte Mängel ausdehnen, wie die *Coutume de Gorze, Bassigny, Sens* (1506, 1555), *Auxerre, Bourbonnois*, setzen die Logik der ädilizischen Edikte voraus, dass im Normalfall, d.h. wenn keine Zusage erfolgt, der Verkäufer nicht für offensichtliche Mängel hafte.

Der Einfluss des Römischen Rechts in Regeln zum Weinfassbau in den *coutumes* ist weniger offensichtlich. Die *Coutume de Bordeaux* von 1520, Art. 115, regelt: „*A esté arresté qu'aucuns Charpentiers ne feront mauvaises, puantes, ne faulses douelles, bois gelis*[603]*, & bois où il y ait aubec*[604]*, bois cussoné*[605]*, ne autrement faulses douelles, en pipes, barriques, tonneaux, cuves, doils, & autre sorte de vaisselle à vin, grande ne petite. Et ceux qui en*

[603] wohl: rissig (durch den Frost).
[604] vermutlich aus dem Dialekt der Gascogne für *aubier*, also das noch frische und lebendige Holz zwischen der Rinde und dem *duramen*, dem Kernholz; dem Holz wird nachgesagt, es sei anfällig für Pilze und Insekten, zu deutsch Splintholz. Hingegen soll im Dialekt in Bordeaux *aubier* für Weidenholz (der Trauerweide) verwandt werden. Demnach würde es nicht verwundern, dass in Bordeaux das Splintholz mit einem anderen Term belegt wurde. In der *Coutume de Bordeaux* findet sich *aubarede* als Bezeichnung für Weidenholz.
[605] vermutlich von *cusseron* oder *cuseron, cusson:* ein Insekt, das das Holz befällt (Holzwurm).

mettront ou feront au contraire payeront le dommage à ceux qui auront acheté la vaisselle, dedans l'an, du bois gelis & aubec, & des autres bois, jusques à Noel, si en deffaut du maistre en vient dommage, & autre amende arbitraire…". Chap. V Art. V der *Coutume de Tourraine* von 1507, Tit. V Art. LXIII der *Coutume de Tourraine* von 1559,[606] und Chap. V Art. V Ludonois von 1518 [607] ähneln diesen Bestimmungen. Hier wird allerdings nicht die ädilizische Gewährleistung geregelt, sondern ein (ziviler) Schadensersatzanspruch, in den vermutlich der Kaufpreis des Fasses einbegriffen war. Das Römische Recht, das in erster Linie mit den Kategorien 'Wissen' und 'Zusicherung' arbeitet und weniger mit dem Wissenmüssen eines professionellen Händlers und Herstellers, führt zum einen die Regel an, dass ein arglistiger Verleiher für den Folgeschaden haften müsse, Gai. D. 13, 6, 18, 3 „*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est*", dass ein Vermieter nach einer Zusage für Folgeschäden einstehen müsse, Ulp. D. 19, 1, 6, 4 „*… sed si vas mihi vendidieris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere…*" und dass letztendlich ein Käufer oder Mieter stets so stehen müsse, auch ohne Zusage, als habe er gesagt bekommen, die Sache sei unversehrt, Ulp. ibd. „*…Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert*" und Ulp. D. 19, 2, 19, 1: „*Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata.*…." In dem Zusammenhang muss noch die *Coutume de Bayonne* von 1514 erwähnt werden, die zwar keine Gewährleistung regelt, aber in der sich Bestimmungen zur Miete von Fässern zur Aufbewahrung von Cidre, T. VII Art. XIIff, finden, in denen u.a. die Haftung für ausgelaufenen Cidre beschrieben ist. Insgesamt fällt auf, dass sich in dieser *coutume* viel Schuldrecht wiederfindet, insbesondere zur Miete und zum Kauf. Nun ist es möglich, dass sich diese römischrechtlichen Regeln bis ins 16. Jahrhundert gerettet haben; die Verfasser dieser *coutumes* werden wohl nicht an das Römische Recht gedacht haben, sondern, was naheliegender ist, auf frühe Verordnungen anderer Märkte geschaut haben, wie z.B. Paris. Die alten Statuten der Pariser Fassbauer vom

[606] „*Et seront faits les vaisseaux à vin, comme pippes, traversiers, & quarts de bon bois sec, non punais, rongé, vergé ne artusonné* [insektenzerfressen], *sans arbour, reliez bien & convenablement… le tout sur peine d'amende arbitraire, & de payer les interests & dommages des parties.*"

[607] Fast wortgleich mit der Coutume von Tourraine.

26.12.1398 schrieben schon bestimmte Fasseigenschaften vor; in den folgenden Jahrhunderten wurden diese Statuten angepasst und erneuert.[608]

Die *usages* sind zu spezifisch, um in ihnen Hinweise auf das *droit écrit* zu suchen. Römisches Recht findet sich erst in der reflektierten Bearbeitung der *usages*, wie in dem Urteil für Pau vom 13.01.1753, das bei der Behandlung der *usages* im Viehrecht der Provinzen bereits erwähnt wurde: Der Käufer hatte geltend gemacht, dass er wegen einer vertraglichen Haftungserweiterung ein nach 66 Tagen erblindetes Pferd wandeln könne, da nicht die kurze Frist von neun Tagen, sondern die des Römischen Rechts von sechs Monaten anzuwenden sei. Das Gericht ging nicht auf diese Argumentation ein, sondern sah es als bewiesen an, dass das Pferd schon zur Zeit des Verkaufs krank gewesen sei,[609] es sah sich also nicht an die Vermutung gebunden, eine Krankheit habe nur dann schon zur Zeit des Verkaufs vorgelegen, wenn sie innerhalb der kurzen Frist von neun Tagen aufgetreten sei. Zumindest der klagende Käufer ging davon aus, vielleicht aus taktischen Erwägungen zur Klagebegründung, dass neben dem *usage* das *droit écrit* die Sachmängelgewährleistung regle. Das Gericht wiederum setzte sich über die kurze Frist, die nicht dem Römischen Recht entsprang, hinweg und reetablierte, wenn auch nicht ausdrücklich, die gewöhnliche Beweislast wie im Römischen Recht, die das Festhalten an der kurzen Frist nicht mehr notwendig machte.

1807 führte die *Cour de Montpellier* bei einer Wandlungsklage gegen den Verkäufer eines Hauses aus, dass mangels eines feststellbaren *usage* „*le droit ancien, d'après lequel cette action devait être intentée dans le délai de six mois utiles, à partir du jour du contrat*" als Hilfe herangezogen werde. In diesem Urteil wird ausdrücklich auf die Digesten 21, 1 „*intra sex menses utiles à die contractus*" Bezug genommen, „*dans la source duquel les articles du nouveau code paraissent avoit été pris*", wobei festgestellt wird, dass der Käufer hier im Einzelfall ein Haus schon vor der endgültigen Inbesitznahme ab dem Kaufvertrag hätte prüfen können.[610] Dieses Urteil keine drei Jahre nach Erlass des Code civil erfolgt in einer Periode der Rechtsfindung: Noch ohne verfestigte Rechtsprechung sucht das Gericht nach einer Lösung zum einen im alten Recht, gemäß dem Verweis in Art. 1648 C.civ. (1804) „… *suivant… l'usage du lieu où la vente a été faite*", zum anderen im Römischen Recht als Auslegungshilfe zum neuen Gewährleistungsrecht des Code civil. Das Gericht hatte also

[608] Delamare T. III S. 534ff.
[609] Merlin T. XIV 'redhibitoire' S. 366.
[610] Cour de Montpellier 23.02.1807, abgedr. in Dalloz Jpdc générale du Royaume T. 12 S. 889.

keinen Präzedenzfall zum Immobilienkauf vor 1804 gefunden, um einen *usage* konstatieren zu können. Es griff auf das *droit écrit* zurück, man kann ergänzen: im Stile des *Ancien Droit*, das zumindest im *pays de droit écrit* die Geltung des Römischen Rechts reklamierte. Die Richter waren ja noch nach altem Recht geschult.[611] Also ging das Gericht davon aus, dass beim Sachmängelgewährleistungsrecht zumindest für Immobilien das Römische Recht eine Lücke füllte. Allerdings kann das Urteil nicht für ein Rechtsverständnis vor Mitte des 18. Jahrhunderts sprechen.[612] Zudem konnte ihre Entscheidung dadurch beeinflusst worden sein, dass sie zur Auslegung des Code civil in jedem Fall das Römische Recht herangezogen hätten.

Als Zwischenfazit kann man damit festhalten, dass die *coutumes* vor dem Hintergrund der Sachmängelgewährleistung im Römischen Recht geschrieben wurden; jedoch bestätigen sie die ädilizische Haftung nur ausnahmsweise wie in der *Coutume de Bretagne* von 1539 und 1580.

2.3.5.2 Unterschiede zwischen dem *pays de droit écrit* und dem *pays coutumier*?

Falls eine Region in Frankreich mehr dem *droit écrit* zugeneigt war als die andere, lässt sich das anhand der Regeln zur Sachmängelgewährleistung nicht klar erkennen.
Schaut man sich auf einer Karte[613] die Verteilung der Regionen im heutigen Frankreich an, die Regeln zur Sachmängelgewährleistung auf die Stufe der schriftlichen *coutumes* gehoben haben, so gibt es im Norden anzahlmäßig mehr *coutumes* mit Regeln zum Gewährleistungsrecht als im Süden. Cambray, Metz und das Messin, Bar, Gorze, Bassigny gehörten allerdings lange Zeit nicht zum französischen Kerngebiet und brachten, als sie eingegliedert wurden, ihre Geschichte als freie Städte oder Teile des Heiligen Römischen Reichs mit sich. Allgemein ist die Beobachtung richtig, dass es mehr *coutumes*, insbesondere

[611] vgl. Halpérin S. 54 allgemein zur Rechtsprechung nach 1804: „*La motivation prend bien sûr appui, après 1804, sur le Code civil. Mais il reste de nombreuses questions trancistoires réglées par l'ancien droit ou par le droit dit* intermédiaire *(1789-1804). Les juges de la Restauration montrent même un goût prononcé pour les autorités traditionnelles… On se réfère encore, dans le premier tiers du XIXe siècle, aux 'principes constats dans les pays de droit écrit', quitte à relever les changements notables intervenus depuis dans le droit..*" Das deckt sich mit den Beobachtungen zu dem Urteil in Montpellier 1807.
[612] Die Richter waren im Extremfall um die 70 Jahre alt, hatten also ihr Studium nicht vor Mitte des 18. Jahrhunderts angefangen, wobei ihr Rechtsverständnis sich im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts geschärft haben dürfte.
[613] Ein Skizze findet sich im Anhang.

lokale, im Norden als im Süden gab, in dem das *droit écrit* die *coutume générale* ausmachte.[614] Das sogenannte *pays de droit écrit* nahm flächenmäßig vielleicht ein Drittel des Frankreichs des 18. Jahrhunderts ein.[615] Dementsprechend verwundert es nicht, dass es im Norden mehr *coutumes* mit Regeln zur Gewährleistung gab; man kann sich höchstens fragen, warum im Norden nicht noch mehr Regeln zur Sachmängelgewährleistung, insbesondere im Viehkauf, Eingang in die *coutumes* gefunden haben.[616] Zieht man die Synopsen heran, die nach dem *Code civil* entstanden, um hinsichtlich des Art. 1648 C.civ. die lokalen *usages* im Viehrecht festzuhalten, die schon vor 1804 galten,[617] sieht man, dass im Norden wie im Süden *usages* das Viehrecht bestimmten.[618] Ob das Römische Recht daneben im Norden wie im Süden bei Sachmängeln auf andere Mobilia und Immobilia überhaupt angewandt wurde, wird eine Fragestellung sein, die anhand der Darstellungen in der juristischen Literatur betrachtet werden soll. Es ist möglich, dass die frühen Aufzeichnungen von Toulouse und Bergerac, die, im Gegensatz zu anderen frühen gewohnheitsrechtlichen Aufzeichnungen, die Wandlung bereits berücksichtigten, eine Sensibilisierung hinsichtlich des Kaufrechts durch den Einfluss des Römischen Rechts zeigen. Dafür spricht die *Coutume de Bragerac*, die sich zur Gewährleistung durch eine Detailfreude in der Falldarstellung auszeichnet. Inhaltlich unterscheiden sich die Regeln, soweit niedergeschrieben, allerdings kaum. Die *coutumes* im *pays de droit écrit* im Süden Frankreichs, die sich zum Gewährleistungsrecht äußern, sind die von Toulouse (1285), Bergerac (1322), St. Sever (1380/1480 und 1514), Bearn[619] (1551) und im weiten Sinne Bayonne (1514), Bordeaux (1520), Marsan (1604) und Limoges. Die *coutumes* im *pays de droit écrit* unterscheiden sich inhaltlich bei der Gewährleistung nicht viel von denen im nördlichen Frankreich: In erster Linie schweigen sie zu dem Thema. Die Regeln zum Schweinehandel in St. Sever (1380/1480 und 1514), im Bearn (1551) und die polizeiliche Bestimmung in Marsan (1614) gleichen denen der *Coutume d'Orléans* (1509 und 1583), der lokalen *Coutume* aus Dunois (1523) und der alten *Coutume* aus Bourges im Berry. Aus diesen Regeln spricht weniger der Einfluss des Römischen Rechts - bis auf den Umstand,

---

[614] Halpérin Cod. S. 4: Im Norden und in der Mitte Frankreichs ca. 65 *coutumes générales* und 300 *coutumes locales.*

[615] so auch Bart 2002 S. 56.

[616] An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Aufnahme einer Regel in eine *coutume* davon abhing, dass sie jemand für aufschreibenswert hielt, sie niederlegte und sie in der Ständeversammlung beschlossen wurde.

[617] z.B. Galisset/Mignon, die auf Gohier und Lavenas zurückgreifen; ob sie die *usages* danach richtig wiedergeben, spielt hier in der anzahlmäßigen Betrachtung eine Rolle; s. Karte im Anhang.

[618] vgl. Bart 2002 S. 55: Die *coutumes* hätten auch im Süden Frankreichs nach dem XII. Jahrhundert noch eine gute Zeit lang weitergelebt.

[619] Bearn kam erst mit Henri III von Navarra, ab 1589 Henri IV, frz. König, als königliche Domaine zu Frankreich und wurde erst 1620 unter Louis XIII (König 1610-1643) mit Frankreich vereint. Insofern ist es 1551 kein *pays de droit écrit* im engen Sinne.

dass gewandelt werden kann, ist wenig Römischrechtliches erhalten - als vielmehr das praktische Bedürfnis nach einfachen Marktregeln zum Schweinehandel, die das Römische Recht in dieser Ausgefeiltheit nicht liefern konnte. Diese *coutumes* greifen auf veterinäre Kenntnisse und Berufsstände zurück, die im überlieferten Römischen Recht keine Rolle spielten.

2.3.5.3 Praktische Bedürfnisse für die sehr kurzen Fristen: eine Ablehnung des *droit écrit*

Wie schon an verschiedenen Stellen dieser Arbeit angesprochen wurde, ist die Ablehnung des Römischen Rechts hinsichtlich der ädilizischen Klagefristen verständlich, insbesondere im Viehhandel. Als die *coutumes* im 15. und 16. Jahrhundert niedergeschrieben wurden, passten die langen Fristen von sechs Monaten und einem Jahr nicht mehr auf die Bedürfnisse des Viehhandels in Frankreich,[620] da man inzwischen wusste, dass bestimmte Krankheiten gewisse Inkubationszeiten hatten, der Verkäufer einige Krankheitssymptome verschleiern und der Käufer verschulden konnte, dass ein Tier krank wurde. Anscheinend wollte sich der Handel aber auch nicht dazu entschließen, eine Gewährleistung insbesondere für die teuren Tiere wie Pferd oder Rind ganz abzulehnen und das Risiko einer Krankheit auf den Käufer allein abzuwälzen, zumal man davon ausging, dass der Verkäufer oftmals etwas zu verbergen hatte. Man nahm an, wie schon die Ädilen, dass der Verkäufer sein Tier und dessen Mängel kannte.[621] Wer einen Mangel kennt, ist versucht, ihn zu verheimlichen. Patou vermutete Ende des 18. Jahrhunderts, dass binnen 40 Tagen einem Pferd verabreichte Heilmittel, die eine Krankheit versteckten, in ihrer Wirkung nachgelassen hätten und erklärt sich so die Fristdauer von 40 Tagen für die Wandlungsklage in Lille.[622] Man konnte nicht ganz auf eine Frist verzichten, da der Käufer das Tier nicht unbedingt beim Kauf prüfen konnte.[623]

---

[620] Zur Frage, ab wann der Wechsel von den langen römischrechtlichen Fristen zu den kurzen Fristen in den *coutumes* und den *usages* eintrat, s. das Fazit zur Literatur des 14. und 15. Jahrhunderts.

[621] Man denke an Mornac T. I Sp. 1195: Wenn die Mondblindheit dem Verkäufer wirklich nicht bekannt sein konnte, musste er deswegen nicht haften.

[622] Patou T. II S. 463, XXXIV.

[623] Chabert/Flandrin/Huzard (1791) S. 75f: 1791 wurde die Situation auf einem Pferdemarkt so beschrieben: „*Les Marchands Acheteurs voient d'abord les chevaux dans les écuries où ils sont pressés les uns par les autres; le choix se fait sur la figure seulement, on les fait trotter vingt pas au plus, souvent dans un endroit très-resseré, où il y en a toujours un grand nombre qui trottent à-la-fois. Il faut ensuite que l'Acheteur juge en un instant des qualités ou des défauts extérieurs du cheval, & conclue son marché sur l'assurance que lui donne le Vendeur... ce qu'il fait toujours très-affirmativement*"; 1819 hatte sich daran immer noch nichts geändert: Ardant S. 213f

Deswegen führte der Handel kurze Fristen ein, die das Risiko zwischen Käufer und Verkäufer verteilten.

Dennoch fällt auf, dass für dieselben Krankheiten in verschiedenen Regionen unterschiedliche Fristen gelten. Die *Coutume* von Cambrai stammt von 1574, die von Metz und Umgebung von circa 1578. Ihre Niederschrift war aufgrund diverser Zwistigkeiten mehrfach unternommen und nie bis zu einem offiziellen Ende gebracht worden.[624] Die *Coutume* von Bar datiert von 1579, homologiert und verzeichnet am Parlament von Paris 1582,[625] die von Gorze von 1624, von Bassigny von 1580, von Bourbonnois von 1521. Ungeachtet des Umstands, dass es vor diesen offiziellen Aufzeichnungen schon andere Regelungen gegeben haben mag, ist ersichtlich, dass in einem Zeitraum von circa 50 Jahren in verschiedenen Regionen des heutigen Frankreichs für dieselben Krankheiten, *morve* und *pousse*, sich entweder eine Frist von 8 oder von 40 Tagen findet. In der Bretagne konnte 1580 ein Pferd aus den gleichen Gründen binnen 15 Tagen gewandelt werden.
Eine Krankheit wird je nach Landstrich nicht schneller oder langsamer ausgebrochen sein. Selbst wenn man als Denkmodell die Vermutung aufstellt, dass nicht in jeder Region die Experten z.B. richtig zwischen verschiedenen Lungenkrankheiten unterscheiden konnten, da die Diagnostik sich erst mit weiteren wissenschaftlichen Erkenntnissen verfeinerte, und deswegen vielleicht in einer Region etwas anderes als *pousse* oder *courbature* angesehen wurde als in anderen Orten, so kann das nicht mehr als ein Einzelfall sein, der abhängig war von den Sachverständigen. Diese aber wechselten mit der Zeit, sammelten Erfahrung, bildeten sich weiter durch den Kontakt mit anderen Händlern und durch veterinäre Fachliteratur, so dass zum Zeitpunkt, als die *coutumes* aufgeschrieben wurden, landesweit ungefähr dasselbe unter einem Krankheitsbegriff verstanden werden musste, zumal die Niederschriften in den einzelnen Regionen zeitlich nicht wesentlich auseinander lagen. Und gerade bei *morve*, bei Rotz, dürfte kein Spielraum für unterschiedliche regionale Interpretation von Krankheitssymptomen möglich gewesen sein. Wie lassen sich also diese eklatanten Differenzen in den Fristen um mehr als das Doppelte, teilweise Fünffache, erklären?
Huzard merkt vor allem mit Blick auf den Pferdehandel in der Normandie an, dass Pariser Pferdehändler zuerst ihre Pferde in den königlichen Ställen vorführen mussten, damit der Stallmeister im Bedarfsfall Pferde aussuchen und drei Tage zur Probe reiten konnte. Dann

zum Markt in Caen (Normandie): Die Ställe seien dunkel und eng ; die Menschen würden sich dort drängen, es bliebe kaum Platz zum Vorführen; die Entscheidung werde nach Aussehen und Farbe gefällt.
[624] Bourdot de Richebourg T. II Anm. zur Coutume de Metz & le Messin.
[625] Bourdot de Richebourg T. II Anm. zur Coutume de Bar.

hätte es viel Zeit gekostet, die Pferde nach Paris zu transportieren, so dass eine Klagefrist im Verhältnis Verkäufer – Händler schon abgelaufen gewesen seien, als die Tiere endlich in Paris ankamen.[626] Das wird durch einen Bericht von 1791 bestätigt: „*Le Marchand de Paris, qui a acheté, envoie ses chevaux à Paris. Ils sont ordinairement quinze jours & quelquefois plus en route. Rarement il les accompagne. Arrivés à Paris, on les laisse reposer deux ou trois jours, après quoi les Ecuyers du Roi les voient pour les prendre, s'ils conviennent au service de Sa Majesté…; c'est ce qui a porté le Parlement de Rouen à donner à la garantie trente jours de durée.*"[627]

Warum wählte man z.B. genau acht oder genau vierzig Tage? Eine Frist von sechzig Tagen hätte man noch auf das ädilizische Recht zurückführen können, nicht aber diese Fristen.

Eine 8-Tages-Frist wie in Gorze, Bassigny und im Bourbonnois beim Pferd oder Bergerac beim Rind oder eine von 15 Tagen wie in der Bretagne oder in Bergerac beim Pferd, Esel und Maultier erklärt sich an erster Stelle durch die übliche Zeiteinheit von einer Woche oder zwei Wochen, wenn man den Tag des Ereignisses mitzählte. Angemerkt sei, dass auch im aktuellen Sprachgebrauch *quinze jours* zwei Wochen, also vierzehn Tage, meinen kann. Allerdings ist das nicht zu verallgemeinern[628] und die *coutumes* selbst schweigen dazu.

Geht man sehr weit zurück in die Ursprünge des Gewohnheitsrechts, ist die These, dass der unterschiedlich starke Einfluss von einheimischen Stämmen oder der römischen Bevölkerung ausschlaggebend war,[629] im Allgemeinen vertretbar. Man kann vielleicht nicht erklären, warum die Handelspraxis die eine oder andere Frist wählte; aber man kann feststellen, dass diese Fristenlängen nicht ungewöhnlich waren. Fristen von 40 oder 15 Tagen waren vor Gericht und im Handel auch in anderen Zusammenhängen üblich.[630] Im Jahr 1267 erließ in Flandern die Herrin der Region eine Verordnung, dass Waren, die auf den Märkten in Flandern gekauft wurden, binnen 15 Tagen nach Ende des Marktes bezahlt werden müssten; ansonsten konnte der Verkäufer nach Ablauf dieser Frist in den 40 folgenden Tagen vor dem für den Markt oder den Ort zuständigen Aufseher oder Richter Anzeige erstatten, „*.li venderes doit apries les XL jours apries le quinsaine devant dicte moustrer à eschevin ou li jugeur dou liu ou li markies ara esté fait le defaute de paiement...*".[631] In der *Coutume de Lille* gab es in

[626] Huzard S. 26f.
[627] Société vét. S. 76.
[628] s. Bourdot de Richebourg T. IV S. 1153 Cout. Limoges Art. XLI, der beim *retrait lignager* von 14 Tagen spricht.
[629] Castaldo Rdnr. 426.
[630] z.B. Cout. Paris 1580 Tit. I Art. VII: 40 Tage nach Tod des Vasallen; Cout. Peronne 1567 Art. XVII: Der Eigentümer eines entlaufenen Tieres hat 40 Tage, sich zu melden; der Finder muss in dieser Zeit an drei Sonntagen bekanntgeben, dass ihm ein Tier zugelaufen ist.
[631] Brun-Lavainne S. 161.

anderen Bereichen Fristen von 40 Tagen, wie z.B. zur Entäußerung durch den Verkäufer und Bezahlung eines Grundstücks, das mündlich verkauft worden war.[632] Die *Coutume de Bar* Tit. IV Art LIII sieht 40 Tage vor, innerhalb derer ein abgabepflichtiger Verkauf angezeigt werden musste. Da der Mensch in der Regel an Gewohnheiten hängt, würde es nicht verwundern, wenn eine bekannte Zeiteinheit auf den Pferdekauf übertragen worden sei.

Inwieweit ein englischer Einfluß auf die *coutumes* Nordfrankreichs vorliegen könnte, kann hier nicht vertieft werden. Das alte angelsächsische Recht kannte beim Viehverkauf nur eine Frist von 30 Nächten,[633] nicht von 40 Tagen, wie sie sich in einigen *coutumes* oder der *usage* der Normandie findet.

Eines ist damit deutlich: Der Handel, hier der Tierhandel, denn über den Kauf von Sachen schweigen *coutumes* und *usages* weitgehend, schuf sich eigene Klagefristen, die ihren Bedürfnissen mehr entsprachen als die der ädilizischen Edikte; aus den Edikten entnahmen sie ansonsten sehr selektiv einzelne Regeln zur Gewährleistung, ohne sich ausdrücklich auf das Römische Recht zu beziehen.

2.3.5.4 *Juge-Consuls*: eine Praxis fern vom *droit écrit*

Man wird vielleicht nicht im Einzelnen feststellen können, woher eine kurze Frist im Viehkauf und damit die Abkehr vom Römischen Recht kommt. Hingegen kann man einen Blick auf diejenigen werfen, die zuständig dafür waren, *usages* zu bestätigen oder vielleicht sogar zu ändern.

Als Referenz beruft Mornac sich auf diejenigen, die täglich mit solchen Streitigkeiten zu tun haben, die Händler selbst: „*a mangonibus ipsis didici, qui fere quotidianas de eiusmodi commerciis lites & vident, & dirimunt*" [634], mit anderen Worten auf die *Juge-Consuls*, die ca. seit 1563 in den größeren Städten Streitigkeiten zwischen Kaufleuten entschieden und aus den Reihen der Kaufleute einer Stadt auf ein Jahr gewählt wurden.[635] Auf diese hatte er schon

---

[632] s. Patou T. I S. 684 Rdnr. XXII ff; S. 688ff.

[633] Aus Kraut/Frensdorff S. 303: „*Gif mou hwelcne ceap gebygedh and he thonne onfinde him hwelce unhaelo on binnan XXX nihta, thonne weorpe thone ceap to honda odhdhe swerige, thaet he him nan facn on nyste, tha he hine him sealde*", in der Übersetzung: 'Wenn jemand irgendwelches Tier kauft, und dann irgendeinen Fehler an ihm findet binnen 30 Nächten, stelle er es (dem Verkäufer) zur Hand zurück oder (dieser) schwöre, dass er keinen Mangel an ihm wusste, als er es ihm verkaufte.'

[634] Mornac T. I Lib. XXI L. XIX § ult. Sp. 1214; vgl. L. I Sp. 1195: Händler und Tierärzte als erfahrene Leute als Quelle.

[635] Encyclopédie Diderot T. IX (1777) 'Consuls des Marchands' mit vielen Einzelheiten; vgl. Dictionnaire Universel par A. Furetière T. II (1690) 'Juge'; Mornac T. I Lib. XXI L. 1 Sp. 1193.

einleitend in seinem Kommentar zu D. 21, 1 hingewiesen. Neben den *scabinei* und *viocuri*, d.h. den *échevins* und den *voyers*[636], würden die *Juges-Consuls* die dritte Funktion der ädilizischen Ädilen ausüben, da sie über Betrügereien unter Kaufleuten entscheiden würden: „*Latine dixerimus Magistratus rerum forensium…. eiusmodique fere sunt per urbes huius Regni praecipuas, qui de fraudibus inter mercatores cognoscunt, nuncupantur vulgo, atque ex Edictis,* Juges Consuls." Sie können nur für den kaufmännischen Bereich sprechen; Mornac hingegen hat diese Sonderregel für das Handelsrecht auf das allgemeine Zivilrecht ausgedehnt, so wie es wohl der Praxis entsprach. In keiner Quelle werden unterschiedliche Regeln und Fristen für Klagen zwischen Kaufleuten und Privatleuten genannt. Die *coutumes*, die den *usages* hinsichtlich der Regeln zum Viehkauf inhaltlich gleichkommen, galten ja auch für jedermann. Bourjon, der zwischen der Haftung eines *marchand public* und eines *vendeur non marchand* für einen Sachmangel unterscheidet, lässt den Kaufmann dadurch strenger haften, dass dieser eine bessere Ware (*bonne, marchande, loyale*)[637] liefern müsse als der Privatverkäufer, dessen Ware nur nicht ganz unbrauchbar sein durfte. Bourjon erwähnt keinen Unterschied in den Klagefristen; er führt hingegen eine dritte Kategorie beim Kauf an, in dem die gleichen Regeln für den professionellen wie den privaten Verkäufer gelten sollten: den Viehkauf.[638]

Nach einer ersten Einsetzung 1549 von *Juge-Consuls* oder *consuls des marchands* in Toulouse wurden unter Charles IX[639] durch königliches Edikt von 1563[640] in Paris und durch ein weiteres von 1566 in anderen Handelsstädte für Kaufleute eine im Rahmen der *Déclaration en interprétation de l'Edit d'Erection* von 1565 ausschließliche[641] Gerichtsbarkeit geschaffen, die bei Streitigkeiten zwischen Kaufleuten für Geschäfte im Rahmen ihrer kaufmännischen Tätigkeit zuständig war. Dies koinzidiert mit der Zeit der Reformation der *coutumes.* Das Gerichtsverfahren sollte für Kaufleute vereinfacht und

---

[636] Weginspektoren.
[637] Eine Formulierung, die sich im modernen französischen Handelsrecht erhalten hat: Civ. 1re 20.12.1988 in Bull.civ. I Nr. 373: Die Ware müsse *saine, loyale et marchande* sein.
[638] Bourjon 1747 T. I S. 463ff: Für die Klagen, die nicht dem Viehrecht entstammen, erwähnt Bourjon keine Fristen.
[639] 1550-1574, Herrschaft 1560-1574 (unter der Vormundschaft seiner Mutter Katharina de Medici bis 1563).
[640] abgedruckt in Bornier II S. 734 als Anm. zu Tit. XII der *Ordonnance* von 1673, ebf. Fontanon T. I S. 440.
[641] abgedruckt in Bornier II S. 737 als Anm. zu Tit. XII der *Ordonnance* von 1673: „*Que les Juge & Consuls ... jugent en premiere Instance de tous differends entre Marchands habitans de Paris ... sans que pour raison de ce notre Cour de Parlement de Paris, ou autres nos Juges en puissent prendre aucune Cour, connoissance & Jurisdiction, soit par appel ou autrement: sinon ès [=dans des]cas qui excederont la somme de cinq cens livres tournois suivant ledit Edit*", eine Berufung war für ihre Enscheidungen nicht vorgesehen, *Edit 1563,* es sei denn für einen Streitwert über 500 Livre Tournois ; aber Art. 8 *Ordonnance* 1673 mit Anm.: auch für die Geschäfte während des Jahrmarkts, es sei denn diese Fälle seien den *Juges Conservateurs du privilège des Foires* zugeordnet, s. *Ordonnance* (Edikt) Mai 1655: *portant union de la Iurisdiction de la Conservation des Privileges Royaux des Foires de la ville de Lyon, au Corps Consulaire de ladite Ville.*

beschleunigt[642] werden. Den *Juge-Consuls* unterstanden z.T. auch die Jahrmarktspolizei und die Inspektion der Waren.[643] Als Praktiker wurden *Juge-Consuls* z.B. auch bei der Fassung der *Ordonnance* von 1673 zu Fragen des Handels gehört, damit sie auf Missstände hinweisen konnten.[644]

Mit dieser *Ordonnance* von 1673 zum Handel, Art. 1, wurde das Edikt von 1563 auf alle Amtssitze von *Juge & Consuls* innerhalb des Reichs ausgedehnt. Aus einer zum ersten und einzigen Mal berufenen Versammlung von hundert Kaufleuten, Bürgern der Stadt, wurden auf ein Jahr fünf Personen gewählt[645], von denen einer zum *Juge*, die anderen vier zu *Consuls* erklärt wurden. Am Ende ihres Amtsjahres riefen diese bis zu sechzig Kaufleute aus der Stadt zusammen, die dreißig unter sich wählten, die wieder fünf unter sich wählten[646], wobei der *Juge* mindestens vierzig Jahre alt sein musste, die *consuls* siebenundzwanzig.[647]

Im Ganzen betrachtet waren diese Richter und Konsuln Männer der Praxis, Bürger und Kaufleute, mit mehr oder weniger Erfahrung je nach Alter, auch hinsichtlich gewisser zwielichtiger Verkaufstaktiken,[648] aber keine ausgebildete Juristen. Sie mussten lediglich die für ihren Berufsstand relevanten Gesetze kennen und danach entscheiden, was der gute Glaube und die Gerechtigkeit (*équité*) im Handel verlange.[649] Kenntnisse im Römischen Recht oder in Latein waren nicht verlangt. „*A quoy i'adioustois pour comble, le vulgaire axiome du Palais, qu'il s'agit principalement de bonne foy entre marchans, où il ne convient pas de disputer des points plus difficiles du droit…, qu'en la Cour des marchands on doit iuger de ce qui est iuste, bon & équitable…*"[650]

In den Entscheidungen ging man davon aus, dass zwischen Kaufleuten *la bonne foi als* höher erachtet wurde als gewisse Regeln des allgemeinen Zivilrechts für Privatleute, z.B. was die Verjährung von Schulden oder die vereinfachte Beweisführung durch Zeugen oder

---

[642] s. Mercier T. II S. 26: „*Elle* [juridiction consulaire] *expédie plus d'affaires litigieuses en un seul jour que le parlement en un mois...*".

[643] *Stile de la Iurisdiction Royale, establie dans la ville de Lyon, & presentement unie au Consulat, pour la Conservation des privileges Royaux des Foires, Abs. IV, Nr. VII.*.

[644] Bornier I Préface von 1729.

[645] in anderen Städten nur drei, Lange 1755 T. I S. 101.

[646] Modifiziert durch die *Déclaration* von 1728 unter Louis XV (Bornier II S. 777), die einen Schlüssel für die vertretenen Berufsstände festlegte.

[647] Encyclopédie Diderot (1777) T.9 'Consuls des marchands' zur Geschichte der Entwicklung in anderen Städten; vgl. auch alle weiteren *Déclarations* (1610, 1611) und *édit (*1710) zur Entwicklung der *juge &consuls*, kommentiert in Bornier II S. 740ff; Guyot 'consuls' S. 141ff zu anderen Städten.

[648] Mercier T. V S. 23 (von 1783): zu den Tuchhändlern, die durch eine Sonnenblende das Tageslicht abhalten: selbst im Viertel St.Honoré, Paris, bei einem „*juge-consul, bientôt chevalier & membre de l'hôtel-de-ville, un abat-jour comme chez le fripier des piliers des Halles!*"

[649] Poullain du Parc T. X S. 733 (Zeugnis von 1770) ; Mercier T. II S. 26.

[650] Choppin (1614) S. 265.

Handelsbücher betraf.[651] Der gute Glaube konnte sogar das *droit écrit* verdrängen. Duret führt die Prinzipien aus, die zwischen Händlern gelten sollen. „*Iustes marchands*" müssen guten Glauben und Loyalität aufweisen. „*En la cour des marchands (disent les docteurs) faut traicter l'affaire d'equité, reiettant les subtilitéz des legistes, qu'ils appellent apices de droict.*" Er geht noch weiter: „*il faut suivre l'equité & se detourner quelques peu du droict escript, dit: L'equité est considerable lorsque la loy en faict mention, ou quand le debat est entre marchands. Ceux là pour l'entretien de leur traffic ont iuges particuliers, s'obligent vallablement par nues pactions; & ne sont subiects aux regles de droict.*" [652]

Kurz gesagt: Diese Praktiker standen dem *droit écrit* fern. Für sie spielte es keine Rolle, dass Ulp. D. 21, 1, 19, 6 oder Pap. D. 21, 1, 55 Details für die Fristen einer Wandlungs- und einer Minderungsklage angesprochen hatten. Bei den Verfassern einer *coutume* und bei den diese kommentierenden Juristen kann man eine mehr oder weniger fundierte rechtliche Reflexion über die Sachmängelgewährleistung vor dem Hintergrund des Römischen Rechts unterstellen; dies kann nicht mehr gelten für die *Juge-Consuls,* die über die Anwendung des Römischen Rechts in der Praxis bestimmen. Sie setzen einem Einfluss des Römischen Rechts auf die Gewährleistung (und damit den römischrechtlichen Klagefristen) im Rahmen ihrer Gerichtsbarkeit ein Hindernis entgegen: *l'équité.*

Ein spätes Urteil, Rouen 13.12.1806, abgedruckt im Journal du Palais, äußert sich zu den Regeln im Verhältnis zwischen Kaufleuten dahingehend, dass die Handelsbräuche, der gute Glaube und Gerechtigkeit im Handelsrecht ausschlaggebend seien.[653] Demzufolge konnte der Käufer die Ware auch noch nach zwei Tagen wandeln, obwohl er sie vorher, dem Handelsbrauch gemäß, zumindest kurz geprüft hatte. Denn der Handelsbrauch sah beim Kauf keine weitere umständliche Prüfung vor. Später setzte sich der Grundsatz durch, Händler müssten sofort prüfen und sofort reklamieren, da man voraussetzte, ein Mangel könne dem Händler nicht verborgen bleiben. Somit löste man das mögliche Problem einer Klagefrist über den Haftungsausschluss bei einem offensichtlichen Mangel.[654] Diese handelsrechtlichen Grundsätze verwundern heute nicht mehr; man muss sich nur klar werden, dass das Römische Recht dort an Terrain verliert, wo das Handelsrecht anfängt. Ingesamt setzte der Handel,

[651] Brillon 'prescription' S. 672 ; vgl. s.o. *Ordonnance* 1673.
[652] Duret T. IV § XLIX S. 415 re. Sp. zur Regel, dass Gastwirten u.a. bloß aufgrund deren Schwurs Glauben geschenkt wird.
[653] Urteil ebf. zusammengefasst in Dalloz Rép. T. 44, 1 'vices rédhibitoires' S. 57 Anm. 1.
[654] Dalloz Rép. T. 44, 1 'vices rédhibitoires' S. 57 Nr. 74; so auch Req. 13.02.1828 ebd. S. 80 Anm. 1.

insbesondere der internationale, z.B. mit Tuch, seine eigenen Regeln über Handelsbräuche durch, was sich in Frankreich im speziellen Jahrmarktsrecht widerspiegelt.[655]

2.3.6 Zusammenfassung

Die frühen Zeugnisse aus den *leges Romanae barbarorum* und den Formeln des 7. Jahrhunderts bezeugen, dass einige Regeln aus den ädilizischen Edikten für eine Rechtsanwendung in Frankreich diskutiert wurden; sie geben aber keinen Hinweis auf mögliche Klagefristen. Der Staat und seine Verwaltungen haben fast nie direkt in den Bereich der Ansprüche des Käufers eingegriffen; hingegen bereiten sie die Basis der Sachmängelgewährleistung vor. Sie halten gewisse Qualitätserfordernisse fest, hygienische Mindestanforderungen und Maßnahmen gegen betrügerische Machenschaften mit dem Ziel, die Versorgung der Bürger mit guten Waren zu gewährleisten. Teilweise hatten die *ordonnances* einen privaten Ursprung in den *statuts* diverser Berufsgruppen, die in der Struktur den Zünften und Gilden nahe kamen.

Die *coutumes* und *usages* enthalten ebenfalls Bestimmungen, die zum einen die Gewährleistung direkt, zum anderen indirekt betreffen. Die indirekten Regeln sind polizeilicher Art, vergleichbar mit denen durch Verordnungen erlassenen, die Eingang in die *coutumes* gefunden haben. Zu den die Sachmängelgewährleistung direkt relevanten Bestimmungen lässt sich festhalten, dass sie rar sind in den *coutumes*. Die *usages* dazu, die in der Literatur wiedergegeben werden, sind ebenfalls nicht zahlreich. Das Schweigen ist damit die erste Beobachtung. Die *coutumes* und *usages*, die sich dazu äußern, widmen sich an erster Stelle dem Pferdekauf, des Öfteren dem Schweine(fleisch)verkauf, selten anderen Tieren und nur ausnahmsweise Sachen. Es scheint so, als seien diese Regeln abschließend in dem Sinne, dass es im Viehrecht keine Gewährleistung wegen Sachmängel gab, es sei denn die *coutumes* oder *usages* oder aber eine vertragliche Abrede sahen dies vor. Nur die Wandlung wurde praktiziert. Das Römische Recht springt nicht ohne Weiteres in die Lücke, die die *coutumes* und *usages* zur Sachmängelgewährleistung lassen. Die Texte setzen Regeln aus dem Römischen Recht voraus; das ging aber nicht so weit, dass sie die ädilizischen Prinzipien und

[655] dazu: Hilaire in Tijdschrift v.R. 2002, S. 213, der eine italienische Perspektive zugrunde legt: Bereits im XIII. Jh. habe der Handel es geschafft, über das komplexe System der regionalen feudalen Rechte hinweg mittels seiner eigenen Zusammenschlüsse einen eigenen geschützten Rechtsraum für die Entwicklung des Handels zu schaffen; S. 214: Das Römische Recht sei nicht unbedingt das Recht gewesen, das der Handel gesucht hatte. Insofern sei das Handelsrecht keine Fortführung des Römischen Rechts in erster Linie, sondern habe sich davon frei entwickelt; S. 218f: Jahrmarktsrecht und -gerichtsbarkeit setzte sich über das alltägliche Recht hinweg.

Klagefristen aus dem Römischen Recht umsetzten, auch nicht im stärker römischrechtlich geprägten Süden. Die Fristen entsprachen nicht den praktischen Bedürfnisse im Handel, der die Möglichkeit der Vertragsauflösung wegen Mängel minimierte.

2.4 Die juristische Literatur und die Gewährleistung

Bislang konnte festgestellt werden, dass die *coutumes* und *usages* hinsichtlich der Sachmängelgewährleistung hauptsächlich den Tierkauf regelten, den Kauf von Sachen größtenteils ausließen und vor dem vagen Hintergrund des *droit écrit* verfasst wurden, auf das sie punktuell verweisen. Soweit sich in der Literatur Angaben zu *usages* fanden, sind diese schon angeführt worden. Die juristische Literatur hat aber nicht nur die *coutumes* und die *usages* wiedergegeben, sie hat diese Texte auch rechtlich ausgelegt, sie durch Römisches Recht ergänzt oder ein eigenes Rechtssystem auf der Basis des Römischen und anderen geschriebenen Rechts geschaffen und somit einen eigenen Beitrag zur Entwicklung hin zum *bref délai* geleistet.

Ins Auge fällt, dass viele Kommentare zu *coutumes* und *usages*, aber auch allgemeine Darstellungen zum Recht und Urteilssammlungen sich zum Thema der Sachmängelgewährleistung ausschweigen[656] oder aber ihren Kommentar auf den Sonderfall im Viehrecht, insbesondere von Pferden, beschränken und kein Wort zum allgemeinen Recht verlieren.[657] Verständlich mag das sein bei Kommentaren zu *coutumes*, die ihrerseits ein Gewährleistungsrecht nicht erwähnen, weniger einsichtig ist dies bei Werken, die ausdrücklich das französische Recht in der Zusammenschau mit dem Römischen Recht darstellen wollen. Unter die Werke, die sich zur Gewährleistung ausschweigen, fallen z.B. die *Coutumes de Beauvoisis*, die Philippe de Beaumanoir um 1280 schrieb.[658] Petrus Fontanus oder Pierre de Fontaine (Mitte 13. Jahrhundert) aus der Region Vermandois im Norden Frankreichs kommentiert in seinem Werk *Conseil* oder auch *Conseil à un ami* im Zusammenhang zum Kauf nur die Frage, wo Klage erhoben werden konnte gegen den

[656] mit Jahr der Ausgabe: Vicent (Dumoulin) 1572; Duaren (1592); Pithou (1600); Choppin (1614) & (1662); Berault (1614); Mauduit (1624); de Basmaison Pougnet (1628); Bouchel (1631); Charondas le Caron Cout. (1637); Le Grand; Begat/Depringles (1665) & (1652); Tronçon (1664); de Ferrière Intro. (1679); Champy (1682); Collet (1698); Maichin (1708); Duplessis (1709); de Villers/de Pringles/Guillaume (1717); Pape (1769); Pihan de la Forest (1771); de Ferrière Nouv. Cout. (1779); d'Ableiges (1868).
[657] z.B. Née de la Rochelle S. 218f; Brodeau T. II S. 305; Pesnelles T. I S. 61.
[658] Castaldo Rdnr. 431; in der Ausgabe durch Thaumas de la Thaumassiere ist von 1281 oder 1283 die Rede; vermutlich ausgebildet im Römischen Recht, konzentriert Beaumanoir seine Abhandlung dennoch auf das *droit coutumier* und stellt das Römische Recht nur dort dar, wo es ihm nützlich erschien: Castaldo Rdnr. 453.

Verkäufer, d.h. i.d.R. am Ort des Verkaufs.[659] *Li Livres de Jostice et de plet*, wohl von Mitte des 13. Jahrhunderts aus der Region um Orleans,[660] übersetzen zum Kaufrecht D. 19, 1 (Liv. 18, IV). Angenommen, es sei eine getreue Übersetzung, wird sich darin nichts zu den Fristen finden.[661] Die spätere *Coutume* aus Orleans gleicht diesem *coutumier* in diesem Verweis nicht.

Die Glosse zum *coutumier bourguignon* aus dem 14. Jahrhundert weist eine umfassende Kenntnis des Römischen und kanonischen Rechts auf.[662] Der Text selbst behandelt keine Fragen der Gewährleistung wegen Sachmangels. Jean le Coq oder auch Johannes Gallus betrachtet in seiner Sammlung von Rechtsfällen und Parlamentsurteilen vom Ende des 14. Jahrhunderts das Zivilrecht nur am Rande.[663] Zur Gewährleistung verliert er kein Wort. *Le vieux coustumier de Poictou* von 1417 als ältestes Rechtsdenkmal des Rechts von Poitou[664] enthält trotz seiner Ausführlichkeit keine Regelungen zur Sachmängelgewährleistung.

Jean Masuer (gest. 1450) verarbeitete als Berater der Herrschaften in der Auvergne in seinem Werk das praktische Recht, auch wenn er viel auf römische Quellen zurückgriff. Es diente 1510 wohl als Vorlage für die *coutume* der Auvergne.[665] In seiner *Practica forensis* diskutiert er in seinem Kapitel *de emptione et venditione* ausführlich u.a. die Eviktion, den Kaufvertrag und den *juste prix*, übergeht aber die Sachmängelgewährleistung. Guy Pape (gest. 1475)[666], dessen *Decisiones* für das Dauphiné und Grenoble noch 1769 auf Französisch wiederaufgelegt wurden,[667] behandelt verschiedene Aspekte des Kaufvertrags[668], aber nicht die Sachmängelgewährleistung. Jean Imbert (geboren und gestorben im 16. Jahrhundert) ist der Verfasser mehrerer kleinerer Abhandlungen für die Praxis und einem Handbuch zum *droit écrit*, in denen er auf die Gerichtspraxis und das Gerichtsverfahren eingeht, aber keine Bemerkung zum materiellen Sachmängelgewährleistungsrecht macht. In seinem Kommentar zum Zivilrecht erwähnt François (de) Connan oder auch Connanus (1508-1551) die Frist der Wandlungsklage nur am Rande, als Ausnahme der prätorianischen Klagefristen von einem Jahr. Die Klagefrist sei halbjährig, da die Mängel eines Sklaven in dieser Zeit erkannt werden

[659] de Fontaines S. 341ff.
[660] Castaldo Rdnr. 442.
[661] Der Nachdruck von 1850 unterlässt es, dieses Kapitel wiederzugeben.
[662] s. den Index in Petitjean/Marchand/Metman.
[663] Boulet S. LXXXVIII.
[664] Filhol S. 3.
[665] s. Boyer in IRMAE V, 4, d S. 49, 55.
[666] Chorier in Pape S. XIIIf gibt das Leben Guy Papes wieder; er siedelt die Geburt auf Anfang des 15. Jahrhunderts, 1430 habe Pape seinen Doktortitel erhalten.
[667] durch Nicolas Chorier, s. Literaturverzeichnis.
[668] Pape S. 229ff.

könnten.[669] Olive du Mesnil spricht gegen Mitte des 17. Jahrhunderts die ädilizischen Rechtsbehelfe nicht an, sondern beschränkt sich auf eine Diskussion um Wandlung, Minderung und Schadensersatz bei der Eviktion und einer Beschränkung im Recht an der Sache,[670] anders als der Kommentar Soulatges' hundert Jahre später zum Werk von Olive du Mesnil. Boutaric (1672-1733) erwähnt, mit Bezug auf Jean de Catellan und Olive du Mesnil, die ädilizischen Klagen in Abgrenzung zur *ex empto*, aber nicht die Klagefristen.[671]

Bei diesem beharrlichen Schweigen der Doktrin zu den Grundfällen der Sachmängelgewährleistung muss man unweigerlich an Collet denken, der in seinen Erklärungen von 1698 u.a. zu der *Coutume* von Bresse in Bezug auf Abhandlungen zu diversen Berufsarten schreibt: „*Le reste de ce livre contient des reglemens de police qu'il n'est pas fort important de savoir… chacun sait ce que c'est…*"[672] Aber ist dies hier wirklich eine ähnliche Situation? Bedeutet das Schweigen, dass in diese Lücke in den *coutumes* das Römische Recht bzw. das *droit écrit* vorstieß[673] und deswegen nicht extra erwähnt werden musste, weil es jedem bekannt war? Oder heißt es, dass keine Lücke vorlag und die Klagen außerhalb des Viehrechts eine geringe Rolle in der Praxis einnahmen? Als die Verfasser des Code civil '*bref délai'* in den Art. 1648 C.civ (1804) schrieben, hatten sie zwangsläufig das Bild von einer Sachmängelgewährleistung vor sich, wie es in der Literatur dargestellt war. Was sahen sie also vor sich: die kurzen Fristen aus dem Viehrecht oder auch die Klagefristen aus dem Römischen Recht? Man muss in der Literatur manchmal zwischen den Zeilen suchen, inwieweit dem Römischen Recht neben dem regionalen Sonderrecht überhaupt ein Platz eingeräumt wurde.

Als Zeugnisse werden die 'großen' Autoren ihrer Zeit herangezogen, aber nicht nur. Denn sie reichen nicht aus, um ein Gefühl davon zu erhalten, welchen Stellenwert an sich die Klagen hatten. Man kommt nicht umhin, viele Mosaiksteine auszulegen, um am Ende vielleicht ein Bild zu erhalten. Diese Zeugnisse sollen in ihrem zeitlichen Kontext betrachtet werden; deswegen bietet es sich an, die chronologische Einteilung in der Behandlung der französischen Literatur beizubehalten.

Zunächst muss aber ein Exkurs nach Italien unternommen werden.

---

[669] Connan S. 199 B.
[670] Olive du Mesnil S. 630ff Liv. IV Ch. XXIIIf.
[671] Boutaric S. 483.
[672] Collet Teil 2 S. 125.
[673] Levy in Mélanges Petot S. 377 geht allgemein von der Hypothese aus mit Blick auf *le vieux coutumier de Poictou* von 1417, dass das Schweigen u.a. im Bereich der Obligationen bedeute, Römisches Recht werde dort in Reinform angewandt.

2.4.1 Ein Ausflug nach Italien

Die französische oder später die deutsche Rezeption des Römischen Rechts baute auf Literatur aus Italien auf. Bei der Ausbildung der französischen Juristen und Rechtslehrer spielten italienische Universitäten und Schriften eine große Rolle. Im 13. Jahrhundert wurde Azos *Summa Codicis* ins Altfranzösische übersetzt.[1] Insofern kann ein kurzer Exkurs nach Italien in dieser Arbeit nicht fehlen.

2.4.1.1 Rogerius (11. Jahrhundert)

Rogerius, Jurist des 11. Jahrhunderts in Bologna, führt in einer *Summa Codicis* zur den ädilizischen Klagen aus, dass sie der zivilen Kaufklage auf dem Fuß folgen. Im Wesentlichen legt er dar, dass der Käufer einen Wandlungsgrund habe bei einem körperlichen oder seelischen Mangel und, wenn der Sklave oder das Tier nicht dem beim Verkauf Zugesagten entsprechen.[2] Bei allen Tieren könne bei einer entsprechenden Abrede gewandelt werden, womit er vermutlich auf das *pactum displicentiae* anspielt. Er fährt fort: „*Redibentur etiam animalia si de his que Edicto Edilium continentur venditor non cavet*“[3], was soviel heißt, dass Tiere auch gewandelt werden, wenn der Verkäufer hinsichtlich dessen, was im Edikt steht, *non cavet*, keine Sicherheit abgegeben habe. Seine Unterteilung, was für Tiere, was für Sklaven und schließlich für Grundstücke gelte, erscheint manchmal willkürlich. Denn dieser letztzitierte Satz scheint Gai. D. 21, 1, 28 zusammenzufassen, nur dass die Frage der kürzeren Fristen weggefallen ist. Folglich werden diese auch bei der Nennung der Klagefristen übergangen: „*Hec tamen omnia officio iudicis expedienda sunt intra sex menses utiles post contractam emptionem. His transactis, agi potest quanti minoris empturus esset si hec omnia scisset, intra utilem annum, si vero res distracta sine iudice, ex consensu utriusque partis*

[1] Lange RR T. I S. 55.
[2] Allerdings ist die Textstelle merkwürdig: „*Cetera vero animalia fere habent eandem causam redibendi , quam mancipia nam redibentur ex corporis et animi vitio et merito, nisi contra dictum vel promissum inveniatur, vel si non sint ita ordinata, ut in venditione dictum est, preterea omnia animalia redibentur ex conventione"*, Palmer T. I S. 131 li. Sp. Die Übersetzung des *nisi* bereitet Schwierigkeiten, da die Verneinung des *si* an dieser Stelle keinen Sinn ergibt. Der kritische Apparat hilft hier nicht weiter, ebenso wenig wie eine Synopse mit Fittings Irnerius-Ausgabe, die hier wesentlich knapper ist. Es fragt sich auch, wohin dieser Nebensatz gezogen werden muss, entweder zu *merito* (hier wohl i.S.v. Vergehen, Tat) oder *vitio animi*, so dass vielleicht die Einschränkung ausgedrückt werden sollte, dass eine Haftung für nicht ediktsmäßige Mängel nur bei einer ausdrücklichen Zusage gelten kann, oder im Rahmen einer Aufzählung nebenordnend zu *vitium corporis – vitium animi – dictum promissumve*, wobei dann eine Dopplung mit dem Nebensatz *vel si non sit....* eintritt.
[3] Palmer T. I S. 131 li. Sp.

redibita est, in factum de pretio agendum est, item ex pacto fit redibito, per actionem in factum, infra LX dies, veluti, si convenit ut, si emptori displicuisset, eam redderet.“[4] Hier wird beim Kauf die sechs Monate lange Klagefrist ab dem Kauf wie bei Ulpian D. 21, 1, 19, 6 und die Jahresfrist bei der Minderungsklage aufgezählt. Für beide Fristen wurde das *utilis* aus den Urtexten übernommen. Die Frist von sechzig Tagen wird nur bei einer Klage *in factum* erwähnt, wobei als Beispiel das *pactum displicentiae* genannt wird. Papinian D. 21, 1, 55 ist unter den Tisch gefallen, ebenso wie ein Fristbeginn ab einer Zusage, auch wenn *dicere* und *promittere* zuvor als Haftungsgrundlage des Verkäufers angesprochen wurden.

2.4.1.2 Azo (ca. 1150-1230)

Die Summen des Bologneser Juristen Azo (ca. 1150-1230) waren bei der Ausbildung im Römischen Recht unabdingbar. In seiner Vorlesung zum Codex merkt er zu C. 4, 58, 2 '*Cum proponas'*, zweiter Satz, '*etenim…*'[5] an: „*Pro mensibus praeteritis, non his qui consequuntur venditionem. Alioquin nulla esset ratio: & hoc scienti vitium. Secus si ignoravit*“, also die im Codex erwähnte Zeit sei als abgelaufene Monatsfristen zu verstehen, nicht aber als solche, die dem Kauf unmittelbar nachfolgten. Anders ergäbe das keinen Sinn. Dies sei so bei dem, der den Mangel kenne; anders sei es, wenn er ihn nicht gekannt habe. Dabei beruft er sich, anders als Rogerius, auf Pap. D. 21, 1, 55.

In seiner *Summa aurea* zum Codex, die ausführlicher ist, unterscheidet er zuerst zwischen den zivilen Wandlungs- und Minderungsklagen und den ädilizischen, wobei er bemerkt, dass die zivile Minderungsklage[6] *perpetua* sei,[7] um sie am Ende alle unter die *ex empto* unterzuordnen.[8] Die Klagen seien anwendbar auf unbewegliche Dinge, *res soli*, sich bewegende, *res se moventes*, und bewegliche, *res mobiles*,[9] wobei er den verseuchten Boden, Tiere und Sklaven und, was aufmerken lässt, andere Dinge als Beispiel anführt. „*Si autem sit res quae se non moveat, sed est mobilis, locum habet edictum, ut in carne morbosa, vel leprosa, vel laesa vendita.*“ Er hat also den Sprung zum praktischen Marktleben gemacht, auf

[4] Palmer T. I S. 131 re.Sp.
[5] C. 4, 58, 2, zweiter Satz: „*Etenim redhibitoriam actionem sex mensum temporibus vel quanto minoris anno concludi manifesti iuris est.*"
[6] Nämlich die Klage, um wie viel der Käufer gekauft hätte, ist zivil, wie viel die Sache wert war, sei ädilizisch, Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 3.
[7] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 3.
[8] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 7.
[9] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 6.

dem u.a. auch Fleisch verkauft wurde, das krank, aussätzig oder sonst beschädigt war.[10] Schließlich sollten ja Sitten und Gebräuche in die Kaufklage einfließen, zu der nach Azo auch die ädilizischen Klagen gehören:„*Ea enim quae sunt moris, & consuetudinis, veniunt in bonae fidei iudiciis* …[D. 21, 1, 31, 20]“.[11] Ebenso schiebt er ein, dass „*in libris mendosis*“, bei Büchern voller Fehler, doch auch eine Wandlungsklage zu geben sei, wenn auch eine *actio utilis*, da doch ein Buch weder am Geiste noch am Körper krank oder mangelhaft sein könne.[12] Das musste wohl ein anderer Missstand des Alltags sein, der ihm unter den Nägeln brannte, so sehr, dass er sich selbst widersprechen musste. Denn nach seiner Definition waren *venditiones simplariae*, bei denen eine Wandlung ausgeschlossen war, die Käufe einer *res simplex*, „*id est vitali carens alimento*“, wozu er den schwachen Balken, den schlecht gebrannten Ziegel und die Dienstbarkeit als Beispiel anführte, nicht aber das Buch. Ebenso rechnet er unkörperliche Sachen zu den einfachen Dingen, wie eine Erbschaft, nicht aber die *res vilis*, für die bei einer Eviktion nur *in simplum* geklagt werde.[13] Auf keinen Fall denkt er an Käufe, die vielleicht unter Ausschluss einer Haftung abgeschlossen worden sein könnten.

Was der Verkäufer *animo obligandi* zugesagt habe, *dicere*, müsse er halten,[14] wobei er sich an Ulp. 21, 1, 19, pr. und 2 anlehnt. Der Käufer sollte das Vorliegen des Mangels vor dem Verkauf beweisen.[15]

Er merkt an, dass der Verkäufer außer für die zugesagten Eigenschaften auch haften müsse, „*cum non cavet.. de his, quae iubent aediles.*“[16] In der Langform lautet das so: „*Item debet cavere venditor de his, quae continentur in edicto; quod si non faciat, fiet redhibitio in hoc casu intra duos menses, & postea intra sex menses agi poterit ad interesse* [Gai. D. 21, 1, 28]…. *Sed in superioribus casibus datur redhibitoria usque ad sex menses* [Ulp. D. 21, 1, 19, 6]….“[17]. Desselben müsse der Verkäufer hinsichtlich dessen, was im Edikt enthalten sei, Sicherheit leisten, *cavere*; wenn er es nicht mache, werde die Wandlung in diesem Falle binnen zweier Monate gemacht und danach könne binnen sechs Monaten auf Interesse geklagt werden. Er beantwortet sich anschließend noch die Frage, wogegen der Verkäufer Sicherheit leisten müsse, nämlich gegen Mangel, Krankheit, Herumstreunen, Flucht,

[10] Man erinnere sich an die (späteren) französischen *coutumes*, die Regeln zum ‚aussätzigen' Fleisch (*mezel, ladre*) enthalten. Azo wird dies Beispiel nicht aus der Luft gegriffen, sondern sich wohl an der Praxis orientiert haben.
[11] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 30.
[12] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 6.
[13] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 6.
[14] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 14.
[15] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 28.
[16] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 7.
[17] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 15.

Kapitalstrafe, Selbstmord, Noxalklage. Das ist eine Wiedergabe der Digesten, ohne etwas Erhellendes hinzuzufügen oder Gaius' Stelle zu hinterfragen.

Etwas weiter im Text stellt Azo zu den *actiones in factum* bei einem *pactum displicentiae* und einer *redhibitoria* wegen des Zubehörs bei einem Jumentenverkauf eben diese Klage, „*ubi venditor non cavet de his, quae iubent aediles*“[18], was nur eine Wiederholung des Digestentextes ist.

Weitere Erläuterungen drehen sich um die Zusammenführung von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. 21, 1, 55: „*Sunt autem istae actiones temporales: nam redhibitoria vi. mensibus, quanto minoris anno, in factum lx. diebus tolluntur*[19]*: … & computantur in eis utilia tempora: & incipit currere tempus in redhibitoria ex die venditionis, cum supine quis ignoravit vitium, ut diximus*[20] *alioquin cedet ab eo tempore, quo coeperit quis scire vitium. Si autem agatur ex eo quod est dictum, vel promissum ante venditionem, cedet similiter tempus ex die promissionis. Si autem agatur ex eo quod quidem dictum est, vel promissum post venditionem, cedet tempus ex die promissionis* … [Ulp. D. 21, 1, 19, 6; Gai. D. 21, 1, 20; Pap. D. 21, 1, 55].“ [21] Es gebe also für die Wandlungsklage eine Frist von sechs Monaten, für die Minderungsklage eine von einem Jahr, für die *actio in factum* eine von sechzig Tagen, was nicht weiter verwundert. Die Zeit sei *utilis* und beginne bei der Wandlungsklage ab dem Tag des Kaufs zu laufen, wenn jemand nachlässigerweise den Mangel nicht kannte (zu ergänzen: und der Verkäufer den Mangel kannte, also der Käufer trotz seiner Nachlässigkeit klagen könne). Andernfalls beginne sie ab der Zeit, ab der jemand den Mangel erkannt habe. Bei einem *dictum promissumve* vor dem Kauf beginne die Frist ab dem Tag der Zusage, ebenfalls bei einer Zusage nach dem Kauf. Azo löst den Widerspruch zu Ulpians Aussage, indem er Papinians Aussage dehnt: Nach Papinian ist die Prüfung wie folgt: Der Mangel war nicht offensichtlich zur Zeit des Verkaufs, denn dann würde das Edikt gar nicht greifen, Pap. D. 21, 1, 55 2. Satz: „*…non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit.*“ Der Mangel (*fugitivus*) war versteckt, also besaß der Käufer *potestas experiundi,* sobald er den Mangel kannte. Azo macht daraus: Der *dolus* des Verkäufers hebe die Leichtfertigkeit des Käufers auf. Also könne das Edikt greifen, auch wenn der Mangel zur Zeit des Kaufs offensichtlich gewesen sei. Der Verkäufer habe eine *cautio* abgegeben, denn sonst würden die kürzeren

[18] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 21.
[19] So auch Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 20.
[20] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 24:„*Et in hoc casu dicit lex emptori supine ignoranti vitium, currere tempus.*.[D. 21, 1, 55].“ An dieser Stelle führt Azo aus, dass derjenige Käufer, der den Fehler kannte oder kennen musste, nicht gegen den (gutgläubigen) Verkäufer vorgehen könne. Die Arglist des Verkäufers überwiege aber die nachlässige Nichtskenntnis des Käufers. Und in dem Falle dann liefe die Klagefrist.
[21] Azo Summa zu 21, 1 Rdnr. 30.

Fristen gelten. Die Frist laufe ab dem Tag des Verkaufs, Ulp, D. 21, 1, 19, 6 „…*ex die venditionis*…“, denn das Kennenmüssen wird der Kenntnis gleichgesetzt, und der Käufer habe zum Zeipunkt des Kaufs den offensichtlichen Mangel kennenmüssen. Vom seinem Satzbau her gesehen scheint sich diese Hilfskonstruktion über den *dolus* des Verkäufers nur auf den Fristbeginn ab Kauf zu beziehen, nicht auf den Fall einer Zusage. Aber wie man es auch wendet, seine Aussage zur Klagefrist im Falle einer Zusage sprengt seinen logischen Rahmen: Wenn eine Zusage gemacht wurde, Ulp. D. 21, 1, 19, 6 „…*aut si quid.*…“, würden die Fristen ab dem Tag des *dictum promissumve* laufen, egal, wann diese abgegeben wurde. Damit würde Azo die formlose Zusage in eine ungeheuer starke Position rücken, da sie den Fristbeginn begründen würde, ähnlich wie Donadio es für das klassische Römische Recht angedacht hatte. Aber wieso sollte der Käufer, der sogar durch eine Zusage gesichert war, nicht von einem Fristbeginn ab Kenntnis vom Mangel profitieren können?
Insofern kann man bei Azo eine Neigung zu Pap. D. 21, 1, 55 finden, dessen Anwendbarkeit er gegen Ulp. D. 21, 1, 19, 6 durchzusetzen sucht. Da er Pap. D. 21, 1, 55 wie die Regelung zu einem Fristanfang behandelt, schafft er sich einen Widerspruch, den er selbst durch komplexe Konstruktionen nicht aufzulösen vermag.

2.4.1.3 Accursius (ca. 1182-1260)

Accursius (ca. 1182-1260), Schüler des Azo, ist in seiner Glosse zu C. 4, 58, 2 *cum proponas* wesentlich kürzer. Dort sagt er, die Klagefristen liefen prinzipiell vom Tag des Kaufs an, es sei denn der Käufer habe nichts vom Mangel gewusst. Anders herum gesagt: Kannte der Käufer den Mangel nicht, lief die Frist nicht. Die Klagefristen seien sechs Monate und ein Jahr, wobei *utilis* so zu verstehen sei, dass der nicht klagebefugt sei, der vom Mangel nichts wusste, Pap. D. 21, 1, 55. Ab dem Zeitpunkt der Kenntnis aber seien sie kontinuierliche Fristen, wobei er auf die Stelle Gai. D. 3, 6, 6 verweist, die nichts mit dem Kaufrecht, sondern der Klagenkorruption zu tun hat. Man solle aufpassen, dass manchmal die Wandlungsklage in zwei Monaten und die Minderungsklage in sechs Monaten beendet seien, wenn deswegen selbst geklagt werde, worüber keine Sicherheit abgegeben wurde, *cavetur*.[22] Mit einem neuzeitlichen Term versehen, ging er also von einem *tempus utile ratione initii* aus, was Azo

[22] Accursius zu C. 4, 58, 2.

noch nicht so deutlich gesagt hatte. Insgesamt liest sich Accursius' Anmerkung wie eine Zusammenfassung der Hauptlinien von Azos *Summa*.

2.4.1.4 Ponzio da Ylerda (um Anfang des 13. Jahrhunderts)

Ponzio da Ylerda präsentierte in Bologna seine *Summa arboris actionum* wohl zwischen 1213 und 1217.[23] Darin schreibt er kurz unter dem Titel *de redhibitoria*: „*Item non est perpetua sed temporalis quia VI mensibus tollitur et quandoque duobus*…" mit Bezug auf die drei Fragmente des Gaius, Ulpian und Papinianus und unter *de actione quanto minoris* „*Non est perpetua sed annalis… et quandoque non durat nisi per VI menses…*".[24] Man kann sich fragen, aus welchen Motiven sich der Autor so ungenau mit *quandoque* ausdrückt. Es liegt nahe, entweder eine gewisse Unsicherheit oder eine Gleichgültigkeit in der Einordnung von Gai. D. 21, 1, 28 zu unterstellen.

2.4.1.5 Odofredus (gest. 1265)

Odofredus (gest. 1265), Schüler des Azo, merkt zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 kurz an, dass dort stehe, wie lange die *actio redhibitoria* dauere.[25] Zu D. 21, 1, 38 pr. wiederholt er, dass die Fristen für die Wandlung sechs Monate, für die Minderung ein Jahr betrügen, ohne das Wort *utilis* anzuführen.[26] Zu C. 4, 58, 2 merkt er an, dass die Wandlung in sechs Monaten, die Minderung in einem Jahr *utilis* erhoben werden könne.[27] Vielleicht setzte er voraus, dass *alle* Fristen *utiles* sein sollten, so dass er diesen Zusatz vernachlässigte.[28] Bei der zivilen Klage auf Minderung gelte die allgemeine Frist von dreißig Jahren.[29] Zu Pap. D. 21, 1, 55 ist er am ausführlichsten: „*Emptor debet*[30] *agere redhibitoria i[ntra] sex menses si latet vitium vel morbus non currit ignoranti illud tempus probabiliter sed currit improbabiliter: quando*

[23] Rossi S. 4.
[24] Rossi S. 102f: Der kritische Apparat steuert keine wesentlichen Abweichungen bei.
[25] Odofredus (Dig.vet.) S. 137 b li. Sp.
[26] Odofredus (Dig.vet.) S. 139 a/b.
[27] Odofredus (Cod.) S. 255 b re.Sp.
[28] Wie Baldus zeigt, war wohl umstritten, ob in C. 4, 58, 2 die Frist *utilis* sei. Also hätte es gereicht, in seinem Kommentar zum Codex *utilis* aufzunehmen, um Stellung zu beziehen, während es bei den Digesten unerwähnt bleiben konnte, da selbstverständlich.
[29] Odofredus (Cod.) S. 256 a li. Sp. oben.
[30] Abkürzungen sind in diesem Zitat aufgelöst.

dissoluta ignorantia emptoris non debet esse excusata.…[Gai. D. 3, 6, 6].“[31] Der Käufer müsse also die Wandlungsklage binnen sechs Monaten erheben, wenn der Mangel oder die Krankheit verborgen sei. Er beschränkt sich nicht nur auf den Fall des *fugitivus*. Die Zeit laufe aber nicht demjenigen, der billigerweise unwissend sei, sondern nur dem, der es verwerflicherweise sei, (dann) wenn die leichtfertige Unwissenheit nicht entschuldigt werden dürfe. Zu Gai. D. 3, 6, 6, wo auch von einer Jahresfrist *utilis* ab Kenntnis von der Klagekorruption die Rede ist, führt er aus, dass das *tempus experiundi* vorliegen müsse, „*ut qui habet copiam iudicis et non est in vinculis detentus…et ita not. quod tempus utile non currit nec cedit ignoranti…*“[32] Es klingt danach, als würde Odofredus die Kenntnis von einer Tatsache als einen von mehreren Hemmungsgründen ansehen, so dass die Klagefrist bis zur Vollendung *utilis,* nicht aber *continua,* bliebe. Damit zeichnet sich Odofredus durch seine Nähe zum Römischen Recht aus, da er Pap. D. 21, 1, 55 unter dem Aspekt des *tempus utile* untersucht, nicht aber des Fristanfangs.

2.4.1.6 Cynus da Pistoia (ca. 1270-1336/1337)

Cynus da Pistoia (ca.1270-1336/37) fasst den Diskussionsstand in seinem Kommentar zu C. 4, 58, 2 '*Cum proponas*' gleich zu Anfang zusammen: „*…quaeritur, nunquid tempus aedili. act. sit utile vel continuum. Glo. variant…*“ Dabei weist er auf Gai. D. 3, 6, 6 hin zur Klagekorruption. „*No. quod semper in initio & progressu est utile. hic non, quod in vitio domini est utile, postea continuum.*“ Prinzipiell sei *utilis* auf den Beginn und den Fortlauf der Frist bezogen, anders hier. Denn ab der Kenntnis sei die Frist kontinuierlich, so Pap. D. 21, 1, 55. Dabei setzt er der Kenntnis die *crassa et supina ignorantia* gleich.[33]

Soweit die Theorie. Es erscheint unwahrscheinlich, dass Cynus diese Regeln auf den Viehkauf bezogen hat. Nachdem er die Haftung des bösgläubigen Verkäufers und die Untersuchungsobligenheit des Käufers näher untersucht hat, wechselt er etwas unvermittelt das Thema und fragt, was geschehe, wenn sich ein Mangel an einem Tier sich erst nach dem Kauf zeige. „*Videtur expressum quod non teneris* [als Verkäufer]… *Doctor. dicunt contra, quod dicit Pet. posse sustineri, si vitia orta sunt in continenti. Nam tunc propter*

[31] Odofredus (Dig.vet.) S. 140 b li.Sp.
[32] Odofredus Dig. zu D. 3, 6, 6.
[33] Cynus zu C. 4, 58, 2.

praesumptionem tenebitur ven.“ [34] Es scheine gesagt zu werden, dass Du (als Verkäufer) nicht haftest. Die Doktoren widersprechen, wovon Pet. sagt, es könne unterstützt werden, wenn die Mängel direkt im Anschluss hervorgetreten seien. Denn dann hafte der Verkäufer wegen der Vermutung. Es ist nicht klar, auf welche Doktoren er sich bezieht.[35] „Pet.“ könnte Petrus de Bella Perthica meinen, den Cynus in Bologna gehört hatte.
Cynus musste also davon ausgehen, dass bei Tieren prinzipiell keine Haftung für Mängel, die sich nach dem Kauf zeigten, gegeben war, es sei denn sie wurden direkt nach dem Kauf offensichtlich.

2.4.1.7 Bartolus (1313-1357)

Bartolus (1313-1357), Schüler des Cynus, kommentierte zwar ausführlich D. 19, 1, aber nur wenige Gesetze aus D. 21, 1 und kann diese Diskussion zu den Fristen wenig bereichern. Zu D. 3, 6, 6 merkt er an, „*Quod istud tempus erit utile, quo ad initium: secus in aedilitiis actionibus, ut dicit glossa*“. Etwas anderes werde zu D. 44, 3, 1 gesagt, die Stelle, in der Ulpian das *tempus utile* durch die *experiundi potestas* definiert.[36] Zu Ulp. D. 44, 3, 1 in seinem Kommentar zum ersten Teil der *Digesti Novi* macht er keine Anspielung auf ädilizische Klagen.

2.4.1.8 Baldus de Ubaldis (1327-1400)

Baldus de Ubaldis (1327-1400), Schüler des Bartolus, ist auch nicht sehr ausführlich. In seinen Anmerkungen zu den Digesten führt er zu Ulp. D. 21,1, 19, 6 aus, dass die Fristen *utiles* von sechs Monaten bzw. einem Jahr gelten und dass die Klagefrist der Wandlungsklage kürzer sei, weil sie mehr ins gemeine Recht eingreife. Aus Gai. D. 21, 1, 20 liest er, dass das vor dem Kauf abgegebene *dictum* zum Vertrag gerechnet und so verstanden werden müsse, als sei es zu dem Zeitpunkt wiederholt worden,[37] anders also als Azo. Gai. D. 21, 1, 28 überspringt er. Zu Pap. D. 21, 1, 55 merkt er an: „*Paria sunt nescire, vel supine ignorare*“,

[34] Cynus zu C. 4, 58, 1 a.E. (5).
[35] Die bekanntesten sind die 'vier Doktoren' Martinus (gest. vor 1166), Bulgarus (gest. 1166), Hugo (gest. 1168), Jakobus (gest. 1178).
[36] Bartolus zu D. 3, 6, 6.
[37] Baldus zu D. 21, 1, 19, 6 und D. 21, 1, 20.

wobei dies eine Essenz von Azos Kommentar sein könnte, die so kurz geraten ist, dass sie leicht irreführen kann.[38] In seiner *Summa Codicis* führt er zur Frage aus, ob nun die Fristen *utiles* seien: *„…glo. dicit quod sic. in suo principio. et ideo non currunt ignoranti. nisi ignorantia sit supina secundum glo. facit. quod scire debere reputatur pro vera scientia… et dicitur supina ignorantia secundum qualitatem personarum. (8) Sed nunquid sunt utilia in processu temporis: et dico quod sic. ut no.* [Gai. D. 3, 6, 6] *licet contra no. in* [Pap. D. 21, 1, 55]. *Prima verior: quia praescriptiones pretorie sunt utiles in toto suo cursu: quia praetor non vult eas currere, nisi quando potest adiri… pretor enim non considerat nisi dies efficaces. Sed pone. dictat statutum populi. quod redhibitoria post sex menses proponi non possit. intelligitur de utilibus. Et videtur quod non: sed de continuis. Quia populi statutum est de iure civili: et praescriptiones civiles sunt continue… sed dico quod tale statutum interpretatur esse ius commune. Item ista prescriptio statuaria redacta est ad instar pretorie ex materia et forma. Item istud non est tempus naturam mutans… Si equitatem desideras, breve est et artificiale: et ideo tempus utile est…*“ [39], was frei zusammengefasst heißt: Die Glosse sage, dass dem unwissenden Käufer die Fristen nicht liefen, es sei denn er sei leichtfertig unwissend. Insofern sei Wissenmüssen und echtes Wissen gleichgesetzt, wobei die Leichtfertigkeit subjektiv bemessen werde. Frage sich, ob die Fristen auch in ihrem Verlauf *utilis* seien, wobei er die Anmerkung zu Gai. D. 3, 6, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 in die Diskussion wirft. Die erste sei richtiger, da die prätorianischen Verjährungen in ihrem ganzen Verlauf *utiles* seien, da der Prätor nicht wolle, dass diese liefen, außer wenn man zum Gericht kommen könne, denn der Prätor würde nur effiziente Tage berücksichtigen. Hier sei gesagt, dass eine Klage nach sechs Monaten nicht möglich sei. Man verstehe darunter *dies utiles*, aber es scheine, dass dem nicht so sei, sondern eine kontinuierliche Zählung. Denn in Volksverordnungen sei Zivilrecht behandelt, zivile Verjährungen seien aber kontinuierlich. Baldus behauptet, dass eine solche Verordnung so verstanden werden müsse, dass es gemeines Recht sei. Ebenso sei diese Verjährung gleichermaßen inhaltlich und formell wie eine prätorianische geformt. Ebenso ändere die Klagefrist nicht ihre Natur. Die Parteiengerechtigkeit finde sich in der Kürze der Frist wieder. Daher sei diese Klagefrist *utilis.*

[38] Man würde erwarten, dass *Wissen* mit leichtfertiger Unkenntnis gleichgesetzt wird, es sei denn Baldus wollte *supine* und dessen Schweregrad diskutieren, wovon hier nicht ausgegangen werden kann, denn beim Kommentar zum Codex äußert er sich anders. Nun schreibt Azo aber „*... incipit currere tempus in redhibitoria ex die venditionis, cum supine quis ignoravit vitium*,“, wobei Azo an den bösgläubigen Verkäufer dachte, räumt also auch dem *supine ignorans* wie dem, der den Mangel nicht kannte, eine Klage ein.
[39] Baldus Cod. 4, 58, 2 *cum proponas* Rdnr. 7 a.E., 8.

Kurz ausgedrückt: C. 4, 58, 2 meine weiterhin ein *tempus utile* und eben kein *tempus continuum.* Die Frist beginne ab Kenntnis des Käufers, wobei leichtfertige Unkenntnis der Kenntnis gleichgestellt sei. Gai. D. 21, 1, 28 fiel in seiner Betrachtung weg.

Eine weitere Stelle sei bei Baldus hervorgehoben, in der er wie Cynus auf die Vermutung eines zum Kauf vorzeitigen Mangels eingeht: Er hält fest, dass es nicht reicht, das Vorliegen des Mangels (hier: *fugitivus*) nach dem Kauf zu zeigen, „*quia probatio mea debet esse de vitio precendente contractum*“,[40] weil der Beweis über die Vorzeitigkeit des Mangels gehen müsse. Wenn aber der Sklave geflohen sei, „*ex celeritate fuge presumitur quod ante esset in vitio*“, wobei er sich u.a. auf Cynus beruft. „*Idem in aliis rebus. puta bove vendito. ut presumatur ex celeritate mortis vitium seu infirmitas precessisse*“. Das gleiche gelte für alle Sachen, z.B. bei einem verkauften Ochsen, dass vermutet werde wegen der Schnelligkeit des Todeseintritts, dass der Mangel oder die Krankheit vorangegangen sei; „*et dicitur celeritas et in continenti, si vitio triduum. id est intra triduum obiit.*“ Es werde aber 'Schnelligkeit' und 'direkt im Anschluss' gesagt, wenn er durch den Mangel drei Tage lang, d.h. innerhalb von drei Tagen gestorben sei. Das sei aber nicht wahr, „*quum quis decedit causa manifesta*“, wenn jemand aus einem offensichtlichen Grund sterbe. „*sed bene est vera, quum quis decedit causa occulta que est in visceribus, vel interioribus, et non apparet aliquo modo livor exterior manifeste suspitionis. secus si iudicio iudicis, vel marescalci apparet vitium antiquitus viguisse… et facit quod no. Jo. an. in addi. Spe. in tit. de emp. et vendi. § sciendum. in addi. de illo qui simpliciter vendit bovem et ibi tenet id quod dixi de triduo.*“, aber es sei wahr, wenn jemand wegen einer verborgenen Ursache sterbe, der in den inneren Teilen des tierischen Körpers oder den Innereien begündet liege und nicht auf irgend eine Weise sich deutlich das äußere Anzeichen eines Verdachts zeige; es ist etwas anders, wenn durch das Urteil des Richters oder Mareschalls klar wird, dass der Mangel vor längerer Zeit Bestand gehabt habe. Baldus bezieht sich auf Johannes Andreae (ca. 1270-1348), einen italienischen Kanonisten und Zeitgenossen Cynus‘, der u.a. das *Speculum iuris* Durands mit Anmerkungen versehen hatte. Johannes Andreae habe bei einem Kauf eines Ochsen die gleiche Frist von drei Tagen vertreten. Genau sagt Andreae: „*de illo qui simpliciter vendidit bovem, qui intra triduum decessit, & repertus est habere iecur marcidum: … per* leg. ff. de aedil. edict. l. quod si nolit. § si mancipium. [Ulp. D. 21, 1, 31, 11] & l. si hominem [Paul. D. 21, 1, 47]. *ubi competit redhibitoira post mortem mancipii venditi: & ex brevitate termini satis apparet, eum sic habuisse tempore*

[40] Baldus Cod. 4, 58, 1 *Si non simpliciter* Nr. 12.

contractus…“[41] Andreae meint mit *simpliciter*, dass zu dem Tier keine besondere Eigenschaft zugesagt worden sei, denn er merkt die an zu einer Stelle im *Speculum iuris*, in der Durand die Aussagen eines Verkäufers zur Beschaffenheit eines Tieres kommentiert.[42] Auch Andreae zieht sich darauf zurück, dass am toten Tier ein inneres Anzeichen einer Krankheit vorgefunden werde, hier die verdorbene Leber.
Die Leistung Baldus‘ war es, nicht nur den Ochsen anzusprechen, sondern auch den Sklaven und ‚andere Sachen‘. Anders als Cynus machte er ein allgemein gültiges Prinzip daraus, auch wenn das Viehrecht der Hauptanwendungsbereich gewesen sein dürfte.

2.4.1.9 Zusammenfassung

Aus diesem Einblick in die italienische Rechtsschule lässt sich aus den gewählten Texten ein Nichtinteresse oder ein Unverständnis hinsichtlich Gai. D. 21, 1, 28 und den dort genannten kurzen Fristen von zwei resp. sechs Monaten herauslesen. Selbst wenn die Summen sich oft auf den Codex beschränken, der nur die längeren Fristen wie in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 erwähnt, so scheint eine gewisse Bequemlichkeit aus den Kommentaren zu sprechen, die Gai. D. 21, 1, 28 nicht in die Betrachtung einbringen. Umstritten war das Verhältnis von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55, da manche von ihnen, wie schon im byzantinischen Recht, in Pap. D. 21, 1, 55 einen echten Fristbeginn gleichberechtigt wie in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 hineinlasen.
Ansonsten wurde diskutiert, was das *tempus utile* im Gewährleistungsrecht meine, wobei eine Tendenz zum Beginn der Fristen, *initium*, ab Kenntnis des Käufers vom Mangel herauszulesen ist. Die federführenden Rechtslehrer Azo und Accursius machten Pap. D. 21, 1, 55 zum Zentrum ihrer Betrachtungen, ebenso wie Baldus, dessen Schriften weite Verbreitung zumindest in Italien fanden. Ergänzt wurde die Diskussion in der Literatur um das Kennenmüssen wie in der Peira.[43] Der nächste Streitpunkt war, ob nach dem Beginn der Fristen ab Kenntnis die Zeit kontinuierlich oder *utilis* weiterlaufen sollte, wobei Baldus sich zuletzt für eine Zeitrechnung *utiliter* entscheidet, gegen seine Vorgänger.

[41] in Durand T. II S. 225 zu *de empt. & vend. § sciendum* additiones b) variae).
[42] Durand T. II S. 225 zu *de empt. & vend. § sciendum* Nr. 44.
[43] Zur Frage, inwieweit byzantinische und italienische Rechtsgelehrte sich gegenseitig beeinflussten, s. Lange RR T. I S. 2ff: Man kann wohl Parallelen feststellen, aber Rückschlüsse daraus auf einen Austausch sind wohl sehr vorsichtig zu handhaben.

2.4.2 Die Literatur in Frankreich

Wie in Italien widmete man sich im 12. Jahrhundert dem Studium der lateinischen Rechtsquellen; daran anschließend wurde das Bedürfnis wach, die einheimischen regionalen Regeln niederzuschreiben, wobei die *coutumiers* Römisches Recht und regionales Recht mischten. Die frühen juristischen Schriften in Frankreich sind nicht so gut überliefert, aber wohl auch nicht so zahlreich wie diejenigen an den italienischen Universitäten. Bis zum 15. Jahrhundert einschließlich ist die Liste der Autoren und Schriften, die sich zur Sachmängelgewährleistung äußern, überschaubar. Erst ab dem 16. Jahrhundert nimmt die Anzahl der juristischen Abhandlungen zu, gefördert durch den zu dieser Zeit bereits etablierten Buchdruck, der einen der Wendepunkte vom Mittelalter zur Neuzeit kennzeichnet.[44]

2.4.2.1 Zeugnisse aus dem 12. und 13. Jahrhundert

Als frühe Zeugnisse einer französischen Bearbeitung des römischen und einheimischen Rechts sollen acht Beispiele behandelt werden: die *Petri Exceptiones*, die *Summa Trecensis*, der *Brachylogus*, *Lo Codi*, Placentinus' *Summa Codicis*, *Li Livres de Jostice et de Plet*, Guillaume Durands *Speculum iuris* und Jakobus de Ravanis Abhandlung zu den ersten neun Büchern des Codex.

2.4.2.1.1 Petri Exceptiones (11./12. Jahrhundert)

Frühestens gegen Ende des 11. Jahrhunderts, vielleicht auch nach 1157, wurden wohl in Frankreich in der Region um Valence die *Petri Exceptiones Legum Romanorum* verfasst, die gestützt auf das Corpus Iuris Civilis ein Handbuch des Römischen Rechts bildeten.[45] Zumindest der Text referiert an mehreren Stellen auf Frankreich, einen französischen Autor und das in Frankreich angewandte Recht und die dort benutzten Amtsbezeichnungen, hingegen lässt der Bezug des Autors auf das Corpus Iuris Civilis und insbesondere die

[44] Gutenberg soll seine Erfindng um 1440 perfektioniert haben; die Gutenberg Bibel stamt von 1455.
[45] Flach S. 187: 11. oder 12. Jh.; Savigny RR im MA T. II S. 142ff: Datierung nach 878, vermutlich vor dem Letzten Viertel des 11. Jahrhunderts; allerdings in Zweifel gezogen in T. VII S. 53ff: eher 12. Jahrhundert; abgedr. in Savigny RR im MA T. II Anhang.

Digesten daran zweifeln,[46] es sei denn, man vermutet wie Savigny, dass Valence als Teil des deutschen Reiches und als Nachbarregion zu Italien irgendwie Kontakt zu Bologna hatte, so dass man sich dort mit dem Justinianischen Werk befasste, noch bevor dies sich von Bologna aus in Europa verbreitete.[47]

In den *Petri Exceptiones Legum Romanorum*, Lib. 3 Chap. 67, wird Ulp. D. 19, 2, 19, 1 und Gai. D. 13, 6, 18, 3 aufgenommen und die Haftung auch des unwissenden Vermieters und des wissenden Leihers undichter Fässer aufgegriffen[48]; daneben enthält das zweite Buch mehrere Artikel zum Fall des Verkaufs fremder Sachen, der Eviktion (IV, 22; 24; 50), die auch ohne Stipulation gegeben wird. Ebenfalls wird Ulp. D. 18, 1, 14 in Lib. 2 Chap. 20 paraphrasiert: Wenn Käufer und Verkäufer über die stoffliche Beschaffenheit einer Sache (Bronze anstatt Gold) irren, „*Si ambo erremus in aere simulante aurum venditor et emtor, quia nihil auri habuit, non valet venditio...*“,[49] werde der Kauf rückabgewickelt, „*ex utraque parte reddetur*“*;* sei die Kaufsache vergoldet oder werde sie für vergoldet gehalten, gelte der Kauf, und der Verkäufer müsse dem Käufer die Differenz des Wertes ersetzen: „*auratum retinebit pro quanto pretio aestimatur, et insuper reddet ei tantum, quantum deesset ab eo, si esset aureum*“. Diese Rechtsfolge ist nicht in Ulp. D. 18, 1, 14 geregelt. Ulp. D. 18, 1, 14 stellt nur die Frage, welcher Vertrag gültig ist, nicht aber, welche Ansprüche der Käufer haben mag.[50] Ist diese Stelle eine Regel hinsichtlich einer Minderung? Im sehr weiten Sinne ja, aber in der Form eines (zivilen) Schadensersatzes. Denn wäre der ädilizische Minderungsanspruch gemeint, dann wäre vermutlich die Wandlung angesprochen und abgestellt worden auf das, was der Käufer gezahlt hätte bei Kenntnis vom Grund für den Minderwert, nicht aber auf den Wert der Sache. Insofern sind die *Petri Exceptiones* ein Beispiel dafür, wie die Sachmängelgewährleistung ausgeklammert wurde.

---

[46] Flach S. 189ff.

[47] Savigny RR im MA T. II S. 153f.

[48] „*Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia eius erit excusata. ...“:* wortgleich mit dem ersten Satz von Ulp. D. 19, 2, 19, 1; “*Idem erit, si commodaveris, et vitiosa esse non ignoraveris.”:* eine Paraphrasierung von Gai. D. 13, 6, 18, 3, der von Gefäßen und verschüttetem Öl und Wein spricht.

[49] die Termini *substantia, corpus* etc werden nicht aufgegriffen.

[50] „*Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet.*“

2.4.2.1.2 Summa Trecensis (12. Jahrhundert)

Fitting schrieb die *Summa Trecensis* noch Irnerius zu, Savigny datierte sie in die Zeit von Placentinus,[51] Gouron sieht den Provençalen Géraud als Verfasser[52] im frühen 12. Jahrhundert. Sicher ist, dass diese *Summa* in der Stelle zur den ädilizischen Klagen sehr der oben bereits erwähnten *Summa* des Rogerius' ähnelt.[53]

Der Autor trennt noch die *actio empti et venditi* und die ädilizischen Klagen und folgt den wesentlichen Aussagen der Edikte. Zu den Fristen wird festgehalten: „*... officio iudicis hec omnia explicanda sunt infra sex menses utiles post contractam emptionem. his transactis agi potest quanto minoris empturus esset, si hec omnia scisset, inter utilem annum.…In animalibus quidem principaliter edilitiae actiones locum habent. per interpretationem quoque etiam* [in] *immobilibus competunt, veluti si fundus in quo pestibilis erbae erant distractus sit. Hec omnia ita demum vera sunt, si emptor ignoravit.*“ [54] Das wiedergegebene System ist gereinigt von allen Unstimmigkeiten, die Ulp. D. 21, 1, 19, 6; Gai. D. 21, 1, 28 und Pap. D. 21, 1, 55 aufwerfen können: Der Käufer hat eine Sechs-Monats-Frist ab dem Kauf für die Wandlungsklage und eine Jahresfrist für die Minderungsklage; beide Fristen sind *utiles*, wobei auf dessen Bedeutung nicht näher eingegangen wird. Geklagt werden kann beim Vieh- und Immobilienkauf. Andere Sachen werden nicht erwähnt.

2.4.2.1.3 Brachylogus (12. Jahrhundert)

Aus der Mitte des 12. Jahrhunderts[55] ist der später sogenannte *Brachylogus*[56] überliefert, der eventuell in Norditalien[57], vermutlich aber in Frankreich[58] vor dem Aufblühen der italienischen Rechtsschulen zur Zeit des Irnerius entstand. Im 16. Jahrhundert wurde er in

---

[51] Fittting Irnerius S. Iff.
[52] Gouron in Tijdschrift f.R. S. 2.
[53] Wie Fitting bereits feststellt, gibt es Parallelen zwischen dieser und der *summa* des Rogerius, was ihn zu dem Schluss bringt, Rogerius habe darauf zurückgegriffen.
[54] Fitting Irnerius S. 126 Rdnr. 6 *de ediliciis actionibus.*
[55] zur Datierung s. Böcking Brachylogus S. CXIVff; Savigny RR im MA T. II S. 262 (§91); Gouron Pion. VII S. 167: 1166 oder 1167.
[56] vom Verfasser unbenanntes Werk; in den Ausgaben 1549: *Corpus Legum per modum institutionum;* 1553: *Brachylogus*; 1570: *Epitome institutionum*, Hugo in Böcking Brachylogus S. LXXXII; Böcking Brachylogus S. XCIVff; Savigny RR im MA T. II 253ff (§89).
[57] Fitting S. 39: in Ravenna.
[58] Gouron Pion. VII S. 169: Er stellt die Vermutung an, das Werk sei durch eine Person aus der Umgebung Thomas Beckets im französischen Exil geschrieben; Flach S. 112ff mit Nachweisen zu der Gegenansicht (französischer Ursprung).

Lyon mehrfach wieder aufgelegt,[59] was einen Rückschluss auf die Nachfrage zulässt. Insgesamt lässt sich feststellen, dass zumindest bis zum 12. Jahrhundert die Institutionen als Lehrbuch sehr populär waren.[60]

Der *Brachylogus* als Lehrbuch, das die *Institutiones* und die anderen Kompilationen Justinians zusammenfasst und sich auf die *lex romana Langobadorum* bzw. das *breviarium* bezieht[61], fasst Eviktion und *actio redhibitoria vel quanti minoris* in zwei Sätzen in Lib. III Tit. XIII Nr. 8 zusammen: „*Non solum autem rem tradere venditorem opportet, verum etiam de evictionem cavere. Quod si rem alienam vel alteri obligatam [tradiderit venditor, et postea evicta fuerit, vel vitiosa aut morbosa appareat, et si non cavit venditor de evictione, ex empto tamen ad id, quod interest, aut redhibitoria vel quanto minoris ignoranti emptori tenebitur.*“[62] In der Heidelberger Ausgabe von 1570 lautet diese Stelle anders. Nach *obligatam* geht der Text so weiter: „*… vendiderit, quamdiu quidem evicta non est, venditor minime conveniri poterit: evicta vero re, ex empto actio, non ad precium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit. Si autem res morbosa vel vitiosa vendita fuerit, ex empto actione tenebitur venditor: vel ut redhibitam rem recipiat: vel ut praestet ignoranti emptori, quanti minoris esset empturus, si rem vitiosam emptor scivisset.*“

Die zweite Version ist expliziter hinsichtlich der Trennung der Klagen wegen Eviktion und wegen Sachmängeln; bei Sachmängeln, deren Bezeichnung den ädilizischen Edikten entlehnt ist, *morbus vitiumve,* konnte der Käufer aus *ex empto* vorgehen, also aus der Klage, die die ädilizischen Klagen in sich inhaltlich aufgenommen hatte, auch wenn die *ex empto* ursprünglich nur gegen den wissenden Verkäufer angewandt wurde.[63] Der Wortlaut erinnert an die Formulierungen aus Ulp. D. 21, 1, 61,[64] Ulp. (Jul.) D. 19, 1, 13 pr.[65], Ulp. D. 19, 1, 13,

---

[59] 1549, 1553, 1557, 1558, 1562, 1567, 1575, 1580, 1585. Daneben, aber vor allem daran anknüpfend u.a. deutsche Ausgaben: 1570, 1585, 1590, 1743, Savigny RR im MA T. II S. 253ff (§89).

[60] Flach S. 55.

[61] Savigny RR im MA T. II S. 267f (§92).

[62] Ausgabe Heidelberg 1570 (krit. Apparat in Böcking Brachylogus S. 97f); Savigny RR im MA T. II S. 256 (§89 Nr. 9: nach einer Handschrift, die zehn Jahre zuvor, 1560, in Bourges gefunden worden war.)

[63] Es fragt sich, ob der Schreiber dieser Handschrift eine kürzere Fassung (wie s.Text) ausgelegt und so gelesen hat, dass die ex empto, die bei der Eviktion auf die redhibitio und ein quanto minoris als Schadensersatz gehen kann, stets die übergeordnete Klage sei, auch wenn die Kurzfassung dies nicht notwendigerweise ausdrückte(Eviktion oder Mangel daraus folgt ex empto auf Schadensersatz oder eine ädilizische Klage).

[64] „*Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.*“

[65] „*Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*“

1[66], weniger allerdings an Mod. D. 19, 1, 39.[67] In C. 4, 58 finden sich nicht dergleichen Formulierungen. Keine Aussage findet sich zu den anzuwendenden Fristen.

Eine Glosse zur ersten Fassung, die wohl ihre Herkunft in Frankreich, eventuell Orleans, hat,[68] bemerkt zu *morbosa* „*aut fur vel fugax esse ostendatur*" und zu *quanti minoris* „*scilicet emisset, si ita morbosam vel vitiosam eam scisset hic, intra annum*".[69]

Letztere Formulierung erscheint wieder wie eine Ergänzung mit Hilfe der oben angegebenen Stellen aus den Digesten. Es fragt sich allerdings bei der ersten Anmerkung, woher der Verfasser das durch und durch klassische Wort *fugax* entlehnt hat, da D. 19, 1 und 21, 1 und C. 4, 58 nur von *fugitivus* sprechen, geschweige denn das dritte Buch der Institutionen. Eine unter vielen hier nicht weiter klärbaren Möglichkeiten ist, dass der Verfasser vielleicht griechische Quellen wie die Basiliken kannte, in denen φύγας ein häufiges Wort war. Abgesehen davon entsprechen diese Anmerkungen nur bedingt dem klassischen Recht, was dem Schreiber bei einem Lesen der Digesten hätte auffallen müssen. Denn Marc. D. 21, 1, 52 sagt ausdrücklich, dass nur bei einer Zusage auch für den diebischen Sklaven gehaftet werde;[70] in der Tat geht *furem non esse* in anderen Fragmenten mit *dicere, promittere, pronuntiare, stipulare, spondere* einher.[71] Wie bereits wiedergegeben, findet sich in den Formeln des Marculfus die Zusammenstellung von *furem non esse* und *fugitivum non esse* wieder, was auf eine Handelspraxis rückschließen lässt, auch den diebischen Sklaven regelmäßig in die Haftung des Verkäufers aufzunehmen. Wer weiß, auf welche Quellen der Kommentator zurückgegriffen hatte.

Nimmt man dennoch bei dieser Aussage an, dass der Verfasser jedes Wort genau gewählt hat, ließe sich *ostendatur* als Hinweis dahin verstehen, dass der Käufer weiterhin zeigen musste, dass die Sache schon vor dem Kauf mangelhaft war. *Ostendere* ist in dieser Hinsicht ein vielfach verwandtes Wort,[72] öfter allerdings im Sinne von 'eine Ansicht darlegen, beweisen'. Ebenso wird hier am Rande bestätigt, dass die *actio quanti minoris* weiterhin binnen einem

---

[66] „*Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.*"

[67] (zu Dienstbarkeiten) „*Quaero, si quis ita fundum vendiderit, ..., si hoc cognovisset vel empturus non esset vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset*"

[68] Feenstra II S. 49.

[69] aus der Ausgabe Lyon 1549 (*apud Sennetonios*) und deren Nachdrucken, nicht aber in der Ausgabe (*apud Pesnot*) 1559, Böcking S. 223f.

[70] „*Si furtum domino servus fecerit, non est necesse hoc in venditione servi praedicere nec ex hac causa redhibitio est: sed si dixerit hunc furem non esse, ex illa parte tenebitur, quod dixit promisitve.*"

[71] D. 21, 1, 17, 20; 19, 1; 31, 1; 21, 1, 30; allerdings findet sich *furem non esse* auch in den Formeln des Marculfus wieder, s.o.

[72] Scaev. D. 19, 1, 48; Lab. 19, 2, 60 pr.; Inst. 3, 4; 3, 9.

Jahr erhoben werden konnte. Allerdings ist das *utilis* entfallen. Das Schweigen des Textes und der Glosse lässt weitere Fragen offen, wie z.B.: Warum wurde nicht die Klagefrist der Wandlungsklage angemerkt? Wurde D. 21, 1, 28 noch Augenmerk geschenkt? Auf letzteres ist man versucht, nein zu antworten, da hier nur die lange Frist von einem Jahr angemerkt wurde. Vermutlich muss man die Randbemerkung vor dem Hintergrund sehen, wieso bei einer Klage *ex empto* aufs Interesse nicht die lange Frist von dreißig Jahren gelten sollte, was bei der Wandlungsklage kein Diskussionspunkt war.

2.4.2.1.4 Lo Codi (12. Jahrhundert)

Der *Codi*, ein Handbuch des Justinianischen Rechts aus dem Provenzalischen[73], wurde vermutlich Mitte des 12. Jahrhunderts[74] auf der Basis der *Summa Trecensis* und des Justinianischen Codex entweder in Arles oder wahrscheinlicher in Saint-Gilles verfasst,[75] vielleicht durch Raoul, Kanzler Raymonds V.[76] Damit fällt sein Entstehen in eine Region, in der dem Römischen Recht zum einen durch die vormalige römische Besatzung der *provincia Narbonnensis* ab ca. 125 v. Chr., zum anderen durch die Gründung einer Rechtsschule in Montpellier, an der Placentin ab 1170 lehrte, der Boden bereitet war. Durch die Übersetzungen des *Codi* u.a. ins Lateinische, Französische und Katalanische blieb sein Wirkungskreis nicht auf Frankreich begrenzt.[77] Er beschränkt sich nicht auf die Wiedergabe des justinianischen Rechts, sondern ändert jenes entweder entsprechend dem regionalen Gewohnheitsrecht oder den persönlichen Überzeugungen des Verfassers bzw. der Verfasser.[78] In der lateinischen wie auch provenzalischen Fassung werden erst die Begriffe *morbus* und *vitium* behandelt, bevor kurz auf die ädilizischen Klagen eingegangen wird, nämlich auf die Möglichkeit der Wandlung unter Rückgabe der Sache und des erlangten Gewinns und bei Arglist des Verkäufers auf Schadensersatz für den ansonsten entstandenen Schaden. Zu den Klagefristen heißt es in der provenzalischen Fassung: „*aquist radons que nos avem dita per*

[73] Das Provenzalische ist ein Dialekt, der an einem breiten Küstenstreifen von circa Montpellier bis Nizza und u.a. in den Städten Arles, Avignon, Nîmes, St. Gilles verbreitet war.
[74] zu den verschiedenen Datierungen s. Derrer S. 51ff, er selbst tendiert zum dritten Viertel des 12. Jh., Derrer S. 65; Gouron Tijdschrift v.R. 2002 S. 8: 1149 oder direkt danach.
[75] Gouron Pion. XI S. 4ff: gegen Arles (und Avignon) spreche, dass kein Prälat erwähnt werde, S. 7; ders. Tijdschrift v.R. 2002, S. 9f
[76] Gouron Pion. XI S. 12f.
[77] Gouron Pion. XI S. 20; s. Derrer S. 45f, 56f, der den Stand in der Literatur zusammenfasst: auch in Venedig und in Kreuzfahrerstaaten.
[78] Fitting Codi S. 18f.

que om ret la causa que a cumprada e per que lo vendeire demanda lo peiurament de ma causa non dura oltra. VI. mes. aquist .VI. mes deuon esser cumdat d'aquel dia enant qu'ill ant poder de demandar radon l'uns eues l'autre. e poiss que . VI. mes sunt (passat), non pot redre la causa lo compraire, mas pot demandar tant infra .XXX. anz, cant el auria meinz cumprada la causa, si ill i saubes aquel vidi.…"[79] Das heißt soviel wie: 'Diese Gründe, die wir besprochen haben, derenthalben man die Sache, die jemand gekauft hat, zurückgibt und auf Grund dessen der Verkäufer die Verschlechterung meiner Sache verlangt, dauert nicht länger als sechs Monate. Diese sechs Monate müssen gezählt werden ab dem Tag an, ab dem sie die Möglichkeit haben, gegenseitig Rechenschaft zu fordern. Und wenn sechs Monate (verflossen) sind, kann der Käufer die Sache nicht zurückgeben, aber er kann soviel innerhalb von 30 Jahren fordern, um wie viel er die Sache weniger gekauft hätte, wenn er diesen Mangel[80] gekannt hätte.'

Es fällt sofort ins Auge, dass der Verfasser die Frist für die (ädilizische) Minderung durch die aus der *ex empto* überlagert hat, eine Konsequenz der Vermischung beider Klagearten. Allgemein wird die Minderungsklage nur erwähnt, wenn der Verkäufer vom Mangel wusste, auch bei einem Mangel am *cor*, und nicht nur am *cors*, d.h. einem Mangel am Gemüt, Herzen, nicht nur am Körper, *corpus*. Der Verfasser rechnet zum Mangel am Gemüt auch den flüchtigen und herumstreunenden Sklaven, für den ausnahmsweise auch der nicht arglistige Verkäufer haften müsse oder derjenige, der eine Zusage gemacht hatte[81]. So gesehen ist die ädilizische *quanti minoris* im provenzalischen *Codi* bereits eliminiert.

Die lateinische Übersetzung um das Jahr 1176 durch Ricardus Pisanus, vermutlich einem gelehrter Bürger Pisas,[82] lautet an dieser Stelle zu den ädilizischen Klagen:

„*Hec racio quam diximus per quam aliquis reddit rem quam comparavit et per quam venditor petit dampnum rei non durat nisi usque ad VI menses. Isti VI menses debent computari ab ea*[83] *die in antea post quam ipsi habent potestatem petendi raciones suas unus alii. Et post quam VI menses sunt transacti, non potest reddere rem emptor, set potest tantum petere infra annum quantum ipse minus emisset, si scisset vicium illius rei…*", in der Übersetzung: 'Dieses Prinzip, von dem wir geredet haben, wonach jemand die Sache, die er gekauft hat, zurückgibt und wonach der Verkäufer Ersatz für die Sache fordert[84], dauert nur sechs Monate. Diese

[79] zitiert nach Derrer S. 99f mit den durch ihn erfolgten Auflösungen der handschriftlichen Abkürzungen.
[80] Welche Form *vidi* ist, ist unsicher. Derrer gibt als Nebenform *vidizi* mit expunktiertem *zi* an.
[81] Derrer S. 100.
[82] Derrer S. 37, 65.
[83] Offensichtlich wird hier *dies* als feminines Wort behandelt, es sei denn es handelt sich um einen Druckfehler in Fittings Ausgabe.
[84] nämlich bei Verschlechterung und bei Herausgabe des Gewinns.

sechs Monate müssen ab dem Tag gezählt werden, nach dem (nach welchem [Tag]) sie die Möglichkeit haben, einander ihre Ansprüche zu fordern. Und nachdem die sechs Monate verflossen sind, kann der Käufer die Sache nicht zurückgeben, sondern er kann binnen eines Jahres nur fordern, um wieviel weniger er selbst gekauft hätte, wenn er den Mangel jener Sache gekannt hätte.' Problematisch ist die Übersetzung des *in antea*, das an sich keinen Sinn ergibt, es sei denn, man vergleicht es mit der provenzalischen Form. Dort steht „*enant*“, was soviel wie 'vorwärts', *en avant*, also gerechnet ab dem Zeitpunkt, bedeutet. Der Übersetzer, Pisanus, hat also wohl nur die Bestandteile des Wortes (*en ant*(*e*)) ins Lateinische transferriert ohne auf die lateinische Richtigkeit zu achten.

Fitting geht davon aus, dass Pisanus ein relativ unverdorbenes Exemplar in provenzalischer Sprache vorliegen hatte, das heute verschollen ist.[85] Das würde die Unterschiede in den beiden Fassungen erklären können. Denn augenscheinlich ist die hier erwähnte Frist für eine ädilizische Minderungsklage dem Römischen Recht und dem Codex entsprechend, im Gegensatz zu der provenzalischen Fassung. Inhaltlich zusammengefasst wird in beiden Fassungen fortgesetzt: Die Haftung des Verkäufers sei unabhängig davon, ob der Verkäufer den Mangel gekannt habe oder nicht. Der Käufer habe auch ein Rückgaberecht, wenn dies bei Nichtgefallen so vereinbart worden sei. Das beziehe sich ebenfalls auf Grundstücke, die z.B. von tödlichen Kräutern bewachsen seien. Das ganze aber gelte nicht, wenn der Käufer den Mangel kannte oder kennen konnte.

Gab es also die ädilizische Minderungsklage in Südfrankreich um das 12. Jahrhundert? Ihr kam vermutlich weniger Bedeutung zu als der Wandlung, sonst hätte sich der Unterschied in der provenzalischen Fassung zwischen der ädilizischen Minderungs- und der Schadensersatzklage aufgrund von Arglist wohl nicht so verschliffen. Eines ist beiden Fassungen gemein: Die Klagefrist(en) laufen ab dem Zeitpunkt, an dem der Käufer gegen den Verkäufer Klage erheben (und der Verkäufer in der Folge seine Einwendungen geltend machen) konnte. Es klingt so, als sei die *potestas petendi* oder der *poder de demandar* nicht gleich mit dem Kauf oder der Zusage gegeben. Es liegt nahe, an die objektiven Hemmungsgründe wie bei Ulpian (Gefangenschaft, Abwesenheit des Richters etc.) zu denken, aber auch die Unkenntnis des Käufers vom Mangel ist als Hemmungsgrund nicht auszuschließen. Ein Gefühl für das *tempus utile* und die *potestas experiundi* hat sich erhalten. Allerdings muss wohl von einer durchlaufenden Frist ab dem Tag, an dem die Klage zum ersten Mal erhoben werden konnte, ausgegangen werden. Nebenbei sei erwähnt, dass die

[85] Derrer S. 37.

kurzen Fristen wie in Gai. D. 21, 1, 28 im *Codi* erwartungsgemäß keine Aufnahme gefunden haben, da der justinianische Codex sie schon nicht erwähnt. Wenn die *Summa Trecensis* als eine Vorlage für *Lo Codi* gedient hat, so hat dies sich nicht auffällig in diesem Kapitel niedergeschlagen, denn von *potestas experiundi* ist in der *Summa Trecensis* bei den ädilizischen Klagen keine Rede, nur allgemein vom *tempus utile*.

2.4.2.1.5 Placentinus (ca. 1135-1192)

Placentinus[86] (ca. 1135-1192) bezeichnet in seiner *Summa Codicis* die ädilizischen Klagen im Bezug auf die *actiones empti et venditi* wie schon sein Lehrer Rogerius als „*pedis(s)equae*“, d.h. als auf dem Fuß folgend, als Dienerinnen der dominierenden zivilen Kaufklagen. Er führt aus, dass die Klagen auch für Immobilien und andere Sachen gelten. Die Fristen liefen für die „*actio redhibitoria vi. mensibus; quanto minoris anno utili*“, wobei er sich sowohl auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 an erster Stelle als auch auf Pap. D. 21, 1, 55 an letzter Stelle bezieht. Desweiteren verliert er kein Wort über das Problem der Zeitbestimmung.[87] Insofern unterscheidet er sich leicht von der *Summa* seines Lehrers Rogerius und der *Summa Trecensis* durch den Bezug auf bestimmte Digestenfragmente und durch das Weglassen einer Präzision, ab wann die Fristen liefen.

2.4.2.1.6 Guillaume Durand (ca. 1230-1296)

Guillaume Durand (ca. 1230 -1296), französischer Kleriker und Kanonist, hält sich in seinem Werk *Speculum Iuris* weitgehend an das Römische Recht der italienischen Schule. Unter der Überschrift *De rescindendis venditionibus* behandelt er die Wandlungs- und Minderungsklage. In seiner Abhandlung zitiert er neben den Digesten und dem Codex u.a. Azos *Summa aurea in Codicem* und Odofredus. Gestützt auf Pap. D. 21, 1, 55 hält er fest, dass nach Ablauf eines *annus utilis* nach Kenntnis vom Mangel der Käufer keinerlei Ansprüche mehr hat gegen den Verkäufer wegen eines Sachmangels.[88] Andere Details zur

[86] Schüler des Rogerius, Lehrtätigkeit in Mantua, Bologna, Plaisance, vor 1170 bis 1183/1185 und ab 1191 in Montpellier.
[87] Placentin (Cod.) S. 184ff zu C. 4, 58.
[88] Durand T. II Pars I S. 238 Rdnr. 2 (s. im Nachdruck der Ausgabe Basel 1574, *Scientia Verlag* Aalen 1975 T. II S. 249ff)

Frist finden sich an dieser Stelle nicht bei Durand, nur die Fristdauer aus dem Römischen Recht von sechs Monaten bzw. einem Jahr bei den ädilizischen Klagen bzw. unbefristet bei einer zivilen Minderungsklage.[89] Gai. D. 21, 1, 28 findet keine Erwähnung, auch nicht bei der Behandlung der *actiones in factum* mit kürzeren oder längeren Klagefristen. Er folgt also der Tendenz, Ulp. 21, 1, 19, 6 sowie Gai. 21, 1, 28 hinter Pap. D. 21, 1, 55 zu stellen, wie schon Odofredus und Azo, ohne sich allerdings auf eine Fallunterscheidung zwischen Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 einzulassen. Nach den von ihm zitierten Beispielen steht er einer Anwendung der Wandlungs- sowie der Minderungsklage auf Mobilien und Immobilien und Tiere offen gegenüber. Die Leser des *Speculum Juris* konnten sich insoweit eine Meinung zum Römischen Recht bilden.

Eine andere Frage ist, ob sich daraus etwas zum Recht ablesen lässt, das in Frankreich galt oder seiner Meinung nach gelten sollte. Durand wählt in seinem *Speculum Juris* Beispiele für Fälle der Wandlung, die nicht nur dem Römischen Recht, sondern auch dem Alltag und der Praxis, so wie es sich auch in den *coutumes* wiederfindet, entsprungen zu sein scheinen, nämlich neben dem *servus erro, fugitivus* auch *„equum morbosum; quia habet gallas, vel superossa*[90]*, vel est retrogradus*[91]*; vel librum, qui est corruptus in textu, vel codicillatus: vel fundum, qui producit herbam pestiferam: vel carnem, quae non fuit sincera...*“[92] An anderer Stelle führt Durand ein Pferd an, das an den Beinen, *spatula,* leidet.[93]

Azo erwähnte ja schon das leidige Problem der Bücher voller Fehler oder auch das schlechte Fleisch, insofern waren diese Beispiele in der juristischen Literatur nicht neu, auch nicht in Frankreich. Aus einer Abhandlung zu den Klagen aus den Institutionen von Guillaume de Ferrière vom Ende des 13. Jahrhunderts aus Toulouse ist bezeugt, dass wirtschaftlich zum einen Bücher, zum anderen Pferde eine große Rolle spielten.[94] Das nicht reine Fleisch, *caro*

---

[89] Durand T. II Pars I S. 237 Additiones b, S. 238 Additiones e.

[90] Überbein am Knie des Pferdes, s. Du Cange T. VI 'superossum', der als Referenz nur wieder Durand angibt.

[91] Es ist fraglich, wieso er *retrogradus* aufführt; wörtlich übersetzt ist es das zurückweichende Pferd. Nun ist Durand sehr wohl die Stelle Ulp. (Pomp.) 21, 1, 4, 3 bekannt (ebd. Rdnr. 2), in der *iumenta pavida, calcitrosa,* also scheuende, ausschlagende Tiere, als nur mit einem *vitium animi* behaftet bezeichnet werden, für die der Verkäufer prinzipiell nicht haftet. Durand selbst zählt drei Ausnahmen auf, wann der Verkäufer für einen seelischen Mangel haften muss, Rdnr. 5. Wenn also *retrogradus* nicht irgendeinen körperlichen Zustand meinte (was nicht ausgeschlossen werden kann), dann fragt sich an dieser Stelle, ob nicht ein Handelsbrauch die Haftung des Verkäufers auch ohne besondere Zusage erweitert hatte. Denn an anderer Stelle führt er *equus retrogradus, calcitrosus* an, Rdnr. 7, für den ein Verkäufer ausdrücklich die Haftung für diese Eigenschaft durch Nennung wirksam ausgeschlossen habe. Das wäre nicht notwendig, wenn der Verkäufer dafür nicht haften müsste. Nun sollen aber die Details und die Streitpunkte in den Stellen Ulp. (Pomp.) 21, 1, 4, 3 und Paul. 21, 1, 43 pr., in denen andere unangenehme Neigungen von Ochse und Esel als haftungsbegründende Mängel angesehen werden, hier nicht behandelt werden.

[92] Durand T. II Pars I S. 238 Rdnr. 4.

[93] Durand T. II Pars I S. 239 Rdnr. 9.

[94] Gilles in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 255: Bücher kosteten zwischen 10 und 30 Pfund, Pferde 50 Pfund, wobei ein Maß Hafer 6 *Deniers*, ein Maß Heu 2 *deniers* und die tägliche Stallmiete 1 *denier* kosteten.

non sincera, erinnert an städtische Verordnungen, so wie sie u.a. in Orleans, Bearn und schon sehr früh in St. Sever, aber vermutlich ebenso in Italien und anderen Regionen bekannt waren. Es fragt sich deswegen, ob die Beispiele der *gallae* und *superossa* und das Leiden an der *spatula* beim Pferdekauf Rückschlüsse auf das *französische* Recht zulassen. Denn es ist möglich, dass Durand diese Beispiele aus Italien importiert hat, [95] wo er nach seinen Studien in Frankreich und Italien nach 1250 lange gelehrt und gelebt hatte, bevor er 1287 das *Speculum Juris* herausgab, bereits offiziell Bischof in Mende, Südfrankreich, wohin er allerdings erst 1291 aus Italien anreiste. Es wird ihm auch nachgesagt, er habe das *Speculum* bereits 1262 in jungen Jahren fertig gestellt,[96] was an Italien als Schaffungsort nichts ändert.

Superossa ist als Term ‚Überbein' leicht verständlich, aber nicht in den einschlägigen Werken des klassischen und mittelalterlichen Lateins nachgewiesen. *Spat(h)ula* kann bei Tieren den Vorderlauf bis hoch zur Schulter bezeichnen.[97] *Galla* meint im klassischen Latein den Gallapfel und Produkte, die daraus hergestellt werden. Die Digesten erwähnen diese Krankheiten nicht. Vegetius in der *Mulomedicina* vom Ende des 4. Jahrhunderts verwendet keinen dieser Ausdrücke. Das Beispiel des Leidens der '*spatula*' lässt offen, ob Durand französische Rechtsfälle vor Augen hatte. Er präzisiert, dass er ein Leiden meine, „*non tamen vitium apparebat, nisi post fatigationem*"[98] was *courbe* oder *courbature* sein könnte, die später in Frankreich als Wandlungsgrund überliefert sind.[99] Es ist insofern nicht ganz ausgeschlossen, dass Durand einen damals im französischen Recht bekannten Wandlungsgrund bei Pferden so ins Lateinische übersetzte.

Furetière weist 1690 in seinem *Dictionnaire* im Spätlateinischen für *galla* eine Bedeutung als *gale*, Räude, nach. Gamillscheg bestätigt eine Sprachentwicklung von *gale* im Sinne von Gallapfel im 11. Jahrhundert, über schwielenartigen Knoten im 12. Jahrhundert und ab dem 14. Jahrhundert im Sinne von etwas, das zum Kratzen verleitet.[100] Du Cange führt als eine

---

[95] Société vét. S. 72 von 1791 gibt als *usage* in Turin, Italien, die Wandlung von Pferden an, '*pris des épaules*'. Es ist möglich, dass sich dahinter die Krankheit verbirgt, die auch Durand mit dem Leiden an der *spatula* meinte.

[96] Simon T. I 'Durand': Er habe es mit 24 Jahren angefangen, also wohl um 1254.

[97] Walde/Hofmann 'Spatula'.

[98] Durand T. II Pars I S. 239 Rdnr. 9; der deutsche *Spat*, eine Knochenauflagerung am Hinterlauf eines Pferdes, insbesondere am Sprunggelenk, aufgrund einer Entzündung, Schoenbeck S. 72f, hat vermutlich einen anderen etymologischen Ursprung, Kluge 'Spat' Nr. 2, auch wenn Stryk übersetzt, „*qui in spatula patitur* nobis spath", Stryck zu Lib. XXI, I § XIII S. 688. Es scheint also eine sprachliche Koinzidenz zu sein, dass beide, Spat und *spatula*, in Zusammenhang mit einem Beinleiden stehen, wobei dem Spat von den Symptomen *courbature* oder *courbe* wohl am nächsten kommen

[99] Düez Dict. 'courbe' übersetzt: „*une maladie qui vient aux chevaux & les fait clocher*" ins Deutsche mit: „Eine krankheit der pferden/nemlich eine geschwulst so ihnen an die hinderste beinen kompt/ davon sie hincken"; da es eine Form von Spat gibt, die nicht sofort sichtbar ist (vgl. Hertwig S. 228f), wäre diese Krankheit nicht sofort von der Haftung ausgeschlossen.

[100] Gamillscheg 'gale'.

Bedeutung für *galla* dementsprechend *scabies*, räudig, an. *Scabies* aber war ein so geläufiges Wort, dass es fern liegt zu vermuten, Durand hätte mit *galla* speziell Räude gemeint. Du Cange gibt noch ein Zitat von Jordanus Rufus (ca. 1200-1256) wieder, dem Stallmeister Friedrich II von Hohenstaufen in Italien: „*Galla est tumefactio mollis ad modum vesicae*“, *galla* sei ein weiches Geschwür von der Art einer Blase. Das deckt sich mit Gamillschegs Beobachtung, *gale* habe im 12. Jahrhundert in Frankreich eine Art Knoten gemeint. In dem Sinne wurde *galle* auch im Mittelhochdeutschen verwandt.[101]

Geschwüre können bei Pferden verschiedene Ursachen haben. Es würde nicht verwundern, wenn Durand, wie noch Veterinäre Jahrhunderte später,[102] Symptome beschrieb, nicht aber eine Krankheit mangels veterinärer Erkenntnisse. Andererseits gab es aber auch den Terminus technicus für ein Geschwür bei Pferden im Altfranzösischen: Es wäre für ihn als Franzosen sprachlich näher liegend gewesen, von *farciminum* zu schreiben. Denn Geschwüre gerade an den Beinen wurden im Französischen spätestens ab dem 12. Jahrhundert *farcin* genannt, vom lateinischen *farcimen* > *farciminum*, [103] das auch im klassischen Latein Geschwüre meinte.[104] Es besteht ein Unterschied zwischen dem Geschwür *farcin*, das mit dem Rotz in Verbindung gebracht wird,[105] und der Galle, wobei fraglich bleibt, ob Durand diese Unterscheidung gekannt hätte. Zumindest Durands lateinischer Sprachgebrauch scheint italienisiert. Es wäre damit zu gewagt, aus seinen Beispielen einen Rückschluss auf die französischen *coutumes* oder *usages* zu ziehen, auch wenn sich die wandelbaren Pferde im Krankheitsbild vermutlich in Frankreich und Italien ähnelten.

---

[101] Walde/Hofmann 'galla'; Tobler-Lommatzsch T. IV ‘gale’; Düez 1664: „*farcin de chevaux, ou la galle des chevaux, Der worm oder worm der pferden/ und haarwurm/ Equorum elephantiasis (*Vegetius S. 13f, lib. I cap. IX: schuppenartiger Ausschlag mit Fiberpusteln, der seinen Namen daher hat, dass die Haut hart und rau werde wie die eines Elefanten) *vel scabies*“, womit er wieder unterschiedslos die Brücke schlägt zwischen allen möglichen Symptomen, die irgendwie an der Haut sichtbar sind, allerdings ist Düez zumindest auch deutschsprachig (s. Düez’ Der Rechte & vollkommene Weg-Weiser zu der Französischen Sprach, ein zweisprachiges Werk in deutsch und französisch), was seine Neigung zur Gleichsetzung *la galle* für *farcin* erklären kann, da die Galle ein gebräuchliches deutsches Wort war. Heute hat *elephantiasis* eine andere Bedeutung, nämlich als Stauungsödem, das die Beine anschwellen lässt, McKibbin S. 65.

[102] z.B. v. Tennecker.

[103] Gamillscheg 'farcin'.

[104] Vegetius S. 13 (Lib. I Cap. VII): „*In lateribus & in coxis, & in verendis quoque partibus, & praecipue in juncturis membrorum, vel in toto corpore, collectiones inflantur…*“ An den Flanken und an den Hüften, auch an den Geschlechtsteilen und hauptsächlich an den Gelenken der Glieder oder am ganzen Körper treten Anschwellungen (von Flüssigkeiten) auf.

[105] Larousse Grand Usuel T. II ‘farcin’; *Galla* ist noch heute der italienische Begriff, während *farcino* auf das französische *farcin* zurückgeführt wird, Battaglia Diz. T. V 'farcino'.

Sicher ist allerdings, dass sein Werk unter den Kanonisten wie Johannes Andreae (ca. 1270-1348) oder Andreas Siculus Barbatia (Andrea Barbazza, 1399-1479)[106], aber auch Autoren wie Baldus groβe Aufmerksamkeit hervorrief.

2.4.2.1.7 Jacob de Ravanis (1230/40 – 1296)

Jacobus de Ravanis (1230/40-1296), vermutlich geboren in Revigny in Lothringen, studierte und lehrte in Orleans, ebenso wie Petrus de Bella Perthica oder auch Pierre de Belleperche (gest. 1308). Fälschlicherweise wird de Belle Perthica der Kommentar de Ravanis zu den ersten neun Büchern des Codex Justinianus zugeschrieben. Dort äußert er sich klar hinsichtlich der einzuhaltenden Fristdauer bei den ädilizischen Klagen: „*…datur sex mensibus et sunt utiles isti sex menses,* [Ulp. D. 21, 1, 19, 6]. *Est et alia que dicitur quanto minoris valuit tempore contractus. Unde pone tu vendisti michi rem viciosam sex mensibus elapsis, ego non possum agere redhibitoria. Unde ego agam quanti minoris res fuit tempore contractus…. Datur ista quanto minoris anno utilis…*". Dasselbe solle für die zivile Wandlungsklage gelten. Auch die Minderungsklage aus der *ex empto,* die an sich dreißig Jahre lang geltend gemacht werden konnte gemäß Ulp. (Julian.) D. 19, 1, 13 pr., solle nicht länger als ein Jahr gelten. Wenn nun die Minderung nach dem Wert zur Zeit des Vertrags berechnet werden soll, dann ist dort schwerlich Platz für einen Fristbeginn ab einer Zusage, die nicht mit dem Zeitpunkt des Vertrags zusammenfallen sollte, wie de Ravanis nach der gehabten Lesart von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 verstehen müsste. Allerdings spricht sich de Ravanis gegen eine Berechnung *utiliter* aus, was schon im obigen Zitat anklang: „*Quero nunquid illud tempus est utile in qualibet sui parte. Dicit glo. quantum ad initium est utile. Contrarium autem est quantum ad progressum…* [Gai. D. 3, 6, 6] *Dico quod immo dicit tempus est continuum in qualibet sui parte: nec computant in eo dies feriati…*[D. 21, 1, 55?][107]". [108] Er fragt sich also, ob jene Zeit in welchem Teil auch immer *utilis* sei. Die Glosse sage, sie sei *utilis* hinsichtlich des Anfangs. Das Gegenteil dazu sei aber hinsichtlich des Zeitablaufs. Er meine, dass man in Wahrheit sage, dass die Zeit *continua*, durchlaufend sei, in welchem Teil auch immer. Allerdings zählen in ihr nicht die Feiertage.

---

[106] Barbatia versah Baldus' Kommentar zum Codex, so auch C. 4, 58, 1, mit Anmerkungen und bezog sich ebenfalls auf Johannes Andreae.

[107] de Ravanis bezieht sich dort auf „*D. de edil.edic. l. cum lex.*", was wohl ein Druckfehler war und „*cum sex*" meinen sollte, da es ansonsten keine *lex* mit diesem Anfang gibt. Auch eine Verwechslung mit *C. ad aed. act*. ist nicht möglich.

[108] de Ravanis zu C. 4, 58 *cum proponas* Fo. CCVII (b).

Damit greift de Ravanis wieder den Streit auf, der in den italienischen Schriften schon geführt wurde. Demnach sollten die Sechs-Monats- und die Jahres-Frist der ädilizischen Klagen ab dem Kauf durchgehend laufen, nicht ab der Kenntnis. *Utilis* in der Fristberechnung spielt nur noch insoweit eine Rolle, als er die eindeutig objektiv bestimmbaren Feiertage ausnehmen will. Eine mögliche *praesumptio* hinsichtlich eines alten Leidens oder eine Frist von drei Tagen erwähnt er nicht.

2.4.2.2 Zeugnisse aus dem 14. und 15. Jahrhundert

Die Quellenlage des 14. und 15. Jahrhundert ist bei den juristischen Werken schlecht. Viele Werke aus dieser Zeit schweigen zur Sachmängelgewährleistung wie die Glosse zum *Coutumier bourguignon* aus dem 14. Jahrhundert, Johannes Gallus in seiner Sammlung von Rechtsfällen und Parlamentsurteilen vom Ende des 14. Jahrhunderts, *Le vieux coustumier de Poictou* von 1417, Jean Masuer (gest. 1450) und Guy Pape (ca. 1402 – 1475 oder 1487). Für eine nähere Untersuchung bleiben Jehan Bouteillers *Somme rural* und *Le livre des droiz et commandemens.*

2.4.2.2.1 Jehan Bouteiller (ca. 1340-1396)

Jehan Bout(h)illier oder auch Bouteiller (um 1340-1396)[109] bezeugt die Existenz der ädilizischen Klagen in seiner *Somme rural*, die zumindest im Norden Frankreichs als Hilfsmittel in der Praxis herangezogen wurde. Sein Werk hatte auch Erfolg in anderen Teilen Frankreichs,[110] sogar bis in die Niederlande.[111] Spätere Auflagen der *Somme rural* unterscheiden sich von dem ursprünglichen Manuskript von Ende des 14. Jahrhunderts.[112] Boutillier neigte eher dem Römischen Recht zu, wie schon seine Definitionen des *droit haineux* als „*le droict, qui par le moyen de la coustume de païs est contraire au droict escrit*“ und des *droit commun* als „*comme les sages dient, un droict qui s'accorde au droict escrit, & à coustume de pays, & que les deux sont consonans ensemble…*“ andeuten.[113] Er behandelt

[109] Castaldo Rdnr. 446; sein Testament allerdings am Ende der *Somme rural* ist von September 1402.
[110] Castaldo Rdnr. 446.
[111] Feenstra X S. 367.
[112] Van Dievoet S. 60.
[113] Bouteiller S. 3.

die *action rédhibitoire* und *de quanti minoris* an zwei Stellen in seiner *Somme rural*. Bei den Klagefristen, selbst beim Pferdekauf, erwähnt er keine Sonderregel, sondern folgt den Edikten: „*… sachez que si ie achete aucun cheval qui a quelque vice latent, que ie n'eusse acheté, si i'eusse sceu tel vice estre audict Cheval,* a tempore quo ego scivero talem morbum, infra sex menses*, ie puis arguer par ceste action contre mon vendeur, …, mais apres six mois ceste action est prescripte.*“[114] Die Frist läuft seiner Darstellung nach ab der Kenntnis vom Mangel. Anders seine Ausführung zur *actio de quanti minoris*: „*…dedans l'espace d'un an apres achapt en peut faire & intenter action de restitution à loy, & devant Juge competent. & si dedans l'an ne le faict, à temps n'y vient ne depuis n'est à recevoir*“.[115]An beiden Stellen bezieht er sich dabei auf die Stelle C. 4, 58, 2, in der zumindest bestätigt wird, dass die Fristen bei einer *actio redhibitoria* sechs Monate und bei einer *actio quanto minoris* ein Jahr betragen. Während er an dieser Stelle von „*un an apres achapt*“ schreibt, führt er in Titel XXVII zu den diversen Klagen zur *Quanti minoris* aus: „*… comme quand aucun trouve sa marchandise, qu'il a achetée, depuis qu'elle luy est livrée moins suffisante, …*“.[116] Zwar äußert er sich dort nicht zu einer Frist, allerdings bleibt der Zweifel, ob Bouteiller nicht von einem Barkauf ausging, bei dem der '*achapt*' und die Übergabe ('*marchandise livrée*') zusammenfielen. Nach Bouteiller liefe die kurze Frist der Wandlungsklage ab Kenntnis, die lange Frist der Minderungsklage ab dem Kauf, vielleicht ab der Übergabe. In seiner Logik ist dies insoweit richtig, als Pap. D. 21, 1, 55 wirklich nur von der Sechs-Monats-Frist im Zusammenhang mit der *potestas experiundi* und der Kenntnis des Käufers vom Mangel spricht. Ulp. D. 21, 1, 19, 6 findet sich beim Fristbeginn der Minderungsklage wieder, reduziert um das Problem des Fristbeginns ab Zusage. Vielleicht hat er aber auch nur den Beginn der ädilizischen Minderungsklage dem der zivilen Klage angepasst. Deutlich ist, dass er die ädilizischen Klagen auch im Viehrecht nicht ausschließt. Eine Präsumptionsfrist *triduum*, wie hauptsächlich aus kanonischen Schriften bekannt, spricht er nicht an.

2.4.2.2.2 Le Livre des droiz et commandemens (ca. 1372)

Le livre des droiz et commandemens entstand um 1372[117] und wurde durch ein Manuskript von 1424 überliefert. Es handelt sich um die ungeordnete Entscheidungssammlung eines

[114] Bouteiller S. 88.
[115] Bouteiller S. 88.
[116] Bouteiller S. 153.
[117] Castaldo Rdnr. 448.

unbekannten Praktikers, vielleicht aus Poitou.[118] Ein Paragraph regelt zur Wandlungsklage beim Pferde- und Fasskauf: „*Si aucun vendoit à un autre un roncin, et il eust aucuns vices apparoissans, et l'autre l'acepte, il n'en puet plus faire demande au vendeur: mais aucuns vices lactenz qui ne puent apparoistre dehors, si comme poussiz ou morveux, seroit tenuz. Et est appellé telle action, action* redebitoria reditorie. *Et puet estre demandée jusques à vi mois. Aussi pourroit l'en dire de la vente d'un vesseau qui seroit de mauvaise saveur, et de plusieurs autres choses.*“[119] Das Pferd und der Wein tauchen als Fälle noch in anderen Zusammenhängen auf.[120] Daneben enthält diese Sammlung Strafnormen für schlechte Ware, u.a. auch für Tuch, wie sie aus der Region aus der *Coutumes de Poitou* von 1559 bekannt sind.[121] Die hier zur Gewährleistung aufgeführte Regeln sind eine Mischung zwischen dem Römischen Recht und der Art Regeln, wie sie sich in den *coutumes* finden: Aus dem Römischen Recht stammt die Frist von sechs Monaten, aus dem Gewohnheitsrecht kommen der Wegfall der Minderungsklage und die Beispiele für zur Wandlung berechtigende als latent anerkannte Pferdekrankheiten, *pousse* und *morve*. Das Beispiel vom Weinfass findet sich in der Gestalt nicht in anderen *coutumes*.[122] Anders als allgemein in den *coutumes* wird die Regel hier offen für alle Sachen formuliert.

2.4.2.3 Zwischenfazit zur Literatur des 12. bis 15. Jahrhunderts

Wie man sieht, drehen sich die Betrachtungen zum Sachmängelgewährleistungsrecht bis zu diesem Zeitpunkt hauptsächlich um das Römische Recht. Gai. D. 21, 1, 28 ist bereits aus der Diskussion herausgefallen, Pap. D. 21, 1, 55 wird, wen wundert es, wie ein Fristbeginn verstanden, wobei sich die Geister scheiden, ob nun ab Kenntnis oder doch ab Vertragsschluss die Fristen laufen sollten. Es besteht die Tendenz, *tempus utile* so einfach wie möglich zu verstehen, indem man es entweder aus der Betrachtung wegließ oder als kontinuierlich

[118] Beautemps-Beaupré in Le livre des droiz S. 2f.
[119] Le livre des droiz T. II S. 76 Nr. 498.
[120] Le livre des droiz T. II Nr. 777, 729, 672, 673.
[121] Le livre des droiz T. I Nr. 69: „*Celui qui porte faulses marchandise ou faulses denrées elles doivent estre arses; et paiera cellui qui les portera à justice LX s.*“*;* Le livre des droiz T. I Nr. 260: „*Si aucun marchant porte faulx draps vendre, et il soit prouvé par marchant drapier juré, justice doit faire les faux draps ardoir, et néantmoins fera cellui qui les portera LX s. d'amende. Et s'il est prouvé que cellui mesme l'eust fait, il perdroit le poing par droit pour ce qu'il seroit faulx. Et aussi marchans qui portent faulces marchandises ilz paient LX s. d'amende.*“ Solche Regeln sind ebenfalls schon früh aus Anjou-Tourraine bekannt, so in den Etablissements de S. Louis.
[122] aber dafür andere Regelungen, so z.B. in den *Coutumes de Tourraine* vcn 1507 Chap. V Art. V und von 1559 Tit. V Art. LXIII zur Schadensersatzhaftung wegen des Gebrauchs schlechten Holzes, was als Fall so ähnlich gelagert ist wie das Holz, das schlechten Geschmack bewirkt.

verstand. Die Minderungsklage hatte noch einen Platz neben der Wandlungsklage. Inwieweit sich diese Diskussionen um das Römische Recht in der Praxis auswirkten, bleibt in der Literatur unerwähnt. Allgemein wird vertreten, dass im Mittelalter die Frage der Sachmängelgewährleistung frei durch die Parteien vertraglich geregelt worden sei,[123] was eine Diskrepanz zwischen der römischrechtlichen Theorie und der Praxis erahnen lässt. Ende des 14. Jahrhunderts spielte sich die Diskussion um die Sachmängelgewährleistung bereits vor dem Hintergrund regionaler Handelsbräuche ab, die es zwar nicht direkt ins Rampenlicht geschafft haben, die aber zwischen den römischrechtlich geprägten Ausführungen hindurchschimmern, so zumindest bei Bouteiller und *Le livre des droiz et commandemens*. Durand ist, wie gesagt, ein unsicheres Beispiel für das französische Recht. An Platz eins der Beispiele für eine Wandlung steht, wie in den späteren *coutumes* allgemein, das Pferd als Handelsobjekt, auch wenn für den Pferdekauf noch keine speziellen Klagefristen, sondern die Fristen aus den Edikten überliefert wurden. Damit stellt sich die folgende Frage: Geben *Le livre des droiz et commandemens* von Ende des 14. Jahrhunderts aus der Region um Poitou und das Werk Jehan Bouteillers von Ende des 14. Jahrhunderts aus Frankreichs Norden die Praxis wieder oder eine Reflexion vor dem Hintergrund des Römischen Rechts über die Fristen, die gelten sollten? Bouteiller ist offensichtlich dem Römischen Recht so sehr zugetan, dass man Zweifel haben kann, dass er mit der Darstellung der *actio redhibitoria* und *quanti minoris* die juristische Praxis abbildete. Bei dem Verfasser des *Livre des droiz et commandemens* ist man diesbezüglich weniger sicher: Er besitzt ohne Zweifel umfassende Kenntnis vom Römischen Recht in allen Materien, vertritt aber: „*Bonne coustume est raisonnable est plus forte que commun droit.*“[124] Die *coutume* habe sogar Vorrang, sofern sie festgestellt werden konnte: Wenn jemand eine *coutume* vor Gericht vorbringe, müsse der Richter über diese eine Untersuchung durchführen und, wenn er sie nicht bestätigt findet, das *droit* anwenden,[125] gemeint das *droit écrit.* Seine Gewährleistungsregel entspricht stark dem Römischen Recht bis auf die Anführung von *pousse* und *morve* als Beispiele versteckter Krankheiten und sein Schweigen zur *quanti minoris*. Insofern scheint der Verfasser einen Zwischenzustand einzufangen: Das römische Gewährleistungsrecht war durch die Richter und Praktiker rezipiert, aber die ersten Handelsbräuche (*morve, pousse; roncin,vesseau*) fingen an, in der Mentalität der Richter und Juristen Platz einzunehmen, hatten aber den Bereich der Klagefristen noch nicht erreicht.

[123] Castaldo/Levy S. 741 Nr. 500-1: mit Bezug auf ein Urteil von 1322.
[124] Le livre des droiz T. I S. 388 Nr. 184; vgl. T. II S. 94ff Nr. 545, Nr. 548, Nr. 584, die eine starke Stellung der *coutume* bestätigen.
[125] Le livre des droiz T. II S. 250 Nr. 880.

2.4.2.4 Zeugnisse aus dem 16. und 17. Jahrhundert

Das 16. Jahrhundert entwickelt bereits eine feinere Differenzierung bei den Klagefristen. Es ist die Zeit, in der aus der Abgrenzung zwischen Römischem und französischem Recht eine Ideologie gemacht wird. Mit dem Erwachen des Wunsches nach einem nationalen Recht erfolgte eine Abkehr von den Juristen der drei Jahrhunderte zuvor. Während Cujaz als Historiker und Theoretiker hochstilisiert wurde, erfolgte im 16. Jahrhundert eine regelrechte Verdammung seiner Vorgänger, unter denen Bartolus als Hauptgegner ausgemacht wurde.[126] Donellus widersetzte sich dieser Tendenz mit seiner Abhandlung zum Römischen Recht, die zwar historisch vorgeht, aber durch ihre Neugliederung der Digesten einen praktischen Aspekt hin zum *usus modernus* einbringt.[127] Parallel dazu verfolgte man die Suche nach dem französischen Recht, basierend auf den *coutumes* und den königlichen Verordnungen. Thireau kommt zu dem Ergebnis, dass in der Praxis und der Dogmatik des 16. Jahrhunderts das Römische Recht durch die Tendenz, positives und 'französisches' Recht zu bevorzugen, verdrängt wurde, auch im *pays de droit écrit.*[128] Um 1560 tauchte der Begriff des „*droit français*" in der Literatur, ab 1580 in vielen Buchtiteln auf, einhergehend mit dem Erstarken einer nationalen Identität.[129] Im 16. Jahrhundert wird die Vielzahl der *coutumes* niedergeschrieben und reformiert. Daran anknüpfend beginnt man, die *coutumes* untereinander zu vergleichen.[130] Ab 1679 wurde allerdings erst das *droit français* an den Universitäten gelehrt.[131] Mit dieser Bewegung einher ging langfristig die Abkehr vom Römischen Recht als ein totes Recht. An den französischen Universitäten wurde zwar Römisches Recht gelehrt, aber mit dem Beigeschmack des Überflüssigen, da es nicht national ausgerichtet war. Pothier im 18. Jahrhundert bildet eine Ausnahme.[132]

Die Juristen waren auch im Römischen Recht und der Denkweise ausgebildet.[133] Sie wiesen dem Römischen Recht eine gewisse *aequitas* zu, wobei die Meinungen hinsichtlich der Wertung dieser innewohnenden *aequitas* auseinanderging.[134] Der Humanismus begünstigte

[126] Legendre VII S. 154ff, 161.
[127] Legendre VII S. 159.
[128] Thireau in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 356ff; Thireau in Actes des J.I.SHD S. 113; s. Halpérin Cod. S. 99: Seit dem 16. Jahrhundert wurde nach einem *droit coutumier commun* gesucht.
[129] Thireau in RHFDSJ 1990 S. 154.
[130] Thireau in RHFDSJ 1990 S. 176.
[131] Halpérin Cod. S. 99.
[132] Legendre VII S. 163f.
[133] Thireau in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 362ff.
[134] Thireau in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 366: Domat und Donellus sprachen sich für eine unwiderrufliche Vermutung der *equité* aus; andere hielten die Vermutung für widerlegbar, wie Chr. de Thou, die meisten entschieden Fall für Fall.

die Beschäftigung mit dem Römischen Recht.[135] Naturrechtliche Strömungen trugen dazu bei, das Römische Recht zu systematisieren und eine allgemeingültige *ratio* in ihm zu suchen. Das 16. und 17. Jahrhundert ist die Wirkungszeit vieler Juristen und Philosophen, die das Naturrecht beeinflusst haben, so wie Bacon (1561-1626), Grotius (1583-1645), Descartes (1596-1650), Hobbes (1588-1679) oder Pufendorf (1632-1694). Im Zivilrecht ist das Erbrecht und Familienrecht das Schlachtfeld dieser doktrinären Auseinandersetzungen; innerhalb des begrenzten Sachbereiches der Sachmängelgewährleistung sind diese Strömungen weniger festzustellen.

Ab dem 16. Jahrhundert ist eine Einteilung in Schulen möglich, wie in die Vertreter des 'französischen' Rechts, die des Römischen Rechts und diejenigen, die beide Rechte in ein System bringen wollen. Nur sind diese Kategorien nicht für jeden Autor eindeutig passend. Guenoys, Coquille, Loisel könnten noch in die eine, Cujaz, vielleicht Donellus in die andere eingeordnet werden, aber bereits zwischen Cujaz und Donellus scheiden sich die Welten. Erst recht sind die Unterschiede zwischen den Werken groß, die ein einheitliches Recht auf der Basis der *coutume* und dem Römischen Recht herstellen wollen. In der Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts zur Sachmängelgewährleistung findet sich die ganze Bandbreite der Mischungen zwischen dem Römischen und dem nationalen Recht: Es gibt diejenigen, die sich hauptsächlich auf das Römische Recht in der Darstellung stützen, wie Cujaz oder Donellus, diejenigen, die Beispiele aus dem nationalen Recht in ihre hauptsächlich römischrechtlichen Darstellungen einflechten wie Dumoulin, diejenigen, die wiederum das Verhältnis von Römischem und nationalem Recht umstürzen, indem sie eine *coutume* als Ausgangspunkt ihrer Betrachtung nehmen und diese durch Römisches Recht ergänzen wie Bourjon, diejenigen, die sich auf eine Erwähnung einiger Spezialregeln aus den *coutumes* und *usages* beschränken wie Coquille, und schließlich diejenigen, die die Sachmängelgewährleistung kaum behandeln. Ohne eine einheitliche nationale Regelung zur Sachmängelgewährleistung stand es den Autoren offen, sich anhand der geschriebenen Quellen wie den *coutumes* und dem Römischen Recht ihr eigenes Bild von den anzuwendenden Regeln bei einem Sachmangel zu schaffen.

Die Grenzen zwischen den einzelnen Meinungen sind fließend; eine Grenzziehung würde künstlich erscheinen. Sich hingegen an die zeitliche Abfolge der Darstellungen in der Literatur anhand der Lebensdaten[136] der Autoren zu halten, hat den Vorteil, dass man einen

[135] Thireau in RHFDSJ 1990 S. 157f.

[136] Die Lebensdaten geben einen zeitlichen Rahmen vor, so dass man eine Vorstellung erhält, wann bestimmte Meinungen unter den Juristen vertreten waren. Die andere Möglichkeit, die hier nicht gewählt wurde, wäre ein

Eindruck von der Vielfältigkeit der Meinungen innerhalb eines Zeitabschnitts erhält. Gleichzeitig werden Aussagen zu den Klagefristen, um die es hier geht, nicht aus dem Kontext der restlichen Darstellung zur Sachmängelgewährleistung gerissen, ohne die die Bedeutung der ädilizischen Klagen und ihrer Fristen nicht in ein Bild zu bringen ist. Die zeitliche Anordnung bringt eine gewisse Unübersichtlichkeit mit sich, da die verschiedenen Meinungen zur Sachmängelgewährleistung in diesem Jahrhundert ein breites Spektrum abdecken, anders als noch in den Jahrhunderten zuvor, in denen die Beiträge von ihrer Anzahl her überschaubar waren. Dies ist hingegen nicht unbedingt von Nachteil: Denn ein Jurist jener Zeit und noch ein Jahrhundert später, der versuchte, sich einen Überblick über das geltende Recht anhand der Literatur zu verschaffen, war mit dergleichen Unübersichtlichkeit konfrontiert; durch die Darstellung der Ansichten der diversen Autoren wird man damit in die gleiche Lage versetzt wie ein zeitgenössischer Jurist. Den Verfassern der diversen Entwürfe eines Code civil ging es nicht anders: *„En réalité, les codificateurs n'ont pas tant cherché à concilier les traditions, souvant antagonistes, du droit coutumier et du droit romain qu'à emprunter à la doctrine des XVIIe et XVIIIe siècles des règles d'origines diverses intégrées dans la notion de „droit français" … ou repensées par le travail d'interprétation des romanistes*."[137] Um jedem Autor gerecht zu werden, soll auf eine kurze inhaltliche Darstellung seiner Aussagen zur Sachmängelgewährleistung nicht verzichtet werden, zum einen weil es besser ist, Zusammenhänge nicht zu zerreißen, zum anderen weil nicht jedem Leser ohne weiteres die Originalwerke zur Einsicht zur Verfügung stehen werden, um sich ein Bild zu machen. Als Rekapitulationshilfe wird dem Leser im Anhang eine Tabelle zu den Hauptsaussagen in der Literatur zur Verfügung gestellt.

Insofern werden in einem ersten Teil die verschiedenen Meinungen in der Literatur dargestellt; in einem zweiten Teil soll zusammenfassend das Schlaglicht auf einige Punkte geworfen werden.

Einordnung nach den Erscheinungsdaten der Hauptwerke der Autoren gewesen, um den Impact auf die Leserschaft als maßgeblichen Zeitpunkt zu nehmen. Nur ist der Impact schlecht zu messen, es sei denn durch Besprechungen in anderen Werken; zudem sind einige Werke am Ende eines Lebens entstanden, so von Loisel, z.T. von Cujaz, andere sind erst posthum erschienen wie von Coquille. Eine Einordnung nach den Erscheinungsdaten wäre eine Leugnung eines Einflusses dieser Personen auf die Meinung der sie umgebenden Juristen zu Lebzeiten.

[137] Halpérin Cod. S. 98.

2.4.2.4.1 Charles Dumoulin oder Carolus Molinaeus (1500-1566)

Charles Dumoulin (1500-1566), französischer Anwalt, verbrachte aufgrund politischer Wirren in Frankreich einen Teil seines Lebens außerhalb des Landes in Deutschland und der Schweiz. Reisen und längere Aufenthalte führten ihn u.a. nach Basel, Genf, Neuf-Châtel, Straßburg und Hessen. In Tübingen hielt er 1554 seine ersten offenen Lesungen zum Codex Justinianus; 1555 gingen bereits ein Teil seiner Vorlesungen in Frankfurt am Main in Druck. Daher erklärt sich sein ihm zugeschriebener Titel *Franciae et Germaniae Jurisconsultus.*[138] Er widmete sich zum einen dem Römischen, inklusive dem kanonischen, zum anderen dem französischen Recht und seinen *coutumes* und Verordnungen. Insgesamt kommentierte er fast 60 *coutumes* in Frankreich,[139] allerdings richtet sich keine der Anmerkungen auf die ädilizischen Klagen. Sein Standpunkt zum Römischen Recht ist deutlich: Man solle dieses anwenden, nicht weil man Justinian untergeordnet oder dessen Erben sei, „*sed quia jus … à sapientissimis viris ordinatum, tam est aequum, rationabile, & undequaque absolutum, ut omnium ferè Christiniarum gentium usu, & approbatione commune fit effectum.*"[140] Ein Augenmerk richtete er besonders auf die Eviktion, die *actio empti* und die Entschädigung auf das *quod interest.* In diesen Zusammenhängen taucht die *actio redhibitoria* nur am Rande auf.[141] Er widmet aber in seinem Kommentar zum Codex Justinianus den ädilizischen Klagen einen eigenen Abschnitt,[142] die er wie schon Rogerius und Placentinus als *pedissequae* zu den zivilen Kaufklagen bezeichnet.[143] Für ihn bestehen keine Zweifel, dass diese Klagen für bewegliche wie unbewegliche Sachen und Tiere gelten.[144] Sowohl der Wandlungsklage als auch der Minderungsklage widmet er seine Aufmerksamkeit, wobei er betont, dass die ädilizische Minderungsklage von der Minderung aufgrund einer zivilen Kaufklage zu unterscheiden sei.[145] Pap. D. 21, 1, 55 und die vage Möglichkeit, dass eine Frist ab Kenntnis des Mangels beginne, wird an dieser Stelle nicht aufgegriffen, ebenso wenig wie Gai. D. 21, 1, 28 und das Problem der Fristen von zwei bzw. sechs Monaten bei Fehlen einer *cautio.* Die Wandlungsklage sei innerhalb von sechs Monaten zu erheben, die Minderungsklage binnen einem Jahr, vermutlich ab Kauf, denn dies ist der einzige Zeitpunkt, auf den er ansonsten

[138] So im Titel seiner Opera omnia, s. Literaturverzeichnis Dumoulin.
[139] Dumoulin T. II S. 693ff.
[140] Dumoulin T. I S. 23.
[141] Dumoulin T. III S. 284 Nr. 620: ein Grundstück kann wandelbar sein.
[142] Dumoulin T. III S. 683ff.
[143] Dumoulin T. III S. 683.
[144] Dumoulin T. III S. 683.
[145] Dumoulin T. III S. 684f.

abstellt, wie z.B. als Moment, an dem ein versteckter Mangel vorgelegen haben müsse.[146] Zusätze wie *utilis* im Zusammenhang mit der Klagefrist finden sich nicht. Seine Ausführungen zu den Fristen sind hinsichtlich zweier Punkte interessant, zum einen wegen der Beispiele, die er wählt, zum anderen wegen seiner Idee vom Zusammenspiel der Klagefrist und der Vermutung zugunsten des Käufers, seit wann eine Sache mangelhaft sei.

Die Aufenthalte in Deutschland haben Niederschlag in seinen Beispielen gefunden: Als erstes führt er ein Beispiel an, er würde ein krankes Pferd von Titius für „*20. floren.*" kaufen. *Florenus* meint den Gulden, der in Europa ein weit verbreitetes Zahlungsmittel aus Gold war mit Ursprung in Florenz, wie sein Name bezeugt.[147] In Frankreich wurde der Gulden unter den Königen Louis IX (gest. 1270) bis Charles V (gest. 1380) hergestellt. In Deutschland wurde er im 15. Jahrhundert entlang des Rheines gemünzt und gewann genausoviel Einfluß wie der Groschen.[148] Zieht man das zweite Beispiel heran, das Dumoulin gibt, wird deutlich, dass Dumoulin wohl an deutsche Verhältnisse gedacht hat.

Sein zweites Beispiel bezieht sich auf den Kauf eines Pferdes mit Zubehör : „*exemplum, veni Francfordii in stabulum equile, & emi equum… emo 20. floren. soluto pretio venditor tradit mihi equum & uti moris est, cum* halffier." Er bezieht sich auf einen Pferdekauf in Frankfurt, bei dem das Halfter üblicherweise mitgegeben werde. Das dritte Beispiel steht im Zusammenhang mit einem Minderungsbegehren bei einem Pferd, das gesund versprochen war, aber bei dem er feststellt, „*habere gallos,* Floss. gallen. *Propter quod aliud emptor minus dedisset…*".[149] Was sich erst liest wie eine Literaturangabe, *Floss. gallen.*, ist nichts anderes als der Einschub der deutschen Übersetzung von *gall*[a]:[150] Fluss, Gallen, was Geschwüre bezeichnet, die Symptome des Rotz' sein können.[151] Seine Beispiele sind damit den deutschen Zuhörern seiner Vorlesung zum Codex angepasst gewesen.

Zu den Fristen äußert sich Dumoulin ausführlich: Die gesetzlichen Klagefristen seien durch Vertrag verlängerbar, z.B. von sechs auf acht oder neun Monate. Die Frist von sechzig Tagen bei einer Abrede ohne Fristangabe, der Käufer könne eine Sache zurückgeben, wenn er sie fehlerhaft finde, erwähnt er ebenfalls. Der Verkäufer müsse nur für Mängel einstehen, die schon zur Zeit des Kaufs vorlagen, nicht für einen nachträglich neu auftretenden Mangel. „*Tamen si in continenti post emptionem morbum sentiret emptor, praesumeretur etiam fuisse contractus tempore…*". Bei einem Zweifel, ob ein Mangel schon vor dem Kauf existiert habe,

[146] Dumoulin T. III S. 683f.
[147] Clain-Stefanelli S. 29.
[148] Clain-Stefanelli S. 65.
[149] Dumoulin T. III S. 684.
[150] Im Druck steht *gallos* statt *gallas*.
[151] s. dazu Frankreich : Literatur im 12. Und 13. Jahrhundert : Guillaume Durand zu *galla*.

werde untersucht, „*an brevi tempore post contractum* [equum] *morbosum senserim*", ob der Käufer innerhalb einer kurzen Zeit nach dem Vertragsschluss die Krankheit des Pferdes entdeckt habe. Denn in der Kürze dieser Zeitspanne wurzele die Vermutung, das Tier sei schon vor dem Kauf krank gewesen. „*Quod autem sit breve tempus; hoc relinquitur arbitrio judicantis*", die Richter würden im Einzelfall entscheiden, welche Zeitspanne noch unter *breve tempus* gerechnet werden könne. Der Verkäufer könne aber jederzeit das Gegenteil beweisen.[152] Hatte Dumoulin deutsches oder französisches Recht vor Augen? Dass er seine Beispiele seiner Zuhörerschaft anpasste, muss nicht bedeuten, dass er die Eigentümlichkeiten des deutschen Rechts mehr berücksichtigte als die des französischen Rechts. In diesem Fall passen seine Ausführungen auf beide Rechte, denn auch das Viehkaufsrecht in Deutschland kannte kurze Gewährsfristen, die die Vermutung in sich trugen, gewisse Hauptmängel hätten schon zur Zeit des Vertrags existiert. Davon unabhängig ist allerdings sicher, dass Dumoulin auch in Frankreich gelesen wurde. Er ist der erste in der französischen Literatur, der eine kurze Frist mit der Vermutung des Vorliegens eines Mangels zur Zeit des Verkaufs verknüpft und ein Prinzip rund um eine kurze Frist formuliert.

Ein Exkurs zur kanonistischen Literatur

Es ist bekannt, dass Dumoulin sein Augenmerk dem *droit coutumier*, dem Römischen Recht als auch dem kanonischen Recht widmete. Es ist gut möglich, dass Dumoulin das Prinzip des *breve tempus* aus der Beoabachtung des deutschen oder französischen Gewährleistungsrechts beim Viehkauf gezogen hat. Es ist auch möglich, dass er sich am kanonischen Recht inspiriert hat. Das kanonische Recht war keine hermetisch abgeschlossene Wissenschaft, sondern es gab einen Austausch zwischen den beiden Rechten, gerade in Italien. Insofern darf man sich den Blick nicht dadurch versperren, dass man Autoren in eine Kategorie wie die der Kanonisten einordnet. Die Autoren, die im folgenden zitiert werden, sind nicht nur belesen in beiden Rechten, sie sind auch an italienischen Universitäten ausgebildet. Wie gesehen vertrat in Italien Cynus um Anfang des 15. Jahrhunderts die gleiche Idee wie sein Altersgenosse und Kanonist Johannes Andreae hinsichtlich der Vermutung, ein Mangel, der sich *in continenti* zeige, habe vor dem Kauf vorgelegen. Auch Baldus greift auf Andreae zurück. Sicher ist, dass sich diese Idee der Präsumptionsfrist, insbesondere von drei Tagen, in der kanonistischen

[152] Dumoulin T. III S. 684.

Literatur gehalten hat. Als Beispiele sollen die Abhandlungen der Autoren Nicolai de Tedeschi (oder Tudeschis), genannt Panormitanus, (1386-1445) und Silvestre Mazolini (1460?-1523) herausgegriffen werden. Nicolai de Tedeschi, ein früher Vertreter der Kanonistik, widmet sich nur einigen auserlesenen Fragen aus dem Bereich der ädilizischen Klagen. Die Klagefristen, „*ista actio* [quanti minoris] *competit intra annum utile. Alia actio* [redhibitoria] *competit intra semestre*", erwähnt er mit Bezug auf C. 4, 58, 2 im Vorbeigehen. Mehr Aufmerksamkeit widmet er den vertraglichen Haftungsausschlüssen, dem *dolus* des Verkäufers und der Vermutung eines Mangels schon zur Zeit des Verkaufs „*propter brevitatem temporis*". Diese *praesumptio* ist aber nicht nur an den bloßen Ablauf der Zeit geknüpft, die er mit drei Tagen definiert, sondern noch an zwei anderen Konditionen: Das Pferd, das er ohne Überraschung als Beispiel wählt, muss innerhalb der drei Tage sterben *und* man muss feststellen, dass es ein *cor marcicum*, ein schwaches krankes Herz hatte,[153] d.h. man musste den Mangel benennen können. Zu einem Pferd, das „*dolebat in spatula quem dolorem non ostendebat tempore venditionis*" setzt er als Grundvoraussetzung für einen Anspruch gegen den Verkäufer voraus, dass der Mangel „*intra modicum tempus reperitur*".[154] Wenn auch Durand in seinem *Speculum Iuris* Tedeschi als Vorlage gedient hat,[155] so findet sich diese Präzisierung bei Durand in seiner Abhandlung zu den ädilizischen Klagen noch nicht. Silvestre Mazolini bestätigt diesen Gedanken, auch unter Bezugnahme auf Durand: „*quod si intra triduum moritur, & invenitur habere cor marcidum, ex temporis parvitate praesumitur illum morbum tempore venditionis habuisse*". [156] J. P. Surdus (gest. 1598) spricht von der gleichen Vermutung innerhalb von drei Tagen.[157] Dumoulin übernimmt diese Beispiele nicht; er erwähnt auch nicht die Frist von drei Tagen. Dafür war sein Blick vermutlich zu sehr auf die Praxis und die deutschen oder französischen Partikularrechte gerichtet. *Breve tempus* bringt das Prinzip der Beweislastumkehr für beide Länder auf den Punkt. Insofern kann hier nur festgestellt werden, dass Dumoulin wohl ein früher Vertreter der französischen Legistik war, der von einem *breve tempus* sprach, während dieses Prinzip in Italien und insbesondere unter den Kanonisten anscheinend fester Bestandteil der Lehre geworden war.

[153] Tedeschi III fol. 89 De rerum permutatione, zu *iniustum* Nr. 5.
[154] Tedeschi III fol. 89 De rerum permutatione, zu *iniustum* Nr. 3.
[155] Tedeschi III fol. 89 De rerum permutatione, zu *iniustum* Nr. 3, 5 (*super ossa, spatula*); Tedeschi II,2 fol. 159 Nr. 24 de iure iurando: zu *spatula.*
[156] Mazolini 'emptio' Nr. 19, 3f.
[157] Surdus T. I dec. 146 Nr. 16f.

2.4.2.4.2 François Bauduin (1520-1573)

François Bauduin oder auch Balduinus war 28 Jahre als, als 1548 seine kurze Abhandlung zu den ädilizischen Edikten veröffentlicht wurde. Zu seinen Quellen gehörte neben Autoren der klassischen lateinischen Literatur auch Harmenopoulos. Er kommentiert Ulp. D. 21, 1, 19, 6, Gai. D. 21, 1, 28 und Pap. D. 21, 1, 55. Das Zusammenspiel der diversen Fristen scheint nicht bis zur letzten Konsequenz durchdacht: „*Redhibitoriae actioni praestitui sunt sex menses utiles: iudicio Quanto minoris, duodecim: ac nisi iustam aliquam ignorati vitii, quod latebat, causam probarit*[158] *emptor*[159]*, incipient statim currere à die venditionis*[160]*. Interdum tamen harum actionum tempus brevius est. Si enim venditor cavere nolit de iis, quae edicto Aedilium continentur: eo solo nomine datur quoque Redhibitoria, vel Quanto minoris: sed illa duorum mensium, haec sex mensium tunc erit*[161]."[162] Er meint, dass für die Wandlungsklage sechs Monate, für die Minderungsklage zwölf Monate gelten. Wenn der Käufer keinen richtigen Grund bewiesen habe für den unbekannten Mangel, der versteckt war, würden die Monate vom Tag des Verkaufs an zu laufen beginnen. Dennoch sei manchmal die Zeit der Klagen kürzer. Wenn nämlich der Verkäufer wegen der Dinge, die im Edikt der Ädilen enthalten seien, keine *cautio* leisten wolle, werden nur deswegen die Wandlungs- und Minderungsklagen gegeben; die Wandlungsklage habe eine Frist von zwei, die Minderungsklage eine von sechs Monaten. In seinem Kommentar zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 bestätigt er dies.[163] Dort fügt er als Erläuterung zu *ex die venditionis* hinzu: „*Etiam ignoranti, saltem ubi dissoluta est emptoris ignorantia, quae excusationem non mereatur. quod postea Papinianus docet*".[164] Auch dem Unwissenden, zumindest wo die Unwissenheit des Käufers leichtfertig sei, die nicht entschuldigt werden könne, was später Papinian lehre, laufe die Klagefrist ab dem Kauf. Das gleiche Problem findet sich in seiner Anmerkung zu Pap. D. 21, 1, 55, in der er spiegelbildlich auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 verweist: Die Klagefrist laufe ab dem Kauftag, *„quòd fieri soleat, ut unusquisque rem suam intus & in cute norit*[165]*, aut nosse debeat*"[166], es sei üblicherweise so, dass jeder seine Sache in und auswendig kenne oder

[158] verkürzt für *probaverit*.
[159] Er verweist auf Pap. D. 21, 1, 55.
[160] Er verweist auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6.
[161] Er verweist auf Gai. D. 21, 1, 28.
[162] Balduin S. 83.
[163] Balduin S. 104: „*Sex menses.] Aliquando tamen actio redhibitoria duorum tantum est mensium, & Quanto minoris sex mensium. nempe, si venditor de his, quae edicto Aedilium continentur, non caveat: eoq; nomine conveniatur, non autem quòd res sit vitiosa.*"
[164] Balduin S. 104.
[165] verkürzt von *noverit.*
[166] Balduin S. 134.

kennen müsse. Insofern sei Ulpian zu folgen. Balduins Ansicht ist in diesem Punkt sehr zweifelhaft: Seiner Ansicht nach kommt ein Käufer zu den Ädilen und behauptet, er habe den Mangel beim Kauf nicht gekannt. Er muss beweisen, dass diese Unkenntnis entschuldbar sei im Sinne von Pap. D. 21, 1, 55 2. Satz. Kann er den Beweis führen, gilt die Klagefrist bis zur Kenntnis bzw. Kennenmüssen als gehemmt wegen fehlender *potestas experiundi.* Wenn der Käufer den Beweis nicht führen kann, wenn also vor Gericht festgestellt werden muss, dass der Käufer den Mangel hätte kennen müssen, nimmt Balduin dennoch an, dass der Käufer klagen könne, denn ansonsten bliebe für Ulp. D. 21, 1, 19, 6 kein Anwendungsbereich. Wenn er nicht eine subtile Differenzierung voraussetzt zwischen einem offensichtlichen Mangel, den jeder entdecken konnte, und einem Mangel, den (nur) der Käufer hätte finden können, ergeben seine Ausführungen keinen Sinn.
In der Anmerkung zu Gai. D. 21, 1, 28 bestätigt er noch einmal, dass die Klagefrist von zwei Monaten für eine Wandlung auch ohne das Vorliegen eines Mangels deswegen gelte, weil der Käufer Zweifel wegen der Qualität der Sache haben müsse.[167] Zu Pap. D. 21, 1, 55 rekapituliert er, dass die *dies utiles* mit der *potestas experiundi* einhergehen, die wiederum mit der faktischen Klagemöglichkeit des Klägers und des Beklagten zusammenhänge, wobei er Ulp. D. 44, 3, 1 fälschlicherweise Iulianus zuweist.[168] Das *dictum promissumve* nimmt Balduin nicht in seine Argumentation auf.

2.4.2.4.3 Jacobus Cuiacius (1522-1590)

Cujaz (Jacobus Cuiacius, 1522-1590) muss unter zwei Aspekten betrachtet werden, zum einen als Historiker und Theoretiker des Römischen Rechts, zum anderen als Praktiker des ‚französischen' Rechts; denn auch wenn letzteres in den Betrachtungen zu Cujaz manchmal übergangen wird, so zeugen doch seine *Observationes* von seiner praktischen Seite. Cujaz unterscheidet zum einen die Minderung und ggf. die Wandlung aus der zivilen Kaufklage[169] und die ädilizischen Rechtsbehelfe, die er allerdings auch der *ex empto* unterordnet.[170] Die römischrechtlichen Fristenlängen finden sich an mehreren Stellen,[171] so auch bei seiner

[167] Balduin S. 111f.
[168] Balduin S. 134.
[169] Cujaz T. I Sp. 394 VI Sp. 778; T. V Sp. 149; T. VII Sp. 751f; T. IX Sp. 395; T. X Sp. 760.
[170] Cujaz T. II Sp. 293: „*Actiones empti & venditi, aut civiles sunt…, aut aedilitiae…*", dazu die Enarratio: „*aut aedilitiae : quae descendunt ex edicto aedilitio, & honorariae sunt actiones*".
[171] Cujaz T. I Sp. 531 zu LX Tagen a.E.: Wandlungsklage: 6 Monate; Sp. 538: Minderungsklage: 1 Jahr; Sp. 778 a.E./779 a.A.; T. IX Sp. 395.

Listung der Fristen: „…*II. est de actione redhibitori, quae sex mensibus utilibus concluditur, l. sciendum, § ult. D. de aedil. ed.*[Ulp. D. 21, 1, 19, 6] … *III. est de actione aestimatoria Quanto minoris, quae ex hac causa sex mensibus utilibus concluditur, quod aedilitiae cautiones non praestentur, l. si venditor, D. eod.* [Gai. D. 21, 1, 28] *alias anno utili concluditur*".[172] Daran anschließend findet sich eine Übersetzung der Rhopai, worin selbstverständlich die Fristen noch einmal wiedergegeben werden. Sein Versuch, Pap. D. 21, 1, 55 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6 in eine harmonische Lesart zu bringen, wurde schon kurz zuvor[173] berichtet. Er stellt auf den Begriff *utilis* ab, „*quibus emptori experiundi potestas fuerat".* Anders als Dumoulin nimmt er Papinians Fragment als Basis seiner Argumentation, „*Tempus autem illud utile sex mensium, hoc loco Papinianus docet numerari ex die, quo emptor vitium cognovit… nec enim tempus utile cedit, aut currit ignoranti, sed continuum tempus tantum*".[174] Obwohl er an der gleichen Stelle herausarbeitet, dass *potestas experiundi* die Möglichkeit zu klagen ist, behandelt er die Kenntnisnahme des Käufers vom Mangel wie einen echten Fristbeginn, was ihn dazu führt, Ulp. D. 21, 1, 19, 6 als bedingt falsch zu bezeichnen,„*tempus sex menses cedere ex die venditionis, non est verum, si latens vitium emptor ignoravit*". Er erwähnt auch die Möglichkeit, wegen eines *vitium fundi* , z.B. wegen der giftigen Pflanzen oder Schlangen[175], zu klagen, *ex reticentia,* wobei er bemerkt, dass so das halt alle Bücher schrieben, „*sic habent constanter omnes libri scripti*". *Ex reticentia* meint hier einfach den Haftungsgrund, dass der Verkäufer durch die Edikte verpflichtet ist, alle (versteckten) Mängel bekanntzumachen, und *ex reticentia* haftet, gutgläubig oder nicht, wenn er es nicht macht. Der letzte Tag der Frist müsse zum Ablauf der Frist beendet sein,[176] was den Digesten entspricht. Die Frist aus Gai. D. 21, 1, 28 diskutiert er nicht an, zitiert aber diese Stelle als Beispiel einer Art der Wandlungsklage.[177]

Wie oben gesehen, gibt er die in Paris beim Pferdekauf gebräuchlichen Fristen in seinen *Oberservationes*, Lib. 27 cap. 15, nicht wieder, sondern spricht sich nur dafür aus, die Liste der zur Wandlung berechtigenden Krankheiten zu ergänzen.

[172] Cujaz T. I Sp. 536 zu 6 Monaten.
[173] Im Kapitel zum Römischen Recht : Der Fristbeginn und Pap. D. 21, 1, 55: Eine doktrinale Verwirrung.
[174] Cujaz T. IV Sp. 1333.
[175] Zumindest erklärt er so den Begriff *pestibulas.*
[176] Cujaz T. VIII Sp. 333.
[177] Cujaz T. IX Sp. 395;T. I Sp. 778.

2.4.2.4.4 Pierre Guenoys (1522-1600) und Guy Coquille (1523-1603)

Während Cujaz sich um eine Aufarbeitung des Römischen Rechts bemühte, konzentrierten sich andere Autoren auf das französische Recht. In *La conférence des coutumes* beschränkt sich Pierre Guenoys[178] (1520-1600) 1596 hauptsächlich darauf, eine Synopse der *coutumes* zu schaffen und als Marginalie gegebenenfalls einen Bezug zum Römischen Recht oder zu den *ordonnances* herzustellen. Im Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung führt er an aus den *coutumes* von Auxerre Art. 143 (Wein ist verdorben oder korrespondiert nicht mit der Probe), Sens Art. 260 (Pferde), Bourbonnois Art. 87 (Pferde), Cambray Tit. 21 Art. 5 (Pferde), Bar Art. 204 (Pferde), Orléans Art. 425ff (Zungenbeschauer bei Schweinen), Dunois Chap. 17 Art. 90 (Zungenbeschauer), St. Sever Tit. 7 Art. 1 (Schweine) und unter *rescision* die *coutume de Bretagne* Art. 295 (Pferde und andere Sachen).[179] Am Rand merkt er lediglich den Bezug zu D. 21, 1 an. Sein Werk ist die Verkörperung der Suche nach einem französischen Recht und ein Versuch der Systematisierung des Rechts im 16. Jahrhundert.
Sein wesentlich bekannterer Zeitgenosse Guy Coquille (1523-1603) begnügt sich in seiner *Institution au Droit François,* erschienen posthum 1607, die *Coutume d'Auxerre*, Art. 151, zum Pferdekauf zu zitieren und hinzuzufügen, dass in Art. 87, *Coutume de Bourbonnois*, ein Pferd acht Tage nach Übergabe gewandelt werden könne. Daran schließt er an: „*C'est selon l'ancienne Ordonnance de Police de Paris.*"[180] Wie oben gesehen[181] ist fraglich, welche Polizeiverordnung er im Sinn hatte. Diese Beschränkung auf das nationale Recht ist bezeichnend für seine Werke, in denen er die *coutumes „vray droit civil des Provinces*" nennt.[182]

---

[178] auch Guenois, *Conseiller du Roi, Lieutenant Particulier au siège et ressort d'Yssoudun en Berry*; fünf Jahre nach seinem Tod erschien in Paris die durch ihn überarbeitete Fassung des *Traicté des Loix abrogées et inusitées en toutes les Cours, Terres, Iurisdictions… de France* von Philebert Bugnyon, in dem er das Römische Recht listet, das nicht mehr gilt. Dort allerdings findet sich kein Hinweis zur Sachmängelgewährleistung.
[179] Guenoys S. 395 b, 396, 398 a.
[180] Coquille T. II S. 120 rechts unten (Inst.).
[181] im Kapitel: *Ordonnances* und die Klagefrist.
[182] Coquille T. I S. 280 re. Sp. in *Discours des Etats de France, & du Droit du Duché de Nivernois*; so auch T. II (*Les Coustumes de Pays et comté de Nivernois)* S. 1 li. Sp. „*les Coûtumes des Provinces de France,… sont leur vray Droit Civil, & Commun: & peuvent être appellées Droit écrit…*" ; S. 1 re. Sp. „*parce que nos Coûtumes sont nôtre Droit Civil & Commun…",* S. 2 li. Sp. „*Doncques le Droit Civil Romain n'est pas nôtre Droit Commun, & n'a force de Loy en France: mais y doit être allegué seulement pour la raison…*". Angesichts dieser Häufung wird ein noch so oberflächlicher Leser nicht umhin kommen, Coquilles Gesinnung zu begreifen.

2.4.2.4.5 Hugues Doneau, genannt Hugo Donellus (1527-1591)

Donellus' Leben wurde durch diverse religiöse Konflikte nachhaltig bestimmt, die ihn zwangen, wie schon Dumoulin, seine Lehrtätigkeit in Bourges nach der Bartholomäus-Nacht 1572 aufzugeben und zeitweise in Genf, Heidelberg, Leiden und Altdorf bei Nürnberg eine Bleibe zu suchen.

Donellus widmet sich ausführlich den ädilizischen Edikten.[183] Als Beispiele für wandelbare Waren führt er den mangelhaften Stoff, das widerspenstige Pferd und das Haus an, das durch faulendes Wasser oder Kloakenabwasser verseucht sei,[184] also bewegliche und unbewegliche Sachen und Tiere. Er behandelt sowohl die Wandlungs- als auch die Minderungsklage. Donellus hält in guter römischrechtlicher Tradition fest, dass bei einer Wandlung das *tempus agendi* anders sei als bei einer zivilen oder prätorianischen Klage und nur *sex menses verum utiles* dauere, unabhängig davon, ob aus *actio redhibitoria* oder *empti* geklagt werde.[185] Eine *actio quanto minoris* könne der Käufer ein Jahr lang erheben. Er beruft sich dabei auf. Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und D. 21, 1, 38 pr. und C. 4, 58, 2.[186] Nur an einigen Stellen, an denen er die Klagefristen anführt, ergänzt er, die Fristen seien *utiles*: „*Actio redhibitoria… proposita est tantum edicto intra sex menses, verum utiles… id est sex menses, constantes iis diebus, quibus experiundi potestas fuit.*" Die Klage *quanti minoris* sei innerhalb eines *annus utilis* zu erheben.[187] Gai. D. 21, 1, 28 erwähnt er kurz: Prinzipiell sei die Frist der Wandlungsklage sechs Monate; „*in his duabus duorum mensium dumtaxat, si de iis rebus, quae praestari jubentur, venditor non caveto.*"[188] Bei zwei Klagen dauere die Frist zwei Monate. Der erste Fall sei, wenn der Verkäufer hinsichtlich der Eigenschaften, die die Ädilen zu leisten befehlen, keine Sicherheit leiste. Der zweite Fall ist die Abrede, eine Sache bei Nichtgefallen zurückgeben zu können. Donellus erklärt den Zusammenhang zwischen der *cautio* und den Klagefristen nicht näher; er verknüpft sie allerdings nicht mit dem einfachen Verkauf: Der einfache Verkauf sei ein Verkauf von Sachen vom geringen Wert oder Verkäufen, bei denen nur eine *stipulatio simpla* vereinbart worden sei.[189]

---

[183] Donellus T. X Sp. 1331ff.
[184] Donellus T. X Sp. 1334; Sp. 1336 zum Stoff, für den zugesichert wurde, dass er aus Rouen oder Spanien komme.
[185] Donellus T. X Sp. 1350.
[186] Donellus T. III Sp. 810; T. IV Sp. 743f; T. X Sp. 1360.
[187] Donellus T. III Sp. 810.
[188] Donellus T. X Sp. 1351.
[189] Donellus T. X Sp. 1346.

2.4.2.4.6 Louis Charondas le Caron (1536-1617)

Charondas le Caron (1536-1617) war mehr dem französischen Recht zugeneigt als Bouteiller, den er kommentiert,[190] allerdings kommt dies bei seiner Ausführung zur Sachmängelgewährleistung nicht zum Tragen. In seinem Kommentar zur *Somme rural* bestätigt er die Existenz der ädilizischen Klagen: „*…l'une dicitur* redhibitoria*, qu'il faut intenter dans les six mois … par laquelle l'achepteur auquel un cheval ou autre bestial a esté vendu, agit pour resouldre la vendition, pour le vice latent que le vendeur luy auroit celé… Pour le cheval on tient les vices latens, pousse, morve & courbature. L'autre action* dicitur Quanto minoris*, & dure iusques à un an. … toutes les deux actions se practiquent encores en France.*"[191] Seine Ausführungen in seinen *Pandectes ou Digestes du Droit François* sind wesentlich ausführlicher. Dennoch erwähnt er weder dort, noch in seinem Kommentar zur Pariser *Coutume* spezielle Fristen beim Viehkauf oder bei anderen Sachen.[192] Die allgemeine Regel für die Klagefrist bei Wandlung, die ausschließlich den Edikten, nicht dem Zivilrecht[193] entspringt, lautet bei ihm, im Gegensatz zum Römischen Recht, bei dem sechs Monate *utiles* gelten: „*Par l'usage de droict François on n'observe un si long-temps, ains si tost que l'achepteur a decouvert mal ou vice, il faict convenir le vendeur, pour esviter à la contention qui pourroit intervenir, pour recognoistre si la maladie ou le vice seroit advenu depuis la vente & tradition, ou auparavant.*" Die Idee, der Kläger solle ein Verfahren einleiten, sobald er Kenntnis vom Mangel habe, deckt sich in der Konsequenz mit den Ausführungen Dumoulins, der eine möglichst frühe Klageerhebung für ratsam hält wegen der Beweisschwierigkeiten, der Mangel habe schon zur Zeit des Kaufs vorgelegen. Zur Minderungsklage führt er nur aus, dass sie bei den Römern ein Jahr lang erhoben werden konnte, ohne allerdings diesbezüglich zu präzisieren, was im französischen Recht gelten solle.[194] Als Pariser Jurist, der die Pariser *Coutume* kommentierte und als *Lieutenant général* in Clermont im Beauvoisis tätig war und der zudem noch die Sonderregel zum Pferdekauf zu

---

[190] z.B. widerspricht er Bouteiller darin, dass der *retrait ligagner 'haineux'* oder *odieux* sei, da er bereits in Frankreich und anderen Ländern ins Recht übernommen worden sei, Charondas in Bouteiller S. 5.
[191] Charondas in Bouteiller S. 98 Anm. o.
[192] Charondas le Caron Pand. S. 306 erwähnt ebenfalls, dass bei *morve, pousse, courbature* eine *action rédhibitoire* erhoben werden könne; S. 306 a.E. gibt er aber hinsichtlich der Fristen nur die Edikte wieder: Sechs Monate *utiles* bzw. sechzig Tage durchgehend bei der *action rédhibitoire*, ein Jahr *utile* bzw. sechs Monate durchgehend bei der *quanti minoris*; S. 549: *morve, pousse, courbature* wird erwähnt, nicht aber die kurze Frist.
[193] Charondas le Caron Pand. S. 528: Die *actio ex empto* gehe auf die Übergabe der Sache und den friedlichen Besitz, nicht die Eigentumsverschaffung. Die Sache muss so wie vereinbart übergeben werden, auch in der vereinbarten Größe und Menge. Hinsichtlich des Verkaufs beweglicher Sachen verweist er auf die Ausführungen zu den ädilizischen Edikten S. 529.
[194] Charondas le Caron Pand. S. 550 a.A.

morve, pousse, courbature kannte, musste er auch die kurze Klagefrist beim Pferdekauf kennen, auch wenn er sich nicht auf die Länge festlegt, sondern nur den Grund für die Kürze der Frist angibt, nämlich die Beweisschwierigkeiten des schon vor dem Kauf vorliegenden Mangels. Hingegen beruft er sich nur auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 (sechs Monate bzw. ein Jahr ab Kauf). Das Beispiel, das er zu den ädilizischen Klagen aus der Rechtsprechung angibt, und andere Beispiele zur Frage des offensichtlichen Mangels beziehen sich sämtlich nur auf Pferde: In zweiter Instanz des Palais in Paris vom 17.07.1563 gegen einen Käufer, der ein hustendes Pferd vermutlich wandeln wollte, wandte der Verkäufer ein, er müsse nicht für *pousse* oder *morve* einstehen, die das Pferd erst nach dem Kauf befallen hätten. Ebenso hafte der Verkäufer nicht bei einem offensichtlich blinden und lahmen Pferd.[195] Galten die ädilizischen Klagen auch bei Sachen? Charondas bemerkt in enger Anlehnung an das Römische Recht: „*Il y a l'action redhibitoire introduite par l'Edict des Ediles, principialement pour les choses qui se vendent au marché, & mesmement pour les bestiaux: car pour le regard des serfs on ne l'observe en France*", und etwas später zum Verschweigen: „*Car telle fraude ne se commet seulement aux chevaux, ains aussi aux autres bestiaux, comme brebis & moutons, & en autres marchandises…*", was er mit Stellen aus den Edikten belegt.[196] Die Klage wegen eines Mangels an einem Grundstück stellt er dar, wie sie sich im Römischen Recht findet, C. 4, 58, 1, 4, Ulp. D. 21, 1, 49, um zu schließen, „*s'il n'y avoit moyen d'arracher lesdites herbes, & de purger & nettoyer l'heritage de telle infection & pestilence.*"[197] Man erhält bei seiner Darstellung, den Eindruck, dass die ädilizischen Klagen prinzipiell irgendwie gelten konnten, praktisch aber wenig Bedeutung hatten, es sei denn beim Pferde- und bei sonstigem Viehkauf.

2.4.2.4.7 Antoine Loisel (1536-1617)

Antoine Loisel (1536-1617)[198], dem man zuschrieb, aus den *ordonnances* und den *coutumes*, sowie dem *usage* und der Praxis,[199] „*toutes les Regles generales du Droit François*“

[195] Charondas le Caron Pand. S. 307. Die Beispiele zu Grundstücken beziehen sich auf Rechtsmängel und das Verschweigen von Abgabepflichten gegenüber einem Seigneur, wofür Schadensersatz geschuldet wird.
[196] Charondas le Caron Pand. S. 549 a.E.: D. 21, 1, 1; 21, 1, 23, 7; 21, 1, 38 etc. Die Verweise sind eher weit angelegt und wenig auf den Punkt gebracht.
[197] Charondas le Caron Pand. S. 550.
[198] Loisel (1710), hrsg.v. de Laurière, enthält eine Biographie Loisels: L. traf 1554 Cujaz in Toulouse, folgte ihm nach Cahors und Bourges, wo er Pithou (1539-1596) kennenlernte, dann nach Valence. Mehr als 40 Jahre Anwalt am Parlament. Erste Ausgabe seiner *Institutes* 1607, 1615 seine *Memoires de Beauvais.*
[199] Loisel 1637 Vorwort S. 4

gesammelt zu haben,[200] ungeachtet der ins Auge springenden Tatsache, dass alle diese Regeln nur ein kleines Heft füllten und dementsprechend durch anderes Recht ergänzt werden müssen, führt zwei Fälle der Wandlung an, erstens zum Pferd bei *morve, pousse, courbes, courbature* bzw. bei einer Klausel, das Pferd sei *sain & net*, bei allen Mängeln innerhalb einer Acht-Tages-Frist ab Übergabe: „*Un Vendeur de Chevaux n'est tenu de leurs Vices, fors de Morve, Pousse, Courbes & Courbatures, sinon qu'il les ait vendus Sains & Nets; auquel cas, il est tenu de tous Vices, jusques aprés Huit Jours de la Délivrance faite.*"[201] Dieser Regel ist die *coutume de Bourbonnois*, Art. LXXXVII, am ähnlichsten.[202] Der zweite Fall betrifft kranke Schweine (*mezeaud*), die der Zungenbeschauer zurücknehmen muss, wenn er seine Arbeit nicht richtig geleistet hat, und die der Verkäufer zurücknehmen muss, wenn der Befall[203] des Schweines so verborgen war, dass auch der Zungenbeschauer dies nicht anhand der Zunge feststellen konnte.[204] Dies entspricht im Wesentlichen der *coutume d'Orléans* und *Dunois*, bis auf den Zusatz, dass die Haftung des Verkäufers entfalle, wenn eine Herde Schweine als ganzes verkauft worden sei. Dies mag er aus seiner persönlichen Erfahrung als Jurist hinzugefügt haben, in den *coutumes* findet sich dazu nichts. In Toulouse (1235), Chap. V, wird hingegen festgehalten, wenn bei einem Kauf von Schweinen einige unter ihnen *leprosi*, finnenbefallen, krank befunden werden „*pro valore suo est de dicta venditione exceptus, valet tamen dicta venditio quoad sanos*". Der Ausschluss der Wandlung beim Kauf einer Herde findet sich allerdings in den *usages* der Normandie bei Pferden wieder.[205]

2.4.2.4.8 Jean Duret (gest. 1620)

Jean Durets (gest. 1620) Kommentar der *Coutume de Bourbonnois* von 1585 bezeugt die Belesenheit seines Autors von den großen Werken wie Aristoteles, Plato, Azo, Bartolus, Boudin, de Belleperche, Choppin. An zwei Stellen erwähnt er die ädilizischen Klagefristen von sechs Monaten bzw. einem Jahr, ohne allerdings den Beginn derselben zu präzisieren.[206]

---

[200] de Laurière in Loisel 1710 T. I Vorwort 1. & 2. Seite.
[201] Loisel 1710 T. II Tit. IV Art. XVII.
[202] de Laurière in Loisel 1710 T. II zu Tit. IV Art. XVII führt die *Coutoume de Bourbonnois* und *de Sens* an, nicht aber die der Ressorts des Duc de Lorraine.
[203] *mezel* ist ein allgemeiner Begriff für krank, aussätzig. Da auch von *grain de mezellerie* geredet wird, liegt nahe, an erster Stelle an Finnen zu denken, wie *ladre.*
[204] Loisel 1710 T. II Tit. IV Art. XVII & XVIII.
[205] Basnage T. I S. 97.
[206] Duret T. III § XX S. 209 re. Sp.: *action rédhibitoire*: 6 Monate; § XIII S. 230 li. Sp.: „*Apres les six mois i'ai proposé la redhibitoire & le iuge m'a condamné pour n'estre venu dans le temps: pourray ie neantmoins intenter*

Duret ist damit ein weiteres Beispiel für die Tendenz in der Literatur, dem Römischen Recht und den ädilizischen Klagen eine Existenz im französischen Recht einzuräumen, allerdings eine Existenz im Hintergrund.

2.4.2.4.9 Dénis Godefroy (1549-1622)

Dénis Godefroy (1549-1622), genannt Gothofredus, der sich der Mühe unterzog, die Anmerkungen zum Codex und zu den Digesten zu sammeln und selbst zu ergänzen, veröffentlichte Ende des 16. Jahrhunderts seine Kommentare zum Corpus Juris Civilis. Die erste Ausgabe erschien 1583, wiederaufgelegt 1590, 1602, 1607, 1624 und 1652, die zweite 1587, die dritte, die die Glosse enthielt, 1589, wiederaufgelegt 1604 und 1612. Seine Anmerkungen tendieren hinsichtlich des Fristbeginns der sechs bzw. zwölf Monate zu Pap. D. 21, 1, 55, d.h. ab einem Beginn ab Kenntnis vom Mangel. Selbst an C. 4, 58, 2, aus dem klar hervorgeht, dass die Fristen ab dem Kauf gelten, merkt er an: „…*currunt autem* [redhibitoria & quanti minoris] *emptori sex menses, ex quo rei vitium cognovit, aut cognoscere debuit.*" Das Fragment Ulp. D. 21, 1, 19, 6 findet sich in einer Anmerkung zur Länge der Frist.[207] Zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 merkte er in seiner ersten Ausgabe hinsichtlich des Fristbeginns nichts an.[208] In der dritten Auflage war der Kommentar etwas verfeinert: Zu *utiles* schreibt er: Wenn der Käufer fahrlässig den Fehler nicht erkannt habe, greife kein Anspruch, „…*si ignoravit non supine, tunc ex die quo scivit*", mit Bezug auf Pap. D. 21, 1, 55, d.h. wenn der Käufer sorgfältig war und dennoch den Mangel beim Kauf nicht entdeckt hatte, mit anderen Worten, wenn der Mangel versteckt war, liefe die Zeit ab Kenntnis. Und er setzt zum Beweis an, dass Ulpian irgdendwie Recht haben kann: „*sed probo contrarium quod non, s. ex die venditionis. Aut enim uterque, s. venditor & emptor sciebat vitium: & tunc non currit a tempore venditionis praescriptio vj. mensium: ut pote cum agi non possit* [Ulp. D. 21, 1, 1, 6][209]. *Aut uterque ignorabat: & tunc non currit a venditione.* [Pap. D. 21, 1, 55]. *Resp. quando uterque*

---

l'autre action annalle, à fin de ravoir le surplus de l'excesif prix que i'ai donné de mon achapt, suivant ce que les nostres appellent, Quantominoria?…" Er bejaht dies.

[207] D. Gothofredus Cod. (1652) Sp. 349 Anm. e, f. ; in der glossierten Ausgabe von 1612 Sp. 965 Anm. b ist der Sinn der gleiche: „*… quia demum scienti surrit illud tempus, non enim videtur experiundi potestatem habuisse, qui ignoravit, ut…..* [Pap. D. 21, 1, 55], *Ideoque a tempore scientiae, currit tempus continuum*..[D. 3, 6, 6]." Letztere Stelle, Gai. D. 3, 6, 6 bezieht sich auf die *calumnia.*

[208] D. Gothofredus Dig. (1652) Sp. 666.

[209] Umschrift der zitierten *leges* in moderne Schreibweise; in D. 21, 1, 1, 6 steht, dass das Edikt dort aufhört, wo der Käufer einen Mangel erkennt.

sciebat, potest hoc intelligi, si tamen stipulatus fuit de vitio [C. 8, 44, 27][210]. *vel intellige quando venditor sciebat vitium, sed emptor supine ignoravit: & ideo currit ei:* [Pap. D. 21, 1, 55]…"[211] Er beweise das Gegenteil, dass die Frist eben nicht *ex die venditionis* laufen würde. Entweder habe nämlich jeder von beiden, d.h. der Verkäufer und der Käufer, den Mangel gekannt, und dann laufe keine Verjährung nach sechs Monaten von der Zeit des (Ver-)Kaufs, da ja nicht geklagt werden dürfe. Oder jeder von beiden kannte ihn nicht, und dann laufe die Zeit nicht ab dem Kauf, Pap. D. 21, 1, 55. Die Antwort darauf sei: Wenn jeder von beiden ihn kannte, dieser erkannt werden konnte und wenn dennoch über den Mangel eine Stipulation abgegeben wurde oder wenn der Verkäufer den Mangel gekannt, aber der Käufer ihn fahrlässig verkannt habe, dann laufe die Frist ihm auf die gleiche Weise, d.h. gemäß Pap. D. 21, 1, 55 ab Kenntnis vom Mangel. Letzteres erinnert an die Idee, die schon Azo dargelegt hatte. In seinen Anmerkungen zur Hexabiblos von 1587 bestätigt er dies und merkt zu Tit. III Liv. III zur Regel, dass die sechs Monate der Wandlungsklage ab der Kenntnis des Käufers laufen, an: „*Est enim his actionibus praestitutum tempus utile, ut ex dictis legibus patet*", wobei er u.a. Pap. D. 21, 1, 55 meint. Diese Fristen, zumindest die, die ab Kenntnis laufen, seien also nur *utiles* hinsichtlich des Beginns, nicht der Laufzeit: „*ad praescriptionem inchoandam, non consummandam, sicut alibi* [D. 3, 6, 6][212]".

2.4.2.4.10 Antoine Mornac (1554-1619)

Antoine Mornac (1554-1619) kommentiert die ersten vierundzwanzig Bücher der Digesten und die ersten vier Bücher des Codex u.a. mit Belegen aus der antiken griechischen und lateinischen Literatur wie aus Werken von Aischylos, Euripides, Cicero, Catull, aus den Schriften anderer Juristen wie Cujaz, Dumoulin, Budaeus und aus den Pariser Praktiken. Allerdings beschränkt er sich bei seinem Kommentar zu C. 4, 58 auf einen einfachen Hinweis darauf, dass die Wandlungsklage, um die es sich hier hauptsächlich handle, zur Genüge unter D. 21, 1 kommentiert worden sei. Es bleibt also nur, ein Blick auf seinen Digestenkommentar zu werfen. Bei Pomp. D. 21, 1, 48, 2, der die Fristen der ädilizischen Klagen erwähnt,

[210] C. 8, 44, 27: „*Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles nec quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur*", wenn jemand um den Fremdbesitz eines Grundstücks wusste und keine Eviktionsstipulation gefordert hat, kann er den Kaufpreis nicht herausverlangen, anders, wenn er es nicht wusste.
[211] D. Gothofredus Dig. (1612) Sp. 1970 Anm. r, s.
[212] zur Klagekorruption: das Jahr zum Geltendmachen des Vierfachen der Bestechungssumme laufe ab Kenntnis von der Zahlung an einen Dritten.

verweist er auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6; Gai. D. 21, 1, 28 und Ulp. D. 21, 1, 38 pr. kommentiert er nicht. In Ulp. D. 21, 1, 4, pr. und 1 erwähnt er die Wandlungsfrist von sechs Monaten nur im Zusammenhang vom *Römischen* Recht. Mornacs Kommentar zu der Klagefrist in Ulp. D. 21, 1, 19, 6 beschränkt sich auf eine Darstellung zweier Ausnahmen. Zum einen führt er Platos Abhandlung *nom*. 11, 2 a.E. an, in der Plato eine Wandlungsfrist von einem Jahr im Falle von Epilepsie bei einem Sklaven vorsieht, ansonsten sechs Monate bei anderen unentdeckbaren Krankheiten.[213] Zum anderen bezieht er sich auf den Brauch beim Pferdekauf im Pariser Handel, der oben schon behandelt wurde.[214]

Unter Pap. D. 21, 1, 55 geht er nicht auf das Problem ein, inwieweit die Kenntnis vom Mangel Auswirkungen auf die Klagefrist haben könnte: „*Hoc pertinet ad l.*…[Flor. D. 18, 1, 43 pr.] [215] …*: mala emptio stultitiam emptoris indicat.* .. "[216] Der schlechte Kauf zeuge von der Dummheit des Käufers. An der gleichen Stelle führt er aus, dass der Käufer immer von einem Mangel ausgehen müsse. Sein Kommentar zu D. 18, 1, 43 pr. geht in die gleiche Richtung. Er beschränkt sich damit auf die Aussage in Pap. D. 21, 1, 55 letzter Halbsatz, dass ein offensichtlicher Mangel keine Rechte eröffne.

Findet die Frist von sechs Monaten im *usus Gallicus* Anwendung?

Zum Fragment Ulp. D. 21, 1, 49, das sich mit der Wandlung des *fundus pestilens* beschäftigt, merkt er an, dass dies eine Ausnahme zu Flor. D. 18, 1, 43 pr. sein könne, wenn dieser Mangel allen erst bekannt werde.[217] Flor. D. 18, 1, 43 pr. regelt nämlich, dass der Verkäufer für offensichtliche Mängel nicht hafte. Es scheint so, als könne er die Gewährleistung für Grundstücke nicht ausschließen, aber ein klares Wort *dafür* findet er auch nicht.

Gab es nach seiner Vorstellung die Minderungsklage in der Praxis?

Wie oben bereits zum Viehkauf in Paris angemerkt, schloss Mornac die Minderungsklage beim Pferdekauf aus,[218] aber auch nur ausdrücklich beim Pferdekauf.[219] Einleitend zu diesem Kapitel der ädilizischen Klagen schreibt er: „*Totius vero huius tituli unus hodie usus ille est, ut si vitio, morbove aliquo laboret brutum venditum, nec quicquam de eo praedixerit venditor, redhibeatur ab emptore, cui actiones in hoc arbitrariae competunt, redhibitoria, &*

---

[213] Dieser Abschnitt findet sich *nicht* in der Ausgabe von 1631. Er wird später aufgrund des Nachlasses Mornacs ergänzt worden sein. Die Ausgabe von 1631 beschränkt sich auf die Wiedergabe zu den Fristen im Pferdekauf („*apuds nos*".. bis „*dirimunt*", s. Zitat im Text).

[214] im Kapitel: Der Viehkauf in Paris.

[215] Flor. D. 18, 1, 43 pr.: „*Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam: at si dixerit hominem litteratum vel artificem, praestare debet: nam hoc ipso pluris vendit.*"

[216] Mornac T. I Sp. 1233f.

[217] Mornac T. I Sp. 1230.

[218] Mornac T. I Sp. 1194.

[219] Mornac T. I Sp. 1219 zu Ulp. D. 21, 1, 31, 22.

aestimatoria, seu quanti minoris…[Ulp. D. 21, 1, 21; 21, 1, 27; 21, 1, 60; D. 19, 1, 13, 4f] *Cognoscunt etiam ordinarii judices nisi inter mercatores actum sit, quo casu cognitio tota est consulum... Dixique de tempore redhibitionis, quale servatur usu Gallico, ad l. 19. sciendum.§ ult. inf. hoc. tit* [Ulp. D. 21, 1, 19, 6]",[220] also: 'Der einzige, *unus*, Gebrauch dieses ganzen Titel ist heute jener, dass vom Käufer gewandelt werden könne, wenn das verkaufte Vieh an einem Mangel oder irgendeiner Krankheit leide und der Verkäufer davon nichts vorher gesagt habe. Dem Käufer stehen dafür die *actiones arbitrariae* zu, die Wandlungs- und Minderungsklage oder *quanti minoris*... Auch die ordentlichen Richter führen das Verfahren darüber, wenn nicht zwischen Kaufleuten geklagt wird, in welchem Fall das ganze Verfahren den *Consuls* zufällt… und von der Wandlungsfrist, wie sie im *usus gallicus* angewandt wird, habe ich zu D. 21, 1, 19, 6 gesprochen.' In den angegebenen Stellen in den Digesten kommentiert er die Minderungsklage nicht. Er kompensiert dieses Schweigen zur Minderung in D. 21, 1 durch einen Kommentar innerhalb seiner Anmerkungen zu D. 18, 1 oder D. 19, 1. Insofern gewinnt man den Eindruck, dass die Minderungsklage genauso wie eine Gewährleistung für Sachmängel an Grundstücken und an anderen Sachen eine nebulöse Existenz im Hintergrund fristen, da sie nun einmal im Römischen Recht erwähnt werden und das Römische Recht Teil des französchen Rechts ist und Mornac sie deswegen nicht für ganz Frankreich ausschließen kann. Immerhin kommentiert Mornac lang die einzelnen Gesetze zu D. 21, 1, selbst zum Sklavenkauf. Allerdings spielen sie in Mornacs Verständnis von der Praxis keine Rolle, denn nach Mornac hatte nur die Wandlungsklage im Prinzip auch nur beim Pferdekauf einen Platz im Rechtsleben.

2.4.2.4.11 Antonius Faber (1557-1664)

Antonius Faber (1557-1664) behandelt in seinen *Rationalia in Pandectas* ausführlich D. 18, 1 und D. 19, 1 zum Kauf allgemein, überspringt allerdings D. 21, 1. Zitate aus D. 21, 1 führt aber er zur Begründung seiner Ausführungen zum Kauf ein.[221] Nach ihm ist die Klage *quanti minoris ex empto* eine zivile Klage, für die die allgemeinen Fristen gelten: „*Sed quanto minoris emisset emptor si scivisset quam actionem, cùm sit ex empto, dubitare non possumus esse iuris civilis, ut Accursius notat, & consequenter perpetuam.*. ". Etwas anderes gelte aber bei der ädilizischen Klage *quanto minoris*, die ein Jahr lang gelte. Er präzisiert nicht, ab

[220] Mornac T. I Sp. 1193.
[221] z.B. Faber T. V S. 435; 426; 470 ad 39.

wann; das anschließende *„referenda ad tempus venditionis“* meint lediglich, die Minderung sei hinsichtlich des Wertes am Kauftag zu berechnen.[222] Zu einer Frist der *actio redhibitoria*, die er ebenfalls anschneidet, lässt er sich nicht ein.

2.4.2.4.12 Charles Loyseau (1564-1627)

Charles Loyseau (1564-1627), Pariser Anwalt, brachte 1614 sein Werk in fünf Büchern (*droit des Offices, traités des Seigneuries, déguerpissement & délaissement par hypothèque, garantie des rentes, abus des justices de village*) heraus. Im Kapitel zur *Garantie des rentes* behandelt er Eviktion und kurz die Sachmängelgewährleistung. *„Aucuns ont tellement estendu cét Edict des Ediles, qu'ils ont dit que le vendeur estoit tenu en toutes especes de Marchandises, de declarer le vice, pource qu'encore que l'Edict ne parle que des cerfs & des chevaux,* pertinet tamen ad venditiones non tantum mancipiorum, sed caeterarum quoque rerum, l. 1 & l. sciendum 2 D. aed. edict.*Qui seroit renverser entierement nostre maxime; mais il est vray, qu'il n'y a que les vices exprimez, ou par l'Edict, ou par les Loix de Iurisconsultes sur l'interpretation d'iceluy, qui donnent lieu à la redhibition. Encore en France cet Edict des Ediles n'est pas gardé exactement: car nous tenons qu'il n'y a que deux ou trois vices qui rendēt les chevaux redhibitoires, a sçavoir la morve, la pousse, & en quelques Coust. la courbature, dont il y a un tres-bel art. en la Coust. de Sens, § 260…*"[223] Loyseau steht der Wandlung nicht aufgeschlossen gegenüber. Er erkennt sie nicht als ein allgemein geltendes Prinzip an, sondern dreht die Maxime um: Es kann nicht gewandelt werden mit Ausnahme speziell geregelter Fälle. Bereits auf dem Gebiet des Römischen Rechts hält er sich an die in den Digesten aufgezählten Beispiele und deren Interpretation durch Rechtsgelehrte, wobei er aber den Sklavenkauf ausnimmt und einer Ausdehnung auf andere Sachen kritisch gegenübersteht. Vom Jumentenkauf im Römischen Recht selektiert er wiederum nur den Pferdekauf, um dann festzustellen, dass selbst in diesem Bereich das französische Recht noch einschränkender sei und nur *morve, pousse* und ggf. je nach *coutume courbature* als zur Wandlung berechtigende Mängel ansehe. Indirekt erkennt er aber auch die Wandlung anderer Tiere an, auch wenn das Pferd an erster Stelle bei ihm steht. Er führt nämlich aus, dass bei prinzipiell wandelbaren Tieren eine Haftung durch die Abrede *„on les*

[222] Faber T. V S. 435 ad L. Julianus.
[223] Loyseau Ch. II Nr. 12.

vend à la queue", dh. „*avec la queue*"… ganz auszuschließen sei.[224] Er erwähnt ausdrücklich keine Klagefristen, aber es folgt aus dem Gesagten, dass für ihn prinzipiell die sehr kurzen in den *coutumes* und wohl den *usages* geregelten Fristen gelten sollten.

2.4.2.4.13 Bernard Automne (1564-1666)

Bernard Automne (1564-1666) wollte, wie er es in seinem Vorwort in der Ausgabe von 1629 in bunten Farben beschrieb, mit seiner *Conférence du droict françois* das Beste aus dem Römischen Recht zu nehmen, nicht mehr angewandte Gesetze aussortieren und dem französischen Recht zuführen, damit die Allgemeinheit davon profitiere. Hinsichtlich der Sachmängelgewährleistung vertrat er, die Gesetze in den ädilizischen Edikten galten prinzipiell nicht, „*Non utimur hoc edicto, sed legibus in eo contentis*".[225] Allerdings sei viel Nützliches in den Regeln enthalten, „*etiamsi abrogatae sint iure Gallico, tamen multa in iis continentur quae utilia sunt.*"[226] Sein Verweis am Ende dieser Aussage auf Cujaz Observ. Lib. 27 Chap. 18 ist dabei unstimmig.[227] In Observ. Lib. 27 Chap. 15[228] äußert sich Cujaz kurz zu der Gewährleistung bei Pferden in Paris. Prinzipiell erkennt er wohl damit die Wandlungsklage an, wenn auch mit Zurückhaltung: „*Si l'animal qu'on a vendu a quelque vice caché où est malade, & le vendeur n'en a point adverty l'achepteur, il est tenu reprendre la beste, suivant cét Edict.*" Dies scheint so, als wolle er keine Garantie dafür übernehmen, dass die ädilizischen Klagen Teil des französischen Rechts seien; sie sind Teil des Römischen Rechts geblieben, vielleicht mit Ausnahme des bei Cujaz angeführten Pferdekaufs und der Gewährleistung bei gewissen Krankheiten. Allerdings scheint er die Existenz einer Minderungsklage vorauszusetzen, da er ein Urteil vom Paris Senat vom 4. Dezember 1529 anmerkt, wonach die *actio quanti minoris* nicht danach bestimmt werde, um wie viel weniger der Käufer die Sache gekauft hätte, sondern wie viel der Richter für angemessen halte.[229] Desweiteren bezieht er sich auf Rebuffi und Surdus, wobei letzterer als italienischer Jurist

[224] Loyseau Ch. II Nr. 17; eine ähnliche seltsame Formulierung findet sich in der Übersetzung von J.F.A. Peyré der *loi salique* von 1828, T. LXVIII Art. 1, in der er *decorticare* (häuten) mit 'den Schwanz eines Pferdes abschneiden' übersetzt.
[225] Automne T. I S. 311 in pr.
[226] Automne T. I S. 311.
[227] Cujaz spricht an der angegebenen Stelle von Zinsen.
[228] Automne bezieht sich an anderer Stelle, S. 313, auf Mornac; Mornac wiederum zitiert zur Wandlung Observ. Lib. 27 Chap. 15. Diese Stelle dürfte Automne wohl bekannt gewesen sein, so dass von einem Irrtum in den Zahlen auszugehen ist.
[229] Automne T. I S. 311; so auch noch in der Ausgabe von 1644 S. 227.

weniger eine Auskunft zum französischen Recht geben kann.[230] Auch hinsichtlich der Gewährleistung bei einem Grundstück ist er eher zurückhaltend. In Bezug auf Ulp. D. 21, 1, 49 und C. 4, 58, 4, 1 (*fundus pestibilis*) merkt er an, „*non in hoc casu per eandem actionem redhibendum esse*", da der Verkäufer den ädilizischen Klagen die Einrede entgegenhalten könne, dass der Käufer das gewusst habe oder hätte wissen können. Denn man müsse leisten, was die Sitte und Gewohnheit vorschreibe, „*Ea enim que moris & consuetudinis sunt servari oportet."*[231] Damit dreht er die beiden angeführten Stellen ins Gegenteil, denn diese besagen, dass sehr wohl eine *actio redhibitoria* geltend gemacht werden könnte, zumindest im Prinzip. Vielleicht wären auch die Juristen des klassischen und nachklassischen Römischen Rechts im Endeffekt zum gleichen Ergebnis gelangt wie Automne. In seinem Kommentar zu C. 4, 58 *de aedilitiis actionibus* ist er noch deutlicher: „*Hic titulus non servatur. Ces deux actions Aedilitiennes sont hors d'usage, desquelles l'une est appellée* redhibitoria, *qu'il faut intenter dans les six mois, l. sciendum § ult. D. de aedilit. edict*[232]*. par laquelle l'achepteur auquel un cheval ou autre bestial a esté vendu, peut agir pour faire resoudre la vente, pour le vice caché, dans six mois, l'autre action* quanti minoris *dure un an, par laquelle l'achepteur demande le surplus qu'il luy a baillé, ayant peu achepter moins.*"[233] Seine Verweise allerdings bestätigen seine Aussage nicht. Zum einen verweist er auf „Cujas 9. *Observat. de aedilitiis actionibus*". Abgesehen davon, dass es einen solchen Titel in Cujaz Observationes nicht gibt, kommt in Lib. 9 Chap. III *Ad stipulationes aedilitias* dem am nächsten.[234]

Zum anderen gibt er „Charondas *sur la somme rural, titre 20*" als Referenz an. Zu diesem Titel „*De Laps de Temps, et quantes manieres ils sont*" zur Klageverjährung schreibt Charondas le Caron (1536-1617) das Gegenteil von dem, was Automne vertritt: „…*toutes les*

[230] Er bezieht sich auf Surdus Dec. T. I dec. 146 Nr. 19, in der Surdus darlegt, dass die Haftung wegen eines offensichtlichen Mangels dann nur ausgeschlossen sei, wenn aus dem Anzeichen auch hervorgehe, woran genau eine Stute leide. Eine sichtbare Narbe reicht nicht, wenn die Verletzung auch hätte gut ausgeheilt sein können.
[231] Automne S. 313 ad L. 49 *etiam in fundo*; er belegt seine Aussage durch Cels. D. 18, 1, 59: Wenn ein Grundstück nicht zu den besten Bedingungen verkauft werde, müsse es nicht unbedingt frei sein von Dienstbarkeiten, sondern nur so übergeben werden, wie es sich befinde (*qualis*).
[232] Ulp. D. 21, 1, 19, 6: sechs Monate *utiles* ab Kauf (oder Zusage).
[233] Automne T. II S. 207.
[234] Dort bezieht sich Cujaz auf Lav. D. 21, 1, 53 (jemand mit periodischem Fieberschüben ist nicht gesund), Ulp. 19, 1, 11, 4 (Stipulation *esse bibere ut oportet*) und Ulp. 21, 2, 31: „*Si ita quis stipulanti spondeat „sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur,…*", um das zum Anlass zu nehmen, auf andere überlieferte Stipulationsformeln zu sprechen zu kommen, wie die von Varro. Auf den zweiten Teil von D. 21, 2, 31, in dem Ulpian aber zum Schluss kommt, dass eine Stipulation *„sanum esse"* etc. sehr wohl Sinn machen kann, geht er nicht ein; ansonsten finden sich in den Observationes Titel, die sich irgendwie auf die Edikte beziehen: Lib. XII Chap. 38, in denen Cujaz darlegt, warum die Edikte nicht auf Miete und Leihe anzuwenden sind, und Lib. XI Chap. 10, in denen er D. 21, 1, 12, 4 kommentiert zu der Frage, inwieweit jemand krank ist, der wie ein Bock stinkt; die Ausgabe von 1644 T. II S. 224 hilft da nicht weiter.

deux actions [aedilitiennes] *se pratiquent encores en France*",[235] selbst wenn, wie gesehen, auch Charondas le Caron den Anwendungsbereich der Klagen implizit einschränkt.

Kannte Automne dann die *zivilen* Wandlung- und Minderungsklagen an?

Zu Pomp. D. 19, 1, 6, 4[236] bestätigt Automne, dass „*les artisans sont tenus, s'il ya faute en leurs ouvrages*…".[237] Er verweist im Weiteren nur auf Dumoulin *de divid. & individ. parte 3 num. 35*. Diese Stelle geht auf den Mangelfolgeschaden, nicht aber auf den Anspruch wegen des Sachmangels selbst. Ansonsten schweigt er sich in der Ausgabe von 1629 zu einer Wandlungs- oder Minderungsklage, auch ziviler Natur, aus. Zu den Fristen präzisiert Automne weiterhin, dass zum einen die 60-Tage-Frist aus Ulp. D. 21, 1, 38 pr.[238] bei einem Problem mit dem Zubehör in Frankreich nicht gelte, „*Haec tempora redhibendi non sunt in usu."* Da er seinen Kommentar auf die Worte „*in diebus"* bezieht,[239] könnte man meinen, er begrenze seine Aussage nur auf diesen Sonderfall. Wahrscheinlicher ist, dass er dieses Fragment *ab* diesen Worten meinte, so wie üblicherweise Fragmente durch das Zitieren der Satzanfänge gekennzeichnet werden. Zudem schreibt er *tempora*, nicht *tempus*, so dass er wohl zum anderen auch ausdrücken wollte, selbst die in D. 21, 1, 38 pr. angesprochenen Fristen von sechs Monaten für die Wandlung und einem Jahr für die Minderung seien nicht in Frankreich üblich. Zu Pap. D. 21, 1, 55 (sechs Monate *utiles* ab Kenntnis) äußert er sich dementsprechend: „*Hoc tempus supervacuum est"*, d.h. diese Frist sei nicht nur nicht in Gebrauch, sondern in Frankreich obsolet, nicht für eine Anwendung geeignet.

Was galt also? Erleuchtend ist dafür die Randbemerkung in der vierten Ausgabe von 1644, erschienen in Paris bei Charles Chastelain: „*Ex usu novem tantum dies dantur ut redhibeantur equi venditi, si inutiles morbo videantur.*"[240] Es gab also die Wandlungsklage, zumindest beim Pferdekauf, nur galten da nicht die römischrechtlichen Fristen. Die hier angegebene

---

[235] Charondas in Bouteiller S. 98.

[236] „*…sed si vas mihi vendidieris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat:…*": Der Verkäufer haftet auf die Folgeschäden, wenn er zugesichert hatte, das Gefäß sei ganz. Ansonsten haftet er nur bei dolus malus. Labeo hingegen meint, auch wenn nichts zugesichert wurde, müsse der Verkäufer eine ganze Sache leisten.

[237] Automne T. I S. 286.

[238] „*Aediles aiunt: „Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur*".

[239] Automne T. I S. 312 a.E.: „*Ad l. aediles in vrb. in diebus*".

[240] T. I S. 227; Automne war da bereits 80 Jahre alt.

Neun-Tages-Frist wird wohl wieder der Pariser Übung entnommen sein, auch wenn Automne seine Quelle nicht angibt.

Im Ganzen ist Automnes Darstellung von der Wandlungs- und Minderungsklage eher ablehnend diesem römischrechtlichen Konstrukt gegenüber, entsprechend seiner Einstellung, dass das *ius Gallicum* das Römische Recht nur gefiltert übernehmen könne. Er kann die Existenz der Klagen nicht vollkommen bestreiten, bezweifelt aber deren Anwendung auf den Grundstückskauf, da dem Käufer eine Sorgfaltspflicht gegen sich selbst zukomme, erwähnt nur am Rande, wie eine Minderung berechnet werden könne, und erlaubt die Wandlung ausdrücklich beim Pferdekauf, dieser unumgänglichen Hochburg der französischen *coutume.*

2.4.2.4.14 François Lange (1610-1684)

François Lange (1610-1684) gibt als Richtlinie an, dass bei Immobilien alle Lasten angegeben werden müssen. Sollte der Verkäufer diese wissentlich verheimlicht haben, müsse er nicht nur den Kaufpreis, sondern auch Schadensersatz zahlen. Bei beweglichen Sachen gelten für die Handwerker und Händler die „*Statuts & Reglements de leur Corps ou Métier, parce que tous Marchands & Artisans sont obligés de livrer touts ce qu'ils vendent, bon, loyal & marchand*". Bei einer mangelhaften Sache müsse der Händler diese zurücknehmen und darüber eine Strafe bezahlen, „*suivant les Reglemens de Police*", es sei denn er habe den Mangel erklärt oder der Mangel war offensichtlich. Lange geht sogar noch weiter: Der Verkäufer hafte nur in drei Fällen: erstens, wenn er wissentlich einen versteckten Mangel verschweige oder verheimliche, zweitens, wenn der Verkäufer ein professioneller Händler oder Handwerker sei, der eine Sache auf den Markt bringe, die nicht den Regel des Standes entspreche, drittens bei einer Haftungsübernahme durch Vertrag.[241] Da dies als Buch für die Praxis geschrieben wurde, ist der kurze Stil des Werkes verständlich, nichtsdestoweniger bleiben viele Rechtsfragen ungeklärt, wie z.B. die Frage der Minderung, die Gewährleistung durch nicht professionellen Händlern, bei Grundstücken und die dort geltenden Fristen. Die Auflage von 1719 ist etwas expliziter bezüglich der Fristen: Es habe bei mangelhaften Pferden die Frist von sechs Monaten bzw. zwei Monaten bei fehlendem Zubehör gegeben für die Wandlung bzw. ein Jahr für Minderung, wenn nichts anderes zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden sei.[242] Gai. D. 21, 1, 28 bringt er dabei in Zusammanhang mit der Klage bei fehlendem Zubehör, was

[241] Lange 1755 T. I S. 451f.
[242] Lange 1719 T. I S. 507.

von einer gewissen Ungenauigkeit hinsichtlich der römischrechtlichen Quellen zeugt. Im französischen Recht galten diese römischrechtlichen Fristen nicht: „*Mais suivant nos mœurs, on doit avertir dans neuf jours, ce qui suffit pour perpetuer l'action pendant 40. jours, dautant qu'on a dû scavoir pendant les neuf jours s'il y avoit disposition au mal ; il est vrai qu'il y a des secrets pour cacher des glandes pendant 15. jours & arrêter les apparences du mal, ce qui pourroit donner lieu de proroger le temps de se plaindre, & de remettre en ce cas la décision à la prudence du Juge.*"[243]
Hier wird zum Ausdruck gebracht, dass dem Richter, wie bei Domat und später bei Art. 1648 Code civil ein Ermessen eingeräumt wird.

2.4.2.4.15 Henri Basnage (1615-1695)

Henri Basnage (1615-1695) stellt die Fristen des Römischen Rechts (6 Monate bei Wandlung/ 12 Monate bei Minderung) dar, um festzustellen, dass in Frankreich die Regel nicht „*si exacte que parmi les Romains*" sei, „*& l'on n'aporte pas tant de precautions pour empêcher la surprise, & pour se mettre à couvert de la subtilité des vendeurs*". Insofern schätzt er die *coutumes*, die dazu etwas regeln, denn nach ihm „*Quand le contrat est pur & simple, & qu'il n'est point fait mention de garantie, le vendeur n'est point obligé de garantir que la chose soit bonne, & qu'elle soit exemte de tous vices; l'acheteur a dû connoître la condition & la qualité de la chose...* ", es sei denn der Verkäufer habe arglistig gehandelt oder der Mangel betreffe gewisse versteckte Mängel,[244] d.h. Mängel, die in irgendeiner *coutume* als solche anerkannt sind. Hinsichtlich der Gewährleistung bei Schweinen bezieht er sich auf Loisel, ohne die *coutume d'Orléans* oder evtl. die *coutume locale de Dunois* zu erwähnen. Basnage erwähnt am Rande, dass die Fristen bei Kühen und Schafen in der Normandie schwanken können.[245]

2.4.2.4.16 Jean de Catellan (1617-1700)

Jean de Catellan (1617-1700) spricht in seiner Urteilssammlung für Toulouse die Wandlungsklage nur innerhalb seiner detaillierten Diskussion um eine Einschränkung im

[243] Lange 1719 T. I S. 507.
[244] Basnage T. I S. 96f zu Art. XL.
[245] Basnage T. I S. 96f zu Art. XL.

Recht an einer Sache an. Die Grenzen zwischen Rechts- und Sachmangel sind ihm begrifflich unbekannt; er führt etwas vage an, dass einerseits bei einer Belastung eines Grundstücks zwischen Schadensersatz aus der *actio empti* und Minderung aus der *quanti minoris* unterschieden werden müsse, wobei eine Wandlung teilweise durch eine wechselnde Rechtsprechung als Schadensersatz verlangt werden konnte. Hingegen sei die Wandlungsklage mehr auf eine Beeinträchtigung im Gebrauch zugeschnitten: „…*elle* [la rédhibitoire] *n'est guère donnée qu'au cas ou l'usage de la chose venduë, est changé & gâté pour l'acheteur par le vice de la chose même, comme* si fundus sit pestibilis, vel pestibiles herbas producas, *d'où vient que sur tout, & très-particulierement, elle est employée dans le cas de la vente des esclaves, parce que le vice en ce cas-là touche beaucoup plus à l'usage; mais l'assujettissement à la rente ne change pas, & ne gâte pas proprement l'usage du fonds.*…".[246] Dementsprechend widmet sich auch G. de Vedel nicht ausführlicher den ädilizischen Klagen in seinem Kommentar zu Catellans Sammlung, sondern greift nur das Problem der Rechtsmängel auf, wobei er die Wahlfreiheit des Käufers zwischen Wandlung und Minderung unterstützt.[247]

2.4.2.4.17 Jean Domat (1625-1695)

Jean Domat (1625-1695), *Le jurisconsulte des magistrats*, so von d'Aguesseau bezeichnet,[248] verfasste unter Louis XIV seine Werke *Traité* und *lois civiles* von 1689-1694 (d.h. am Ende seines Lebens nach (langer) Praxis in Paris), die aber erst nach seinem Tod erschienen.[249] Die Werke Domats zeugen wegen der Klarheit in der Struktur vom naturrechtlichen Einfluß.[250] Im *Traité des Lois* legt Domat die Gesetzesprinzipien dar, die sich für ihn gottesgegeben aus der menschlichen Natur selbst ergeben.[251] Domat stellt ein komplexes System von *erreur*, Rechtsmangel, Sachmangel, Wandlung, Minderung und Schadensersatzanspruch dar, abhängig von der Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Verkäufers bzw. des Käufers. Der Mangel, *défaut*,[252] kennt nach Domat drei Abstufungen: erstens der vernachlässigbar leichte, der keinen Anspruch eröffnet, zweitens der leichte Fehler, der nur den Anspruch auf

[246] Catellan T. I L. III Chap. XIX S. 509.
[247] Vedel/Catellan T. I S. 321.
[248] Remy in Domat (Remy) S. XVI.
[249] Castaldo Rdnr. 1154.
[250] Castaldo Rdnr. 1154, 1245.
[251] Domat (Remy) I Traité Chap. I S. 1f.
[252] Es ist bemerkenswert, dass Domat nicht *vice* verwendet, sondern *defaut*, abgeleitet von *defectum* vorzieht, wie man es eher in der Kanonistik findet.

Minderung zuläßt, und zuletzt der ausreichend schwere Fehler, der Minderung und Wandlung ermöglicht.[253] Domat gibt als Grund für diese Einteilung an, dass es nicht möglich sei, alle Unehrlichkeiten (*infidélités*) der Verkäufer zu verhindern, geschweige denn zu sanktionieren, da die Nachteile durch die möglichen Klagen für den Handel größer seien als die Vorteile.[254] Domat stellt darauf ab, daß der Anspruch von der Qualität des Fehlers abhängt.[255] Zudem unterscheidet er in seinen Beispielen von Mängeln, welchen Anspruch sie eröffnen,[256] was nicht der Fall wäre, hätte der Käufer darauf Einfluß durch seinen Willen. Somit dient der Hinweis, was hätte der Käufer gewollt im Sinne von dem, was er angemessenerweise hätte wollen dürfen, nur als Anhaltspunkt für den Richter. Die genaue Grenze zwischen diesen Fehlergraden zu ziehen, überläßt Domat den Sitten bzw. der Umsicht der Richter,[257] d.h. einer Wertung im Einzelfall. Domat führt als Beispiel für eine wandelbare Sache einen verdorbenen Balken an, ein Beispiel, das schon zur Genüge aus Ulp. (Iul.) D. 19, 1, 13 bekannt ist und ebenso von Dumoulin behandelt wird. Dass Domat dieses Beispiel nicht weiter ausführt, mag an diesem Bekanntheitsgrad liegen, vielleicht auch daran, daß der Pferdekauf alltäglicher war. Zum Pferd, das, wie Domat noch an anderer Stelle erwähnt, Eingang in die Sitten gefunden habe,[258] führt er aus, dass das herzschlächtige Pferd (*cheval poussif*) wandelbar sei, da sein Gebrauch stark beeinträchtigt sei. Ein Pferd, das aber nur schwer auf Sporen reagiere, habe einen vernachlässigbaren Mangel.[259] Zumindest für die Wandlung äußerst sich Domat zu den Klagefristen, vage: Die Klage auf Wandlung laufe erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Käufer den Mangel habe erkennen können, es sei denn der *usage* oder eine Vereinbarung zwischen den Parteien sehe etwas anderes vor.[260] Fristen aus dem ädilizischen Recht werden nicht erwähnt, es sei denn in seiner Anmerkung, in der er u.a. auf die 60-Tages-Frist verweist bei einer Abrede, bei Nichtgefallen eine Sache zurückgeben zu können. Vielleicht war es ihm zu heikel, in die regionalen Verjährungsregeln der *coutumes* einzugreifen, die teilweise sehr

[253] Was einen Mangel darstellt, definiert sich zum einen gemessen an dem allgemeinen Gebrauch der Sache: Wenn die Sache wegen des Fehlers für den Gebrauch, weswegen sie überhaupt gehandelt wird, absolut unbrauchbar ist liegt ein Mangel vor. Zum anderen wird der Fehler aus der Sicht des Käufers bewertet: Ist der Gebrauch der Sache so vermindert wegen des Fehlers oder so beschwerlich, daß der Käufer sie mit Wissen um diesen Fehler gar nicht oder nur für einen geringeren Preis gekauft hätte, ist ebenfalls ein Mangel gegeben, Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 3 = Domat (Remy) I S. 186f; die Idee von der Abstufung der Mängelgrade war im übrigen nicht neu, wenn auch vor dem 16. Jahrhundert nicht generalisiert, s. Klischies S. 63.

[254] Domat Les lois… Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 3 = Domat (Remy) I S. 186f; die gleiche Idee, die Anzahl der Rechtsstreite zu minimieren, findet sich ebenso bei den Regelungen zur lésion.

[255] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 3, 5, 8 = Domat (Remy) I S. 186-188.

[256] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 4 = Domat (Remy) I S. 187.

[257] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 3 = Domat (Remy) I S. 186f.

[258] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. I Nr. 8.

[259] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 3 = Domat (Remy) I S. 186f.

[260] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 18 = Domat (Remy) I S. 190.

konkrete Einzelregelungen enthielten. Erstaunlich ist, daß Domat über alle regional-gesetzlichen oder vertraglichen Fristenregelungen die Entscheidung des Richters setzt, der sich im Einzelfall über ebendiese hinwegsetzen könne.[261] Damit werden die *coutumes* und die Vertragsklausel bzgl. der Fristen einer letzten Kontrolle unterworfen, die wohl dazu gedacht war, die gerechteste Lösung im Einzelfall zu garantieren: „*Le temps pour être reçu à exercer la rédhibitoire ne commence de courir qu'après que l'acheteur a pu reconnaître les defauts de la chose vendue, si ce n'est que ce temps fût réglé par quelque usage, ou qu'il eût été convenu que l'acheteur ne pourrait se plaindre que pendant un certain temps. Mais dans le cas même d'un délai réglé, le vendeur pourra être reçu après ce délai, et le juge en arbitrera selon les circonstances.*"[262]

De Jouy gab 1756 ein *Supplément aux Loix Civiles dans leur ordre naturel* heraus, in dem er lediglich ergänzte, dass eine Gewährleistung für Sachmängel durch Vertrag ausgeschlossen werden könne.[263]

2.4.2.4.18 Gabriel Argou (gest. 1692/1710)

Die erste Auflage der *Institution au droit françois* von Argou (ab 1664 Anwalt, gest. zwischen 1692 und 1710) erschien 1692, 1773 die elfte, was die Popularität dieses handlichen Werkes zeigt. Es wurde ergänzt durch Bretonnier mit Anmerkungen zum *droit écrit* und von Barbier zur *Coutume de Paris*.[264] Die Ausführungen zur Gewährleistung bei Sachmängeln sind eher kurz: Mit Hinweis auf den ganzen Titel D. 21, 1 merkt Argou an, dass ein *vice non apparent „fait résoudre certaines sortes de vente, comme des chevaux, que le vendeur doit garantir de morve, pousse & courbature*". Babier fügt an, dass dies innerhalb von neun Tagen ab Übergabe geschehen müsse,[265] was, falls er sich auf die Pariser *coutume* beziehen sollte, vermutlich ein Lapsus ist, da die Frist dort wahrscheinlich ab dem Kauf lief. Was sollte aber die Einschränkung „*certaines sortes de vente*" meinen? Im Weiteren führt Argou aus, dass der Kauf von Immobilien sehr selten aufgelöst werden könne; zudem behandelt er nur die Frage einer Zusage hinsichtlich einer Eigenschaft, so als ob es ausgeschlossen sei, dass ein

[261] Domat *Les lois…* Liv.I Tit.II Sec. XI Nr. 18 = Domat (Remy) I S. 190.
[262] Domat (Remy) I S. 190: Remy gibt dazu seinen Kommentar: „*il est laissé à la prudence du juge d'arbitrer le délai par lequel se prescrit l'action rédhibitoire; ainsi, peut être déclarée formée en temps utile, l'action intentée dans les six mois à partir de la vente. D'ailleurs, y eût-il plus de six mois, le délai ne court que du jour où les vices ont été connus, Lyon 5.août 1824*".
[263] de Jouy S. 15.
[264] Argou T. I S. VIIf.
[265] Argou T. II S. 189.

Grundstück eine inhärente Eigenschaft haben könne, die zur Wandlung berechtige. „*Comme cette question n'a été décidée par aucune Loi, elle est très-arbitraire, & dépend des diverses circonstances, s'il paroît évidemment que l'acquéreur n'eût pas voulu acheter la chose sans la qualité promise…*"[266] In diesem eingeschränkten Fall sei es *juste*, zumal wenn der Verkäufer arglistig gehandelt habe, den Kauf aufzulösen. Die Richter würden dazu neigen, den Vertrag bestehen zu lassen und Schadensersatz zuzusprechen, es sei denn bei einer *„fraude noire ou une lésion énorme*",[267] d.h. bei Fällen, in denen der Käufer gegenüber dem Verkäufer besonders schutzwürdig war.

2.4.2.5 Zwischenergebnis zur Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts

In diesem Zwischenergebnis müssen drei Punkte unterschieden werden: erstens die Bedeutung einer ‚kurzen Frist', zweitens die Rolle des Römischen Rechts als subsidiäres Recht in der Sachmängelgewährleistung und drittens den Stellenwert von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55.

Wie kam es zu der Formulierung des *bref délai?*

In der Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts werden Terme in der Bedeutung 'kurze Frist', 'kurze Zeit' nicht als echte Klage- oder Präklusionsfrist verwandt, sondern als Frist, innerhalb der der Beweis des Vorliegens des Mangels zur Zeit des Verkaufs für den Käufer erleichtert war.: Dumoulin verwandte den Term *breve tempus* und eine Klage *in continenti* im Zusammenhang mit dem Pferdekauf : Wenn innerhalb dieser Zeit, die dem Ermessen des Richters unterstellt sei, ein Mangel gefunden werde, könne widerlegbar vermutet werden, der Mangel habe schon zur Zeit des Kaufs vorgelegen. In diesem Sinne meint auch Charondas le Caron, der Käufer müsse, sobald er den Mangel an beweglichen Sachen entdeckt habe, *ains si tost*, den Verkäufer einberufen. Er bezieht sich dafür auf den *usage de droict François.* Im Vergleich zu diesem *usage* seien die Klagefristen des ädilizischen Rechts lang. Insofern nehmen die hier angesprochenen Fristen die Rolle ähnlich einer Gewährfrist ein, wobei die Literatur aber für eine Aufweichung starrer Fristen optierte: Lange legt die Ausnahme von einer Frist im Viehkauf in die Hände der Richter, so wie Domat, der Richter ein Ermessen einräumt, das über dem Gesetz steht. Die 'kurze Frist' spielte auf die *Funktion* an und ist eine

[266] Argou T. II S. 189f.
[267] Argou T. II S. 190.

Formulierung des Prinzips, das aus der *zeitlichen Kürze* der *usages* und *coutumes* gewonnen wurde.

Wieso kam es nicht zu einer Formulierung näher am Römischen Recht?

Damit sind wir bei der bekannten Frage: Galt das Römische Recht subsidiär ? Diese Frage betraf im Wesentlichen zwei Fälle : zum einen die Minderung, zum anderen eine Sachmängelgewährleistung bei Immobilien.

Dumoulin , Cujaz , Donellus, A. Faber führen die ädilizische Minderungsklage an und besprechen, bis auf Faber, die Möglichkeit, wegen eines Sachmangels einer Immobilie zumindest eine der ädilizischen Klagen zu erheben. Duret und de Catellan erwähnen das ädilizischen Recht nur pflichtgemäß. Charondas le Caron, Mornac, Loyseau, Automne, wohl auch Lange und Basnage suchen nach Mitteln und Wegen, eine subsidiäre Anwendung des Römischen Rechts abzulehnen, Argou ist gänzlich gegen eine Vertragsauflösung bei einem Grundstückskauf, es sei denn der Käufer sei extrem schutzwürdig. Automne, paradoxerweise scheint eine Minderungsklage zu bestätigen.

Dumoulin, Cujaz, Donellus, Faber hatten in ihren Werken das Ziel, das Römische Recht zu kommentieren, auszulegen oder zu ordnen, *für* die Praxis, aber nicht *aus* der Praxis, denn darauf findet sich kein Hinweis in diesen Ausführungen zur Minderung oder zum Immobilienkauf. Keiner der Juristen behauptet, er kenne einen Fall von Wandlung eines Grundstücks aus der Praxis, alle argumentieren mit C. 4, 58, 2, um dessen Aussage zu bestätigen oder abzulehnen. Es ist im gewissen Sinne verständlich, dass positives Recht, wie Statuten oder *coutumes*, handfester war als eine *raison*, wenngleich *écrite*. Auch im Süden des Landes galt das Römische Recht nur selektiv; welche Regel damit als rechtsverbindlich angesehen wurde, musste ebenso streitig sein wie in den anderen Teilen des Landes. Ein *usage* war einfach zu bestimmen: Man musste nur wie Mornac auf den Markt gehen und die Händler fragen. Es gab aber keinen Marktplatz für Immobilien; eine systematische Sammlung und Auswertung der Rechtsprechung erschien erst später.

Zu guter Letzt soll die Diskussion um Pap. D. 21, 1, 55 , Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Gai. D. 21, 1, 28 in der Doktrin weiter verfolgt werden: Es ist verständlich, dass Gai. D. 21, 1, 28 kaum Erwähnung findet, es sei denn der Vollständigkeit halber in Abhandlungen zum Römischen Recht wie bei Balduin, Cujaz und Donellus. Denn selbst im Bereich der Haftung wegen Sachmängeln an einem Grundstück, in dem Römisches Recht noch eine Rolle spielen könnte, hat Gai. D. 21, 1, 28 keinen Anwendungsbereich. Dumoulin beachtet die Stelle von vornherein nicht mehr. Hinsichtlich der vermeintlichen Konkurrenz von Pap. D. 21, 1, 55 und

Ulp. D. 21, 1, 19, 6 scheiden sich die Ansichten: Dumoulin und Donellus halten an Ulp. D. 21, 1, 19, 6 fest, ohne sich auf eine Diskussion zu Pap. D. 21, 1, 55 einzulassen. Balduin, Cujaz und D. Gothofredus verstricken sich in komplizierte Fallunterscheidungen, um beiden Stellen irgendwie Recht zu geben. Charondas le Caron, Mornac, Automne zitieren, wenn überhaupt, nur Ulp. D. 21, 1, 19, 6 von den beiden Stellen, was aber nicht signifikativ sein muss, da sie den ädilizischen Klagen nach Römischen Recht eher fern standen.
Erst Domat führt wieder die Idee des Beginns einer Klagefrist ab dem Kennenmüssen oder der Kenntnis des Käufers vom Mangel an, es sei denn andere *usages* regelten etwas anderes, über die sich aber der Richter hinwegsetzen konnte, mit einem Wort: *aequitas.* In den dogmatischen Streit, wie Pap. D. 21, 1, 55 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu vereinen sind, ist die naturrechtliche Komponente der Suche nach der gerechtesten Lösung eingeflossen.

2.4.2.6 Zeugnisse aus dem 18. Jahrhundert

Das 18. Jahrhundert bereitet den Code civil vor. Das Naturrecht ist in aller Munde; die *aequitas* schwebt über dem ganzen Recht; die Rechtsdarstellungen werden systematischer. Die Ausführungen zur Wandlungs- und Minderungsklage werden differenzierter, unserem heutigen Rechtsempfinden ähnlicher. Nicht nur Vieh wird als Kaufobjekt diskutiert, sondern auch andere Sachen. Verschiedene Fallgruppen werden bei der Haftung unterschieden, so dass man allen Interessen gerecht wird, dem Käufer, der gegenüber einem professionellen Händler schutzwürdiger erscheint, dem privaten Verkäufer, dessen Haftungsuntergrenze höher lag als die des professionellen Händlers, und dem öffentlichem Interesse der Allgemeinheit an einem ungestörten Handel.

2.4.2.6.1 Pierre Jacques Brillon (gest. 1736)

Brillon[268] spricht in seiner Ausgabe des *Dictionnaire civil et canonique* von 1688 vage von *usage des lieux*, ohne ins Detail zu gehen, unter Berufung auf Coquilles *Institution au Droit*

[268] Zu den Lebensdaten Pierre Jacques Brillons muss folgendes angemerkt werden : In den Katalogen verschiedener Bibliotheken, u.a. der Bibliothèque Nationale de France, findet sich als Daten 1671-1736. Dies kann richtig sein, allerdings stammen die ersten Ausgaben des *Dictionnaire civil et canonique* aus den 80er Jahren des 17. Jahrhunderts; nach 1727 ist eine Zäsur in den Ausgaben, in den 80er Jahren des 18. Jahrhunderts wird das Werk wieder aufgelegt. Es zeigt sich eine Diskrepanz zwischen dem Geburtsdatum und den frühen Ausgaben.

François, Tit. des Contrats. Dabei bezieht sich der *usage* nur auf die Dauer der Frist, nicht auf den Mängelkatalog, der bei Pferden gemäß Brillon auch nur *pousse*, *morve*, *courbature* umfasst, es sei denn die Haftung sei vertraglich durch den Zusatz *sains & nets* erweitert worden.[269]

2.4.2.6.2 François Bourjon (gest. 1751)

Die erste Ausgabe von François Bourjons Versuch, das *droit commun* auf der Basis der Rechtsprechung, der Verordnungen, der Doktrin und des praxisrelevanten Teils des Römischen Rechts und der Pariser *Coutume* darzustellen,[270] erschien 1747, die zweite ergänzte posthum 1770. Absicht des Pariser Anwalts war es, mit seinem Werk das französische Recht seiner Zeit zu vereinen, in Ordnung zu bringen und zu vereinfachen (*réunir*, *arranger*, *simplifier*),[271] das Recht annehmlich zu gestalten, die Kenntnis des Rechts zu erleichtern und der Gefahr entgegenzuwirken, das Recht nur in seinen Einzelteilen, aber nicht als Ganzes wahrzunehmen.[272] Bourjon stellt auf die *Coutume de Paris* ab, die als best redigierte und am meisten studierte angesehen werde.[273] Durch stetige Bearbeitung und unter Heranziehung von Urteilen und anderen Texten sei sie kontinuierlich verbessert worden.[274] In seinem Vorwort erklärt er, er habe zwölf Werke anderer Autoren hinzugezogen; hauptsächlich stützt er sich auf Dumoulin, Duplessis, Ricard, le Brun, le Maître, Loyseau, d'Argentré. Domat wird von Bourjon wenig erwähnt und zitiert, obwohl sich im Ansatz der beiden Autoren Gemeinsamkeiten finden: Beide schätzen das Römische Recht, beide finden in ihm *la raison*, die im Endeffekt auf Gott zurückgehe.[275] Bourjon scheint Domat wohl deswegen nicht sehr für sein Werk heranzuziehen, da Domat für ihn in einer anderen Liga spielt: Was „*l'exact & le méthodique M. Domat*" für das Römische Recht gemacht habe, wolle er für das *droit commun* und die *Coutume de Paris* durchführen, nämlich sie in einen

[269] Brillon 'chevaux' S. 152.
[270] Bourjon (1747) T. I S. 5b: „*Le Droit commun du Royaume, est l'exacte explication de la Coutume, il suplice à tout ce qui lui manqué…"*, es sei die Basis der *coutume*, der aber ihr Rang zugestanden werden müsse, wobei mit Bezug auf Dumoulin und Brun definiert wird: „*On comprend par Droit commun de la France non-seulement les Ordonnances, mais encore cette portion du Droit Civil…, que la sagesse de ce droit en cette partie, a fait adopter, ensemble les décisions communes à toutes les Coutumes…".*
[271] Bourjon (1747) T. I S. 5.
[272] Bourjon (1747) T. I S. 5.
[273] Bourjon (1747) T. I S. 7, 10.
[274] Bourjon (1747) T. I S. 10.
[275] Bourjon (1747) T. I S. 10.

ordre naturel bringen, und das vielleicht noch besser gegliedert als Domat.[276] Während Domat sich auf die römischrechtlichen Quellen stützt und diese durch Bibelzitate unterstützt, arbeitet Bourjon mit der Rechtspraxis. Dabei greift Bourjon auf die Terminologie des Naturrechts zurück, ganz im Stile seiner Epoche.[277]

Er unterteilt bei der Sachmängelgewährleistung für bewegliche Sachen und Tiere zwischen der Haftung eines privaten und eines professionellen Verkäufers sowie den Pferdehändlern, die eine eigene Haftungskategorie ausmachen. Der private Verkäufer hafte nur bei *dol* und wenn die Kaufsache einen Mangel ausweise, der sie „*inutile à l'usage pour lequel elle est destinée dans le commerce"* mache. „*Mais à l'égard des autres défectuosités de la chose vendue, elles ne sont d'aucune considération & ne donnent ouverture à aucune garantie contre un vendeur non marchand public; l'intérêt général des concitoyens le veut ainsi.*" Es sei unmöglich, alle Ungerechtigkeiten von seiten des Verkäufers zu bestrafen. So sei die Rechtsprechung am Châtelet.[278] Die Ausgabe von 1770 fügt noch hinzu, dies gelte erst recht, wenn der Käufer den Mangel habe entdecken können.[279] Domat hatte dasselbe Argument angeführt: Der Handel dürfe nicht zu sehr gestört werden.[280] Der professionelle Verkäufer hafte darauf, dass seine Ware „*bonne, loyale & marchande*" sei, außer er habe einen Mangel ausdrücklich von der Haftung ausgenommen oder der Mangel hätte vom Käufer beim Kauf entdeckt werden können.[281] Im Prizip greift Bourjon damit die Formulierungen auf, die schon aus den Statuten der diversen Berufsgruppen und polizeilichen Verordnungen bekannt waren.

Bourjon schließt eine Minderungsklage als Anspruch aus; er spricht nur von Vertragsauflösung. In der Tat ist in seinem Konzept kein Platz für die Minderung, denn die Sache ist entweder unbrauchbar (und hat damit keinen Wert) oder sie ist brauchbar und gut. Zur Ware der professionellen Verkäufer präzisiert er, dass Mängel bewirken müssen, dass die Sache nicht mehr *bonne, loyale* und *marchande* sei; eine bloße Minderung im Preis reiche nicht.[282] Neben der Haftung des professionellen und privaten Verkäufers führt er den Viehkauf an, unter den er den Pferde-, Rinder- und Schafherdenkauf ordnet.[283] Bourjon behandelt auch die Wandelbarkeit einer Immobilie, nur dreht und wendet er sich, um eine Haftung aus den ädilizischen Klagen zu begründen. Zuerst erklärt er, dass offensichtliche Mängel keine Haftung des Verkäufers begründen und nicht bekannt gemacht werden müssen.

---

[276] Bourjon (1747) T. I S. 11.
[277] Das Werk *Principes du droit naturel* von J.J. Burlamaqui erscheint im gleichen Jahr.
[278] Bourjon (1747) T. I S. 403.
[279] Bourjon (1770) T. I S. 462.
[280] Domat (Remy) I S. 186f.
[281] Bourjon (1747) T. I S. 403f.
[282] Bourjon (1747) T. I S. 403.
[283] Bourjon (1747) T. I S. 404.

Als Beispiel gibt er das alte Haus oder das Grundstück im Überschwemmungsgebiet an. Die Offensichtlichkeit habe den Wert einer Erklärung.[284] In der Ausgabe von 1747 fährt er fort, dass etwas anderes bei einem versteckten Mangel gelte. Diese müsse der Verkäufer bekannt machen, wobei er in der Ausgabe von 1770 ergänzt, dass das Verbergen, *dissimulation*, dieser Mängel eine Haftung gegen den Verkäufer eröffne. „*De-là il s'ensuit, que si l'héritage qu'il vend exhale des vapeurs si malignes, que sa possession soit pernicieuse, l'omission de la déclaration d'un tel défaut, donne lieu à la résolution de la vente, ce qui tombe dans l'arbitraire des conjectures sur la suffisance de la malignité, & par là, est plus philosophique que réel.*"[285] Bourjon hat das bekannte Beispiel aus dem wohl nachklassischen Römischen Recht hinsichtlich des verseuchten Bodens, C. 4, 58, 4, 1, Ulp. D. 21, 1, 49 wiederaufgegriffen. Wie schon bei Cujaz sollte „*l'omission de la déclaration*" wohl wie im Römischen Recht den Verstoß gegen die Deklarationspflicht meinen, die auch den gutgläubigen Verkäufer trifft. Allerdings erschwert die Ergänzung in der zweiten Auflage von 1770 „*…la dissimulation de la part du vendeur fait ouverture à la garantie contre lui*" dieses Verständnis und rückt diesen Fall in die Nähe der Haftung für *dol*. Die Zweifel Bourjons an der praktischen Bedeutung einer Wandlungsklage im Bereich der Immobilien sind deutlich.

2.4.2.6.3 François Patou (1686-1758)

François Patou (1686-1758) führt in seinem Kommentar zur *coutume* von Lille aus: „*Suivant le droit romain, l'action redhibitoire se prescrivoit par six mois, … cette prescription auroit-elle lieu selon nos moeurs? Notre coutume, en établissant, par une disposition générale, la prescription de trente ans pour toutes sortes de biens & droits corporels & incorporels, n'est point censée avoir voulu abroger toutes les prescriptions particulières du droit romain fondées sur des raisons spéciales.*"[286] Nach einer ausführlichen Darstellung der Funktionsweise der Edikte und der Feststellung, dass im Römischen Recht für die Wandlung sechs Monate ab Kaufvertrag gelten, bei der *quanti minoris* ein Jahr, mit Bezug auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und C. 4, 58, 2, kommt er zurück zum französischen Recht: „*Les actions redhibitoires &* quanti minoris, *ont lieu aussi selon nos moeurs, dans la vente des meubles, comme étoffes, bleds, vins, huiles, & autres denrées & marchandises, conformement au droit*

[284] Bourjon (1747) S. 420; Ausgabe 1770: S. 482.
[285] Bourjon (1747) S. 420.
[286] Patou T. II S. 25, XXIII.

[Ulp. D. 21, 1, 63: Edikt ausgeweitet auf andere Sachen]… *C'est principalement dans la vente des chevaux que nous pratiquons l'action redhibitoire.* …". Beim Viehkauf und damit bei einer Frist von 40 Tagen würde man im Zweifel annehmen, dass ein Mangel zur Zeit des Kaufs vorgelegen habe.[287] „*Nous avons dit que suivant le droit romain, l'action redhibitoire se prescrivoit par six mois, & l'action* quanti minoris*, par un an; ces deux prescriptions seroient-elles encores reçues aujourd'hui? Quant aux meubles, marchandieses & autres effets purement mobiliaires, à la réserve néanmoins des animaux, dont la prescription paroit bornée par l'usage, à quarante jours, il faudroit suivre la disposition du droit romain; … La difficulté est plus grande pour les immeubles, les réputés meubles, & autres biens en fonds. On prétend qu'il faut trente ans, conformément à nos coutumes, pour prescrire les actions redhibitoires &* quanti minoris."[288] Argumente für diese Ansicht seien, ein Grundstück sei ein viel zu wichtiges Gut, um eine kurze Frist anzuwenden; außerdem seien die Klagen nur durch eine Ausweitung des Rechts auch auf Grundstücke anwendbar, aber sie würden auf sie nicht passen. Patou verwehrt sich gegen diese Meinung, denn es gehe nicht darum, das Grundstück zu ersitzen, sondern nur um einen Mangel an demselben; die Unterschiede zwischen einer beweglichen und unbeweglichen Sache seien darin nicht von Bedeutung. Zudem wäre das nicht die einzige Frist, die aus dem Römischen Recht in die *usages* übernommen worden sei.[289]

2.4.2.6.4 Matthieu Auroux des Pommiers (um 1740)

Matthieu Auroux des Pommiers nimmt in seinem Kommentar zu den *Coutumes de Bourbonnois* von 1732 Art. 87 zum Anlass, die Gewährleistungsklagen zu diskutieren. Fünfzig Jahre später wurde sein Kommentar wieder aufgelegt, ohne dass Änderungen hinsichtlich der Sachmängelgewährleistung eingefügt wurden. Auroux des Pommiers hüllt sich in Schweigen bezüglich anderer Fristen als die, die die *Coutume de Bourbonnois* Art. 87 erwähnt. Das verwundert, da er ansonsten kurz die allgemeinen Prinzipien des Rechts zur Wandlung darstellt, aber auch nur, wie er sagt, bei beweglichen Sachen. Immobilien nimmt er somit aus. Danach habe der Käufer in drei Fällen ein Wandlungsrecht, „*le premier, quand le vendeur est marchand, ou artisan, & que la chose ... n'est pas de la matiere & de la qualité*

[287] Patou T. II S. 463, XXXIII.
[288] Patou T. II S. 463f, XXXI, XXXII, XL.
[289] Patou T. II S. 464, XL.

qu'elle doit être pour être exposée en vente, suivant les statuts & reglemens de leur corps & métier." In dem Fall muss der Verkäufer nicht nur wandeln, sondern auch gemäß den polizeilichen Verordnungen eine Strafe zahlen. *„Le second est quand le vendeur a vendu la chose pour être de telle qualité qu'il la garantit telle, & qu'elle ne se trouve pas de la qualité portée par le marché. Le troisieme, quand il ya quelque vice ou défectuosités ... latente & cachée, que la rende inutile pour l'usage pour lequel elle est en commerce ; ou en rend cet usage si incommode, que s'il avoit été connu à l'acheteur, il ne l'auroit pas achetée.*" Unter den dritten Fall ordnet er *morve, pousse, courbature* ein.[290] Man erhält den Eindruck, dass dieser Teilbereich des Rechts nicht sein Steckenpferd war, denn bei anderen Materien, die vielleicht seiner Ausbildung näher lagen, [291] wie bei der Schenkung oder der Mitgift, zeichnet er sich durch größeres Wissen und mehr Belesenheit aus. Passagenweise zitiert er z.B. wörtlich aus Domat.[292] Die Einteilung in eine Haftung des professionellen Händlers aufgrund der Statuten und eines privaten Verkäufers erinnert an Bourjon und Claude-Joseph de Ferrière,[293] ein Zeichen dafür, dass dies der Diskussionsstand in der Doktrin ab circa 1730 war.

2.4.2.6.5 Claude de Ferrière (1639-1715) und Claude-Joseph de Ferrière (1680?-1748?)

Während der Vater Claude Jurist des 17. Jahrhunderts[294] war, hatte sein Sohn seine Schaffenszeit im 18. Jahrhundert. Claude-Joseph de Ferrière überarbeitete die Werke seines Vaters, so dass Vater und Sohn schlecht voneinander getrennt werden können.

Claude de Ferrière ist restriktiv: *„La garantie de fait est celle qui est appellée en droit* redhibitio *ou* redhibitoria actio*, l.redhibere. ff. de Aedilit.Edic.*[Ulp. D. 21, 1, 21] *qui regarde la bonté de la chose, cette garantie a lieu lorsqu'il se trouve quelque defaut ou vice dans la chose venduë, mais on n'en est point tenu que par une clause expresse, parce que l'acheteur doit s'informer de la bonté & des qualitez de la chose qu'il achete, si ce n'est des vices dont la Loy ordonne la garantie.*"[295] Zwar erklärt er dies im Zusammenhang mit der Haftung für

[290] Auroux des Pommiers (1780) T. I S. 146.
[291] Wie der Buchtitel verrät war er *Prêtre, Docteur en Théologie, Conseiller-Clerc en la Sénéchaussée de Bourbonnois & Siége Présidial de Moulins.*
[292] Auroux des Pommiers (1732) T. I S. 134 Nr. 1 = Domat (Remy) S. 157 Nr. 4.
[293] Bourjon veröffentlichte seine erste Ausgabe von *le droit commun…* erst 1747; Cl.J. de Ferrière veröffentlichte bereits 1718 eine überarbeitete Fassung der *Introduction à la pratique…*(die mir nicht vorlag), also *vor* Auroux de Pommiers 1732.
[294] Er war u.a. Professor in Reims und Paris und Anwalt in Paris.
[295] de Ferrière Corps 1685, 1692 T. I S. 594 Rdnr. 34.

abgetretene Forderungen, seine Ausführungen betreffen aber das Sachmängelgewährleistungsrecht allgemein. Sein Sohn Claude-Joseph de Ferrière übernahm dies in seine überarbeitete Form der *Introduction à la pratique* seines Vaters fast wörtlich.[296] Diese Haftung ist somit keine automatische Folge aus dem Vertrag wie die Haftung wegen Rechtsmängel. Claude-Joseph de Ferrière fügt einen Artikel '*redhibitoire'* ein[297], in dem er erläutert, wie dies zu verstehen sei: Das Prinzip war, dass der Verkäufer nie wegen eines Sachmangels hafte. Davon machte er aber drei Ausnahmen, erstens bei Pferden, die einen versteckten Mangel aufwiesen, was in Paris zu der Haftung des Verkäufers wegen *pousse, morve, courbature* binnen neun Tagen führte, zweitens bei anderen beweglichen Sachen, die durch die Statuten eines Berufsstands geregelt wurden und nicht deren Anforderungen entsprachen, drittens bei Grundstücken, die durch einen versteckten Mangel absolut unbrauchbar waren. Bei den Sachen, die durch Statuten geregelt werden, lässt er sich auf eine Aussage zu den Klagefristen ein: „*...cette action doit être intentée au plutôt, mais le temps n'est pas défini.*"

Bei den Grundstücken äußert er sich nicht zu einer Frist, vielleicht weil ihm kein Fall bekannt war, denn als Beispiel führt er an, ohne die Fundstelle anzugeben, „*comme s'il exhale d'un fond vendu des vapeurs malignes capables de causer des maladies dangereuses à ceux qui y resteroient quelques tems*", was ohne Nennung der Quellen aus C. 4, 58, 4, 1 entlehnt und um eine Bedingungen verschärft wurde: Denn C. 4, 58, 4, 1 spricht zwar von *fundus pestibilis* und *pestibula*, was bestimmt gefährlich für die Gesundheit ist, aber die Anforderung, das gelte nur, wenn man sich dort eine gewisse Zeit aufhalte, ist neu. Dieses Beispiel wirft zwei Fragen auf: Der Zusatz „*à ceux qui y resteroient quelques tems*" erscheint seltsam. Wenn Cl. J. de Ferrière sich dabei etwas gedacht haben sollte, dann wohl nicht im Sinne Domats, der einen erhöhten Schweregrad für Wandlung als für Minderung einführen wollte; denn bösartige Dämpfe dürften für eine Wandlung ausreichen. Die alternative und sinnvollere Erklärung dazu wäre, dass de Ferrière die Offensichtlichkeit des Mangels beim Kauf ausschließen wollte; denn ein Käufer hielt sich regelmäßig erst nach einem Kauf auf dem Grundstück auf und konnte erst nach einiger Zeit die Giftigkeit der Dämpfe bemerken. Wenn aber prinzipiell eine Sachmängelgewährleistung nur gegeben war, wenn die „*Loy*", eine „*disposition particuliere de droit*"[298] oder eine vertragliche Zusage dies bestimme, so klingt darin kaum

[296] de Ferrière Nouv. Intro. T. I 'garantie de fait' S. 715 : „*Garantie de fait est celle qui regarde la bonté & qualité de la chose venduë, & dont le vendeur n'est tenu qu'en conséquence d'une convention expresse, à moins qu'il ne s'agisse de défauts ou vices dont le vendeur est tenu par quelques disposition particuliere de droit."*
[297] de Ferrière Nouv. Intro. T. II 'rédhibitoire' S. 528.
[298] de Ferrière Nouv. Intro. T. I 'garantie de fait' S. 715.

an, dass prinzipiell Römisches Recht gelte, denn dieses hätte eine allgemeine Haftung des Verkäufers auch ohne jede Zusage geregelt. Wieso kam Cl.J. de Ferrière dann wieder, wenn auch etwas vage und sehr selektiv, aufs Römische Recht zurück? Insofern sind die Ausführungen missverständlich.[299] Sie würden Sinn machen, wenn man die dargelegten Fälle in ein anderes System brächte: Prinzipiell gelte die ädilizische Gewährleistung zumindest in ihren Grundzügen, es sei denn das nationale Recht sah - abschließend – Sonderregeln vor, wie beim Viehkauf und bei durch Statuten geregelten Waren; logischerweise würde dann hauptsächlich der Immobilienverkauf als einziger nicht von Sonderregeln erfasster Bereich unter das Römische Recht fallen. In diesem Licht betrachtet, macht es Sinn, dass das Römische Recht herangezogen wird, um die Minderungsklage zu erklären: „*Au lieu de l'action redhibitoire, l'acheteur peut agir contre son vendeur par une autre action appellée en droit* actio aestimatoria, vel quanti minoris*, quand il a acheté une chose défectueuse, & demander par cette action que le vendeur soit tenu de lui rendre ce qu'il en auroit payé de moins, s'il en avoit connu les défauts.*"[300] Es gab also auch in diesem von ihm vorgestellten System Lücken, die durch das Römische Recht gefüllt wurden, aber bei der Minderungsklage sollte gelten, dass sie nur erhoben werden konnte, wenn der Verkäufer hinsichtlich einer Eigenschaft bzw. der Mangelfreiheit eine Zusage gemacht hatte oder ein Gesetz eine Qualität sicherte, wie die *coutumes* und die Statuten der Berufsstände.

2.4.2.6.6 Claude Serres (um 1750)

Claude Serres, Verfasser einer Abhandlung in der Tradition der Institutionen Justinians zur Rechtspraxis des französischen Rechts, hingegen drückt sich hinsichtlich der Möglichkeit der Wandlung einer unbeweglichen Sache zweideutig aus. „*L'action redhibitoire n'a donc guères lieu que dans la vente de choses mobiliaires…*", mit anderen Worten: Der Hauptanwendungsbereich sind die Verkäufe beweglicher Sachen, aber mit einem so leichten Zweifel, *ne...guère,* dass man sich fragen kann, ob er nicht *ne guère* anstelle von *ne pas* aus stilistischen Gründen gesetzt hat. Hinsichtlich von Klagen wegen Mängel an einem

[299] Terrasson äussert sich eher vorsichtig kritisch zu den Werken von Vater und Sohn de Ferrière: Der Vater habe nicht ausreichend genau gearbeitet; der Sohn habe einige Schwachstellen ausgebessert, aber insgesamt seien es Werke, die den Studenten nützlich seien, nicht aber für ein vertiefendes Studium, Terrasson S. 484: „*ils seroit dangereux de s'y fier entierement sans recourir aux sources qu'ils indiquent*..." (zu Cl. de Ferrière).

Grundstück behandelt er nur Fälle der Rechtsmängel.[301] Bei beweglichen Sachen meint er hinsichtlich der Klagefristen: „*mais tout cela dépend des circonstances*".[302]

Das als Beispiel angeführte Urteil der *Grand-Chambre du Parlement de Toulouse* vom 07.08.1715 gibt keinen Aufschluss auf mögliche geltende Fristen bei der Wandlungsklage, speziell beim Maultierverkauf. Im vorliegenden Fall wollte ein Maultierführer das gekaufte Tier nach 30 Tagen und mehreren Reisen wandeln, da es den Rotz habe, was ihm verwehrt wurde. Man kann vermuten, dass das Gericht von kürzeren Klagefristen ausging. Serres hingegen begründet die Klageabweisung damit, dass der Maultierführer besser als jeder andere die Eigenschaften des Tieres hätte erkennen können, zumal er drei Reisen mit dem Tier unternommen habe. Seine Begründung findet sich somit in einem Graubereich zwischen dem Argument, dass beim Kennenmüssen eines Mangels beim Kauf die Gewährleistungsansprüche des Käufers ausgeschlossen sind, und vielleicht dass eine (kurze) Frist nach dem Kauf beim Kennenmüssen vom Mangel zu laufen beginne, also eventuell nach einer ersten Reise, die aber nach der dritten Reise abgelaufen war.

2.4.2.6.7 J.A. Soulatges (um 1760) und S. d'Olive du Mesnil (um 1621, gest. vor 1682)

Soulatges erwähnt die ädilizischen Rechtsbehelfe bei einem Sachmangel in seinen *Observations sur les questions notables du droit*, zusammengestellt durch Olive du Mesnil anhand der Rechtsprechung in Toulouse, im Zusammenhang mit der Eviktion und bei Rechtsmängeln, wobei seine Darstellung sich auf Zitate aus anderen Werken beschränkt. Er unterscheidet zwischen der *redhibitoire* und *quanti minoris* bei Rechtsmängeln an Grundstücken einerseits und bei Sachmängeln bei beweglichen Sachen andererseits. Eine Wandlung oder Minderung wegen Sachmängeln an Grundstücken spricht er nicht an. Bei den beweglichen Sachen wiederum unterscheidet er zwischen Tieren (Pferd, Maultier) einerseits und andererseits Handelsware, die nicht den Anforderungen der Statuten und Regeln der *communauté des Marchands* entspricht, wobei er sich u.a. auf Cl. de Ferrière und Loisel bezieht. Von Serres hat er die Formulierungen übernommen, insbesondere das „*mais tout cela dépend des circonstances*" in Bezug auf die Klagefristen. Allgemein hält er fest, dass eine Klage „*peu de temps après la vente"* erhoben werden müsse, wobei diese Zeit durch verschiedene Autoren auf vier bis sechs Monate festgelegt werde, „*ce qui dépend des*

[301] Serres S. 499 Liv. III Tit. XXIV.
[302] Serres S. 499 Liv. III Tit. XXIV.

circonstances". Denn z.B. in einem Urteil, das bei Cl. Serres angegeben sei, finde sich der Fall eines Kaufs eines Maultiers, das nicht mehr nach 30 Tagen zurückgegeben werden konnte.[303] Bei mangelhaften Waren gemäß den Kaufmannsstatuten müsse die Klage „*au plutôt*" angestrengt werden, „*ce qui dépend des circonstances*".[304]
Man wird den Eindruck nicht los, dass Soulatges in der Sachmängelgewährleistung nicht sein Hauptinteressengebiet gesehen hat, zumal seine Angaben und Zitate, bis auf seine Ergänzung durch die Ausführungen bei Cl. de Ferrière, fast wörtlich aus Serres übernommen wurden.

2.4.2.6.8 Robert Joseph Pothier (1699-1772)

Robert Joseph Pothier (1699-1772) ist der letzte der großen französischen Juristen, die vor der Schaffung des Code civil einen Markstein in der juristischen Literatur hinterlassen.[305] Sein vielleicht bekanntestes Werk war eine Neuordnung der Pandekten, die das Römische Recht leichter zugänglich und homogener machen sollte, damit es das französische Recht ergänzen konnte.[306] Zudem verfasste er auf Französisch u.a. seine Abhandlung zum Kaufrecht und seinen Kommentar zur *Coutume d'Orléans*.[307]
In seiner Abhandlung zum Kaufvertrag weist er als erstes auf die Regeln des Römischen Rechts für die *action redhibitoire* hin, die „*six mois utiles*" vorsehen würden. Allerdings stellt er klar, dass der Gebrauch lokaler Regeln des Ortes, an dem der Kaufvertrag geschlossen wurde, den Vorrang habe. Als Beispiele zitiert er, dass wegen Mängel an Pferd und Kuh nur vierzig Tage nach Übergabe geklagt werden könne „*suivant l'usage de ce pays-ci*", womit die Region um Orléans gemeint ist, gemäss der *Coutume de Bourbonnois*, Art. 87, nur acht Tage lang. Bei einem mangelhaften Fass hätten noch einmal andere Fristen gegolten. Er zitiert auch Mornac, zu dessen Zeit (1554 - 1619), d.h. mehr als hundertfünfzig Jahre vor seiner Schaffenszeit[308], neun Tage für die Wandlungsklage bei Pferden üblich gewesen seien.[309] Für

[303] Soulatges/Olive du Mesnil S. 461 Liv. IV Ch. XXIV.
[304] Soulatges/Olive du Mesnil S. 462.
[305] v. Savigny Beruf S. 60f : Die herausragende Stellung Pothiers in der französischen Rechtswissenschaft und als Referenz bei der Kodifizierung des Code civil bringt von Savigny zu der spitzen Bemerkung : „Ich bin weit davon entfernt, Pothier gering zu schätzen, … Aber eine juristische Literatur, in welcher er allein steht und fast als Quelle verehrt und studiert wird, muß doch Mitleid erregen."
[306] Thireau in Actes des J.I.SHD S. 116ff: Pothier sei trotz seiner vielfachen Referenzen auf das Römische Recht seinem Prinzip treu geblieben, dass an erster Stelle das französische Recht stände und das Römische Recht (mit Ausnahme des *pays de droit écrit*) nur als *ratio* hinzugezogen werden könne.
[307] Thireau in Actes des J.I.SHD S. 114: 1740 Kommentar der *Coutume d'Orléans*, 1760 dessen Neuauflage, 1748 Neuordnung der Pandekten.
[308] R. J. Pothier : *1699, gest. 1772, beendet sein Studium 1718.

die Minderungsklage sei die Frist - entgegen dem Römischen Recht - nicht ein Jahr, sondern genauso lang wie bei der Wandelungsklage,[310] d.h. bestimmt durch die Ortssitte. Zumindest schließt er die Minderungsklage nicht von vornherein aus. Um zu bestimmen, welcher Mangel zur Wandlung berechtige, verwendet er die Formulierung, die an den späteren Art. 1648 C.civ. (1804) erinnert: „*…qu'il* [vice] *soit du nombre de ceux qui selon l'usage des lieux passent pour rédhibitoires."*[311]

Pothiers Neuordnung der Pandekten ist sehr sparsam an Kommentaren und beschränkt sich hauptsächlich auf eine Zitatenwiedergabe. Dennoch scheint seine Meinung an einigen Stellen durch, die wichtig sind für die Bestimmung der Klagefristen:

Pothier führt an, dass die ädilizischen Klagen sowohl für Sklaven als auch alle Tiere als auch Grundstücke gelten.[312] Es sei notwendig, dass der Mangel zur Zeit des Vertrags vorgelegen habe. Ein nicht versteckter Mangel erlaube nicht die Wandlung.[313] Aus den gleichen Gründen wie für die Wandlung könne auch auf Minderung geklagt werden.[314] Zur Frage „*Quandò istae Actiones competere desinant?*" zitiert er die Fragmente Ulp. D. 21, 1, 19, 6[315], Gai. D. 21, 1, 20, Pap. D. 21, 1, 55 und C. 4, 58, 2. Die Stelle Gai. D. 21, 1, 28, die die Erwähnung der Fristen von zwei und sechs Monaten enthält, sollte der Verkäufer keine *cautio* abgeben, lässt er weg; sie hat seiner Ansicht und wohl der herrschenden Meinung nach anscheinend keine Bedeutung mehr in der Praxis. Die Stelle C. 4, 58, 2, die nach Pap. D. 21, 1, 55 wiedergegeben wird, leitet er mit den Worten ein: „*De eo casu igitur quo emptor vitium potuisset didicisse, accipe quod Gordianus rescribit*",[316] in der Übersetzung: 'Verstehe, was Gordianus als Antwort schreibt, über den Fall also, in dem der Käufer den Mangel hätte wissen können.' Wie bereits im Kapitel zum Römischen Recht behandelt, lässt der Wortlaut des C. 4, 58, 2 ein solches Verständnis nicht zu; Pothier will lediglich den Widerspruch zu Pap. D. 21, 1, 55 erklären, wobei er der Fristhemmung aus subjektiven Gründen den Vorzug gibt. Zu D. 44, 3 *De diversis temporalibus praescriptionibus, et de accessionibus possessionum* merkt er hinsichtlich der verschiedenen Laufart der Fristen an, dass es zum einen die kontinuierlichen Fristen gebe, von denen keine Tage abgezogen würden, die aber zu laufen begännen, wenn geklagt werden könne, „*caeterùm non antè currit, quàm agi posse*

---

[309] Pothier T. III S. 141f.
[310] Pothier T. III S. 142.
[311] Pothier T. III S. 130.
[312] Pothier Pand. T. II S. 2f.
[313] Pothier Pand. T. II S. 8f.
[314] Pothier Pand. T. II S. 11.
[315] Pothier klammert das letzte *quid est* des Zitats ein.
[316] Pothier Pand. T. II S. 17f.

coeperit", zum anderen diejenigen „*certi numeri dierum utilium*".[317] Pap. D. 21, 1, 55 führt er in diesem Zusammenhang nicht auf; aber nach diesem System musste er das *tempus utile* nach Tagen rechnen, von dem die Tage der Nichtkenntnis des Käufers vom Mangel abgezogen wurden.

2.4.2.6.9 Die Sammlungen zur Rechtsprechung und die Encyclopédie Diderot vom Ende des 18. Jahrhunderts

Die hier relevanten Sammlungen sind die der Rechtsprechung von Dénisart, die von Guyot und die Encyclopédie Diderot, alle aus einer Zeit um 1780. Auf Guyot baute Merlin später sein nach 1804 erschienenes *Répertoire… de Jurisprudence* auf.

Auffällig ist, dass die Urteilssammlungen, wenn sie überhaupt der Sachmängelgewährleistung einen Platz einräumen,[318] oft ausschließlich Beispiele aus dem Viehkauf zitieren, seien sie den *coutumes* entnommen wie das kranke Pferd oder eher dem Römischen Recht nachgebildet.[319]

Die Sammlung Merlins, aufbauend auf die Guyots,[320] widmet sich ausführlich dem Thema Pferd und erwähnt nur am Rande das Römische Recht der Ädilen, in der Regel, um zu bemerken, dass das französische Recht den Fristen nicht folge. Die Klage *quanti minoris* wird am Rande erwähnt, aber kein Urteil dazu angeführt, sondern es wird sich auf Mornac berufen, wonach für diese Klage dieselben kurzen Fristen gelten,[321] was so nicht richtig ist.[322]

Hinsichtlich der Klagefristen hält die Urteilssammlung Merlins von 1828 wie schon die Guyots von 1782 fest, dass die Fristen bei einer Klage auf Wandlung im Vergleich zum Römischen Recht „*bien moindre*" seien.[323] Dénisart äußert sich höchst knapp und distanziert zum Regelfall der ädilizischen Klagen: Eine Minderung sei nach den *römischen* Gesetzen anerkannt gewesen, selbst gegen den gutgläubigen Verkäufer.[324] Die *action rédhibitoire*[325] sei

---

[317] Pothier Pand. T. III S. 169.
[318] z.B. Schweigen darüber in de Lamoignon.
[319] Merlin T.XIV 'redhibitoire', S. 365 ; Guyot T. LII 'rédhibitoire' S. 341ff.
[320] zu Merlin s. Halpérin S. 57f: ehemaliger Anwalt aus Flandern (*de Douai*), Verfasser diverser Gesetze unter der Revolution, 1807-1828 Wiederauflage der Rechtsprechungssammlung Guyots, 1803-1830 Auflagen seines *Recueil alphabétique des questions de droit*, gest. 1830.
[321] Merlin Rép. 'redhibitioire' S. 366; Guyot T. LII 'rédhibitoire' S. 343 : Merlins Rechtsprechungssammlung fasst dieses Zitat leicht sinnändernd zusammen: Mit Bezug auf eine handschriftliche Sammlung Duboscs wird Mornac zitiert, der von den Pariser Pferdehändlern gelernt habe, dass bei *tour de lune* keine Wandlung gegeben sei, auch nicht innerhalb von neun Tagen.
[322] s. das Kapitel zu den *usages* im Viehkauf in Paris und zu Mornac im Kapitel zur französischen Literatur des 16. Jahrhunderts.
[323] Merlin Rép. T. XIV 'redhibitoire' S. 365 ; Guyot T. LII 'rédhibitoire' S. 342.
[324] Dénisart Coll. IV 'quanti minoris'.

darauf gerichtet, den Verkäufer zur Zurücknahme einer mangelhaften Sache zu verpflichten. Danach führt er detailliert die Beispiele aus der *coutume* und der Rechtsprechung zum Pferdekauf und ein Urteil zum Rinderkauf an, keine aber zur Anwendung des Römischen Rechts. Guy du Rousseaud de la Combe trennt in seiner Urteilssammlung nach dem *pays de droit écrit* und *coutumier*, was im Ergebnis dazu führt, dass er für das *droit écrit* an die Klagefristen von sechs Monaten bzw. einem Jahr erinnert, für das *pays coutumier* an eine Auswahl von *coutumes* und an Basnages Kommentar zur *coutume* der Normandie.[326]

Hier seien auch die nicht juristischen Werke erwähnt, wie Enzyklopädien und andere Nachschlagewerke, die immer wieder als Beispiel auf das kranke Pferd zurückkamen,[327] aber Römisches Recht mieden. Die Encyclopédie Diderot von 1777/1778 ist etwas expliziter: Dort finden sich die Definitionen der Krankheiten wieder, derenthalben ein Pferd gewandelt werden konnte,[328] neben einem langen Plädoyer gegen die kurzen Fristen im Viehkauf, die die Betrügereien der Verkäufer begünstigen würden. „*A l'aspect de tous les détours odieux, qu'il nous seroit aisé de dévoiler, & qui seroient peut-être moins communs si, conformément à la police observée par les Romains & à l'édit fameux des édiles, tout vendeur étoit obligé de déclarer les défauts & les imperfections de l'animal qu'il vend, & n'avoit pas même la faculté de s'excuser sur son ignorance, le philosophe ne peut que s'écrier avec Montaigne*: *La vertu assignée aux affaires de ce monde est une vertu à plusieurs plis, encoigneures & coudes, pour s'accommoder à l'humaine foiblesse.*"

Die Anwendung des Römischen Rechts ist ein Wunschdenken, keine Realität. Für die Bereiche, die den viehrechtlichen Gebräuchen nicht unterliegen, ist das Schweigen sprechend.

2.4.2.7 Zwischenergebnis zur Literatur des 18 Jahrhunderts

Hier soll wieder die Dreiteilung der Fragestellung verfolgt werden: Wie kam es zur Formulierung des *bref délai*, wieso kam es nicht zu einer Formulierung näher am Römischen Recht und inwieweit wurden insbesondere Pap. D. 21, 1, 55 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6 noch beachtet?

---

[325] Dénisart Coll. IV 'rédhibition'.
[326] du Rousseaud de la Combe 'vice rédhibitoire'.
[327] Die Werke bauen aufeinander auf : Furetière Dict. Univ. T. III 'redhibition', 'redhibitoire', 'vice', ' pousse': wegen *pousse, morve,* courbature muss ein Pferd binnen 9 Tagen zurückgenommen werden; falsche Definition der Redhibition; Richelet Nouv. Dict. frç T. II 'redhibitoire' (1710): „*La vente d'un cheval qui a la pousse, la morve, ou la courbature, est un cas redhibitoire*", ebenfalls falsche Definition der Redhibition.
[328] z.B. Encyclopédie Diderot T. IX 'courbature'; T. XV 'garantie, en ce qui concerne la vente des chevaux'.

Brillon arbeitet mit dem Term *usage des lieux* hinsichtlich der Fristdauer, die sich aus den diversen *coutumes* und *usages* ergab. Cl. J. de Ferrière spricht von einer Klage wegen Mängel an Sachen, die durch Statuten geregelt wurden, *au plutôt,* wie auch Soulatges, ohne dass die Zeit definiert sei. Serres verweist auf die Umstände des Einzelfalls für die Fristbestimmung, wie auch Soulatges, der ihn zur Vorlage nahm. Soulatges bringt noch *peu après la vente* in die Diskussion ein und Fristen, die ans Römische Recht herankommen, von vier bis sechs Monaten. Die Fristen hatten sich, wohl nicht zuletzt durch die Rechtsprechung, die sich bereits beim Pferdekauf von einer sklavischen Abhängigkeit von den *coutumes* und *usages* verabschiedet hatten, verlängert, solange der Käufers den Beweis führen konnte, der Mangel habe zur Zeit des Kaufs vorgelegen. Schließlich und endlich spricht Pothier von dem Gebrauch lokaler Regeln, aber nicht von *bref délai*.

Bei der Suche nach dem Römischen Recht in der Sachmängelgewährleistung merkt man einen Rückzug des Römischen Rechts, sei es auch nur als theoretisches Recht, aus der juristischen Diskussion, auch wenn ein Schleier der ädilizischen Klagen immer noch über dem Immobilienkauf und der Minderung lag.
Bourjon , Auroux des Pommiers, Cl. de Ferrière sprechen nicht die Minderungsklage an und äußern sich zumindest sehr zurückhaltend zur Sachmängelgewährleistung eines Grundstücks mit den altebekannten Argumenten, dass man die in C. 4, 58, 2 beschriebenen Mängel vor dem Kauf hätte feststellen können und dass ein Schweregrad vorliegen müsse. Cl. J. de Ferrière bleibt ebenfalls sehr vage zum Zusammenhang von Immobilienkäufen, der Minderungsklage und dem Römischen Recht. Serres und Soulatges bringen Grundstücke nur in Verbindung mit Rechtsmängeln.
Hingegen Patou bestätigt die Minderungsklage bei beweglichen Sachen wie Marktgütern und die ädilizischen Klagen auch bei Grundstücken, aber seine Aussage, dem Römischen Recht sei hinsichtlich der Klagefristen zu folgen, liest sich wie ein Programm und nicht wie eine Wiedergabe der Praxis.

Die Diskussion um Pap. D. 21, 1, 55 oder Ulp. D. 21, 1, 19, 6 ist auf ein Nichts zusammengeschmolzen. Pothier versucht C. 4, 58, 2 mit Pap. D. 21, 1, 55 in eine Lesart zu

bringen, ähnlich wie Balduin. So viele andere Autoren aus dieser Zeit hatten das römische ädilizische Recht bereits verdrängt, anders als einige Autoren nach 1804 glaubten.[329]

2.4.2.8 Zusammenfassung

Im Bereich der Klagefristen der Sachmängelgewährleistung gab es vom 11. bis zum 18. Jahrhundert zwei sich kreuzende Bewegungen, die die allgemeine Einstellung in Frankreich gegenüber dem Römischen Recht einerseits und den *coutumes* und *usages* andererseits widerspiegelt: Bis zum Ende des 14. Jahrhunderts überwog das Römische Recht in den Darstellungen zur Sachmängelgewährleistung, auch in den Anmerkungen zu den Klagefristen, aber der Einfluss von *usages* machte sich bereits bemerkbar. Diese *usages* entstammten vor allem dem Viehrecht, noch genauer dem Pferdehandel. Dies verwundert nicht, als das Pferd eines der wertvolleren, aber dennoch alltäglicheren Handelsgüter darstellte, neben dem Buch, das bei Azo und Durand Erwähnung findet. Dies sind Beispiele, die dem ädilizischen Recht zuzuordnen sind, das Teil des Zivilrechts geworden ist. Andere Fälle mangelhafter Sachen betrafen polizeiliche Verordnungen, wie das verdorbene Fleisch, das als Beispiel bereits bei Azo und Durand gewählt wurde, während sich der Rest der frühen französischen Literatur dazu ausschwieg; aber man erinnert sich z.B. an die *Coutume de St. Sever* (1380/1480), die ähnliche Fälle in Frankreich bezeugt. Im 15. Jahrhundert nach der Niederschrift der *coutumes* rückten diese Regeln in den Blickpunkt der Literatur und wurden in die Diskussionen aufgenommen. Ab dem 16. Jahrhundert schlägt das Verhältnis der *coutumes* zum Römischen Recht um: Das Römische Recht wird weiterhin kommentiert und systematisiert, auch für den praktischen Gebrauch im Bereich der Sachmängelgewährleistung aufgearbeitet, aber die *coutumes* und die *usages* rücken in den Mittelpunkt des Interesses. Die Aussagen zu den Klagefristen konzentrieren sich auf das Viehrecht, während die Fristen aus dem ädilizischen Recht eher im Hintergrund mitlaufen. Die Minderungsklage und die Klage wegen eines

[329] Giraud S. 135: Es trat erst später wieder eine Art Verklärung ein nach 1804, hinsichtlich der Bedeutung, die dem Römischen Recht zukam oder zukommen sollte. Giraud in seinem *Précis de l'ancien droit coutumier français* von 1875 stellt noch fest, dass im Allgemeinen die Frist bei Pferden für *vice rédhibitoire* neun Tage betragen habe, nach denen der Verkäufer nicht mehr auf *quanti minoris* hafte. Auf welche *coutume* bzw. welchen *usage* er sich stützt, wieso er sich gerade zur *quanti minoris* äußert, die an sich das Stiefkind der *coutumes* ist, konnte sich sein Leser fragen oder es einfach als richtig und gegeben hinnehmen und dem Verweis Girauds auf das Römische Recht folgen, um die Lücken zu füllen. Giraud S. 102; Duvergier setzt 1835 die Existenz der Minderungsklage im Alten Recht voraus: „*Les vieux usages ont été maintenus, comme fixant la durée de l'action rédhibitoire et de l'action* quanti minoris", Duvergier T. I S. 502, im Weiteren bezieht sich Duvergier nur auf die Wandlung und die dort üblichen Fristen.

Sachmangels an einem Grundstück machen diese Entwicklung deutlich: Die Minderungsklage wird in der Literatur, bis auf einige Werke, die versuchen, ein vollständiges Recht auf der Basis des Römischen Rechts zu entwerfen, eventuell noch *pro forma* erwähnt, ansonsten für eine Anwendung im französischen Sachmängelrecht nicht vorgesehen. Die Wandlung eines Grundstücks erfuhr ein ähnliches Schicksal. Bereits Dumoulin versuchte hingegen aus dem Viehrecht ein Prinzip herauszuarbeiten: Die kurzen Fristen würden auf der Beweislastumkehr beruhen, dass der Käufer das Vorliegen des Mangels zur Zeit des Kaufs nicht beweisen müsse, wenn der Mangel kurz nach dem Kauf auftrete. Diese Idee hält sich bis ins 18. Jahrhundert; sie wird selbst auf den Kauf von Waren übertragen, deren Qualitätsanforderungen den Statuten der Berufsstände unterlagen. In der Literatur, mit Ausnahme der Werke, die anfangen, die Klagefristen der diversen *coutumes* und *usages* zu sammeln und zu vergleichen oder die sich auf eine bestimmte *coutume* beziehen, wird ab dem 17. Jahrhundert dem Richter die Rolle zugestanden, über diese Fristen zu bestimmen, was ein naturrechtlicher Einfluss durch die Suche nach der *aequitas* und einer möglichst gerechten Lösung im Einzelfall zu sein scheint. Wenn man sich an die Ausführungen zu den *usages* im Viehrecht Paris' und der Provinzen erinnert, geht die Rechtsprechung spätestens um 1720 dazu über, sich über die starren Fristen der *coutumes* hinwegzusetzen, wenn der Einzelfall dies zuließ. Anknüpfungspunkt ist der Kauf bzw. die Übergabe, wenn die *coutumes* oder *usages* dies ausnahmsweise vorsahen. Es ist nicht der Zeitpunkt des Kennen oder Kennenmüssens. Pap. D. 21, 1, 55 wird noch im 16. Jahrhundert in der römischrechtlich geprägten Literatur behandelt und ist noch nicht vergessen, obwohl Autoren wie Dumoulin und Donellus dieses Fragment nicht erwähnenswert halten; bei Domat wird deutlich, dass diese Idee Papinians der naturrechtlichen Ideologie entgegenkommt, ein gerechtes Urteil zu finden. Niemand der Autoren verknüpft allerdings, wie die spätere französische Rechtsprechung[330], ausdrücklich einen Fristbeginn ab Kenntnis oder Kennenmüssen mit der Idee einer kurzen Frist zur Klageerhebung zwecks Beweiserleichterung. Selbst Pothier, der mit seinem Verweis auf die Gebräuche eines jeden Ortes die Formulierung des Art. 1648 C.civ. offensichtlich beeinflusste, bringt nicht die Idee Papinians mit der der kurzen Fristen zusammen, obwohl sich bei ihm eine leichte Tendenz pro Pap. D. 21, 1, 55 feststellen lässt.

Kurz gesagt: Am Ende des 18. Jahrhunderts waren die kurzen Klagefristen aus dem Viehrecht und dem Handel mit reglementierten Waren mit einer Beweiserleichterung für den Käufer und dem richterlichen Ermessen verknüpft. Die ädilizischen Fristen spielten eine etwas

[330] Diese wird weiter unten in einem Ausblick auf die Zeit nach 1804 behandelt.

nebulöse Rolle beim sachmängelbehafteten Grundstück und eine noch geringere Rolle bei der Minderungsklage.
Diesen Stand in der Literatur sahen die Verfasser der Entwürfe eines Code civil vor sich.

3. Die Schaffung des Code civil: Zeiten des Umbruchs

Die Jahre von 1789 bis 1799 waren durch eine Vielzahl von gesellschaftlichen und politischen Umbrüchen geprägt, die unter dem Begriff der französischen Revolution zusammengefasst werden. Die Hauptereignisse sind zur Genüge bekannt; es sollen an dieser Stelle nur einige Daten herausgegriffen werden: Am 16. Juni 1789 rief sich der Dritte Stand zur *Assemblée Nationale* aus; am 4. August wurden per Dekret alle *lois particulières,* d.h. auch die *coutumes,* als nichtig erklärt, zu Gunsten eines *droit commun de tous les Français.* In der Zeit ab 1789 legten die Gemeindebewohner in Frankreich ihre Beschwerden und Änderungswünsche in *cahiers de doléances* zur Kenntnisnahme durch die Ständeversammlung nieder. In einigen findet sich der Wunsch nach einer Rechtseinheit wieder, um die Unterschiede zwischen *droit écrit* und *coutume* zu nivellieren bzw. das doppelte System der Rechtsquellen zu vereinfachen.[331] Am 5. Juli 1790 beschloss die *Constituante* das Prinzip einer allgemeinen Kodifizierung der Gesetze.
Durch die Verfassung vom 3. September 1791 wurde Frankreich eine konstitutionelle Monarchie. In ihr, Tit. 1 a.E. findet sich die Absicht, einen Code civil zu schaffen, wieder: „*Il sera fait un code civil des lois civiles communes de tout le Royaume.*" Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), Jurist aus Montpellier aus einer alten adeligen Familie,[332] vertrat seit 1792 sein Heimat-Département L'Hérault in der *Convention national,* dem Nationalkonvent. Am 22. September 1792 wurde die erste Republik ausgerufen. Am 21. Januar 1793 fand die Hinrichtung Louis‘ XVI statt; in der Folge erklärte Frankreich am 1. Februar 1793 England und Holland den Krieg. Im Juni 1793 wurde die Verfassung des Jahres I beschlossen. Zur gleichen Zeit wurde eine Gesetzeskommission zur Erabeitung eines Code civil berufen.[333] Am 9. August 1793 präsentierte der Abgeordnete Cambacérès seinen ersten Entwurf zu einem Code civil. Am 23. August 1793 wurde die allgemeine Wehrpflicht durch

[331] Bart in Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran, S. 217ff mit statistischen Angaben und genauerer Analyse der cahiers; Martin S. 128: Der in diesen *cahiers* geäußerte Wunsch nach einem Code dürfe nicht überbewertet werden, z.T. sei ein Zivilprozessrecht gemeint; man dürfe keine Massenbewegung darin sehen.
[332] Pinaud S. 14.
[333] für mehr Details s. Martin S. 134ff.

das Nationalkonvent erklärt. Im Land herrschte Brotknappheit. Am 5. September 1793 begann die Terrorherrschaft unter Robespierres mit einer Welle von Hinrichtungen, die im Juli 1794 ein ebenso blutiges Ende fand. Kaum zwei Monate später, am 9. September 1794, stellte Cambacérès den zweiten Entwurf eines Code civil der Nationalversammlung vor. Die Direktoriumsverfassung oder auch Verfassung des Jahres III wurde am 22. August 1795 angenommen. Sie schuf ein Zwei-Kammer-System, bei dem der ‚Rat der 500' die Gesetzesinitiative innehatte und der halb so große ‚Rat der Alten' Gesetzesvorlagen ablehnen konnte. Cambacérès gehörte dem Rat der 500 an. Am 4. Juni 1796 wurde unter der Leitung Cambacérès der dritte und letzte Entwurf für einen Code civil fertiggestellt.

3.1 Cambacérès und seine drei Entwürfe zum Code civil

Am 9. August 1793 präsentierte Cambacérès im Namen des *Comité de Législation* der *Convention nationale* sein erstes *Projet de Code civil*[334], ein gewagtes Unternehmen: „*Quelle entreprise, dira la malveillance accablée, quelle entreprise de tout changer à la fois dans les écoles, dans les moeurs, dans les coutumes, dans les esprits, dans les lois d'un grand peuple"*.[335] Man werde sagen, es sei notwendig gewesen, alles neu zu ordnen, „*en détruisant les lois & les coutumes existantes"*, um eine perfekte Gesetzgebung zu schaffen.[336] Unter der Leitung Cambacérès war ein Entwurf von nur 719 Artikeln durch ein gutes Dutzend[337] im Zivilrecht versierter Juristen in zwei Monaten zusammengeschrieben worden.[338] Wegen dieser Kürze der Zeit sah Cambacérès es als unmöglich an, den Entwurf ausreichend zu bearbeiten.[339] Das ist auch beim Kaufrecht deutlich: Der dritte Titel des Entwurfs von 1793 spricht den Kauf und Tausch an. Während sich an vielen Stellen sein Hang zum Naturrecht herauslesen lässt,[340] so ist das Kaufrecht wenig vom Naturrecht betroffen. Es wird geregelt, dass der Kaufvertrag das Eigentum übergehen lasse, Art. I, erfüllt werden müsse, Art. IIf, und

[334] Beschlossen durch das *Comité de législation* am 8. August 1793. Zum *Comité* gehörten: Cambacérès, Charlier, Génissieu, Merlin de Douai, L.B. Guyton, C.F. Oudot, Bezard, Bar, J.Ph. Garran, Azéma, Hentz, Florent-Guyot, Berlier.
[335] Cambacérès Projet 1793 S. 12.
[336] Cambacérès Projet 1793 S. 12.
[337] Bouineau/Roux S. 39: In dem *Comité* saßen 48 Mitglieder, von denen 12 zur Erarbeitung eines Entwurfs bestimmt wurden; im Verlaufe der Arbeit stießen 4 neue Mitglieder ohne offizielle Entscheidung zu den 12 anderen.
[338] Halpérin Cod. S. 11.
[339] Martin S. 135.
[340] z.B. in seinem *Nouveau Rapport sur les Articles d'Appendice du Titre IV du Livre Ier, cc. Les Enfans nés hors le mariage*, S. 2: „*Il existe une loi supérieure à toutes les autres; la loi de la nature…";* Cambacérès Projet 1793 S. 4, 5, 6, 8…

die Garantie gegen Eviktion enthalte, Art. IVf. Der Art. VIII betrifft die Sachmängelgewährleistung: „*Le vendeur garantit les vices redhibitoires; s'il a vendu un cheval poussif ou autre chose qui ne pouvoit raisonnablement tomber dans le commerce, le contrat est résolu sans indemnité.*"[341] Daran anschließend regelt Art. IX den Fall einer quantitativen Abweichung. Der Vertrag könne aber durch Abreden ergänzt werden, Art. XI. Dies sind alle Regeln, die in die Nähe der Sachmängelgewährleistung kommen. Keine Minderung, keine Fristen und eine Definition eines Mangels, die versucht, sich von den Mängelkatalogen der *usages* und *coutumes* zu lösen, aber auf halbem Weg stecken geblieben ist: Wenn eine Sache vernünftigerweise nicht in den Handel gehört, ist sie unbrauchbar oder darf sie nicht gehandelt werden? Das *Comité de Législation* wollte vermutlich eine Minimalgarantie einführen, so wie Bourjon es schon formuliert hatte[342]: Ein Tier oder eine Sache, die absolut nicht zu dem Zweck zu gebrauchen sind, für den sie in den Handel kommen, muss zurückgenommen werden; wer von einer weitergehenden Gewährleistung profitieren wollte, musste dies vertraglich vereinbaren. Dies scheint ein Prinzip zu sein, das aus den Statuten der diversen Berufsstände abgeleitet wurde, denn nur diese Regeln enthielten Bestimmungen zum *commerce* und zur Sachmängelgewährleistung.

Viele andere Fragen bleiben in diesem Entwurf zum Code civil zur Sachmängelgewährleistung offen. Zwangsläufig erinnert man sich an die den Entwurf einleitenden Worte Cambacérès, die man fast als euphemistisch bezeichnen könnte: „*Ce seroit se livrer à un espoir chimérique, que de concevoir le projet d'un code qui préviendroit tous les cas. Beaucoup de lois, a dit un historien célèbre* [Tacitus], *font une mauvaise République; leur multiplicité est un fardeau...*"[343] Der Entwurf wurde an eine Komission von sechs Philosophen weitergeleitet, um ihn von rechtlichen Vorurteilen zu säubern. Diese Komission kam jedoch nie zusammen.[344] Halpérin geht davon aus, dass die Zeit schlecht gewählt war, da die *Convention nationale* damit beschäftigt war, eine revolutionäre Regierung auf die Beine zu stellen.[345] Der erste Entwurf Cambacérès war gescheitert.

[341] Cambacérès Projet 1793 S. 125.
[342] Bourjon 1747 T. I S. VI (Haftung des nicht-kaufmännischen Verkäufers): „*…un défaut qui la* [chose] *rendît inutile à l'usage pour lequel elle est destinée dans le commerce…*".
[343] Cambacérès Projet 1793 S. 2.
[344] Halpérin Code S. 13.
[345] Halpérin Code S. 12.

Am 9. September 1794 (23 fructidor an II) präsentiert Cambacérès im Namen des *Comité de Législation* der *Convention nationale* einen zweiten *Rapport sur le Code civil*[346]. Die Kürze dieses Entwurfs von 297 Artikeln fällt sofort ins Auge; insofern ist es immer noch ein Minimalkonsens, aber kein umfassendes Gesetzbuch. Die Art. CXCVIIIff im sechsten Titel des dritten Buchs zum Kauf regeln: „*Le vendeur est garant des vices redhibitoires qui existoient au temps du contrat*" (Art. XCXVIII). „*Les vices redhibitoires sont ceux qui par leur nature rendent nuisible ou presque nul l'usage de la chose vendue"* (Art. CXCIX). „*Il n' y a pas lieu à la garantie si le vice redhibitoire a pu être facilement connu de l'acheteur lors du contrat*"(Art. CC). Danach wird der Verkauf oder Abtretung (*vente ou cession*) einer Schuld angeschnitten. Die Definition des Mangels wurde verbessert, zwei Prinzipien des Römischen Rechts klargestellt, zum einen dass der Mangel zur Zeit des Kaufs vorliegen musste, zum anderen dass er nicht offensichtlich sein durfte. Klagefristen werden nicht erwähnt.[347] Trotz der Lücken, die diese Artikel im Bereich der Sachmängelgewährleistung lassen, sind die Formulierungen klar, einfach und allgemeingültig, so dass sie ohne weiteres als Basis für eine Überarbeitung des Sachmängelrechts hätten dienen können. So weit kam es aber nicht. Nachdem die ersten zehn Artikel dieses Entwurfs im Parlament diskutiert worden waren, wurde er ad acta gelegt,[348] da die Ideologie sich wieder gewandelt hatte.[349] Der zweite Entwurf Cambacérès war gescheitert.

Am 16 prairial an IV (4. Juni 1796) stellte diesmal die „*section civile de la commission de la classification des lois du Conseil des Cinq-Cents*" unter Cambacérès einen dritten und letzten Entwurf fertig, der acht Tage später vorgestellt wurde.[350] Aus den Vorläufer-*Comités* finden sich in dieser Kommission bei den Unterzeichnern Cambacérès, C.F. Oudot und T. Berlier. Dieser Entwurf hat etwas mehr als 1100 Artikel; er ist in diesem Punkt nicht mehr zu vergleichen mit den ersten beiden Entwürfen. Auch die Vorrede Cambacérès hat sich geändert: Nachdem er eingestanden hat, dass der erste Entwurf in einigen Punkten als nicht fertig angesehen wurde, „*effet inévitable de la rapidité avec l'ouvrage avoit été conçu et exécuté*", legt er eine andere Ansicht hinsichtlich der Rolle des Gesetzes dar als noch 1793: „*Là où les juges ne sont point législateur, il ne suffit pas d'assurer l'autorité des lois par la justice: il faut encore qu'elles soient disposées de manière à en écarter le doute par la clarté,*

[346] beschlossen 15 Tage zuvor am 8. fructidor an II durch: Cambacérès, Merlin de Douai, T. Berlier, Bezard, Treilhard, Pons de Verdun, Bar, C.F.Oudot, Hentz.
[347] Auch nicht zu *Prescription,* die in Livre I Tit. VIII nur das Erlangen von Rechten regelt.
[348] Halpérin Code S. 13.
[349] Bart 2002 S. 127f: der Entwurf sei zu demokratisch und egalitär.
[350] Bouineau/Roux S. 40.

à en prévenir les exceptions par la prévoyance...“[351] Er war damit abgerückt von seiner Position, die sich gegen eine Vielzahl von Gesetzen als Last verwehrte, und gestand ein, dass das Gesetz ausführlicher und klarer sein müsse, um die Legislative von der Judikative zu trennen.

Die Art. 864 bis 869 regeln die Sachmängelgewährleistung: „*le vendeur est garant des vices redhibitoires, à moins que, ne connoissant pas le vice de la chose, il stipule qu'il ne sera point tenu à la garantie“* (Art. 864). „*Les vices redhibitoires sont ceux qui rendent nul ou presque nul l'usage de la chose, comme: La pousse, la morve et la courbature dans la vente des chevaux, Les trous dans les étoffes neuves, La pourriture à l'égard des poutres*“ (Art. 865). Der bösgläubige Verkäufer haftet auf Schadensersatz, nicht aber der gutgläubige (Art. 866f). „*L'acheteur doit former la demande en garantie dans le délai de deux décades, à compter de la tradition de la chose. Ce délai expiré, l'action est prescrite*“ (Art. 868). Prozessuale Details zu dieser Klage würden in einem *Code judiciaire* geregelt, Art. 869. Die Minderung wird nicht als Anspruch in Erwägung gezogen, nur die Wandlung, denn selbst der gutgläubige Verkäufer müsse die mangelhafte Sache gegen Rückzahlung des Kaufpreises nur zurücknehmen, Art. 867.

Die Definition des Mangels wurde aus dem zweiten Entwurf beibehalten, aber um Beispiele ergänzt, was dogmatisch einen Rückschritt bedeutet. Dass das Pferd aufgenommen wurde in die Liste der Beispiele, verwundert nicht; wie gesehen, war das kranke Pferd über Jahrhunderte im *Ancien Droit* der Kristallisationspunkt für eine – begrenzte – Diskussion zur Sachmängelgewährleistung. Man kann sich streiten, woher das Beispiel des löchrigen neuen Stoffes herstammt. Zum einen kann es den Regeln des Berufstands der Tuchhändler entnommen worden sein, zum anderen erinnert es an Marc. (Labeo, Trebatius, Julianus) D. 18, 1, 45 zur Frage, inwieweit ein Händler haftet, der alten Stoff für neuen verkauft hat, während der mangelhafte Balken aus Ulp. D. 19, 1, 11, 13 entnommen zu sein scheint. Gleichermaßen finden sich die Beispiele in der Literatur.[352] Damit wird der Viehkauf und der Handel mit beweglichen Sachen angesprochen, die eventuell den Statuten eines Berufsstandes unterlagen; zudem schwingt das Problem der Schadensersatzpflicht des Verkäufers für Mangelfolgeschäden mit, wenn man an den verrotteten Balken zum Hausbau denkt. Immobilien fehlen in dieser Beispielsliste.

[351] Cambacérès Projet 1796 S. 2.
[352] z.B. Donellus T. X S. 1332 und 1334: *vitiosus pannus*, S. 1334: der morsche Balken, der das Haus mangelhaft macht, das bissige Pferd.

Zum ersten Mal wurd eine feste Klagefrist geregelt: Eine Dekade, zehn Tage, ersetzte seit der Einführung des neuen Kalenders unter der Revolution am 5. Oktober 1793 die Woche. Man muss sich allerdings fragen, wieso gerade eine Frist von zwei Dekaden festgesetzt wurde: Die Klagefristen aus dem Römischen Recht sollten nicht gelten. Damit bestätigte Cambacérès die Autoren in der französischen Literatur, die darauf hingewiesen hatten, dass in Frankreich kürzere Fristen galten.[353] Für das Viehrecht hätten zwanzig Tage einen Kompromiss dargestellt zwischen den Fristen von acht oder neun Tagen und denen von dreißig oder vierzig Tagen; keiner *coutume* und keinem *usage* wäre der Vorrang vor den anderen Handelbräuchen im Viehrecht gegeben, da eine solche Frist vor diesem Gesetzentwurf nicht existierte. Für die Waren, die irgendwelchen Statuten unterlagen, Kaufmannswaren wie Stoffe, hatte Cl.J. de Ferrière schon gesagt, sie sollten *au plutôt* erhoben werden.[354] Zwanzig Tage wären eine passende Konkretisierung dieses vagen Begriffes, aber weit von den vier bis sechs Monaten entfernt, die Soulatges als mögliche Fristen erwähnt. Für eine Wandlung von Immobilien wären zwei Dekaden eine sehr kurze Zeit, nicht nur aus heutigem Verständnis, sondern auch angesichts der Literatur, die, wenn überhaupt, zumindest eine Frist von sechs Monaten diskutierte. Nichts lässt aber darauf schließen, dass Cambacérès überhaupt an die Möglichkeit einer Sachmängelgewährleistung bei Immobilien gedacht hatte. Vermutlich hatte die Kommission bei dieser Klagefrist ab Übergabe in dieser Kürze das Viehrecht vor Augen, eventuell auch den Verkauf der Alltagsgüter, auf den die Grundsätze des Viehrechts übertragen worden zu sein scheinen.

Auch diesmal zeigte sich die Nationalversammlung eher zögerlich. Trotz eines wiederholten Versuchs, den Gesetzesentwurf wieder auf die Tagesordnung zu rufen, scheitert auch dieser dritte Entwurf. Im Frühling 1797 wurde Cambacérès nicht wiedergewählt.[355]

3.2 Die Schaffung des Code civil: die Ära Portalis‘

Im November 1799 wurde die Regierung gestürzt, die Ära Napoléon Bonaparte begann. Am 10. November wurden zwei Kommissionen beauftragt, zum einen eine neue Verfassung, zum anderen einen Code civil zu erarbeiten. Ein erster kurzer Entwurf wurde sofort nach Entstehen

[353] z.B. Charondas le Caron Pand. S. 550; Automne T. II S. 207; Basnage T. I S. 96f zu Art. XL.
[354] de Ferrière Nouv. Intro. T. II 'rédhibitoire’ S. 528.
[355] Halpérin Cod. S. 14.

verworfen. Am 12[356]. August 1800 ernannte Bonaparte eine Kommission von vier anerkannten Juristen, zwei aus dem *pays de droit écrit* und zwei aus dem *pays coutumier*, die dem Code civil sein Gesicht gaben.[357] Die sogenannten Väter des Code civil, François Denis Tronchet (1726-1808), Félix Bigot de Préameneu (1747-1825), Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807) und Jacques de Maleville (1741-1824)[358] waren allesamt Juristen und Praktiker, die meisten unter ihnen Anwälte, die natürlich im *Ancien Droit* ausgebildet waren. Tronchet, Vorsitzender der Kommission, vertrat die *coutumes* von Paris und Orleans, [359] Portalis, nach seinem Exil in der Schweiz und Deutschland, brachte naturrechtliche Ideen ein,[360] Maleville vertrat den Süd-Westen Frankreichs und das *droit écrit,*[361] Bigot de Préameneu das westliche *pays coutumier.*[362] Diese Gesetzgebungskommission brauchte ungefähr fünf Monate zur Erarbeitung eines Entwurfs des Code civil.[363] Sie stützte sich dabei auf die unter Cambacérès erbrachten Vorentwürfe.[364] Am 21. Januar 1801 wurde von Portalis der Entwurf vorgestellt, der zuerst dem *Tribunal de cassation,* dann den *tribunaux d'appel,* dem *Conseil d'Etat* und zuletzt dem Tribunat[365] zugeleitet wurde.[366] Art. 7 des Gesetzes vom 30. Ventose des Jahres XII (21. März 1804) schaffte alle vorbestehenden zivilen Gesetze ab: „*A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements cessent d'avoir force générale et particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code."*[367] Gleichzeitig wurde der Code civil durch das Parlament veröffentlicht.[368]

Portalis erweist Cambacérès eine Hommage, da dieser den Code vorbereitet hätte.[369] Hätten seinem Entwurf nicht widrige Umstände entgegengestanden, sei schon zu seiner Zeit ein Code

[356] Bouineau/Roux S. 47: 13. August.
[357] Bart 2002 S. 130.
[358] zur Vita s. Halpérin Cod. S. 17ff.
[359] Bouineau/Roux S. 47.
[360] Bouineau/Roux S. 48.
[361] Bouineau/Roux S. 49.
[362] Bouineau/Roux S. 50.
[363] Sériaux in Portalis Discours S. 2.
[364] Sériaux in Portalis Discours S. 4.
[365] Neben dem *Conseil d'Etat,* dem Senat, dem Parlament war dies die vierte Versammlung, gewählt durch den Senat, mit beratenden Funktionen in der Gesetzgebung. Im Januar 1800 geschaffen, wurde das Tribunat bereits sieben Jahre später wieder aufgelöst.
[366] Die politischen Zusammenhänge, die letztendlich zum Durchbruch eines Code geführt haben, sind interessant und komplex; sie finden sich dargelegt u.a. in Martin S. 172ff und Halpérin Imp. S. 251ff und sollen hier nicht wiedergegeben werden.
[367] abgedruckt in Lebrun S. 291.
[368] Martin S. 193f.
[369] Halpérin Cod. S. 23; Halpérin Eur. S. 50: Die Entwürfe Cambacérès beeinflussten den Entwurf des Code civil, insbesondere die Struktur.

civil zustande gekommen.[370] Ziel des Entwurfs des Code civil sei gewesen, alles zu vereinfachen und doch alles vorausschauend durch einige präzise Texte zu regeln. Aber ein Staat wie Frankreich, *„qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie"*, brauche komplexere Regeln als ein armer Staat.[371] Deswegen könne man nicht alles erfassen, sondern das Gesetz könne durch die *raison naturelle* ergänzt werden,[372] ebenso wie durch einen *„usage ancien, constant et bien établi*".[373] *„Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.*"[374] Der spätere Art. 1135 C.civ. (1804) regelte dementsprechend, dass Rechtsgeschäfte nach *usages* und *équité* auszuführen seien.[375]

Portalis spricht die Teilung des Landes vor der Revolution in *pays de droit écrit* und *pays coutumier* an. Er verteidigt das *droit écrit*: *„La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec tant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent.*" Er vergisst nicht, die Weisheit einiger *coutumes* zu erwähnen. Es habe nicht die Absicht bestanden, mit dem alten Recht zu brechen, es sei denn erfordert *„par le progrès des lumières et la force des circumstances*".[376] Man habe versucht, *coutumes* und *droit écrit* miteinander zu vereinen: *„Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire*[377]*: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas de vices".*[378] In seiner Antwort auf diverse Kritiken am Entwurf zum Code civil entgegnet er in demselben Sinne auf

---

[370] Portalis in Portalis Discours S. XIIIf; s. Liet-Veaux in Portalis Discours S. 9: „*hommage minimal*".
[371] Portalis in Portalis Discours S. XXIV.
[372] Portalis in Portalis Discours S. XXV.
[373] Portalis in Portalis Discours S. XXVI, vgl. S. XXVIII: *„Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité."*
[374] Portalis S. 7, bestätigt S. 76 in seiner Antwort auf Kritiken zum Entwurf des Code civil: *„il faut des lois écrites à un peuple plus avancé que des simples coutumes ne sauraient régir."*
[375] Art. 1135 C.civ. (1804): *„Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."*
[376] Portalis S. 10.
[377] bestätigt im *Examen des observations proposées contre le Projet de Code civil,* Portalis S. 75.
[378] Portalis S. 20.

den Einwand, der Entwurf sei zusammengeflickt aus Römischem Recht, königlichen Verordnungen, *coutumes* und neuen Gesetzen, dass es schlimm wäre, wenn es anders wäre,[379] was er in seinem *Discours de présentation du Code civil* noch einmal bestätigt.[380]
Nur die „*maximes générales du droit*" seien festgehalten worden, die mit der Zeit in der Praxis durch die Rechtskundigen und Richter den gesellschaftlichen Bedürfnissen angepasst werden müssten,[381] denn nur der „*intérêt général de la société"* sei geregelt, nicht die Einzelfälle eines jeden.[382]
Einen großen Teil seiner Rede widmet Portalis dem Familienrecht, etwas weniger dem Zins- und dem Vertragsrecht. „*On gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage: il doit veiller à son intérêt prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile.*" Das Gesetz sei da, gegen Betrügereien zu schützen, aber es befreie nicht davon, seinen Verstand einzusetzen.[383]

Kurz zusammengefasst: Die Kommission wollte *droit écrit* und *coutumes* zusammenfassen; Richter und die Doktrin sollten helfen, mit langen anerkannten *usages* und der Vernunft Lücken zu ergänzen; der Käufer musste in einem gewissen Maße selbst seine Interessen schützen. Das alles findet sich im Art. 1648 C.civ. (1804) wieder: Art. 67 des Vorentwurfs lautete: „*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature du vice rédhibitoire, et l'usage du lieu où a été faite la vente.*" Aus *du vice* wurde *des vices* und die Satzstellung *où a été faite...* wurde umgestellt,[384] die Fassung von 1804 war damit erreicht. Portalis stellte die Endfassung dem Parlament vor. Zur Einleitung der Sachmängelgewährleistung hält er sich kurz und beruhigt die Abgeordneten, dass er keinen Rechtsbruch vollzogen und trotz des Festhaltens an den überkommenen Regeln die Erfordernisse der *équité* erfûllt habe: „*On se convaincra par la seule lecture du projet qu'il ne fait que rappeler des maximes consacrées par la jurisprudence de tous les temps et liées aux principes de l'éternelle équité.*"[385] Am 3. März 1804 präsentierte Faure den Entwurf dem Tribunat. Nachdem er sich zur Eviktion eingelassen hatte, führt er fort: „*Je viens de parler de la garantie relative aux immeubles. Ils s'agit maintenant de celle relative aux autres*

[379] Portalis S. 68.
[380] Portalis S. 95f.
[381] Portalis S. 8.
[382] Portalis S. 14.
[383] Portalis in Portalis Discours S. LII.
[384] Fenet T. 14 S. 12.
[385] Fenet T. 14 S. 122; Locré T. VII S. 75.

objets: elle résulte des vices de la chose vendue."[386] Aufgrund dieser Formulierung wurde in den ersten Jahren nach 1804 die Anwendung der Sachmängelgewährleistung auf Immobilien bezweifelt; wohl zu Recht, denn wenn man diese Aussage mit denen in der Literatur vergleicht, stellt man die gleiche Zurückhaltung hinsichtlich eines sachmangelbehafteten Grundstücks. Zu den Klagefristen ist Faure ausweichend: „*La loi proposée veut que l'action soit intentée dans le plus court délai: elle ne pouvait établir à cet égard un délai commun. L'usage des lieux et la prudence des juges y suppléeront.*"[387] Das gleiche Scheitern stellt er hinsichtlich der Definition eines *vice* fest: „*La loi n'a pas pu donner sur cette garantie qu'une définition générale, à laquelle l'usage seul peut appliquer les espèces.*"[388] Am 6. März, drei Tage darauf, hielt Grenier, Sprecher des Tribunats, eine Rede, um die Annahme des Textes zu begründen: „*Quant à la garantie des défauts de la chose vendue, on y retrouve les mêmes idées de justice et de morale. Quelques personnes regretteront peut-être que le projet de loi ne contienne pas le détail des vices rédhibitoires qui concernent principalement les ventes de certains animaux et de quelques denrées. Mais le législateur a sagement fait de s'interdire à cet égard une disposition générale. Quelquefois la loi, dans son action, doit prendre le caractère de l'administration. Il existe des différences qui tiennent aux localités; et la loi, pour valoir être uniforme, deviendrait souvent injuste. Il faut donc, dans ces cas, que la loi respecte des usages antiques et invariables qui sont eux-mêmes devenus une espèce de loi vivante.*" Deswegen reiche die Formulierung des späteren Art. 1648 C.civ. (1804) in dieser Form aus.[389] Die Aussage, dass hauptsächlich Tiere und einige andere Waren betroffen seien, geht in die gleiche Richtung wie die Rede Faures: Bei Immobilien wurden die Rechtsmängel diskutiert, nicht die Sachmängel. Die Sachmängel selbst spielten nur eine Rolle bei Tieren und einigen Sachen. Denkt man an die Darstellungen in der Literatur und die Inhalte der *coutumes*, ist dies die letzte Konsequenz aus den Vorgaben, die sich in diesen Quellen finden: Die *coutumes* behandeln *certains animaux*, in den *usages* werden einige wenige andere Regeln, z.B. für den Fassbau, überliefert.

Wenn man zwischen den Zeilen der Rede Greniers liest, versteht man, dass die Kommission sich nicht auf eine in ganz Frankreich geltende Frist hatte einigen können und die Sorge darum, wie schon Domat, dem Richter zuschob, der im Einzelfall eine Regel finden sollte, die den örtlichen Handelsbräuchen und den Parteien angemessen war. Lebrun sieht den Grund für die Wahl dieser Formulierung darin, dass das Gewährleistungsrecht keine große Bedeutung

[386] s. Fenet T. 14 S. 199; Locré T. VII S. 96.
[387] Locré T. VII S. 97.
[388] Locré T. VII S. 96.
[389] Locré T. VII S. 112.

gehabt habe.[390] Er hat insofern Recht, als das Gewährleistungsrecht nicht ideologisch aufgeladen war; Handlungsbedarf hinsichtlich einer Rechtsvereinheitlichung bestand aber gerade im Viehrecht. [391] Duvergier drückt dies positiver aus: „*Les rédacteurs du Code civil ont pensé que l'avantage qu'offre l'uniformité dans la législation serait trop chèrement acheté par le sacrifice d'habitudes nées des besoins spéciaux de chaque localité; que peut-être aussi l'introduction d'une règle nouvelle éprouverait une résistance invincible.*"[392] Huzard betont mehr den positiven Aspekt für die Zukunft: „*Mais la nature de la chose vendue, la nature du vice qui donnait lieu à la redhibition, la manière dont le marché s'était conclu, enfin les différences de localités commerciales, étaient autant de causes capables d'apporter des variations dans la durée de ce temps. Il aurait été difficile, par conséquent, que le législateur pût spécifier cette durée de garantie pour tous les objets de vente et pour les circonstances diverses de la vente; et en supposant même que cela lui eût été possible relativement aux objets de commerce déjà en circulation, son travail fût encore resté incomplet, puisque des objets nouveaux se créent tous les jours: il fallait donc qu'il donnât une règle ou principe général*."[393] Der Verweis auf *usages* im Code civil schien ein probates Mittel zu sein, Streitigkeiten beim Entwurf abzukürzen; noch an vielen anderen Stellen im Code civil von 1804 finden sich *usages* erwähnt.[394] Immerhin konnte die Kommission unter Tronchet auf diese Weise den Entwurf in nur wenigen Monaten fertig stellen. Hätte sie das können, wenn sie sich über die veterinären Erkenntnisse und Anforderungen hätten informieren müssen?

Man muss zudem bedenken, dass Handelsbräuche wechselten. Die *usages* waren weniger *antiques et invariables* als Grenier glauben machen will, gerade in einer Zeit, in der die Veterinärkunst große Fortschritte machte und sich dies im Viehrecht auswirkte. Die Liste der wandelbaren Tiere änderte sich, die Klagefristen passten sich den Bedürfnissen des Handels an. Es wäre vielleicht möglich gewesen, die vor 1800 bestehenden *coutumes* und *usages* mit ein wenig Kompromisswillen auf eine feste Klagefrist ab Kauf oder ab Übergabe nationalweit festzulegen; denn die Variation in den Fristen war überschaubar. Aber da die Rechtsprechung sich schon über einige der 'unveränderlichen' *usages* hinweggesetzt hatte, war es ebenso notwendig, dass eine Klagefrist nicht nur die regionalen Unterschiede, sondern auch zukünftige Anforderungen der Gesellschaft an das Gesetz berücksichtigen musste.

---

[390] Lebrun S. 311; daneben wiederholt er im Wesentlichen Portalis: Man habe die lokalen Gewohnheiten nicht stören und allen örtlichen und klimatischen Eigenheiten der Regionen und deren Landwirtschaft gerecht werden wollen.
[391] Huzard S. 58ff.
[392] Duvergier T. I S. 502.
[393] Huzard S. 55.
[394] so in Art. 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1762, 1754, 1759, 1777.

Für die Verfasser des Code civil gab es keinen Grund, römischrechtliche Fristen in Erwägung zu ziehen, da sie anscheinend keinen Anwendungsbereich für sie sahen. Grenier und Faure sprachen für ganz Frankreich vom *bref délai*, und niemand, auch nicht aus dem Süden Frankreichs, hielt dies für bemerkenswert. Es gab zwar auch im *pays de droit écrit* zumindest *usages* im Viehrecht mit Klagefristen, die von der Bezeichnung *bref délai* umfasst werden konnten; insofern passt die Formulierung des späteren Art. 1648 C.civ. (1804) auch auf die stärker durch Römisches Recht geprägten Süden. Hingegen erscheint es unwahrscheinlich, dass sich der Term *bref délai* auf die ädilizischen Klagefristen bezog, da in der Literatur betont wurde, dass im französischen Recht die Fristen *kürzer* seien, mit anderen Worten, die ädilizischen Fristen waren *lang* im Vergleich zu denen aus den *usages, coutumes*. Insofern sind Aussagen, die Art. 1641ff C.civ. hätten rein auf dem Boden des römischen Prinzips gestanden,[395] vorsichtig zu handhaben. Es fällt auf, dass die Regeln, die sonst im Code civil (1804) *usage* erwähnen (Art. 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1754, 1759, 1762, 1777), diesen nicht weiter qualifizieren oder einschränken, es sei denn durch den Verweis auf die Vergleichsgruppe (*usage des lieux, du pays, des propriétaires*). Wenn eine Frist (*délai, congé*) näher durch einen *usage des lieux* bestimmt werden soll (Art. 1759[396], 1762[397]), so ist Art. 1648 Code civil (1804) die einzige Regel, die den *délai* als *bref* qualifiziert und so dem *usage* eine inhaltliche Wertung mitgibt. Das ist ein Anzeichen mehr, dass die Verfasser des Code civil wirklich auf die Kürze abstellen wollten.

Insofern verwundert die Ansicht, im Ausdruck *bref délai* würde sich „*la conception romaine*" widerspiegeln.[398] Es mag sein, dass ausnahmsweise der *usage du lieu* Fristen von sechs Monaten oder länger umfassen konnte, aber ein systematisches Erfassen der ädilizischen Fristen unter *bref délai* ist wohl auf der Basis der Untersuchung der Literatur auszuschließen.[399]

Mit einem Seitenblick auf das deutsche Sachmängelrecht, wie es sich später im BGB von 1900 findet, muss man sich vor Augen führen, dass der Code civil den Viehkauf nicht ausdrücklich regelt, geschweige denn ausklammert, so wie es durch die kaiserliche Verordnung von 1899 im deutschen Recht geschah. Art. 1648 C.civ. (1804) musste damit eine

---

[395] Mugdan T. II Mot. S. 135.

[396] Art. 1759 (1804) „*Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après expiration du bail par écrit, … il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux*."

[397] Art. 1762 (1804) „*S'il a été convenu, dans le contrat de louage, que le bailleur pourrait venir occuper la maison, il est tenu signifier d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux.*"

[398] Castaldo/Levy S. 742 Nr. 500-3.

[399] Es bleibt anderen Arbeiten überlassen, in den einzelnen lokalen Archiven nach Urteilen zu suchen, die den hier insbesondere aus den *coutumes, usages* und der Literatur gewonnenen Eindruck bestätigen oder widerlegen.

Auffangregel bilden mit einem Schwerpunkt im Viehrecht, das bereits im Mittelpunkt des Sachmängelrechts in den *coutumes* stand. Aber einmal inkraftgetreten, war Art. 1648 C.civ. (1804) frei für jede Interpretation, die die Rechtsprechung ihm im Rahmen der Wortbedeutung geben wollte. Der Ausdruck *bref délai* zusammen in der Kombination mit den *usages des lieux* beugt sich fast jeder Interpretation, zumal kein Fristbeginn benannt wurde.
Mit der Anwendung des Art. 1648 C. civ. (1804) verschob sich der Schwerpunkt der Klagefristen vom Viehrecht, das in den *coutumes* und den *usages* und deswegen im ganzen französischen Recht eine führende Rolle eingenommen hatte, zum gemeinen Zivilrecht, in dem nicht nur das Vieh im Mittelpunkt stand. 15 Jahre nach Erlass des Code civil wurde bereits ein *Code rural* andiskutiert; aber erst ab dem Gesetz vom 20.05.1838 war die Rechtsprechung, die Art. 1648 C.civ. auf die alltäglichen Käufe anwenden wollte, ganz vom Viehrecht und seinen 'Nebenfolgen' wie der Beweislastumkehr befreit und konnte sich durch neue oder wiederentdeckte alte Konzepte inspirieren lassen.

4. Kurzer Ausblick auf das französische Recht nach 1804

„ *L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite.*"
Das ist der Text des Art. 1648, mit denen sich nach 1804 die Rechtsprechung und Literatur auseinandersetzen musste. Der Art. 1648 C.civ. (1804) hatte nicht die erwünschte Rechtseinheit gebracht, sondern nur die alten Missstände für alle Augen offensichtlich gemacht.

4.1 Ein Ausblick auf die Rechtsprechung im 19. Jahrhundert

Musste innerhalb der Fristen aus den *usages* und ehemaligen *coutumes* die Klage erhoben oder der Mangel nur festgestellt werden? Galt innerhalb dieser Fristen die Vermutung zugunsten des Käufers, der Mangel habe schon zur Zeit des Kaufs vorgelegen? Konnte wegen eines Sachmangels an einer Immobilie geklagt werden?
Zur Minderung äußern sich die Urteile nicht.

Die Urteilssammlungen aus den ersten Jahren nach 1804 geben selten eine klare Antwort auf diese Fragen. Einige Urteile mit Bezug auf die Sachmängelgewährleistung sprechen die Klagefristen nicht an.[400]

Die Cour d'appel in Besançon entschied am 13.07.1808, dass die Beweislast bei *morve* innerhalb der in der Region der Franche-Comté dafür vorgesehenen 40 Tage zuungunsten des Verkäufers umgekehrt sei. Der Kläger hatte am 38. Tag nach dem Kauf dem Verkäufer eine Aufforderung zukommen lassen, einen Experten zu bestellen.[401] Genau anders hatte die Cour d'appel in Brüssel für Belgien im Geltungsbereich des Code civil am 18.07.1805 entschieden und dem Käufer den Beweis auferlegt.[402]

Duvergier nimmt 1835 ein Urteil Caen 22.11.1826 zum Ausgang seiner Argumentation: Die Frist richte sich danach, wie schwierig der Mangel nach dem Kauf zu entdecken sei. Die *usages* hätten das berücksichtigt und seien deswegen gute Regeln.[403] Pardessus führt ein ähnliches Urteil zu den Fristen zwischen Kaufleuten an;[404] denn mangels einer Sonderregel für Kaufleute war der Code civil für sie das allgemein gültige Recht.[405] Allerdings merkt schon Portalis in seinem *Discours préliminaire sur le Projet de Code civil* an, dass im Handelsrecht nicht immer die gleichen Regeln gelten könnten wie im Zivilrecht, da der gute Glaube dort etwas anderes verlange.[406]

Die weitere Rechtsprechung wandelte auf dem Grad zwischen einem offensichtlichen Mangel und einer Klageverfristung. Je einfacher der Mangel erkennbar war, desto kürzer war die Frist, „*selon la nature des vices*" (Art. 1648 C.civ. (1804)), zumindest zwischen Kaufleuten.[407] Als Prinzipien wurden daraus herausgearbeitet, wie auch später im deutschen Handelsrecht, dass der Kaufmann die Waren bei Kauf oder bei Übergabe prüfen und leicht erkennbare Mängel sofort anzeigen musste, um seine Ansprüche nicht zu verlieren.

---

[400] CA Metz 19.04.1823 in Journal du Palais 1824 T. II, S. 543ff: Der Käufer führte an, das Pferd sei schwach in den Beinen; der Verkäufer wandte ein, dass das nicht in der *Coutume de Metz* als Wandlungsgrund vorgesehen sei, außerdem sei die *Coutume* nur zuständig bei Fragen des *délai*, nicht bei der Bestimmung von wandlungsfähigen Krankheiten; dennoch ordnete das *Tribunal de commerce* eine Expertise an; die entscheidende Frage vor der Cour d'appel war die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, die verneint wurde, nicht aber mögliche Fristen; CA Rouen 11.12.1806 (Sachverhalt von vor Geltung des Code civil): im Handelsrecht wird nach den lokalen Handelssitten entschieden, ansonsten gelte das gemeine Zivilrecht: hier stand allerdings nicht direkt die Frist in Frage, sondern die Prüfungspflicht beim Kauf von Stoffrollen.

[401] Journal du Palais T. IX S. 413ff.

[402] Journal du Palais T. VI S. 320ff.

[403] Duvergier T. I S. 492, 503.

[404] Pardessus T. I S. 361 Nr. 284: Bei versteckten Mängeln, die sich erst später manifestierten, wie Pardessus bei einigen Tierkrankheiten meint, oder die gemäß einem Urteil Rouen 13.12.1806 erst später festgestellt werden konnten, da die Prüfung handelsüblich nach dem Kauf erfolgte, habe das gemeine Zivilrecht gegolten.

[405] vgl. Cour de Rouen 11.12.1806, abgedr. in Dalloz Jpdc générale du Royaume T. 12 S. 888 'vente et échange'.

[406] Portalis S. 52f: als Beispiele nennt er die Läsion, Pfand etc.

[407] Dalloz Rép. T. 44, 1 S. 81 Nr. 166: Bourges 24.12.1830; Bordeaux 17.03.1826; Bourges 27.08.1819.

Die *Cour de cassation* ließ 1830 zur Fristwahrung die Benachrichtigung des Verkäufers innerhalb der Frist durch einfachen Brief zu.[408]

Die *Cour royale* in Bourges entschied am 12.3.1831, dass es ausreiche, den Mangel innerhalb der kurzen Frist offiziell feststellen und das Ergebnis den Verkäufer wissen zu lassen und Klage anschließend zu erheben, sofern das so von den lokalen Sitten vorgesehen sei.[409]

Die *Cour royale de Paris* urteilte am 22.2.1839 in einer Streitigkeit zwischen professionellen Pferdehändlern wegen lungenkranker Pferde (*pousse*), dass die Sachverständigenexpertise acht Tage nach Kauf zur Fristwahrung reiche; die Klage selbst war 21 Tage nach dem Kauf erhoben worden.[410] Die *Cour de cassation* teilte diese Ansicht nicht: Am 10.07.1839 entschied sie im Falle eines lungenkranken Pferdes (*pousse*), das vor Inkrafttreten des Gesetzes von 1838 zum Viehkauf verkauft worden war, dass es nicht zur Klagesicherung reiche, innerhalb der neun Tage die Krankheit vor einem Friedensrichter feststellen zu lassen.[411]

1830 wurde aufgrund der Beobachtungen zur Rechtsprechung ein Grund für die Einführung des *bref délai* darin gesehen, dass ansonsten ein Beweis des Mangels zur Zeit des Kaufvertrages zu schwierig sei; bei einer Klage innerhalb der kurzen Frist werde die widerlegbare Vermutung zugunsten des Käufers angestellt, der Mangel habe schon zur Zeit des Kaufschlusses vorgelegen.[412]

Im Urteilstext (Bordeaux 19.11.1850) zum Wandlungsbegehren hinsichtlich einer Notarskanzlei, *l'office,* wird diese Überlegung bestätigt: „*...il ressort évidemment de la nature même de l'action qu'elle doit se rapprocher de l'époque où la vente a été consentie; que s'il en était autrement, il deviendrait impossible de s'assurer si le vice caché … existait au moment de la vente, et si la dépréciation qu'a pu subir l'office provient du vice signalé ou de toute autre cause…*".[413] Diese Rechtsprechung wurde bestätigt; der Richter sollte ermessen, inwieweit das Zögern des Käufers, Klage zu erheben, die Beweisführung unmöglich gemacht habe.[414]

Bei Immobilien entschied die Cour d'appel de Montpellier am 23.02.1807, dass die Frist mangels anderer *usages* in der Region mit der Hilfe des *ancien droit* zu bestimmen sei:

---

[408] C.cass. 05.08.1830, besprochen in Troplong T. II S. 69.
[409] C.cass. 23.03.1840 Journal du Palais 1840 T. I S. 450f; dagegen Troplong T. II Rdnr. 589.
[410] Journal du Palais 1839 T. I S. 297f.
[411] Journal du Palais 1839 T. II S. 402ff.
[412] Dalloz Jpdc générale du Royaume T. 12 'vente et échange' S. 890f Nr. 91, 102.
[413] Bordeaux 19.11.1850: Journal du Palais 1852 T. II S. 230 ff.
[414] Mouret S. 221 m.w.N. zu Urteilen aus dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts.

„…qu'il n'existe d'ailleurs, dans le lieu où la vente a été faite, aucun usage relatif à cette action; que dès-lors on ne saurait prendre d'autre guide, pour fixer la valeur et l'effet que doivent produire les mots dans un bref délai, *que le droit ancien, d'après lequel cette action devait être intentée dans le délai de six mois utiles, à partir du jour du contrat…".* Das Gericht griff unter Nennung der Digesten 21, 1 auf das Römische Recht in der Form des *Ancien Droit* zurück. Es folgte Ulpians *„ex die venditionis"*, das es etwas verfremdet mit *„a die contractus"* wiedergab. Daran hielt es auch fest trotz des Einwands des Klägers, laut Vertrag sei die Übergabe erst 10 Monate nach Vertragsschluss erfolgt. Der Kläger habe eine Möglichkeit ergreifen können, das Haus zu inspizieren, zumal der Mangel kurz nach dem Kauf sichtbar wurde. Deswegen sei der Kläger nicht mit den Personen gleichzusetzen, die in der freien Ausübung ihrer Klagerechte gehindert würden und gegen die die Frist nicht laufe. Wie man sieht, hat das Gericht in Kenntnis des Römischen Rechts beachtet, dass ein *tempus utile* mit der *potestas experiundi* verbunden ist. Sicher ist, dass die Richter in ihrer Argumentation Kennen und Kennmüsses des Käufers vom Mangel gleichsetzen. Es ist nicht ganz eindeutig, ob sie sich für Pap. D. 21, 1, 55 aussprachen, denn sie mussten sich nicht entscheiden, da eine Frist von sechs Monaten seit dem Zeitpunkt des Kennenmüssens schon abgelaufen war; es ist möglich, dass sie nur alle Möglichkeiten der Klageverjährung abdecken wollten.

Duranton nimmt dies Urteil als Beleg, dass eine Wandlung bei Immobilien ausgeschlossen sei, zumal der Käufer die Immobilie in der Regel besichtige und deswegen nicht getäuscht werden könne und durch Vertrag besondere Haftungsklauseln vorgesehen seien.[415] Andere Stimmen in der Literatur sind allerdings dafür, dass auch Grundstücke gewandelt werden konnten.[416] Die Cour schrieb selbst in diesem Urteil vom 23.02.1807, man ist versucht zu sagen, fast zufrieden, der Code civil *„ne laisse plus aucun doute sur le point, savoir: si l'action pour vices rédhibitoire a lieu pour vente d'immeubles comme pour celles relatives à des choses purement mobilières*".[417] Anders gesagt bedeutet dies: Zuvor hatte es Zweifel über die Anwendbarkeit der Wandlungsklage auf Immobilien gegeben.

Auch andere Gerichte griffen auf Römisches Recht zurück, nicht ohne sich Ermessensspielraum zuzugestehen:

[415] Duranton T. 16 S. 348 Nr. 317.
[416] Gin T. IV S. 70f.
[417] Dalloz Jpdc générale du Royaume T. XII S. 888f Anm.

Ein Gericht in Lyon entschied in erster Instanz, bestätigt in seiner Argumentation durch die Cour d'appel Lyon am 05.08.1824 im Fall eines Hauses mit morschen Balken, dass die Frist nicht durch irgendwelche *usages* geregelt werde und deshalb gelte: „*elle est abandonnée à la sagesse et à la prudence des magistrats*". Die Käuferin habe gewisse Zeit zur Untersuchung benötigt und habe noch vor Ablauf von sechs Monaten ab dem notariellen Vertrag die Klage erhoben, es sei also offensichtlich, „*que cette action a été exercée en temps utile*".[418] Damit ging das Gericht auf den Einwand des Beklagten ein, der vorgetragen hatte, in Lyon, *pays de droit écrit*, sei mangels eines speziellen *usage* das *droit romain* als *usage* heranzuziehen, d.h. die Frist gemäß Ulp. D. 21, 1, 19, 6 sechs Monate ab Verkauf. Das Gericht besagte also, dass prinzipiell es im Ermessen des Richters stand, die Klagefrist zu bestimmen und dass, selbst wenn Römisches Recht herangezogen würde, die Klage nicht verfristet sei. Allerdings hatte der Beklagte eingewandt, dass die Frist nicht ab dem Notarsvertrag laufe, sondern ab einem privaten Vertrag zwei Monate zuvor, vom 7. Juli 1823. Bis zur Klage am 5. März 1824 seien damit mehr als sechs Monate vergangen, nämlich fast acht Monate. Um diesem Argument zu begegnen, änderte das Gericht seine Strategie: Es ließ dahingestellt, ob ein solcher Vorvertrag existiert habe, denn „*il n'y aurait pas lieu pour cela, de repousser l'action, comme tardivement exercée, parce que, rigoureusement, le délai pour son exercise ne peut être fixé qu'à dater du moment où les vices de la maison vendue ont commencé à être signalés et connus… et que six mois ne se sont pas écoulés depuis cet avertissement jusqu'à la demande.*"[419] Damit hatte das Gericht anerkannt, dass der *usage* nach dem Römischen Recht bestimmt wurde, dass aus ihm die Dauer der Klagefrist entnommen wurde und dass der Fristbeginn ab Kenntnis vom Mangel lief. Allerdings wurde das alles relativiert durch das Richterermessen, das über allen Fristen schwebte, denn ansonsten hätte das Gericht nicht prüfen müssen, ob die Zeit für eine Untersuchung der Sache zwischen Kaufvertrag und Klageerhebung angemessen gewesen sei. Im Endeffekt argumentierte das Gericht zweigleisig, zum einen hinsichtlich der Frist vom Kaufvertrag bis zur Klageerhebung, zum andern von der Kenntnis bis zur Klageerhebung, um zumindest einen Weg frei zur Zulässigkeit der Klage zu haben. Ihre Argumentation ist nur dadurch erklärlich, dass sie der Klägerin zu einem Anspruch verhelfen wollten.

Die *Cour de cassation* (Req.) bestätigte am 16.11.1853, dass bei Immobilien die Frist ab Kenntnis laufe, gemäß Art. 1304 C.civ.(1804), und nicht ab dem Kauf. Die Länge der Frist sei

[418] Journal du Palais 1825 T. II S. 74ff (79); vgl.Cour royale Bourges 18.11.1843, ebd. 1844 T. II S. 229: bezieht sich u.a. auf das vorgenannte Urteil, nennt aber selbst keine Fristen (hier: fin de non-recevoir).
[419] Journal du Palais 1825 T. II S. 74ff (79).

souverän durch die Gerichte zu bestimmen.[420] Art. 1304 C.civ. (1804) regelte für die Fälle von Gewalt, Täuschung und Irrtum, dass eine Frist für die Vertragsauflösung ab Wegfall der Gewalt oder Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung laufe.[421] Warum die Richter Art. 1304 C. civ. (1804) herangezogen hatten, wurde mit Parallelen der Vertragsauflösung und des Irrtums im weitesten Sinne über die Qualität begründet: *„...attendu que le cas prévu par l'art. 1641 doit être assimilé à l'erreur où a été l'acquéreur de la chose vendue par rapport aux vices cachés de cette chose, et qu'ainsi ce n'est pas du jour de la vente que l'action court pour la restitution du prix, mais du jour seulement de la révélation des vices cachés.*"[422] Eine Anmerkung zu diesem Urteil macht eines klar: Rechtsprechung und Doktrin gingen getrennte Wege: „*Sous le Code Nap., les commentateurs, tout en expliquant que la* durée *du délai est maintenant abandonnée à l'appréciation du juge, reconnaissent que son point de départ reste toujours fixé par la loi au jour de la vente.*"[423]

Die Berufungsgerichtshöfe in Lyon und Bordeaux hingegen hatten sich in anderen Fällen drei Jahre zuvor noch gegen eine Anwendung des Art. 1304 C.civ.(1804) ausgesprochen, da weder Täuschung, noch Irrtum vorgelegen habe.[424] Die Begründung der *Cour de cassation* über den Umweg des Irrtums war damit etwas ungewöhnlich, zumal nur die Parallele zum Fristbeginn daraus entnommen wurde. Es hätte näher gelegen, auf Pap. D. 21, 1, 55 zu verweisen. Allerdings war den Richtern dieser Weg versperrt, da offiziell das Römische Recht nicht mehr in Frankreich galt und stattdessen der Code civil herangezogen werden sollte.

Diese Rechtsprechung wurde in den folgenden Jahren bestätigt.[425] Ein Urteil der Cour de cassation vom 12.11.1884 stellte klar, dass die Richter in ihrem Ermessen souverän seien, sowohl, was die Dauer, als auch den Beginn der Frist am Tag des Kaufes, der Übergabe oder der Kenntnis angehe.[426]

Wie gesehen war der Einfluss der *usages* und *coutumes* auf die Bereiche, die nicht den Viehkauf betrafen, gering. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zum Viehkauf vom 20. Mai 1838 musste die Rechtsprechung den Großteil der *usages* und *coutumes* zum Viehkauf nicht mehr berücksichtigen, sondern konnte auf die in diesem Gesetz geregelten Klagefristen

---

[420] Journal du Palais 1854 T. I, S. 323ff.
[421] Art. 1304 (1804) Abs. II: „Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découvert…".
[422] Journal du Palais 1854 T. I, S. 323ff; vgl. schon die alte *Coutume* und *Coutume* der Bretagne, die einen Satz zur *redhibitoria* an den Abschnitt zur *rescision* anschließen; vgl. auch Furetière Dict. T. III 'redhibition', der die Fälle der *rescision* unter die *redhibition* mischt.
[423] Anm. zu Journal du Palais 1854 T. I S. 323ff.
[424] Lyon 24.7.1850; Bordeaux 19.11.1850: Journal du Palais 1852 T. II S. 230 ff: zum Verkauf von Notarskanzleien.
[425] Dalloz Suppl. (1890) S. 477: Paris 16.02.1876; Paris 24.02.1882.
[426] Dalloz Suppl. (1890) S. 478; s. Mouret S. 225 m.w.N.

zurückgreifen. Es bestand also kein Hindernis für die Rechtsprechung, frei an dem Wortlaut des Art. 1648 C.civ. (1804) und dem Begriff *bref délai* ihre Argumentation festzumachen.
Wie man sich erinnert, hatte Portalis anerkannt, dass die Richter Regelungslücken durch angemessene und durch das Gesetz inspirierte Lösungen füllen konnten,[427] was auf eine mittelalterliche Rechtsprechungstradition zurückging. Jacques Balduin überließ es dem Ermessen des Richters, darüber zu entscheiden, ab wie vielen Anwendungen ein Brauch als *coutume* angesehen werden solle; de Révigny gestand dem Richter zu, einen mindestens zehn Jahre alten Brauch nach eigenständiger Wertung anderer Kriterien der Entstehung als *coutume* anzuwenden.[428]

4.2 Ein Ausblick auf die Literatur des 19. Jahrhunderts

Die Literatur brauchte ein paar Jahre, um die Auslegungsmöglichkeiten des Art. 1648 C.civ. in ihrer ganzen Bandbreite zu begreifen. Wenn Beispiele genannt wurden, dann hauptsächlich das kranke Pferd, das schon in den *usages* und *coutumes* die Hauptrolle spielte, und Beispiele aus den Digesten und dem Codex.[429]
Gin wusste 1804 nicht recht, mit dem neuen Artikel 1648 C.civ. (1804) umzugehen. Wohl auf der Suche nach einem *bref délai* im Corpus Iuris Civilis schien ihm nur D. 21, 1, 31, 22 einigermaßen als Begründung zu passen, obwohl diese Stelle lediglich von der Klausel des Nichtgefallens der Kaufsache redet, derenthalben der Käufer binnen 60 Tagen den Kauf auflösen könne. Die 60 Tage *utiles* definiert er als „*c'est-à-dire, sans comprendre ni le jour de la vente, ni celui auquel la rédhibition est exercée*".[430] Damit lässt er es bewenden.
J. de Malleville kann mit Art. 1648 C.civ. (1804) in seinem Kommentar zum Code civil ebenfalls nicht viel anfangen.[431] Er hält allgemein fest, dass nach Ulp. D. 21, 1, 19, 6 im Römischen Recht sechs Monate für die Wandlungs- und ein Jahr für die Minderungsklage

[427] Portalis S. 108.
[428] Waelkens in La Coutume II S. 31 (36).
[429] Dalloz Jpdc générale du Royaume T. 12 'vente et échange' Nr. 84ff S. 889: pousse, morve, courbature, der verrottete Balken, undichtes Fass, fadenscheinige Stoffe, giftige Gase und Pflanzen auf einem Grundstück; Delvincourt 1824 III NE S. 151f zitiert kein Bsp. aus dem Römischen Recht, aber stützt seine Argumente u.a. auf D. 19, 1; 21, 1. Das Pferd und der defekte Stützbalken als Bsp. taucht auf z.B. bei der Nichterfüllung, T. II NE S. 532 Anm. 4.
[430] Gin T. IV S. 86.
[431] Erste Auflage erschien in Paris 1805, 1809 übersetzt ins Deutsche.

gegolten hätten. Desweiteren trägt er ein paar *usages* und *coutumes* zusammen, soweit sie in der Literatur bei Pothier, Basnage, Coquille und Brodeau erwähnt waren.[432]

Toullier[433] spricht 1819 von *usages constans*, die berücksichtigt werden sollen; fehlen diese, solle die Rechtsprechung darauf achten, dass die Klage in einem *bref délai* erhoben werde, wobei er den *bref délai* mit der Kürze der Fristen der *usages* vergleicht.[434] Duranton zitiert 1844 in seinem *Cours de droit français* den Gesetzestext aus Art. 1648 C.civ.[435]

Delvincourt (1813, 1824) setzt die Kenntnis des professionellen Verkäufers vom Mangel mit dem Kennenmüssen gleich, *„s'il devoit les connoître à raison de son art ou sa profession;...ou s'il avoit un motif probable de soupçonner le vice, putà, s'il savoit que l'animal vendu venoit d'un lieu infecté d'une maladie contagieuse".*[436] Das ist die Fortsetzung der Idee, dass ein Handwerker oder ein Kaufmann seine Ware wie in den berufseigenen Statuten vorgesehen liefern und ansonsten wandeln musste.[437] Zur Frist des Art. 1648 Code civil konstatierte er lediglich, was sich auch im Gesetzestext findet, dass die *usages locaux* nicht abgeschafft worden seien. Hinsichtlich der Beweisführung, ob der Mangel schon zur Zeit des Kaufvertrags bestanden habe, ordnet er dem *bref délai* nach Klageerhebung eine zweite Funktion zu: *„S'il s'agit de vices à l'égard desquels la loi, ou l'usage, ait fixé un délai court, par cela seul que l'action a été intentée dans le délai, il y a présomption légale que le vice existoit lors de la vente."* Allerdings bleibe ein Gegenbeweis möglich. Ohne einen solchen *délai fixé et déterminé* gäbe es keine Vermutung und der Beweis obliege ganz beim Käufer.[438]

Duvergier folgt 1835 der Tendenz in der Rechtsprechung: Der Richter habe zu prüfen, wann ein Mangel sich zeigen würde, also ab wann der Käufer den Mangel hätte kennen müssen, nicht unbedingt, ab wann er der Mangel wirklich gekannt habe, um von diesem Zeitpunkt an

---

[432] de Malleville zu Art. 1648.
[433] Halpérin gibt mehr Auskunft über die Hintergründe einiger Juristen, die nach 1804 den Code civil kommentiert haben: Halpérin S. 58ff zu Toullier, Proudhon, Troplong, Aubry und Rau, Demolombe, Marcadé u.a.
[434] Toullier T. 15 Nr. 327.
[435] Duranton T. VI S. 33.
[436] Delvincourt 1824 III NE S. 152 Anm. 6; Delvincourt 1813 II S. 537 Anm. 6; vgl. Delvincourt 1824 III S. 76; Delvincourt 1813 I S. 156: Hingegen die Anforderungen an die Kenntnis des Käufers hinsichtlich des vice apparent setzt er niedrig an: „tellement apparens, qu'il ait dû les apercevoir facilement".
[437] Delvincourt 1824 III S. 76; Delvincourt 1813 I S. 156: Hingegen die Anforderungen an die Kenntnis des Käufers hinsichtlich des vice apparent setzt er niedrig an: „tellement apparens, qu'il ait dû les apercevoir facilement".
[438] Delvincourt 1824 III S. 76, NE S.152; Delvincourt 1813 II enthält keine entsprechende Ausführung.

einen *bref délai* zur Klageerhebung zu berechnen. Dementsprechend sei die Konstatation des Mangels vom Käufer innerhalb der Fristen zu verlangen, nicht unbedingt die Klage.[439]

Aubry und Rau, die den Kommentar zum Code civil Zachariä von Lingenthals übersetzt und ergänzt haben,[440] bestätigen 1850, dass beide Klagen sowohl auf Mobilien als auch Immobilien anzuwenden seien,[441] anders als im deutschen Vorbild. Im Handbuch zum französischen Civilrecht, begründet durch Zachariä von Lingenthal, von 1853 wird nur in einer Fußnote erwähnt, dass beide Klagen sowohl auf bewegliche als auch unbewegliche Sachen anwendbar seien.[442] Im Text selbst hielt man es für das Verständnis nicht vonnöten, gesondert darauf hinzuweisen. Was Aubry und Rau zu den Klagefristen schreiben, ist im Wesentlichen eine Übersetzung der deutschen Vorlage mit einer Ergänzung hinsichtlich des Viehkaufs: Die Mängel, die sich innerhalb der Fristen zeigen würden, die für die Ausübung des Rechtsbehelfs vorgesehen seien, würden als schon zur Zeit des Kaufs vorliegend gelten. Sie vertreten, dass Art. 1648 C.civ. (1804) sich nur auf die Fristen in den *usages* bezieht, nicht aber auf den Mangelkatalog, den die diversen *usages* und *coutumes* im Viehrecht aufstellten; der Richter durfte also ihrer Meinung nach bis zur Einführung des Gesetzes vom 20. Mai 1838 zum Viehkauf frei entscheiden, was ein Mangel darstelle.[443] „*A défaut d'usage constant, elles* [actions] *doivent être formées dans un court délai, qu'il appartient aux tribunaux de déterminer, d'après la nature des vices et le temps nécessaire pour qu'ils puissent se manifester.*" Wenn ein *usage* nicht verlange, dass in der durch ihn geregelten Frist die Klage erheben werde, reiche es, dass der Mangel innerhalb dieser Zeit festgestellt werde. Die Fristen würden ab dem Tag des Kaufs laufen, wenn der *usage* nichts anderes bestimme.[444] Die deutsche Ausgabe Zachariä von Lingenthals fasst sich zu Art. 1648 C.civ. (1804) kürzer: „Die Dauer derselben richtet sich nach dem Ortsgebrauche. In subsidium ist sie von dem Richter, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der einzelnen Fehler, (ob sie früher oder später an den Tag kommen?) zu bestimmen."[445] In der achten Auflage von 1894 wird daraus: „Die Frist läuft von dem Tage des abgeschlossenen Kaufs bezw. von dem Zeitpunkte, an welchem der Fehler bei ordnungsmässigem Geschäftsgange dem Käufer erkennbar war. Die Dauer

---

[439] Duvergier T. I S. 508: „*C'est donc plutôt la constatation du vice que l'exercice de l'action qu'on exige avant l'échéance du terme."*

[440] Wie sie selbst im Vorwort schreiben, Aubry/Rau T. II S. 4 Anm. 1, war aus Zeitgründen das Kapitel zum Kauf nach der Überarbeitung durch sie nicht Zachariä von Lingenthal zur Nachkorrektur vorgelegt worden; sie würden deswegen die alleinige Verantwortung für die Ergänzungen tragen.

[441] Aubry/Rau T. II S. 464.

[442] Zachariä v. Lingenthal (1853) T. II S. 387 Anm. 33; identisch mit der Auflage von 1875, T. II S.478 Anm. 33; identisch mit der Auflage von 1894, T. II S.490 Anm. 33.

[443] Aubry/Rau T. II S. 464f.

[444] Aubry/Rau T. II S. 465f.

[445] Zachariä v. Lingenthal (1853) T. II S. 389; identisch mit der Auflage von 1875, T. II S. 481.

derselben richtet sich vornehmlich nach dem Ortsgebrauche. In subsidium ist sie von dem Richter, mit Rücksicht auf die Umstände des Falles (z.B. die Beschaffenheit der einzelnen Fehler und des Kaufobjekts) zu bestimmen.“ Eine Anmerkung verrät, dass es in der französischen Literatur nicht weniger als fünf Meinungen gäbe, wann die Frist beginne (ab Kauf, ab dem Tag der vereinbarten Lieferung, ab der tatsächlichen Lieferung, ab dem Entdecken des Mangels, ab einem Zeitpunkt im freien Ermessen des Gerichts).[446] In der Literatur zur Rechtsgeschichte und zum Römischen Recht findet sich eine Tendenz, eine Laufzeit der Klagefristen ab Kennenmüssen des Käufers vom Mangel zu bevorzugen.[447] Die Rechtsprechung scheint nicht ohne Einfluss auf die Literatur gewesen zu sein, sonst hätte sich vermutlich dieser subjektive Fristbeginn nicht so schnell in der Literatur etablieren können.

Neben dem Viehrecht entwickelte sich eine eigene ausgefeilte Rechtsprechung zum allgemeinen Gewährleistungsrecht. Die Kommentare zur *rédhibition* in den einschlägigen Werken der Praxis nahmen mehr und mehr Platz ein, d.h. das Interesse war mehr und mehr auf diesen Teil des Rechts und des alltäglichen Lebens gelenkt als im *Ancien Droit*. In Dalloz' *Répertoire …de legislation, de doctrine et de jurisprudence* finden sich 80 Seiten allein zum Stichwort *vice rédhibitoire*. Natürlich lässt sich der Schluss nicht allein aus der Quantität der Abhandlung ziehen, denn ein ausführliches Werk wie Dalloz in mehr als 40 Bänden[448] lässt sich nicht vergleichen mit den dazu relativ kurzen Abhandlungen des französischen Rechts in zwei oder drei Bänden zum *Ancien Droit*. Die Doktrin behandelte auch die Minderungsklage um ein geringes eingehender als noch zur Zeit des *Ancien Droit.*[449] Je genauer der Gesetzestext zur Wandlung und Minderung durch die Rechtsprechung und Doktrin eingegrenzt wurde, desto härter fiel das Urteil hinsichtlich der Verhältnisse im *Ancien Droit* aus. In der Regel wurde angemerkt, wie verworren die Rechtslage vor dem Code civil war: „*Il*

[446] Zachariä v. Lingenthal (1894) T. II S. 493f und Anm. 41; einige Beispiele seien angeführt: Troplong T. II Nr. 587 bespricht kurz Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. 21, 1, 55 und Cujaz' Ansicht, spricht sich für Ulpian aus (Fristbeginn ab Kauf) aufgrund der Rechtssicherheit, zumal die *coutumes* beim Pferdekauf dies genauso sahen. Bei späterer Übergabe ab dem Tag der Übergabe, wie in einigen *coutumes* bereits geregelt; Duvergier T. I S. 504f spricht sich für einen Beginn wie in den *usages* geregelt aus; andernfalls ab Kauf, nicht aber ab Übergabe, da ab Kauf das Risiko übergehe; Marcadé T. 6 S. 286 Nr. II zu Art. 1648 beschränkt sich darauf, in einer Fußnote ein Urteil anzugeben, Req. 16.11.1853, das Fristbeginn ab Kenntnis annimmt, und Gegenansichten anzuführen, ohne eigene Stellungnahme.

[447] May S. 352 (1922) für eine Laufzeit der Fristen ab Kenntnis oder Kennenmüssen des Käufers; Maynz (1877) T. II S. 228 Anm. 27: Maynz beschreibt das Römische Recht vor dem Hintergrund des belgischen Rechts, das wiederum durch den Code civil geprägt war: Regelmäßig fange die Frist mit dem Kauf an, es sei denn, der Mangel sei solcher Art, dass er nicht hätte sofort entdeckt werden können.

[448] 44 Bände eingeteilt in 47 Bände (44 tom. in 47 vol.).

[449] z.B. Duvergier T. I S. 498ff, 515; Duranton T. 16 S. 358 Nr. 328: nur ein Paragraph zur Frage, ob die Wandlung die Minderung ausschließt.

y avait un délai différent pour les ventes d'immeubles et les ventes de meubles, puis un autre encore pour les ventes d'animaux…".[450]

4.3 Das Gesetz vom 20. Mai 1838 zum Viehkauf

Nachdem Huzard seitenweise die Missstände der alten *coutumes* und *usages* beschrieben hatte[451], stellte er fest, dass prinzipiell Art. 1648 C.civ. (1804) nichts daran ändere, und drückte die Hoffnung aus, diese durch eine Interpretation des Artikels durch die Richter zu korrigieren.[452] Denn da die Tierkrankheiten im ganzen Land identisch seien, müssen auch die Klagefristen einheitlich sein.[453] Insofern bestand für das Tierrecht die Notwendigkeit der Rechtsvereinheitlichung. Allerdings kam diese nicht mit dem Code civil, sondern mehr als dreißig Jahre später, 1838. Die Arbeiten zum Gesetz zum Viehkauf vom 20. Mai 1838 hatten bereits 1834 angefangen, da die Rechtslage im Bereich des Viehrechts trotz oder gerade wegen des Code civil und seines Verweises auf die *usages* nicht klarer geworden war. Mit dem Code civil wurde der Unmut über nicht mehr zeitgemäße Regeln im Viehkauf nicht zum Schweigen gebracht; im Gegenteil: Art. 1648 C. civ. (1804) wurde der Kristallisationspunkt für die Kritik im Tierkaufrecht. „*Le Code civil a établi des règles générales de garantie, mais par cela qu'elles s'étendent à tous les objets qui sont dans le commerce des hommes, elles semblent moins particulières à aucun; elles semblent d'autant moins applicables aux ventes d'animaux domestiques, que l'art. 1648 porte, que l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée,* suivant la nature de ces vices, et l'usages des lieux où a été faite la vente; *de sorte que cette disposition paraît avoir conservé toute l'ancienne législation existante sur cette matière.*"[454] Noch im *Projet du Code rural et forestier* von 1819 wurde beklagt, dass beim Viehkauf der Käufer dem Händler ausgeliefert sei. Täglich kämen Betrügereien dabei vor, denen gegenüber selbst ein erfahrener Käufer nicht gewachsen sei, gerade beim Pferdekauf. Auf dem Viehmarkt ständen die Tiere eng an eng in dunklen Ställen; ein Vorführen sei kurz im allgemeinen Gedränge. Einige Krankheiten können vor dem Käufer verborgen werden. Während der Käufer sein Geld und vielleicht die Gesundheit seiner

[450] Dalloz Rép. T. 44, 1, 'vices rédhibitoires' Nr. 12 (von 1863).
[451] Huzard S. 23 ff: z.B. die Probleme, dass ein in einer Region gekauftes Pferd in einer anderen Region als krank und wandelbar galt; dass Zwischenhändler in einer Region noch der Haftung ausgesetzt waren, während sie selbst keinen Rückgriff mehr nehmen konnten; dass die Fristen nicht mehr den wissenschaftlichen Erkenntnissen gerecht wurden.
[452] Huzard S. 58ff.
[453] Chabert/Flandrin/Huzard T. I S. 109.
[454] Ardant S. 215.

anderen Tiere durch das Einschleppen einer Krankheit riskiere, könne der Verkäufer ohne entsprechendes Gesetz nach dem Markt ruhig das Geld einstreichen.[455] Es missfiel ebenfalls, dass ein Zwischenhändler, wie schon zuvor, ein Tier in einer Region, in der 40 Tage Garantiefrist galten, kaufte und in einer anderen Region unter einer Garantiefrist von 8 oder 9 Tagen verkaufte, ohne selbst ein Risiko einzugehen.[456]

Vorbereitet wurde das Gesetz von 1838 durch die Literatur, die versuchte, einen Überblick über die gebräuchlichen *usages* zu schaffen. Bereits erwähnt wurde die Synopse Jean- Baptist Gohiers, Leiter der Veterinärschule in Lyon.[457] Legat veröffentlichte 1828 ein Handbuch für Kaufleute zum Kauf von Pferden und anderen Tieren.[458] J.B. Huzard jun. brachte mehrere Auflagen seines Werkes über die Wandlungsgründe bei Haustieren vor 1838 heraus, neben anderen veterinären Abhandlungen, wobei die familieneigene Druckerei der Frequenz seiner Veröffentlichungen wohl dienlich war.

Das Gesetz vom 20. Mai 1838 zur Gewährleistung beim Haustierkauf greift die französischen *coutumes* und die französischen *usages* wieder auf.[459] Das Gesetz regelt für Pferde, Esel, Maultiere, Rinder u.a. für welche Krankheiten gewandelt, nicht gemindert (Art. 1 Nr. 2), werden kann. Es finden sich neben anderen Krankheiten für Pferde *morve, pousse, courbature* wieder, für die innerhalb von neun Tagen die *action rédhibitoire* erhoben werden muss (Art. 1 Nr. 3), mit einer Verlängerung, falls das Tier geliefert oder an einen anderen Ort als den Verkaufsort gebracht wurde (Nr. 4).

Das Jahr 1838 stellte einen größeren Einschnitt für die Klagefristen im Zivilrecht dar als das Jahr 1804. Während mit der offenen Formulierung des Art. 1648 C.civ. 1804 für die Klagefristen alle Möglichkeiten der Interpretation eröffnet wurden, stellte das Gesetz vom 20. Mai 1838 eine klare Trennung vom *Ancien Droit* mit seinen diversen *coutumes* und *usages* dar. Prinzipiell war dies einen Abschied vom *bref délai*, der neue Inhalte in sich aufnehmen konnte, was die Rechtsprechung, wie gesehen, begrüßte.

---

[455] Ardant S. 213f.

[456] Rede Lherbette v. 24.04.1838 zum Gesetzesentwurf zum Gesetz v. 20.05.1838 abgedruckt in Dalloz Rép. T. 44, 1 S. 41 Nr. 31 Fußnote.

[457] J.B. Gohier: *Tableau synoptique des coutumes suivies dans la plupart des ci-devant provinces de France à l'égard des cas rédhibitoires des animaux.*

[458] J.B. Legat: *Manuel des marchands et des acheteurs de chevaux et de bestiaux, contenant les usages locaux de la France concernant les vices rédhibitoires des principaux animaux domestiques*, Paris 1828.

[459] Es kann nicht davon geredet werden, durch das Gesetz von 1838 sei das Viehhandelsrecht nach deutschrechtlichen Grundsätzen in Elsass-Lothringen eingeführt worden, so aber Stanicki S. 2. Wie gesehen gab es gerade im Elsass und in Lothringen Regeln in den *coutumes*, auf die Art. 1648 C.civ. (1804) wie auch auf alle anderen *usages* verwies.

Aber auch das Gesetz zum Viehkauf vom Mai 1838 brachte neue Streitigkeiten mit sich. Zum einen wurde diskutiert, wie die Frist zur Einholung einer Expertise zur Klagefrist stände, Art. 3 und 5 des Gesetzes. Die Rechtsprechung arbeitete nach kurzem Zögern heraus, dass beide Fristen unabhängig voneinander einzuhalten seien.[460] Die Klagefrist lief ab Übergabe.[461] Zum anderen stellte sich das Problem, ob das neue Gesetz alte königliche Verordnungen vom 01.06.1732 und vom 13.07.1699 zum Verkauf von Schlachtrindern auf Pariser Märkten verdrängen würde, nach denen die Händler 9 Tage für alle Krankheiten haften mussten. Die Cour royale de Paris entschied mit Berufung auf untere Instanzen, die *tribunaux de commerce,* durch Urteil vom 18.05.1839, dass das neue Gesetz nicht für Schlachtvieh gelte, da dieses auf *animaux domestiques* zugeschnitten sei, nicht aber für „*viande sur pied*".[462] Die Cour de cassation teilte diese Ansicht nicht und betonte den zivilrechtlichen Charakter dieser Verordnungen, die durch das Gesetz vom Mai 1838 verdrängt worden seien.[463] Schadensersatzansprüche aus Delikt konnten unabhängig vom Gesetz vom 20.05.1838 geltend gemacht werden.[464]

Das Gesetz vom 20. Mai 1838 wurde erneuert durch ein Gesetz vom 2. August 1884.

Heutzutage finden sich die Regeln zur Gewährleistung beim Tierkauf im *Code rural*, Art. 213-1ff, die wiederum die Art. 284ff *Code rural* und das diese ergänzende Dekret Nr. 90-572 vom 28. Juni 1990 abgelöst haben.

4.4 Ein Sprung ins moderne Recht

In den weiteren Jahrzehnten bis Ende 2004 bestätigte die Rechtsprechung die Grundsätze, die sie schon in den ersten Jahrzehnten nach 1804 entwickelt hatte: Die Richter konnten souverän über die Dauer der Ausschlussfrist bestimmen, so dass die Frist drei bis zwölf Monate laufen

[460] Journal du Palais 1843 T. II S. 502f: C.cass. 30.07.1843: eine Expertise innerhalb der Frist des Art. 3, die wegen Formmängel später aufgehoben wird, reicht zur Wahrung; ebd. 1846 T. II, S. 36: C.cass. 5.5.1846; C.cass. 23.3.1840: ebd. 1840 T. I S. 450f, dazu in der Anmerkung Kritik, es sei besser, die Klagefrist liefe erst mit sicherer Kenntnis nach der Expertise; C.cass 15.05.1854: ebd. 1854 T. II, S. 97: alleine die Expertise reiche nicht.

[461] Journal du Palais 1849 T. I S. 419ff: C.cass.24.1. 1849.

[462] Journal du Palais 1839 T. I S. 590ff; vgl. Dalloz Rép. T. 6 S. 316 rechte Sp.

[463] C.cass. 19.1.1841: Journal du Palais 1841 T. I, S. 213f.

[464] Journal du Palais 1844 T. II S. 56f: *Cour royale* Paris 16.3.1844; vgl. *Cour royale* Aix 23.12.1843, 1844 T. II S. 590f: Schadensersatz sei eine Art Minderung, die durch das Gesetz vom Mai 1838 ausgeschlossen sei, dazu Anm.: anders bei Verstößen gegen den Code pénal; C.cass 22.4.1848: ebd. 1849 T. II S. 235f; Cour royal de Rouen 22.11.1839: ebd. 1840 T. I S. 489

konnte.[465] Durch den Versuch einer gütlichen Einigung konnte diese Frist verlängert werden.[466] In der Regel wurde der Zeitpunkt der Kenntnis des Käufers vom Mangel zum Ausgangspunkt der richterlichen Erwägungen gemacht,[467] aber der Richter war frei in seinem Ermessen. Der Käufer musste weiterhin das Vorliegen des Mangels zur Zeit des Kaufs beweisen.[468] Trotz dieses Entscheidungsspielraums der Gerichte in der Bestimmung der Fristlänge und des Fristbeginns versuchte die Rechtsprechung auf viele Weise, den *bref délai* zu umgehen, indem sie andere Rechtsinstitute gegen jede saubere Dogmatik auch bei Vorliegen eines Mangels, der die Wege der legalen Garantie eröffnet, vorzog wie die Nichterfüllung oder die Nichtigkeit wegen Täuschung oder Irrtums.[469] Nach 1993 revidierte vor allem die erste Zivilkammer der *Cour de cassation* ihre Rechtsprechung hin zu einer dogmatisch besseren Abgrenzung zwischen Mangel, Nichterfüllung und Irrtum.[470]

Noch 2002 wurde der Art. 1648 C.civ. kritisiert, weil er keine fixe Frist regele; gleichermaßen wurde darauf hingewiesen, dass gerade deswegen die Rechtsprechung jedem Einzelfall gerecht werden konnte.[471]

Seit dem Gesetz n° 67-547 vom 7. Juli 1967 war der Art. 1648 C.civ. durch eine Spezialregel für ein zu bauendes Haus (*immeuble à construire*) ergänzt.

---

[465] Leclerc Rdnr. 343; Sirey (D.H.) 1935, 277: Trib. de la Seine, 6. Cham. 15.02.1935: *cycle-car*: Es sei nicht üblich, eine Gewährleistung zu geben; wenn eine ausnahmsweise zugestanden worden sei, laufe die Frist nicht länger als zwei, drei Monate; CA Orleans 1re Cham. civ. 14.12.1994, in: JCP 1996 IV, 1668: Die Cour d'appel Orleans entschied 1994, dass wegen eines Schäferhunds mit Hüftdysplasie nach neun Monaten noch geklagt werden könne, denn der Käufer hatte vor der Klage noch einen Tierarzt konsultiert.

[466] Civ. 1re 16.07.1987, Bull. civ. I Nr. 230.

[467] Collart Dutilleul/Delebecq S. 245.

[468] Sirey (D.H.) 1935, 277: Trib. de la Seine, 6. Cham. 15.02.1935; Civ. 1re 20.03.1989 in Dalloz 1989, S. 381ff mit Anmerkung durch Malaurie; Civ. 1re 22.06.1971 und 23.06.1971 in JCP 1971, 16881: im Verhältnis vom Händler zum Hersteller.

[469] Civ. 1re 19.07.1960 in Bull.civ. I Nr. 408; Civ. 1re 20.03.1989 in Bull.civ. I Nr. 140; Civ. 1re 13.12.1989 in Bull.civ. I Nr. 393; Ass. plen. 07.02.1986, dazu Anm. Bénabent in Dalloz 1986, S. 293ff; Civ. 1re 28.06.1988 in Bull.civ. I Nr. 211: *erreur* statt *vice;* Civ. 1re 28.06.1989 in Bull.civ. Nr. 268; Civ. 1re 16.04.1991 in Bull.civ. I Nr. 144; Civ. 1re 17.03.1992 Bull.civ. I Nr. 81; Civ.1re 27.10.1993 in Bull. civ. I Nr. 302: die Cour d'appel entschied auf *non-conformité* bei einem Unfallwagen*;* Com. 22.05.1991 in Dalloz 92 Somm. 200: statt reines ein verschnittenes Produkt geliefert: Cour d'appel: Mangel; C.cass.: *non-conformité*; richtig Bull. civ. III Nr. 3 Civ. 3e 03.01.1979: Die Abwesenheit von Schränken in einer Wohnung stellt keinen Mangel, sondern eine Nichterfüllung dar, dazu Cornu in RTD civ. 1979, 807f, der das Urteil bestätigt.

[470] Hingegen war die dritte Kammer dogmatisch korrekter, Civ. 3e 11.02.1981 Bull.civ. III Nr. 31; Civ. 1re 05.05.1993 in Bull. civ. I Nr. 158, dazu Anmerkung Boubli, in Gaz. Pal. 2-3.02.1994 S. 77f; Com. 11.05.1993, Anmerkung in Contr.Conc.Cons. 1993 comm. 174; Civ. 1re 08.12.1993 in Bull.civ. I Nr. 362: ein *manque de conformité à la destination normale* stellt einen Mangel dar; Civ. 1re 16.6.1993 in Bull.civ. I Nr. 224 und Dalloz 94, 210f; Civ. 1re 13.10.1993 in Bull.civ. I Nr. 287; Civ. 1re 27.10.1993 in Bull.civ. I Nr. 305; Civ. 1re 08.12.1993 in Bull.civ. I Nr. 362; Civ. 3e 14.02.1996 in Bull. civ. III Nr. 47: Randsteine eines Bürgersteigs zeigten zu starke Abnutzung; die Cour d'appel entschied auf Nichterfüllung, die C.cass. auf *vice caché;* 24.01.1996 in Bull.civ. III Nr. 27: Wohnung nicht bewohnbar: Cour d'appel: Nichterfüllung, C.cass.: Mangel; Civ. 1re 14.05.1996 in Bull.civ. I Nr. 213: Schindeln alterten zu schnell: C.cass.: Sachmangel sei die einzig mögliche Rechtsgrundlage, auch aus Irrtum sei nicht zu klagen; weiterführend Gautier, in: RTD civ. 1996, 190f; Izorche, in: D. 2000 chron., 407ff; Leveneur, in: Contr. Conc. Cons. 1997 Nr. 44; Tournafond, in: Dalloz Somm. 239 f; Tournafond, in: Dalloz 1990, S.118f; Viney, in: JCP 1994 I 3773; Antonmattei/Raynard S. 168.

[471] Collart Dutilleul/Magois S. 263; Collart Dutilleul/Delebecq S. 244f.

4.5 Die Rechtsänderung im Jahr 2005

Durch die Umsetzung der Art. 3 und 5[472] der Direktive 1999/44/CE vom 25.05.1999 zum Schutz des Verbrauchers durch die französische Verordnung vom 17.02. 2005, Art. 3, wurde Art. 1648 Code civil (1804) in seinem Wortlaut geändert: Der *bref délai* entfiel zugunsten einer Zwei-Jahres-Frist ab Entdeckung des Mangels, Art. 1648 Abs. 1: „*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.*" Frankreich hat damit nicht die Übergabe bzw. Lieferung als Ausgangspunkt genommen, sondern die Kenntnis de Käufers, so wie es sich in der Rechtsprechung seit 1804 durchgesetzt hatte. Eine gesetzliche Beweislastumkehr zugunsten des Käufers, wenn ein Mangel in den ersten sechs Monaten auftritt, wurde nicht umgesetzt.
Gleichzeitig wurde der *Code de la consommation* durch die Art. 211-1 bis 211-18 ergänzt. Bei bewegliche Sachen im Verhältnis Verbraucher-Unternehmer, die nicht legaldefiniert werden,[473] stehen dem Käufer neben den Ansprüchen aus Art. 1641ff C. civ. ein Anspruch auf Nachbesserung und Nachlieferung und, dazu subsidiär, ein Anspruch auf Vertragsauflösung bzw. Teilrückzahlung des Kaufpreises zur Verfügung, wenn die gelieferte Sache nicht im weitesten Sinne konform mit der vertraglich vereinbarten Sache ist, Art. 211-4 Abs. 1 C. cons. Darunter fällt auch die mangelhafte Sache.
Diese Ansprüche verjähren innerhalb von zwei Jahren ab Übergabe; eine Nichtkonformität, die innerhalb der ersten sechs Monate konstatiert wird, gilt als schon zur Zeit der Übergabe vorhanden, solange dies plausibel vereinbar erscheint mit der Art der Sache und dem vorgebrachten Mangel. Daneben gelten die Sonderbestimmungen zum Tierkauf im Code rural, Art. 213-1ff.

---

[472] Art. 3 regelt die Rechte des Verbrauchers auf Nachbesserung, Ersatzlieferung und subsidiär auf Wandlung und Minderung; Art. 5 Abs. 1: „Der Verkäufer haftet …, wenn die Vertragswidrigkeit binnen zwei Jahren nach der Lieferung des Verbrauchsgutes offenbar wird…", Abs. 3 „Bis zum Beweis des Gegenteils wird vermutet, dass Vetragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar."
[473] für eine Ausweitung des Begriffes Verbraucher auf juristische Personen: Civ. 1re 15.03.2005, Bull. civ. I Nr. 135.

5. Fazit zum *bref délai*

Alle Mosaiksteine sind ausgelegt, teilweise schon zusammengefügt. Jetzt können sie zu einem Bild ergänzt werden. Die folgenden Betrachtungen richten sich allesamt auf den Bereich der Klagefristen in der Sachmängelgewährleistung.

Die frühen Zeugnisse sind nicht sehr eloquent hinsichtlich der Fristen im Sachmängelrecht. Die *leges barbarorum* und *leges Romanae barbarorum*, die auf dem Gebiet des heutigen Frankreichs galten, erwähnen keine Sachmängelgewährleistung mit Ausnahme der *lex Romana Visigothorum*, die aus dem *Codex Theodosianus* die Regel entnahm, ein flüchtiger Sklave könne gewandelt werden. Das *Edictum Theodorici* und einige Formeln aus dem 7. Jahrhundert sprechen den mangelhaften Sklaven an. Auch wenn die Wandlung eines Sklaven behandelt wird, die Klagefristen werden es nicht. Zwei frühe *coutumes*, die von Toulouse von 1285 und die von Bergerac von 1322, erwähnen die Wandlung. In Toulouse konnten prinzipiell die in der Herde gekauften Schweine ohne besondere Abrede nach der Übergabe nicht mehr gewandelt werden. In Bergerac gab es kurze Fristen, um Großvieh zu wandeln. Die wenigen Zeugnisse aus der Literatur bis zum 15. Jahrhundert haben hingegen die Tendenz, falls überhaupt, die ädilizischen Fristen anzuführen, wobei die Abhandlungen eher das Recht zu behandeln scheinen, wie es gelten sollte, als das, das galt.

5.1 Der *bref délai* und die Kürze der Frist

Es gab keine *ordonnance royale*, die die Klagefrist im Falle eines Sachmangels regelte, von den durch *ordonnances* erlassenen *coutumes* einmal abgesehen. Verordnungen des Königs und der verschiedenen Verwaltungseinheiten bilden den Hintergrund, vor dem sich in Frankreich eine Gewährleistung abspielte, da sie gewisse Qualität- und Hygienestandards und Maßnahmen gegen betrügerisches Handeln zum Wohle einer ausreichenden Versorgung der Städte festlegten. In den *statuts* der diversen Berufsgruppen, die den deutschen Zünften und Gilden ähnlich sind, werden ebenfalls Qualitätsanforderungen geregelt. Einige Bestimmungen dieser Art finden sich in den *coutumes* wieder, so z.B. zu Tucheigenschaften.

Die *coutumes* und *usages* der Regionen enthalten oftmals keine Regeln zur Sachmängelgewährleistung. Wenn sie sich dazu äußern, dann zum Pferdekauf, selten zum

Schweine- und Schweinefleischverkauf, ganz selten zu anderen Tieren und noch seltener zu Sachen. Die *coutumes* und *usages* lassen erkennen, dass sie im Hintergrund einige Regeln aus dem Römischen Recht voraussetzen, aber hinsichtlich der geregelten Sachbereiche abschließend sind. Nur die Wandlung innerhalb von Fristen zwischen 8 und 40 Tagen wurden im Tierkauf zugelassen, wobei insbesondere in Regionen, deren Recht weniger als 40 Tage für eine Klage vorsah, die Feststellung des Mangels innerhalb dieser Fristen zur Anspruchssicherung reichte. Ohne Zweifel waren die Fristen in den *coutumes* und *usages* kurz. Vor dem Code civil kam es zu keiner landesweiten Harmonisierung der Fristen beim Tierkauf.

In der Literatur spiegelt sich dieses Bild aus den *coutumes* wider: Gerade im 16. Jahrhundert entwickelt sich ein breites Interesse für die regionalen Sonderrechte; die ersten Synopsen zu den *coutumes* und deren Fristen werden erstellt, einige Autoren sammeln lediglich die diversen Aussagen in den *coutumes* und *usages* ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Oftmals wurde nur auf die Wandlung beim Pferdekauf abgestellt. Dumoulin führte in die Literatur den Begriff *tempus breve* ein, bei dem gerätselt werden kann, ob er ihn dem italienischen kanonischen Recht entlehnt hat. Texte aus der Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts führen aus, eine Klage sollte ‘*au-plutôt*‘ beim Tierkauf und wegen der durch Statuten geregelten mangelhaften Kaufmannswaren erhoben werden. Der Schwerpunkt in den *coutumes*, *usages* und der Literatur lag auf Fristen, die man gemeinhin als kurz bezeichnen könnte.

Die Rechtsprechung ab dem 18. Jahrhundert legte die Fristen gerade zum Pferdekauf aus den *coutumes* und *usages* aber nicht eng aus; sie nahm sich die Freiheit, auch Klagen nach Ablauf der Fristen zuzulassen, wenn der Mangel zur Zeit des Verkaufs bewiesen werden konnte.

Hinsichtlich der Fristen waren die Entwürfe, die unter Cambacérès entstanden, keine gute Vorlage für den späteren Code civil. Sie waren insgesamt sehr kurz und überarbeitungsbedürftig. Als letztes hatte die Kommission unter Cambacérès zwei Dekaden als Klagefrist bei einem Sachmangel vorgeschlagen, eine ‘kurze Frist‘, die sich nicht durchsetzen konnte. Die Kommission unter Tronchet musste andere Vorlagen suchen, insbesondere in der Literatur vor allem bei Domat und Pothier, die in ihren Darstellungen des die ädilizischen Fristen nicht als französisches Recht in Betracht ziehen. Pothier stellte auf die *usages* ab, Domat auf das Ermessen der Richter. Die Kommission hatte wenige Monate, um einen Entwurf zu präsentieren; sie hatte keine Zeit, sich auf einen festen Zeitraum zu einigen, zumal andere stark umstrittene Sachbereiche im Familien- oder Erbrecht ihre Aufmerksamkeit forderten. Die einfachste Lösung war eine Formel, die offen genug war, das

Ancien Droit und dessen Fristen zu umfassen, und gleichzeitig flexibel genug für zukünftige Rechtsänderungen, die regelmäßig durch den Handel erforderlich wurden. Insofern gab es gute Gründe für die Verfasser des Art. 1648 C.civ. (1804), auf jeden Fall einen *bref délai* Bestandteil der Regelung werden zu lassen.

5.2 Der *bref délai* und die Beweislast

In der Literatur finden sich einige Stimmen, die in den kurzen Fristen der *coutumes* die Beweislastumkehr durch eine Vermutung zugunsten des Käufers sehen, der Mangel habe schon zur Zeit des Verkaufs vorgelegen, wenn er innerhalb der kurzen Zeit sichtbar werde. Da die Rechtsprechung zumindest ab dem 18. Jahrhundert sich nicht mehr an die Fristen aus den *coutumes* und *usages* gebunden sah, legte sie die Beweislast, zumindest nach dem Ablauf der kurzen Fristen, wieder auf den Käufer. Es ist insofern nicht auszuschließen, dass im Term *bref délai* des Code civil die Idee mitschwang, langen Beweisverfahren aus dem Weg zu gehen, ohne dass der Richter an eine feste Frist gebunden war.

5.3 Der *bref délai* und der Fristbeginn

Die Diskussion um einen Fristbeginn ab Kenntnis des Käufers vom Mangel betraf vor dem Code civil die Abhandlungen zum Römischen Recht, nicht aber die zum französischen Recht, wie es in der Praxis gebraucht wurde. Schon de Ravanis sprach einen Fristbeginn ab Kenntnis an, wobei er die Idee vermutlich aus italienischen Schriften vor ihm entnommen hatte. Diese Idee wird in der Literatur immer mal wieder behandelt. Domat greift sie im Rahmen seiner Suche nach einer möglichst gerechten Lösung im Einzelfall auf. Pothier deutet den Vorrang Pap. D. 21, 1, 55 vor der Stelle C. 4, 58, 2 an. Die weite Formulierung des Art. 1648 C.civ. (1804) ließ der Rechtsprechung nach 1804 die Freiheit, innerhalb ihres Ermessensspielraums diese Idee aus dem falsch verstandenen Fragment Pap. D. 21, 1, 55 in die Praxis umzusetzen.

5.4 Der *bréf délai* und das Römische Recht

Man kann nicht davon ausgehen, dass *bref délai* eine Anspielung auf ädilizische Fristen enthält. Dazu hätte *délai* in der Formulierung ausgereicht, ohne den Zusatz *bref.*
Durch den Streit im 16. Jahrhundert entwickelte sich eine Zurückhaltung gegenüber dem Römischen Recht; es blieb auf dem Bereich der Gewährleistung ein gelehrtes Recht, das nicht durch die *coutumes* oder *usages* umgesetzt wurde. Die regionalen Gewohnheitsrechte gingen von dem Standpunkt aus: Es gibt keinen Anspruch, es sei denn, er ist in den Bräuchen anerkannt. Die Legistik wollte die ädilizischen Prinzipien wie eine zweite Schicht über diese Bräuche legen; ohne Zweifel schwingt das Römische Recht bei der Frage nach Wandlung auch im regionalen Recht mit. Aber das Römische Recht und das regionale Recht verschmolzen in diesem Punkt in der Praxis nicht. Ein Grund ist, dass die Praxis auf den Märkten sich sehr eklektizistisch nur die Regeln aus dem Römischen Recht heraussuchte, die für sie eine praktische Bedeutung hatte: Der Käufer durfte wandeln, wenn die Sache einen Mangel hatte, der schon vor dem Kauf vorgelegen hatte. Die Praxis machte Einschränkungen hinsichtlich der Art der wandelbaren Sachen, der Mängel, der Fristen, der mit den Fristen verknüpften Vermutungen und den Ansprüchen des Käufers. Die langen ädilizischen Fristen, die Minderung und die Anwendung der Edikte auch auf (un)bewegliche Sachen wurde im Allgemeinen nicht von der Praxis angenommen; erst im 18. Jahrhundert setzte sich in der Literatur die Ansicht durch, auch wegen der den *statuts* unterworfenen mangelhaften beweglichen Sachen sei eine Wandlung innerhalb kurzer Frist erlaubt. Handelsrecht und Zivilrecht waren verquickt : Was die *juge consuls* als Prinzipien für den Handelsverkehr ansahen, die schnelle Abwicklung, wurde als Prinzip in die Literatur und die zivile Rechtsprechung übertragen. Allgemein ging man davon aus, dass der Käufer seine Interessen am besten vertrat, indem er die Ware untersuchte. Mängel gehörten zum Lebensrisiko. Die Literatur hatte auf die Praxis nicht genügend Einfluss, um die ädilizischen Fristen durchzusetzen. Die Vertreter in der Literatur, die die Praxis als Ausgangspunkt ihrer Überlegungen zum Römischen Recht nahmen und eventuell die längere Wandlungsfrist von sechs Monaten erwähnten, taten das kaum in der Überzeugung, dies sei geltendes Recht oder sollte es sein. Diejenigen, die das Römische Recht aufarbeiteten und systematisierten, konnten sich nicht durchsetzen. Französische Autoren wie Donellus oder Cujaz haben grundlegende Arbeiten geschrieben, aber in Frankreich gab es bis zur Kodifizierung keine Pandektistik wie in Deutschland, die für das Römische Recht sprach. Seit dem 13. Jahrhundert setzte sich ein Gegensatz in den Köpfen der Juristen fest zwischen *droit coutumier, droit haineux* und *droit*

écrit, raison écrite. Das Recht war ein Kriterium der regionalen Zugehörigkeit, entweder man gehörte dem *pays de droit écrit* an oder dem *pays coutumier*. Im 16. Jahrhundert wurde dieser Gegensatz zur Ideologie. Man musste sich nicht nur für oder gegen das Römische Recht entscheiden, sondern auch seine regionalen Eigenheiten gegenüber der dominierenden Pariser *Coutume* oder der *coutumes* der Nachbarregionen behaupten. Die Notarspraxis mag den Ausgleich zwischen beiden Rechten im Einzelfall für die Parteien gefunden haben; die Literatur schaffte es nicht, ein einheitliches Fristensystem auf der Basis des Römischen Rechts oder der Prinzipien aus den *coutumes* vorzuschlagen, sondern verlor sich in der begrenzten Fristenvielfalt der *coutumes* und *usages*. Im Gegensatz zu den deutschen Staaten waren die französischen Regionen an eine nationale Einheit im Zentralismus gewöhnt. Der Reflex ging nicht dahin, ein einheitliches nationales Recht mit Fristen für das ganze Land auch mit Konzessionen für das eigene Recht zu finden, sondern ein einheitliches Recht unter Beibehaltung gerade seiner regionalen Eigenheiten zu schaffen. Eine Zentralgewalt, die Römisches Recht gegen die einzelnen Provinzparlamente durchsetzen konnte, gab es nicht. Vermutlich hätte es auch den französischen Königen widerstrebt, gerade ein Recht eines Reiches offiziell zu bestätigen, in dessen Tradition er nicht stand: Im 13. Jahrhundert hatte der französische König das *droit écrit* erlaubt, aber nur ausnahmsweise aus den faktischen Gegebenheiten heraus für einen Teil des Reichs. Römische Kurie und französische Könige gingen getrennte Wege. Auch wenn ein Einfluss des Klerus in Frankreich existierte, so konnte er das Römische Recht – in der kanonistischen Auslegung – nicht als tragendes vereinendes Rechtsprinzip im ganzen Lande durchsetzen, ebenso wenig wie die Legistik es vermochte. Ohne einheitliches System blieb nur ein Rückzug der Doktrin auf die regional unterschiedlichen *coutumes* und *usages*. Cambacérès, Portalis und den anderen Vätern des Code civil erging es nicht anders: Eine starke Tendenz zum Römischen Recht konnten sie nicht ausmachen; obwohl unter dem Einfluss des Naturrechts Prinzipien aus der *ratio* des Römischen Rechts übernommen wurden, gab diese Strömung nicht genügend Anstoß dazu, die ädilizischen Fristen bei der Formulierung des Art. 1648 C.civ. (1804) zu berücksichtigen.

5.5 Die paradoxale Entwicklung nach 1804

Nach 1804 nahm die Rechtsprechung das Heft in die Hand, ganz im Sinne Domats und dem naturrechtlichen Wunsch von einer gerechten Lösung im Einzelfall. Die Formulierung des Art. 1648 C.civ. (1804) war weit genug, Fristen aller Längen unter ihn zu subsumieren. Die

Rechtsprechung nahm dies zum Anlass, klar eine Anwendung der ädilizischen Klagen auch auf Immobilien zu bejahen. Es zeigte sich die Tendenz, im Zweifelsfalle Hilfe im Römischen Recht zu suchen, ganz im Gegensatz zu der Einstellung vor und während der Kodifizierung, die das Römische Recht und die ädilizischen Fristen weder deutlich ausschließen, noch bestätigen konnte. Durch das Gesetz vom 20. Mai 1838 wurde dieser Gegensatz zwischen der Situation vor und nach dem Code civil verschärft: Das Gesetz stellte die Rechtsvereinheitlichung der *coutumes* und *usages* zur Gewährleistung im Tierkauf dar. Dem *usage* und dem *bref délai*, auf die Art. 1648 C.civ. (1804) verweist, wurde ein großer Teil ihres früheren Inhalts entzogen. Was das Sachmängelrecht in den *coutumes* und *usages* ausmachte, wurde durch das Gesetz vom 20. Mai 1838 aus dem Code civil ausgegliedert. Als Anwendungsbereich blieb für Art. 1648 C.civ. (1804) hauptsächlich der Kauf von mangelhaften beweglichen und unbeweglichen Sachen, über deren Klagefristen die Richter fast frei entscheiden konnten.

C. Ein Ausblick auf die deutsche Entwicklung

Mit der Krönung Otto I (912-973) durch den Papst zum *Imperator* begann 962 die Geschichte des Heiligen Römischen Reichs. Ab 1157 ist der Term des Heiligen Reichs bezeugt,[1] das um 1254 Heiliges Römisches Reich und im späten 15. Jahrhundert[2], sicher aber unter Karl V, Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation wurde.
Als Rechtsquellen gab es im Heiligen Römischen Reich die Reichsgesetzgebung, die Gesetzgebung der Territorialstaaten und die der Städte, die das Privileg dazu erhalten hatten, und die Zunftordnungen, die die Stadtrechte ergänzten.

Im Mittelpunkt der Betrachtung soll, anders als im Teil zum französischen Recht, nicht das deutsche Sachmängelgewährleistungsrecht im Detail stehen. Vielmehr soll darauf abgestellt werden, in welchen Punkten die Entwicklung in Deutschland so anders war, dass es zu der unterschiedlichen Anwendung hinsichtlich der Fristen der ehedem ädilizischen Klagen führen konnte.
Bei der französischen Entwicklung hatten die Fragen gelautet, wieso sich nicht eine Frist näher am Römischen Recht durchsetzen, wie es zu der Formulierung des *bref délai* kommen konnte und was sich hinter diesem Ausdruck verbarg.
Hinsichtlich der Sachmängelgewährleistung im deutschen Recht müssen die Fragen dazu anders lauten: Wie kam es zu einer Verjährung von sechs Monaten für die ehedem ädilizischen Klagen bei beweglichen Sachen und einem Jahr für die unbeweglichen? Gab es keine 'kurzen Fristen', d.h. kürzer als sechs Monate, zu berücksichtigen?

1. Die *leges barbarorum* auf dem Gebiet des heutigen Deutschlands

Auf die *leges Alamannorum* und die *lex salica* ist schon im entsprechenden Kapitel zum französischen Recht Bezug genommen worden. Sie enthielten keine Regeln zur Sachmängelgewährleistung. Die *lex ripuaria* oder *ribuaria* entstand wohl um 630 auf der Basis der älteren *lex salica* in der Region um Köln für die ripuarischen Franken. Die *lex ripuaria* regelt den Fall, dass der Eigentümer gegen einen unberechtigten Dritten Klage auf

[1] Hattenhauer Rdnr. 11.
[2] Hattenhauer Rdnr. 25.

Herausgabe seines Tieres erhebt, *intertiare*, (Art. 75), und je nach Zustand des Tieres (tot, krank, gesund) ähnlich einer Minderung entsprechend Ersatz erhält,[3] aber keine Sachmängelgewährleistung. Die *lex Saxonum*[4] wurde circa 803 unter Karl dem Großen erlassen. Nr. 61 enthält die Regel: „*Traditiones et venditiones omnes legitimae stabiles permaneant.*“[5] Dies steht im Kontext mit der Übertragung von Grundstücken. Es bedeutet, dass die Veräußerung von Grundstücken nicht rückgängig zu machen sei. Karl der Große veranlasste ebenfalls die Niederschrift der *lex Frisionum* um die Zeit der Jahrhundertwende 8./9. Jahrhundert für die Frisen, die ein Gebiet von Flandern, Holland bis Norddeutschland besiedelten, und in der gleichen zeitlichen Periode der *lex Thuringorum* für die Thuringer in der Mitte Deutschlands. *Lex Thuringorum* enthält keine Sachmängelgewährleistung, ebenso wenig wie die *Lex Frisionum.*

Die Baiuwaren oder Baiuvaren, Nachkommen der keltischen Boier, siedelten im heutigen Österreich, Südtirol und in einem großen Teil von Bayern. Im Vorwort der *lex Baiwariorum* oder auch *lex Baiuwarorum*[6] wird beschrieben, auf welche Weise das Recht, wie auch das fränkische und alemannische, niedergeschrieben wurde: Man setzte weise Männer ein, die das Gewohnheitsrecht, die *consuetudo* der einzelnen Stämme aufschreiben, aber gleichzeitig den christlichen Lehren anpassen sollten. Die etwa aus der Mitte des 8. Jahrhunderts[7] stammende *lex Baiuwarorum* widmet ein Kapitel dem Kauf. Dort werden u.a. geregelt: der Verkauf einer fremden Sache, die erforderliche Form bei einem Grundstücksverkauf, die erforderliche Genehmigung des Herrn zu einem Verkauf durch einen Sklaven, der Verkauf eines freien Mannes, die Anzahlung (*arra*) und der geringe Kaufpreis (*laesio*).

Tit. XVII Cap. IX geht auf die Sachmängelgewährleistung ein. Da dies die einzige Stelle in den Stammesrechten zur Sachmängelgewährleistung ist, verlockte sie dazu, aus ihr einen allgemeinen Schluß zum alten „deutschen“ Recht zu ziehen, da die späteren Volksrechte diesem Prinzip nicht widersprachen[8] und da spätere Stadtrechte einen ähnlichen Mechanismus vorsahen. Cap. IX regelt im ersten Satz, dass auch ein zu niedriger Preis kein Grund zur Vertragsauflösung sein könne. Prinzipiell sei er nicht aufzulösen. Allerdings gebe es eine Ausnahme bei Mängeln: „*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*

[3] MGH Legum Sectio I Tomi III Pars II S. 126f.
[4] MGH Legum V S. 1ff, hrsg.v. von Richthofen Vater und Sohn.
[5] MGH Legum Tomus V S. 78.
[6] s. zum einen MGH Legum Tomus III S. 183ff, zum anderen MGH Legum Sectio I, Tomi V Pars II S. 197ff.
[7] Köbler in La Coutume II S. 68: 741-743 nach überwiegender Ansicht.
[8] s. Heise/Cropp T. I S. 165, die zwar von wenigen Stellen zur Gewährleistung in den germanischen Rechten reden, aber auch von „meist auf drei Tage“ reden.

qualecumque peculio, id est aut ceco aut ernioso aut cadivo aut leproso[9]*. In animalibus autem sunt vitia, quod aliquotiens celare potest venditor; si autem venditor dixerit vitium, stet emptio, non potest mutare. Si autem non dixerit, mutare potest in illa die et in alia et tertia die. Et si plus de tribus noctibus habuerit, postea se non potest mutare, nisi forte eum invenire non potuerit intra tres dies; tunc quando invenerit, recipiat qui vitiatum vendidit. Aut si non vult recipere, iuret cum I* [uno] *sacramentale, 'quia vitium ibi nullum sciebam in illa die, quando negotium fecimus', et stet factum.*"[10] Nachdem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen sei, sei es nicht mehr rückgängig zu machen; es sei denn, er fände gegebenfalls[11] einen Mangel, den jener Verkäufer verborgen habe, sei es beim Sklaven, Pferd oder irgendeinem anderen Stück Vieh[12], d.h. entweder blind, unter einem (Leisten-)Bruch leidend, epileptisch oder aussätzig. Bei Tieren gebe es aber Mängel, was der Verkäufer manchmal verbergen könne; wenn aber der Verkäufer den Mangel benannt habe, bestehe der Kauf, und er könne nicht wandeln. Wenn er ihn aber nicht gesagt habe, könne er wandeln an jenem Tag und am anderen und dritten Tag. Und wenn er es mehr als drei Nächte behalten habe, könne er danach nicht mehr wandeln, es sei denn er habe ihn gegebenenfalls nicht innerhalb der drei Tage finden können. Dann, wenn er ihn gefunden habe, solle der es zurücknehmen, der die mangelhafte Sache verkauft habe. Aber wenn er es nicht zurücknehmen wolle, solle er feierlich schwören, „weil ich dort keinen Mangel kannte an jenem Tag, als wir das Geschäft getätigt haben", dann bleibe der Vertrag bestehen.

Der Text ist nicht einfach zu übersetzen. Es werden in der Literatur zwei Übersetzungen für „*eum invenire*" vorgeschlagen,[13] zum einen von *is*, den Verkäufer, in dem Sinne, dass der Käufer drei Tage lang wandeln konnte, es sei denn der Verkäufer war nicht aufzufinden[14] und die Klagefrist verlängerte sich, zum anderen als sprachlich falscher Bezug zu *vitium*. Die Parallele von *forte vitium invenire* und *forte eum invenire* sticht ins Auge. Aber inhaltlich würde *vitium* an dieser zweiten Stelle wenig Sinn machen: Nach drei Tagen könne der Käufer nicht mehr wandeln, es sei denn er habe den Mangel nicht zufällig innerhalb dieser drei Tage finden können? Das hieße ja, dass die Frist von drei Tagen auf eine unbestimmte Zeit ausgedehnt werden würde in unbestimmt vielen Fällen. Das ist schwer vorstellbar. Die Hauptaussage ist hingegen, dass der Käufer nach drei Tagen *nicht* wandeln könne. *Eum* mit

[9] Zu den anderen Lesarten in anderen Handschriften s. Gengler Rdenkm S. 371f und MGH Legum Sectio I Tomi V Pars II, S. 437f mit Textkritik
[10] Gengler Rdenkm S. 371f.
[11] *Forte* meint eigentlich 'zufällig'; Beyerle S. 156 zieht vor, *forte* nicht zu übersetzen.
[12] Es kann kein Sondergut gemeint sein, sondern in der ursprünglichen Bedeutung ein Vermögen, das aus Vieh besteht, so auch Beyerle S. 156.
[13] Klischies S. 11 m.w.N., Klischies will *vitium* einsetzen.
[14] Beyerle S.156; Heineccius T. I S. 657.

venditorem gleichzusetzen, macht mehr Sinn: Der Käufer habe binnen drei Tagen den Verkäufer verklagen müssen, was nicht möglich war, wenn der Verkäufer nicht anwesend war. Zu dieser Übersetzung passt besser der Anschluss *tunc quando,* zwei zeitliche, nicht konditionale Bestimmungen. Es geht nicht darum, dass der Käufer wandeln könne, *falls,* sondern *sobald* er etwas oder jemanden gefunden hatte. Dann sollte der Käufer das Tier vermutlich dem Verkäufer zur Rücknahme anbieten, was wiederum unmöglich wäre in dessen Abwesenheit. Vermutlich lief die Frist ab dem Kauf, eine Übergabe wird zumindest nicht erwähnt. Allerdings ist es nicht abwegig, von einem Barkauf auszugehen, so dass Kauf und Übergabe zusammenfielen.

Die Wortwahl und die Beispiele *mancipium, peculium, animalia, vitium* geben einen Hinweis darauf , dass dieser Volksstamm vom Süden her durch den Kontakt mit Römischem Recht in der Niederschrift seiner Rechte beeinflusst wurde. Die Fristdauer und die Fristzählung in Nächten sind wohl dem Stammesrecht entnommen.

2. Die Stellung des Römischen Rechts in Deutschland

Das Römische Recht besaß in Deutschland eine andere Stellung als in Frankreich.

Die französischen Herrscher hatten schon früh versucht, sich vom Heiligen Römischen Reich und dem Papsttum abzusetzen. Louis VII und Louis IX stellten 1164 und 1254 fest, dass Teile im Süden Frankreichs dem Recht des römischen Imperators Justinians folgten; 1312 schließlich wurde mit der Verordnung zum Studium in Orleans klargestellt, dass dies aufgrund einer königlichen Erlaubnis gestattet war.[15] Anders war die Bewegung in Deutschland. Otto III (geb. 980, König 983-1002) wird nachgesagt, er habe sich zumindest aus politischen Gründen auf Justinian als seinen *antecessor* berufen.[16] Das Römische Recht wurde als bestehendes Recht angesehen, als ein Recht ebenso heilig wie das Reich.[17] Im 11. Jahrhundert waren die justinianischen Gesetze noch weitgehend unbekannt,[18] nicht aber Römisches Recht an sich, was aber, wie allgemein schon in Frankreich gesehen, wohl auch von der Schwierigkeit der Beschaffung der Werke abhing. Bücherverzeichnisse des 11. und 12. Jahrhunderts erwähnen die justinianischen Schriften nur vereinzelt.[19] Das Römische Recht

[15] Giordanengo in Droit Romain/Jus civile/Droit français S. 221.
[16] Heilfron S. 355.
[17] Hattenhauer Rdnr. 26.
[18] Coing in IRMAE V, 6 S. 14.
[19] Coing in IRMAE V, 6 S. 16ff.

wurde somit in Deutschland später als in Frankreich bekannt, allerdings schnell in die Praxis umgesetzt.[20] Die Rezeption des Römischen Rechts erfolgte in Deutschland von Italien her. Die Herrschaft der Staufer (früher Hohenstaufen genannt) in Italien förderte in Deutschland die Beschäftigung mit dem justinianischen Recht und den Interpretationen der Glossatoren und Postglossatoren. Ab dem 13. und 14. Jahrhundert wurde das Römische Recht faktisch zum dominierenden Recht.[21] Das 'deutsche' Recht wurde an den entscheidenden Hof- und Kammergerichten kaum angewandt, da die Richter im Römischen Recht ausgebildet waren oder als solche gelten wollten. Ab dem 13. Jahrhundert bildete sich ein Juristenstand, hauptsächlich aus dem Klerus hervorgegangen wie auch in Frankreich[22], der aber zur Ausbildung noch auf ausländische Universitäten angewiesen war.[23] In Magdeburg war es bis zum 13. Jahrhundert üblich, dass die Schöffen ihr Recht anhand alter Urteile suchten, in denen Römisches Recht verarbeitet und im Einzelfall in die Landessprache übersetzt worden war.[24] An den Universitäten in Deutschlands wurde ab Mitte des 14. Jahrhunderts Römisches und kanonisches Recht und im Anhang langobardisches Recht gelehrt.[25] Dementsprechend drängten sie das deutsche Recht zurück, zumal das Römische Recht wegen seiner deutschlandweiten Anerkennung und seiner Ausführlichkeit des Systems und der Materie Vorteile gegenüber dem deutschen Recht bot. Schriften wurden aus Frankreich und Italien importiert und fielen in Deutschland auf fruchtbaren Boden, z.B. der *Brachylogus* oder die *Exceptiones Petri*, wie auch spätere Werke von de Révigny, Guillaume de Ferrières und Durands *Speculum iudiciale*.[26] Die Reichskammergerichtsordnung von 1495 bestimmte, es sei zu richten „nach des Reichs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten, der Fürstenthümer, Herrschaften und Gerichte, die für sie gebracht würden.“[27] Diese Formulierung übernahm das hessische Hofgericht fünf Jahre später.[28] In der Formulierung „und gemeinen Rechten“ wurde die offizielle Anerkennung des Römischen Rechts gesehen. Während sich an französischen Universitäten der *mos gallicus* unter den Schülern des Alciatus im 16. Jahrhundert verbreitete,

[20] Coing in IRMAE V, 6 S. 10.
[21] s. Kamptz (Meckl.) T. I S.10f: durch die Hofnotarien und die Geistlichkeit in Mecklenburg setzte sich das Römische Recht ab dem 13. Jh. faktisch durch schon vor der förmlichen Aufnahme im 16. Jh.
[22] Coing in IRMAE V, 6 S. 78.
[23] Coing in IRMAE V, 6 S. 45.
[24] Diez S. 7f.
[25] Eichhorn PrivR (1836) S. 40f ; Coing in IRMAE V, 6 S. 55: Gründung der Universitäten: Heidelberg 1386, Köln 1388, Erfurt 1392, Leipzig 1409.
[26] Coing in IRMAE V, 6 S. 146, 150f, 157.
[27] Zitiert nach Eichhorn PrivR (1836) S. 41 Anm. b, der die Schreibweise angepasst hat.
[28] v. Meibom/Roth T. I S. 44: Auch in Hessen wurde dieser Eid der Hofrichter nicht als Einführung, sondern nur als Anerkennung des Römischen und kanonischen Rechts angesehen.

der hauptsächlich in der wissenschaftlichen Aufarbeitung des Römischen Rechts bestand, folgte man in Deutschland noch weitgehend dem *mos italicus*, der sich unter anderem dadurch auszeichnete, dass in das Römische Recht anderes Recht aus der Praxis eingearbeitet wurde, auch wenn einige Ideen der differenzierteren Betrachtungsweise des *mos gallicus* Einzug in die deutsche Rechtsprechung fanden. Einige Größen der französischen Doktrin waren nicht zuletzt zur Zeit der religiösen Wirren nach Deutschland geflohen, wie Dumoulin, Donellus, Balduin oder Hotmannus. Ab dem 16. Jahrhundert erst erlangte das sogenannte deutsche Recht wieder an Bedeutung,[29] auch wenn gleichzeitig bei den Partikularrechten die Tendenz eintrat, Landesrecht auf der Basis der gelehrten Rechte zu erlassen.[30] Die Entwicklung war damit in diesem Punkt nicht viel anders als in Frankreich; es war die Zeit des nationalen Rechts, nur die Fürsprecher des nationalen Rechts waren in Deutschland weniger einflussreich. In den überarbeiteten Stadtrechten wurde das alte Recht mit Römischem Recht ergänzt.[31] Landesherren versuchten immer wieder, Römisches Recht zur Durchsetzung zu verhelfen; Verfasser von Landesrechten stellten der Praxis zur Wahl, welches Recht sie anwenden wollten, was zu einer Bevorzugung des Römischen Rechts führte.[32] Man sah sich in der Tradition der Römischen Imperatoren und des Römischen Rechts, bis Hermann Conring (1606-1681) im 17. Jahrhundert der Annahme, Kaiser Lothar III (1125-1137) habe das Römische Recht in Deutschland rechtsverbindlich gemacht, ein Ende setzte.[33] Ende des 17. Jahrhunderts prägte Samuel Stryk (1640-1710) den Begriff *usus modernus*. Man löste sich von den römischrechtlichen Vorgaben und bezog Partikularrechte in die Besprechung des Römischen Rechts ein. Ulrich Zasius (1461–1535), Matthias Wesenbeck (1531–1586), Christoph Besold (1577–1638), Benedikt Carpzov (1595–1666), Hermann Conring (1606–1681), David Mevius (1609–1670), Wolfgang Adam Lauterbach (1618–1678), Georg Adam Struve (1619–1692) und Justus Henning Böhmer (1674-1749) sind bekannte Vertreter des *usus modernus*. Selbst als das sogenannte deutsche Recht näher untersucht wurde, kam es zu keinem Bruch mit dem Römischen Recht. Noch einige Jahrzehnte vor dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches wurde hochgehalten, dass das Römische Recht die *lex scripta* sei, nicht nur die *ratio scripta*. Allerdings wurde dabei betont, es seien davon Ausnahmen zu machen im Prozessrecht, im öffentlichen Recht, bei Rechtsfiguren, die typisch römisch gewesen seien (Sklaven …) und bei Rechtsverhältnissen rein deutschen Ursprungs, die nach

[29] Gerber/Cosack (1895) S. 1ff.
[30] Coing in IRMAE V, 6 S. 103.
[31] Eichhorn PrivR (1836) S. 20.
[32] Maurenbrecher T. I S. 48f.
[33] Hattenhauer Rdnr. 26.

germanischem Recht zu beurteilen seien.[34] Mit der Zeit hätten sich Römisches und deutsches Recht zu einem Recht vereint; das Römische Recht sei „als deutsches Recht wiedergeboren und in den Fluß unseres Rechtslebens hineingeleitet“ worden. In das als ganzes aus dem Römischen Recht übernommene System sei das deutsche Recht eingefügt worden,[35] was möglich war, da das Römische Recht dem örtlichen Gewohnheitsrecht nicht feindlich gegenüber stand. Diese faktische und förmliche Präsenz des Römischen Rechts erhielt sich bis zu den ersten Kodifikationen. In einer Vorrede zum Projekt für einen *Codex Iuris Fridericianus* von 1750, § 31, wurde darauf hingewiesen, dass man lateinische Bezeichnungen hätte beibehalten müssen, „weil eines theils die Advocaten sowol, als die Richter von so langen Jahren her daran gewohnt, und die Termini gleichsam naturalisiret sind; andern theils sehr schwer fallen dürfte, dieselbe in das Teutsche zu versetzen: weil diese Sprache nicht dazu gemacht ist, eine Sache auf eine kurtze Art zu exprimiren.“ Aber auch die Nachteile des Römischen Rechts verschwieg man nicht: In der Einleitung zu diesem Projekt wird ausgeführt, dass das Römische Recht viele Vorzüge habe, aber einfach zu konfus sei und man lange Jahre aufbringen müsse, um es zu lernen.
Diese starke gewachsene Position des Römischen Rechts war eine gute Voraussetzung dafür, dass letztendlich § 477 BGB (1900) als Länge der Verjährungsfrist sechs Monate bestimmte.

3. Die Stellung der Reichsgesetzgebung

Im Mittelalter war das Privatrecht durch das Gewohnheitsrecht bestimmt, da Reichsgesetze eher selten waren. Die Reichsgesetzgebung gewann ab Ende des 15. Jahrhunderts an Bedeutung, aber man darf ihren Einfluss auf das Kaufrecht nicht überschätzen. 1495 kamen in Worms die Reichsstände (Kurfürsten, Reichsfürsten, Reichsstädte) und der deutsche Kaiser zusammen, um die andauernden Fehden in Deutschland zu unterbinden und dem Kaiser die finanziellen Mittel in die Hand zu geben, die Reichsintegrität zu verteidigen. Man war sich einig, dass eine 'Reformation' notwendig sei. Anders als in Frankreich gab es weder ein einheitliches Steuerwesen noch eine zentrale Verwaltung. Der Kaiser war schwach und konnte nur in Zusammenarbeit mit seinen Fürsten Gesetze erlassen; die Reichsstädte hatten wenig Einfluss. Die Reichsgesetzgebung hatte nicht die Gewalt, ein umfassendes Privatrecht

[34] Vangerow T. I S. 13f §5.
[35] Gerber/Cosack (1895) S. 6f Anm.*.

zu diktieren,[36] so dass natürlich auch durch sie das Römische Recht wenig verbreitet werden konnte.[37] Durch Reichsabschied wurde 1495 ein Ewiger Landfrieden verkündigt und ein Gewaltmonopol des Staates errichtet. Das neue Reichskammergericht konnte zum ersten Mal in Abwesenheit des Kaisers entscheiden, was ein wichtiger Schritt hin zu einem einheitlichen Recht war. Spätere Reichsabschiede betrafen die Gewährleistung nicht direkt, sondern nur indirekt durch strafrechtliche Regelungen,[38] ähnlich wie in Frankreich. Es gab Reichsgesetze, die gewisse Betrügereien wie z.B. den Verkauf bei schlechtem Licht[39] unterbinden und einen gewissen Qualitätsstandard von Waren sichern sollten. Da sich die diversen Regenten der deutschen Länder 1530 nicht auf ein einheitliches Maß für Tuch, Wein und Bier einigen konnten, wurde 1548 und 1577 erlassen, dass Kurfürsten, Fürsten und Stände für Regelungen in ihren Ländern sorgen sollten.[40] All diese Betrügereien standen zumindest unter der Strafe des Einzugs der Ware. Ein Augsburger Reichsabschied von 1551 spricht sich gegen Betrügereien bei Safran aus, „Als uns auch glaublich angelangt, daß sich des Markgin und arragonischen Safrans halben beschwerliche Mängel, Gefahr und Vortheil erregen, also daß der Markgin Safran durch Befeuchtigung in den Misten unreiner als vor Alters aus Frankreich, desgleichen der arragonische Safran, welcher sonst viel besser seyn soll, als die andern aus Arragonien weit geschmirter und feister, als hierbevor beschehen, gebracht, das Gut damit gefälscht, und der Käufer gefährdet wird, auch weder recht noch billig, daß einer Oly, Schmalz, oder andre Unsauberkeit für Safran bezahlen soll." Aus Angst, diese Betrügereien würden noch zunehmen, wurde deswegen angeordnet, dass die Kaufleute solchen gefälschten Safran nicht mehr einführen sollten, unter Strafe der Konfiszierung. Betrügereien sollten den Behörden angezeigt werden.[41] Rövestrunck gibt eine Zusammenfassung der diversen Materien und Polizeiordnungen, die für die Zwecke der Arbeit als Beispiel reichen wird: „an den Rahmen oder sonst zu viel gestreckte Wollen Tücher: bey Straff jedes Orts Obrigkeit und Verlust derselben: Reichs Abscheid zu Augsburg Anno 1500.rub. die Tücher soll man genetzt und geschoren verkauffen[42]: Reformat. Guter Policey Imp. Caroli V. zu Augsburg Anno 1530. rubr. Verkauffung der Wollen Tucher gantz

[36] Gierke T. I S. 5f §1.
[37] Coing in IRMAE V, 6 S. 100ff.
[38] Gerstlachers Handbuch der deutschen Reichsgesetze, führt in seinem Band 10 zum Privatrecht keine Reichsgesetze an, die mit der zivilen Seite der Gewährleistung zu tun haben.
[39] Gerstlacher T. IX S. 1367: Reichspolizeiverordnung v. 1548, 1577: Blenden sollten abgenommen werden, damit der Käufer nicht betrogen werde.
[40] Gerstlacher T. IX S. 1343 § 108.
[41] Gerstlacher T. IX S. 1353 § 112.
[42] Gerstlacher T. IX S. 1359ff § 117f: Reichspolizeiverordnung von 1530, 1548, 1577; Augsburger Reichsabschied von 1551.

oder zum Außschnitt bey der Elen. Reform. gut. Polizey An. [anno] 1548. ead. Rubr. R.A. [Reichsabschied] zu Speyer An. 1570. § wir seyn darneben. Reichs Policey-Ordn. zu Franckfurt An. 1577. gebessert / tit. 22. Tuch so betrieglich oder fressender corrosiffarb (so man die Teuffels-Farbe nennet) geferbet: [43] *quod venditum fisco applicatur, & vendens in super infamia notatus, poena arbitraria punitur*: Reichs-Policey Ordn. Anno 1577 zu Franckfurt gebessert/ tit. 21. Item gefärbte Ingber: Reform. guter Policey Imp. Caroli V. Anno 1530. zu Augsburg. rubr. von Verkauffung deß Ingbers & Reform: guter Policey Anno 1548. rubr. Verkauffung deß Ingbers…Item Zucker/ Pfeffer/ Saffran und andere Gewürtz oder Specereyen den andere materialien eingemischt[44]: welche bey Poen derselben Verwürckung und confiscation verbotten/ In deß H. [Heiligen] Reichs Policey Ordn. Zu Franckf. anno 1577. gebessert / … Geschwärte Seide: Alte verlegene und undüchtige Apoteck/ Materialien und Species der Artzney/ d. Reform, gut. Policey anno 1548. rubr. von Apotecken: & Imp. Rudolphi II. Policey-Ordn. zu Franckf. anno 1577. gebessert[45]. tit 34. Silberwerck dessen jede Marck nicht 14. Loth feines Silbers hält und die Prob nicht hat[46] … Wein der mit Kalch oder dergleichen schädlichem Gemacht / Zusatz oder Einschlag oder sonst zu starck oder mehr als in ein fuderich Faß mit einem Loth lauter Schwefels bereitet/ oder bedämpfet od' mit Wasser gefälschet: Imp. Maximiliani I Ordnung über die Wein zu Freyburg anno 1497. rub. So man die Weine ablassen wolt … Item Most / so mit bedämpfen gemacht/ und nicht mit steter ordentlicher Füll gehalten/ damit sie vollkomblich und gäntzlich biß zum ablassen ihre Verjährung haben mögen… So die Weinbeer zur Kälter bracht. Item Würtzwein/ Beerwein/ Kemptwein …welchen schädliche oder böse Gemächt oder Zusatz gethan oder unter andern gezogen und damit gemehret[47]. Imp. Maximiliani I Ordnung über die Wein… Welche ally bey Straff Ehren/ Leib und Guths/ auch daß den Fassen die Boden außgeschlagen/ der Wein verschüttet oder confiscirt werden solle/ im H. Reich nicht verkäufflich…" [48] Wie in Frankreich haben diese Polizeiordnungen einen indirekten Einfluss auf das zivile Gewährleistungsrecht. Rövestrunck behandelt diese Fälle Anfang des 17. Jahrhunderts als Ware, die zur Gewährleistung berechtigt, nicht nur zu einem Strafverfahren gegen den Verkäufer. Diese Regeln enthalten aber keine Fristenbestimmungen; sie können damit keinen

[43] Gerstlacher T. IX S. 1364f: Reichspolizeiordnung v. 1577; Regensberger Reichabschied v. 1594 zu Seidentüchern, ebf. v. 1603 zu Woll- und Seidentuch, wiederholt 1668.
[44] Gerstlacher T. IX S. 1352 § 112: Reichsverordnung von 1530, 1548, 1577 zu Ingwer, Safran, Pfeffer
[45] vgl. Gerstlacher T. IX S. 1354 § 113: Reichspolizeiordnung von 1548 und 1577.
[46] zu Goldarbeiten: Gerstlacher T. IX S. 1367 § 122: Reichspolizeiordnung von 1548 und 1577.
[47] vgl. Gerstlacher T. IX S. 1344 § 109: Weinverordnung von 1487; Reichsabschiede von 1495 und 1498, dass die Landesregenten Regeln erließen, dass der Wein rein bliebe, §1, 2, 6, frei von Zusätzen.
[48] Rövestrunck S. 7ff Rdnr. 11.

Einfluss auf die unterschiedliche Entwicklung der ädilizischen Fristen in Frankreich und Deutschland gehabt haben.

4. Die Partikularrechte in Land und Stadt

Schon früh schritt man wie in Frankreich zur Aufzeichnung der Partikularrechte. Die ersten Weichbilder wurden ab dem 10. Jahrhundert aufgezeichnet.[49] Aus dem 12. und 13. Jahrhundert stammen die Rechte von Magdeburg, Braunschweig, Bayern, Soest, Lübeck, Hamburg, Freiburg, Köln, der Sachsenspiegel und der Schwaben- und Frankenspiegel.[50] Im Rahmen der Romanisierung des Rechts, der Reformationen, wurden sie ab dem 16. Jahrhundert zunehmend niedergeschrieben, um sie in Einklang mit dem Römischen Recht zu bringen oder davon abzusetzen.[51] Die Landesherren mussten zum Erlass des Landesrechts die Stände hinzuziehen. Reichsstädte hatten das Privileg, sich eigene Rechte zu geben. Andere Städte mussten sich ihr Recht vom Landesherrn bestätigen lassen.[52] Anders als im zentralistischen Frankreich gab es kein Äquivalent zur *ordonnance de Montils-les-Tours*, sondern die Eigenbewegung in den Ländern war stärker. Dies führte zu einer Vielzahl von Stadt-, Landrechten, Landsordnungen und Provinzialgesetzen, worunter auch Polizeiverordnungen fallen,[53] in Ermangelung einer umfassenden Reichsgesetzgebung.[54] Die Partikularrechte in Deutschland waren noch zahlreicher als in Frankreich.[55] Bei Maurenbrecher findet sich eine Auflistung der wichtigsten Stadt- und Landrechte, die vor der Kodifizierung Ende des 19. Jahrhunderts noch eine Bedeutung hatten.[56] Als man zur Kodifizierung des BGB schritt, waren große Teile dieser Rechte bekannt, gelistet und durch Druck verbreitet.

Die Ähnlichkeit zwischen landesrechtlichen Verordnungen fällt ins Auge; sie ist zum Teil bedingt dadurch, dass sie unter dem gleichen Landesherrn entstanden, zum Teil haben sie sich untereinander beeinflusst. Durch Territorialgesetzgebung füllten die Länder die Lücken der Reichgesetzgebung, auch im Bereich des Zivilrechts. Darüber standen nur Reichsabschiede und –schlüsse, die ergänzend, gültig im ganzen deutschen Reich, in den einzelnen Ländern

[49] Eichhorn PrivR (1836) S. 18.
[50] Eichhorn PrivR (1836) S. 21 Anm n Nr. 2; Mevius Jus Lub. Praefatio.
[51] s. Eichhorn PrivR (1836) S. 44f.
[52] s. Wissell S. 55 zu den Städten, die die Gerichtsbarkeit erkauften.
[53] Man siehe die Auflistung in Eichhorn PrivR (1836) S. 48ff.
[54] Gierke T. I S. 6.
[55] Basdevant-Gaudemet/Gaudemet Nr. 165.
[56] Maurenbrecher T. I S. 64ff.

hinzukamen. Prinzipiell galten diese regionalen spezielleren Gesetze vor dem gemeinen subsidiären Römischen Recht.[57] Sie setzten aber das gemeine Recht voraus.[58] Wie in Frankreich die *coutumes* beschränkten sich die Landes- und Stadtgesetzgebungen zuerst nur auf bestimmte Bereiche des Zivilrechts, wie an erster Stelle das Erb- und Familienrecht.[59] Erst der Codex Maximilianeus Bavaricus, entstanden 1756 unter Kanzler Kreittmayr behandelte das Zivilrecht umfassend. Anfang des 19. Jahrhunderts wurde vertreten, dass bei einer Rechtsfrage zuerst geprüft werde, ob das Rechtsinstitut dem deutschen Recht, d.h. den Partikularrechten, unbekannt war und aus dem Römischen Recht stamme oder ein römisches Rechtsinstitut ein deutsches verdrängt oder romanisiert habe. Dann wurde Römisches Recht herangezogen. War es ein rein deutsches Rechtsinstitut, musste geklärt werden, inwieweit es abschließend gegenüber dem gemeinen Recht war.[60]

Ein weiteres Problem der Partikularrechte war die örtliche Anwendung. Die Grenzen partikularen Rechts richteten sich nach dem Territorium ehemaliger Hoheitsgebiete, nicht aber unbedingt nach den Verwaltungseinheiten des 18. und 19. Jahrhunderts.[61] Kurz vor Erlass des BGB galt in sechs Siebteln von Preußen das Römische Recht gar nicht; in einigen Enklaven (Hessen-Nassau, Hohenzollern, Teilen Hannovers und Schleswig-Holsteins, dem rechtsrheinischen Teil des Regierungsbezirks Koblenz und Stralsund) galt das Römische Recht subsidiär weiter. In einigen Teilen Preußens regelte das Allgemeine Landrecht (ALR) nicht alle Rechtsgebiete. Im Königreich Sachsen galt nur das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch.[62] In Teilen Bayerns war Römisches Recht subsidiär. Viele andere Kleinstaaten entnahmen Regeln aus den großen Gesetzbüchern Preußens oder Frankreichs. [63]

Das Ende der Partikularrechte kam erst mit Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900.

---

[57] Maurenbrecher T. I S. 2 § 2.
[58] Maurenbrecher T. I S. 52 § 40.
[59] vgl. Hellfeld T. IV 'Soestisches Recht'; Hach S. 185ff zum lateinischen Codex Lübecks (12. Jh.), überliefert aus dem 16. Jahrhundert: Erb-, Familien-, Prozess-, Strafrecht, Bürgerrechte, Schulden, *pax dei*, Schadensersatz, Bürgschaft, Volljährigkeit, Zollbestimmungen; Hach S. 229ff: Codex für Lübeck von 1294: an erster Stelle: Ehe-, Familien-, Erbrecht, Vormundschaft, Ratmannschaft u.a.; Maurenbrecher T.I S. 64 und insb. S. 70 mit einer Auflistung.
[60] Eichhorn PrivR (1836) S. 89f.
[61] Gerber/Cosack (1895) S. 23.
[62] Gerber/Cosack (1895) S. 22f.
[63] Gerber/Cosack (1895) S. 23.

4.1 Die Stellung des Gewohnheitsrechts

Ungeschriebenes Gewohnheitsrecht[64] war neben geschriebenen Rechten anerkannt[65] und hielt sich durch das 19. Jahrhundert hindurch.[66] Wie in ganz Europa nahm es im ländlichen Bereich, im Handel und bei Handwerkern eine große Rolle ein. Insbesondere Handwerkergilden im Heiligen Römischen Reich waren stolz auf die mündliche Überlieferung ihrer Regeln, die sie in den Status einer Art Geheimbundes rückten.[67] Es konnte sogar positives Recht ablösen.[68] Mevius überliefert einen Fall aus dem Jahre 1655 zum Erbrecht, zu dem er anmerkt, wer gegen das Stadtrecht einen Brauch für sich geltend machen wolle, müsse nicht nur beweisen, dass ein Recht aus den städtischen Statuten nicht mehr in Gebrauch sei, sondern auch, welcher Brauch stattdessen gelte, denn *„statuti vis est ex usu.“*[69] Zeugnisse bis ins 17. Jahrhundert zeigen den Vorrang der Gewohnheit vor dem gemeinen Recht.[70] Mit der Niederschrift der Rechte schwächte sich in einigen Regionen die Stellung des Gewohnheitsrechts ab.[71] Mit der Reichskammergerichtsordnung von 1495 waren prinzipiell alle Rechte, geschrieben und ungeschrieben, als Rechtsquellen anerkannt, nur dass die Praxis dies anders sah und die Rechtsprechung sich nur auf die geschriebenen Zeugnisse stützte.[72] Genauso wurde es auch in einzelnen Ländern und den dortigen Gerichten aufgefasst, was der vorherigen Praxis entsprach und nicht erst einen Umschwung darstellte.[73] Im 19. Jahrhundert ging man davon aus, dass Gewohnheitsrecht vor Gericht gleich einer bestrittenen Tatsache vorgebracht und bewiesen werden musste, um in Anwendung zu kommen, sofern es dem Römischen Recht zuwiderlief.[74] Das Gewohnheitsrecht in Deutschland hatte im frühen Mittelalter nicht die gleich große Bedeutung wie in Frankreich.[75] Früh wurde es mit dem für höher angesehenen Römischen Recht vermengt. Die deutschen Aufzeichnungen des

---

[64] Weitzel in La Coutume II S. 331f zur 'Gewohnheit': Das Gewohnheitsrecht sei im Mittelalter eine irreführende Bezeichnung, weil man als Gegenpart das schriftliche positive Recht voraussetzt, das zu diese Zeit noch die Ausnahme darstellte.
[65] Gerber/Cosack (1895) S. 17 Anm. *1.
[66] Eichhorn PrivR (1836) S. 85f.
[67] Hattenhauer in Méditerranées Nr. 37 S. 110: Dekret v. 22.06.1732.
[68] Eichhorn PrivR (1836) S. 95.
[69] Mevius Dec. T. III Dec. 60; s. Weitzel in La Coutume II S. 333.
[70] Weitzel in La Coutume II S. 332f.
[71] Weitzel in La Coutume II S. 334.
[72] Eichhorn PrivR (1836) S. 41.
[73] Maibom/Roth S. 43f: für Kurhessen: Landgraf Wilhelm II ließ den Eid des Hofrichters 1500 nach der Reichskammergerichtsordnung verfassen: „nach gemeynen keyserlichenn beschriebenn rechten, auch nach reddelichen und erbarn statuten, ordenungen und gewonheyten unsers Fürstenthumbs und landtschaft, wo die für sie bracht werden“.
[74] Gerber/Cosack (1895) S. 18 Anm. 3; Eichhorn PrivR (1836) S. 42f.
[75] Gilissen S. 17.

Gewohnheitsrechts sind nicht frei von römischrechtlichen Bezügen,[76] auch wenn die Glossen zu den Texten stärker das Römische Recht einbezogen als die Texte selbst.[77] Im Deutschen- und Schwabenspiegel sowie im Eisenacher und Brünner Rechtsbuch findet sich der Einfluss kanonischen Rechts wieder.[78] Der juristischen Technik und dem vollständigeren Rechtssystem des Römischen Rechts wurde das Gewohnheitsrecht sogar untergeordnet, bis im 18. Jahrhundert durch die Schaffung von Landrechtsbüchern, wie dem preußischen Landrecht, das Römische Recht nicht einmal mehr in subsidiärer Geltung zugelassen wurde.[79] Das positive Recht verdrängte das Römische Recht, das wiederum das Gewohnheitsrecht einschränkte.

4.2 Die Landrechte und die landesrechtlichen Verordnungen

Inhaltlich enthalten die Landrechte und Verordnungen polizeirechtliche Bestimmungen, die das Gewährleistungsrecht indirekt betreffen, zum anderen Gewährleistungsregeln beim Tierkauf und selten beim Kauf von beweglichen Sachen. Mylius führt für den Zeitraum von circa 1550 bis 1750 für die Mark Brandenburg 791 Seiten Verordnungen und Regelungen für den Handel und das Handwerk allgemein an.[80] Darunter findet sich keine zur Frage der zivilrechtlichen Gewährleistungsfristen bei Sachmangel. Hauptsächlich wird behandelt, wer was wo an- und verkaufen durfte und welche Abgaben zu entrichten waren. Denn es sollten keine Monopole entstehen, das Land sollte nicht leergekauft werden, vor fremden Waren und Händlern beschützt werden und niemand sollte die anfallenden Gebühren und Zölle umgehen.[81] Es lag den Landesherren daran, dass das Land und seine Städte mit allem Nötigen versorgt wurden.[82] Im Herzogtum Cleve beispielsweise wurde am 20. Mai 1723 verordnet, dass auf den Märkten in Wesel und Hamm ausnahmsweise auch ausländische Wollprodukte

---

[76] Gerber/Cosack (1895) S. 17.
[77] van Dievoet S. 39: Der Schwabenspiegel bezieht sich auf die Digesten und die Institutionen; die Glossen zum Sachsenspiegel von Joh. von Buch (1290-nach 1356) und Nikolas Wurm (um 1365-nach 1401) zeugen vom Studium der Autoren [wohl] in Bologna; vgl. Hiram Kümper in: BBKL Band XXIV (2005) Spalten 370-373 'Buch', Band XXV (2005) Spalten 1547-1549 'Wurm'.
[78] van Dievoet S. 41.
[79] Gerber/Cosack (1895) S. 18.
[80] Mylius T. V Abt. II.
[81] z.B. Mylius T. V Abt. II Sp. 559ff: wo Pferde und Vieh zu verzollen sind; wer nicht mehr Freischeine erhält, damit die Tiere abgeliefert werden können.
[82] s. Mylius Magd. Pars III Cap. XVIII S. 80 § 1 (Ende 17. Jh.): „Es soll die Obrigkeit in denen Städten alle Sorgfalt anwenden, dass die Bürgerschaft mit Korn, Fleisch, Brodt und anderer Nothdufft zu gnüge versehen sey“; s. Cap. XXIII: kein Leerkaufen des Lands, es sei denn zum Weiterverkauf in die Städte und nur zu bestimmten Mengen.

verkauft werden durften.[83] Der Markgraf von Brandenburg wiederholte am 19.August 1676 das für das Heilige Römische Reich ergangene Verbot, keine Pferde mehr an den Feind in Frankreich zu verkaufen, da aufgefallen war, dass nicht nur fremde Händler bis zu 500 Pferde auf einen Schlag eingekauft hatten, sondern dass auch einheimische Händler mit dem Feind Handel trieben.[84] Andere Edikte dienten der Verhinderung oder Eingrenzung von Viehseuchen.[85] König Friedrich Wilhelm von Preußen wiederum hob viele Steuern auf, um den Pferdemarkt in Magdeburg wieder zu beleben.[86] Ein Edikt vom 4. September 1651 hielt fest, dass sich die Pferdeverkäufer der Mark Brandenburg beschwert hatten, dass sich nicht ansässige Händler in den Handel mischten. Daraufhin erneuerte Friedrich Wilhelm, Markgraf zu Brandenburg, eine Strafverordnung, die seine Zollbeamten anwies, besser darauf zu achten und die Namen und Adressen dieser Leute aufzunehmen.[87] Eine Verordnung vom 2. Juli 1624 hob das Verbot der Ausfuhr von Vieh vom 22.2.1623 wieder auf mit einer Ausnahme für Pferde, die weiterhin das Land nicht verlassen durften.[88] Am 24.10.1628 verbot Markgraf Georg Wilhelm die Ausfuhr von Hopfen.[89] In diesem Sinne gab es Ausfuhr- und Aufkaufverbote für viele Waren, um den Markt zu regulieren.[90]

Gleichzeitig trugen die Landesherren Sorge, eine Mindestqualität der Waren zu sichern. Die Polizeiordnung von 1618 der Herzogtümer Braunschweig, Lüneburg, Celle und Grubenhagen, die gleichermaßen im Stift Minden galt, hielt fest, dass auf den Märkten des Landes nur „guete frische Wahren, an Butter, Kesen, trunckenem, und eingemachtem Fischwercke, und anderem“ zu einem vernünftigen Preis verkauft werde. Man sollte darüber wachen, dass das Brot gut und gar verkauft werde, insbesondere zum richtigen Gewicht. Die Fleischhauer sollten „Gesundt, und Veist Viehe schlachten“. Schlechtes Brot und Fleisch sollten, sofern genießbar, an die Armen gegeben werden, und eine Strafe wurde verhängt.[91] Art. XVII dieser Polizeiordnung regelte gewisse Qualitätsanforderungen an die Ware der Gold- und Silberschmiede, Kannengießer und anderer Handwerker, die mit Eisen, Leder, Fellen und anderen Werkstoffen arbeiteten. Entsprechendes galt in der Mark Brandenburg für die Pfeffer-Küchler-Meister, die „gute und gesunde Waare“ herstellen sollten,[92] oder die

[83] Scotti Nr. 945.
[84] Mylius T. III Abt. II Sp. 85f.
[85] z.B. Mylius T. V, Abt. IV Sp. 423ff.
[86] Mylius T. VI Abt. II Sp. 165f: Edikt vom 26.4.1716.
[87] Mylius T. V Abt. II Sp. 17f.
[88] Mylius T. V Abt. II, Sp. 81f.
[89] Mylius T. V Abt. II, Sp. 83f.
[90] Silber, Gold, Getreide, Vieh, Wolle, Flachs, Leder, Felle etc.: Mylius T. V Abt. II Sp. 83ff.
[91] Polizeiordnung Minden… Art. XVI.
[92] Mylius T. V Abt. II Anhg. XIII Art. XVI vom 11. August 1734.

Strumpfwirker, die nur gute Wolle verwenden, bestimmte Webstühlmaße einhalten und so gute haltbare Ware herstellen sollten. Altmeister besichtigten die Ware und verhängten Bußgelder, von denen ihnen wegen ihrer Arbeit ein Drittel zufloss.[93] Ein Generalreskript für Württemberg vom 30.12.1755 und 20.11.1776 verbot, schlechten Flachs zu verkaufen.[94] Brot sollte gemäß eines Generalreskripts vom 4.1.1786 ohne Beisätze von Sand, Alaun, Gips, Kreide, Asche oder Saubohnen gebacken werden.[95] Gewürze sollten rein sein.[96] Dies erinnert an die Reichspolizeigesetze. Ähnliche Qualitätsanforderungen gab es für die Färber,[97] Gold- und Silberschmiede,[98] Gürtler,[99] Hafner,[100] Kübler, die Holzgeschirr herstellten,[101] Gerber[102], Seifensieder[103], Seiler[104], Strumpfweber[105] Hosenstricker[106], Tuchweber und andere mit dem Tuchhandel verbundene Berufe[107], Weber[108], Zinngießer[109] oder Schuhmacher. Die Beispiele sind fortsetzbar.[110]

Eine Sachmängelgewährleistung für Sachen, neben dem Viehrecht, wird in den Landrechten und Landesverordnungen kaum angesprochen. Auf Beispiele zu Fristen in diesen Regeln, die die Sachmängelgewährleistung direkt betreffen, wird später eingegangen.

4.3 Das Recht in den Städten

Um eine Idee von den rechtlichen Verhältnissen in deutschen Städten zu erhalten, müssen zum einen die Stellung der Zünfte, zum anderen das allgemeine Stadtrecht beleuchtet werden.

[93] Mylius T. V, Abt. II Anhg. XIV Art. XVIII.
[94] Hezel T. I S. 430 § 1 'Flachs'.
[95] Hezel T. I S. 119 § 3 'Brod'.
[96] Hezel T. II S. 84ff: Genrealreskript vom 10.10.1701.
[97] Hezel T. II S. 176.
[98] Hezel T. II S. 178ff § 2ff.
[99] Hezel T. II S. 185f.
[100] Hezel T. II S. 187.
[101] Hezel T. II S. 188.
[102] Hezel T. II S. 193f.
[103] Hezel T. II S. 197f.
[104] Hezel T. II S. 198f.
[105] Hezel T. II S. 205f.
[106] Hezel T. II S. 207.
[107] Hezel T. II S.207ff.
[108] Hezel T. II S. 216ff.
[109] Hezel T. II S. 227ff.
[110] Mylius T. V Abt. II im Anhang führt die Handwerksordnungen vom Pantoffelmacher, zum Böttcher, Buchbinder, Kannengießer, Kammmacher, Riemer, Korbmacher etc. auf.

4.3.1 Die Stellung der Zunftgerichtsbarkeit

Zünfte, Gilden, Innungen hatten ihr eigenes Korporationsrecht. Von einer eigenen internen Gerichtsbarkeit abgesehen, sind die Verordnungen der Zünfte und Gilden oftmals nicht vom öffentlichen Recht der Städte und Länder zu trennen. Die öffentlichen Verwaltungen nahmen diese Regeln in das Stadtrecht auf oder bestätigten sie durch Privilegienerteilung, ähnlich wie die *statuts* in Frankreich. Die Zünfte in Deutschland hatten einen größeren privaten Einfluss auf die Geschehnisse in der Stadt als die Kooperationen in Frankreich. Ein Stadtrecht ohne diese Zunft- oder Gildenregeln ist nicht wegzudenken, weil dann ein Teil des Polizei- und Ordnungsrechts fehlen würde. In den Räten der Städte waren als angesehene Bürger Angehörige der Zünfte und Gilden vertreten.[111] In Leutkirch und Isny in Oberschwaben bestimmte das Stadtrecht von ca. 1420: „...wenn man ainen rât welen sol, so sùllen ain burgermaister, amman, die alten und nùwen zunftmaister und von ieglicher zunft zwen ailfer dabi sin...“[112] In Überlingen hieß es 1400: „Wir, der burgermaister, die zunftmaister und die rat groß und klein der statt Uberlingen bekennen ... allen den, die diss satzung und abgeschrift iemer vernemend...“[113] In Göttingen brachten 1423 die Knochenhauer einen Kollegen vor den Rat, weil dieser gegen ihr Verbot schlechtes, wandelbares Fleisch verkauft habe, was dieser eingestand. Der Rat verbot diesem die Ausübung des Handwerks und berief die Meister, Beisitzer und Ältesten ein. Nach einer Beratung mit ihnen wurde der Verkäufer nur auf ein Bußgeld verurteilt. Eine Woche später rief der Rat wieder die Meister und Beisitzer zusammen, um eine Methode zu finden, die in der Zukunft einen Verkauf schlechten Fleischs verhindern sollte. Die Meister berieten sich und stellten u.a. eine Liste des wandelbaren Fleischs auf (Ziegen, Sau-, Bockfleisch, finnig...). Denn das Interesse sei gewesen, dass jedermann sagen könne, in Göttingen werde nur gutes Fleisch verkauft.[114] Das Stadtrecht Liegnitz im damaligen Schlesien, heute Polen, wohl aus dem Ende des 14. Jahrhunderts regelte hinsichtlich von Stoffen, die zum Markt gebracht werden sollen, „das sollen die meyster besehen, ab is kawfwirdig ist und eyn gut aberecht habe ... Was die meyster anders befinden, das sollen sie in die morgensproche bringen...“, Art. 5. Handelte es sich um eine kleine Angelegenheit, sollte sie unter den Meistern bleiben, ansonsten vor den Rat gebracht

[111] Wissell S. 59, 64ff.
[112] Müller § 2.
[113] Geier 2, 2 S. 52: Einige Sonderzeichen im Zitat konnten nicht wiedergegeben werden, was aber nicht den Sinn ändert.
[114] v.d.Ropp S. 137ff.

werden, der dann eine Geldstrafe auferlegen würde.[115] Die Handwerksmeister sollten zugleich mit der Wahl eines neuen Rats durch die jeweilige Zunft benannt werden. Diese standen dem Rat dann Rede und Antwort und waren ihm durch einen Eid verpflichtet, „der stat und dem rate ud yrem hantwerke vor schaden zubewaren".[116] Handwerker aus Kempen brachten Kollegen aus den eigenen Reihen vor den städtischen Rat.[117] Ähnliches galt für die Kaufleute, die zwar keine Handwerker waren, wie das Stadtrechtsbuch Wurms anmerkt, aber dennoch in einem Verbund geordnet und Meistern unterstellt waren. Falsche und 'unziemliche' Ware durfte nicht verkauft werden. Solche Ware sollte durch den Rat vom Verkäufer, aber auch vom Käufer weggenommen werden, da beide diesem Verbot zuwider handeln würden.[118] Es verwundert deswegen nicht, dass in den Stadtrechten die Statuten einzelner Zünfte auftauchen.

Die Zünfte waren ein Motor für die Autonomiebewegungen der Städte[119] und zögerten nicht, ihre Autonomie mit Gewalt durchzusetzen.[120] Landesherren hatten teilweise einen Teil der Gerichtsbarkeit als Privilegien in die Hände der Zünfte und Gilden gelegt, die anhand ihrer Statuten richteten.[121] Manchmal erstritt sich eine Zunft das Vorrecht, nicht mehr dem Rat, sondern dem Landesherrn direkt unterstellt zu sein.[122] Dies hatte den Vorteil einer größeren Autonomie, denn der Landesherr war in der Regel fern.

Inhalt der Statuten waren Regelungen zum einen zur Ausbildung und zur Zulassung als Meister, zum anderen zur Herstellung und Qualität der Ware.[123] Im Stadtrecht von Parchim im Mecklenburgischen, Art. 11, wurden den Handwerkern befohlen, „Vermöge ihrer erlangten Rollen, ihrer Waaren, der Gebühr nach, unsträflich fertigen, feil haben und um einen billigen Pfenning verkaufen… ".[124] Die Zünfte selbst führten einen Markenzwang ein, da offensichtlich war, dass die städtischen Beamten nicht alle Waren prüfen konnten. Gerade für den Handel mit auswärtigen Kunden war es erwünscht, gewisse Qualitätsstandards zu halten.[125] Bei Ebel findet sich ein Lübecker Urteil vom 5. Juli 1531, wonach ein Kaufmann anhand der Marke beweisen konnte, das beanstandete Gut sei nicht von ihm.[126] Da das nicht

[115] Leuchte S. 75f.
[116] Leuchte S. 80.
[117] Grünewald S. 98: mit Beispielen von der Mitte des 18. Jahrhunderts.
[118] Leuchte S. 80ff.
[119] Wissell S. 57.
[120] Wissell S. 64.
[121] Jungkunz S. 131; Schmelzeisen S. 302ff..
[122] Keutgen S. 150ff.
[123] z.B. Eiler S. 72 Nr. 36 zu den Bäckern in Limburg 1548.
[124] Kamptz (Meckl.) T. II S. 225: ohne Datum.
[125] Neuburg S. 160.
[126] Ebler Urt. T. III Nr. 254.

reichte, um die Qualität der Ware zu sichern, waren Zunftbeamte beauftragt, die Waren zu kontrollieren und mit einer öffentlichen Marke zu versehen.[127] Oftmals bestand zwischen den Zunft- und Gildenmitgliedern und den städtischen Kontrolleuren Personalunion.[128] Die Zünfte und Gilden übernahmen damit einen Teil der Gewerbepolizei.[129] Krameramtsordnungen zeugen davon.[130] Diese Verquickung war in Deutschland stärker ausgeprägt als in Frankreich.[131] Prinzipiell waren die Entwicklung und die Stellung der Zünfte und Gilden in jeder Stadt anders, so dass nur einige Tendenzen festgestellt werden können. Es scheint, dass zunächst die Handwerker und Kaufleute einem städtischen Beamten untergeordnet waren: Der Marktmeister, der *magister fori*, war dafür verantwortlich, „wandelbare" Ware, d.h. schlechte Ware vom Markt zu verweisen. Dazu standen ihnen „Schauer" und „Visirer", Versucher, zur Seite. Die Marktpolizei suchte Streitigkeiten, Betrügereien hinsichtlich des Maßes und der Qualität zu verhindern und zu ahnden.[132] Mit Erstarken der Meister rückte dieser städtische Beamte in eine Nebenrolle. Die Meister übernahmen die Kontrolle, während der Marktmeister sich begnügte, Amtsgelder zu kassieren. Das hatte den Vorteil, dass die Meister ihr Handwerk und die nötige Qualität der Waren kannten. Hingegen war in Frankreich die Kontrolle mit Ausnahme einiger Städte[133] in der Regel abhängig vom *prévôt.*[134]

Die stadtinterne Kontrolle diente auch der Monopolsicherung gegen freie Händler und Kaufleute, die die Stadt unterstützte. Für Gäste, d.h. für Nichtbürger einer Stadt, galten auf den Märkten besondere Regeln, die sich im Allgemeinen in Einschränkungen ihrer Gewerbefreiheit und anderen Beschwernissen äußerten.[135] Oftmals wurde den Gastwirten auferlegt, sie mit der jeweiligen Stadtverordnung bekanntzumachen.[136] Kunden sollten zudem keinen Anlass haben, aus Angst vor Betrügereien bessere Ware an anderen Orten zu suchen.[137]

Bei Zuwiderhandeln konnten die Zünfte, Gilden oder Marktaufseher Strafen verhängen, die in der Regel in der Vernichtung der Ware, in Geldbußen oder dem Ausschluss vom Gewerbe

---

[127] Schultheiß S. 92, 94 für Tuch in Nürnberg im 14. Jahrhundert.
[128] Neuburg S. 160ff.
[129] Weider S. 240f, 243ff : In Quedlinburg übten Gilden die Marktpolizei für Lebensmittel schon 1052 aus.
[130] s. Deus T. 5 S. 688ff für Soest.
[131] Neuburg S. 162.
[132] Gengler S. 167f.
[133] Neuburg S. 163.
[134] Neuburg S. 162.
[135] z.B. Eiler S. 71 Nr. 34: Ausländische Metzger durften in Limburg 1548 Fleisch *en gros* verkaufen, aber sollten sie Speck anschneiden, sollten die Metzger der Stadt die Stadtknechte holen und den Speck wegnehmen.
[136] Gengler S. 163ff; Schmelzeisen S. 302ff; für Ausländer s. Schmelzeisen S. 298f.
[137] Jungkunz S. 86f.

bestanden; im Allgemeinen wurden Ansprüche des Käufers in den Statuten nicht berücksichtigt. Schlechte Ware, die nicht Kaufmannsware war, wurde vernichtet, manchmal musste der Verkäufer zusätzlich eine Strafe zahlen, insbesondere, wenn er bösgläubig gewesen war.[138] Die Gesetzgebung in einigen Ländern aus dem 19. Jahrhundert hat mäßigend auf einige dieser Strafen eingewirkt.

Zur Durchsetzung ihrer Statuten hatten die Zünfte teilweise Sondergerichte. Die Satzung von Überlingen aus dem frühen 15. Jahrhundert bestimmt in § 144 die Gerichtsautonomie der Zünfte für die Angelegenheiten, die das Handwerk angehe.[139] Der übervorteilte Käufer konnte in Fürth im 18. Jahrhundert vor der Zunft klagen, musste aber einen Gerichtskostenvorschuss leisten, den er ersetzt bekam, wenn er den Streit gewann.[140] Dieses finanzielle Risiko wäre der Käufer nicht eingegangen, wenn er nicht gleichzeitig auch einen privaten Vorteil wie die Wandlung oder Schadensersatz gehabt hätte.

Stadtrecht und Zunftverordnungen sind nicht voneinander zu trennen.

4.3.2 Die Stadtrechte und das Gewährleistungsrecht

Die Stadtrechte werden als „vielleicht die bedeutendste und reichste Rechtsentwicklung der späteren Jahrhunderte des Mittelalters in Deutschland“[141] bezeichnet. Ab der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts setzte die Bewegung ein, Stadtrechte zu verfassen und sich der Stadtautonomie bewusst zu sein.[142] Es war möglich, dass bei der Verfassung der Statuten und Stadtrechte ein Jurist die Feder führte, der zumindest über den Aufbau, die Sprache und einige Rechtssätze mitentscheiden konnte.[143] Stadtrechtsfamilien bildeten sich dadurch, dass Städte ihr eigenes Recht an fremde Städte weitergaben oder jene neues Recht anhand dieses Stadtrechts formulierten; bei Streitfällen konnte sich der Rat ebenfalls an die ‘Mutterstadt’ wenden, auch wenn diese politisch unabhängig voneinander waren.[144]

Stadtrechte waren wie die *coutumes* ein Sammelbecken verschiedenster Regeln zur Stadtverwaltung, zum städtischen Gerichtswesen, zum Strafrecht, zu den Zunftordnungen und zu Teilen des Zivilrechts, insbesondere, wie in den *coutumes*, zum Ehe- und Erbrecht. Im

[138] z.B. Eiler S. 67f Nr. 31 für Limburg 1548: Die Kontrolleure dort wurden ‘underkauffer’ genannt; sie wurden in Naturalia von der Ware bezahlt.
[139] Geier 2, 2 S. 95f.
[140] Jungkunz S. 85.
[141] Coing in IRMAE V, 6 S. 103.
[142] Eisenhardt S. 57.
[143] Coing in IRMAE V, 6 S. 103f.
[144] s. Leuchte S. XXI für das Magdeburger Recht in Liegnitz und Breslau.

Falle von Rechtslücken konnten die Richter auf die lokalen ungeschriebenen oder nicht offiziellen Gebräuche oder die juristische Literatur zurückgreifen. Ihnen standen oftmals auch die sogenannten Weistümer zur Seite, die ab dem Mittelalter vor allem im ländlichen Bereich Rechtssätze der Gesellschaft für die Verwendung vor Gericht festsetzten.[145] Vor allem findet man sie in Südwestdeutschland und am Oberrhein ab dem 14. Jahrhundert mit einem zeitlichen Schwerpunkt zwischen 1450 und 1650.[146]

In den Stadtrechten, weniger in den Landrechten, entwickelte sich das Schuldrecht im Mittelalter zu einem differenzierten eigenständigen Teil des Privatrechts hauptsächlich auf der Basis germanischen Rechts.[147] Da die Rechtsfortbildung innerhalb der Grenzen der Stadtautonomie durch Ratsbeschlüsse und Urteile erfolgte, wurde sie nicht verstärkt auf gelehrtes Recht gestützt.[148] Im 16. Jahrhundert fasste man viele Stadtrechte neu. Den überarbeiteten Rechten gab man den Namen Reformation,[149] ein Modewort dieser Zeit, die Recht, Gesellschaft und Religion erneuern wollte. Stadtrechte lehnten sich eindeutig an das Römische Recht an, inhaltlich und strukturell, auch wenn sie es nicht ausdrücklich sagten.[150] Wie weit Römisches Recht ins Stadtrecht Eingang gefunden hat, hing zum einen davon ab, wie weitreichend das alte Stadtrecht bereits aufgezeichnet war; je ausführlicher dies geschehen war, desto weniger griff man auf Römisches Recht zurück. Zum anderen spielte die Kenntnis des Stadtschreibers vom Römischen Recht eine Rolle.[151] In Freiburg im Breisgau verfasste Ulrich Zasius (1461-1535) das Stadtrecht, der dem Römischen „kaiserlichen“ Recht eine starke Position einräumte.[152] Da alle Regionen und Städte Deutschland unterschiedslos dem Heiligen Römischen Reich angehörten, wurde es bis zum 17. Jahrhundert als selbstverständlich angesehen, 'kaiserliches' Recht einfließen zu lassen und dennoch seine regionale Identität und Autonomie zu wahren.

Eine Auswahl an Beispielen wird reichen, um einen Eindruck von der Situation in den deutschen Städten zu erhalten. Wie die Landrechte und landesrechtlichen Verordnungen betrafen die Stadtrechte das Gewährleistungsrecht zumeist indirekt.

---

[145] Werkmüller in La Coutume II S. 313f.
[146] Werkmüller in La Coutume II S. 315.
[147] Gierke T. III S. 3 § 173.
[148] Eisenhardt S. 58.
[149] Gerber/Cosack S. 21.
[150] z.B. Germann S. 6f zu Lübeck.
[151] Kaspers u.a S. 49.
[152] Kaspers u.a S. 56.

In erster Linie setzte der Rat im Marktrecht neben den fälligen Abgaben[153] die Maße, Gewichte[154] und den Preis[155] fest. In der Neubrandenburger Bürgersprache in den polizeilichen Verordnungen sollten beispielsweise die Handwerker und Bäcker sich insbesondere an die Gewichte halten, Art. 13.[156] Wie in Frankreich gab es in den Städten die Regelungen zur Wahrung eines Qualitäts- und Hygienestandards in der Form von polizeilichen Verordnungen und von denen der Zünfte und Gilden, welche unabhängig von der Stadtverwaltung oder mit dieser zusammen über das Einhalten gewisser Produktionsstandards wachten. Die Liste der Sachen, deren Herstellung und Qualität durch die diversen Zünfte geregelt wurde, ist, wie auch in Frankreich, lang. Häufig wurde nur darauf abgestellt, die Ware sollte 'gut' oder 'Kaufmannsgut' sein. Das Gegenteil war wandelbare Ware. In Wismar bestimmten die Statuten von 1610, Art. 65, dass Mehl in Tonnen richtig bemessen und unverfälscht als „Kaufmanns-Guth“ verkauft werden sollte bei Androhung von Strafe und Einziehung. Tonnen durften nicht zu klein sein, Art. 64, Fisch musste vor dem Verkauf von offizieller Seite begutachtet werden, Art. 63.[157] In Boitzenburg sollte das Bier gut sein, Art. 12.[158] In Wahren sollten Bier, Brot und Fleisch 'gut und gesund' sein, Art. 3.[159] Die Länge und Genauigkeit der Nürnberger Verordnungen, was an Fleisch durch wen wie verkauft werden durfte, bereits aus einer Zeit vor dem 16. Jahrhundert ist bemerkenswert.[160]
Wie in Frankreich auf den Märkten gab es auch in deutschen Städten eine offiziell eingesetzte Kontrollinstanz für die Warenqualität, die aber nicht die Klagefristen bestimmen konnte.
Der Soester Marktmeister musste einen Eid ablegen, dass er ’unreinen’ Fisch vor den Kämmerer bringe.[161] Der zeitlich spätere Eid lautete, dass er „auf alle kauffmanwaaren von buttern käsen häring stockfisch schollen schellefisch bulck bücking stinte und waß dessen mehr auf das marckt oder in die stadt zu verschliessen gebracht wird, gute und fleißige achtung zu haben, wofern solches aufrichtig kaufmannsgut ist und unsern bürgern zu kauffen nützlich und ongefehrlich, zu der feihlung uf das offene marckt zu gestatten…“.[162] 1441

[153] Gengler StadtR S. 104: Eisenach 1283 § 27; S. 149: Gemünd, Würt. 1401 § 5; Deus T. 3 S. 591, 593 zu Soest (Zollordnung 1360, Steuerfreiheit von Getränken 1360).
[154] s. schon früh Bodenwerder 1287 Art. 29: „*Nullus civem nostrum pro injusto pondere, modio, ulna aut mensura accusare poterit aut gravare, nisi in manibus illius fuerint deprehensa…*“, in Gengler StadtR S. 29; ebd. S. 87: Dortmund 1397 Art. XII; ebd. S. 116: Frankfurt 1295/97, nach einer Kopie von 1470, § 16; S. 129: Freiburg i. Br. 13. Jh. § 46f; Deus T. 3 S. 379ff Leineweberordnung Soest 1480.
[155] z.B. Deus T. 3 S. 340ff: Soester Brot-Tax-Ordnung von 1250/80.
[156] Kamptz (Meckl.) T. II S. 288, vermutlich Ende des 16. Jahrhunderts, S. 289f.
[157] Kamptz (Meckl.) T. II S. 258f.
[158] Kamptz (Meckl.) T. II S. 322.
[159] Kamptz (Meckl.) T. II S. 327 von 1713.
[160] Baader S. 223-236.
[161] Deus T. 6 S. 919, wohl von Anfang des 17. Jahrhunderts.
[162] Deus T. 6 S. 919: Datierung anhand der angaben Deus’ ungewiss, vielleicht 17 oder 18. Jahrhundert.

wurde in Nünrberg die Safranschau angeordnet;[163] daneben gab es die Schau z.B. für Nelken (Gewürz),[164] Tuch,[165] Qualitätsanordnungen für die Mäntler[166] oder Seiler.[167] Ähnliches galt für den Marktmeister und „underkauffer“, dem Kontrolleur, in Limburg Mitte des 16. Jahrhunderts.[168] Die Aufsicht im Stift Minden sollten an jedem Ort „sonderlich wol darzu qualificierte getrewe auffrichtige, den corruptelen widrige Leute, oder Praefecti annonae zuverordenen“ und vereidigte Personen übernehmen.[169] Andere Beispiele lassen sich finden.[170]

Es gab auch eine Tierbeschau. Das Stadtrecht von Duderstadt regelte: „wy ok Varken hir vorkofft, dey schal jenem, dem hey Varken vorkofft, reyne geweren, oder dy besehen laten ; dar to hefft dey rat eynen gesat, dey dy Varken besehen sal, darvon schalman dem von Jedem Varken tweyne pennige geven, dey schal dey utgeven, dey besehen let. Wy ok dey Varken nicht besehen leth edir dy sülvesz besuet, dey sal gelike wolle jo von eynem Varken tweyne pennige geven“.[171] Wer ein Ferkel dort verkaufte, sollte die Haftung übernehmen, es sei rein, oder den vom Rat eingesetzten Zungenbeschauer bezahlen, dass er es mache. Das koste zwei Pfennige pro Ferkel, das der bezahlen solle, der den Auftrag gebe, also der Verkäufer. Aber auch wer die Ferkel nicht besehen ließ oder das selbst tat, musste zwei Pfennige geben, so

[163] Baader S. 136ff.
[164] Baader S. 139.
[165] Baader S. 162, 164.
[166] Baader S. 161.
[167] Baader S. 166.
[168] Eiler S. 73ff.
[169] Polizeiordnung Minden… Art. XVI.
[170] Wolf Anhang S. 81f: Vor einem Verkauf auf dem Markt an Fremde musste in Duderstadt das Tuch von einer Delegation der Kaufleute und Weber besichtigt werden. Den Kaufleuten waren selbst der Aufkauf und der Besitz solch schlechten Tuchs unter Strafe verboten. „Vindet man ok bouse lenewand under dem Kopemann, dat schal hey vorbouthen Jowelk stucke mit anderhalve lode dat schalman deylen alß vor [d.h. an den Rat ein Lot, an die Kaufleute ein halb], hey en late sek den wever allnehemen, dey oeme dat vorkofft hedde.“ Fände man auch böses Leinentuch beim Kaufmann, soll er für jedes Stück als Buße anderthalb Lot zahlen, d.h. an den Rat ein und den Rest an die Kaufleute, er konnte aber auf den Weber zurückgreifen, der ihm das Tuch verkauft hatte. Aus dem Jahr 1434 stammt die Regelung für Wollweber in Duderstadt : „dat sey neymande schullen douck vorkouppen, sey en hessen dat uppe deme rathuse twischen den Sulen twen laten besehen, dat oet werde besegelt und gestreken und schal doun dey dar von dem rade dar tho iß, ein geschworen Knecht gesath. Ok by wem dat man vindet wandelbar Douck eder laken, dy schal dat vorbouten mit eyner halven Margk. Deß schal man dem rade geven eyen ferding, den Kopluden eynen halben ferding, den wulleweveren eynen halven ferdingk. Ok sou en schal man dat wandelbar Douck hir tho Duderstat nicht vorkouppen. Ok welk wantsnider dat koffte, dey solde dat vorbouthen alß vore gescreben steyt. ..“ Niemand solle Tuch verkaufen, das nicht zuvor auf dem Rathaus zwischen den Säulen besehen, besiegelt und gestreckt wurde durch einen geschworenen Knecht, der vom Rat dazu bestimmt sei. Bei wem man wandelbares Tuch oder Laken finde, soll eine halbe Mark Buße zahlen, wovon der Rat die Hälfte, die Kaufleute und Wollweber je ein Viertel bekommen sollten. Das wandelbare Tuch sollte in Duderstadt nicht verkauft werden. Sollte ein Schneider das kaufen, sollte er die gleiche Strafe zahlen. Für die Leinweber galt ähnliches, daß sie „gout Linewand maken“ sollten; machten sie das nicht, mussten sie eine Strafe zahlen, die zu einem Drittel an den Rat, zu einem an die Kaufleute und zum letzten an die anderen Weber (als Gilde) gehen sollte.
[171] Wolf Anhang S. 73f: ohne Datierung, aber Ende 14./Anfg. 15. Jahrhundert eingeordnet, Einschübe von Regeln datiert von 1434 für die Wollweber; etwas leicht andere Umschrift in Gengler S. 186f, zur Datierung s. Gengler StadtR S. 92.

dass der Verkäufer besser daran tat, die Besichtigung vornehmen zu lassen, da er in jedem Fall zahlen musste. Zusammen mit diesem Artikel enthielt dieses Stadtrecht Regeln, dass man Ziegen, Ferkel und Kühe nicht zusammen auf die Weide treiben sollte; Schweine waren im Haus oder Hof zu halten und durften nicht überall ins Wasser getrieben werden; Schlachter durften nicht in den Straßen schlachten.[172] Die Regel zur Ferkelbesichtigung war also inmitten von Hygienemaßnahmen gestellt. Den Metzgern war auferlegt, wandelbares Fleisch zusammen mit anderem minderwertigem Fleisch, wie Ochsen-, Ziegen-, Bock-, Widderfleisch, auf einem besonderen 'Brett' zu verkaufen.[173] „Wey gesath wert tho dem fleysghe, tho beseynde, dey scholen dat fleyß beseyn vor den scharnen, sou wol alß in den scharnen, bowen dem Pale sou wolle alß dar beneden. Und man schal neyn fleysg uphouwen, dat en sy erst beseyn von deu, dey dar tho gesath sinth. Wer dat deyde undanders hilde, wandelbar fleysgh hedde und dat vynnechtig weyre, dey schal deme rade eyne Margk geven tho bouthe ane genade.…"[174] Wenn angeordnet wurde, dass das Fleisch besehen werden sollte, dann soll das vor den Schlachtbänken oder in ihnen, unter dem Pfahl als auch daneben geschehen. Und das Fleisch soll nicht zerhauen werden vor der Beschau durch die offiziellen Beschauer. Wer das anders hielte, wandelbares, d.h. schlechtes Fleisch hätte und das voller Finnen wäre, der soll als Buße ohne Gnade dem Rat eine Mark geben. Diese Art an Beispielen findet sich zuhauf in den Stadtrechten.[175] Wenn man sich an die *coutumes* von St.

[172] Wolf Anhang S. 73.
[173] Wolf Anhang S. 83.
[174] Wolf Anhang S. 83f: Einschub „zwei" wohl durch Wolf.
[175] Die Frauenfelder Stadtordnung von 1331§ 16 in Gengler S. 187: „so welc man swine coft unde de besên let, werdet se eme bracht to hus vor gheve unde gud, unde vind he wele dar mede ungheve up der tunghen, he schal to spreken deme genen, de eme de swine besach ; de schal eme dar vore antworden unde vol don; hevet he der penninghe nicht, he schal beteren mit deme da the hevet." Wer ein Schwein kaufe und es besehen lasse, ihm die Schweine nach Hause gebracht werden als verkaufbar und gut und er welche mit Pusteln von Finnen auf der Zunge finde, dann solle er gegen den Zungenbeschauer klagen, der ihm von seinem Geld oder Gut Ersatz leisten. Im 14. Jahrhundert in Nürnberg waren die Verhältnisse nicht anders: Eingeschworene Meister mussten lebendig importierte Tiere und das Fleisch vor dem Verkauf begutachten und wurden danach bezahlt. Finniges Fleisch musste an einem besonderen Ort verkauft werden, Schultheiß S. 85ff; Baader S. 198ff ; S. 223. Frankfurt am Main regelte früh im 13. Jahrhundert, § 14 : „*…quicumque carnifex vendit scienter rancidas vel putridas carnes, solvet tres libras den. pro emenda, nisi dicat emptori, carnes tales sunt",* § 15, „*Item duo macella deputari et fieri debent, in quibus huiusmodi carnes suspecte vendantur*", Gengler StadtR S. 116, *carnifex* meint eigentlich den Schinder; hier muss es wohl den Fleischhauer meinen. Wenn dieser wissentlich vollkommen verdorbenes Fleisch verkaufe, solle er eine Strafe zahlen, wenn er dem Käufer nichts davon gesagt hatte. Zwei Marktplätze sollten extra für den Verkauf dieses verdächtigen Fleisches abgesondert werden. Es wurde also die Bösgläubigkeit des Verkäufers bestraft. Die Gewerbeordnung der Metzger der Stadt vom 30. April 1618 griff diese Hygienevorschrift wieder auf, ohne auf die Bösgläubigkeit des Verkäufers abzustellen. Es durfte „alles Vieh, so krüppelicht, lahm, pockig, krank, gebrechlich, tragend, von einem Wolf oder thörichten Hund gebissen" weder gekauft, noch verkauft werden. Das Fleisch sollte frisch sein; altes und neues und das Fleisch verschiedener Arten durfte nicht gemischt werden, Elkan S. 97, dort auch Zitat entnommen. Köln gab 1397 einen Amtsbrief an die Fleischer, in dem sie u.a. verpflichtet wurden, sich an die Verordnungen zum Fleischamt zu halten. In einer alten Kölner Fleischmarktmeisterrolle wohl um die Mitte des 14. Jahrhunderts finden sich Regeln, welches Fleisch wie verkauft werden darf. U.a. sollen dabei „pockich hamelvleisch" und „erzetich

Sever, Marsan, Dunois oder Orleans oder die Polizeiordnungen von Paris für die Metzger und fleischverarbeitenden Berufe erinnert, sind die Unterschiede gering. Wichtig war, dass die Stadt, die Armen wie die Reichen, mit Fleisch versorgt würden, wobei die Hygienemaßstäbe nicht den heutigen entsprachen.

Wie die ädilizischen Vorschriften, die „aus einer technischen Marktvorschrift eine Einrichtung des Privatrechts“[176] wurden, regelten in Deutschland und Frankreich die Verordnungen, Statuten, *coutumes* und Stadtrechte, in erster Linie gewisse Verkaufspraktiken durch Strafvorschriften und griffen selten in den zivilrechtlichen Bereich des Käuferschutzes über. „Wandelbar“ habe in den Rechtsaufzeichnungen und Urkunden nicht das Rückgaberecht im heutigen Sinne gemeint, sondern stamme von „Wandel“ für 'Buße', Strafe ab.[177] Die Nürnberger Rechtssprechung hatte dementsprechend Tendenz, vor allem gegen den bösgläubigen Verkäufer vorzugehen.[178] Eine direkte Verknüpfung zwischen der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Seite erfolgte erst spät. Das Generalprivilegium und der Gildebrief für die Mark Brandenburg und Berlin vom 9. Juni 1734 wies die Schlächter an, Art. XIV, „die Stadt mit gutem reinen und gesunden Vieh zu versorgen“ und insbesondere die Preise nicht hochzutreiben. Art. XV ist noch ausführlicher bei kranken Tieren : „Wenn ein Schlächter einen Ochsen oder ander Vieh geschlachtet hätte, welches unrein befunden würde, als wornach die Altmeister ins besondere zu sehen schuldig, sol dasselbe so fort vom Scharn weggeschafft, die Sache wegen Erstattung des Kauf-Pretii zwischen dem Käufer und

---

speck“, kranker Speck, verboten sein, Loesch T. II S. 122 mit Anm. 1, S. 124 mit Anm. 6, S. 126; 1445 Verbot von „voil fleisch“, faules Fleisch, Loesch T. II S. 141. Die erweiterte Fleischmarktmeisterrolle von 1465/1500 hält die Haftung der Unterkäufer, d.h. Beschauer, fest, S. 147f : „Wie man it halden sall, of die underkeufer einich unrein verken vur reine besegen. Vort so en sullen die underkeufer geinen underkouf driven van verken, hei en suille de self besein. Und besuit hei ouch einich unrein verken vur rein, dat man neit rein en findt, dat verken sall hei behalden und geven dem koufmanne sin gelt, of hei sall demgenen, dem hei dat verken gegulden hette, ein m. geven, soverre der burger dat verken behalden wulde.“ Daneben erteilte die Stadt anderen Handwerksberufen ähnliche Amtsbriefe, wie u.a. den Leinenwebern, T. I, 2 S. 133; die Fleischhauer-Ordnung von 1492 regelte in Soest: „..eff wanne swinenvleisch vynnich velt, wanner dat en verkopen will, so lecht me dairunner eyn witt laken; eff me maket dairto eyne vynnebanck, dar me anders neyn vleisch uppe verkopet und gevet dat punt eyns veringes myn dan dat andere swinenvleisch“, Deus T. 3 S. 397. Wenn Schweinefleisch finnig war, musste der Fleischer, wenn er es verkaufen wollte, darunter ein weißes Laken legen, oder aber man machte dafür eine Finnenbank, eine eigene Verkaufsstätte für das Fleisch, an der kein anderes Fleisch verkauft werden durfte, und verkaufte es für weniger Geld. In Limburg galt 1548, dass „finn fleiß“ mit einem roten Zeichen und geschächtetes Fleisch mit einem schwarzen Zeichen auf einer gesonderten Bank verkauft werden musste, Eiler S. 70. Württembergische Metzgerordnungen vom 6.4.1554, von 1567, 1588, vom 26.6.1622, 12.8.1651 und ein Generalreskript vom 10.3.1791 regelten, dass Tiere aus Orten kommen mussten, die seit einem Jahr seuchenfrei waren. Ein Gesundheitszeugnis musste vor dem Schlachten vorgelegt und die Tiere besehen werden, zum einen aus Gesundheitszwecken, zum anderen zur Festlegung der Taxe, Hezel T. I S. 432ff §§ 1f, 5f ’Fleisch’.

[176] Jakab S. 128.

[177] Klischies S. 20-23 führt zahlreiche Beispiele dazu an und kommt zu dem Schluss, dass 'wan' leer, miss-, ermangelnd, 'del' Teil hieße, so dass 'wandel-bar' 'einen Mangel in sich tragend' bedeute.

[178] Klischies S. 51f.

Verkäufer aber, von der Obrigkeit nach den Rechten entschieden werden.“ Ansonsten drohte Strafe. „Ferner ist keinem Schlächter erlaubt, finnicht Schweine-Fleisch zu verkaufen, es wäre denn zuvor durch die verordnete Taxatores, und den Altmeister des Gewercks besehen, und Banckwürdig befunden worden, auf welchem Fal er selbiges nicht in seinem Scharn feil haben, sondern bey demselben, auf einem absonderlichen Tische, alleine auslegen, und dabei ein Täfelein, worauf eine Sau gemahlet, oder daß es finnicht, geschrieben sey, hängen, oder zum Zeichen ein Messer dabey stechen, auch das Pfund 3. Pf. geringer, als die Taxe ist, verkaufen soll .“ Weiterverarbeitet durfte das Fleisch nicht werden. „Die hierbey, zwischen dem Käuffer und Verkäuffer des finnichten Schweines vorkommende Rechts-Frage aber gehört zur Cognition der Obrigkeit.“[179]

Sollte der Schuhmacher einen Schuh nicht nach den Regeln der Kunst oder aus schlechtem Leder hergestellt haben, sah die Schuhmacherordnung in Württemberg von 1745, § 38, vor, dass die Waren konfisziert, der Schumacher zur Herausgabe des Kaufpreises an den Kunden und eine Strafe verurteilt wurde.[180] Dies sind seltene Beispiele, in dem Polizei- und Zivilrecht ineinander übergehen.

Daneben gab es Regeln, die direkt die Gewährleistung wegen Sachmängeln betrafen. Die meisten bezogen sich, wie auf Landesebene und wie in den französischen *coutumes*, auf den Tierkauf. Nur ab und zu wird der Kauf von Sachen angesprochen, nicht aber von unbeweglichen Sachen.

4.4 Die Vermischung von Römischem und deutschem Recht in den Partikularrechten

Dem BGB wurde nachgesagt, einen vermittelnden Standpunkt zwischen dem rein römischen und germanischen Recht einzunehmen und so die deutschen Vorgängerkodifikationen fortzusetzen.[181] Aber bereits die Partikularrechte hatten eine Einheit von Römischem und 'deutschem' Recht geschaffen. Es hat sich eingebürgert, Partikularrechte, insbesondere das Viehrecht als römischrechtlich, deutschrechtlich oder gemischtrechtlich[182] zu bezeichnen, je

[179] Mylius T. V Abt. II Anhg. VIII; s. T. V Abt. IV Sp. 429ff: Edikt durch Friedrich I, Kg. in Preußen, 11.Febr. 1704, Verschärfung der Edikte vom 18.5.1667, 23.5.1682 und 22.4.1689.
[180] Hezel T. II S. 195f.
[181] Ehrlich S. 17.
[182] Die Bezeichnungen 'deutsch- oder römischrechtlich' sind insofern trügerisch, als ein deutschrechtliches System nicht ohne ein zugrundeliegendes gemeines Recht auskam und auch in römischrechtlichen Systemen auf Polizeiordnungen auf Landes- oder Reichsebene oder polizeiliche Regelungen innerhalb der Stadtrechte zurückgegriffen wurde, die die Qualität einer Sache bestimmten. Man muss im Hinterkopf behalten, dass deutschrechtlich bedeutet, dass das Prinzip (Mängelkatalog, kurze Frist, eventuell ab der Ablieferung) aus

nachdem wie viel nicht römischrechtliche Elemente in die Gewährleistungsregeln eingeflossen sind, wie z.B. die Begrenzung der Wandlungsklage durch einen Mängelkatalog unter Ausschluss der Minderungsklage, eine kurze Klage- oder Anzeigefrist oder den Fristanfang ab der Übergabe. Das sogenannte deutschrechtliche System galt im Viehrecht vor 1900 in Bayern, Württemberg, Baden, Sachsen-Coburg, Hohenzollern, dem ehemals nassauischen und kurfürstlich hessischen Teil Hessen-Nassaus, Frankfurt a.M., Elsass-Lothringen und, nur für den Pferdekauf, in Teilen von Hannover, Altenburg, Gotha, Hamburg, Bremen, Lübeck und Anhalt und, nur für Pferde und Rinder, Sachsen-Meiningen, unter Ausschluss des römischrechtlichen Prinzips zumindest im Viehrecht. Dem römischrechtlichen Prinzip unterlagen ansonsten Mecklenburg-Schwerin und Strelitz, Braunschweig, Oldenburg, Sachsen-Weimar, Schwarzburg-Rudolstadt, Schaumburg-Lippe, Lippe-Detmold, die preußischen Bezirke des ehemaligen Appellationsgerichts Köln und des ehemaligen Justizsenats Ehrenbreitstein und Teile Schleswig-Holsteins,[183] Braunschweig sowie in großen Teilen Schleswig-Holsteins mit Ausnahme einiger Enklaven wie Lübeck.[184] Mit einem Gesetz vom 2. März 1839 wurde in Weimar das gemeine Recht eingeführt. In Altenburg und Gotha galt das römischrechtliche Prinzip mit Ausnahme des Pferdehandels.

Die Frage, die man sich stellen muss, ist, wie es später im BGB zu einer Frist von sechs Monaten für Wandlungs- und Minderungsklage beim Kauf einer mangelhaften beweglichen Sache ab Ablieferung und zu einer Frist von einem Jahr ab Übergabe beim Kauf eines Grundstücks kommen konnte. Um den Einfluss des deutschen und Römischen Rechts würdigen zu können, muss man zunächst einen Einblick in die Eigenheiten einiger Partikularrechte erhalten.

Das sächsische Weichbild gibt eine Idee von den Gewährleistungsregeln in einem Teil Deutschlands. Ein weiteres Beispiel dafür sind die Stadtrechte von Hamburg und Lübeck, die mit Soest eine Stadtrechtsfamilie bilden. Man kann bei diesen beobachten, dass das sogenannte deutsche Recht in der Gewährleistung, das einen Gewährleistungsanspruch wegen Sachmängeln entweder ausschließt oder auf einen Mängelkatalog bei einigen Tieren zeitlich stark begrenzt, spätestens ab dem 16. Jahrhundert auf der Basis des Römischen Rechts überarbeitet wurde.

---

deutschen Partikularrechten abgeleitet wurde; dementsprechend könnte man die französischen *coutumes* zum Viehrecht als französischrechtlich bezeichnen.

[183] Stechmalowski S. 1f.

[184] Paulsen S. 163.

4.4.1 Das sächsische Weichbild

Zum sächsischen Weichbild existiert ein Privileg Kaiser Otto III (geb. 980, König/Kaiser 983-1002) aus dem Jahre 999, es selbst ist aber in der überlieferten Form wohl jünger.[185] Datierungsversuche der Schriften drehen sich um die Jahre 1215/1218.[186] Im sächsischen Recht durfte das Pferd nicht starblind, haarschlächtig und stättig sein. In Art. 99 des lateinische Textes steht: „*Vendat si unus equum alteri, ubi & guarendam promisit, guarendare in eo tenetur, quod non sit stativus, ita, quod a loco tempore se offerente ire, & transire nollet: item, quod apparens videre non sit coecus, item quod non sit arrestatus, aut subtractus, sed sit liber, item quod non sit asthmaticus, nec nauseaticus, seu rheumaticus.*" Wenn jemand einem anderen ein Pferd verkaufe, wobei er auch Gewährschaft/Garantie versprochen habe, werde er gehalten zu garantieren, dass es nicht störrisch sei, in der Bedeutung, dass es, weil es sich zu einer bestimmten Zeit widersetzt, nicht von einem Ort gehen und nicht hinübergehen wolle[187], dergleichen dass es nicht starblind[188] sei, dergleichen dass es nicht verpfändet oder entwendet, sondern frei sei, dergleichen, dass es keine Atembeschwerden habe, noch unter Übelkeit[189] oder Ausfluss leide. Andere Gewährleistungsregeln wegen Sachmängeln enthält es nicht.

Die deutsche Fassung, Art. 97, ist kürzer: „Verkaufft ein Mann ein Pferd einem andren binnen Weichbild, da er Gewehrschaft an gelobet, so soll er ihm gewehren, dass es nicht stetig[190] sey, noch starblind, noch ungerechter ankunfft, noch hartschlegig[191].“[192]

---

[185] Ludovicus S. 15.

[186] Weiske S. XV.

[187] *'quod…ire'* ist die Erklärung des *stativus*, eingeleitet durch *ita*, in der deutschen Übersetzung mit stättig wiedergegeben. Inhaltlich ist es eindeutig, dass ein störrisches, widerspenstiges Pferd gemeint ist, das nicht stets dahin geht, wohin der Besitzer will. Die lateinische Konstruktion *a loco…ire* ist nicht eindeutig zu übersetzen. *A loco* gehört zu *ire*; *ire* und *transire* sind wegen ihrer Parallelität zu *nollet* zu ziehen. Damit bleibt eine seltsam anmutende Ablativkonstruktion über, bei der nicht *tempus* das Bezugsobjekt des *se offerente* zu sein scheint, sondern das Pferd, denn ein *tempus se offerens* ist kaum übersetzbar. Vielleicht ist ein Pferd gemeint, dass nicht immer störrisch ist, sondern nur zeitweise, im Sinne von *tempore dato*, gelegentlich. Mit *transire* könnte das Überqueren einer Brücke gemeint sein, so wie in Behamb S. 19f Casus XXXVI bei einer Abrede, das Pferde steige auf keinen Baum.

[188] *Apparens videre* bereitet in der Übersetzung Schwierigkeiten. Vergleicht man den lateinischen Text mit der deutschen Fassung, ist eindeutig, dass blind oder starblind gemeint ist. Nach dem Grimmschen Wörterbuch bedeutet 'staarblind' bei offenen Augen blind, also ein Pferd, das ersichtlich, *apparens*, zu sehen scheint, *videre*, aber dennoch blind ist, *caecus*.

[189] Die Wortwurzel *nausea* (Seekrankheit) lässt nicht viel andere Übersetzungen zu, so dass im Unklaren bleibt, woran ein solches Pferd genau gelitten haben mag. Eventuell könnte man an ein Torkeln denken, vielleicht an Koller. Symptome des Kollers sind allerdings in erster Linie Trägheit, Vergesslichkeit, im weiteren Krankheitsverlauf ein Im-Kreis-Laufen, Schieflaufen oder andere motorische Störungen.

[190] Schoenbeck S. 108: Stättigkeit meint die echte Stättigkeit, die eine Widerspenstigkeit aufgrund einer Hirnstörung sei, und die unechte, die durch falsche Behandlung ausgelöst werde; das Weichbild machte aber diese Unterscheidungen nicht.

Teilweise wurde noch der Rotz als relevante Krankheit angeführt,[193] so wie es sich auch neben dem Koller[194] in der Glosse findet: „Hie merck auch, das eines pferdes verkauffer schuldig ist zu geweren vor rutzigkeit und vor kolderen.“[195] Im Vergleich mit der lateinischen Version fehlt in der deutschen tatsächlich ein Äquivalent zu *rheumaticus* und *nauseaticus*, die eventuell mit Rotz und Koller gleichgesetzt wurden.

Kurz gesagt: Der Verkäufer haftete beim Pferdekauf nur bei einer Haftungsübernahme; durch den Mängelkatalog wurde der Begriff der Gewährschaft ausgefüllt.

Der Deutschenspiegel und der Augsburger Sachsenspiegel gehen beide auf eine Oberdeutsche Sachsenspiegelübersetzung zurück.[196] Der Augsburger Sachsenspiegel, der zwischen 1265 und 1276 verfasst worden ist, wurde durch Augsburger Gewohnheitsrecht ergänzt, aber im geringeren Umfang als der sogenannte Deutschenspiegel von ca. 1274/1275, der daneben noch Reichsgesetze, Beschlüsse des Augsburger Reichstages, den Mainzer und bayrischen Landfrieden und Ratsbeschlüsse verarbeitete. Auf diese beiden Werke basiert der Urschwabenspiegel von 1275/76,[197] der anhand von jüngeren Handschriften aus dem 14. Jahrhundert rekonstruiert wurde.[198] Der Deutschen- und Augsburger Sachsenspiegel enthalten aus dem Zivilrecht u.a. Erbrecht, Eherecht, allgemeine Regeln zur Vollmündigkeit, gestohlenem Gut, Vormundschaft und verschiedene Regeln zum Nachbarschaftsrecht. Art. 351 und 352 (neuer Zählung)[199] des Deutschen- und des Augsburger Sachsenspiegels enthalten eine Regelung der Währschaft. Eine Sachmängelgewährleistung regeln sie nicht. Im Schwabenspiegel handeln Art. 41f vom Kauf gestohlenen Guts.[200] Art. 205 regelt Fragen des allgemeinen Marktrechts und der fälligen Abgaben.[201] Ansonsten schweigt auch der Schwabenspiegel zur Gewährleistung.

---

[191] Tennecker T. II, 3 S. 50ff: Unter Haarschlächtigkeit, Herzschlächtigkeit (in allen möglichen Schreibweisen) oder Dämpfigkeit wurden bis Anfang des 19. Jahrhunderts Krankheiten zusammengefasst, die symptomatisch zu Kurzatmigkeit führten, sei es wegen einer Verschleimung der Luftröhrchen, sei es wegen der Folgen einer Lungenentzündung, wegen einer Vereiterung oder anderer Krankheiten, die z.T. zum Tode führten; McKibbin S. 39: Modernere Bezeichnungen, die der Diversifizierung der Krankheiten Rechnung tragen, setzen sie mit einem Lungenemphysem gleich. Es ist das Äquivalent zum französischen *pousse*.
[192] Ludovicus S. 120.
[193] Stryk Diss. Disp. XXI (von 1674) Cap. XI Nr. 23.
[194] Tennecker T. II, 3 S. 72ff: Koller oder Dummkoller, der angeblich häufig vorkam, bezeichnet einen stieren oder starren Blick der Pferde und die schwere Handhabung eines zeitweise phlegmatischen, zeitweise reizbaren Tieres. Im schweren Fall falle darunter auch eine Art von Epilepsie, bei der das Pferd ohnmächtig wurde. Dieses Umfallen wurde auch Schlag genannt, Tennecker T. II, 3 S. 95ff.
[195] Aus Kraut/Frensdorff S. 304.
[196] Coing in IRMAE V, 6 S. 111.
[197] Eckhardt/Hübner S. VIf, XIII.
[198] Eckhard S. 61ff.
[199] Eckhard/Hübner S. 227f.
[200] s. die Strafnormen Art. 195, 214 (201e), 323, 332 etc.
[201] Eckhard S. 472.

Der Vermehrte Sachsenspiegel, der auch öfters fälschlich schlesisches Landrecht genannt wird,[202] wurde auf Anlass von Johann von Luxemburg, König von Böhmen (1310-1346), 1346 ausgearbeitet und erhielt nie Gesetzeskraft. Vermehrt wurde er durch magdeburgisches, schlesisches, Römisches und kanonisches Recht.[203] Der Vermehrte Sachsenspiegel IV, c, 13, d, 19 fügt hinzu: „Dreierlei ding sint an eime iezlichin pferde, ap is ein man dem andern verkawffit, vor die her im weren sal, is werde benant adir nicht, das irste vor unrechtem anefange das andir vor starblint und das dritte vor howptsuch.“[204] Es 'sollte' der Verkäufer gewähren, d.h. es scheint bereits eine automatische Haftung des Verkäufers auch ohne Zusage angenommen worden zu sein. Weiske fügt an, dass der Verkäufer für das erste, den Rechtsmangel, stets, für das zweite drei Wochen und für das dritte 14 Tage Gewähr leiste.[205] Hauptseuche, howptsuch, hauptsiech ist hier nicht zu verwechseln mit Hauptmängel, wie aus § 482 BGB (1900) bekannt. Das Wort Hauptmangel ist ein Überbegriff für Krankheiten, die als schwer genug angesehen wurden, um ein Pferd unbrauchbar und wandelbar zu machen, und deren Abwesenheit ohne gegenteilige Abrede stets gewährt wurde.[206] Hauptseuche meint oftmals auch die Krankheit Rotz[207], die schon in Frankreich einer der Hauptgründe der Wandlung war. Rotz ist die Krankheit *par excellence*, die ein Pferd nicht nur untauglich machte, sondern auch gefährlich war für Mensch und Tier. Aber howptsuch musste nicht unbedingt Rotz bedeuten.[208] Es scheint, als habe das Frankfurter Stadtrecht von 1417 ‘hauptsiech‘ zum einen mit Rotz, zum anderen mit „St. Veltins- Krankheit“ gleichgesetzt. Sankt Veltin war der Schutzheilige für Epileptiker.[209] Vielleicht waren zunächst Krankheiten gemeint, die den Kopf (Haupt) des Tieres angriffen. Denn die Verknüpfung zwischen der Krankheit Wurm oder Gallen, die sich in Beulen am Körper äußern (Hautrotz), und Rotz oder Fluss (Nasen-, Zungenrotz), die auf ein und denselben Erreger zurückgehen, wird noch nicht gemacht worden sein. Unter Wurm wurden Beulen und Knoten am Hals und anderen Körperteilen des Pferdes verstanden; er war das erste Anzeichen für Rotz, allerdings sah man ihn noch Anfang des 19. Jahrhunderts als vom Rotz eigenständige Krankheit an. Somit wurde dem Wurm zugeschrieben, zum Tode zu führen, im Gegensatz zum Rotz, der nur in

[202] Dazu Gaupp S. 6ff.
[203] Weiske S. XIX.f
[204] ’Drei Dinge sind bei jedem Pferd, das jemand einem anderen verkauft, für er die Gewährschaft übernehmen soll: das erste vom unrechten Eigentum, das andere von der Starblindheit und das dritte von der Hauptseuche.’
[205] Weiske S. 102 Anm. +.
[206] s. Arnold T. II S. 83 Anm. 1.
[207] Stryk zu Lib. XXI, I § XIII S. 688; s. die Frankfurter Reform. II, 9 §4, s. Kraut/Frensdorff S. 304.
[208] Baumeister T. I S. 342 Anm. 15 mit Beispielen aus anderen Stadtrechten.
[209] So sagt schon Luther 1523 in seinem Sermon auf das Evangelium Luc. 16, 19-31 (über Lazarus): „Lazarus ist auch nicht fromm von der Geschwüre wegen: denn wie viel sind ihrer bei uns, die im Krieg umkommen, die St. Veltens Krankheit oder Franzosen haben…“.

Verbindung mit dem Wurm tödlich sei.[210] Rövestrunck im 17. Jahrhundert scheint hauptsüchtig bereits als füllbaren Begriff zu verstehen, der je nach Region unterschiedlich verstanden wurde, was Behamb bestätigt.[211] Es gab neben der Hauptseuche noch andere Krankheiten in den Mängellisten, so dass dies noch kein Überbegriff für alle schweren Krankheiten war, anders als Hauptmangel. In den Viehverordnungen hauptsächlich aus dem 18. Jahrhundert, die Arnold für Deutschland sammelte, spielt der Hauptmangel eine Rolle, nicht aber mehr die 'Hauptseuche'.
Es scheint so, als sei damit nur beim Pferdekauf eine Haftung des Verkäufers eingeführt worden, während bei Kauf einer mangelhaften Sache das Prinzip galt, dass der Verkäufer, zumindest der gutgläubige, nicht haften musste, denn auch andere frühe Überarbeitungen des Sachsenspiegels schweigen zur Gewährleistung wegen Sachmängel.

Das Römische Recht hielt später Einzug. Colerus überliefert die Entscheidung vom Januar 1580 aus Altenburg, dass auch der unwissende Verkäufer eines finnigen Schweins haften müsse, gemäß dem ädilizischen Edikt, weil Finnen den Gebrauch einschränkten. In diesem Fall entscheidet Colerus, dass sich der Käufer selbst zuschreiben müsse, wenn er nicht die Zunge der Schweine beschaut habe,[212] er löst den Fall damit über die Offensichtlichkeit des Mangels. In diesem Zusammenhang zitiert er das Weichbild zum Pferdekauf: „*Daran sol der Verkauffer nachfolgende dinge gewehren. Erstlich das es nicht stätig / oder Kollernd ist: Zum andern das es nicht Starrblind/ noch Harschlechtig: Und dann zum dritten/ das es nicht von unrechter Ankunft.*“ Die Glosse dazu zitiert er so: „*Daß der Verkauffer in allerley Kauffmanschafft/ daran wandel ist/ den Käuffer gewehren muß/ nach Kauffmansrecht*“. Es ist deutlich, dass das sächsische Recht zum Pferdekauf, dass im Weichbild eine Gewährleistung nur bei besonderer Abrede gewährte, im Vermehrten Sachsenspiegel vermutlich eine Gewährleistung wegen dreier Krankheiten auch ohne besondere Abrede zugestand, durch Colerus mit Prinzipien aus den ädilizischen Edikten ergänzt und um eine allgemeine

[210] Tennecker T. II, 3 S. 126ff.
[211] Rövestrunck S. 53 Nr. 3f : „Pferdte welche sind Rötzig oder Haarschlechtig oder Staarblind oder Hauptsiech oder Stettig“; ‘hauptsiech als Mohnaugig oder Rotzig‘; S. 57 Nr. 23: „rötzig, hauptsüchtig, ... bauchbläsig...“: Es ist deutlich, dass Rövestrunck den Begriff in seinen Aufzählungen als einen von vielen in den diversen Partikularrechten genannten betrachtet, allerdings mit einer gewissen Affinität zu ‘rotzig‘; Behamb casus LIX : “hauptsiech, i.e: monaugig oder rotzig.“ Mondäugig wird wohl die Mondblindheit oder auch periodische Augenentzündung meinen; Behamb casus L spricht aber auch schon vom Hauptmangel. Die Formulierung ‘mohnaugig oder rotzig’ stammt aus der Frankfurter Reformation, s. Struve T. II zu D. 21, 1 V ν S. 73 ; Besold cont. S. 583 ‘Roß-Kauff‘; Struve spricht ebenfalls vom Hauptmangel, weswegen der Verkäufer die Haftung ausschließen könne, Struve T. II zu D. 21, 1 V ξ S. 73.
[212] Colerus pars post. S. 39ff, Dec. 228.

Gewährleistung beim Kauf mangelhafter Sachen erweitert wurde, auch wenn Zweifel bestehen, dass damit die ädilizischen Fristen übernommen wurden.

4.4.2 Gewährleistung in den Stadtrechten von Soest, Lübeck und Hamburg

Ein weiteres Beispiel entstammt dem Stadtrecht. Städten wurde durch Herrscher das Privileg erteilt, sich ihr eigenes Recht zu geben oder oftmals, ein fremdes Stadtrecht als ihr eigenes annehmen zu dürfen.[213] In ihnen legten die Städte das fest, was sie gegenüber dem Landesrecht als eigenes Recht gesichert haben wollten. Durch das Implantieren von fremden Stadtrechten bildeten sich sogenannte Stadtrechtsfamilien[214]; durch den Austausch von Ratsbeschlüssen und der Weiterbildung anhand von Urteilen fremder Städte wurde das Band zwischen Städten enger. So entstand eine rechtliche Verbindung zwischen Soest, Lübeck und Hamburg. Vermutlich sind diese Rechte durch das Kölner Recht inspiriert worden, das aber als Mutterrecht in den Hintergrund tritt.[215]

Soest besaß vermutlich schon ein Stadtrecht vor 1165,[216] das für andere spätere Stadtrechte Pate gestanden hat. Zumindest die Verwandtschaft mit dem Lübecker Recht ist unverkennbar,[217] insbesondere im Privatrecht, das westfälisch geprägt war,[218] auch wenn Soester Recht nicht eins zu eins auf Lübeck übertragen wurde.[219] In der sogenannten Alten Soester Schrae[220], dem Stadtrecht, regelte Art. 58: „welick man ein pert kopet, is dat hovet seyck efte starblint efte dempich, dat sal hey wandelen binnen dren daghen, et ne si dat he eme dat vorsegghe.“[221] Wer ein Pferd kaufe und das Pferd sei an einer Hauptseuche erkrankt, starblind oder dämpfig, dann müsse der Verkäufer ihm das wandeln binnen drei Tagen, es sei denn, er habe es ihm zuvor gesagt. Dass die Frist drei Tage beträgt, wie schon in der *lex Baiuvariorum* und den Abhandlungen einiger Kanonisten, könnte ein Zufall sein und ist nicht zu verallgemeinern, auch wenn sich in Bremen in den Statuten von 1433 eine ähnliche

[213] Eichhorn PrivR (1836) S. 60ff ; s. Mylius Magd. Pars III Cap. XV S. 75: Polizeiordnung Ende 17. Jahrhundert: „Einer jeden Obrigkeit in denen Städten soll frey stehen, hiernechst …Statuta und Willkühren zu verfassen, doch sollen selbige, ohne unsere gnädigste Confirmation, von keiner Krafft und Verbindlichkeit seyn“.
[214] Kaspers u.a S. 63 mit einer Karte von Nordeuropa.
[215] Kaspers u.a S. 50.
[216] Schoene S. 9.
[217] Schoene S. 12f.
[218] Böttcher S. 28.
[219] Böttcher S. 18.
[220] Deus T. I S. 51: Die Handschrift enthält keine Datierung; sie sei aber bereits 1350, 1360, 1368, 1377 ergänzt worden.
[221] s. Deus T. 1 S. 61 § 284.

Regelung findet, Ord. 55: „So we deme anderen vorkoft en perd…, de schal des eme waren vor hovet sek und vor stare blint der dage.“[222] Wer einem anderen ein Pferd verkaufe, solle ihm Gewährleistung gewähren wegen der Hauptseuche, d.h. wohl Rotz, und Starblindheit drei Tage lang. In anderen Städten galten andere Fristen, die insgesamt vielfältiger waren im Vergleich mit dem Bild von denen in Frankreich, das in dieser Arbeit auf der Basis der Literatur und der *coutumes* gezeichnet wurde. Diese Regeln sind ein gutes Beispiel für das sogenannte deutschrechtliche Gewährleistungsrecht, das sich durch eine kurze Frist und einen Mängelkatalog auszeichnet, wie schon in einigen *coutumes* in Frankreich. Beide Stadtrechte schweigen zum Fall einer mangelhaften Sache. Der Käufer hatte einen gewissen Schutz durch die Warenkontrollen, aber vermutlich keine nachträgliche Klage gegen den gutgläubigen Verkäufer. Zumindest suggeriert dies auch das Schweigen im Lübecker Stadtrecht.

Lübeck erhielt sein eigenes Recht schon im 12. Jahrhundert.[223] Die ersten Codices sind allerdings erst aus dem 13. Jahrhundert überliefert. Anschließend wurde es mehrfach überarbeitet und ergänzt.[224] 1586 erschien das sogenannte revidierte Stadtrecht, das danach nicht wesentlich mehr geändert wurde. Der Geltungsbereich des alten lübischen[225] Rechts beschränkte sich nicht nur auf Lübeck, sondern erstreckte sich ebenfalls auf Mecklenburg und auf andere Holsteinische Städte[226]. In Mecklenburg erlangte die revidierte Fassung keine Gültigkeit. Das Lübische Recht zeichnet sich dadurch aus, dass es mit Soester, Hamburger Recht, vielleicht auch Schweriner und Schleswiger vermischt worden war.[227] Insgesamt wurde es, alt oder reformiert, in über 120 Orten angewandt.[228] Ebel ging davon aus, dass um 1400 um die 300.000 Menschen nach lübischem Recht gelebt haben.[229] Aus den ersten Codices von 1240 und 1294 sind keine Regelungen zur Sachmängelgewährleistung überliefert.[230] In einer Göttinger Handschrift wohl aus dem Jahre 1254 wurde an das Lübecker Recht das Hamburger Recht aus dem Jahre 1270 angehangen; wohl zwar erst als zwei getrennte Rechte angesehen, wurden diese Rechte in späteren Handschriften miteinander

[222] zitiert aus Kraut/Frensdorff S. 303.
[223] Mevius Jus Lub. Praefatio; Hach S. 11, 15.
[224] Mevius Jus Lub. Praefatio Anm. z.: ab Ende des 16. Jahrhunderts erfolgten immer wieder neue Drucke, zwischen 1582 und 1739 14 Stück.
[225] Lübecker Recht ist das Stadtrecht in Lübeck, lübisches Recht das vom Lübecker Recht abgeleitete Recht in anderen Orten.
[226] S. Kamptz (Meckl.) T. II S. 118: Boitzenburg, 139f: Kröpelin, Wismar Statuten von 1610: S. 252 Art. 33; S. 263: Rostock; T. I § 24 S. 37ff.
[227] Hach S. 1f, 19f.
[228] Böttcher S. 179f mit einer Liste der Orte, ausländische einbegriffen (Estland, Russland, Skandinavien…).
[229] Ebel S. 10.
[230] Im Codex von 1294 zum Kauf findet sich u.a.: Art. 82 regelt den Fall, dass jemand behauptet, ein Pferd gehöre ihm; Art. 23 geht über die Rückgängigmachung eines Grundstücksverkaufs binnen vier Wochen.

verschmolzen.[231] Insofern ist zu zweifeln, inwieweit das Hamburger Recht auch in Lübeck vor 1586 galt.[232] In Art. 322, der zum zweiten Teil der Göttinger Handschrift und damit zum Hamburger Recht gehört, findet man die Regel: „…so welkerhande gut en man koft unde besut unde an syne were bringhet, de schal he gelden.[233] Koft en man quik und besut it, he schal it gelden. En man mot wol swyn beseen dar he se koft off se gheue syn…“,[234] d.h. was für ein Gut ein Mann kauft, beschaut und in seine Gewalt bringt, das soll er bezahlen. Das gleiche galt für „quik“, lebendige Habe, also das Vieh, und Schweine. Demnach hatte der Käufer prinzipiell keine Gewährleistungsansprüche, wenn er zuvor die Sache untersuchen konnte. Ein Mann müsse auch ein Schwein besehen, wenn er es kauft, ob es weggebbar, „gheue“, zum Kauf geeignet sei. Eine Ausnahme galt für den Pferdekauf; dieser konnte rückgängig gemacht werden, wenn das Pferd an der ‘Hauptseuche‘ erkrankt war.[235]

Im sogenannten Revalschen Codex, einer Abschrift des Alten Lübecker Rechts aus dem 15. Jahrhunderts, dessen Vorlagen etwas im Unklaren sind,[236] steht dazu ergänzend: „…men kofft he dat gudt unde in sine were nicht en bringet, so steit dat in sinem behage, est he de kop entfangen will edder nicht, queme dat ock in sine were, unde he dat thovorn nicht beseen hadde, so steit idt aver in sinem behage, wor he dat beholden will edder nicht“. Wenn er also das Gut kaufe und nicht in seine Gewalt bringe, so stehe es in seinem Belieben, ob er am Kauf festhalten wolle oder nicht; käme das auch in seine Gewalt, und er das zuvor nicht besehen habe, so stehe es ihm aber frei, ob er die Sache behalten wolle oder nicht.

In einer Fassung von 1497 wird noch bestätigt: „Welkerhande gud eyn man koft unde besuth unde an syne were brynget, dat schal he gelden“[237], allerdings die weiteren Beispiele wie zu Schwein und Vieh werden weggelassen.

Demnach ist deutlich, dass im alten Lübecker bzw. zumindest im Alten Hamburger Recht von 1270 die Grundregel galt, wer eine Sache besehen konnte und besehen hatte, konnte keine

---

[231] Hach S. 115ff; 118.
[232] Hach S. 152; Lappenberg S. LXXXIf.
[233] Steuernagel, S. 70, führt aus einem ‚alten Codex’ für Lübeck (Colberger Codex v. 1297, s. Kahle S. 4f) an: „Welck Man dem andern sülven wat affköfft, unde dat besicht, dat ydt thor nöge ys, dat moth he betalen“: Wer einem anderen selbst etwas abkauft und es zu genüge besieht, muss es bezahlen.
[234] Lappenberg S. 35f Art. 27 der Hamburger Statuten von 1270: „So welker hande gud een man koft unde besuet unde an sine were bringet, dat schal he gelden… Eyn man mot wol swyn beseen, dar he se koft, oft se geue syn. Koft ok eyn man eyn perd, dar en darf he nicht ane waren den men dar ane sut, sunder houet seek; ere vorwort ne syn anders“; ebd. S. 131 die Fassung von 1292 mit gleichem Inhalt in anderer Mundart.
[235] Klischies S. 29.
[236] Hach S. 150ff.
[237] Lappenberg S. 281.

Gewährleistungsansprüche mehr geltend machen.[238] Diese Regel war praktisch für Lübeck und Hamburg, in deren Häfen ein Umschlagplatz für jede Art von Gut war.

Ebel hat sich die Mühe gemacht, die Lübecker Rechtsprechung zu veröffentlichen. Vom Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts existieren einige Urteile, die in den Bereich der Gewährleistung fallen. Bemerkenswert ist, dass kein Urteil von festen Fristen ausging, sondern anscheinend im Einzelfall urteilte: Der Lübecker Rat entschied am 3. Dezember 1494, der Käufer von 100 Pfund Saatzwiebeln trage die Beweislast, dass die bereits ausgesäten Zwiebeln kein Kaufmannsgut seien und vom Verkäufer stammten.[239] Das Urteil erwähnt keine Fristen; aber die Zeit zwischen Kauf, Aussaat und der Feststellung, dass die Zwiebeln nicht aufgingen, kann keine kurze gewesen sein. Am 15. Dezember 1481 entschied der Rat, dass ein Käufer ein Stück Land, das die zugesagte Eigenschaft als Hopfenland nicht hielt, wandeln konnte.[240] Fristen werden nicht erwähnt, was heute undenkbar wäre. Den Richtern ging es oftmals nicht darum, eine Klagefrist festzustellen, sondern zu prüfen, ob der Käufer den Eindruck vermittelt hatte, die Ware, so wie sie war, anzunehmen. Tonnen Honig, die der Käufer „etlike tijt by sick beholden hadde", konnte er nicht wandeln.[241] Tuch, das der Käufer nach mehr als einem Jahr wandeln wollte, musste er behalten, zumal er es bereits verschnitten hatte.[242] Entweder war dieser Käufer enorm klagelustig oder er ging nach seinem Rechtsempfinden davon aus, eine Gewinnchance zu haben, was nicht der Fall wäre, wenn es eine allgemein bekannte Verjährungsfrist gegeben hätte. Nach drei Reisen nach Bergen und einer Teilzahlung konnte der Käufer eines Schiffes, das zwei Jahre älter war als zugesagt, nicht mehr wandeln.[243] Am 29. Juli 1532 entschied der Lübecker Rat, dass ein Kaufmann, der Tuch bereits weiterverkauft hatte, gegen seinen Verkäufer nicht mehr vorbringen könne, das Tuch sei kein Kaufmannsgut.[244] Bier, das der Käufer empfangen und gekostet hatte, musste er behalten.[245] Wenn ein Fass angenommen wurde, konnte man nicht mehr wandeln. [246] Der Rat von Lübeck gab am 13. August 1513 dem Käufer, ohne Fristen anzusprechen, ein Einrederecht gegen die Kaufpreisforderung des Verkäufers, da er beweisen konnte, die Ware

[238] Baumeister T. I S. 341 : Mit Ausnahme des Kaufs einer Schiffsladung, wenn der Verkäufer verschweigt, dass unten im Schiff schlechtere Ware liege als darüber, S. 346 Anm. 27: Dies sei aus einer Glosse; vgl. S. 348 Anm. 33.
[239] Ebel Urt. T. I Nr. 638.
[240] Ebel Urt. T. I Nr. 257.
[241] Ebel Urt. T. I Nr. 831: 17. Mai 1498.
[242] Ebel Urt. T. II Nr. 629: 17. Juli 1518.
[243] Ebel Urt. T. III Nr. 224: 1530.
[244] Ebel Urt. T. III Nr. 300.
[245] Ebel Urt. T. II Nr. 435: 29. April 1513.
[246] Ebel Urt. T. IV Nr. 506: 5. Aug. 1524.

sei keine Kaufmannsware.[247] Was für bewegliche Ware der Gottespfennig, d.h. die Anzahlung, die Prüfung oder die Entgegennahme war, bestand bei Grundstücken in der Befahrung: Hatte der Käufer das Grundstück in Besitz genommen, hatte der Kauf Bestand.[248]
Hingegen sind die Urteile zum Pferdehandel hinsichtlich der Fristen genauer: Ein Urteil des Lübecker Rates vom 29. September 1494 hielt fest, dass der Käufer nach drei Tagen nicht mehr vorbringen könne, das Pferd sei kein Kaufmannsgut. Der Kauf habe Bestand. [249] Wenn der Käufer ein Pferd acht Tage bei sich gehabt hatte, konnte er nicht mehr wandeln.[250] Acht Tage bezeichnete der Rat 1528 als „so lange tidt".[251] Vermutlich hatte sich in der Rechtsprechung eine Frist von drei Tagen bewährt, vielleicht beeinflusst durch anderes Stadtrecht wie Soest oder Bremen. In einem Fall von 1549 hatte der Verkäufer ein gesundes Pferd versprochen, das nach einem Tag bereits krank befunden wurde und einging. Der Beklagte wandte ein, „dat de cleger ein solch perdt binnen negstfolgenden dren dagen na dem kope nicht wedder gebracht, wo he van rechts wegen tho doende schuldich were".[252]
Eine Zusage verlängerte anscheinend die Fristen: Nach zehn Wochen sollte der Käufer eines Pferdes 1517 nicht mehr wandeln dürfen, es sei denn, er konnte beweisen, dass der Verkäufer ihm eine Zusage gemacht habe, das Tier sei nicht „snoffessch" , schnöbisch.[253]
1586 wurde das Lübecker Recht reformiert. Ihm wurde nachgesagt, es sei der „*utilitas commerciorum & negotiorum*" angepasst, weil es nicht nur auf Römischen Recht basiere, das der *aequitas naturalis* entgegenkomme, sondern in vielen Punkten vom Römischen Recht abweiche.[254] Durch das Lübecker Recht nach 1586 wurde nur der arglistige Tuchhändler verpflichtet, Schadensersatz zu leisten, L. 3 Tit. 6 Art. 11: „Verkaufft einer dem andern Laken oder Gewand, welches der Kauffer in seine Gewer empfangen, wird dann in dem Laken ein oder mehr Riß befunden, so kann sich der Vorkauffer, der es nicht gewusst, mit seinem Eide entlegen, und darff den Schaden nicht gelten, es werde dann ein andres unter ihnen bedinget und abgeredet." [255] Man ging anscheinend davon aus, dass der Mangel am Tuch nicht verborgen sein konnte und nur die Arglist dem Käufer trotz der vermuteten Offensichtlichkeit des Mangels einen Anspruch geben konnte. Anders bei Vieh, L. 3 Tit. 6 Art. 14: „Werden vorkauffte Ochsen, Schweine, Hammel, und ander Vieh, ungesund befunden, die muß

[247] Ebel Urt. T. II Nr. 449.
[248] Ebel Urt. T. II Nr. 286: 3. Dez. 1509.
[249] Ebel Urt. T. I Nr. 621.
[250] Ebel Urt. T. I Nr. 614 (Niedergericht): 1. Sept. 1494.
[251] Ebel Urt. T. III Nr. 96: 13. Mai 1528.
[252] Ebel Urt. T. III Nr. 806: 20. März 1549.
[253] Ebel Urt. T. II Nr. 602: 2. Dez. 1517.
[254] Stryk Diss. disp. XXI (von 1674), Cap. I Nr. 10f.
[255] Stryk Diss. disp. XXI (von 1674), Cap. XI Nr. 22; Mevius Jus Lub. L. 3 Tit. VI Art. XI Nr. 8ff, 10f.

Vorkauffer wieder zu sich nehmen; hat er darumb Wissenschaft gehabt, und also vorsetzlichen ungesund Viehe verkaufft, soll er derentwegen vor der Wette gestrafft werden." Art. 17 desselben Titels regelte für den Pferdekauf: „An verkaufften Pferden darff der Verkäuffer nichts mehr gewähren, als dreyerley, nemlichen, daß es nicht anbrünstig, Stettisch, noch Schnöbisch sey…"[256] Die Idee dahinter ist wohl, dass einige Mängel verborgen waren. Art. 15 desselben Titels lautet: „Kaufft jemand, es sey was es vor Gut wolle, wann er dasselbe zuvorn zur Gnüge besehen, so es kann besehen werden, solches muß er bezahlen; Können aber die Gebrechen mit Menschlichen Sinnen nicht begriffen, und gleichwol hernachmals die Wahren untüchtig befunden werden, soll man die Bezahlung darvor zu thun nicht schuldig seyn, unangesehen daß der Kauffer das Gut in sein Gewer gebracht, were aber der Verkauffer in dolo, so wird er darümb billichen gestrafft."

Heise und Cropp gehen davon aus, dass Sinn dieser Regelungen nicht in erster Linie die Gewährleistung gewesen sei, sondern die Fragen, wann ein Vertrag gültig gewesen sei.[257] Die Urteile von der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts deuteten schon darauf hin. Ohne Zweifel sind die Feinheiten von Vertragsschluss, Erfüllung und Gewährleistung noch nicht ausgearbeitet gewesen. So ist auch das Schweigen zu den Klagefristen zu erklären. Es ist deutlich, dass das Römische Recht bei der Reformation des Lübecker Rechts eingeflossen ist. Es wurde ein Wandlungsrecht eingeführt. Der Term *in dolo* suggeriert den Einfluss des Römischen Rechts auf diese Entwicklung. Das Stadtrecht definiert allerdings keine Fristen für den Viehkauf, definiert auch nicht, wann ein Tier ungesund sei, mit Ausnahme für den Pferdekauf.

Das Hamburger Stadt war strenger: Vermutlich wurde das alte Hamburger Stadtrecht auf der Basis des Lübecker Rechts verfasst, das wiederum auf dem alten Soester Recht basierte. Ebenfalls wird das alte Sächsische Recht Pate gestanden haben. Das Hamburger Recht ist im Verlauf auf andere Städte übertragen worden, teilweise gemischt mit lübischem Recht, so auf Stade, Buxtehude, Otterndorf, Riga, Segeberg und partiell in Bremen, von wo es wieder nach Verden gelangte.[258] Das alte Hamburger Stadtrecht von 1270 wurde bereits zitiert. Das Stadtrecht von 1603 besagte das gleiche mit anderen Worten, Pars 2 Tit. 8 Art. 17: „Wann ein Mann/ Korn/ Holtz/ Ochsen/ Schweine/ Schaafe/ Pferde/ und dergleichen fahrende Haab auff dem freyen Marckte/ oder auch in den Schiffen/ besehen und gekaufft hat/ auch darauff an

[256] Hellfeld T. IV 'Pferd' § 1.
[257] Heise/Cropp T. I S. 174.
[258] Lappenberg S. XXXIXff, LXIIIff; LXXVIIIff.

seine Behausung und Gewehr gebracht/ das muß er ohne alle exception gelten und bezahlen/ es wäre dann ihre Vorworte anders.“ Wenn nichts anderes vereinbart war, konnte der Käufer die Ware nicht zurückgeben, nachdem diese einmal in sein Gewahrsam gebracht war. Damit entschied man sich gegen das Römische Recht und gegen die Stimmen in der Literatur, die wegen der *aequitas* eine Haftung für verborgene Mängel forderten, weil der Käufer diese nicht hätte entdecken können.[259] Der Hamburger Oberappellationsgerichtshof habe deswegen Teil II Tit. 8 Art. 17 zur Gewährleistung des Hamburger Rechts sehr eng ausgelegt und für andere Waren, die dort nicht erfasst waren, das ädilizische Recht angewandt, während die unteren Instanzen die Rechte des Käufers eher einschränkten.[260] Heise und Cropp vertreten, dass die Ortsangaben 'auf dem Schiff', 'auf dem freien Markt' als Beispiele angeführt worden seien und demnach diese Regel die Praxis in Hamburg umfassend für alle Käufe regele,[261] in Ablehnung einer subsidiären Anwendung des Römischen Rechts.

Am 5. Juli 1837 erging für Hamburg eine Marktverordnung, die nur für den Verkauf von Pferden galten, der zwischen Fremden in der Stadt oder aber zwischen einem Fremden und einem Hamburger in einem Zeitraum von 14 Tagen insgesamt um den Pferdemarkt am Neuenkamp oder aber am Wochenende vor dem Wandsbecker Pferdemarkt innerhalb der Hamburger Stadtgrenzen abgeschlossen wurde. Ab der Übergabe konnte der Käufer binnen vier Tagen wegen Dämpfigkeit und wegen Koller, binnen fünf Tagen wegen Windschlucken und binnen sechs Tagen wegen Rotz oder Wurm wandeln.[262] Das Hamburger Obergericht machte 1853 klar, dass dieses Gesetz nur gegen die Betrügereien gegenüber Fremden greife, nicht aber zwischen Hamburger Bürgern, für die weiterhin gelte, dass der Vertrag bestehen bleibe, wenn der Käufer das Tier in seine Gewehr gebracht habe. Die Frist von sechs Monaten sei im Viehhandel völlig unpassend.[263] Das Hamburger Gewährleistungsrecht hat somit eine andere Entwicklung genommen als das Lübecker Recht und den Einfluss des Römischen Rechts abgelehnt.

[259] Klischies S. 50.
[260] Klischies S. 51.
[261] Heise/Cropp T. I S. 183 § 11.
[262] Baumeister T. I S. 343 Anm. 17f.
[263] Baumeister T. I S. 344 Anm. 20.

4.4.3 Andere Zeugnisse der Romanisierung

Es gibt andere Beispiele aus anderen Partikularrechten, die zeigen, wie das ädilizische Recht in Deutschland Fuß gefasst hat.
Am einfachsten ist der Einfluss des ädilizischen Rechts auszumachen, wenn lateinische Termini wie *actio redhibitoria* verwendet werden, wie im Preußischem Landrecht oder in einer Trierer Verordnung vom 20. Dez. 1791. Mit dem Einzug des *usus modernus* wurden Prinzipien formuliert, Hauptmängel definiert und nicht mehr über Krankheitslisten bestimmt; verborgene und offensichtliche Mängel wurden unterschieden.[264]

Ein weiterer Hinweis ist die Erwähnung einer Minderungsklage. Klischies untersuchte zahlreiche Urkunden bis ins 15. Jahrhundert, in die ein Nachweis für eine Minderung hineingelesen wurde, und kam zu dem Ergebnis, dass nur Strafzahlungen erwähnt werden, aber nie eine Minderung. [265] Auch Heise und Cropp vertreten die Ansicht, dass keine Minderungsklage im 'deutschen' Viehrecht vorgesehen war und dementsprechend die Mängelkataloge und die daraus resultierende Wandlungsklage abschließend waren.[266] Die Minderung muss damit aus dem Römischen Recht stammen. Ein Beispiel ist die Wormser Stadtrechtsreformation von 1498,[267] die als ganzes sehr römischrechtlich geprägt war.[268] So bestimmt diese eine Klagefrist von sechs Monaten für die *actio redhibitoria*[269] ab Übergabe und von einem Jahr ab Kauf für die Minderungsklage, wobei Klischies im unterschiedlichen Fristanfang ein Versehen vermutet.[270] Das ist vertretbar; vielleicht wollte der Schreiber aber bewusst die Wandlung wie im Viehrecht an die Übergabe knüpfen, die neu für das Zivilrecht entdeckte Minderungsklage aber nach den Vorgaben des Römischen Rechts an den Kauf, zumal die Trennung zwischen der *actio empti* auf Minderung als Schadensersatz und der ädilizischen Klage seit den Glossatoren verwischt und es eindeutig war, dass die zivile Minderungsklage ab dem Kauf lief.
Konfliktreicher gestaltete sich die Einführung der Minderung im Viehrecht, man findet Stimmen für und gegen diese Klage. Als der *usus modernus* einzog, wurde die Regelung in

[264] Klischies S. 64.
[265] Klischies S. 23-26.
[266] Heise/Cropp T. I S. 169f Anm. 12b.
[267] Klischies S. 58.
[268] Klischies S. 58f legt dar, dass die Wormser Stadtrechtsreformation auf dem Klagspiegel basiert, der wiederum bei Durands *Speculum iuris* oder *iudicale* entlehnt hat; so fänden sich bei Durand das Beispiel des kranken Pferdes und des Buchs, genauso wie im Klagspiegel und in der Wormser Stadtrechtsreformation.
[269] Klischies S. 59: 3. Buch, 1. Teil, Tit. 5.
[270] Klischies S. 60.

der Frankfurter Reformation II 9 § 4 von 1578 zu den Hauptmängeln bei Pferden vom ädilizischen Recht überlagert, und neben der Wandlung wurde stets die Minderung zugelassen.[271]

In Solms-Braunfels, berichtet Kamptz, würden außer für die in einer Verordnung von 1739 geregelte Wandlung „die übrigen gemeinrechtlichen Klagen aus Viehhändeln unverändert fortbestehen“[272], der Käufer hatte also die Wahl zwischen der durch Verordnung geregelten Wandlung, der gemeinrechtlichen Minderung und sonstigen Ansprüchen wegen Arglist. Gemeinrechtlich aber hieß für die Herren von Nassau römisch-rechtlich. In Teilen von Altenkirchen, das auch zu Sayn-Altenkirchen gehörte, galt diese Verordnung wiederum nicht; dort war, außer bei Marktkäufen, bei Käufen aus dem Stalle eine Gewährleistung ganz ausgeschlossen. Bei finnigen Schweinen hatte der *Verkäufer* die Wahl, 45 Kreuzer zurückzuzahlen oder das Tier zurückzunehmen.[273] Das ist eine Art von Minderung, die dem Römischen Recht fremd, aber z.B. auch in St. Sever bekannt war, als Ausgleich zwischen dem Interesse des Verkäufers, sich nicht mit dem geschlachteten Tier und damit einer Menge Fleisch wiederzufinden, und dem des Käufers, zu viel bezahlt zu haben für Fleisch, das dennoch als genießbar galt. Fristen nennt dieser Brauch nicht.

Das Landrecht des Königreichs Württemberg an sich enthielt keine Regelung zur Sachmängelgewährleistung. Ein Gesetz vom 17. Februar 1767 regelte Hauptmängel und Gewährfristen für Pferde, Rinder, Schafe, Schweine.[274] Milchschweine waren gemäß einer Verordnung vom 12. Oktober 1797 von jeder Gewährleistung ausgenommen.[275] Diese Regelungen sollten abschließend sein, so dass daneben weder Minderung noch wegen anderer Krankheiten eine Klage zulässig sein sollte.[276] Vertreten wurde, dass mit Ende der Gewährzeit auch der Anspruch verjährt gewesen sei[277], was teilweise aus der Unsicherheit geschah, wie man mit dem Gesetz umgehen sollte. Andere vertraten, dass das ansonsten in Württemberg geltende gemeine (Römische) Recht angewandt werden sollte und die Gewährfrist nur eine

[271] Coing S. 48f.
[272] Kamptz (Cobl.) S. 53.
[273] Kamptz (Cobl.) S. 53f.
[274] in Reinhardt S. 208ff Anm: Pferde, die rotzig, ’ritzig, kollernd, krätzig, fistlich’, ’wurmicht’, ’hauptmörtig’ sowie unrein i.S.v. allen unheilbaren Krankheiten, herzschlächtig, ’wehetätig’, sind binnen vier Wochen und drei Tagen, die mondblind sind binnen acht Wochen; Rinder, die ’hirschig’, ’cränig’, ’zepfisch’, ’pferlich’ sind binnen zwi Monate, die ’wehetätig’, ’typplich’ oder ‘umläufig‘, ‘lungenfaul‘, ‘lungenhart‘, ‘herzweichig‘ oder ‘übergällig‘ sind binnen vier Wochen und drei Tage; Schafe bei Räude oder ’Anbruch’ binnen zwei Wochen und ein Tag; Scweine bei Lungenfäule und Finnen binnen vier Wochen und drei Tage; Geißen sollten ‘frisch und gesund’ sein, ohne dass eine Gewährzeit genannt wird.
[275] Reinhardt S. 209 Anm. 8.
[276] Reinhardt S. 210 Anm. 1.
[277] Reinhardt S. 210f Anm. 2.

Beweiserleichterung für den klagenden Käufer sei.[278] Anders gesagt: Die Klagefrist oder zumindest Anzeigefrist aus dem deutschen Recht transformierte sich in eine Präsumptionsfrist durch den Einfluss des Römischen Rechts.

Ein weiterer Faktor vereinfachte das Vordringen des ädilizischen Rechts in Deutschland: Die meisten Gesetze ab dem 16. Jahrhundert in Deutschland schweigen zur Gewährleistung.[279] Klischies versucht dieses Schweigen so zu erklären: „Die Gesetzgeber… waren sich nicht im klaren darüber, ob sie an den alten deutsch-rechtlichen Regelungen festhalten oder das umfassende römische Gewährleistungssystem übernehmen sollten.“[280] Angesichts der Regeln zur Warenkontrolle, die nicht lückenlos war, und den engen Viehkaufsbestimmungen, die den veterinären Erkenntnissen nicht mehr entsprachen, habe man nach Lösungen gesucht, die gerechter waren; man habe auf das Römische Recht zurückgegriffen.[281]
Das ist vertretbar. Das Schweigen hatte sogar den Vorteil, dass es der Praxis erlaubte, entweder näher am Römischen Recht oder näher an lokalen Praktiken des Handels die Gewährleistung gar nicht oder nur innerhalb von kurzen Fristen zuzulassen.

4.4.4 Fristenlänge und Fristbeginn

Welche Fristen und welcher Fristenbeginn finden sich in den Partikularrechten? Haben die Frist von sechs Monaten bei beweglichen Sachen und eine Jahresfrist bei Grundstücken in

[278] Reinhardt S. 210f Anm. 2 mit der Wiedergabe dieser Gegenstimme.
[279] Das Jülich-Bergische Landrecht wurde erstmals 1555 offiziell erlassen, 1556, 1557, 1562 und 1564 revidiert. In der Fassung von 1564, Cap. 97, findet sich eine Regelung zur ’Gewehrschaft’ beim Kauf und Verkauf. Auch wenn dort davon die Rede ist, dass „Eygenschafft, Nutz und Gebrauch“ eines Grundstücks zu leisten sei, so steht dies rein in Zusammenhang mit Rechtsmängeln. Ebenso wenig behandelt das reformierte Kurkölnische Landrecht von 1538, noch die Rechtsordnung von 1663 mit ihrer Erläuterung von 1767 die Sachmängelgewährleistung. Im Kurkölnischen Landrecht von 1538 finden sich allerdings polizeiliche Regeln zum Wolltuchverkauf per Elle und zum Ingwerverkauf, dessen Qualität in den Reichspolizeiverordnungen von 1547 und 1577 ebenfalls eine Rolle spielte, s. Maurenbrecher T. I S. 381. Andere rheinpreußische Landesrechte schweigen sich zu einer Sachmängelgewährleistung aus, so das Kurtrierische von 1668 (Tit. XVIII handelt u.a. von Formalia, der laesio und des Verbots des Verkaufs unter Not), das Sponheimische (Cap. 107: zur formellen Seite), das Blankenheimische (T. XIII spricht insb. die formelle Seite des Kaufs an); v. Wengersky S. 30ff mit weiteren Beispielen; Klischies S. 47ff listet 55 Beispiele von Stadtrechten und anderen Gesetzen auf, in denen eine allgemeine Regel zur Gewährleistung fehlt; das Viehrecht allerdings wird in einigen von diesen Gesetzen angesprochen; Hollandt S. 33f zu Münster. Die Magdeburger Polizeiordnung vom Ende des 17. Jahrhunderts enthält einige Regeln zu bestimmten Rechtsfällen beim Kauf, wie z.B.zur Eviktion und der proportionalen Entschädigung wegen Teileviktion, allerdings spricht sie eine Sachmängelgewährleistung nicht an, Mylius Magd. S. 91f Pars III Cap. XXII § 7ff.
[280] Klischies S. 47.
[281] Klischies S. 56.

§ 477 Abs. 1 BGB (1900), die nicht ab dem Kauf liefen, auch nicht ab einer Zusage, sondern ab der Ablieferung bzw. Übergabe, in den Partikularrechten ihren Ursprung?

4.4.4.1 Fristlängen

Auf der Suche nach den diversen Fristen bei der Gewährleistung wegen Mängel muss man zum einen zwischen dem Tierkauf und den übrigen Käufen unterscheiden. Das Spektrum der Fristen, innerhalb derer ein Mangel entweder angezeigt oder Klage erhoben werden musste, ist beim Tierkauf breit und variierte hinsichtlich der Tierarten und Krankheiten. Unter den Pferdekrankheiten fanden sich Rotz, verdächtige Druse, Dämpfigkeit, Dummkoller, Wurm (als eigenständige Krankheit), Stättigkeit, schwarzer Star, Mondblindheit[282], Koppen[283], Epilepsie und Räude[284]. Bei Rindern ist die Liste ebenso lang, bei Schweinen reduzieren sich die Krankheiten im Wesentlichen auf Finnen. Die kurzen Fristen seien entweder reine Ausschlussfristen oder Ausschlussfristen, die die Vermutung enthalten, das Tier sei schon beim Kauf (oder der Übergabe) krank gewesen, oder Verjährungsfristen, in die kürzere Vermutungsfristen enthalten gewesen seien.[285] Beispiele sind anschaulicher:
Das Stadtrechtsbuch von Dortmund enthält eine Regel zum Pferdekauf aus dem 14. Jahrhundert: „Mensch[286], hovetzech unde unrechten anevanch an perden, dat man bewisen mach beschedelike, dar eghet dey copman enen wandel ane binnen acht unde twinthich daghen ane arghelist; dat en zi utghesad mit vorworden, dat man mit bederven luden bewisen moghe, dey dat hebbet gheseyn unde ghehort.“[287] Es galten also 28 Tage, ohne dass ein Fristbeginn erwähnt wird. Allerdings werden 'vorworde' nur beim Kauf abgegeben. Nach der Frankfurter Reformation von 1578 II 9 §4 konnten Pferde wegen dreier Hauptmängel gewandelt werden, nämlich bei Rotz, Dämpfigkeit und Koller. Nach vier Wochen, in denen

[282] Tennecker T. II, 1 S. 21: Mondblindheit oder auch periodische Augenentzündung erhielt ihren Namen, da sie im Abstand von einigen Monaten aufzutreten pflegt. Anfang des 19. Jahrhunderts wurde zwar bezweifelt, dass der Mond Auswirkungen auf die Krankheit habe, aber nicht ausgeschlossen. Tennecker T. II, 1 S. 24: Anfang des 19. Jahrhunderts glaubt man, die Krankheit sei heilbar, ohne allerdings einen Rückfall ausschließen zu können.
[283] McKibbin S. 58: Koppen meint Lufteinpumpen in den Magen, das zu Koliken führen kann. Gleichzeitig werden die Zähne in Mitleidenschaft gezogen, so dass das Pferd sich teilweise nicht mehr richtig ernähren kann.
[284] Tennecker T. II, 3 S. 111: Räude bezeichnete man auch als Stirzelseuche, Mähnengrind, Raspe, Mauke, Igelsfuß, Straubfuß
[285] Klischies S. 55.
[286] Der Frankfurter Ratsbeschluss von 1626 zum Pferdekauf setzt ’haupsiech' „als Mönnich oder rotig“ gleich, also wohl Rotz. Aber ob dies hier gemeint ist, muss dahin gestellt bleiben, da 'hovetzech' und 'mensch' dann das gleiche meinten.
[287] Frensdorff S. 5.

das Pferd gesund blieb, erlosch die Wandlungsklage.[288] Bei Mastschweinen sollte der Verkäufer nach der Besichtigung des Tieres vier Wochen, bei Schlachtschweinen drei Tage lang belangbar sein.[289] Schilter gibt einen Frankfurter Ratsbeschluss zum Pferdekauf von 1626 wieder, der aber nicht von den Klagefristen handelt, sondern nur von einer Art Gewährfrist, innerhalb derer das Pferd nicht krank werden durfte: „Der Rath ist überkommen/ daß ein jeder Pferds-Kauff/ so uffrichtig und redlich geschlossen worden/ und bey welchem sich nachfolgende Mängel an den Pferden nicht befunden/ billich und von Rechtswegen kräfftig seyn/ und von beyden theilen würcklichen vollnzogen und gehalten werden soll. ... § 1 Wann ein Pferd gestohlen... ist. § 2 Wann es hartschlechtig/ dämpfig/ oder schlebauchig ist. § 3 Wann es collerisch/ oder stettig befunden wird. § 4 Wann es haurtisch[290]/ als Mönnich oder rotig ist/ oder die fallende Sucht hette.“ Der Käufer sollte seine Zweifel wegen der Gesundheit des Pferdes dem Verkäufer oder in dessen Abwesenheit dessen Wirth anzeigen. Dann werde das Pferd vier Wochen lang in einen Stall eingestellt, ohne dass der Käufer oder der Verkäufer Zugang hätten. Nur vereidigte Kontrolleure sollten das Tier regelmäßig begutachten. Wenn nach vier Wochen und einem Tag das Tier als gesund befunden werde, müsse der Käufer das Tier behalten und die Kosten tragen, andernfalls werde der Vertrag aufgelöst und dem Verkäufer die Unkosten auferlegt. Der Rat konnte nicht davon ausgehen, dass der Käufer viel Zeit zwischen dem Kauf und der Anzeige wegen Zweifel am Gesundheitszustand des Pferdes verstreichen lassen durfte, denn vier Wochen Quarantäne sind an sich schon eine lange Zeit beim Pferdekauf. Wenn man den Ratsbeschluss als Ergänzung der Frankfurter Reformation sieht, die ein Erlöschen des Anspruchs auf Wandlung nach vier Wochen vorsah, so scheint es, als müsste der Käufer das Pferd sofort untersuchen. Allerdings muss man einen gewissen zeitlichen Spielraum eingeräumt haben, da man annahm, dass der Verkäufer bereits weitergereist sein könnte.

In Hachenburg bestimmte eine Verordnung vom 19. Juli 1765 für Vieh, das an nicht öffentlichen Orten verkauft wurde, dass Schweine nur wegen Finnen, die innerhalb von 8 Tagen entdeckt wurden, Kühe wegen „Perlen“, innerlicher Fehler und Schwachheit, die binnen 6 Wochen angezeigt wurden, Pferde wegen Rotz, Dämpfigkeit und Koller, die in 4 Wochen erkannt wurden, gewandelt werden konnten. Das Erkennen des Mangels während der Gewährzeit führte zur Vermutung des Vorhandenseins des Mangels zur Zeit des

[288] s. Kraut/Frensdorff S. 304.
[289] Kraut/Frensdorff S. 304.
[290] Vielleicht liegt ein Setzfehler im Text vor, da ‘hauptsich’ zu erwarten wäre.

Vertragsschlusses.[291] Eine Verordnung für Hachenbach vom 28. April 1749 für Verkäufe auf Märkten gab für Pferde eine um zwei Wochen längere Gewährfrist für dieselben Krankheiten, für Rinder sogar sechs Monate. Für andere Krankheiten musste der Verkäufer ohne besondere Übereinkunft nicht haften.[292] Nassauer Verordnungen vom 17. August 1709 und 20. Juni 1757 bestimmten keinen festen Krankheitskanon, sondern jedes „verwerflich“ befundene Tier konnte gewandelt werden. Gewährzeiten bei zum Züchten, Feldbau und für den Weiterverkauf bestimmten Tieren wurden auf drei Monate, bei Mastvieh auf einen Monat festgelegt. Während dieser Zeit bewiesene Krankheiten zogen die Vermutung nach sich, das Tier sei schon zur Zeit des Verkaufs krank gewesen. Gemäß einer Erklärung vom 12. Mai 1795 reichte die Anzeige beim Schultheiß oder beim Verkäufer zur Wahrung der Rechte.[293] Im Gerichtsbezirk Köln erschien am 3. Mai 1859 eine Verordnung für Haustiere, wonach eine Wandlung nach 42 Tagen nach Ablieferung nicht mehr möglich war.[294] Durch eine Verordnung in Solms-Braunfels von 1739 wurde bestimmt, dass innerhalb einer 'Wandelungszeit’ der Käufer beim zuständigen Schultheiß eine Anzeige abgeben musste wegen der Krankheit, so dass ungeachtet der Frage, ob die Krankheit bereits vor dem Kauf vorgelegen habe, gewandelt werden durfte, es sei denn der Mangel war im Protokoll aufgenommen. Wandelbar waren Pferde bei Koller, Rotz, Dämpfigkeit und bei „schwerer Noth“ oder „Unglück“, d.h. Epilepsie, Kühe bei Epilepsie, Darmfäulnis (Durchfall) und als „Umgänger“[295], Schafe bei derselben Krankheit und „an solchen Orten, wo nur reines Schaafvieh gehalten wird“ die Räude. Schweine und Ziegen kannten keine gesetzlichen Hauptmängel. Die Haftung für diese Hauptmängel konnte nicht ausgeschlossen werden, es sei denn, sie wurden dem Käufer angezeigt und ins Protokoll genommen. Die ‘Wandelungszeit’ dauerte 29 Tage mit Ausnahme der ’Umgänger’-Schafe, bei denen die Frist 14 Tage betrug.[296] Ähnliches galt in der unteren Grafschaft Wied. Es gab eine Neuwieder Verordnung vom 24. April 1794, die Gewähr- und Klagefristen für Pferde und Rinder aufstellte. Die Gewährfrist betrug bei Pferden vier Wochen, bei Rindern zehn Wochen. Eine Vermutung zugunsten des Käufers über das Vorhandensein des Mangels zur Zeit des Kaufabschlusses galt, wenn die Krankheit sich in der Gewährfrist zeigte. Bei besonderen Abreden über eine Eigenschaft oder das Nichtvorliegen einer Krankheit, die keinen Hauptmangel darstellte, also auf die die Verordnung nicht anwendbar war, wurde diese Vermutung nur innerhalb der ersten drei Tage

[291] Kamptz (Cobl.) S. 54.
[292] Kamptz (Cobl.) S. 54f.
[293] Kamptz (Cobl.) S. 56.f
[294] Bauerband S. 244 ; Cretschmar S. 325f.
[295] Vermutlich ein Tier, das torkelt oder umfällt.
[296] Kamptz (Cobl.) S. 48f.

nach Kauf angestellt.[297] Es lässt sich zumindest eine Parallele zum kanonischen Recht und der Präsumptionsfrist von drei Tagen ziehen. In Elsass-Lothringen galt 1890 für Rotz, Dämpfigkeit, Dummkoller, Wurm, Stättigkeit und Koppen für Wandlung eine Gewährfrist von einheitlich neun Tagen.[298] Die Vielfältigkeit der Fristen im Tierkauf ist deutlich.
Es gab aber auch wesentlich längere Fristen, die anscheinend dem ädilizischen Recht entlehnt waren: In Trier galt durch eine Verordnung vom 20. Dezember 1791, dass „die Redhibitorienklage wegen siechfallenden Viehes ... zwischen Inländern 6 Monate“ dauere. Gegen Ausländer, die wegen ihres Heimatrechtes länger haften sollten, konnte deren Recht geltend gemacht werden.[299] Die Ansprüche auf Wandlung verjährten in Teilen des Regierungsbezirks Osnabrück im Viehrecht wie auch beim Kauf von Sachen binnen sechs Monaten ab Kaufabschluss und auf Minderung binnen einem Jahr. In diese Frist wurde nicht die Zeit eingerechnet, in der der Käufer ohne sein Verschulden den Mangel nicht kannte.[300] Das ist die praktische Umsetzung von Pap. D. 21, 1, 55 und Ulp. D. 21, 1, 19, 6.

Die Sammlung Arnolds zeigt noch eine Vielzahl anderer viehrechtlicher Landesverordnungen auf, die den Viehhandel hauptsächlich im 18. Jahrhundert in einer Region vor allem auf Viehmärkten regelten[301] und die ergänzend hinzugezogen werden können. Weitere Details zum Viehrecht in den Stadt- und Landrechten sind bei von Wengersky aufgelistet,[302] bei dem sich auch eine Tabelle zu den Fristen im Viehkauf im 19. Jahrhundert findet.[303]

Selten sind die Fristenregelungen zum Kauf beweglicher Sachen.

---

[297] Kamptz (Cobl.) S. 55.
[298] Tabelle in Schoenbeck S. 63 aus Born/Möller.
[299] Kamptz (Cobl.) S. 48.
[300] Schultz S. 39f.
[301] Arnold T. II: Arnsbach: Viehmarktsordnung 18.März 1722, S. 81ff, diese auch gültig als Observanz in Weissenburg, bevor dieses an Bayern fiel, S. 728; Ansbacher Rossmarktsordnung 20.Okt.1739, S. 82 Anm. 2, 105ff; Schwabacher Viehmarktsordnung 10.Juli 1754, S. 108ff; Ansbacher Viehmarktsordnung 25.10.1760, S. 127ff; Meerlinsiges Schlachtvieh 14. Sept. 1791, S. 154ff; Bayreuth: Ross- und Viehmarkt zu Erlangen 7. Sept. 1708, S. 203ff; Von der Gewährleistung 2. Mai 1775, S. 209ff; Rossmarktordnung St. Georgen am See 1779, S. 262ff; Eichstadt: Abdeckerverordnung vom 5. März 1781, S. 398ff; Ross- und Viehmarkt 25. Okt. 1786, S. 400ff; Hohenlohe: Landrecht Tit. 4, S. 441ff; Öttingen – Spielberg: Abdeckerordnung 18. Mai 1779, S. 514; Öttingen: Gewähr der Viehmängel 29. April 1765, S. 536ff; Öttingen-Wallerstein: Gewähr der Viehmängel 5. September 1739, S. 551f; Hauptmängel des Viehs 6. Febr. 1765, S. 552ff; Pappenheim: Viehmarktsordnung 4. November 1784, S. 558ff; Rotenburg: Verträge über Vieh 8. März 1723, S. 593ff; Schwarzenberg: Gewähr der Viehmängel 23. Juli 1688, S. 613ff; Teutschordisches Recht an der Tauber und am Neckar: Gewähr der Viehmängel 26. Mai 1687, S. 684ff; Gewähr für Viehmängel 5. Februar 1721, S. 690ff; die Titel der Gesetze sind von Arnold übernommen.
[302] v. Wengersky S. 19ff zu diversen Stadtrechten; vgl. S. 48ff.
[303] v. Wengersky S. 78.

Die Untergerichtsordnung der Stadt Braunschweig vom 2. Februar 1764 enthalte die lokalrechtliche Vorschrift, dass „die Untauglichkeit erkaufter Waaren bei Verlust des Klagerechts binnen vier Tagen nach dem Empfange der Waaren dem Gerichte angezeigt werden soll“.[304] Daneben habe es im Herzogtum Braunschweig polizeiliche Verordnungen für regional wichtige Güter wie Leinsaat und Kaufgarn gegeben, die aber das ansonsten geltende gemeine Recht nicht änderten.[305]

Das Ostpreußische bzw. Preußische Landrecht von 1721 (in Ermangelung von *West*preußen zu dieser Zeit) ist sehr römischrechtlich. Es erklärt, dass ein Kaufvertrag nur unter besonderen Umständen zu lösen sei, Buch IV Art. XV § I, so bei Täuschung, Furcht oder Gewalt, § II, oder Läsion, § VII. Artikel XVII lautete „*de Actionibus Aedilitiis, quae ex Contractu Emptionis in triplici sunt differentia: ut est Actio Redhibitoria, aut Aestimatoria, aut in Factum Actio*“. Er ist allgemein für alle Sachen formuliert, die Beispiele aber entstammen dem Viehrecht. Prinzipiell sollten die „gemeinen Rechte“ gelten, der Verkäufer sollte redlich handeln und alle Mängel anzeigen. Als Beispiel wird der Viehkauf angeführt: „Darumb, wann jemand von einem Viehe, als Pferd, Ochsen u. erkaufft, dasselbige aber hätte an sich eine Krankheit oder andern Mangel, dadurch es untüchtig zu gebrauchen: So kann und mag er durch diese Klage erhalten und zuwege bringen, dass es der Verkäuffer wieder annehmen muß…“, Art. XVII § I. Wenn ein Wiedergeben nach einer gewissen Zeit vereinbart wäre ohne eine Zeit abgemacht zu haben, sollten 60 Tage nach dem Kauf als vereinbart gelten, § II. Das stimmt mit dem *pactum displicentiae*, Ulp. D. 21, 1, 31, 22 überein, also der *actio redhibitoria in factum.* „Wo aber solches Wiedergeben dem Willen des Käuffers nicht heimgestellet, oder gar nichts davon geredt worden: Alsdann mag der Käuffer, wo er scheinlich Mangel, so darin verhalten worden, an dem Kauff-Gut gefunden, den Verkäuffer umb Wiedernehmung seines überantworteten und tradirten Guts beklagen: Doch soll er das inner sechs Monathen, den nechsten nach dem Verkauff, thun“. Der Mangel müsse den Gebrauch hindern. „Darumb so ein Pferd oder Gaul verkaufft, der schlägt oder scheucht, ist der Verkäuffer denselben wiederzunehmen nicht schuldig“, § III. Das Viehrecht taucht demnach nur als Beispiel auf, eingebettet in allgemeingültige Prinzipien. „Actio quanti minoris hat statt, so einer dem andern Haabe oder Güter verkaufft, darinnen verborgener Schade, Gebrech oder Mangel gespüret, also, dass dieselbe Haab oder Gut des Geldes nicht werth ist: Da kann der Käuffer das Geld, was er zuviel dafür gegeben, durch diese Klage wieder erlangen. Jedoch soll und muß er den Mangel sonderlich daran benennen, auch darbey

[304] Steinacker S. 287.
[305] Steinacker S. 287.

anzeigen, dass bemeldtes Kauff-Gut, von desselbigen wegen, umb die beklagte Summa desto geringschätziger sey. Und diese Klage soll in einem Jahr, nachdem solcher Kauff geschehen, fürgenommen, und Rechtlich gesucht und angefangen werden. Sonst fält der Kläger von seinen Rechten, und nach Verscheinung eines Jahrs hat diese Klage nicht mehr statt.“, § V.
Die Nähe zu den Digesten ist deutlich.

Im Großherzogtum Berg, zu dem auch Wildenburg gehört, war der Code civil 1810 eingeführt worden; 1813 wurde das Großherzogtum aufgelöst und in den ehedem preußischen Anteilen wieder das ALR verkündet. Allerdings blieb das französische Recht in Teilgebieten bestehen, so mit Ausnahmen im Herzogtum Berg und u.a. in Wildenburg. 1837 machte sich deswegen eine Kommission aus den Herren von Mylius, Hoffmann, von Daniels daran, Vorschläge für eine Überarbeitung der Provinzialrechte im Großherzogtum Berg auszuarbeiten. Diese Kommission stellte fest, dass der Art. 1648 Code civil (1804) in seiner Anwendung wegen seiner Ungenauigkeit Probleme bereite und dass zur Ergänzung der ‘Gewohnheiten’ des Orts das gemeine Recht heranzuziehen sei, sprich das Römische Recht, wenn die Landesrechte sich zu dem Punkte ausschwiegen. Beim Viehhandel sei das gemeine Recht nicht ausreichend und einheitliche Regeln seien vonnöten.[306] Im revidierten Entwurf sollte der Einfluss des Römischen Rechts begrenzt werden, auch wenn eine Minderung und eine Frist von sechs Monaten erwähnt werden. Die Verjährung regelte § 63: „Die Rechte, welche dem Käufer einer Sache wegen deren fehlerhaften Beschaffenheit zukommen, muß derselbe bei unbeweglichen Sachen innerhalb drei Jahren, bei beweglichen Sachen aber binnen sechs Monaten nach dem Empfang der Sache geltend machen.“ Eine Ausnahme von der regulären Beweislast galt bei Vieh, das binnen 24 Stunden nach der Übergabe krank wurde, § 64, oder gar starb, §67, wenn der Käufer dies dem Verkäufer „zeitig“ anzeigte, so dass dieser das Tier noch untersuchen konnte, § 65. War das nicht möglich, musste ein Sachverständiger herangezogen werden, § 66. Desweiteren galt eine Ausnahme von der regulären Beweislast des Käufers bei bestimmten in § 69 aufgezählten Krankheiten des gekauften Viehs, wenn diese innerhalb von kurzen Fristen auftraten.[307] Die Ähnlichkeit zum ALR ist frappierend. Aus § 68 geht hervor, dass es dem Käufer möglich war, wegen anderer Krankheiten und innerhalb der regulären Verjährungsfrist auf Wandlung oder Minderung zu klagen; nur sollte

[306] Kamptz (Berg) S. VIIff, 11ff.
[307] Nämlich: Pferde: wahre Stättigkeit binnen vier Tagen, Räude, Rotz, Wurm, Dämpfigkeit oder schwarzer Star binnen 14 Tagen, Mondblindheit, Dummkoller oder rasender Koller binnen vier Wochen; Rinder: Lungenfäule oder ‚französische Krankheit’ binnen 8 Tagen; Schafe: Räude oder Merino-Klauenübel binnen 14 Tagen, Fäule, durch Lungen-, Egelwürmer oder Pocken hervorgerufen, binnen 8 Tagen.

dann wieder die reguläre Beweislastverteilung greifen und der Käufer den Beweis des Mangels bei der Übergabe führen.[308]

Der Kauf eines mangelhaften Grundstücks steht nicht im Mittelpunkt des Interesses der Partikularrechte. Es war üblich, bei Grundstücksverkäufen, Währschaft zu leisten, d.h. für Eviktion einzustehen,[309] Sachmängel schienen nicht zu bekümmern. Heise und Cropp vertreten, auf Grundstücke sei das Römische Recht anzuwenden, mangels ausdrücklicher Regelungen diesbezüglich in den Stadt- oder Landrechten.[310] Die Partikularrechte scheinen keine Jahresfrist zu erwähnen, die bei der Gewährleistung eines mangelhaften Grundstücks anzuwenden sei, anders als das ALR, der Entwurf eines Bayerischen Gesetzbuches und das Sächsische BGB.

4.4.4.2 Fristbeginn

Eine Anzahl der Landesverordnungen nimmt den Vertrag, nicht die Übergabe oder den Empfang als maßgeblichen Zeitpunkt eines Fristbeginns beim Vieh-, insbesondere beim Pferdekauf,[311] anders als man erwarten möchte. Das Geldernsche Landrecht von 1620[312] regelt in Teil 4 Tit. 3 § 6 nach Fragen der Eviktion: „Die een Peerdt voor suyver ende reyn vercoopt, is gehalden te verantwoorden voor alle die gebreken die aen't Peerdt worden bevonden, binnen den tydt von eenen Maendt, naer den coop, maer heeft hy sulcx niet togesaght, en is wegen ie gebreken von het verkocht Peerdt niet gehalden, behalven van de gebreken van dempigheyt oft aenborstigheydt, Ruyigheyt, oft snyvigheyt, wie insgelyck van den Worm die hem binnen den tydt van ses weecken openbaeren…" Wer ein Pferd als sauber und rein verkaufe, sei gehalten, alle Gebrechen, die beim Pferd gefunden werden, zu

[308] § 68: „Aeußert sich erst nach Verlauf der vier und zwanzig Stunden nach der Uebergabe eine der in dem folgenden §. nicht besonders genannten Krankheiten; so trifft der Schaden den Kaeufer, wenn nicht ausgemittelt werden kann, dass die wesentlichen Bedingungen der Krankheit oder die Krankheit selbst, wenn auch verborgen, schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden gewesen."
[309] Witzenhäuser Stadtbuch (1530-1612) S. 35ff, S. 68ff.
[310] Heise/Cropp T. I S. 180f § 10.
[311] s. Arnold T. II S. 83 (Arnsbach 1722); S. 210 (Bayreuth 1722); S. 401 (Eichstädt 1786); S. 442 (Hohenlohe); S. 560 (Pappenheim 1784); S. 594 (Rotenburg 1723); S. 688 (Schwarzenberg 1688); S. 685 und 691 (Teutschorden, Neckar 1687 und 1721).
[312] Das Geldernsche Landrecht von 1620 galt vornehmlich in den ehemals österreichischen Besitzungen in den heutigen Niederlanden, in der Pfalz und in einigen Städten im Jülischen wie Baal, Wels, Roerdorf , sowie Gemeinden des Regierungsbezirkes Düsseldorf im ehemaligen Kreis Rheinberg, in Kalkar, in einigen Klevische Gemeinden und in Viersen. 1794 fielen die noch heute deutschen Städte und die preußischen Anteile Gelderns, die durch den Frieden von Utrecht 1713 unter preußische Herrschaft gekommen waren, unter das preußische Landrecht.

verantworten, innerhalb eines Monats nach dem Kauf, aber wenn er solches nicht zugesagt habe, hafte er nicht für die Gebrechen des verkauften Pferdes, außer für Dämpfigkeit oder Engbrüstigkeit, Räude, d.h. Haarausfall, oder Schnaufen wie gleichfalls für den Wurm, die sich ihm binnen sechs Wochen offenbarten. Maurenbrecher merkt dazu an, dass diese Praxis nicht auf den übrigen Viehhandel analog übertragen worden war.[313]

Die Frankfurter Reformation von 1578 II 9 §4 sagt nicht klar, ab wann die Frist beim Tierkauf lief, sondern stellt auf den Verkauf ab, „Wann ein Pferdt verkaufft wird...".[314] Aber es ist zweifelhaft, ob damit der Kauf Anknüpfungspunkt der Frist ist. Pferde konnten wegen dreier Hauptmängel gewandelt werden, nämlich bei Rotz, Dämpfigkeit und Koller. Nach vier Wochen, in denen das Pferd gesund blieb, erlosch die Wandlungsklage.[315] Andere Ware musste bestimmte Qualitätsanforderungen erfüllen. Bei Mastschweinen sollte der Verkäufer nach der Besichtigung des Tieres vier Wochen, bei Schlachtschweinen drei Tage lang belangbar sein. Hier kam es also nicht auf den Kauf oder die Übergabe an, sondern der relevante Zeitpunkt war die Untersuchungsmöglichkeit, die wohl hier dem Kauf voranging : „Schwein und ander Thier, so mit der Schauw pflegen verkaufft zu werden, obgleich dieselbige Schauw geschehen : So soll doch der Verkäuffer... Wehrschafft zu thun schuldig seyn."[316]

Das sehr römischrechtliche Preußische Landrecht von 1721 spricht, wie gesehen, von einem Fristbeginn ab Kauf oder Verkauf.

Der Empfang der Ware hatte in anderen Partikularrechten die entscheidende Bedeutung inne, wobei die Begrifflichkeiten wechseln. Das Stadtrecht von München von 1347 sah vor, Art. 163, dass der Verkäufer bei einem Vorwurf, das als tadellos verkaufte Pferd sei „tadelhaftich", den Eid abgeben solle, das Pferd sei zur Zeit der Übergabe einwandfrei gewesen oder aber so sei, wie der Käufer es gesehen habe.[317]

Cap. 2 Art. 8 des Wildenburgischen Landrechts von 1607 lautet: „…wann ein Pferdt verkauft wird, der Verkäufer schuldig ist dem Käufer vor Hauptmängel, die sich hernach innerhalb Monatsfrist von Zeit der Lieferung an zu rechnen befinden, und welche dem Käufern, sie seyen deren Ding so verständig als sie wollen, verborgen, gut zu seyn und sich deren Befinden das Pferdt wieder anzunehmen, und das empfangene Geldt wieder herauszugeben."

Nach Aussage des örtlichen Friedensrichters sollte dieses analog auf Rinder angewandt

[313] Maurenbrecher T. II S. 810 Anm. 410.
[314] Zitiert nach Kraut/Frensdorff S. 304.
[315] s. Kraut/Frensdorff S. 304.
[316] Kraut/Frensdorff S. 304.
[317] Auer S. 64.

werden.[318] Die Untergerichtsordnung der Stadt Braunschweig vom 2. Februar 1764 spricht auch vom Empfang der Ware.[319]

Unter preußischen Einfluss rückte die Ablieferung oder der Empfang in den Vordergrund wie im revidierten „Entwurf des Provinzialrechts des Herzogtums Berg, der vormals kurkölnischen Enklaven desselben und der Herrschaften Gimborn-Neustadt, Homburg an der Mark und Wildenburg“ von 1837, § 63,[320] was aber keine generelle Abkehr vom Römischen Recht bedeutete. Die Beweislast, dass der Mangel zur Zeit der Übergabe, nicht des Kaufes, vorlag, lag beim Käufer, § 56.

Woanders galt die Besichtigung als relevanter Zeitpunkt. Nach der Frankfurter Reformation von 1578 II 9 §4 sollte bei Mastschweinen der Verkäufer nach der Besichtigung des Tieres vier Wochen, bei Schlachtschweinen drei Tage lang haften. Hier kam es also nicht auf den Kauf oder die Übergabe an, sondern auf die Untersuchung, die wohl hier dem Kauf voranging : „Schwein und ander Thier, so mit der Schauw pflegen verkaufft zu werden, obgleich dieselbige Schauw geschehen : So soll doch der Verkäuffer... Wehrschafft zu thun schuldig seyn.“[321]

In einigen Regionen bekamen Urkunden einen so hohen Beweiswert zugeschrieben, dass an sie der Fristbeginn geknüpft wurde. Eine Solms-Braunfelser Verordnung von 1739 zwang jüdische Viehhändler stets einen Gesundheitsschein für die Tiere vorzuzeigen,[322] was auch allgemein ab 1791 in abgeschwächter Form in Hessen-Nassau galt, da bei einem Viehverkauf auf dem Markt Klagerechte auf Erfüllung erst anstanden, wenn durch den Schultheiß oder das Marktamt ein Protokoll angefertigt worden war, was einen Gesundheitsschein voraussetzte. Demnach galten „alle Bedingungen, außer der Bestimmung der gesetzlichen Hauptmängel ... für nicht verabredet, wenn sie in das, den Partheien vorzulesende, und von ihnen zu unterzeichnende Protokoll nicht aufgenommen“ wurden.[323] Diese Verordnung galt auch in Sayn-Altenkirchen. Mängel konnten nur geltend gemacht werden, wenn sie im Protokoll standen, ebenso wie ein Haftungsausschluss für Hauptmängel. Interessant ist, dass diese Fristen stundengenau anhand der Protokolle berechnet wurden, von der Stunde des Protokolls bis zur Anzeige.[324] Wenn der Käufer auch nicht den Zeitpunkt des Krankfallens beweisen musste, so musste er doch durch Sachverständige das Vorliegen der Krankheit beweisen.

[318] Kamptz (Berg) S. 175f.
[319] Steinacker S. 287.
[320] zitiert s.o. zur Fristenlänge.
[321] Kraut/Frensdorff S. 304.
[322] Kamptz (Cobl.) S. 41.
[323] Kamptz (Cobl.) S. 44f: Verordnung v. 24.Okt.1791.
[324] Kamptz (Cobl.) S. 48f.

Wahlweise durfte der Käufer entweder noch eine Gewährfrist, beginnend ab der Anzeige der Krankheit, abwarten oder das Tier zur Obduktion töten lassen. War der Beweis nicht klar erbracht, verlor der Kläger seinen Anspruch.[325] Am 08.01.1780 erging eine preußische Verordnung, dass jeder Pferdehandel in der Provinz Sachsen gerichtlich geschlossen werden solle.[326]

Sicher ist, dass 'deutschrechtlich' oder Tierkauf nicht stets meint, eine Frist beginne ab der Übergabe, dem Empfang, der Ablieferung. In frühen Stadtrechten wie Hamburg oder Lübeck spielte die Besichtigung des Tieres oder der Ware oder die Möglichkeit dazu eine wichtige Rolle, da der Käufer Interesse daran hatte, vor dem Kauf die Ware auf Mängel zu untersuchen. Bei Schlachttieren konnte die Überprüfung durch die Schau erfolgen. Ohne Zweifel waren dies wichtige Momente in der Abwicklung des Kaufs, da der Empfang der Ware als Moment der Prüfung wie in Lübeck die Erfüllung der Leistungspflicht des Verkäufers nach sich zog. Aber wie die Frankfurter Reformation hatten einige Partikularrechte noch nicht die Notwendigkeit gesehen, einen Fristbeginn ausdrücklich festzuhalten, vielleicht da es anhand der Marktpraktiken üblich war, dass Kauf und Übergabe zeitlich nicht weit auseinanderfielen.

4.5 Zwischenfazit

Die Partikularrechte in Deutschland waren von denen in Frankreich nicht grundlegend verschieden, lediglich zahlreicher und insgesamt stärker römischrechtlich überarbeitet.
Da bei der Verfassung der Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches die verschiedenen Landesrechte berücksichtigt wurden, ist verständlich, dass das ädilizische Recht und dessen Fristen Bestandteil der Lösungsfindung um ein einheitliches Recht werden musste, da es hier und da, manchmal bruchstückhaft im Landesrecht auftaucht neben kürzeren Fristen wie in Braunschweig, die an ein *bref délai* erinnern. Daneben mussten die verschiedenen Fristanfänge (Vertrag, Empfang oder Übergabe, Protokollerstellung) in Erwägung gezogen werden. Die Länder regelten nur manchmal die Sachmängelgewährleistung mangelhafter beweglicher Sachen, nicht aber bei Grundstücken. Vielleicht fehlte die Motivation, solche Normen in die Landesrechte aufzunehmen. Denn ohne Partikularrecht konnte stets auf das

[325] Kamptz (Cobl.) S. 51f.
[326] Kamptz T. I S. 354 (ohne Text), S. 388.

gemeine Recht, das Römische Recht, zurückgegriffen werden, dem die Praxis prinzipiell nicht ablehnend gegenüberstand. So lässt sich auch das Schweigen der Landrechte zu diesem Rechtsbereich erklären. Abgesehen davon konnte in vielen Städten das örtliche Recht eingreifen. Insofern lässt sich Jahresfrist für die Gewährleistung bei Grundstücken, die auch in Vorgängerkodifikationen zum BGB auftaucht, wohl nicht aus den Partikularrechten heraus erklären, die vor dem ALR entstanden.

5. Römisches Recht in der Literatur

Es ist deutlich in den deutschen Abhandlungen, dass das Römische Recht nicht wegzudenken war aus dem Bereich der Gewährleistung, genauso wenig wie die Referenz auf andere Autoren, die sich bereits dem Römischen Recht gewidmet hatten.[327] Einige bekannte französische Rechtsgelehrte wie Dumoulin, Dénis und Jacques Godefroy lehrten zeitweise in Deutschland, da die Zeiten in Frankreich unruhig waren. Cujaz, Domat, Pothier u.a. wurden auch in Deutschland gelesen. Dennoch ist der Unterschied in der Darstellung des Gewährleistungsrechts in der deutschen und französischen Literatur groß; das Römische und das kanonische Recht waren in deutschen Schriften zur Sachmängelgewährleistung mehr vertreten als in Frankreich, was hier anhand der Klagefristen untersucht wird.

5.1 Ein breiter Anwendungsbereich der ädilizischen Klagen

Wie gesehen, bestand in Frankreich die starke Tendenz, an erster Stelle den Pferdekauf zu behandeln, selten gefolgt von Anmerkungen zum sonstigen Viehkauf, und die Sachmängelgewährleistung beim Immobilienkauf distanziert zu betrachten.
In der deutschen Literatur gibt es zu der französischen Entwicklung Parallelen und Unterschiede. Auch die deutsche Literatur hatte ihre Vorlieben unter den diversen Stadt- und Landrechten. Das sächsische Weichbild taucht des Öfteren auf, ebenso wie das Frankfurter Stadtrecht.[328] In Deutschland stand ebenfalls der Pferdekauf auf Rang eins der in der Literatur angeführten Beispiele. Christopher Besoldus (1577-1638) beschränkt sich bei der

[327] Georg Frantzke (1594-1659) stützt sich beispielsweise auf wichtige Vertreter der Rechtsliteratur wie Accursius, Joh. Andreae, Carpzov, Colerus, Cujaz, Bachovius, Baldus, Bartolus, Donellus, Dumoulin, A. Fabre, Goeddaeus, Gothofredus, Mudaeus.
[328] z.B. Besold Cont. S. 583 ‘Roß-Kauff’.

Besprechung der Sachmängelgewährleistung auf den Pferdekauf, für den prinzipiell gelte, dass der Verkäufer für alle nicht sichtbaren internen Mängel die Haftung übernehmen könne, nur sei die *consuetudo* in vielen Orten anders und beschränke die Wandlung auf einige Mängel.[329] Johannes Schilter (1632-1705) ist hinsichtlich der Anwendung der Edikte im deutschen Recht gleichermaßen zurückhaltend. Er bezieht sich zunächst auf Art. 97 des sächsischen Weichbilds und erwähnt, dass in Magdeburg ähnliches gelte. „*Generatim tamen usu fori Germanici* rigor edicti aedilitii *vix observatur, ut redhibitio vel etiam aestimatoria actio locum habeat de quocunque vitio iure civili expresso, ... vero certa & pauciora vitia duntaxat pariunt has actiones, etiam contra ignorantem.*"[330] Im Allgemeinen werde dennoch durch den Rechtsbrauch in Deutschland kaum die Härte des ädilizischen Edikts befolgt, dass die Wandlungs- und Minderungsklage auch stattfinde bei irgendeinem Mangel, der im Zivilrecht erwähnt werde. In Wirklichkeit würden nur gewisse und ziemlich wenige Mängel diese Klagen hervorbringen, auch gegen den Unwissenden. Aber der Käufer könne sich durch vertragliche Absprachen absichern. Danach gibt er noch einen Beschluss des Frankfurter Rats von 1626 zum Pferdekauf wieder.[331] Aber oftmals findet sich der Hinweis in den Abhandlungen, dass neben dem Pferdekauf zumindest noch der Kauf von Vieh und Sachen bei der Gewährleistung wegen eines Sachmangels eine Rolle spielen. Regelmäßig werden die Möglichkeit einer Minderung und der Fall eines mangelhaften Grundstückes erwähnt. Anders als viele Autoren in Frankreich beschränken sich die Ausführungen in der deutschen Literatur nicht nur auf eine Wiedergabe der deutschen Partikularrechte, sondern sie nehmen in der Regel die ädilizischen Edikte als Ausgangspunkt, in die sie Beispiele aus den Partikularrechten einfügten. Das Römische Recht stand im Vordergrund. Johannes Wilhelm Röve(n)strun(c)k, dessen Name in vielfältiger Weise geschrieben wird, veröffentlichte 1629 seine *Meditationes Aedilitiae.* 1653, 1676, 1700 und 1704 folgten weitere Auflagen. Für ihn gelten die ädilizischen Klagen für alle Arten von Sachen und für Tiere; bei Grundstücken würde auch die *ex empto* eingreifen.[332] Als praktische Beispiele nennt er räudige Schafe, unreine Schweine mit Körnern oder Finnen, Brandweizen oder Korn mit 'Münch', schale Weine, 'erstickt Fass', *carnes leprosae vel morbosae, libri corrupti*, die Fehler hätten oder verboten seien, kaltbrüchiges Eisen, Waren, die kein Kaufmannsgut sein, verderbtes Tuch, zu stark gestrecktes Tuch und viele Beispiele von Waren, die durch die Polizeiordnungen

[329] Besold S. 948 ‘Roßkauf‘.
[330] Schilter T. II zu D. 21, 1 § XV.
[331] Schilter T. II zu D. 21, 1 § XV.
[332] Rövestrunck S. 6 Rdnr. 8f.

geregelt wurden.[333] Er bringt selbst für den Mangel an einem Grundstück neben dem aus den justinianischen Gesetzeswerken bekannten durch Pflanzen vergifteten Boden ein Beispiel: „Land daß der Wurm oder Enger frisset“. Dies Beispiel entfernt sich von den Vorgaben in C. 4, 58, 4, 1 und Ulp. D. 21, 1, 49, die von *fundus pestibilis, pestibulae* und *herbae letiferae* reden. Darüber hinaus versucht er zu erklären, warum das Pferd im Mittelpunkt der Betrachtungen steht, was auf eine Eloge auf das Pferd hinausläuft,[334] zumal er anscheinend ein Pferdenarr war.[335] Als erstes begründet Johannes Wilhelm Röve(n)strun(c)k, warum es auch „auf freyem Jahr Markt“ eine Gewährleistung für Mängel an Tieren geben müsse, gegen eine *consuetudo*, die das ausschließe: Denn eine solche *consuetudo* widersetze sich der göttlichen und natürlichen Vernunft, sowie der öffentlichen Nützlichkeit. Denn es sei gegen die göttliche Vernunft und die Bibel, den Verkäufern die Möglichkeit zu geben, ungestraft zu täuschen und zu sündigen. Menschliche Gesetze seien den göttlichen untergeordnet. Da der Vertrag aus dem *ius gentium* stamme, erlaube die natürliche Vernunft, den Vertrag aufzulösen. Zwischen den Vertragsparteien müsse Gleichheit, *aequalitas*, herrschen. Es sei gerecht, dass Schaden und Gewinn verteilt werden. Für das Allgemeinwohl sei es wichtig, dass der Handel blühe.[336] Er ordnet damit die *consuetudo* der *lex naturalis* und dem göttlichen Gesetz unter und kommt zum Ergebnis, dass ein Vertrag wegen Mängel auch beim Tierkauf auflösbar sein müsse. Das ist der erste Ansatzpunkt, Prinzipien aus dem Römischen Recht in das deutsche Recht einzuführen. Dann widmet er sich ausführlich, welche Krankheiten in verschiedenen Regionen als innere, d.h. versteckte Mängel anerkannt sind. Im sächsischen Weichbild seien es ohne weitergehende Vertragsvereinbarungen ‘stettig, staarblind, haarschlechtig‘, in Nürnberg nach der Reformation ‘rotzig, reudig, haarschlechtig‘, in Frankfurt ‘haarschlichtig; stettig, hauptsiech als Mohnäugig oder Rotzig‘. Er zitiert neben Colerus und vielen anderen auch Clamerus (Balthasar Klammer), Pferde mit diesen Krankheiten seien kein Kaufmannsgut, weswegen der Käufer sie innerhalb von sechs Monaten zurückgeben könne.[337] Diese Krankheiten seien geeignet, den Gebrauch des Pferdes so sehr zu behindern, dass der Käufer in Kenntnis dieser Umstände das Tier nicht gekauft hätte. Während an den meisten Orten nur die Wandlung wegen gewisser Mängel erlaubt sei, lasse das *ius civile* zu, wegen aller verborgener Mängel zu klagen, was Rövestrunck zum Anlass nimmt, eine Vielzahl von Krankheiten aufzuzählen, die geeignet sind, zur Wandlung

[333] Rövestrunck S. 6ff Rdnr. 10ff.
[334] Rövestrunck S. 9f Rdnr. 12ff.
[335] Rövestrunck S. 74 : Er kennt alle Qualitätskennzeichen eines Pferdes (Farbe, Zungenfarbe, Zeichnung, Rasse, Herkunft, Körperbau, Bewegung…).
[336] Rövestrunck S. 21f Rdnr. 33ff.
[337] Rövestrunck S. 53ff Nr. 1ff.

zu berechtigen.[338] Der zweite Anknüpfungspunkt für römischrechtliche Prinzipien wäre demnach, die Mängellisten durch eine übergreifende Definition zu ersetzen, die alle schweren inneren Krankheiten umfasse. Georg Frantzke (1594-1659) behandelt sowohl deutsches als auch Römisches Recht, Grundstücke wie auch Minderung.[339] Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678) stellt die Stadtrechte, die die ädilizischen Klagen einschränkten, als Ausnahmen dar: *„Interdum quidem consuetudinis est, ut Venditor de nullo vitio teneatur, si equum, vel aliam rem, in publico mercatu, vendiderit*", wobei er auf das Hamburger Stadtrecht verweist, „*sed huiusmodi consuetudinem irrationalem pronuntiat, cum Rövestrunkio, Besoldus, cum fraudibus campsorum aperiat fenestram.*"[340] Manchmal gebe es die *consuetudo*, dass der Verkäufer wegen keines Mangels hafte, falls er das Pferd oder eine andere Sache auf dem öffentlichen Markt verkauft habe. Aber eine solche Sitte nenne Besoldus, wie auch Rövestrunck unvernünftig, gegen die *ratio,* da sie den Betrügereien der Händler ein Fenster öffne. Hier zeigt sich die Tendenz, das deutsche Gewährleistungsrecht aus den Partikularrechten durch das Römische Recht zu ergänzen. Lauterbach erkannte an, dass die Wandlung von Tieren meistens nur für einige Krankheiten zugelassen werde. Danach lässt er sich ein auf die diversen Pferdekrankheiten in Württemberg und Sachsen. In Württemberg gebe es vier Hauptkrankheiten, „rotzig, reidig, gräthig, wurmig",[341] die oftmals in der Rechtsprechung ergänzt würden durch „lunaticus, kollerend/retrogradus, stettig/ vel parvidus, scheuh/mucosus, seu pituosus, rotzig/ oder hauptsüchtig".[342] In Sachsen seien es die Räude, Blindheit, Stettigkeit, zu der oftmals der Rotz hinzugefügt wird.[343]

Georg Adam Struve (1619-1692) behandelt die Minderungsklage ebenso wie die Gewährleistung für ein mangelhaftes Grundstück. Beim Grundstück erwähnt er als Beispiel „Land, das der Wurm oder Enger frisset",[344] das schon Rövestrunck verwandt hatte, oder den unfruchtbaren Acker oder das unbewohnbare Haus.[345] Er verweist in seiner Rechtsprechungssammlung hinsichtlich der Pflicht des Verkäufers, eine mangelfreie Sache zu übergeben, auf den ganzen Titel der D. 21, 1 zu den ädilizischen Edikten.[346] Johann Ferdinand

[338] Rövestrunck S. 55ff Nr. 16, 23ff : auf mehr als drei Seiten Beispiele: 'stettig, stendig, kollernd, repsisch, rötzig, hauptsüchtig, dämpfig, bauchbläsig, mohnäugig, blöden Gesichts, staarblind, Flecken auf dem Auge, Spath, Gallen oder Floß, Fisteln, wurmbefallen, Kermschwinden, Steingallen, Lahm, Nadelbruch, Miltzsüchtig, speitig, verhitzt...'
[339] Frantzke S. 722 Nr. 68f.
[340] Lauterbach T. II S. 161.
[341] Lauterbach T. II S. 162f .
[342] Lauterbach T. II S.162.
[343] Lauterbach T. II S. 162.
[344] Struve T. II zu D. 21, 1 II β S. 68 ; III γ S. 69.
[345] Struve T. II zu D. 21, 1 V α S. 71.
[346] Struve/Heineccius S. 461 § 9.

Behamb widmet sich in seiner Abhandlung vom Pferderecht von 1692 der Minderungsklage beim Pferdekauf, für die er 44 Mängel findet, die dazu berechtigten.[347] Er musste also voraussetzen, dass die Partikularrechte, die nur die Wandlung anerkannten, nicht abschließend waren oder sein sollten.[348]

Samuel Stryk (1640-1710) stellt sich in der Fortsetzung seiner Abhandlung zum *Usus Modernus* die Frage, inwieweit das ädilizische Edikt zu seiner Zeit noch von Bedeutung sei, weshalb er das Edikt auf seine *aequitas naturalis* untersuchen wolle.[349] Nach einigen allgemeinen Ausführungen zu den Edikten und zum Sklavenkauf geht er über zum Viehkauf, insbesondere zum Pferdekauf, mit den Worten: „ *transeamus itaque ad magis utilia*". Im Detail gibt er die diversen Regelungen von Städten wie Lübeck oder Hamburg und einzelnen Landkreisen wieder zum Viehkauf (Schafe, Rinder, Schweine) und zum Kauf anderer Sachen, Grundstücke einschließlich. Die Beispiele für mangelhafte bewegliche Sachen stammen aus Polizeiordnungen. Im Pferdehandel gelte allgemein, dass irgendein Mangel zur Gewährleistung ausreiche.[350] Mangelhafte Grundstücke seien z.B. die, die giftige Gase absonderten oder Land, „das der Wurm oder Enger frisset",[351] was Rövestrunck schon geschrieben hatte. Selbst wenn er anerkennt, dass die Edikte in ihrer überlieferten Form im deutschen Recht nicht eins zu eins übernommen wurden, steht er der Anwendung des ädilizischen Rechts nicht ablehnend gegenüber.

Auch Nicolaus Gothofredus Steuernagel, dessen Anmerkungen zum Lübecker und Hamburger Recht 1731 erschienen, vergisst nicht in seinem Axiom XLI zum Lübecker Viehrecht zu erwähnen, dass das gemeine Römische Recht viel weiter sei und alle internen und nicht sichtbaren Mängel erfasse, anders das Lübecker Recht, dass für Pferde die Wandlung nur in drei Fällen zulasse (*astmaticus, lunaticus, retrogradus*).[352] Johannes Gottfried Schaumburg (gest. 1746) bestätigt die Anwendung der ädilizischen Edikte auf bewegliche und unbewegliche Sachen.[353] Die Lehre E.Chr. Westphals vom gemeinen Recht von 1789 ist kein prägnantes Beispiel für den Versuch, Römisches Recht mit deutschem Recht zu verbinden, da Westphal sich im Wesentlichen darauf beschränkt, zu den ädilizischen Klagen D. 21, 1 in einer Mischung mit D. 19, 1, d.h. der *ex empto*, wiederzugeben. Für ihn ist selbstverständlich, dass Gewährleistung für den Kauf aller Arten von Sachen geleistet werden

[347] Behamb Tit I alia pars casus CVII.
[348] Behamb Tit. VIII casus LXXXV.
[349] Stryk zu Lib. XXI, I § II S. 676.
[350] Stryk Diss. Disp. XXI Cap. XI Nr. 23.
[351] Stryk zu Lib. XXI, I § XIIIff S. 688ff.
[352] Steuernagel S. 70 Axioma XLI.
[353] Schaumburg zu D. 21, 1 § IV.

könne, Grundstücke, Tiere, Mobilia,[354] sei es durch Wandlung oder Minderung. [355] Das Kapitel zu den ädilizischen Klagen Glücks (1755-1831) in seinen Ausführlichen Erläuterungen zu den Pandekten, die ab 1790 kontinuierlich bis 1830 erschienen,[356] straft den Titel seines Werkes nicht Lügen. Minderung wie Wandlung werden abgehandelt.[357] Die Anwendung der Klagen auch auf Grundstücke wird angesprochen, wobei Glück allerdings auslegend einfügt, dass Mängel vorliegen müssen, die nicht sofort wahrnehmbar seien.[358] Von Vangerow, Heidelberger Professor der Rechtswissenschaften, gab die erste Auflage seines Lehrbuchs der Pandekten 1838 heraus, das seine Vorlesungen begleiten sollte; 1876 erschien die siebte Auflage. Er verteidigt die Idee, dass das Römische Recht in Deutschland „*in complexu*" rezipiert sei und es nicht bloß als *ratio scripta*, sondern als *lex scripta* Geltung habe.[359] Er empfiehlt seinen Studenten als Kommentare zu den Pandekten an erster Stelle Cujaz, gefolgt von Odofredus, Alciatus, Duaren, Donellus, Giphanius, Antonius Faber, Brunnemann, zum Codex ausserdem noch Wissenbach und Perezius. Unter den Darstellungen von Rechtssystemen finden sich unter vielen auch Pothiers Pandektenkommentar und Domats *Les loix civiles*…[360] 1885 wurde bestätigt, bei Immobilien gelte das gemeine Recht, d.h. das Römische Recht mit den durch allgemeine Gewohnheit oder allgemeines Gesetz eingeführten Veränderungen“.[361]

Kurz vor der Kodifizierung des BGB wurde als normal angesehen, dass eine Sachmängelgewährleistung gewährt wurde. Demzufolge wurden die Hamburger Statuten von 1603 und das HGB als Ausnahme gesehen, auch wenn die Verfasser des Stadtrechts dies wohl nicht so gesehen hatten.[362] Vielmehr wurde der Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen als das Prinzip im Handelsverkehr angesehen.[363]

[354] Westphal S. 329 § 406ff.
[355] Westphal S. 368f § 477ff.
[356] Der XX. Band, der die Besprechung der ädilizischen Klagen enthält, stammt von 1819.
[357] Glück XX, 1 S. 66ff.
[358] Glück XX, 1 S. 39.
[359] Vangerow T. I S. 13 §5.
[360] Vangerow T. I S. 18ff §8f.
[361] Schultz S. 35.
[362] Baumeister T. I S. 344ff.
[363] Gerber (1895) S. 347 § 205.

5.2 Die Fristen und das tempus utile

In der Literatur wird oftmals unterschieden zwischen dem Römischen und den diversen regionalen Rechten mit ihren Fristen. Hinsichtlich des Römischen Rechts gibt es keine neue Erkenntnis bei der Laufzeit der Fristen: Die Fristen betrugen sechs Monate bei Wandlung, ein Jahr bei Minderung. Im Falle der Stelle Gai. D. 21, 1, 28 galten kürzere Fristen.[364] Bei Behamb schleicht sich die zweimonate Frist aus Gai. D. 21, 1, 28 an unerwarteter Stelle ein: Wenn dem Käufer die Gesundheit des Pferdes suspekt erscheine, könne er vertraglich eine Haftungserweiterung auf zwei Monate vereinbaren,[365] was einer Garantie gleichkommt und den Beweis vertraglich umdreht. Wenn ihm diese *Verlängerung* aber verweigert werde, könne er wandeln;[366] denn Behamb ging beim Pferdekauf von noch kürzeren Fristen als zwei Monate aus.

Streitig war, wie das *tempus utile* bestimmt werden sollte, da Pap. D. 21, 1, 55 weiterhin Kopfzerbrechen bereitete. Die Literatur zum *usus modernus* sah sich mit einem selbstgeschaffenen Problem konfrontiert, da sie in Pap. D. 21, 1, 55 ein *tempus utile ratione initii* hineinlasen und dieses *tempus utile* mit Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu vereinen versuchten, obwohl Ulpian einen festen objektiv bestimmbaren Fristanfang vorgab und von seiner Wortwahl nur ein *tempus utile ratione progressus* zulassen konnte. Die Begrifflichkeit hatte sich seit dem byzantinischen Recht geändert, aber das Problem war im Kern noch dasselbe: Wenn eine Frist ab der Kenntnis anfing, wie konnte Ulpian Recht haben? Es gab mehrere Lösungsversuche:

Frantzke vertrat, die Fristen liefen *utiliter* zumindest *ratione cursus*, nicht kontinuierlich. Denn der Fristbeginn sei entweder der Kauf oder der Zeitpunkt des Versprechens oder der Zusage, z.B. zumindest hinsichtlich des Käufers, der den Mangel gekannt habe und kennen durfte.[367] Er ergänzt damit die Aussage Ulpians um die Kenntnis des Käufers, wie es schon Cujaz oder D. Gothofredus versucht hatten. Struve schrieb in der gleichen Logik, die Wandlungsklage habe eine Frist von sechs Monaten *utiles „a die contractus vel promissionis*“

[364] Brunnemann Pand. S. 30 zu Gai. D. 21, 1, 28; Struve T. II zu D. 21, 1 VI β S. 74; Westphal S. 368f § 477ff; Lauterbach T. II S. 163; Glück XX, 1 S. 35, 154f, 159: Gai. D. 21, 1, 28 wird als Beweis angeführt, dass der Käufer in Rom den Anspruch gegen den Verkäufer gehabt habe, eine *stipulatio duplae* zu verlangen; Glück XX, 1 S. 45: Eine *simplaria venditio* sei dementsprechend der Verkauf von Sachen, in denen es nicht üblich gewesen sei, diese Stipulation auf das Doppelte zu fordern. Dernburg (4. Aufl.) T. II S. 274 Anm. 6 ; Dernburg Syst. 2. Teil S. 762 Anm. 6: 1894 sowie 1912 verweist Dernburg am Rande auf Gai. D. 21, 1, 28 als Pflicht des Verkäufers in Rom, dem Käufer eine Stipulation abzulegen oder eine Wandlung zu erleiden. In Deutschland sei eine solche Klage unbekannt.

[365] Behamb Tit. II casus XXIV.

[366] Behamb Tit. VI casus LXX.

[367] Frantzke S. 725 Nr. 89ff.

nach Ulp. D. 21, 1, 19, 6. Die Minderungsklage liefe ein Jahr lang, das „*tam ratione initii, quam progressus seu cursus*" *utile* sei, denn die Frist beginne „*a die scientiae*", wobei er das Argument dafür aus C. 4, 58, 2 zieht.[368] Struve hatte demnach das Problem gesehen, dass Pap. D. 21, 1, 55 und C. 4, 58, 2 nicht zu vereinen sind; er versucht das Problem durch eine nicht fundierte Sachverhaltsergänzung zu lösen, dass auch C. 4, 58, 2 die Kenntnis des Käufers von der Flucht voraussetze. Hinsichtlich der Fristlänge der ädilizischen Klagen tut sich Mevius schwer, bestätigt aber einen Beginn ab der Kenntnis: „*Praestituti autem sunt jure civili actioni redhibitoriae sexaginta dies à tempore scientiae…, nec aliud observandum reor, si ex nostro jure quis experiri velit, cum id ex jure communi supplendum sit in his, quae expresse non cavet.*"[369] Gemäß dem Zivilrecht seien für die Wandlungsklage 60 Tage gegeben ab Kenntnis; und er meine, nichts anderes gelte, wenn aus dem Lübecker Recht jemand klagen wolle, weil dies aus dem gemeinen Recht, d.h. aus dem Römischen Recht, in den Punkten ergänzt werde, die es ausdrücklich nicht abdecke. Dabei bezieht er sich auf Ulp. D. 21, 1, 31, 22, in dem nur der Fall des *pactum displicentiae* behandelt wird. Da Mevius sich in diesem Zusammenhang dem Viehkauf widmet, könnte es sein, dass er die kürzere Frist von 60 Tagen angemessener fand als eine lange Frist von sechs Monaten und dafür einen Nachweis aus den Digesten suchte.

Nach Rövestrunck galt, dass für die Wandlung die Frist von sechs Monaten ab dem Kaufvertrag oder der Zusage liefen; bei der Minderung habe der Käufer ein Jahr zur Klageerhebung. Die Fristen seien *utiles*, d.h. sie würden nicht gegen denjenigen Käufer laufen, der den Mangel nicht kannte, es sei denn die Nichtkenntnis sei fahrlässig. Kennen und Kennenmüssen würden gleichgesetzt.[370] Rövestrunck hatte anscheinend eine richtige Auffassung vom Zusammenspiel des Fristbeginns und der Fristhemmung, auch wenn er von Ulp. D. 21, 1, 19, 6 in der üblichen Florentiner Lesart ausging.
Hinsichtlich der Fristen führt Stryk C. 4, 58, 2, Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 an und kommt zu dem Ergebnis, dass bei einem fixen Fristbeginn *ex die venditionis* bzw. ab einer Zusage die Frist nur hinsichtlich der Fristberechnung *utilis* sein könne, denn sie sei *continua*, wie er sagt, hinsichtlich des Beginns. Die Frist laufe nicht „*à tempore… adeptae scientiae morbi*". Nur die Tage würden zählen, an denen Gericht gehalten werden könne,

[368] Struve T. II zu D. 21, 1 X α S. 78.
[369] Mevius Jus Lub. L. 3 Tit. VI Art. XIV Nr. 9.
[370] Rövestrunck S. 110 Nr. 3, 6 ; S. 153 Nr. 23.

„*quibus judicem adire fas est*“.[371] Pap. D. 21, 1, 55 führt er nur an zur Fristenlänge und zum Beweis, dass die *potestas experiundi* ganz allgemein gegeben sein müsse.[372] Er eliminiert also Pap. D. 21, 1, 55 zugunsten von C. 4, 58, 2.

Die meisten Autoren gehen einen anderen Weg:
Johann Brunnemann (1608-1672) schreibt, dass für die *actio redhibitoria* die Kagefrist sechs Monate, für die *quanti minoris* ein Jahr betrage, die *utilis* sei „*ratione ingressus, & ratione progressus, ut scil. non nisi scienti currat, & dies juridici tantum attendantur... Sed si ex promissione datur actio redhibitoria, ex die promissionis currit tempus*". Die Frist sei *utilis* hinsichtlich des Beginns und des Fortlaufs, so dass sie nur dem Wissenden laufe und nur die Gerichtstage ins Gewicht fielen. Wenn aber die Wandlungsklage wegen der Zusage gegeben werde, laufe die Zeit ab dem Tag der Zusage. Brunnemann wies auf den Widerspruch zum *tempus utile* hin. Denn er ging ja auch von einem *utilis ratione ingressus* aus, was schwer mit Ulp. D. 21, 1, 19, 6 zu vereinen war. Er erwähnt das Argument, dass das Wissen des Käufers mit dem Kaufschluss zusammenfiel. Er bringt ein anderes Argument in die Diskussion ein, dem er vorsichtig begegnet: Die Wandlung greife stärker in die Rechte ein, deswegen sei die Klagefrist zu Recht kürzer als die der Minderungsklage und laufe daher ab dem Tag der Zusage. [373] Wenn man dies vertreten wolle, müsse man entweder behaupten, dass das *tempus utile* auf Grund des Fristlaufs *utile* sei oder beim Sklavenkauf die Frist ausnahmsweise durchgängig liefe.[374] Letzteres kann nicht ganz durchdacht gewesen sein, da sowohl Pap. D. 21, 1, 55 als auch C. 4, 58, 2 vom *mancipium* handeln. Papinian spricht in D. 21, 1, 55 nur von den sechs Monaten der Wandlungsklage, eben nicht von der Minderungsklage. Selbst wenn man Ulp. D. 21, 1, 19, 6 2. Satz „*Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit*“ nur auf die Wandlungsklage beziehen wolle, obwohl im Satz zuvor Wandlungs- sowie Minderungsklage erwähnt wurden, wäre der Widerspruch zu Pap. D. 21, 1, 55 nicht gelöst, sondern im Gegenteil verschärft. Lauterbach vertrat, die *actio redhibitoria* sei *temporalis* und „*regulariter intra 6 menses* [C. 4, 58, 2]“; die Zeit sei *utilis* „*ratione cursus, non vero ratione initii* [Ulp. D. 21, 1 , 19, 6 ; Pap. D. 21, 1, 55] … & *competit ex eo, ex quo dictum, promissumve quid est, i.e. ex tempore contractus*…"[375] Er setzt damit voraus, dass Zusage und Kaufvertrag stets zusammenfallen, womit er die Unebenheit in der Lesart von Ulp. D. 21, 1,

[371] Stryk zu Lib. XXI, I § XXXIII S. 711f.
[372] Stryk zu Lib. XXI, I § XLVI S. 723f.
[373] Brunnemann Pand. S. 29 zu Ulp. D. 21, 1, 19, 6 Rdnr. 9ff.
[374] Brunnemann Cod. S. 512 zu C. 4, 58, 2.
[375] Lauterbach T. II S. 167f.

19, 6 glättet, die einen Fristbeginn ab dem Kaufvertrag und einen ab der Zusage voraussetzt. Die ädilizische Minderungsklage sei von der ex empto zu unterscheiden. Sie verjähre regelmäβig in einem Jahr *utile*, „*ex eo tempore, quo fuit potestas agendi, & cum scivit Emptor morbum aut vitium*".[376] Auch Lauterbach unterschied also den Fristbeginn für die Wandlung ab dem Vertragschluss und für die Minderung ab der Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Käufers vom Mangel. Henning Justus Böhmer (1674-1749) vertrat, bei der Wandlungsklagen solle die Klage binnen sechs Monaten erhoben werden, *utiles*, „*a die contractus*", wobei er sich auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 bezog. Die Frist der Minderungsklage liefe ein Jahr lang, *utile*, „*a die scientiae*", wobei er Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und C. 4, 58, 2 angibt.[377] Er macht damit dieselbe seltsame Unterscheidung, wie schon bei Brunnemann oder Lauterbach erwähnt. Johannes Gottfried Schaumburg (gest. 1746) greift die Unterscheidung zwischen dem Fristbeginn der Wandlungs- und Minderungsklage auf: „… *redhibitoria*[*e*][378] *praescribitur intra sex menses a die contractus* [Ulp. D. 21, 1, 19, 6; Pap. 21, 1, 55]…*actio vero quanti minoris datur intra annum a tempore scientiae aestimandum* [Ulp. D. 21, 1, 19, 6; C. 4, 58, 2]."

Mit der Aufbereitung des Römischen Rechts im 19. Jahrhundert, aus dem die Pandektistik entstand, änderte sich die Auffassung.

C. von Savigny führte in seiner Pandektenvorlesung 1824/1825 aus, dass ein *tempus utile ratione initii* ab Kenntnis des Berechtigten anfange; dies gelte aber nicht für den *annus utilis*, für das subjektive Hindernisse nicht beachtet würden. Vom *tempus continuum* und *utile* sei nur noch geltendes Recht das *tempus utile ratione initii*.[379] Damit müsste nach seinem Verständnis die Frist der sechs Monate bei der Wandlungsklage ab Kenntnis des Käufers vom Mangel laufen, allerdings durchgehend, bei der Minderungsklage das Jahr ab vermutlich dem Kauf durchgehend. In seinem System des heutigen Römischen Rechts findet sich die gleiche Ansicht: Er behandelt ausführlich das *tempus utile* und fragt, inwieweit ein subjektiver Grund (*scientia*) Ausgangspunkt der Klageverjährung sein könne. Man könne bei den Klagen zweifeln, die nach einem Jahr oder einer kürzeren Frist verjähren.[380] Pap. D. 21, 1, 55 sieht von Savigny als Ausnahmeregel für die Wandlungsklage, nicht für die Minderungsklage an,

[376] Lauterbach T. II S. 169.
[377] Böhmer S. 19ff.
[378] Vermutlich ein Setz- oder Übersetzungsfehler.
[379] v.Savigny Pand. S. 72.
[380] v.Savigny System T. III S. 408.

ähnlich wie schon de Ravanis. Er dreht damit die kaum durch das Römische Recht begründbare Ansicht Brunnemanns, Lauterbachs, Böhmers oder Schaumburgs um.
Glück hingegen vereinheitlicht die Fristenlänge der ädilizischen Klagen: Die Klagefrist für die Wandlung betrage sechs Monate unabhängig davon, ob aus der *actio redhibitoria* oder der *actio empti* geklagt werde. Denn wäre es möglich gewesen, die zivile Klage auf Wandlung noch innerhalb von dreißig Jahren zu erheben, hätte Kaiser Gordian in C. 4, 58, 2 nicht die Rechtsanfrage beantworten müssen, da eindeutig gewesen wäre, dass der Käufer wegen eines flüchtigen Sklaven auch noch nach einem Jahr hätte Klage erheben können.[381] Die Minderungsklage sei innerhalb eines Jahres geltend zu machen.[382] Die Fristen seien *tempora utilia*, „bey welchen daher nur diejenigen Tage gezählt werden, an welchen die Klage ungehindert angestellt werden konnte, aber, wie Papinian sagt, *quibus experiundi potestas fuit.*“[383] In diesem Zusammenhang erklärt Glück sehr richtig, dass die Klagefrist entweder ab der Abgabe einer Stipulation laufe, wenn eine Klage auf die Stipulation gegründet werde, oder aber ab Kauf. In dieses Grundprinzip fügt er die Idee Papinians ein: Man könne dem Käufer keine Verjährungseinrede entgegenhalten, der ohne grobe Fahrlässigkeit die Klagefristen versäumt habe, weil er den Mangel noch nicht gekannt habe. Denn zur *potestas experiundi* gehöre, von seinem Klagerecht zu wissen.[384]

Carl Friedrich Sintenis, der ab 1831 eine Übersetzung zum Corpus Iuris Civilis herausgab und dessen Erstauflage ‘Das practische gemeine Civilrecht‘ 1847 erschien, macht keinen Hehl daraus, dass er längere Fristen bevorzugen würde: Die Wandlungs- und Minderungsklage seien „unter den Umständen, unter welchen sie von grösster practischer Bedeutung sind, an eine eigenthümliche kurze Verjährungsfrist geknüpft…, die erste an eine solche von sechs Monaten, die andere an eine einjährige Frist.“ Die Fristen würden ab dem Vertragabschluss oder ab der Zusage laufen, wobei Sintenis voraussetzt, dass letztere „nachher“ geschehe; „doch ist dabei vorausgesetzt, dass der Käufer den Fehler sogleich entdeckt habe; ist er ihm aber verborgen geblieben, so beginnt die Frist erst von da an, wo er ihn entdeckt hat, vorausgesetzt, dass ihm nur kein Vorwurf eines solchen Unverstandes darüber, dass der Fehler ihm bisher entgangen, gemacht werden kann“.[385] Dies ist ein weiterer Versuch, Pap. D. 21, 1, 55 mit Ulp. 21, 1, 19, 6 zu vereinen, wobei auch bei Sintenis offen bleibt, wie ein

[381] Glück XX, 1 S. 153f.
[382] Glück XX, 1 S. 155.
[383] Glück XX, 1 S. 155f.
[384] Glück XX, 1 S. 156.
[385] Sintenis T. II S. 622.

Mangel, der „sogleich“ entdeckt werden konnte, nicht offensichtlich war und aus welchen besonderen Umständen heraus der Verkäufer für offensichtliche Mängel einstehen sollte.

Zu den Klagefristen merkt Karl A. von Vangerow (1808-1870) an, dass das Edikt „ganz kurze Verjährungs-Zeiten vorgeschrieben“ habe, nämlich sechs Monate bzw. ein Jahr. Da er auf C. 4, 58, 2 abstellt, wird er wohl ab einer Laufzeit ab dem Kauf ausgehen. Solange die *ex empto* in direkter Konkurrenz mit den ädilizischen Klagen gegen den unwissenden Verkäufer trete, sei anzunehmen, dass auch dort nur die Fristen aus dem Edikt gelten würden.[386]

Georg Friedrich Puchta (1798-1846) ist in seinem Lehrbuch zu den Pandekten sehr kurz hinsichtlich der Fristen. Er belegt anhand Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. 21, 1, 55 u.a., dass die Fristen für die Wandlungs- und Minderungsklage 6 bzw. 12 Monate betragen haben, ohne sich allerdings auf den Anfang der Frist bei der Gewährleistung einzugehen. In seiner Abhandlung zum *tempus utile* merkt er in einer Fußnote an, dass die Fälle, Unkenntnis zu den Hindernisgründen zu rechnen, die eine Frist nicht beginnen lassen, „nicht für wesentlich und durchgängig zu halten“ seien.[387] Mit anderen Worten: Erstens bezeichnet seiner Ansicht nach Pap. D. 21, 1, 55 eine Fristhemmung, keinen Fristbeginn; zweitens stellt dieses Fragment eine Ausnahme für die Berechnung des *tempus utile* dar.

Aus der Abhandlung zum Pandektenrecht Bernhard Windscheids (1817-1892) ergibt sich, dass u.a. nach Ulp. D. 21, 1, 19, 6 die Fristlänge, nach Pap. D. 21, 1, 55 die Zählung der Tage bestimmt wurde,[388] auch wenn er dies nicht ausdrücklich erwähnt. Er machte einen Unterschied zwischen Fristhemmung und Fristbeginn.

Heinrich Dernburg (1829-1907) spricht von den ‘kurzen’ Fristen bei der Wandlung und Minderung, zumindest im Vergleich zu den Klageverjährungen von 30 Jahren.[389] Wandlungs- sowie Minderungsklage werden von ihm behandelt. Zur Klagefrist der Wandlungsklage schreibt er: „Die redhibitorische Klage verjährt in 6 Monaten vom Verkauf an, aber utiliter berechnet. Nichtkenntniß des Käufers vom Fehler hindert daher den Beginn der Verjährung, es sei denn, daß sie auf grober Fahrlässigkeit beruht.“ Als Quellen verweist er auf Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55. Die Verjährung der Minderungsklage betrage ein Jahr; die Frist beginne wie bei der Wandlungsklage.[390] 1897 und 1912 wiederholt er diese Aussage, merkt

[386] v.Vangerow T. III S. 309f § 609.
[387] Puchta Pand. S. 118 Anm. d; S. 536 Anm. l.
[388] Windscheid T. I S. 542f, T. II S. 687f.
[389] Dernburg (5. Aufl.) T. I S. 351 § 147.
[390] Dernburg (4. Aufl.) T. II S. 278f Anm. 14.

aber an, dass die §§ 477 BGB das anders sähen.[391] Wenn er auch noch nicht die Fristenlänge harmonisiert hat, so doch den Fristenanfang.

Gustav Hanausek stellt Ende des 19. Jahrhunderts zunächst das ädilizische Recht mit den Fristen von sechs Monaten für die Wandlungs- und einem Jahr für die Minderungsklage vor und legt anschließend dar, inwieweit dieses Präklusivfristen oder, wie er sagt, Klageanstellungsfallfristen, sind.[392] Die Fristen liefen ab dem Vertragsschluss oder ab dem Zeitpunkt der Zusage, wenn diese erst den Anspruch begründete.[393] Durch entschuldbare Unkenntnis des Käufers werde der Beginn der Frist gehemmt, Pap. D. 21, 1, 55,[394] anders als im Handelsgesetzbuch, Art. 349 Abs. 2, in dem kontinuierliche Fristen ab der Ablieferung galten.[395]

Diese Zusammenschau zeigt eine gewisse Malaise gegenüber dem *tempus utile*. Man merkt deutlich, welche Werke sich der Pandektistik zugewandt und sich vom Usus Modernus abgewandt haben, da der Umgang mit den Texten sicherer wird, auch wenn deutlich ist, dass es bei den Autoren des 19. Jahrhunderts noch Diskrepanzen in der Auffassung der relevanten Stellen Ulp. D. 21, 1, 19, 6 und Pap. D. 21, 1, 55 gab. Hervorzuheben ist ein weiterer Punkt: Die Literatur vertrat weder eine Laufzeit von sechs Monaten für die Minderungsklage noch eine von einem Jahr bei Sachmängeln für Grundstücke für Wandlung oder Minderung. Die Formulierung des § 477 Abs. I BGB (1900) ist durch eine andere Quelle inspiriert worden.

5.3 Die Präsumptionsfrist

In aller Regelmäßigkeit taucht in der deutschen Literatur die Diskussion um die Präsumptionsfrist von drei Tagen bei Tieren auf, die schon aus dem kanonischen Recht bekannt ist. Die folgenden Stellen zeichnen sich nicht durch eine große inhaltliche Diversität aus; sie sagen alle das gleiche. Es ist erstaunlich, wie ähnlich sie sich sind: *breve tempus, celeritas mortis, triduum, aliquod tempus* sind die immer wiederkehrenden Ausdrücke. Es gibt allein Abweichungen darin, ob das tote Tier noch autopsiert werden soll und welche Organe angeschaut werden sollten. Georg Frantzke (1594-1659) schreibt: „*Praesumitur*

[391] Dernburg (4. Aufl.) T. II S. 281f Anm. 16 ; Dernburg Syst. 2. Teil S. 765.
[392] Hanausek 2, 2 S. 296ff.
[393] Hanausek 2, 2 S. 333.
[394] Hanausek 2, 2 S. 336.
[395] Hanausek 2, 2 S. 344f.

autem morbus vel vitium post venditionem supervenisse, si facta traditione post tempus aliquod elapsum demum appareat; imputet enim sibi emtor, quod non diligentius in emtae rei vitia inquisiverit... Nisi forte intra triduum ..., equus vel alius aliquod animal intereat, tunc enim morbus venditione antiquior praesumitur secundum Bald. in l.1 C. h.t.; Joh. Andr. ad Speculator... confer. Caballin. De aed. ed. cap. 2 n. 25".[396] Es werde vermutet, dass eine Krankheit oder ein Mangel nach dem Verkauf enstanden sei, wenn er oder sie nach erfolgter Übergabe nach Ablauf einiger Zeit endlich auftrete; der Käufer müsse sich nämlich selbst zuschreiben, dass er nicht sorgfältiger bei der verkauften Sache Mängel gesucht habe. Eine Ausnahme davon sei, wenn gegebenenfalls innerhalb von drei Tagen das Pferd oder ein anderes Tier sterbe, dann werde nämlich vermutet, die Krankheit sei zum Verkauf vorzeitig gemäß Baldus und Joh. Andreae, wobei Baldus sich wiederum auf Joh. Andreae stützt. Es gäbe aber einige Unterschiede zwischen dem Zivilrecht und dem sächsischen Recht im Pferdekauf, sowie zu anderen lokalen Rechten. Da reiche es nicht, nach Verenden des Tieres zu zeigen, dass Herz und Lunge krank waren, sondern es müsse eine der in den Gesetzen aufgezählten Krankheiten vorliegen.[397] Rövenstrunck schreibt: Wenn ein Pferd verendet sei, untersuche man die Organe (Blase, Lunge, Leber, Herz...), um aus dieser Untersuchung eventuell die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Mangel schon vor dem Kauf existiert habe. Denn das Grundprinzip sei, dass der Käufer, erstens den Kauf, zweitens den Mangel oder die fehlende Eigenschaft und drittens die Vorzeitigkeit des Mangels zum Kauf oder zum Versprechen beweisen müsse, wobei die *consuetudo* der Region aber die Einzelheiten des Beweises bestimme.[398] Der Zeitfaktor war das stärkste Argument in der Beweisfürung, wie der von Rövenstrunck entschiedene Fall zeigt: „Im Nahmen der Heiligen Dreyeinigen Gottheit A M E N.Auß vorgesteltem facti specie und Kundschafft habe ersehen / wie beklagten das Pferdt am 28. Octobris st.n.A. 1649 verkaufft und geliefert: Nachher am 11. Novemb. st.vet. selbigen Jahrs producirter Zeuge im Arnßberger Walde und Brüchen das gemeldtes Pferdt mit dem Schenckel gezucket: und als es besehen / drey Knöpfgen vom Wurm / so offen befunden: auch daß es die Krippen loß gerückt / und als schöbicht sich angestelt habe / vernommen: Auch als es 2 ½. Woche Käuffer aufm Stall und 5. Wochen auf der Reise gewesen / zeugen deß Mangels halben 14. Tage eher wieder zu kommen behindert: Und als es dem Verkäuffer wieder geschickt / derselbe es nicht wider annehmen / der Ankauffer auch sich dessen nicht unternehmen wollen / der Wurmbschade überhand

[396] Frantzke S. 722 Nr. 68f.
[397] Frantzke S. 723 Nr. 69.
[398] Rövenstrunck S. 60f Nr.26ff ; S. 97 Nr. 13, 17.

genommen / und es gestorben: Daher gefragt worden. Ob nicht der Verkauffer von rechtswegen schuldig / nicht allein das Pferdt / ohn einig entgelt / wieder zunehmen? Sondern auch das entfangene Gelt restituiren müsse? Und wie es der vergeblicher angewendter Fütterung / Schadens und Kosten deß Kauffers zu halten?... Weil jedoch darbey ein *essential requisitum* daß *ante venditionis ac traditionis actum*, es mit Mängeln je einem behafft gewesen: … Auß *proposito causae statu* und deposition aber sich befindet / das allererst in dritter Wochen auf der Reyse in Brüchen es hinckend worden und Beulen vom Wurm gesehen / also die Mängel nacher zugeschlagen / aber nicht den Kauff vorhergegangen zu sein erwiesen: *Morbus autem demum post venditionem incidens redhibitoriam excludit* ... Uhrkund meiner Hand und Pittschaft / so gegeben Kierspe am 10. Augusti Anno 1650.“ Der Käufer könne aber den Beweis versuchen, das Pferd sei bekanntermaßen schon länger krank gewesen.[399] Wenn das Tier binnen drei Tagen an einer nicht sichtbaren Krankheit verstorben sei, werde wegen der Schnelligkeit des Todeseintritts vermutet, das Pferd sei an einem alten Leiden eingegangen, es sei denn der Käufer oder dessen Familie habe es schlecht behandelt.[400] Rövestrunck ging davon aus, dass auch nach drei Tagen eine Klage möglich sein konnte, zumindestens nach gemeinem Recht. Johann Brunnemann (1608-1672) stützt sich u.a. auf Mevius, Frantzke und Carpzov in seinen Ausführungen zur Präsumptionsfrist: Nach drei Tagen glaube man, dass der Käufer den Beweis führen müsse, ob ein Tier schon zur Zeit des Verkaufs krank gewesen sei. Nach drei Tagen, was er auch mit „*sed post aliquod temporis spatium*" ausdrückt, seien alle Umstände heranzuziehen, der Transport, der Stall, die Untersuchung des Kadavers.[401] Der Käufer müsse wieder die Vorzeitigkeit des Mangels beweisen.[402] David Mevius (1609-1670) ergänzt in seinem Kommentar zum Lübecker Recht das Stadtrecht durch die gleichen Reflexionen: Bei dem Versterben des Tieres binnen drei Tagen gelte die Vermutung „*ex celeritate mortis*", das Tier sei krank gewesen, solange das Gegenteil nicht bewiesen wurde.[403] Für genauere Urteile sei auf die Sachkenntnis von Sachkundigen zu vertrauen, die die Innereien des Tieres beschauen und über die Vorzeitigkeit der Krankheit entscheiden sollten.[404] Nach einer gewissen Zeit nach dem Kauf wurde laut Mevius diese Vermutung umgekehrt und vermutet, der Mangel sei neu.[405] Mevius verweist

[399] Rövestrunck S. 133f Nr. 1ff.
[400] Rövenstrunck S. 60f Nr.26ff.
[401] Brunnemann Pand. S. 27 zu L. 1 § 3 Rdnr. 11ff.
[402] Brunnemann Cos. S. 512f zu C. 4, 58, 3.
[403] Mevius Jus Lub. L. 3 Tit. VI Art. XIV Nr. 4.
[404] Mevius Jus Lub. L. 3 Tit. VI Art. XIV Nr. 5.
[405] Mevius Jus Lub. L. 3 Tit. VI Art. XIV Nr. 6: „*post aliquod tempus…*“, wobei Mevius auf Carpzov und das sächsische Recht hinweist.

auf mehrere kanonische Schriften.[406] Inhaltlich kommen seine Ausführungen denen von N. de Tedeschi sehr nahe.[407] Auch wenn Mevius von einer subsidiären Anwendung des Römischen und kanonischen Rechts ausging, sind hier seine Kommentare so zu verstehen, dass er das Stadtrecht durch diese Ausführungen ergänzen wollte. Lauterbach schreibt, der Käufer müsse beweisen, dass der Mangel zur Zeit des Kaufes vorgelegen hab, was unter Umständen nicht schwierig sei; „*Sin, post intervallum temporis, demum appareat, vitium supervenisse creditur… uti ex aliis probat & confirmat Surdus dec. 146 n° 4*[408] *nisi emptor intra triduum , vel in continenti post emptionem morbum senserit ; tunc enim causa & vitium praececisse, atque morbus venditione antiquior praesumitur ; quod tamen tutius est ex inspectione intestinorum, per artisperitos, indagatur.*“[409] Als Referenz gibt er Rövenstrunk, Baldus und Dumoulin an, obwohl Dumoulin nicht die Frist von drei Tagen erwähnt. Surdus hingegen steht in der italienischen und kanonistischen Tradition: „ *si morbosum animal decessit intra tertium diem, praesumitur ex praecedenti morbo mortuum*".[410]

Auch Struve behandelt die Frist von drei Tagen: „*Si statim post venditionem animal perierit, praesumendum est, ex morbo venditionem praecedente, & qui latuit, non vero ex novo, apud emtorem superveniente, decessisse, ob mortis celeritatem, quam ex triduo ... definiunt.... Ne quis laedatur injuriamque patiatur, cautela est, ut animal mortuum, infra triduum excorietur...*". Die Schnelligkeit des Todeseintritts lasse die vorzeitige Krankheit vermuten, wobei der Zeitraum mit drei Tagen definiert werde. Als Sicherheit, damit dem Verkäufer kein Unrecht geschehe, werde das tote Tier binnen dieser drei Tage noch abgehäutet. Dadurch könnten Sachverständige genauer urteilen, ob dem Tier der Mangel vor dem Kauf angehaftet habe. Wenn der Mangel sich aber nach einiger Zeit gezeigt habe, „*post tempus aliquod elapsum*", werde vermutet, der Käufer oder dessen Familie habe diesen verschuldet. [411] Samuel Stryk (1640-1710) schreibt das gleiche: „*Probatio artificialis exinde desumitur, si emtor in continenti, aut brevi post emtionem morbum sentit, ex brevitate enim temporis a praesenti in praeteritum fit praesumtio. …quando scilicet equus decedit ex causa occulta, quae est in visceribus & intestinis, nec apparet aliquo modo livor exterior manifeste suspicionis*…“. Der Verkäufer könne das Gegenteil beweisen. „*Breve autem tempus quodnam sit, arbitrio judicis quidem est relinquendum, communiter tamen in continenti, sive intra*

[406] Ein Verweis bezieht sich wohl auf Alexander de Nevo (ca. 1419-1485), ein Kanoniker; der andere Verweis führt zu Hippolytus de Marsiliis (1450 oder 1482-1529), Gelehrter beider Rechte und Anwalt im Zivil- und Strafrecht.
[407] s. den Exkurs im Kapitel zu Dumoulin.
[408] Surdus dec. 146 Nr. 16f scheint richtiger.
[409] Lauterbach T. II S. 162.
[410] Surdus T. I dec. 146 Nr. 17.
[411] Struve T. II zu D. 21, 1 V π, ρ S. 74.

breve tempus animal mortuum esse dicitur, si intra triduum obiit.“[412] Johann Ferdinand Behamb, ein Österreicher, basiert sein „Roß=Tauscher=Recht“ von 1692 auf Rövenstrunck. Es ist ein nach Fragen im Stile von FAQ gegliedertes Buch für die Praxis mit einer etwas befremdlichen Art, Käufer und Verkäufer Namen zu geben.[413] Die Inhalte, die Rövestrunck zu vermitteln versucht, gibt Behamb in plakativer Weise wieder.[414] Er bestätigt, dass Rotz, der sich erst nach zwei Tagen zeige, das Pferd vermuteterweise schon vor dem Kauf befallen hatte, was zur Wandlung führe, sofern die Krankheit bis zum Ausbruch verborgen gewesen sei. Diese Vermutung gelte drei Tage lang. Allerdings seien andere Umstände wie die Stallhaltung oder der Transport des Tieres und die Untersuchung der inneren Organe zu berücksichtigen.[415] Nach drei Tagen obliege der Beweis dem Käufer.[416] Dieses bestätigt er noch einmal in einem weiteren Fall, nachdem er 34 diverse Pferdekrankheiten aufgezählt hat, die zur Wandlung berechtigten: „so zwischen zwey oder drey Tagen nach den Kauff umgestanden wegen verborgner Kranckheit”.[417] Umstehen meint wandeln. Zehn Fälle weiter nimmt er noch einmal die Beweisproblematik auf: Der Käufer müsse die tödliche Krankheit oder den Hauptmangel als zum Kauf vorzeitig beweisen, was erstens durch den Anschein geschehen könne, weil das Tier weder fresse noch trinke und dem Tode nahe sei, zweitens „*per mortis celeritatem*“, drittens durch offensichtliche Wunden, besonders wenn der Verkäufer ein gesundes Tier versprochen habe, viertens „*ex judicio peritorum*".[418] Noch einmal fünfzehn Fälle später kommt er wieder auf die Frist von drei Tagen zu sprechen: Wenn das Pferd am dritten Tag tot umfalle, könne der Verkäufer den Gegenbeweis dadurch führen, indem er die Offensichtlichkeit des Mangels beim Kauf nachweise.[419] Noch Johannes Gottfried Schaumburg (gest. 1746) schreibt, der Käufer müsse beweisen, dass der Mangel schon zur Zeit des Verkaufs vorgelegen habe, C. 4, 58, 3. „*In rebus vero animatis ad triduum respiciendum esse, plerisque placet, eo effectu, ut vitio intra triduum se exerente onus probandi in venditorem transferatur*", was Brunnemann gesagt habe.[420]

[412] Stryk zu Lib. XXI, I § XXVII S. 704f
[413] Denn sobald der Verkäufer bösgläubig ist, verwendet er „Moyses ein Jud“; der gutgläubige Käufer oder Verkäufer ist meistens ein Christ in seiner Darstellung.
[414] z.B. Behamb Tit. I casus IV gegen die Gewohnheit, ein Tier sei nie wandelbar, was wider aller Vernunft sei ; es sei schädlicher Missbrauch.
[415] Behamb Tit. II casus XXIV.
[416] Behamb Tit. II casus XXVI.
[417] Behamb Tit III casus L.
[418] Behamb Tit III casus LX.
[419] Behamb Tit VII casus LXXV.
[420] Schaumburg zu D. 21, 1 § IX, X.

Es war unmöglich bis zum 18. Jahrhundert, diese Präsumptionsfrist *nicht* zu kennen, so oft wie sie sich in den Werken fand. Es ist Standardwissen und, wie Rövestrunck zeigt, auch in der Praxis relevantes Wissen, wenn auch vielleicht nicht hinsichtlich der Länge von genau drei Tagen. Man müsste nicht so sehr auf diese immer wiederkehrenden Aussagen beharren, wenn nicht dadurch eines umso mehr ins Auge spränge: Das Schweigen darüber in der französischen Literatur.

Anders als in Frankreich fiel die Frist von drei Tagen, die in italienischen kanonischen Schriften erwähnt wurde, in Deutschland auf fruchtbaren Boden. Warum? Unabhängig vom kanonischen Recht findet sich diese Frist bereits früh in der Alten Soester Schrae, in Bremen 1433, Ende des 15. Jahrhundert in der Lübecker Rechtsprechung. Man muss sich fragen, ob diese Frist von drei Tagen in diesen Stadtrechten durch Schriften der Kanoniker oder einfach durch italienische Schriften beeinflusst wurde. Das erste wäre eine Beinflussung durch Schriften auf der Basis des Römischen Rechts, das andere wäre eine Beeinflussung durch das italienische Gewohnheitsrecht, das wiederum Einzug gehalten hätte in die Schriften der Kanonisten. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, inwieweit Durand oder Azo vermutlich Beispiele aus der italienischen Praxis in ihre Betrachtungen eingeflochten haben. Es würde nicht verwundern, wenn italienische Kanonisten eine Frist von drei Tagen aus der italienischen Praxis aufgenommen und wissenschaftlich auf der Suche nach einem gerechten Recht aufbereitet hätten, auch wenn der Ursprung im mosaischen Recht gesucht wird.[421] Da das Soester Recht durch das Kölner Recht beeinflusst wurde, das wiederum Verbindungen mit der Lombardei hatte, kann man entweder eine Beeinflussung des Soester Rechts durch italienische Gewohnheitsrechte oder einfach eine parallele Entwicklung im Bereich der Gewohnheitsrechte vermuten. Schließlich scheint die Frist von drei Nächten, die sich in der *lex Baiuwarorum* findet, nicht vom Römischen Recht beeinflusst, sondern eventuell durch Gewohnheitsrecht, das auf italienischem Gebiet ausgeübt und durch den Stamm der Baiuwaren aufgenommen wurde. Insofern war auf deutschem Gebiet der Boden bereitet für eine kanonistisch wissenschaftliche Bearbeitung einer Frist von drei Tagen, durch die eine Präsumption eingeführt wurde, obwohl viele andere deutsche Partikularrechte eine andere Frist, verknüpft mit einer Vermutung oder nicht, bevorzugten.

[421] s. Klischies S. 43.

Da man diese Präsumptionsfrist von drei Tagen nicht in den Quellen des Römischen Rechts findet, ist verständlich, dass Autoren, die sich dem Studium der Pandekten widmeten, diese nicht als gemeines Recht anerkennen konnten.
Glück macht am Anfang des 19. Jahrhunderts keine Unterscheidung hinsichtlich des Viehkaufs, sondern stellt allgemein fest: „Nach einer in der Praxis angenommenen Meinung soll zwar ein in drey Tagen nach dem Kaufe sich äußernder Fehler als ein solcher anzusehen seyn, der schon in der Zeit der Abschließung desselben vorhanden gewesen. Allein diese Vermuthung ist offenbar willkührlich.“ Vielmehr obliege es dem Käufer, das Vorliegen des Mangels zur Zeit des Kaufs durch Sachverständige zu beweisen.[422]

Hanausek erwähnt keine Präsumptionsfrist von drei Tagen mehr. Den Beweis, dass der Mangel schon vor Kaufabschluss vorlag, hatte der Käufer 1885 durch Zeugen, Urkunden, Anerkenntnis, Sachverständige oder Augenschein zu erbringen, d.h. durch die regulären Beweismittel.[423]

6. Das „deutsche“ Recht in der Literatur

Wie bei Besoldus oder Schilter gesehen, wandte sich die Literatur zur Gewährleistung dem Tierkauf zu mit einer Vorliebe für das Sächsische Weichbild, der Frankfurter Reformation oder dem Hamburger und Lübecker Stadtrecht, allerdings ohne das Römische Recht aufzugeben. Als im 19. Jahrhundert Juristen zum einen das Römische Recht, zum anderen das „deutsche“ Recht erforschen wollten, um die Basis eines Bürgerlichen Gesetzbuches vorzubereiten, war das Zusammenspiel von Römischem und 'deutschem' Recht selbstverständlich, trotz einiger Streitpunkte. In der deutschen Doktrin des 19. Jahrhunderts war angesichts der Mosaikhaftigkeit des Rechts, das in den deutschen Gebieten herrschte, die Frage des gemeinen 'deutschen' Privatrechts umstritten. Es wurde gefragt, ob das Römische Recht dies sein könne oder besser Prinzipien aus den Partikularrechten. Da aber diese Partikularrechte nur regionale Wirkung hatten, wurde ein *gemeines* deutsches Recht bestritten. Hingegen hatte Römisches Recht den Charakter eines in Deutschland anerkannten Gewohnheitsrechts. Vermittelnd wurde vertreten, dass gemeines deutsches Recht eine Mischung aus den Prinzipien des Römischen Rechts mit den aus Partikularrechten sei

[422] Glück XX, 1 S. 49.
[423] Schultz S. 39.

dergestalt, dass aus dem Römischen Rechte gemäß einem *passe-par-tout* die Prinzipien entnommen werden, die sich auf die Institutionen aller Partikularrechte anwenden ließen, ohne im Detail die einzelnen regionalen Bestimmungen zu kennen.[424] Insofern ist verständlich, wenn in den diversen Abhandlungen zum Privatrecht ein Augenmerk auf die Abweichungen vom Römischen Recht gelegt wurde,[425] da für die Autoren eindeutig war, dass das Kaufrecht ganz von römischen Grundsätzen geprägt war[426]. Für das gemeine Römische Recht konnten dementsprechend Abhandlungen zu den Pandekten, Institutionen oder anderem Römischen Recht herangezogen werden. Da in einigen Ländern und Regionen nur römisches Recht galt, in anderen Gebieten deutsche Rechtsprinzipien dieses ganz oder teilweise ablösten, führte sich spätestens mit den Vorarbeiten zum BGB der Sprachgebrauch ein, von einem römischrechtlichen, deutschrechtlichen und gemischtrechtlichen Prinzip zu reden. Hinter diesen Prinzipien verbergen sich die Versuche, im Einzelnen sehr verschiedenes Recht auf einen Nenner zu bringen. Zwangsläufig wurden Details damit ausgeblendet. Mit einem Blick auf Frankreich merkt man, dass die Unterschiede in den Methoden, ein einheitliches Recht zu konstruieren, nicht groß sind, denn man versuchte in beiden Ländern eine geeignete Mischung von Römischem und einheimischem Recht zu finden, mit dem Unterschied, dass dem Römischen Recht in Deutschland eine weitreichendere Rolle zugestanden wurde. Als die Literatur des 19. Jahrhunderts ein 'deutsches' Privatrecht vorbereitete, war das Römische Recht als Basis des deutschen Rechts selbstverständlich.

Romeo Maurenbrecher sah 1834 als Grundlage des Kaufs das Römische Recht an, weswegen er auch von römischen Verträgen spricht. Das Römische Recht würde die *actio redhibitoria* kennen, hingegen habe der Käufer beim Vieh- und Pferdehandel, der anderen Regeln unterliege, die 'Wandelungsklage'.[427] Er vertritt, dass gewisse Hauptmängel, die sich innerhalb bestimmter Gewährzeiten zeigen würden, durch Wandlungsklage innerhalb der Verjährungsfristen geltend gemacht werden müssten. Eine *actio redhibitoria* sei daneben unstatthaft.[428]

Otto Stobbe versuchte 1878, ein deutsches Recht unter Bezug auf das Hamburger und Lübecker Stadtrecht und den Rechten anderer Orte herauszuarbeiten. Er schloss mit dem Fazit, dass abgesehen vom Viehhandel die Praxis und die Legislation im Allgemeinen sich

[424] Eichhorn PrivR (1836) S.115ff zum Streitstand.
[425] Eichhorn PrivR (1836) S. 285ff: Eichhorn führt allgemein die Grundlinien aus, die heute unter dem sogenannten deutschrechtlichen Prinzip zusammengefasst werden können, wobei er im Einzelnen die Ausnahmen belegt.
[426] Eichhorn PrivR (1836) S. 285.
[427] Maurenbrecher Lehrb. T. II S. 409f § 329.
[428] Maurenbrecher Lehrb. T. II S. 409f § 329.

dem Römischen Recht angeschlossen haben, das er nicht ausführen wolle. Im Viehrecht hielt er die Prinzipien fest, dass in der Regel keine Minderung verlangt werden könne, es sei denn das Tier sei geschlachtet, und, was eine spätere Entwicklung des deutschen Rechts darstelle, dass auch der gutgläubige Verkäufer ohne besondere Zusicherung haften müsse, aber nur für Hauptmängel, die sich in einer bestimmten Frist nach Übergabe zeigten. Ältere Rechte hätten nach dieser Frist jede Klage als verjährt gesehen, neuere Regelungen würden diese Frist nur als Beweiserleichterung anwenden, so dass eine Klage möglich bliebe. Andere als die Hauptmängel berechtigten nur bei Arglist und bei einer Zusicherung zur Klage.[429]

Heinrich Gottfried Gengler stellt 1892 fest, dass das zivile Kaufrecht hauptsächlich durch das Römische Recht bestimmt werde. Somit beschränkt er sich in der Darstellung auf den Fruchtkauf, inwieweit dieser durch die Reichspolizeiordnung von 1577 geregelt wurde, und auf den Viehkauf. Beim diesem bedauert er die Zersplitterung des Rechts.[430] Er versucht, die den Partikularrechten gemeinsamen Punkte aufzuzeigen, wie z.B. die Hauptmängel und Gewährfristen. Prinzipiell sollten diese Listen streng auszulegen sein, aber es seien Ausnahmen zu machen, wenn die Veterinärmedizin wegen neuerer Erkenntnisse eine Krankheit nicht mehr unter eine alte Bezeichnung eines Krankheitsbildes fassen würde. Dann würde es reichen, dass das Tier wegen des gleichen Krankheitsbildes ebenso für den Gebrauch untauglich gewesen sei.[431] Nur bei den Hauptmängeln könne ohne besondere Abrede gewandelt, nicht aber gemindert werden. Die Minderung aus dem Römischen Recht sei aber nicht vollständig verdrängt, sondern gelte bei verheimlichten Mängeln, die sich nicht in der Liste finden, und bei Schlachtvieh, dessen Mangel erst nach dem Töten gefunden werde.[432] Die Gewährfrist sei ursprünglich die Frist gewesen, innerhalb derer nur gewandelt werden konnte, während sie später nur beweisrechtliche Wirkung hatte hinsichtlich des Zeitpunkts des Vorliegens der Krankheit und die Klage nach allgemeinen Fristen verjähre.[433] Zwar müsse diese Frist prinzipiell mit dem Kaufschluss zu laufen beginnen nach gemeinem Recht, allerdings sei es richtiger, sie erst ab Übergabe oder dem Tag danach beginnen zu lassen, wenn der Käufer das Tier untersuchen könne.[434] Er stellt die Beobachtung an, dass bei den Baiuwaren eine regelmäßigen Frist von drei Tagen galt, später aber gewöhnlich

[429] Stobbe S. 245ff.
[430] Gengler PrivR S. 415f.
[431] Gengler PrivR S. 418ff.
[432] Gengler PrivR S.423.
[433] Gengler PrivR S. 422f.
[434] Gengler PrivR S. 420.

einheitlich eine Frist von vier Wochen, die dann ab dem 14. Jahrhundert zum ersten Male differenziert wurde.[435]

7. Die Kodifikationen vor dem BGB

Im 18. Jahrhundert erfolgten die ersten deutschen Kodifikationen: der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 und das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794. Napoleon brachte den Code civil nach Deutschland. 1861 wurde das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch verfasst, das 1870 für das Deutsche Reich in Kraft trat. Es folgten das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865.

7.1 Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis

Der bayerische Codex wurde 1756 unter dem Kurfürsten Maximilian III. Joseph (1727-1777, Kurfürst ab 1745) erlassen. Er trat an die Stelle des Landrechts von 1616[436] und des Römischen Rechts, was den Juristen und den Rechtsfakultäten nicht gefiel. 1768 verfasste Kreittmayr dazu ein Kompendium, um das Erlernen des neuen Rechts zu vereinfachen. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis galt bis zum Inkrafttreten des BGB.[437]
Der Codex Maximilianeus Bavaricus bestimmte für die Wandlungsklage eine Frist von sechs Monaten, für die Minderungsklage eine von einem Jahr, allerdings ab der Übergabe, *a die Extraditionis*, 4. Teil, 3. Kapitel § 24 Nr. 3 und § 25 Nr. 3.[438] Eine Ausnahme galt für den Pferdekauf; ein Pferd konnte nur innerhalb von 14 Tagen gewandelt werden wegen Rotz, Räude und Hartschlächtigkeit, wie schon im Bayerischen Landrecht von 1616, Tit. 6 Art. 4.[439]

1808/1809 wurde ein Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern veröffentlicht, 1811 erschien ein weiterer Entwurf, der zum Ziel hatte, den Codex Maximilianeus zu verbessern, aber nicht Neuerungen einzubringen.[440] § 20 des Entwurfs stellt auf die Wandlung und Minderung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen ab, wobei er

[435] Gengler PrivR S. 421.
[436] Das Landrecht von 1616 löste das von 1518 ab, das wiederum das von 1346 ersetzte, Demel/Schubert S. LIX.
[437] Bauer/Schlosser in v.Kreittmayr S. 16ff.
[438] v.Kreittmayr S. 214; Danzer S. 231.
[439] v.Kreittmayr S. 214 Danzer S. 231 Anm. zu § 23 Nr. 6; Hellfeld T. III 'Kauf und Verkauf' S. 2003.
[440] Demel/Schubert S. LXVIII.

nicht zwischen Rechts- und Sachmängeln unterschied. Ab Übergabe hatte der Käufer sechs Monate einheitlich für Wandlung- oder Minderungsklage bei beweglichen Sachen, zwei Jahre bei unbeweglichen. Für den Viehkauf wurde auf besondere Verordnungen verwiesen.[441] Vom Aufbau kam das Gewährleistungsrecht für Sachmängel des BGB hinsichtlich der Fristen diesem Entwurf nahe.

7.2 Das Allgemeine Preußische Landrecht

Das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 stellt eine der großen modernen umfassenden Gesetzkodifizierungen dar. Ihm gingen vorweg Entwürfe zu einem Corpus Juris Fridericianus, „das ist Sr. Königl[ichen] Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes-Verfassungen gegründetes Land-Recht, worinn das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema“ gebracht worden sei.[442] Unter Friedrich II (König 1740-1786) waren bereits 1749-51 Entwürfe unter Cocceji zum ALR veröffentlicht worden; Kanzler Johann Heinrich Casimir von Cramer und seine Mitarbeiter Carl Gottlieb Svarez und Ernst Ferdinand Klein entwarfen 1780-1786 eine zweite Fassung. 1786 berieten die Stände über den Entwurf; am 20. März 1791 wurde das Allgemeine Gesetzbuch für die preußischen Staaten verkündet. Aufgrund der politischen Entwicklungen in Frankreich, die ihre Wirkungen in Deutschland zeigten, suspendierte der König das Gesetz bereits am 5. Mai 1791. Erst nach der Integration der polnischen Teilungsgebiete 1793 wurde das Gesetz wieder aufgegriffen und trat am 1. Juni 1794 unter dem Namen Allgemeines Landrecht mit 19194 Artikeln zum Zivil-, Straf-, Kirchen- und Öffentlichen Recht in Kraft.[443] In Ergänzung zum ALR kam es 1802 zu einem Provinzialgesetzbuch für Ostpreußen und 1844 zu einem für Westpreußen. Prinzipiell sollte das ALR als subsidiäres Recht angewandt werden.[444] Das Recht war dem Provinzialrecht so sehr nachstehend, dass Römisches Recht angewandt werden musste, wenn das vorrangige Provinzialrecht auf dieses verwies[445] oder wenn es das

[441] Demel/Schubert S. 460f.
[442] So aus dem Titel des Projekts von 1750, 2. Auflage.
[443] Kleinheyer S. 4ff.
[444] Kamptz T. I S. 355: Halberstadt: Verordnung von 26.12.1796, dass ab dem 01.01.1797 die drei ersten Titel des zweiten Teils des ALR gelten sollten; S. 312 Herzogtum Magdeburg; T. II S. 33: Pommern: Reskript vom 20.07.1795; S. 257: Westfalen: Wiedereinführung in der alten französischen Provinz: 9.9.1814, 25.5.1818, Verordnung vom 8.1.1816; vgl. Kahle S. 16 f für das Lübecker Recht, dessen Anwendungsbereich auf das eheliche Güterrecht, die Erbfolge und das Baurecht beschränkt wurde für einen begrenzten Personenkreis.
[445] Kamptz T. I S. 312f § 180.

Römische Recht in den Rang eines positiven oder Gewohnheitsrechts gehoben hatte.[446] In Preußen am Ende des 18. Jahrhunderts besaßen die Adeligen im Reich zumindest auf dem Lande eine fast unangefochtene Machtstellung. Das Verhältnis zwischen den Landbewohnern und den Herren wurde durch das Gewohnheitsrecht geregelt.[447] Das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 trug dem in § 87 Rechnung, der die Schaffung von Provinzialgesetzbüchern zur Regelung des Verhältnisses Herr und Landbewohner vorsah.[448] Gleichzeitig sollten in ihnen das Gewohnheitsrecht und die Partikularrechte festgehalten werden, aber auch nur, wenn diese erwiesen seien und nur soweit, wie eine Abweichung vom ALR und vom Recht der anderen Regionen notwendig erschien, wie Art. Vff der Präambel zum ALR von 1794 besagt. § 2-4 in der Einleitung zum ALR von 1794 greifen dies noch einmal auf: Die Landesherren mussten die besonderen Provinzialverordnungen und Statuten der Gemeinde bestätigen; Gewohnheitsrecht und Observanzen mussten zur Geltung ins Provinzialgesetz einverleibt werden. Art. III und IV stellten zum einen den Vorrang der Statuten und Provinzialgesetze vor dem ALR fest, zum anderen, dass der Anordnung vom 20. März 1791, diese Regeln niederzuschreiben, nicht nachgekommen war. Deswegen wollte Friedrich Wilhelm II „den dazu bestimmt gewesenen Termin zum Ueberflusse noch auf zwey Jahre und also bis zum 1sten Junius 1796 hiermit verlaengern“ und damit in Preußen endlich alles Gewohnheitsrecht in positives Recht umwandeln,[449] so wie schon drei Jahrhunderte zuvor Charles VII und dessen Nachfolger in Frankreich. Die einzelnen preußischen Provinzen kamen jedoch nicht mit der Verkündung von Provinzialgesetzbüchern nach.[450] 1842 gab es nur solche Gesetzbücher in Ostpreußen, Litauen, Ermland und dem Marienwerderschen Landkreis. Mitte des 19. Jahrhunderts wurde noch einmal versucht, endlich die regionalen Gesetze offiziell zu sammeln,[451] zumal in einigen Regionen das recht mehrfach gewechselt hatte. Die Rechtsgeschichte der verschiedenen Provinzen in der Zeit zwischen dem ALR und dem Ende der französischen Herrschaft ist in den verschiedenen Regionen Deutschlands komplex. Sie wurde als so unübersichtlich durch die Praktiker dieser Zeit angesehen, dass der preußische Königliche Justizminister von Kircheisen am 19.Februar 1819 verfügte, die in den Provinzen zwischen der Elbe und dem Rhein befindlichen Oberlandesgerichte sollten Materialien zu der Geschichte zusammenstellen, aus denen ersichtlich sei, welche

[446] Bornemann T. I S. 16: so aber noch 1839 streitig bei den OLGs.
[447] Hattenhauer in Méditerranées Nr. 37 S. 113f.
[448] So schon ähnlich im Projekt des Codex Juris Fridericianus von 1750 P. I L. I Tit. I § 15: Die Provinzen, Städte und Gemeinden sollten binnen Jahresfrist ihre Rechte einsenden, damit diese veröffentlicht würden, ansonsten gelte das Landrecht.
[449] Hattenhauer in Méditerranées Nr. 37 S. 115.
[450] Kamptz T. I (von 1826) noch nicht promulgiert in S. 355: Halberstadt, T. II S. 33: Pommern.
[451] Bornemann T. I S. 14f.

Veränderungen zu welcher Zeit stattgefunden hätten. Denn zeit- und ortsweise war sächsisches, französisches, westfälisches, Großherzoglich Bergisches Recht angewandt worden.[452]

Im ALR musste der Käufer einen offensichtlichen Mangel sofort rügen, I. Teil 5. Tit. § 330f. Bei einem physischen Mangel hatte der Käufer die Wandlung oder die Minderung.[453]
Der im ALR geregelten Verjährung habe die Gerichtspraxis Pate gestanden, so dass bei einem Sachmangel an Landgütern drei Jahre, bei städtischen Grundstücken innerhalb eines Jahres und bei beweglichen Sachen innerhalb sechs Monate nach dem Empfang der Sache, nicht ab Kaufschluss, angestellt werden müsse, § 343. *Ratio legis* sei gewesen, dass mit dem Augenblicke des Empfangs die Sache besichtigt werden konnte; deshalb könne nicht die Übergabe, sondern nur der tatsächliche Empfang gemeint sein.[454]

Im Tierkauf galt, dass bei so genannten Nachtkrankheiten, d.h. solche, die über Nacht in den ersten 24 Stunden ab der Ablieferung auftraten, der Mangel als schon im Keim vor der Übergabe als relevanten Zeitpunkt vorhanden war, I. Teil 11. Tit. § 199. Die Zeit wurde stundengenau gerechnet. Die Vermutung war widerlegbar. Bei einem Krankheitsfall innerhalb der ersten 24 Stunden sollte der Gegenbeweis des Verkäufers nur durch eine ‘klare Ausermittelung‘ erfolgen.[455] Bei anderen Krankheiten galten andere Fristen, so bei stättigen Pferden vier Tage, bei finnigen Schweinen, pockenerkrankten Schafen, Rindern mit der ‘französischen Krankheit’ acht Tage, bei räudigen und rotzigen Pferden 14 Tage, bei Dämpfigkeit, schwarzem Star, Herzschlächtigkeit, Mondblindheit und Dummkoller vier Wochen, § 204 f. Um von der gesetzlichen Vermutung zu profitieren, musste der Käufer die Krankheit dem Verkäufer „zeitig“ anzeigen, damit das Tier untersucht werden konnte, § 200. Der Verkäufer konnte die Vermutung widerlegen. § 206 regelt den Fall der Minderung, die anhand von Experten bestimmt wurde. Um der Zeit und den wirtschaftlichen Bedürfnissen angepasste Viehregeln zu finden, wurden beim Entwurf und bei der Überarbeitung tierärztliche Gutachten herangezogen.[456] Nach der gesetzlichen Vermutungsfrist stand es dem Käufer frei, den Beweis zu führen, § 202, und Klage binnen sechs Monaten ab Übergabe auf

[452] Kamptz Jahrbuch T. 17 S. 133ff: dort auch der erste Bericht des OLG Münster; anschließende Hefte führen den Detailbericht der OLG-Bezirke weiter.
[453] Bornemann T. II S. 353.
[454] Bornemann T. II S. 353f.
[455] Förster S. 77 ; Entw. ALR Th. I Tit. 11 ad §§ 107-118.
[456] Entw. ALR Th. I Tit. 11 ad §§ 107-118 .

Minderung oder Wandlung zu erheben. Eine Einrede gegen die Kaufpreisforderung des Verkäufers wegen Mangels verjährte nicht.[457]
Wie ersichtlich, steht das ALR hinsichtlich der Regeln zur Sachmängelgewährleistung dem Römischen Recht nahe, verkürzt aber die Frist für die Minderungsklage und legt den Fristbeginn auf den Empfang der Sache.

7.3 Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch

Bereits 1763 wurde im damaligen Kurfürstentum Sachsen offiziell über eine Privatrechtskodifikation nachgedacht. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen wurde am 2. Januar 1863 durch die sog. Publikationsverordnung verkündet und trat am 1. März 1865 in Kraft. Es galt bis zum 1. Januar 1900, dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, welches seinerseits durch das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch als modernste Kodifikation seiner Zeit beeinflusst worden war.

In Sachsen galten als Fristen einheitlich für die Wandlungs- und Minderungsklage für bewegliche Sachen sechs Monate, bei unbeweglichen ein Jahr, § 923 Sächs. BGB, [458] wie später im BGB. Bei Tieren galt, dass in der Regel 24 Stunden vor dem Sichtbarwerden der Symptome der Zeitpunkt der Erkrankung vermutet wurde, § 925 Sächs. BGB; Mängelkataloge bestimmten einige längere Fristen, die widerlegbar waren, § 926 Sächs. BGB. Gemäß § 925 und § 904 Sächs. BGB war der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der beweisumkehrenden Gewährfrist der Vertragsschluss, nicht die Übergabe. Minderung war nur ausnahmsweise für das geschlachtete kranke und dennoch teilweise brauchbare Tier möglich. Für Pferde und Rinder waren die Mängelkataloge abschließend, es sei denn der Verkäufer hatte arglistig gehandelt oder deren Nichtvorhandensein versprochen, § 927 Sächs. BGB.[459]

[457] Schultz S. 26; Hertwig S. 341.
[458] Grützmann T. II S. 82.
[459] Grützmann T. II S. 83f.

7.4 Der Code civil in Deutschland

Der Code civil galt mit seinem Inkrafttreten 1804 in den zuvor 1801 an Frankreich durch den Vertrag von Luneville abgetretenen deutschen linksrheinischen Gebieten. Im Fürstentum Arensberg wurde der Code civil am 1. Juli 1808 eingeführt, im Königreich Westphalen am 1. Januar 1808, im Großherzogtum Baden als Badisches Landrecht am 1. Januar 1810 wie auch im Großherzogtum Berg, im Großherzogtum Frankfurt am 1. Juli 1811, in Hamburg, Bremen und Lübeck am 20. August 1811, im Herzogtum Köthen am 1. März 1811 und im Herzogtum Nassau am 1. Januar 1812.[460] Nach der Völkerschlacht zu Leipzig 1813 wurde das französische Recht größtenteils in den deutschen Gebieten wieder aufgehoben mit Ausnahme von Rheinpreußen, Rheinbayern, Rheinhessen und dem Großherzogtum Baden.[461] 1871 kam noch Elsass-Lothringen zum Deutschen Reich, in dem weiterhin der Code civil bis 1900 galt.[462] In Elsass-Lothringen wurde der französische Code de commerce am 1.10.1872 durch das deutsche HGB abgelöst.[463]

Diese Teile Deutschlands mussten sich u.a. mit Art. 1648 C.civ. (1804) auseinandersetzen.
Der Einfluss des ädilizischen Rechts ist unverkennbar. Behaghel geht im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts für Baden davon aus, dass die Gewährleistung wegen Mängel für bewegliche und unbewegliche Sachen gelte.[464] Behaghel beschränkt sich hinsichtlich der Klagefristen bei einem Kauf von Sachen auf den Hinweis, die ortsüblichen Fristen würden im Rahmen des Art. 1648 C.civ. gelten.[465] In Baden galt eine viehrechtliche Verordnung vom 20. Juni 1806, die die Bestimmungen aus dem Code civil ergänzte.[466] Mit einem Gesetz vom 23. April 1859 wurde diese erneuert. Für Pferde, Rinder, Schafe und Schweine galt das Sonderrecht, für alle anderen Tiere das gemeine Römische Recht. Das Gesetz regelte Gewährfristen, innerhalb derer die Vorzeitigkeit des Mangels vermutet wurde, Klagefristen und Hauptmängel.[467]
Kah führt 1867 als Beispiel aus der Rechtsprechung in Baden den Kauf einer Kuh an, die nicht die versprochene Milchleistung hatte. Der Käufer wartete dreieinhalb Monate bis zur Kaufpreisklage des Verkäufers, um den Mangel einredeweise geltend zu machen. Da keiner der Parteien einen Ortsgebrauch vorgebracht hatte, stützte sich das Gericht nur auf die

[460] s. Olsen S. 35.
[461] Zu mehr Details s. Schubert S. 81ff; s. Kamptz (Cobl.) S. IXff zum ostrheinischen Teil Koblenz'
[462] Olsen S. 35f.
[463] Dernburg/Kisch S. 1 Anm. 2.
[464] Behaghel T. II S. 231.
[465] Behaghel T. II S. 232.
[466] Mugdan T. II Mot. S. 135.
[467] Behaghel T. II S. 232f.

Formulierung der kurzen Frist und entschied, dass der Käufer den Mangel viel früher hätte entdecken können. Die Länge der Frist sei durch richterliches Ermessen zu bestimmen.[468] Hinsichtlich der ‘kurzen Frist‘ tendierten das OLG Karlsruhe mit einem Urteil vom 26. Mai 1880, das RG mit Urteilen vom 5. 10. 1894 und vom 25.Mai 1897 dahin, den Fristbeginn gemäß Art. 1648 Code civil (1804) mit Kennen und Kennenmüssen vom Mangel beginnen zu lassen, wobei dem Kennenmüssen eine größere Bedeutung als der Kenntnis gegeben wurde.[469] Damit richteten sich sich nach der französischen Rechtsprechung. Hinsichtlich der Dauer der Frist zumindest für Wandlung nahm man sechs Monate als Richtmaß, wohl in Anlehnung an das HGB und die Entwürfe zum BGB, die sich Ende des 19. Jahrhunderts schon abzeichneten.[470] Der Rheinische Appellationsgerichtshof hatte in einem Urteil vom 3. Juli 1835 festgestellt, dass zwar das Römische Recht nicht mehr gelten könne, da es durch die *Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de code civil des Français*, die der Einführung des Code civil voranging, vom 30. Ventôse an XII (21.3.1804) seiner Geltung beraubt wurde. Es sollte aber weiterhin als Rechtsautorität zu Rate gezogen werden können, soweit es anderen Bestimmungen nicht widersprach, woraufhin es weiterhin zur Darlegung von Rechtsprinzipien verwandt wurde, teilweise mit Verwendung von Zitaten auf dem Corpus Juris Civilis.[471] Diese Praxis fand sich in Rheinpreußen, in Rheinhessen, in Rheinbayern, weniger aber in Baden.[472]

8. Nebenschauplätze

Im Vergleich zur Kodifizierung des Code civil ergeben sich im Wesentlichen drei Unterschiede in der Entwicklung des deutschen Rechts, die indirekt eine Auswirkung auf die Formulierung des späteren § 477 BGB (1900) hatten.

Als die ersten deutschen Kodifikationen in Preußen, Bayern und Sachsen und später das BGB geschaffen wurden, hatte die wissenschaftliche Aufbereitung nicht nur das Recht, sondern auch andere Lebensbereiche ergriffen. Man setzte seine ‘Vernunft‘ ein, in Frankreich wie in Deutschland und anderen Teilen Europas. Folge davon war ein größeres Vertrauen in die veterinäre Wissenschaft, die herangezogen wurde, wenn es darum ging Gewährfristen und Mängelkataloge zu erstellen. Um der Zeit und den wirtschaftlichen Bedürfnissen angepasste

[468] Kah S. 259f.
[469] Olsen S. 145ff.
[470] Olsen S. 148ff.
[471] Schumacher S. 144ff.
[472] Schumacher S. 144ff, 148ff.

Viehregeln zu finden, wurden beim Entwurf und bei der Überarbeitung tierärztliche Gutachten herangezogen.[473] Die Unterschiede in den Fristen, Gewährfristen und Mängellisten in den Regionen wurden nicht als regionale Errungenschaft gesehen, sondern es hatte sich die Einstellung durchgesetzt, dass diese Regeln durch tierärztliche Erkenntnisse ergänzt und die Differenzen ausgeglichen werden können.[474] 1837 machte sich eine Kommission aus den Herren von Mylius, Hoffmann, von Daniels daran, Vorschläge für eine Überarbeitung der Provinzialrechte im Großherzogtum Berg auszubreiten. Diese Kommission stellte fest, dass der Art. 1648 Code civil (1804) in seiner Anwendung wegen seiner Ungenauigkeit Probleme bereite und dass zur Ergänzung der 'Gewohnheiten' des Orts das gemeine Recht heranzuziehen sei, sprich das Römische Recht, wenn die Landesrechte sich zu dem Punkte ausschwiegen. Gerade aber beim Viehhandel sei das gemeine Recht nicht ausreichend und einheitliche Regeln seien vonnöten.[475] Insofern sollte auch das Wildenburgische Landrecht, das Regeln zum Viehrecht enthielt, durch eine Gesetzesänderung vereinheitlicht werden.[476]

Diese Entwicklung machte auch vor Frankreich nicht halt. Als sich die Stimmen der tierärztlichen Gutachter hörbar machen konnten, war allerdings der Code civil und Art. 1648 C.civ. (1804) bereits verfasst. Erst 1838 kam es in Frankreich zu einem nationalweiten Spezialgesetz für die Gewährleistung beim Haustierkauf. Zweifelsohne hatte das Hauptinteresse der Verfasser des Code civil nicht diesen viehrechtlichen *Details* gegolten; sie hatten weniger Zeit und weniger Vorarbeiten, um einen Entwurf zu erstellen als später die Kommission zur Erarbeitung eines BGB. Insofern hatte Art. 1648 C.civ. (1804) auch den Tierkauf und dessen Fristen umfassen müssen.

Die Entwicklung in Deutschland war anders. Mit Inkrafttreten des BGB existierte bereits die Kaiserliche Verordnung, die Details zu Gewährfristen und Mängeln beim Tierkauf aus dem BGB ausgeklammert hatte. Diese Entwicklung war nicht neu in Deutschland, bereits das ALR, der Codex Maximilianeus und das Sächsische BGB hatten zwischen allgemeinen Gewährleistungsregeln und dem Tierkauf unterschieden. Die Zweiteilung war in Deutschland stärker ausgeprägt. Natürlich gab es in den *coutumes*, den *usages* und polizeilichen Verordnungen in Frankreich auch Spezialregelungen zum Tierkauf, nur fehlte ein starker Gegenpart zur allgemeinen Gewährleistung wegen Sachmängel. In die Bresche sprang in Deutschland das Römische Recht, was in der deutschen Literatur ohne Weiteres anerkannt wurde. Die rechtliche Situation im Viehrecht, insbesondere dem Pferdehandel, glich sehr der

[473] Entw. ALR Th. I Tit. 11 ad §§ 107-118 .
[474] Mugdan T. II Mot. S. 140.
[475] Kamptz (Berg) S. VIIff, 11ff.
[476] Kamptz (Berg) S. 175f.

französischen Situation vor und nach Erlass des Code civils, denn auch in Deutschland gab es vor der Reichsverordnung zum Viehkauf von 1899 kein einheitliches Recht, was in der Literatur bedauert wurde, da die Prozesse lang und teuer seien.[477] 1890 bot sich folgendes Bild im Pferdekauf: Allgemein galt in fast allen deutschen Staaten das Römische Recht als gemeines Recht, nach dem zufolge jeder erhebliche Fehler, der zur Zeit des Kauf verborgen war, zur Wandlung berechtigte. Dieser Mangel wurde Gewährsmangel genannt. Daneben gab es Spezialgesetze in einigen Staaten, die dem 'altgermanischen Reichsprinzip' zugeordnet wurden und wie die spätere Reichsverordnung von 1899 Gewährfristen bestimmte, innerhalb derer sich ein Mangel nur zeigen musste. In Süddeutschland, Sachsen, Hessen, Frankfurt, Elsass-Lothringen war die Haftung des Verkäufers auf die aufgelisteten Hauptmängel beschränkt, es sei denn er handelte arglistig. Auch die Minderung war prinzipiell mit längeren Fristen anerkannt.[478] In Frankreich war die Einstellung zum Römischen Recht zurückhaltender. Der Tierkauf konnte folglich bei der Kodifizierung in Frankreich in den Köpfen der Verfasser einen größeren Raum einnehmen, was sich im Art. 1648 C.civ. (1804) niederschlug.

Ähnliches galt für das Recht unter Kaufleuten. In Frankreich bestimmten die Kaufleute und die Handwerker als *juges consuls* oder als Beschauer die Prinzipien im Handelsverkehr, wozu anscheinend auch die Sitte gehörte, der Käufer solle den Mangel einer Ware '*au plutôt*' anzeigen oder Klage erheben, ähnlich wie beim Viehkauf. Handelskäufe zeichnen sich überall dadurch aus, dass dem Käufer ein größerer Eigenanteil an der Sicherung seiner eigenen Interessen zugeschrieben wird, was wegen der Schnelligkeit und Rechtssicherheit im Handelsverkehr zu einer Einschränkung der Gewährleistung und auch zu einer Verkürzung von Fristen führt. In Deutschland waren die Anfänge ähnlich. Neben dem Umstand, dass die Reformationen in die Stadt- und Landrechte auch in Handelsstätten wie Lübeck das Römische Recht hineingetragen haben, kam in Deutschland noch ein zweiter Faktor hinzu, der es den Verfassern des BGB ermöglichte, eine allgemeine Regel für die Gewährleistung nicht nur in den Stadtrechten der Handelsmetropolen zu suchen: Bereits fast vierzig Jahre vor dem Inkrafttreten des BGB gab es ein Handelsgesetz. Der Vorgänger des HGB (Handelsgesetzbuch) war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861. Am 10. Mai 1897 wurde das HGB erlassen und trat gemeinsam mit dem BGB am 1. Januar 1900 in Kraft.

[477] Schoenbeck S. 61, darin, S. 62, Ausschnitt aus Born/Möller.
[478] Born/Möller abgedr. in Schoenbeck S. 62ff.

Art. 349 Abs. 1 ADHGB bestimmte für Distanzgeschäfte, ein Mangel der Ware könne „von dem Käufer nicht geltend gemacht werden, wenn derselbe erst nach Ablauf von sechs Monaten seit der Ablieferung an den Käufer entdeckt worden ist“. [479] Wenn der Käufer gemäß Art. 347 Abs. 3 ADHGB innerhalb dieser sechs Monate die Anzeige absandte, behielt er seine Einreden gegen den Verkäufer, Art. 349 Abs. 3 ADHGB. Gemäß Art. 347 Abs. 3 ADHGB musste eine Mangelanzeige „ohne Verzug nach der Entdeckung“ vorgenommen werden,[480] d.h. so schnell, wie der Mangel erkannt werden konnte.[481] Diese Anzeige komplettierte den Tatbestand, durch den sein Anspruch erst wirksam wurde. Das Reichsgericht entschied am 11. Juni 1880, dass auch die Einreden wegen der Mängel binnen der gesetzlichen Fristen verjährten.[482] Diese Anzeigeobliegenheit verschärfte den Gewährleistungsanspruch des Käufers. Gemäß Art. 349 Abs. 2 ADHGB verjährten die dem Käufer gegen den Verkäufer zustehenden Klagen „wegen Mängel in sechs Monaten nach der Ablieferung“. [483] Die herrschende Lehre habe darin eine Verjährung gesehen, die durch Umstände wie z.B. Minderjährigkeit gehemmt werden konnte,[484] während Hanausek für eine Präklusivfrist oder Klageanstellungsfrist plädierte.[485] Die Länge der Fristen von sechs Monaten lässt eine Nähe zum Römischen Recht selbst im Handelsrecht vermuten. Es wurde beim Entwurf des HGB sogar kurz in Erwägung gezogen, statt sechs Monaten ein Jahr einzusetzen oder gar die Frist erst ab der Absendung der Mängelanzeige laufen zu lassen.[486]

Art. 349 Abs. 4 enthielt eine Klausel, die besondere Gesetze und Handelsbräuche zuließ, die bereits vor dem ADHGB in Kraft waren und „durch welche für einzelne Arten von Gegenständen eine kürzere Frist bestimmt ist“, unter Ausschluss der Sonderregeln, die die Fristen allgemein bestimmten oder eine längere Frist vorsahen. [487] Die Regeln beispielsweise beim hanseatischen Platzkauf, für den in Hamburg noch strengere Bestimmungen galten,[488] blieben somit in Kraft.

Mit Inkrafttreten des BGB wurden §§ 349ff des ADHGB zur Sachmängelgewährleistung gestrichen. Das HGB enthielt nur Spezialregeln zur Rügepflicht.

---

[479] Hanausek 2, 2 S. 321.
[480] Hanausek 2, 2 S. 321f; S. 347.
[481] Schultz S. 27.
[482] Schultz S. 40.
[483] Hanausek 2, 2 S. 325.
[484] so z.B. Gerber/Cosack (1895) S. 348 Anm. 15.
[485] Hanausek 2, 2 S. 325.
[486] Hanausek 2, 2 S. 325 Anm. 11.
[487] Hanausek 2, 2 S. 357f.
[488] Gerber (1863) S. 452 § 178.

9. Das BGB

Auch in Deutschland gingen national gesinnte Bewegungen mit dem Wunsch nach einem einheitlichen Recht Hand in Hand; Vorbilder gab es im Sächsischen BGB, im ALR oder im Code civil. Anton Friedrich Justus Thibaut (1782-1840) sprach sich für eine allgemeine deutsche Kodifizierung aus. Friedrich Carl von Savigny[489] (1779-1861) war zuerst nicht für eine Kodifikation, da das Recht nicht gesetzt werde, sondern durch die Gewohnheiten entstehe. Für eine Rechtsaufzeichnung müsse man erst das gesamte Recht historisch aufarbeiten. Mittels dieser historischen Methode wollte er die Partikularrechte und das Römische Recht, das er als zeitloses System ansah, in eine Ordnung bringen.[490] Savigny schätzt das Römische Recht, weil es das „einzige Recht eines großen, lange bestehenden Volkes ist, welches eine ganz nationale, ungestörte Entwicklung gehabt hat, und zugleich in allen Perioden dieses Volkes mit vorzüglicher Liebe gepflegt worden ist“.[491] Er geht dabei davon aus, dass sich das Römische Recht fast ganz von innen heraus durch Gewohnheiten gebildet habe.[492] Über den materiellen Wert des Römischen Rechts könne man streiten, nicht aber über den Vorzug der juristischen Methodik, wobei er sich vehement gegen Bigot-Préameneu ausspricht, der der Ansicht war, das Römische Recht habe aus einer Sammlung von Entscheidungen bestanden. Ihm unterstellt Savigny, er würde das Römische Recht nicht in seiner Gesamtheit kennen.[493] Savigny zeigt auf, dass zum einen die Partikularrechte viel Römisches Recht in sich aufgenommen und modifiziert hätten; selbst in den Bereichen, in denen sie sich gegen das Römische Recht aussprechen würden, setzten sie eben dieses im Hintergrund voraus.[494]

Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), der ab 1808 seine Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte publizierte, und Jakob Grimm teilten zumindest die Ansicht, dass das Römische Recht in vielen Punkten überlegen war, aber sie gingen davon aus, dass Prinzipien aus dem deutschen Recht das gewachsene Recht der Deutschen sei. Auf einem Kongress der Germanisten in Frankfurt am Main erklärte Jakob Grimm (1785-1863) 1846, dass das deutsche Recht von Fremdeinflüssen bereinigt werden müsse.[495] Deswegen teilt man die sogenannte Historische Rechtsschule in einen romanistischen und germanistischen Zweig,

[489] zum Werdegang Savignys s. Gaudemet S. 23ff.
[490] Hummel in RHDFE 2007, S. 109.
[491] Savigny Beruf S. 28.
[492] Savigny Beruf S. 33.
[493] Savigny Beruf S. 35f.
[494] Savigny Beruf S. 39f.
[495] Gaudemet S. 25.

deren Trennung sich in der Generation nach Savigny entwickelt. Aus der historischen Untersuchung des Römischen Rechts entstand die Pandektistik, die aus dem Römischen Recht eine zeitgemäße Rechtsordnung schaffen wollte. Zu ihren Vertretern gehört Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Bernhard Windscheid (1817-1892) setzte die Bewegung fort und nahm selbst an der Ausarbeitung des ersten Entwurfs zum BGB teil. Die Germanisten wie Georg Beseler stellten auf den deutschen Volksgeist ab und wollten ein gemeines deutsches Recht schaffen. Zwischenzeitlich entdeckte man, dass aufgrund der industriellen Revolution ein Rechtssystem auch soziale Aspekte berücksichtigen musste. Nach der Reichseinheit 1871 trat 1874 die erste Kommission zur Erarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches zusammen und veröffentlichte 1888 die erste Fassung. Nach Kritik an der sozialen Ausrichtung, die die besitzende Klasse bevorzugte, wurde diese Kommission durch eine zweite abgelöst, die von April 1891 bis Juni 1895 den zweiten Entwurf erarbeitete. 1896 wurde er beschlossen und trat als BGB am 1.1.1900 in Kraft.[496]

9.1 Die Materialien zum BGB: Protokolle und Motive

Die Protokolle und Motive zum BGB sind sehr ausführlich zur Frage der Verjährung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung. Der § 397 des ersten Entwurfs lautete: „ [Abs. 1] Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung unterliegen in Ansehung beweglicher Sachen einer Verjährung von sechs Monaten, in Ansehung unbeweglicher Sachen einer Verjährung von einem Jahr dergestalt, daß nach Vollendung der Verjährung die Rechte von dem Erwerber auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können. … [Abs. 4] Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem die Sache dem Erwerber übergeben ist.“[497]

Eine Streitfrage im ersten Entwurf zu den allgemeinen Regeln der Sachmängelgewährleistung war, ob der Käufer aufgrund der mangelhaften Sache gleich ein Recht habe, das er geltend machen könnte.[498] Die Kommission entschied sich dafür, dem Käufer gegen den gutgläubigen Verkäufer einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung zu geben, limitiert durch eine

[496] Hummel in RHDFE 2007, S. 110.
[497] Jakobs/Schubert SchuR II S. 196.
[498] Mugdan T. II Prot. S. 660.

sechsmonatige Verjährung beim Kauf beweglicher Sachen und von einem Jahr bei unbeweglichen Sachen, wobei sie den Begriff 'Grundstücke' vorzog.[499]

Als nächstes war streitig, inwieweit der Käufer den Mangel – innerhalb der Verjährungsfrist – unverzüglich nach Kenntnis vom Mangel rügen musste oder nicht, um eine Einrede gegen die Kaufpreiszahlung des Verkäufers zu haben. Da man sich bereits für eine 'kurze' Verjährung der Ansprüche entschieden hatte, hielt man es für gerecht, dass der Käufer auch nach der Verjährung seine Einrede behalte.[500] Bei all diesen Diskussionen muss man wissen, dass die im Entwurf vorgeschlagenen Fristen von sechs Monaten bzw. einem Jahr für Grundstücke als 'kurz' angesehen wurden, im Vergleich mit den längeren allgemeinen Verjährungsvorschriften der § 194ff BGB (1900).[501] Die Kürze der Verjährung wird regelmäßig betont.[502] Die Einrede war nicht an die kurze Verjährung gebunden. „Daß mit der Perpetuirung [der Einrede] zum Theile auf die Vortheile verzichtet werde, welche mit der Gestaltung der im § 397 [dem späteren § 477 BGB (1900)] bestimmten Frist als Verjährungsfrist verbunden seien, könne nicht in Abrede gestellt werden. Die Verjährung sei jedoch ein rein positives, lediglich auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhendes Institut und deswegen in ihren Wirkungen zu beschränken, soweit das Verkehrsinteresse es erfordere.“[503]

Zu § 397 des Entwurfs hatte man nach einem Absatz zu der Verjährung von sechs Monaten bzw. einem Jahr bei Grundstücken als zweiten Absatz vorgeschlagen: „Hat der Käufer vor Ablauf der Verjährung unverzüglich nach erlangter Kenntniß des Mangels die Anzeige desselben an den Verkäufer abgesendet …, so kann er die in Abs. 1 bezeichneten Ansprüche [auf Wandelung oder Minderung] auch nach Ablauf der Verjährung im Wege der Einrede geltend machen.“[504] Die Kommission bestätigte, dass für die Sicherung der Einrede eine Anzeige innerhalb der Verjährungsfrist reiche; sie müsse nicht 'unverzüglich nach erlangter Kenntnis' sein. Der Käufer müsse auch nicht präzisieren in der Anzeige, welche Rechte er geltend machen wolle, Wandlung oder Minderung.[505] Noch eine andere Rügefrist wurde angedacht: „ Sei ... der Mangel rechtzeitig entdeckt, so müsse die Rüge desselben binnen kurzer Zeit erfolgen. Der Käufer dürfe den Verkäufer nicht zu lange in Ungewißheit darüber lassen, ob der den Mangel rügen und von welchem der ihm wegen desselben zustehenden

[499] Mugdan T. II Prot. S. 660; Mot. S. 132; Jakobs/Schubert SchuR II S. 195.
[500] Mugdan T. II Prot. S. 663.
[501] Kober in Staudinger (1912) zu Art. §477 1, S. 716; Franz S. 25.
[502] Mugdan T. II Mot. S. 131.
[503] Mugdan T. II Prot. S. 663f.
[504] Mugdan T. II Prot. S. 678.
[505] Mugdan T. II Prot. S. 679.

Rechte er Gebrauch machen werde.“[506] Dieser ‘kurzen Zeit‘ wurde in der Endfassung im § 466 BGB (1900)[507] Rechnung getragen, nicht aber im Rahmen einer Verjährung oder Präklusivfrist.

Zur Frage der Regelung der Verjährung waren die Fristenlängen nicht streitig. „Einigkeit herrschte darüber, daß das Recht des Käufers, Mängel der gekauften Sache zu rügen, im Interesse des Verkäufers einer zeitlichen Begrenzung bedürfe. Zunächst müsse der Mangel, vom Falle eines arglistigen Verschweigens abgesehen, innerhalb nicht zu langer Frist zum Vorscheine gekommen sein, weil bei Mängeln, die sich erst nach geraumer Zeit zeigen, der Beweis, daß sie schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden waren, bz. der Gegenbeweis, daß sie damals noch nicht vorhanden waren, allzu unsicher werde.“ [508] In Übereinstimmung mit Gesetzgebungen vor dem BGB wie dem Sächsischen BGB und dem ALR wurde zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen differenziert, allerdings nicht weiter zwischen der Art der Grundstücke, und die Frist einheitlich für bewegliche Sachen auf sechs, für Grundstücke auf ein Jahr festgelegt.[509] Der Anknüpfungspunkt für den Beginn war im Wesentlichen unstreitig, da man nicht den Kauf als Fristbeginn annahm, sondern die faktische Übergabe. Man entschied sich gegen den Begriff 'Übergabe', sondern setzte 'Ablieferung' an die Stelle, aus folgenden Gründen: Zwar habe der Käufer keine Untersuchungspflicht, aber es empfehle sich, den Zeitpunkt als Fristbeginn zu wählen, in dem der Käufer über die Sache verfügen und sie untersuchen könne. Dies sei für die Fälle wichtig, in denen die Ablieferung nicht mit der Übergabe zusammenfiele, wie z.B. bei der Übersendung des Konnossements.[510] Damit hatte man bis auf ein Detail in der Formulierung die Fassung des § 470 des zweiten Entwurfs erreicht, der zu § 477 BGB (1900) wurde.[511]

Der Tierkauf wurde separiert davon diskutiert wie schon in den drei vorhergehenden deutschen Kodifikationen, anders aber als bei der Kodifikation des Code civil. Prinzipiell war anerkannt, dass das allgemeine Gewährleistungsrecht wegen physischer Fehler im Anschlusse an das gemeine Römische Recht geregelt sei,[512] anders das Viehrecht. Man debattierte

[506] Mugdan T. II Prot. S. 660f.
[507] § 466 BGB (1900) bestimmte : „Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden.“
[508] Mugdan T. II Prot. S. 660f.
[509] Mugdan T. II Mot. S. 132.
[510] Mugdan T. II Prot. S. 679.
[511] Jakobs/Schubert SchuR II S. 201.
[512] Mugdan T. II Mot. S. 123.

darüber, ob beim Tierkauf das gemeinrechtliche, d.h. römischrechtliche Prinzip gelten solle (ohne eine Einschränkung durch eine Mängelliste) oder das deutschrechtliche Prinzip, bei dem die Käufer nur wegen vorher bezeichneter Mängel haften sollten. Das deutschrechtliche Prinzip hatte die Konferenz der Redaktoren von 1875 vorgeschlagen,[513] 1876 äußerte sich ein Gutachten dagegen.[514] Ein Jahrzehnt später hatte sich an der Diskussion nichts geändert. Die veterinären Erkenntnisse würden der Annahme von Gewährfristen widersprechen, denn es sei unmöglich, alle Krankheiten zu benennen und langfristig Gewährfristen zuordnen zu können. Die Kodifizierung sei aber auf die Zukunft gerichtet und könne neuen tierärztlichen Ergebnissen nicht gerecht werden, wenn sie sich auf einen Mängelkatalog festlege. Der Schweregrad und die Entwicklungsstufe einer Krankheit lassen sich nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall bestimmen. Es sei unsicher, das Auftreten einer Krankheit mit der Vermutung, diese habe schon zur Zeit des Gefahrübergangs vorgelegen, zu verknüpfen, da eine Krankheit je nach Tier anders verlaufe. Der Käufer werde benachteiligt. Die gewisse Rechtsunsicherheit, die sich an das weite Ermessen der Sachverständigen knüpfen würde, wäre relativiert durch die Hebung einer moralischen und wissenschaftlichen Qualifikation der Tierärzte. Zudem könne eine kurze Verjährungsfrist dem Verkäufer Rechtssicherheit geben.[515] Dennoch entschied sich die Mehrheit der Kommission gegen das römischrechtliche System, da das deutschrechtliche praktikabler sei.[516] Das war das einzige mehrheitlich anerkannte Argument. Allerdings konnte man sich nicht darüber einigen, ob das deutsch- oder gemeinrechtliche System materiell gerechter sei. Das Tier sei keine leblose Sache und unterliege Entwicklungen. Der Käufer kenne das Risiko, ein Tier einem Ortswechsel zu unterziehen; das Risiko des Käufers sei durch die Gewährfristen und die Hauptmängellisten etwas gemindert. In vielen Teilen Deutschlands habe sich dieses System bewährt. Auch ein Gutachter in einem römischrechtlichen System müsste im Einzelfall auf den gewöhnlichen Verlauf der Krankheit und Durchschnittswerte zurückgreifen. Es habe Vorteile, ein deutschrechtliches System zu behalten, da Nachbarstaaten wie Österreich, Frankreich, Belgien und Luxemburg ähnlichen Prinzipien folgen. Dem privaten Käufer sei durch die Beweislastumkehr bei gewissen Hauptmängeln gedient. Schlächter und Händler hätten genug Sachverstand, um sich selbst darüber hinaus zu schützen.[517] Eine pauschale sechswöchige

[513] Jakobs/Schubert SchuR II S. 208.
[514] Jakobs/Schubert SchuR II S. 216.
[515] Mugdan T. II Prot. S. 687f; s. auch Jakobs/Schubert SchuR II S. 215f: 1876 war ein Gutachten gegen feste Gewährzeiten und Hauptkrankheiten.
[516] Mugdan T. II Mot. S. 137f zu den Stimmen pro und contra.
[517] Mugdan T. II Prot. S. 688f.

Gewährfrist für alle Krankheiten wurde damit abgelehnt.[518] Ein gemischtrechtliches System wurde aus dem gleichen Grund nicht angenommen: Ohne Mängelliste sei der Verkäufer benachteiligt, für den eine Rechtsunsicherheit bestehe, da er für alle Krankheiten haften müsse.[519] Stattdessen wurde die Lösung bevorzugt, eine Mängelliste mit den jeweiligen Gewährfristen durch Verordnung zu erstellen, so wie es bereits die Konferenz der Redaktoren am 14. Mai 1875 vorgeschlagen hatte, ohne sich aber darauf einigen zu können.[520] Desweiteren wurde über inhaltliche Details der Viehkaufsregeln diskutiert. Zur Änderung angemerkt, aber verworfen wurde, dass Schafe und Schweine kaum gehandelt würden und wenn, dann nur zum Schlachten, und dass es in Deutschland nur 8786 Esel und 1009 Maulesel gebe und deswegen eine Regel für sie nicht erforderlich sei.[521] Man einigte sich auf: „Der Verkäufer haftet nur wegen bestimmter Hauptmängel und auch wegen dieser nur, wenn sie bis zum Ablaufe einer bestimmten Gewährfrist sich zeigen. Die Hauptmängel und die Gewährfristen für jede Thiergattung werden durch eine mit Zustimmung des Bundesrathes zu erlassende Kais. Verordnung bestimmt. Diese kann auf demselben Wege ergänzt und abgeändert werden.“ Feinheiten in der Formulierung wurden der Redaktionskommission überlassen.[522] Die Kaiserliche Verordnung sei eine notwendige Ergänzung des Gesetzes, bei der der Reichstag nicht mitwirken müsse.[523] Die Gewährfrist, innerhalb derer der Käufer nur den Mangel beweisen musste, nicht aber dessen Vorzeitigkeit, begann mit dem Gefahrübergang. Wenn nicht binnen 48 Stunden nach Ablauf der Gewährfrist oder nach dem Verenden des Tieres eine Mängelanzeige an den Verkäufer erginge, verliere der Käufer nicht nur die Vermutung des vorzeitigen Mangels, sondern seine Rechte. Denn erstens wisse der Käufer oft nicht, zwischen dem Verlust des Rechts und der Vermutung zu unterscheiden; zweitens sei der Zweck, Klagen zu vermindern; drittens sei ein Gegenbeweis des Verkäufers erschwert, wenn man eine spätere Klage zulassen würde.[524] Eine Anzeigefrist von 24 Stunden war als zu kurz empfunden worden.[525] Die in der Literatur häufig angesprochene Frist von drei Tagen wurde nicht zur Debatte gebracht. Sie hatte sich vermutlich schon mit den Vorgängerkodifikationen überlebt. Eine Minderung sei nicht möglich, was im Einvernehmen mit den landwirtschaftlichen Interessenvertretungen stand, da bei Tieren eine Schätzung des

[518] Mugdan T. II Prot. S. 690.
[519] Mugdan T. II Mot. S. 139.
[520] Jakobs/Schubert SchuR II S. 207.
[521] Mugdan T. II Prot. S. 690.
[522] Mugdan T. II Prot. S. 690.
[523] Mugdan T. II Prot. S. 691.
[524] Mugdan T. II Prot. S. 693f.
[525] Mugdan T. II Prot. S. 694.

Minderwerts stets unsicher sei.[526] Bei einer zugesicherten Eigenschaft hatte der Käufer zur Klageerhebung eine Frist nicht von zwei, sondern von sechs Wochen nach Ablauf der Gewährfrist.[527] Der spätere § 490 Abs. 1 BGB (1900) präzisierte, dass die Zusicherung sich auf einen Hauptmangel beziehen müsse und ansonsten der § 477 BGB (1900) unberührt bleibe, was die Kommission abgelehnt hatte, da eine Frist von sechs Monaten wegen der exorbitanten Fütterungskosten zu lang sei.[528] Wie auch in Frankreich vor 1838 hatten in Deutschland die Tierärzte ab 1871 mehrfach auf eine Rechtsvereinheitlichung hingewirkt; die Länder waren bereit, Konzessionen einzugehen, um ihr Viehrecht mit dem der Nachbarländer zu harmonisieren.[529]

Das Ergebnis dieser Beratungen war eine Kaiserliche Verordnung vom 27. März 1899, die für bestimmte Tierarten einen Mängelkatalog und die dazu gehörenden Gewährfristen bestimmte.

9.2 Ausblick auf § 477 BGB vor 2002

Der § 477 Abs. I S. 1 BGB (1900) lautete bis 2002: „Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahr von der Übergabe an.“ Anders als Art. 1648 C.civ. (1804) blieb der Rechtsprechung kaum Ermessensspielraum hinsichtlich des Fristbeginns oder der Dauer.

Ein Fristbeginn ab Kenntnis des Käufers vom Mangel fand noch in begrenztem Maße statt.

In Staudingers Kommentar zum BGB wird ausgeführt, dass parteiliche Garantievereinbarungen zur Frist oftmals so zu verstehen seien, dass die gesetzliche Frist von sechs Monaten erst ab dem Entdecken des Mangels innerhalb der Garantiefrist zu laufen beginnen, dass also im Endeffekt die Garantievereinbarung nur über den Beginn der Frist laufe.[530] Für den Eintritt und Fortgang der Verjährungsfrist sei es ohne Belang, ob der Käufer den Mangel schon gekannt oder später erst entdeckt habe, ob er die Sache geprüft habe oder

[526] Mugdan T. II Prot. S. 695.
[527] Mugdan T. II Prot. S. 699.
[528] Mugdan T. II Prot. S. 699.
[529] Mugdan T. II Mot. S. 134.
[530] Kober in Staudinger (1912) zu § 477 3 a α S. 719.

nicht oder ob der Mangel erkennbar gewesen sei.[531] Allerdings könne sich aus dem Parteiwillen ergeben, dass die Frist erst laufen solle, wenn der Mangel insbesondere im kaufmännsichen Geschäftsverkehr entdeckbar war.[532]

In den Fällen ohne Garantievereinbarung musste der Anspruch auf Wandlung oder Minderung innerhalb der Frist des § 477 BGB (1900) durch Klage geltend gemacht werden.[533] Die Anzeige des Mangels innerhalb der Frist hinderte nicht den Ablauf der Verjährung, § 477 BGB (1900).

Nach der Wertung deutscher Praktiker, wie z.B. Otto von Gierke (1841-1921),[534] waren die Fristen von sechs Monaten bzw. einem Jahr 'kurz',[535] diese Einschätzung hatte sich also nicht geändert.

Die Kritik am Gewährleistungssystem des BGB war begrenzt. Gierke hielt eine Kommentierung der Fristen der ädilizischen Klagen in seiner Schrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für entbehrlich, nachdem er festgestellt hatte, dass das Obligationenrecht an sich sehr römischrechtlich[536] und der Entwurf zum BGB für seinen Geschmack zuviel vom *usus modernus pandectarum* gerpägt sei[537] und dass der maßgebliche Zeitpunkt des Gefahrübergangs im BGB bei beweglichen Sachen die Übergabe sei, was dem deutschen Recht und den Regeln des HGB entspräche.[538]

Die §§ 481ff BGB (1900) betrafen nur Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, Rinder, Schafe und Schweine. § 482 BGB (1900) definiert Hauptmängel als die Mängel, derenthalben der Käufer ein Tier wandeln könne, wenn sie sich innerhalb der durch Verordnung definierten Gewährfristen zeigen. Für den Käufer greift die Vermutung, dass der Hauptmangel, der sich innerhalb der Gewährfrist zeigt, zur Zeit des Gefahrübergangs vorlag; der Verkäufer konnte den Gegenbeweis führen. Wenn der Mangel sich erst nach dieser Zeit zeigte, durfte hingegen der Käufer nicht den Beweis führen, dass der Mangel zur Zeit des Gefahrübergangs existierte.[539] Eine vertragliche Haftungserweiterung war möglich. Gemäß § 487 BGB (1900) konnte nur die Wandlung, nicht die gesetzliche Minderung verlangt werden. Die

[531] Kober in Staudinger (1912) zu § 477 5. S. 721.
[532] Kober in Staudinger (1912) zu § 477 5. S. 721.
[533] Kober in Staudinger (1912) zu § 477 1. S. 716.
[534] Gierke T. III S. 476 § 194.
[535] Schultz S. 40.
[536] Gierke Entw. S. 184f.
[537] Gierke Entw. S. 3: „Und arm, unbeschreiblich arm erweist es sich an schöpferischen Gedanken. In der Hauptsache begnügt es sich mit einer Kodifikation des usus modernus pandectarum, den es… ergänzt."
[538] Gierke Entw. S. 236f.
[539] Schumacher S. 38.

Hauptmängel, die zur Wandlung berechtigten, und die entsprechenden kurzen Fristen wurden durch eine Reichsverordnung vom 27. März 1899 bestimmt. Diese unterschied, anders als das französische Gesetz vom 20. Mai 1838, zwischen Nutz- und Schlachtvieh. Bei Nutzpferden findet sich in der Liste der Hauptmängel u.a. Rotz oder auch Wurm (frz. *morve*), Dämpfigkeit und Kehlkopfpfeifen, beides Krankheiten, die als Symptome Atembeschwerden zeigen (frz. *pousse, courbature*), und eine periodische Augenentzündung oder auch Mondblindheit (frz: *tour de lune, fluxation périodique*), alle mit einer Gewährfrist, von 14 Tagen, innerhalb derer sich die Krankheit zeigen musste. Bei Rindern wurden u.a. Lungenerkrankungen geregelt, bei Schlachtschweinen Finnen und Trichinen, die jeweils innerhalb von 14 Tagen gewandelt werden konnten.[540] Gemäß § 483 BGB (1900) begann die Frist mit dem Tag des Gefahrübergangs, der gemäß §§ 446, 447, 300 Abs. 2 BGB (1900) bestimmt wurde. Der Käufer musste spätestens zwei Tage nach Ablauf der Gewährfrist oder nach dem Tod des Tieres den Mangel dem Verkäufer anzeigen, ein gerichtliches Beweisverfahren beantragen oder Klage erheben, § 485 BGB (1900). Durch die Anzeige an den Verkäufer sollen dessen Rechte gesichert werden, damit dieser den Prozess vorbereiten könne.[541] Bei der Zusicherung der Freiheit von einem Hauptmangel verlängerte sich die Anspruchsverjährung um sechs Wochen vom Ablauf der Gewährfrist an, § 490 BGB (1900). Bei einer Zusicherung der Abwesenheit eines Mangels, der keinen Hauptmangel darstellte, oder bei der Zusicherung einer Eigenschaft lief die Anspruchsverjährung von sechs Wochen ab Ablieferung, es sei denn es war zusätzlich eine Gewährfrist vereinbart worden, § 492, § 490 BGB (1900) analog.

10. Das moderne Recht

Zum 01.01.2002 trat das modernisierte und reformierte Schuldrecht in Deutschland in Kraft. Seither ist der Gewährleistungsanspruch als Erfüllungsanspruch ausgestaltet. Die Gewährleistung ist damit Teil des Leistungsstörungsrechts geworden. Rücktritt und Minderung sind Gestaltungsrechte. Das führt dazu, dass der Käufer primär einen Nacherfüllungsanspruch hat gemäß § 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 BGB (2002),[542] der auf Nachbesserung oder Nacherfüllung durch eine andere Sache gerichtet ist. Beim Spezieskauf

[540] § 1 I (Pferde), II (Rinder), § 2 IV (Schweine).
[541] Kober in Staudinger (1912) zu § 485 1a S. 742.
[542] Neumann S. 109; Weis S. 18.

und gerade beim Tierkauf wird dieser Anspruch oftmals per se nicht möglich sein,[543] so dass er gemäß § 275 Abs. I BGB (2002) entfällt. Ist die Nacherfüllung nicht möglich oder die durch den Käufer zur Nacherfüllung gesetzte Frist erfolglos verstrichen, kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten, § 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 323, 326 Abs. 5, 440 BGB (2002). Der Rücktritt ist an den Platz der Wandlung getreten. Hingegen ist der Rücktritt ein Gestaltungsrecht, der eine formfreie empfangsbedürftige Erklärung voraussetzt.[544] Wahlweise kann der Käufer mindern, § 437 Nr. 2 i.V.m. § 441 BGB (2002). Gleichzeitig haftet der Verkäufer neuerdings auch für fahrlässig nicht erkannte Mängel der Sache auf Schadensersatz, § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 440, 280, 281, 283, 311a BGB (2002). Grundsätzlich verjähren die Nacherfüllungsansprüche innerhalb von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache bzw. Übergabe des Grundstücks, § 438 BGB. Hinsichtlich des Anknüpfungsmoments der Frist hat sich dementsprechend nichts geändert, nur hinsichtlich der Dauer.

Beim Verbrauchsgüterkauf zwischen Verbraucher und Unternehmer dreht sich in den ersten sechs Monaten ab Ablieferung die Beweislast zugunsten des Käufers um, so dass es dem Verkäufer obliegt, das Vorliegen eines Mangels erst nach der Ablieferung zu beweisen, § 476 BGB (2002). Allerdings muss der Käufer den Mangel an sich beweisen.[545] Die §§481ff BGB a.F. zum Viehkauf sind entfallen. Es wurde festgestellt, dass die heute wirtschaftlich relevanten Tierkrankheiten nicht in der Viehmängelverordnung aufgezählt seien und man heute mit modernen Mitteln das Vorliegen eines Mangels zur Zeit des Kaufs feststellen könne, ohne auf Gewährfristen und Hauptmängel zurückgreifen zu müssen.[546] Der heutige Tierhandel richtet sich nach Kriterien wie Abstammung, Rasse, Aussehen, die Beschreibungen eines Tieres mit Stammbaum sind komplex; es ging schon seit langer Zeit nicht mehr um den *Nutzen* des Tieres, besonders nicht bei Kleintieren. Die in der Verordnung genannten Krankheiten kamen kaum noch in der Praxis vor, neue Kriterien für 'Freizeittiere' wurden gebraucht und die Gewährfristen konnten durch diverse Mittel gegen akute Krankheiten ausgehebelt werden.[547] Ohne eine Verordnung zu den Viehmängeln fällt der Tierhandel unter die allgemeinen Gewährleistungsregeln des BGB, wobei beklagt wird, wie wenig eine Nachbesserung oder die Kategorien neue und gebrauchte Sachen auf den Tierhandel passen. Ein Urteil des Bundesgerichtshofes vom 15.11.2006 (Aktenzeichen: VIII ZR 3/06) hat den Schritt gemacht, Jungtiere als 'neu' zu qualifizieren. Wenn ein Jungtier als

[543] Zur Rechtsprechung beim Tierkauf s. Neumann S. 111.
[544] Weis S. 23.
[545] BGH 02.06.2004 in NJW 2004, 2299ff.
[546] Reinicke/Tiedtke Rdnr. 1094.
[547] Neumann S. 62.f

’neue Sache‘ angesehen wird, muss auf es eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren anzuwenden sein im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs; wenn das Tier als ’gebraucht‘ gilt, kann der Verkäufer die Frist auf ein Jahr heruntersetzen, § 475 Abs. 2 BGB (2002). Der § 476 BGB (2002), die Beweislastumkehr, ist nicht anzuwenden, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Beim Tierkauf besteht diesbezüglich eine Kontroverse, da ein lebender Organismus stets Veränderungen unterworfen ist.[548] Eine Lobby von Juristen, Tierhändlern und Tierliebhabern verwehrt sich vehement gegen das neue Schuldrecht. In einem Sonderdruck zum Pferdekauf von 2002 wird die Hoffnung ausgesprochen, dass „dieses geradezu unausgegorene Gesetz“ mit seinen „zum Teil völlig unzureichenden, ‘unpassenden’ Normen pferdekonform“ von der Rechtsprechung ausgelegt werde, da es „dem Pferd, eines der größten Kulturgüter der Menschheit“ nicht gerecht werde.[549]

11. Fazit zur deutschen Entwicklung

Es gibt viele Faktoren, die die Formulierung des § 477 Abs. I BGB (1900) beeinflusst haben. Das früheste 'deutsche' Zeugnis für eine Gewährleistung findet sich in der *lex Baiuwarorum*, die dem Käufer drei Nächte ließ, um dem Verkäufer ein Pferd, das bestimmte Mängel aufwies, zurückzugeben. Spätere Partikularrechte in Deutschland in den Städten und Ländern regeln wie in Frankreich in erster Linie auf dem Wege polizeilicher Vorschriften den Handel mit Tieren und Waren. Unterschiede lagen in der Gesetzsetzungsautonomie, die es den Städten und Ländern erlaubte, ihr Recht autonom zu überarbeiten und das Römische Recht verstärkt einzubeziehen. Anders als in Frankreich haben die Zünfte in den Städten einen stärkeren Einfluss auf die sie betreffende Rechtsgestaltung. Dies umfasst auch die Qualitätsbestimmungen und –kontrollen für Waren. Dass aber diese polizeilichen Bestimmungen in Regeln zivilrechtlichen Inhalts übergehen, ist eine Entwicklung, für die sich im 18. Jahrhundert Beispiele finden lassen. 'Wandel' wurde dementsprechend im Zusammenhang mit einem Bußverfahren verwendet. Es finden sich in den Partikularrechten auch Bestimmungen, die die Gewährleistung wegen Sachmängel direkt betreffen. An erster Stelle wird dabei der Pferdehandel geregelt, dann der Viehhandel mit Rindern und Schweinen, seltener mit Schafen. Insofern ähneln sich die *coutumes* und *usages* in Frankreich

[548] s. ausführlich Neumann S. 186ff auch mit Hinweisen zur Rechtsprechung zu diversen Krankheiten und die Auffassung der diversen Gerichte.
[549] Fellmer/Brückner/Rahn S. 33.

und die deutschen Partikularrechte. Deutschland hatte keine 'Pariser *Coutume*', nach der lokales Recht sich richten konnte oder sollte; einige wichtige Stadt- und Landrechte tauchen in den Besprechungen immer wieder auf, aber keinem von ihnen wird ein Vorrang eingeräumt, es sei denn vielleicht für den kaufmännischen Handel den Stadtrechten von Lübeck oder Hamburg, deren Vorzüge gelobt wurden. Deutschland war nicht zentralistisch organisiert; die Reichsstände, die Landstände, die Landesherren und die Reichsstädte regierten in der Gewissheit, ihr eigenes Recht zu besitzen, dass sie nicht gegen ein anderes Recht behaupten mussten. Es gab kein vorrangiges Stadt- oder Landrecht, auch wenn einige Partikularrechte mehr Einfluss hatten als andere. Allen Partikularrechten musste demnach bei den Kodifizierungen des ALR, des Codex Maximilianeus und des Sächsischen BGB und anschließend daran bei der Kodifizierung des BGB Rechnung getragen werden.

Es hat sich durchgesetzt, diese Gewährleistungsbestimmungen in Kategorien einzuteilen, je nachdem wie sehr sie durch Römisches Recht beeinflusst sind. Das sogenannte deutschrechtliche Prinzip zeichnete sich zum einen durch einen prinzipiellen Haftungsausschluss des Verkäufers für Sachmängel aus, wenn der Käufer die Sache besehen und ohne Vorbehalt angenommen hatte, es sei denn der Verkäufer handelte arglistig oder hatte eine besondere Eigenschaft zugesagt oder aber das Gewohnheitsrecht und das später geschriebene Recht sahen vor, dass der Verkäufer für eine gewisse Zeit für gewisse schwere Mängel einstehen müsste, wie beim Viehkauf für bestimmte 'Hauptmängel' wie einige ansteckende und schwer heilbare Krankheiten. Spätere Gesetzgebung sprach von Hauptmängel und Gewährzeit, wobei im Allgemeinen, aber nicht immer, davon ausgegangen wurde, dass diese Regelungen nicht abschließend waren, sondern spätestens ab dem 15. Jahrhundert daneben auch die Minderungsklage und die Klage wegen anderer Krankheiten und Mängel zugelassen war. Die Gewährfristen sollten der Beweislastumkehr dienen, da der Käufer nur beweisen musste, dass der Mangel innerhalb dieser Zeit aufgetreten war und zur Wandlung oder Minderung berechtigte. Beispiele für dieses Prinzip finden sich im Sächsischen Weichbild und in den Stadtrechten von Soest, Lübeck und Hamburg. Diese Beispiele zeigen auch, dass das Recht in diesen Regionen nach und nach durch Römisches Recht ergänzt wurde. Das Hamburger Gewährleistungsrecht blieb allerdings seinem Basisprinzip treu, dass keine Gewährleistung möglich war, wenn der Käufer die Sache untersuchen konnte und in seinen Besitz gebracht hatte. Zwar galt in Hamburg das Stadtrecht für alle Bürger, gemacht scheint es allerdings für Kaufleute zu sein.

Hinsichtlich der Fristen in Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung ist die Bandbreite der Fristen beim Tierkauf größer in Deutschland als in Frankreich, selbst zu einem

vergleichbaren Zeitpunkt um 1800, da jede Region ihr eigenes Viehmarktrecht besaß. Das allein erklärt nicht den Unterschied zwischen der Entwicklung in Frankreich und Deutschland, denn es ist nicht entscheidend, ob die Gewähr- oder Klagefristen in Deutschland je nach Region einige Tage länger oder kürzer waren. Der Glaube allerdings daran, dass es wichtig sei, seine regionalen Unterschiede gegenüber anderen Regionen zu behaupten, beeinflusste die französische Haltung zu *coutumes* und *usages*, während die deutschen Länder und Städte sicher sein konnten, ihre Autonomie zu besitzen und eher nach einem vereinenden Prinzip wie dem Römischen Recht suchen konnten als nach einem trennenden. Es ist nicht auszuschließen, dass dieser Hang in Frankreich, sich auf das regionale Recht zu konzentrieren und an den einzelnen *coutumes* und *usages* zur Gewährleistung festzuhalten, den Blick darauf verstellt hat, dass es längere Fristen aus den ädilizischen Edikten neben den *brefs délais* geben konnte.

In Deutschland gab es zudem einen festen Platz für Tierrecht neben der allgemeinen Gewährleistung und eine Tradition in Verordnungen zur tierrechtlichen Gewährleistung, was den Weg vorbereitet hat für eine Auslagerung der Details der Mängel und Gewährfristen in einer Kaiserlichen Verordnung von 1899.

Hinsichtlich der Fristen beim Kauf mangelhafter Sachen sind die Partikularrechte wesentlich schweigsamer; selten sind die Rechte, die die Gewährleistung beweglicher Sachen ansprechen, noch seltener die Regeln zum Kauf eines mangelhaften Grundstückes. Das Preußische Landrecht enthält Formulierungen aus dem ädilizischen Recht, die allgemein für die Gewährleistung gelten. In Braunschweig wird eine Frist von vier Tagen erwähnt, die der Käufer von beweglichen Sachen zur Geltendmachung seines Anspruchs hatte. Diese kurze Frist zeigt, dass es durchaus Parallelen zum französischen Recht der gleichen Epoche gab, sie sich aber gegenüber dem Römischen Recht nicht durchsetzen konnte. Wenn die ädilizische Minderung in die Partikularrechte aufgenommen wurde, dann bestand die Tendenz, dem Römischen Recht weiter zu folgen und auch die Frist von einem Jahr zu bestätigen.

Hinsichtlich des Fristbeginns finden sich zahlreiche Beispiele in den Partikularrechten, die auf den Kauf abstellen; an anderen Orten ist die Annahme der Sache der entscheidende Moment für die Erfüllung und Gewährleistung, sofern zwischen diesen beiden getrennt wurde. Andere Marktrechte nehmen eine öffentliche Urkunde als Ausgangspunkt, was Beweisfragen erheblich erleichterte.

Die Partikularrechte vor den ersten Kodifikationen schweigen zum Kauf einer mangelhaften Immobilie. Insofern können die geschriebenen Partikularrechte kaum Pate gestanden haben für eine Jahresfrist beim Kauf eines mangelhaften Grundstückes. Gleichzeitig wird

vorgebracht, dass beim Schweigen der Partikularrechte vor den ersten Kodifikationen das Römische Recht eingreifen sollte. Aber auch im Römischen Recht findet sich keine Jahresfrist für mangelhafte Grundstücke.

Die Stellung des Römischen Rechts war wesentlich anders in Deutschland als in Frankreich. In Frankreich nährte man den Gegensatz zwischen dem *pays coutumier* und den Regionen des *pays de droit écrit* und suchte in der *ratio* des Römischen Rechts eine Rechtfertigung für dessen subsidiäre Anwendung. In Deutschland lebte man auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reiches und sah sich in der Tradition eines ererbten Römischen Rechts als geltendes geschriebenes Recht bis zum 17. Jahrhundert. Vereinendes Prinzip war das Recht des „Römischen Reiches", das Kaiserrecht. Die Landesherren versuchten nicht, gegen dieses Prinzip anzugehen. Wenn sie auf ihrer Autonomie bestanden, dann blieben sie dennoch Teil des Heiligen Römischen Reiches. Gleichzeitig war der ideologische Druck nicht so groß wie in Frankreich, sich mit einem nationalen Recht von fremdem Recht und Fremdbestimmung durch das Römische Recht des Papstes und des Römischen Reiches und seiner Erben absetzen zu müssen. Ein französischer Jurist aus der nördlichen Provinz definierte sein regionales Recht in erster Linie über das, was es nicht war: Es war weder *droit écrit*, noch Pariser *Coutume*, noch die einer anderen Region. Dann konnte er einräumen, dass das regionale Recht vielleicht durch Prinzipien aus dem Römischen Recht und den *coutumes* anderer Regionen ergänzt werden könnte. Ein Jurist aus dem *pays de droit écrit* hatte weniger Abgrenzungsprobleme, es sei denn gegen die *Coutume de Paris*. Aber Paris als Zentrum des Staates lag im *pays coutumier*. Ein deutscher Jurist definierte das geltende Recht auch über das regionale Sonderrecht, aber ohne zu bestreiten, dass das Römische Recht eine Rolle inne habe. Die deutschen Staaten waren durch das Römische Recht vereint, in Frankreich war es ein ideologischer Scheidepunkt. Da das Römische Recht Teil der Reichsidentität war, anders als in Frankreich, war man gegenüber einer prinzipiellen Anwendung weniger zurückhaltend, was seine Auswirkungen auch auf die Gewährleistung hatte. In einigen Regionen galt das ädilizischen Recht nicht nur beim Kauf mangelhafter Sachen, sondern auch beim Tierkauf, einer ureigenen Domäne des Gewohnheitsrechts. Das Römische Recht überlagerte das örtliche Recht nach und nach, gefördert durch Richter und Juristen, die im Römischen Recht ausgebildet waren.

Die Literatur zum Römischen Recht zeichnet sich durch die Versuche aus, das Römische Recht dem modernen Gebrauch in Deutschland zugänglich zu machen. Diese Darstellungen betrachten oftmals ein Land- oder Stadtrecht als Beispiel, um daraus Prinzipien abzuleiten und eventuell durch Römisches Recht zu ergänzen. Wesentlich unbefangener wird die

Möglichkeit der Minderung oder der Grundstücksgewährleistung diskutiert, ohne dass eine Zurückhaltung gegenüber diesen römischrechtlichen Institutionen spürbar wird wie in der französischen Literatur. Ein Streitpunkt ist die Rolle der Stelle Pap. D. 21, 1, 55, die teilweise als Fristhemmung, teilweise als Fristanfang verstanden wird. Seltsamerweise hielt sich lange Zeit der Irrtum, die Jahresfrist der Minderungsklage liefe ab der Kenntnis des Käufers vom Mangel, die Frist von sechs Monaten für die Wandlung aber ab dem Kauf, da dies das einschneidendere Recht des Käufers sei und deswegen limitiert werden müsse.

Im 18. und 19. Jahrhundert erfolgten die großen Kodifikationen in Preußen, Bayern und Sachsen. Diese Kodifikationen trennen nach Vieh- und anderem Recht, führen eine längere Frist beim Kauf eines Grundstücks als für bewegliche Sachen ein, harmonisieren die Frist von Wandlung und Minderung und stellen auf den Empfang der Sache als Fristbeginn ab. Sie dienten damit dem BGB als Vorlage. Das BGB konnte sich auf eine Reihe Vorarbeiten stützen, zum einen die Vorgängerkodifikationen und deren Bearbeitungen, zum anderen auf die wissenschaftliche Aufarbeitung des Römischen und deutschen Rechts durch die historischen Rechtsschulen in Deutschland. Anders als die Verfasser des Code civil standen die Verfasser des BGB nicht unter dem gleichen Zeitdruck. Sie hatten viel Zeit, alle dem BGB vorausgehenden Quellen zu diskutieren und jeweils die Lösung zu wählen, die ihnen am besten erschien. Die Frist von sechs Monaten war seit Ende des 15. Jahrhunderts in den deutschen Partikularrechten verankert, zumindest für die Wandlung. Im ALR wurden die Fristen der Wandlungs- und Minderungsklage vereinheitlicht und durch eine längere Frist für den Grundstückskauf ergänzt. § 477 BGB (1900) musste weder die in der Regel kürzeren Fristen des Tierkaufs berücksichtigen, noch spezielle Regelungen des Handelskaufs, da beide Bereiche aus dem BGB gegliedert waren. Insofern konnte man bei der Frage der Fristenregelung im Entwurf des späteren § 477 BGB (1900) in die Details gehen, anders als die Väter des Code civil, die auf eine weite Formulierung zurückgriffen, die fast alle Eventualitäten abdecken konnte und musste.

D. Schlussbetrachtungen

„*Tempus autem…*"

Seit Februar 2005 lautet Artikel 1648, Abs. 1 Code civil: „*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.*" Für den französischen Verbraucher im Verbrauchsgüterkauf hat die neue Regelung des Art. 1648 C.civ. größere Klarheit geschaffen hinsichtlich der Länge und des Beginns der Frist. Französische Gerichte können einem Käufer seither eine lange Frist zugestehen, innerhalb derer er seine Rechte geltend machen kann, ohne auf rechtlich dogmatisch unsauber erscheinende Konstruktionen über Nichterfüllung, Irrtum, Täuschung zurückgreifen zu müssen. Einziger Spielraum der französischen Richter ist das Feststellen der Kenntnis des Käufers vom Mangel. Damit entspricht das französische Sachmängelrecht zwar bezüglich der Dauer, zwei Jahre, der Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. §§ 218 Abs. 1 S. 1, 438 Abs. IV S. 1 (Rücktritt) bzw. § 438 Abs. 5 (Minderung) BGB (2002) für bewegliche Sachen; allerdings beginnt die Frist nach deutschem Recht mit der Ablieferung der Sache, § 438 Abs. 2 BGB (2002), nicht mit der Kenntnis, da der deutsche Gesetzgeber der Rechtssicherheit den Vorzug geben wollte, zum Nachteil für die Rechte des Käufers.

Wie soll man diese Rechtsänderungen bewerten, und was kann die rechtsgeschichtliche Betrachtung der Entwicklung des Art. 1648 C.civ. (1804) und des § 477 Abs. I BGB (1900) dazu beitragen?

Nach jeder Zäsur, wie durch eine Rechtsänderung, tritt man in die Phase ein, sich die neuen Texte praktikabel zu machen und sie mit den aus dem vorherigen Recht gewonnenen Erkenntnissen zu vergleichen. Man geht nicht fehl, auf frühere Ereignisse in der Rechtsgeschichte zurückzugreifen, nicht, um sie wiederherzustellen, sondern um aus empirischem Wissen anderer Generationen zu lernen. Winston Churchill sagte: „*The farther backward you can look, the farther forward you are likely to see.*" Es ist eindeutig, dass man nicht stets aus der Geschichte sicher vorhersagen kann, welche künftige Wendung das Recht nehmen wird. Aber mit einem Blick auf die bisherige Rechtsgeschichte kann man wohl darauf vertrauen, dass, von einem Alleingang des Gesetzgebers ausgenommen, die Gesellschaft, die Rechtsprechung und die Doktrin fähig sind, ein zeitgemäßes Recht herauszuarbeiten.

Gewährleistungsfristen, in welcher rechtlichen Ausgestaltung auch immer, sei es als Verjährung, Einreden, Ausschluss- oder Präsumptionsfristen, sind Indikatoren für wirtschaftliche Bedürfnisse der Gesellschaft und des Handels. In Frankreich um 1804 hielt man den *bref délai* für rechtlich angebracht, während die ädilizischen Fristen als zu lang

empfunden wurden, im 19. Jahrhundert nahm man das Römische Recht neben dem Ermessen des Richters zur Bestimmung des *délai* zur Hilfe, im 20. Jahrhundert war man an dem Punkt angelangt, den *bref délai* als zu kurz anzusehen. Solange man davon ausgehen konnte, dass eine *aequitas* die Richter inspirierte, war der Art. 1648 C.civ. (1804) eine ideale Lösung, offen für Interpretationen der Fristlänge und des Fristbeginns, passend auf jeden Einzelfall. Nur das *bref* grenzte den Spielraum der Richter ein. Hier soll keine Wertung über die Rechtsprechung und den Konflikt zwischen der ersten und dritten Kammer der Cour de cassation abgegeben werden, denn auch wenn Übergriffe auf andere rechtliche Figuren zur vermeintlich besseren Lösung eines Falles im Bereich eines Sachmangels dogmatisch gesetzte Grenzen überschreiten, so drückt dies dennoch eine Malaise im Recht aus, dass das bestehende Recht nicht mehr mit den gesellschaftlichen Bedürfnissen übereinstimmte. In Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts bezeichnete man eine Frist von sechs Monaten als kurz, hielt sie aber als angebracht für die Gewährleistung, zumindest bis die technischen Entwicklungen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sechs Monate als zu kurz erscheinen ließen. Selbst wenn man dem ädilizischen Recht anhängt, da es sich über Jahrhunderte bewährt hatte, zeigt die Geschichte, dass die Praxis beim Kauf und die Gesellschaft nach und nach ihr Recht anpassen konnten. Waren für Jahrhunderte Pferde und dem nachgeordnet anderes Vieh von solcher Bedeutung, dass ihretwegen Regeln notwendig waren, sogar sehr exakte und punktgenaue Regeln, so sind nach und nach andere Gegenstände des Alltags in den wirtschaftlichen Mittelpunkt gerückt. Moderne Abhandlungen zur Sachmängelgewährleistung widmen sich dem Gebrauchtwagen und dessen Händler, nicht mehr dem Rosstäuscher, die Prinzipien sind aber die gleichen.

Heutzutage zieht man es vor, die *aequitas*, die zwischen Verkäufer und Käufer herrschen soll, durch positives Recht zu bestimmen, und der Verbraucher ist daran gewohnt. Mit einem Schweigen des Gesetzes und dem Vertrauen darauf, die Praxis werde das richtige Maß finden, glaubt man den Rechtsschutz eines Käufers nicht ausreichend gesichert, vielleicht zu recht, da die Geschäftsbeziehungen komplexer sind als noch auf den Marktplätzen Europas vor einigen Jahrhunderten. Allerdings hat die Fixierung durch positives Recht seinen Preis. Schon hinsichtlich der Niederschrift der *coutumes* ab dem 15. Jahrhundert sind die Wertungen in heutigen französischen Werken leicht negativ. Von Sklerose, Austrocknen der Rechtsquelle,[1] Blockieren, Fixieren wie auf einem Photo und von Tod[2] ist die Rede. Man kann sich fragen, wie in einigen Jahrzehnten diese Rechtsreformen bewertet werden, insbesondere im

[1] Bart S. 122.
[2] Vanderlinden in La Coutume II S. 276.

französischen Recht, in dem die Einschnitte hinsichtlich der Klagefristen tiefer waren. Wie wird das Urteil wohl ausfallen, nachdem die Rechtsprechung einen großen Teil ihres Ermessensspielraums verloren hat?

Noch ein weiteres lässt sich aus der Geschichte lernen: Seit den Römern weiß man, dass eine Fristverlängerung zwangsläufig ökonomische Auswirkungen haben muss, d.h. wenn der Verbraucher in seinen Rechten gestärkt ist, so wird der Verkäufer dies nicht ohne eine entsprechende Vergütung als Kompensierung hinnehmen.

E. Literaturverzeichnis

1. Werke zum Römischen, Griechischen und Byzantinischem Recht und zu den Stammesrechten

(Da einige Werke das Römische Recht im Rahmen von Abhandlungen zum geltenden Recht behandelten, sind Überschneidungen mit Werken zum deutschen oder französischen Recht nicht auszuschließen.)

Accarias — Accarias, C.: Précis de droit romain, 3. Auflage, T. II, *A. Cotillon et Cie*, Paris 1882

Accursius — Accursii Glossa in Codicem, Nachdruck, *ex Officina Erasmiana*, Turin 1968

Arangio-Ruiz — Arangio-Ruiz, Vincenzo: La compravendita in diritto romano, 2. Auflage, *Casa Edditrice Dott. Eugenio Juvene*, Neapel 1954

Azo Lect. — Azo: Azonis Lectura super Codicem, *Officina Erasmiana*, Turin 1966 (Nachdruck der Ausgabe Paris 1577)

Azo Summa — Azo: Summa aurea recens pristinae suae restituta, ac archetypo collata, *Minerva*, Frankfurt a.M. 1968 (unveränderter Nachdruck der Ausgabe Lyon 1557)

Baldus Cod. — Baldi Perusini in quartum et quintum codicis libr. praelectiones, Lyon 1556

Baldus Dig. — Baldi Ubaldi Perusini... commentaria in secundam digesti veteris partem, *Apud Iuntas*, Venedig 1572

Bartolus — Bartoli a Saxoferrato commentaria in II. Partem Digesti veteris, *ex Officiana episcopiana*, Basel 1588

Lectura domini Bartomi de Saxoferrato super prima parte digesti novi, cum additionibus … Alexandri de Ymola, o.O. o.D. (1493/94?)

Bechmann — Bechmann, August: Der Kauf nach gemeinem Recht, Erster Teil: Geschichte des Kaufs im Römischen Recht, *Andreas Deichert*, Erlangen 1876

Beyerle — Beyerle, Konrad: Lex Baiuvariorum, *Max Hueber Verlag*, München 1926

Böcking Brachylogus — Böcking, Eduard: Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis ad fidem quattuor codicum scriptorum et principum editionum emendavit...ineditam incert scriptoris Epitomen iuris civilis medio duodecimo saeculo factam ex codice Tubingensi edidit, *Ferd. Dümmler*, Berlin 1829

Brand — Brand, C.E.: Roman Military Law, *University of Texas Press*, Austin, London 1968

Bruns FIRA — Bruns, Karl Georg: Fontes Iuris Romani Antiqui: Leges et negotia, 7. Auflage, hrsg. v. Gradenwitz, Otto, *I.C.B. Mohr (P. Siebeck)*, Tübingen 1909

Burgmann Burgmann, Ludwig (Hrsg.): Ecloga Basilicorum, *Löwenklau Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1988

Corpel Corpel, Jules: Droit romain: de la Garantie des Défauts cachés en matière de vente (thèse), *Girard & Brière*, Paris 1892

Corps de Droit civil Romain Suppl. 1 Corps de Droit civil Romain en Latin et en Français, Supplément 1: Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine ou collection des fragmens qui nous restent du droit romain, antérieur à Justinien, traduit par Tissot, P.A .; Daubanton, A.G., *Lamort*, Metz 1811, Nachdruck *Scientia Verlag*, Aalen 1979

Cuq Cuq, Eduard: Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 2. Auflage, *Librairie Plon/Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris 1928

Cynus Cyni Pistoriensis ... in Codicem.... commentaria, *Sigmund Feirabendt*, Frankfurt a.M. 1578, Nachdruck *Bottega d'Erasmo*, Turin 1964

Dilcher Dilcher, Hermann: Die Theorie der Leistungsstörung bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, *Vittorio Klostermann*, Frankfurt a.M. 1960

Doelger Doelger, Franz (Hrsg.): Tipoukeitos sive librorum Basilicorum LX summarium, libros XIII-XXIII, *Biblioteca Apostolica Vaticana*, Rom 1929 (= zweiter Band der von Ferrini/Mercati begründeten Ausgabe)

Donadio Donadio, Nunzia: La tutela del compratore tra *actiones aediliciae* e *action empti*, *Giuffrè Editore*, Mailand 2004

Dyck Dyck, Andrew R.: A Commentary on Cicero, De Officiis, *The University of Michigan Press*, Michigan 1996

Eckhardt s. MGH und Werke zum deutschen Recht vor 1900

Endemann Endemann, Friedrich: Römisches Privatrecht, *Walter de Gruyter & Co.*, Berlin, Leipzig 1915

Ferrini/Mercati Suppl. Ferrini, E.C.; Mercati, J.: Basilicorum libri LX vol. VII editionis Heimbachianae supplementum alterum, *Joh. Ambrosius Barth*, Leipzig 1897

FIRA II Fontes iuris romani antejustiniani, pars altera: … libri syro-romani, hrsg. v. Furlani, J., 2. Auflage, *S.A.G. Barbèra*, Florenz 1968

FIRA III Fontes iuris romani antejustiniani, pars tertia: negotia, hrsg. v. Arangio-Ruiz, Vincenzo, 2. Auflage, *S.A.G. Barbèra*, Florenz 1969

Fitting Fitting, Hermann: Über die sogenannte Turiner Institutionenglosse und den sogenannten Brachylogus, Nachdruck, *Libera C N.V. publishers*, Amsterdam 1967

Fitting Irnerius Fitting, Hermann: Summa Codicis des Irnerius, *Guttentag Verlagsbuchhandlung*, Berlin 1894

Fontes minores s. Aufsatzsammlungen..

Freshfield Freshfield, Edwin Hanson: Roman Law in the Later Roman Empire, *Bowes & Bowes*, Cambridges 1932

Giffard Giffard, A.E.: Précis de Droit romain, Tome II: obligations, 2. Auflage, *Dalloz,* Paris 1938

Girard Girard, Paul Frédérique: Manuel élémentaire de droit romain, 8. Auflage, überarbeitet durch Félix Senn, *Arthur Rousseau*, Paris 1929

Gradenwitz Gradenwitz, Otto: Interpolationen in den Pandekten, *Weidmannsche Buchhandlung*, Berlin 1887

Haenel Haenel, Gustav: Lex romana Visigothorum, *B.G. Teubner*, Leipzig 1849

Harmenopoulos Harmenopoulos, Constantin: 'Procheiron Nomon Konstantinou tou Harmenopoulou': Promptuarium iuris, Constantino Harmenopulo authore, Interprete Ioanne Mercero; Dionysii Gothofredi J.C. Paratitla ad singulos Constantini Harmenopuli titulos… , *Guillelmus Laemarius*, s.l. [Genf?] 1587

Haymann Haymann, Franz: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Studien zum klassischen römischen Recht, *Franz Vahlen*, Berlin 1912

Heimbach Heimbach, Gustav Ernst; Heimbach, Carl Wilhelm Ernst: Basilicorum libri LX, T. II, *Joh. Ambrosius Barth*, Leipzig 1840; T. V 1850

Honsell Honsell, Heinrich: Quod interest in Bonae-fidei-iudicium, *C.H.Beck*, München 1969

Hulot Hulot: Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, Tome III, *Behmer&Lamort, Rondonneau*, Paris, Metz 1804

Huvelin Huvelin, Paul: Cour élémentaire de Droit Romain, publié par Raymond Monier, *Recueil Sirey*, Tome I, Paris 1927; Tome II, Paris 1929

Impallomeni Impallomeni, Giambattista: L'editto degli edili curuli, *CEDAM*, Padua 1955

Irnerius s. Fitting Irnerius

Jakab Jakab, Éva: *Praedicere* und *cavere* beim Marktkauf, Sachmängel im griechischen und römischen Recht; Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 87. Heft, *C.H.Beck*, München 1997

Karlowa Karlowa, Otto: Römische Rechtsgeschichte in zwei Bänden, T. II, *Verlag von Veit & Comp.*, Leipzig 1901

Kaser Das Röm. PrivR Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage, *C.H. Beck*, München 1971; Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen, München 1975

Kaser/Hackl Kaser, Max; Hackl, Karl (Bearb.): Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Auflage, *C.H.Beck*, München 1996

Kunkel/Schermaier Kunkel, Wolfgang; Schermaier, Martin: Römische Rechtsgeschichte, 14. Auflage, *Böhlau Verlag*, Köln, Weimar, Wien 2005

Labbé Gloss. Labbé, Charles: Cyrilli, Philoxeni, aliorumque veterum glossaria latino-graeca, & graeco-latina, a Carolo Labbaeo collecta, in & duplicem Alphabeticum ordinem redacta, cum variis emendationibus ex MSS Codd. petitis, Virorumque doctorum castigationibus ac conjectaneis, his accedunt Glossae aliquot aliae Latino-Graecae ex iisdem Codd. MSS… praeterea veteres Glossae verborum Juris, quae passim in Basilicis reperiuntur, ex variis perinde Codd. MSS…, *Ludovicus Billaine*, Paris 1679

Lange RR Lange, Hermann: Römisches Recht im Mittelalter, T. I: Die Glossatoren, *H.C. Beck'sche Verlagsbuchhandlung*, München 1997

Lehmann s. MGH

Lenel Ed. Perp. Lenel, Otto: Das Edictum Perpetuum, 3. Auflage, *Verlag von Bernhard Tauchnitz*, Leipzig 1927

Lenel Pal. Lenel, Otto: Palingenesia iuris civilis, Band I & II, *Verlag von Bernhard Tauchnitz*, Leipzig 1889

Lepointe/Monier Lepointe, G; Monier, Raymond: Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, *Librairie du Recueil Sirey*, Paris 1954

E. Levy Levy, Ernst: Gesammelte Schriften, T. I & II, *Böhlau Verlag*, Köln, Graz 1963

Liebs Liebs, Detlef: Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert), *Duncker & Humblot*, Berlin 2002

Magdelain Magdelain, André: Jus imperium auctoritatis: Etudes de droit romain, *Ecole française de Rome, Palais Farnèse*, Rom 1990

Manna Manna, Lorena: Actio redhibitoira e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis, *Dott. A. Giuffrè Editore*, Mailand 1994

Marculfus (Pithou) Marculfi monachi aliorumque auctorum formulae veteres, hrsg. v. Hieronymus Bignon, und Liber legis salicae, Erstherausgeber François Pithou, H. Bignon, hrsg. v. Theodoricus Bignon, *S. Cramoisy & S. Mabre-Cramoisy*, Paris 1665

May May, Gaston: Eléments de droit romain, 14. Auflage, *Recueil Sirey*, Paris 1922

Maynz — Maynz, Charles: Cours de droit romain, 4. Auflage, T. II, *Bruylant-Christoph & Cie*., Bruxelles 1877

Mazolini — Mazolini, Silvestre: Summae Sylvestrinae quae summa summarum merito nuncupatur, *Petrus Landry*, Lyon 1594

Medicus — Medicus, Dieter: Id quod interest, *Böhlau Verlag*, Köln, Graz 1962

Mercerus — s. Harmenopulos

MGH — Monumenta Germaniae Historica, hrsg. v. Societas aperiendis fontibus rerum Germanicarum

Legum Tomus III: Leges Alamannorum, …, hrsg. v. Pertz, Georg Heinrich, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1863

Legum Tomus V: Leges Saxonum..., hrsg.v. Societas aperiendis fontibus rerum germanicarum medii aevi, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1875-1889

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum, Tomi I: Leges Visigothorum, hrsg. v.Zeumer, Karl, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1902

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum, Tomi II Pars I: Leges Burgundionum, hrsg. v. de Salis, Ludovic Rudolf, Karl August, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1892

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum, Tomi III Pars II: Lex Ribuaria, hrsg. v. Beyerle, Franz; Buchner, Rudolf, Karl August, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1954

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum, Tomi IV Pars I: Pactus Legis Salicae, hrsg. v. Eckhardt, Karl August, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1962

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum, Tomi IV Pars II: Lex Salica, hrsg. v. Eckhardt, Karl August, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1969

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicorum, Tomi V Pars I: Leges Alamanorum, hrsg. v. Lehmann, Karl, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1888

Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicorum, Tomi V Pars II: Lex Baiwariorum, hrsg. v. Schwind, Ernst Frhr. v., *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1926

Legum Sectio V, Formulae: Formulae Merowingici et Karolini aevi, hrsg. v. Zeumer, Karl, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1882

Monier Monier, Raymond: Manuel élémentaire de droit romain, Tome I, *Editions Domat, Montchrestien*, Paris 1945
Tome II, Paris 1940

Monier Vente Monier, Raymond: La Garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, *Recueil Sirey*, Paris 1930

Mouret Mouret, Jules: Des vices cachés ou rédhibitoires dans les ventes de meubles et d'immeubles et dans les autres contrats (thèse), *Lagarde et Sebille*, Toulouse 1893

Odofredus (Cod.) Odofredi iuris utriusque … in primam Codicis partem .. Lyon 1552, Nachdruck *Forni Editore*, Bologna o.J.

Odofredus (Dig.vet.) Odof(f)redi iuris utrisque peritissimi dicae, in Secundam Digesti Veteris Partem praelectiones… Lyon 1552, Nachdruck *Forni Editore*, Bologna o.J.

Olde Kalter Olde Kalter, Antonius Louisius: Dicta et promissa, Diss. Utrecht 1963

Palmer Palmer, Johann Baptist: Scripta anacdota glossatorum, 2. Auflage, T. I: … Rogerii summa codicis, *ex Aedibus Angelus Gandolphi*, Bononiae 1913

Panormitanus s. Tedeschi

Pernice Labeo Pernice, Alfred: Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, erster Band, *Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses*, Halle 1873; dritter Band, erste Abteilung, *Max Niemeyer*, Halle 1892

Peyré Peyré, J.F.A.: Lois des Francs, contenant la Loi Salique et la Loi Ripuaire… avec la traduction en regard et des notes, par J.F.A. Peyré, *Firmin Didot*, Paris 1828

Ponzio s. Rossi

Pringsheim Pringsheim, Fritz: Gesammelte Abhandlungen, T. II, *Carl Winter Universitätsverlag*, Heidelberg 1961

Puchta s. Werke zum deutschen Recht vor 1900

Ritter Ritter, Ioan. Dan.: Codex Theodosianus cum perpetuis commentarius Jacobi Gothofredi … opus posthumum.. studio Antonii Marvillii, T. I *Maur. Georgii Weidmanni*, Leipzig 1736

Rogerius s. Palmer

Rossi Rossi, Guido: La Summa arboris actionum di Ponzio da Ylerda, *Dott. A. Giuffrè*, Mailand 1951

Rozière Rozière, Eugène de: Recueil général des Formules usitées dans l'empire des Francs du Ve au Xe siècle, T. I, *Auguste Durand*, Paris 1859

de Salis s. MGH

Savigny RR im MA Savigny, Friedrich Carl von: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Band 1, 2, 3, vierter Nachdruck der zweiten Auflage von 1834, Band 7 von 1851, *Hermann Gentner Verlag*, Bad Homburg 1961

Scheltema/Holwerda Scheltema, H.J.; Holwerda, D.: Basilicorum libri LX Series B volumen III, Scholia in Libri XV-XX, *J.B. Wolters*, Groningen, Djakarta, *Martinus Nijhoff*, s-Gravenhage 1957

Scheltema/v.d.Wal Scheltema, H.J.; Wal, N. van der: Basilicorum libri LX volumen III, *J.B. Wolters*, Groningen, *Martinus Nijhoff*, s-Gravenhage 1960

Schwind s. MGH

Selb/Kaufhold Selb, Walter; Kaufhold, Hubert: Das Syrisch-Römische Rechtsbuch, in drei Bänden, *Verlag der Österrreichischen Akademie der Wissenschaften*, Wien 2002

Silvestrus s. Mazolini

Sitzia Sitzia, Francesco: Le Rhopai, *Casa editrice dott. Eugenio Jovene*, Neapel 1984

Sohm Sohm, Rodolph: Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 14. Auflage, *Duncker & Humboldt*, Leipzig 1911

Stamm Stamm, Ludwig: Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache, Dissertation Leipzig, *Robert Noske*, Borna-Leipzig 1902

Stanicki Stanicki, Henning: Über die Entwicklung der ädilizischen Sachmängelhaftung, Dissertation der Albert-Ludwig-Universität Freiburg i.Br. 1964, *G. Bauknecht, Dissertations-Druckerei*, München 1964

Surdus Cons. Surdus, Ioannis Petrus: Consiliorum sive responsorum libri quattuor, *Typis Wechelianis apud haeredes Iohannis Aubrii*, Hannover 1616

Surdus Dec. Surdus, Ioannis Petrus: Decisiones, Tomus I, *Haeredes Claudii Marn*, Frankfurt a.M. 1610; Tomus II Frankfurt a.M. 1606

Tedeschi II,2 Tedeschi, Niccolo (Tudeschis, Nicolai de): Panormitanus Secunda in Secundum Decretalium, Lyon 1550

Tedeschi III Tedeschi, Niccolo (Tudeschis, Nicolai de): Panormitanus super tertio decretalium, Lyon 1550

Terrasson s. Werke zum französischen Recht vor 1804

Ubbelohde Ubbelohde, August: Über die Berechnung des tempus utile der honorarischen Temporalklagen, *N.G.Elwert'sche Verlagsbuchhandlung*, Marburg 1891

v.Vangerow s. Werke zum deutschen Recht vor 1900

Watson Watson, Alan: Studies in Roman Private Law, *The Hambledon Press*, London, Rio Grande 1991

Watson Obl. Watson, Alan: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, *Clarendon Press*, Oxford 1965

Weiss Weiss, Egon: Institutionen des römischen Privatrechts, 2. Auflage, *Verlag für Recht und Gesellschaft*, Basel 1949

Wieacker Wieacker, Franz: Römische Rechtsgeschichte, T. I, *C.H.Beck*, München 1988; T. II (hrsg. v. Wolf, Joseph Georg) München 2006

Windscheid (Actio) Windscheid, Bernhard: Die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, *Verlagshandlung von Julius Buddeus*, Düsseldorf 1857

Windscheid s. Werke zum deutschen Recht vor 1900

Wolfram Wolfram, Herwig: The Roman Empire and Its Germanic Peoples, *University of California Press*, Berkeley, Los Angeles, London, 1997 (Übersetzung von: Das Reich und die Germanen; *Wolf Jobst Siedler Verlag*, Berlin 1990)

Zachariä v. Lingenthal Gesch. Zachariä von Lingenthal, Carl Eduard: Geschichte des griechisch-römischen Rechts, Nachdruck der dritten Auflage, mit einem Vorwort von San Nicolo, M. vermehrt, *Scientia Verlag*, Aalen i.Würt. 1955

Zachariä v. Lingenthal Jus Graec. Rom Zachariä von Lingenthal, Carl Eduard: Jus Graeco-Romanum, Pars I: Practica ex actis Eustathii Romani, ex Codice Laurentiano, *T.O. Weigel*, Leipzig 1856

Zachariä v. Lingenthal Suppl. Zachariä von Lingenthal, Carl Eduard: Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae, *Joh. Ambrosius Barth*, Leipzig 1846

Zepos/Zepos II Zepos, J; Zepos, Pan.: Jus graecoromanum: Leges Imperatorum Isaurorum et Macedonum, T. II, *Aedes Georgii Fexis*, Athen 1931

Zepos/Zepos IV Zepos, J; Zepos, Pan.: Jus graecoromanium: Practica ex actis Eustathii Romani, epitome legum, ex editione Zachariä a Lingenthal, T. IV, 2. Auflage, *Scientia* Aalen 1962

Zepos/Zepos V Zepos, J.; Zepos, P.: Jus graecoromanum: Synpsis Basilicorum, ex editione C.E. Zachariä a Lingenthal, T. V, *Aedes Georgii Fexis et Filii*, Athen 1931

Zeumer s. MGH

Zimmermann Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations, *Juta & Co.*, Kapstadt u.a. 1990

Zulueta Zulueta, F. de: The Roman Law of Sale, *The Clarendon Press*, Oxford 1945

2. Werke zum französischen Recht vor 1804

d'Ableiges d'Ableiges, Jacques: Le grand coutumier de France, hrsg. v. Laboulaye, Ed.; Dareste, R., *Aug. Durand & Pedone-Lauriel*, Paris 1868

d'Argentré d'Argentré, Bertrand: Commentarii in patrias Britonum leges, seu consuetudines generales antiquiss. Ducatus Britannia, 7. Auflage, *Iacobus d'Allin*, Paris 1661

Argou Argou, Gabriel: Institution au droit françois, 11. Auflage, erweitert durch A.G. Boucher d'Argis, T. I & II, *Bailly*, Paris 1773 (Nachdruck der 8. Auflage von 1753)

Auroux des Pommiers (1732) Auroux des Pommiers, Matthieu: Coutumes generales et locales du Païs et duché de Bourbonnois…, *Le Breton Fils*, Paris 1732

Auroux des Pommiers (1780) Auroux des Pommiers, Matthieu: Coutumes générales et locales du Pays et Duché de Bourbonnois, avec le commentaire, dans lequel ces coutumes sont expliquées, 2. Auflage, T. I & II, *Dégoutte,* Riom 1780

Automne Automne, Bernard: La Conférence du droict françois, avec le droit romain, Tome I & II, 3. Auflage, *Robert Foüet*, Paris 1629

Avis au peuple Avis au peuple sur l'amélioration de ses terres et la santé de ses bestiaux, *Jean-Joseph Niel;* Avignon 1775 (M. de Lafont bzw. Louis Vitet zugeordnet)

Balduin Balduinus, Franciscus (Bauduin, François): Breves commentarrii in praecipuas Iustiniani Imp. Novellas… idem ad aedilitium edictum, *Seb. Gryphius*, Lyon 1548

Bart Bart, Jean: Histoire de droit privé de la chute de l'Empire Romain au XIX Siècle, *Montchrestien*, Paris 1998

Bart 2002 Bart, Jean: Histoire du droit, 2. Auflage, *Dalloz*, Paris 2002

Basdevant-Gaudemet/Gaudemet: Basdevant-Gaudemet, Brigitte; Gaudemet, Jean: Introduction historique au droit, XIIIe-XXe siècles, 2. Auflage, *L.G.D.J.*, Paris 2003

de Basmaison Pougnet Basmaison Pougnet, Jean de: Paraphrases sur les coustumes du Bas et Hault pays d'Auvergne, … avec les annotations de M. Charles du Moulin, 3. Auflage, *P. Lamy*, Paris & *Bertrand Durand*, Clairmont 1628

Basnage Basnage, Henry: La Coutume reformée du Païs et Duché de Normandie, 2. Auflage, Tome I, *Veuve d'Antoine Maurry, Pierre Ferrand, A. Maurry*, Rouen 1694

Bauduin, Baudouin s. Balduin

Beaumanoir Beaumanoir, Philippe (Biaumanoir; Belmanerus): Les Coutumes de Beauvoisis… et d'autres anciennes Coutumes, le tout tiré des Manuscrits, hrsg. v. Thaumas de la Thaumassiere, Gaspard (in einer Ausgabe mit: Assises et bon usages du Royaume de Jerusalem…par Jean d'Ibelin), *François Toubeau,* Bourges 1690

Begat/Depringle (1652) Begat, Jean; De(s)pringle(s), Jean: La Coustume de Duché de Bourgogne, in 2 Teilen, *Pierre Cusset* (Châlon s. S.), Lyon 1652

Begat/Depringles (1665) Begat, Jean; Depringles, Jean: Coustumes Generales du Pays et Duché de Bourgogne, *Veuve P. Cusset* (Châlon s. S), Lyon 1665

Belleperche s. Ravanis

Belordeau Belordeau, Pierre: Coustumes generalles du Pais et Duché de Bretagne, 2. Auflage, *N. Byon,* Paris 1628

Berault Berault, Iosias: Coustume reformée du Pays et Duché de Normandie, 2. Auflage, *Raphael du Petit Val*, Rouen 1614

Berroyer/de Laurière Berroyer, Claude; Laurière, Eusèbe de: Bibliothèque des Coutumes, *Nicolas Gosselin,* Paris 1699

Blanchard Blanchard, Guillaume: Compilation chronologique contenant un Recueil en abregé des Ordonnances… des Rois de France… depuis l'année 987, in zwei Bänden, *Veuve Moreau,* Paris 1715

Bodin Juris universi distributio Bodin, Jean: Exposé du droit universel, Juris universi distributio, nach der Ausgabe (*Gymnicum*) Köln 1580, übers. v. Jerphagnon, Lucien u.a., *puf,* Paris 1985

Borelli de Serres Borelli de Serres: Notice sur le commerce de la Boucherie de Paris, *de & Baudry, Guillaumin,* Paris 1851

Bornier Bornier, Philippe: Conférences des Ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, avec les anciennes ordonnances du Royaume, le droit écrit & les arrêts, nouvelle édition [6. Auflage], Tome I&II, *Les Associés,* Paris 1729

Bouchel Bouchel, Laurent: Les Coustumes générales des Baillages de Senlis, comté de Clermont en Beauvoisis, & Duché de Vallois, neue Auflage, *Rolet Boutonné*, Paris 1631

Bouhier Bouhier, Jean: Les Coutumes du Duché de Bourgogne, Tome I, *A.J.B.Augé*, Dijon 1742

Bouineau/Roux Bouineau, Jacques : 200 ans de Code civil, erster Teil von Bouineau, ab 20. Jahrhundert von Roux, *adpf*, Paris 2004

Boulet Boulet, Marguerite: Questiones Johannis Galli, *E. de Boccard*, Paris 1944

Boullenois Boullenois, Louis: Traité de la Personnalité, et de la réalité des loix, coutumes, ou statuts, par forme d'observations, Tome I & II, *Guillaume Desprez*, Paris 1766

Bourdot de Richebourg Bourdot de Richebourg, Charles A.: Nouveau Coutumier Général ou Corps des coutumes générales et particulières de France et des Provinces connues sous le nom des Gaules, ... T. I –IV, *Michel Brunet*, Paris 1724

Bourjon (1747) Bourjon, François: Le droit commun de la France et la coutume de Paris, T. I & II, *Grangé, Rouy*, Paris 1747

Bourjon (1770) Bourjon, François: Le droit commun de la France et la coutume de Paris, T. I & II, *Grangé, Cellot*, Paris 1770

Boutaric Boutaric, François de: Les Instituts de Justinien conferés avec le droit françois, *Gaspard Henault; Jean-François Forest*, Toulouse 1738

Bouteiller Bouteiller, Jehan: Le Grand Coustumier et Praticque de Droict civil et canon observé en France, Edition nouvelle, illustree de Commentaires… par L(ouis) Charondas le Caron, *Nicolas Buon*, Paris 1621
(stimmt in der Seitenzählung und inhaltlich überein mit der Ausgabe *Barthelemy Macé*, Paris 1603)

Brillon Brillon, Pierre-Jacques: Dictionnaire civil et canonique, contenant les Etimologies, Définitions, Divisions & Principes du Droit François, Conferé avec le Droit Romain: et de la Pratique, accommodée aux nouvelles Ordonnances, *Besoigne/Bobin*, Paris 1688

Brodeau Brodeau, Julien: Commentaire sur la Coustume de la Prevosté et Vicomté de Paris, Tome I & II, (im Anhang die Décisions Jean Des-Mares) *Denis Bechet & Louis Billaine*, Paris 1658

Brodeau 1669 Brodeau, Julien: Commentaire sur la Coustume de la Prevosté et Vicomté de Paris, T. I & II, ergänzte Auflage, *Denys Bechet*, Paris 1669

Brun-Lavainne Brun-Lavainne, Élie-Benjamin-Joseph: Roisin: Franchises, Lois & coutumes de la ville de Lille. Ancien Manuscrit, ... publié avec des Notes et un glossaire, *Vanackere, Colomb de Batines*, Lille, Paris, 1842

Cambacérès Projet 1793 Projet de Code Civil, présenté à la Convention nationale, Le 9 aôut 1793, l'an II[e] de la République francaise, au nom du Comité de Législation, par le Citoyen Cambacérès, Paris 1793

Cambacérès Projet 1794 Rapport sur le Code civil, fait au nom du Comité de Legislation, dans la séance du 23. Fructidor, an IIe de la République française une & indivisible, par Cambacérès, deputé du département de l'Herault, Paris l'an IIe

Cambacérès Projet 1796 Projet de Code civil, présenté au Conseil des Cinq-Cents, au nom de la Commission de la Classification des Lois, par Cambacérès, Deputé par le département de l'Herault, *Garnery*, Paris an Ve, unveränderter Nachdruck: *Topos Verlag AG,* Vaduz Liechtenstein, *E. Duchemin,* Paris 1977

Catellan Catellan, Jean de: Arrests remarquables du Parlement de Toulouse, … neue Auflage, korrigiert durch Catellan, François de, *Caranove*, Toulouse 1730

Chabert/Flandrin/Huzard (1791) Chabert; Flandrin; Huzard, J.B.: Instructions et observations sur les maladies des animaux domestiques, avec les moyens de les guerir, de les préserver, de les conserver en santé, de les multiplier, de les élever avec avantage… *Veuve Vallat-la-Chapelle*, Paris 1791

Chabert/Flandrin/Huzard (1809) Chabert; Flandrin; Huzard, J.B.: Instructions et observations sur les maladies des animaux domestiques, 4. Auflage, in sechs Bänden, *Mme Huzard*, Paris 1809

Chabrol Chabrol, (Conseiller d'Etat): Coutumes Générales et Locales de la Province d'Auvergne, avec les notes de .. Charles du Moulin, Toussaint Chauvelin, Julien Brodeau & Jean-Marie Ricard, Tome II, *Dégoutte*, Riom 1784

Champy Champy, M.J.: Coustumes du Bailliage de Meaux et anciens Ressorts d'iceluy, 2. Auflage, *Chrystophe Iournel*, Paris 1682

Charondas le Caron Cout. Charondas le Caron, Louis: Coustume de la Ville, Prevosté et Vicomté de Paris ou droict civil Parisien, *Estienne Richer*, Paris 1637

Charondas le Caron Pand. Charondas le Caron, Louis: Pandectes ou Digestes du Droit François, neue Auflage, *Estienne Richer*, Paris 1637

Choppin (1614) Choppin, René: Commentaire sur les Coustumes de la Prevosté et Vicomté de Paris, ... traduit ... sur la derniere empression de l'an 1603, *Michel Sonnius*, Paris 1614

Choppin (1662) Choppin, René: Commentaire sur les Coustumes de la Prevosté et Vicomté de Paris, ... revue & corrigé en cette derniere Edition plus exactement que dans l'impression de mil six cens trente-quatre, *Edme Couterot*, Paris 1662

Choppin Anjou Choppin, René: Commentaires sur la coutume d'Aniou, divisé en trois livres, *Estienne Richer*, Paris 1635

Cochin Cochin, Henry: Oeuvres de feu Mr. Cochin, Ecuyer, ... Tome I, *De Nully*, Paris 1751, Tome IV, *De Nully*, Paris 1753

Collet Collet, Philibert: Explication des Statuts, Coutumes et Usages Observés dans la Province de Bresse, Bugey, Valromay, et Gex, *Claude Carteron*, Lyon 1698

Connan Connanus, Franciscus: Commentarius iuris civilis, *jacob Kerver*, Paris 1553

Coquille Coquille, Guy: Les Oeuvres de Maistre Guy Coquille, ... contenant plusieurs traitez touchant les Libertez de l'Eglise Gallicane, l'Histoire de France & le Droit François, Tome I & II, *Claude Labottiere*, Bordeaux 1703

Coquille (1666) Coquille, Guy: Les Oeuvres de Maistre Guy Coquille, ... contenant plusieurs traitez touchant les Libertez de l'Eglise Gallicane, l'Histoire de France & le Droit François, Tome II, *Charles de Sercy*, Paris 1666

Cujaz Jacobi Cujacii JC praestantissimi opera omnia in decem tomos distributa quibus continetur tam Priora, sive quae ipse superstes edi curavit; quam posteriora, sive quae post obitum eius edita sunt; iam a Carolo Annibale Fabroto JC disposita, Tome I-X, *Moriana apud Vincentium Pauria*, Neapel 1758

Coutume St. Sever s. Werke zum französischen Recht nach 1804: Maréchal/Poumarède

Coutumier Bourguignon s. Werke zum französischen Recht nach 1804: Petitjean/Marchand/Metman

Delamare Delamare, Nicolas (La Mare, Nicolas de): Traité de la Police, l'histoire de son etablissement, les fonctions et les prerogatives de ses magistrats, toutes les loix et tous les reglemens qui la concernent, avec un recueil de tous les statuts et reglemens des six corps des marchands & de toutes les Communautez des Arts & Mêtiers, in vier Bänden, *Michel Brunet*, Paris 1713

Dénisart Actes Dénisart, J.B.: Actes de notorité donnés au Châtelet de Paris, *Savoye, Le Clerc*, Paris 1759

Dénisart Coll. Dénisart, J.B.: Collection de Décisions nouvelles et de notions relatives à la Jurisprudence actuelle, neunte Auflage, T. I-IV, *Veuve Desaint*, Paris 1777

Derrer Derrer, Felix: Lo Codi, eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert, Dissertation Zürich 1974

Devolant Devolant, Paul: Recueil d'arrests rendus au Parlement de Bretagne ... avec un recueil des actes de notoriété, *Nicolas Devaux*, Rennes 1722

van Dievoet van Dievoet, Guido: Typologie des Sources du Moyen Âge occidental, Fasc. 48: Les coutumiers, les styles, les formulaires et les « artes notariae », *Brepols*, Turnhout 1986

Domat (Remy) Œuvres complètes de J. Domat, nouvelle édition, revue, corrigée et précédée d'une notice historique sur Domat (…) par Joseph Remy, Paris 1835

Donellus Donellus, Hugo (Doneau, Hugues): Opera omnia, T. X, *Ad Signum Clius*, Florenz 1847

Drot Drot, Eugène: Le réglement de la boucherie & des bouchers de Joigny (1415-1450), *Ch. Milon*, Auxerre 1903

Duaren Duaren, François: Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, *Heredes Andreae Wecheli*, Frankfurt 1592

Dumoulin Dumoulin, Charles: Caroli Molinaei Franciae et Germaniae celeberrimi Jurisconsulti… omnia quae extant opera, T. I, II, III, *Antonius Dezallier*, Paris 1681

Dunod de Charnage Dunod de Charnage, F.I.: Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église, et des dixmes, suivant les droits civils et canon, la jurisprudence du Royaume, & les usages du Comté de Bourgogne, vierte Auflage, *Briasson*, Paris 1786

Duplessis Duplessis, Claude: Traité … sur la Coutume de Paris, 3. Auflage, *Nicolas Gosselin*, Paris 1709

Durand Durand, D. Guillaume: Speculum Juris, Hrsg. v. Alexander de Nevus, Tome I & II (à 2 Teile), *Typis Wechelanis apud haeredes Ioannis Aubrii*, Frankfurt 1612

Duret Duret, Jean: Commentaires aux coustumes du duché de Bourbonnois, rapportées aux mœurs & observances des pays de Bourgogne, Berry, Auvergne, la Marche, Nivernois, & autres peu plus eslongnez…, *Benoist Rigaud*, Lyon 1585

Encyclopédie Diderot Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers, mis en ordre & publié par M. Diderot, & (...) par M. D'Alembert. Nouvelle Edition, Tome IX, Tome XV, *Pellet*, Genf 1777
Tome XXVIII s.o. Genf 1778

Faber Faber, Antonius: Rationalia in Pandectas, Tome V (= Tome III Rationalium in tertiam partem Pandectarum), neue Ausgabe, *Ph. Borde, L. Arnaud, P. Borde, G. Barbier*, Lyon 1663

Favre s. Faber

Feenstra Feenstra, Robert: Le droit savant au moyen âge et sa vulgarisation, *Ashgate, Variorum*, Aldershot, Burlington USA, Sydney, Singapur 1986, Nachdruck 2001

Fenet Fenet, A.: Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 14, *Au Dépôt*, Paris 1827

de Ferrière Corps 1685 Ferrière, Claude de: Corps et Compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris, Tome I-III, *Denys Thierry*, Paris 1685

de Ferrière Corps 1692 Ferrière, Claude de: Corps et Compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris, Tome I-III, *Denys Thierry & Augustin Besoigne*, Paris 1692

de Ferrière Dict. Ferrière, Claude-Joseph: Dictionnaire de Droit et de Pratique, 2. Auflage, Tome I, *Brunet*, 1740

de Ferrière Intro. Ferrière, Claude de: Introduction à la pratique, contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume, *Jean Cochart*, Paris 1679

de Ferrière Nouv. Cout. Ferrière, Claude de: Nouveau Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, ...augmenté par M. Sauvan d'Aramon, neue Auflage, Tome I&II, *J.Sulpice Grabit*, Lyon 1779

de Ferrière Nouv. Intro. Ferrière, Claude-Joseph de: Nouvelle Introduction à la pratique, contenant l'explication des principaux termes de pratique et de coutume, Tome I&II, *Michel Brunet*, Paris 1737

Filhol Filhol, René: Le vieux coustumier de Poictou, *Editions Tardy*, Bourges 1956

Fitting Codi Fitting, Hermann: Lo Codi in der lateinsichen Übersetzung des Ricardus Pisanus, *Verlag von Max Niemeyer*, Halle /S. 1906

Flach Flach, Jacques: Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge, *Georg Olms Verlag*, Hildesheim, Zürich, New York 1985: Nachdurck der Ausgabe: *L. Larose & Forcel*, Paris 1890

de Fontaines Fontaines, Pierre de: Le Conseil de Pierre de Fontaine ou Traité de l'ancienne Jurisprudence française, publiée d'après un Manuscrit du XIIIe siècle avec notes explicatives… par A.J. Marnier, *Durand, Joubert*, Paris 1846

Fontanon Fontanon, Antoine: Les Edicts et Ordonnances des Rois de France depuis Louys VI, dit le Gros iusques à present, neue Auflage, T. 1-4, Paris 1611

Frerot/Brisson Frerot, Nicolas; Brisson, Barnabé: Les Basiliques, ou Edits et Ordonnances des Rois de France, selon la dernière Coppie et Mémoires de feu Messire Barnabé Brisson …, *Robert Fouet*, Paris 1611

Gin s. Werke zum französischen Recht nach 1804

Godefroy Godefroy, Jacques: Commentaires sur la Coustume reformée du Pays et Duché de Normandie, anciens ressors & enclaves d'iceluy, in zwei Bänden, *Iean Osmont*, Rouen 1626

D. Gothofredus Cod. (1612) Gothofredus, Dionysius: Codicis sacramentissimi D.N. Imperat. Justiniani… Libri XII, cum Accursii Commentariis, quibus Antonii Contii & aliorum clarissimorum I.C. adiunctae sunt Lucubrationes, erneuerte Auflage, *St. Gamonetus*, Coloniae Allobrogorum 1612

D. Gothofredus Cod. (1652) Gothofredus, Dionysius: Codicis Justinianu D.N. sanctissimi principis pp. Augusti repetitae praelectionis Libri XII notis Dionysii Gothofredi I.C. illustrati, erweiterte Auflage, *Laurentius Anisson*, Lyon 1652

D. Gothofredus Dig. (1652) Gothofredus, Dionysius: Corpus Juris Civilis in IV Partes distinctum … in hac postrema Lugdunensi editione Pandectae purissimae sunt.. *Laurentius Anisson*, Lyon 1652

Gouron Gouron, André: Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles, *Variorum*, Aldershot, Brookfield 1993

Gouron Pion. Gouron, André: Pionniers du droit occidental au Moyen-Âge, *Ashgate, Variorum*, Aldershot, Burlington 2006

Grinberg Grinberg, Martine: Ecrire les coutumes: Les droits seigneuriaux en France, *puf*, Paris 2006

Guenoys Guenoys, Pierre: La Conférence des coustumes tant générales, que locales et particulières du Royaume de France, .. avec une briefve explication tirée des Loix Romaines ou Canoniques, Anciens Docteurs & Modernes, Ensemble des Ordonnances & Arrests des Cours Souveraines…, *Guillaume Chaudiere*, Paris 1596

Guenoys/Charondas le Caron Guenoys, Pierre; Charondas le Caron, Louis: La Conference des Ordonnacnes Royaux… continuée iusques en l'Année 1606, *Pierre Chevalier*, Paris 1606

Guyot Guyot, Pierre –J. J. G. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Tome X & XV, *Panckoucke*, Paris 1777; Tome LII, *Panckoucke, Visse*, 1782; Tome LVIII 1783

Halpérin Halpérin, Jean-Louis: Histoire du droit privé français depuis 1804, *Quadrige, puf*, Paris 2001

Halpérin Cod. Halpérin, Jean-Louis: Le Code civil, *Dalloz*, Paris 2003

Halpérin Imp. Halpérin, Jean-Louis: L'impossible Code civil, *puf*, Paris 1992

Halpérin Eur. Halpérin, Jean-Louis: Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours, *Flammarion*, Paris 2004

Hevin Hevin, Pierre: Consultations et observations sur la Coûtume de Bretagne, *Guillaume Vatar*, Rennes 1729

Imbert Ench. Imbert, Jean: Enchiridion iuris scripti Galliae moribus et consuetudine frequentiore usitati, itemque abrogati… , *Antonius Vincentius*, Lyon 1556

Imbert Ench. (frz.) Imbert, Jean: Enchiridion ou Manuel de Ian (!) Imbert, contenant un brief recueil tant du droit escrit gardé & observé en France, que du droit abrogé ou aboly par coutumes, erweiterte Auflage, *Iean Temporal*, Lyon 1559

Imbert Inst. Imbert, Jean: Institutionum forensium, Galliae, penè totius, quae moribus regitur, communium, libri quattuor, *Seb. Gryphius*, Lyon 1546

Imbert Inst. (frz.) Imbert, Jean: Les Quarte Livres des Institutions Forenses, *Benoist Rigaud*, Lyon 1571

Imbert Inst. extr. (frz.) Imbert, Jean: Les Institutes de pratique en matiere civile er criminelle, briefvement extraictes en François des quatre livres de Iean Imbert, *Benoist Rigaud*, Lyon 1597

Isambert/Jourdan/Decrusy Isambert; Jourdan, Ath.; Decrusy: Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la revolution de 1789, *Belin-le-Prieur, Verdière*, Paris 1822-1833

Journal du Palais Journal du Palais: jurisprudence de la cour de cassation et des cours royales, sur l'application de tous les codes français aux questions douteuses et difficiles, hrsg. v. Bourgois, neue korrigierte Auflage, *Bureau du Journal du Palais, Guiraudet et Gallay*, Paris 1823-1827

de Jouy Jouy, Lous-François de: Supplement auc Loix Civiles dans leur ordre naturel, *Knapen, Saugrain*, Paris 1756

Julien Julien, Jean-Joseph: Nouveau Commentaire sur les Statuts de Provence, Tome I & II, *Esprit David*, Aix 1778

Klimrath Klimrath, Henri: Travaux sur l'histoire du droit français, hrsg. v. Warnkoenig, L.A., 2 Bände, *Joubert, Levrault*, Paris, Strasbourg 1843

de Lamoignon de Lamoignon, Guillemus: Recueil des arrêtés, nouvelle édition, *Merlin*, Paris 1777

Lange 1719 Lange, François: La Nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale ou Le Nouveau Praticien François, 12. Auflage, Tome I, *Breton*, Paris

Lange 1755 Lange, François: Pratique civile, criminelle et bénéficiale ou Le Nouveau Praticien François, 15. Auflage, Tome I, *Durand*, Paris 1755

Laurent/Merlin-Chazelas/… Laurent, Jean-Paul; Merlin-Chazelas, Anne; Malbezin-Dufour, Annie; Tyl-Labory, Gilette: Ordonnances des Rois de France, Règne François I, Tome IX, *Editions du CNRS* , Paris 1992

de Laurière Gloss. Laurière, Eusèbe de: Glossaire du Droit François, contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances de nos Roys, dans les coustumes du Royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres, Tome I, *Jean et Michek Guignard,* Paris 1704

de Laurière u. a. Ord. Laurière, de: Ordonnances des Roys de France de la troisième race, in 23 Bänden, fortgeführt durch Secousse, de Bréquigny, Pardessus, *Imprimérie royale*, Paris 1723-1849

Lebrun s. Werke zum französischen Recht nach 1804

Legendre Legendre, Pierre: Ecrits juridiques du Moyen Âge occidental, *Variorum Reprints*, London 1988

Le Grand Le Grand, Louis: Coutume du baillage de Troyes avec les Commentaires de Me Louis le Grand.. dans lesquels il a conferé le Droit Romain avec le Droit Coutumier...(in 2 Teilen), 3. Auflage, *Montalant*, Paris 1715

Le livre des droiz Le livre des droiz et commandemens d'office de justice, hrsg. v. C.J. Beautemps-Beaupré, T.I&II, *A.Durand*, Paris 1865

Li Livres Li Livres de Jostice et de Plet, zus.gest. v. Chabaille, Polycarpe, hrsg. v. Rapetti, Pierre Nicolas, *Typographie de Firmin Didot Frères*, Paris 1850

Locré Locré (le baron): Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des Codes français, T. VII, *Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier,* Bruxelles 1836, Nachdruck *Antiquariat & Verlag Keip GmbH*, Frankfurt a.M. 1990

Loisel 1637 Loisel, Antoine: Institutes coustumieres ou Manuel de plusieurs et diverses Reigles, Sentences, & Proverbes... *Henry le Gras,* Paris 1637

Loisel 1710 Loisel, Antoine: Institutes coutumières... avec des notes nouvelles par Me Eusèbe de Laurière, Tome I & II, *Gosselin*, Paris 1710

Loisel Memoires Loisel, Antoine: Memoires des Pays, Villes, Comté et Comtes, Evesché et Evesques, Pairrie, Commune, et Personnes de renom de Beauvais et Beauvaisis, *Samuel Thiboust*, Paris 1617

Loyseau Les Œuvres de Maistre Charles Loyseau, neue Auflage, *Thomas Moette*, Paris 1678

Maichin Maichin, Armand: Commentaires sur le Coûtume de St. Jean d'Angely, zweite Auflage, *Theodore Delpech*, Saintes 1708

Maillart Maillart, Adrien: Coutumes générales d'Artois avec des notes, 2. Auflage, (2 vol. in 1), *Jean Rouy*, Paris 1739

Maréchal/Poumarède Maréchal, Michel; Poumarède, Jacques: La Coutume de Saint-Sever (1380-1480), *C.T.H.S.*, Paris 1988

Martin Martin, Xavier: Mythologie du Code Napoléon, aux soubassements de la France moderne, *D.M.Morin*, Bouère 2003

Masuer Masuer, Jean: Practica forensis, *joannis Roigny*, Paris 1548

Masuer (Fontanon) Masuer, Jean: La Practique de Masuer, ancien iurisconsulte, et practicien de France, Mise en François, par Antoine Fontanon, 7. Auflage, *Iean Poyet*, Lyon 1610

Mauduit Mauduit, Jean: Nouveau Commentaire sur la Coutume du Pays et Duché de Berry, avec les notes de Charles Dumoulin, *Claude de Cramoysi*, Paris 1624

Mornac Antonii Mornacii in Senatu Parisiensi Patroni Observationes in viginti quatuor priores Libros Digestorum ad usum Fori Gallici, Nova editio locupletior et auctior, Tomus primus, Paris 1721

Mornac 1631 Antonii Mornacii in Senatu Paris. Patroni, Observationes in XXIV. Libros Digestorum, et in IV.Libros COdicis; ad Usum Fori Gallici, Paris 1631

Née de la Rochelle Née de la Rochelle, Jean-Baptiste: Commentaires sur la Coutume du Baillage et Comté d'Auxerre, *Claude Jean Baptiste Bauche, Pierre Guillaume Simon, Laurent d'Houry*, Paris 1748

Olive du Mesnil Olive, Simon de (auch: Dolive), Sieur du Mesnil: Questions notables du droit, decidées par divers arrests de la Cour de Parlement de Toulouse, neue, durch den Autor erweiterte Auflage, *Jean-Dominique Camusat*, Toulouse 1682

Olivier-Martin Olivier-Martin, François Jean Marie: Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, T. I, Nachdruck der Ausgabe von 1922, *Cujas*, Paris 1972

Ordonnances des Roys de France s. de Laurière

Ordonnances des Rois de France: Règne de François I s. Laurent/Merlin-Chazelas/…

d'Orival Orival, Claude-François de: Commentaire sur les usages et coûtumes de Besançon, *Claude Rochet*, Besançon 1721

Pape Pape, Guy (auch: de la Pape): La Jurisprudence de célébre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, ... par Nicolas Chorier, *Veuve A. Giroud*, Grenoble, *Saillant et Nyon*, Paris 1769

Parmentier Parmentier, A.: Les Métiers et leur Histoire, *Armand Colin*, Paris 1908

Patou Patou, François: Commentaire sur les Coutumes de la Ville de Lille et sa Châtellenie et Conférences de ces coutumes avec celles voisines et le droit commun, *Dumortier*, Tome I & II Lille 1788; Tome III Lille 1790

Perard Perard, Estienne: Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne, … pour iustifier l'Origine des Famille les plus illustres, & pour instruire des anciennses Loix, Coustumes & Privileges des Villes de la Bourgogne, *Claude Cramoisy*, Paris 1664

Perret Perret, Claude: Observations sur les usages des Provinces de Bresse, Bugey, Valromey et Gex et sur plusieurs Matières Féodales, *Louis Nicolas Frantin*, Dijon 1771; Tome II Dijon 1782

Pesnelle Pesnelle (Avocat au Parlement): Coutume de Normandie, … avec les Observations de M. Roupnel de Chenilly, Tome I & II, 4. Auflage, *Richard Lallemant*, Rouen 1771

Petitjean/Marchand/Metman Petitjean, Michel; Marchand, Marie-Louise; Metman, Josette: Le Coutumier Bourguignon glosé (Fin du XIVe siècle), *CNRS*, Paris 1982

Pihan de la Forest Pihan de la Forest, Paul François: Esprit des coutumes du baillage de Senlis, et les textes… *Butard*, Paris 1771

Pithou Pithou, Pierre: Les Coustumes du Baillage de Troyes en Champaigne avec quelques annotations sur icelles, *Abel l'Angelier*, Paris 1600

Pithou (Cod.) Pithou, Pierre & François: Petri et Francisci Pithoei Jurisconsultorum observationes ad Codicem et Novellas Justiniani Imperatoris per Julianam translatas, *Typographia Regia*, Paris 1689

d.l.Poix d. Freminville de la Poix de Freminville, Edme: Dictionnaire ou Traité de la Police générale des villes, Bourgs, Paroisses, er seigneuries des la campagne, nouvelle édition, Paris 1771

Placentin (Cod.) Placentinus: Summa Codicis, hrsg. v. Calasso, Francesco, *Bottega d'Erasmus*, Turin 1962

Pothier Pothier, Robert Joseph: Oeuvres de Pothier, Tome III, neue Auflage, *Chanson*, Paris 1821

Pothier Cout. Pothier, Robert Joseph: Coutumes des Duché, Baillage et Prévôté d'Orléans, neue Auflage, *Debure l'ainé, Veuve Rouzeau-Montaut*, Paris, Orléans 1780

Pothier Pand. Pothier, Robert- Joseph: Pandectae Justinineae, in novem ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, 4. Auflage, T.I-III, *Belin-Leprieur*, Paris 1818

Poullain du Parc Poullain du Parc, Augustin Marie: Principes du Droit François suivant les maximes de Bretagne, Tome I, *François Vatar*, Rennes 1767 Tome IV 1769; Tome IX & X 1770

Poullain du Parc Cout. Poullain du Parc, Augustin Marie: La Coutume et la Jurisprudence coutumiere de Bretagne, dans leur ordre naturel, *Guillaume Vatar*, Rennes 1759

Poullain du Parc Journ. Poullain du Parc, Augustin Marie: Journal des Audiences et Arrets du Parlement de Bretagne, Tome III, *Vatar*, Rennes 1763

Rapetti s. Li Livres

Ravanis Ravanis, Jakobus de: „Bella Perthica, Petrus de": Super IX libros Codicis, *P. Gromosus*, Paris 1569 (unveränderter Nachdruck *Minerva G.m.b.H.*, Frankfurt 1968

Revel Revel, Charles: L'Usage des Pays de Bresse, Bugey, Valromey et Gex, leurs Statuts, Stil et Edits, divisé en deux Parties, neue Auflage, *Joseph Ravoux*, Bourg-en-Bresse 1729

Ricard Ricard, Jean-Marie: Traité des donations entre-vifs et testamentaires avec la Coutume d'Amiens commentée, Tome I, *Rollin*, Paris 1754

Richelet Nouv. Dict. frç Richelet, Pierre: Nouveau Dictionaire François, Tome I & II, *G. de Tournes, Cramer, Perachon, Ritter & S. de Tournes*, Genf 1710

Roisin s. Brun-Lavainne

du Rousseaud de la Combe Rousseaud de la Combe, Guy du: Recueil de Jurisprudence civile du pays de droit ecrit et coutumier par ordre alphabetique, 5. erweiterte Auflage, *Nyon Fils*, Paris 1769

Saint-Vast Saint-Vast, Louis Olivier: Commentaire sur les Coutumes du Maine et d'Anjou ou Extrait raisonné des Autorités, Edits & Déclarations, Arrêts & Réglemens..., Tome IV, *J.Z. Malassis*, Alençon 1779

Sauvageau Sauvageau, Michel: Coustume de Bretagne (Tome I) & La très-ancienne Coustume de Bretaigne (Tome II), *Jacques Marechal*, Nantes 1710

Serpillon Serpillon, François: Code civil ou Commentaire sur l'Ordonnance du mois d'Avril 1667, *Pierre-Marie Delaguette*, Paris 1776

Serres Serres, Claude: Les Institutions du Droit François, suivant l'ordre de celles de Justinien, *Veuve Cavelier*, Paris 1753

Soulatges/Olive du Mesnil Olive , Simon de (auch: Dolive), Sieur du Mesnil: Observations sur les questions notables du Droit, décidées par divers Arrêts du Parlement de Toulouse, enrichies …par M. Soulatges, [Jean-Antoine], *Joseph Robert*, Toulouse 1784

Terrasson Terrasson, Antoine: Histoire de la Jurirsprudence Romaine,... pour servir d'Introduction à l'étude du Coprs de Droit Civil, à la lecture des Commentateurs du Droit Romain, & à l'Ouvrage intitulé Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, *Michel-Etienne David Père*, Paris 1750

Tronçon Tronçon, Iean: Le Droict François et coustume de la Prevosté & Vicomté de Paris, ou il est fait rapport du droict romain, & ordonnances de nos Rois… avec les Arrests donnez en interpretation… , 4. Auflage, *Guillaume de Luyne & Iean Guinard*, Paris 1664

Vedel/Catellan Vedel, Gabriel de: Observations sur les arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, recuëillis par Messire Jean de Catellan, neue Ausgabe, *Caranove*, Toulouse 1747

Vincent (Dumoulin) Vincent, Barthelemi: Le Coustumier du Pays et Duché de Bourbonnois, ... corrigé & annoté de plusieurs decisions & arrests, par M. Charles du Molin, *Jean Marcorelle*, Lyon 1572

de Villers/de Pringles/ Guillaume de Villers, Philipes; de Pringles, Jean, Guillaume, Jean: La Coutume du Duché de Bourgogne, *Antoine de Fay*, Dijon 1717

Viollet Viollet, Paul: Les Etablissements de Saint Louis, *Renouard/Loones*, Paris 1881 (Tome I & II), 1883 (Tome III), 1886 (Tome IV)

3. Werke zum französischen Recht nach 1804

Antonmattei/Raynard Antonmattei, Paul-Henri; Raynard, Jacques: Droit civil: Contrats speciaux, 4. Auflage, *Litec*, Paris 2004

Ardant Ardant, Isaac-Philibert: Projet de Code rurale et de Code forestier, Paris 1819

Aubry/Rau Aubry; Rau: Cours de droit civil français, par C.S. Zachariae, traduit de l'allemand sur la cinquième édition (1839) et revu et augmenté avec l'agrément de son auteur, 2. Auflage, T. I, *Meline, Cans et Comp.*, Bruxelles, Livourne, Leipzig 1850

Beaune Contrats Beaune, Henri: Droit coutumier français: Les contrats, *Delhomme & Briguet* u.a. Paris, Lyon 1889

Bloch/Wartburg Bloch, Oscar; Wartburg, Walther von: Dictionnaire étymologique de la langue française, 6. Auflage, *puf*, Paris 1975

Chabert/Flandrin/Huzard (1809) s. Werke zum französischen Recht vor 1804

Clain-Stefanelli Clain-Stefanelli, Elvira E. und Vladimir: Monnaies européennes et monnaies coloniales américaines entre 1450 et 1789, *Bibliothèque des Arts*, Paris 1978

Collart Dutilleul/Magois Collart Dutilleul, François; Magois, Bernard: Acheter ou vendre un bien immobilier, 2. Auflage, *Delmas*, Paris 2002

Collart Dutilleul/Delebecque Collart Dutilleul, François; Delebecque, Philippe: Contrats civils et commerciaux, 7. Auflage, *Dalloz*, Paris 2002.

Dalloz Jpdc générale du Royaume Jurisprudence générale du Royaume, ou Répertoire Méthodique de la Législation et de la jurisprudence modernes, hrsg.v. Dalloz u.a., Tome 12, *Bureau de la jurisprudence générale du Royaume*, Paris 1830.

Dalloz Rép. Jurisprudence générale du Royaume: Répertoire … de Législation de Doctrine et de Jurisprudence, nouvelle édition, par D. Dalloz ainé, Tome 6, *Bureau de la jurisprudence générale du Royaume*, Paris 1847; Tome 44, 1 Paris 1863

Dalloz Suppl. Jurisprudence générale de MM. Dalloz: Les Codes annotés, Supplément au Code civil par Edouard Dalloz fils et Charles Vergé, *Bureau de la jurisprudence générale*, Paris 1890

Delvincourt 1813 Delvincourt, Claude-Etienne: Cours de Code Napoléon, T. II, *Gueffier*, Paris 1813

Delvincourt 1824 Delvincourt, Claude-Etienne: Cours de Code civil, T. II & III, *Delestre-Boulage*, Paris 1824

Dubouchet Dubouchet, Paul: La pensée juridique avant et après le Code civil, *L'Hermes*, 4. Auflage, Paris 1998

Duranton Duranton, Alexandre: Cour de Droit français suivant le Code civil, 4. Auflage, *Thorel, Guilbert*, Paris 1844

Duvergier Duvergier, J.B.: Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, articles 1582 et suivans, Tome I, *Jules Renouard*, Paris 1835 (= Fortsetzung des Werkes C.B.M. Toullier mit gleichem Titel, Tome 16)

Galisset & Mignon Galisset, Ch. M; Mignon, J.: Nouveau Traité des vices rédhibitoires et de la garantie dans les ventes et échanges d'animaux domestiques, 3. Auflage, *Baillière & Fils*, Paris 1864

Gilissen Gilissen, John: Typologie des Sources du Moyen Âge occidental, dir. L. Genicot, Fasc. 41: La Coutume, *Brepols*, Tournhout 1982

Gin Gin, Pierre Louis Claude: Analyse raisonnée du droit français, par la comparaison des dispositions des lois romaines, de celles de la coutume de Paris, et du nouveau Code des Français, Tome I, *Garnery*, Paris 1803; Tome IV Paris 1804

Giraud Giraud, Charles: Précis de l'ancien droit coutumier français, 2. Auflage, *Cotillon*, Paris 1875

Hilaire Hilaire, Jean: La science des notaires: Une longue histoire, *puf*, Paris 2000

Huet Huet, Jérôme: Contrats civils et commerciaux, Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés, *Litec*, Paris 1987

Huzard Huzard, J.B. fils: De la Garantie et des vices rédhibitoires dans le commerce des animaux domestiques, 3. Auflage, *Mme Huzard*, Paris 1833

Huzard Rapport Huzard, Jean-Baptiste fils: Société Royale et Centrale d'Agruculture, Séance du 24. décembre 1834: Rapport en réponse aux questions relatives aux vices redhibitoires des animaux domestiques, *Mme Huzard*, Paris 1835

Journal du Palais Journal du Palais présentant la Jurisprudence de la Cour de Cassation et des Cours d'appel de Paris et des autres départements, *Giraudet*, Paris 1791 ff

Klimrath s. Werke zum französischen Recht vor 1804

Leclerc Leclerc, Frédéric: Droit des contrats spéciaux, *L.G.D.J.*, Paris 2007

Lebrun Lebrun, Auguste: La Coutume, ses sources, son autorité en droit privé, thèse, Université de Caen 1932, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris 1932

Lepointe/Monier s. Werke zum Römischen Recht…

de Malleville Malleville, Jacques de: Commentar über das Gesetzbuch Napoleons oder gründliche Entwicklung der Discussion dieses Gesetzbuches im Staats-Rathe (Analyse raisonnée de la discission du Code Napoléon), aus dem Französischen übersetzt von Wilhelm Blanchard, *Verlag Keil*, Köln 1809

Marcadé Marcadé, V.: Explication théorique et pratique du Code Napoléon, Tome 6, 6. Auflage, *Delamotte*, Paris 1868

Merlin Rép. Merlin, Philippe Antoine: Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, 5. Auflage, Tome I, II, IV *Garnery*, *Roret*, Paris 1827; Tome XIV Paris 1828

Mouret s. Werke zum Römischen Recht

Pardessus Pardessus, Jean-Marie: Cours de Droit commercial, 6. Auflage, hrsg. v. Eugène de Rozière, Tome I, *Henri Plon*, Paris 1856

Portalis Portalis, Jean-Marie-Etienne: Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, publié par le Vicomte Frédéric Portalis, *Joubert*, Paris 1844, Neudruck: Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Texte et Documents, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1992

Thézard Thézard, Léopold: De l'influence des travaux de Pothier et du Chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne, *A. Durand*, Paris 1866

Toullier Toullier, C.B.M.: Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code, 2. Auflage, *B. Warée*, Paris 1819

Troplong Troplong, Raymond: Le droit civil expliqué: de la vente, Tome II, 2. identische Auflage, *Charles Hingray*, Paris 1835

Zachariä v. Lingenthal (1853) Zachariä von Lingenthal, Carl Sal.: Handbuch des französischen Civilrechts, 5. Auflage, T. II, *Ernst Mohr*, Heidelberg 1853

Zachariä v. Lingenthal (1875) Zachariä von Lingenthal, Carl Sal.: Handbuch des französischen Civilrechts, 6. Auflage, T. II, *Ernst Mohr*, Heidelberg 1875

Zachariä v. Lingenthal (1894) Zachariä von Lingenthal, Carl Sal.: Handbuch des französischen Civilrechts, 8. Auflage, T. II, *Ernst Mohr*, Freiburg 1894

4. Werke zum deutschen Recht vor 1900

Arnold Arnold, Friedrich Christian: Beiträge zum teutschen Privat-Rechte, T. II, *Brügel*, Ansbach 1842

Auer Auer, Franz: Das Stadtrecht von München nach bisher ungedruckten Handschriften, *Verlag der Litterarisch-Artistischen Anstalt,* München 1840

Baader Baader, Joseph: Nürnberger Polizeiordnungen aus dem XIII bis XV Jahrhundert, *Editions RODOPI*, Amsterdam 1966

Barazetti Barazetti, Caesar: Einführung in das französische Civilrecht (Code Napoléon) und das Badische Landrecht..., *Verlag von Moritz Schauenburg*, Frankfurt a.M., Lahr 1889

Bauerband Bauerband, J.J.: Institutionen des französischen in den deutschen Landen des linken Rheinufers insbesondere des im Bezirke des königl. Rheinischen Appellations-Gerichtshofes zu Cöln geltenden Civilrechtes, *Adolph Marcus*, Bonn 1873

Baumeister Baumeister, H.: Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg, T. I, *Hoffmann und Campe*, Hamburg 1856

Behaghel Behaghel, W.: Das Badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon mit besonderer Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis, 2. Auflage, T. II *A. Bielefeld's Hofbuchhandlung*, Karlsruhe 1875 (?)

Behamb Behamb, Johann Ferdinand: Neu revidirt und mit 117. außerlesenen Decidirten Casibus auch resolvirten Rechts=Fragen/vermehrt und verbessertes Roß=Tauscher=Recht/ Cum Supplemento Selectarum Quaestionum Synopticarum ad Equestre Iudicium Spectantium, Ex Io. Wilhelmi Rövenstrunck I.U.D. Meditationibus Aedilitiis extractarum; II. Das seithero neu angefügte und annectirte Roß=Ausleiher=Recht/ Dero Pferd entweder zur

Freundschafft und allerdings umbsonst/ oder aber gegen gedingten Lohn Mietweiß zu dienen pflegen.Welches aus 59. Decidirten Casibus und resolvirten Rechts=Fragen applicirter massen ganz klar kan erlernet werden, *Philipp Fievetus,*Frankfurt a. M. 1692

Besold Besoldus, Christopher: Thesaurus practicus, neue Auflage, *Johannes Gastelius*, Stadt am Hof 1740

Besold Cont. Besoldus, Christopher: Orbis novus literatorum, praeprimis jurisconsultorum, detectus, sive Continuatio Thesauri Practici Besoldiani... collecta Christophoro Ludovico Dietherro.. cum appendice Ahasveri Fritschii, *Johannes Gastelius*, Stadt am Hof 1740

Böhmer Böhmer, Henning Iustus: Introductio in Ius Digestorum, 2. Auflage, *Orphanotrophei*, Halle 1714

Born/Möller Born, L; Möller, H.: Handbuch der Pferdekunde, 3. Auflage, *Verlag von P. Parey*, Berlin 1890

Bornemann Bornemann, W.: Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung des Allgemeinen Landrechts, 2. Auflage, *Jonas Verlagsbuchhandlung*, Berlin 1842

Böttcher Böttcher, Werner: Geschichte der Verbreitung des lübischen Rechtes, Dissertation, *Julius Abel*, Greifswald 1913

Brunnemann Cod. Brunnemann, Johann: Commentarius in Codicem Justinianeum, neue Auflage, *Johannes Christophorus Tarnovius*, Leipzig 1708

Brunnemann Pand. Brunnemann, Johannes: Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, 4. Auflage, *Jeremias Schrey & Heredes Henrici Joh. Meyeri*, Frankfurt a.M. 1692

Coing Coing, Helmut: Die Frankfurter Reformation von 1578 und das Gemeine Recht ihrer Zeit, *Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger*, Weimar 1935

Colerus Colerus, Matthias: Decisiones Germaniae, hoc est ... quaestiones ex jure civili, .. imperii et saxonum... 3. Auflage, *Henning Grosius*, Leipzig 1615;
Pars posterior, *Henning Grosius Senior*, Goslar 1616

Cretschmar Cretschmar: Das Rheinische Civilrecht in seiner heutigen Geltung, 4. vermehrte Ausgabe, *Cerlag von L. Schwann*, Düsseldorf 1896

Danzer Danzer, Max: Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, *J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler)*, München 1894

Demel/Schubert Demel, Walter; Schubert, Werner: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811, Revidirter Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, *Verlag Rolf Gremer*, Ebelsbach 1986

Dernburg (4. Aufl.) Dernburg, Heinrich: Pandekten, T. II, 4. Auflage, *Verlag von H. Müller*, Berlin 1894

Dernburg (5. Aufl.) Dernburg, Heinrich: Pandekten, T. I, 5. Auflage, *Verlag von H.W.Müller*, Berlin 1896, T. II Berlin 1897

Deus Deus, Wolf-Herbert: Soester Recht, eine Quellensammlung, *Westfälische Verlagsbuchhandlung Mocker & Jahn*, Soest, T. 3 1971; T. 6 1978

Diez Diez, Heinrich Friedrich von: Archiv Magdeburgscher Rechte, erster Band, *durch den Autor*, Magdeburg 1781

Ebel Ebel, Wilhelm: Lübisches Recht, T. I, *Verlag Max Schmidt-Romhild*, Lübeck 1971

Ebel Urt. Ebel, Wilhelm: Lübecker Ratsurteile, T. I-IV, *Musterschmidt Verlag*, Göttingen, Frankfurt, Berlin 1955-1967

Eckhardt Eckhard, Karl August: Studia Iuris Suevici I, Urschwabenspiegel, *Scientia Verlag*, Aalen 1975

Eckhardt/Hübner Eckhardt, Karl August; Hübner, Alfred: Deutschenspiegel und Augsburger Sachsenspiegel, 2. Auflage, *Hahnsche Buchhandlung*, Hannover 1933 = MGH, Fontes Iuris Germanici Antiqui, neue Serie, T. III

Ehrlich Ehrlich, Arthur Baldiun: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe, Dissertation, *Julius Abel*, Greifswald 1900

Eichhorn Eichhorn, Karl Friedrich: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, T. I&II, 5. Auflage, *Vanderhoeck und Ruprecht*, Göttingen 1843; T. III & IV 1844

Eichhorn PrivR (1836) Eichhorn, Karl Friedrich: Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts, vierte Auflage, *Vanderhoeck und Ruprecht*, Göttingen 1836

Eiler Eiler, Klaus: Das Limburger Stadtbuch von 1548, *Historische Kommission für Nassau*, Wiebaden 1991

Elkan Elkan, Eugen: Das Frankfurter Gewerberecht von 1617-1631, *Verlag der Laupp'schen Buchhandlung*, Tübingen 1890

Entw. ALR Entwurf. Allgemeines Landrecht Th. 1 Tit. 11 u. 13, Berlin 1831

Euler Euler, Ludwig Heinrich: Das im Jahr 1417 angelegte Gesetz-Buch der Stadt Frankfurt am Main, *Adelmann*, Frankfurt a.M. 1855

Förster Förster, Franz: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, 3. Auflage, *Verlag von Georg Reimer*, Berlin 1873

Frantzke Franktzke, Georg: Georgii Frantzkii Icti Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum Juris civilis priores, *hered. Lazari Zetzneri*, Straßburg 1644

Frensdorff Frensdorff, Ferdinand: Dortmunder Statuten und Urtheile, *Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses*, Halle a.d.S. 1882

Gaupp Gaupp, Ernst Theodor: Das Schlesische Landrecht oder eigentlich Landrecht des Fürstenthums Breslau von 1356 an sich und seinem Verhältnisse zum Sachsenspiegel dargestellt, *Verlag von C.H.F. Hartmann*, Leipzig 1828

Geier 2, 2 Geier, Fritz: Oberrheinische Stadtrechte, Zweite Abteilung: Schwäbische Rechte, Zweites Heft: Überlingen, *Carl Winter's Universitätsbuchhandlung*, Heidelberg 1908

Gengler Gengler, Heinrich Gottfried: Deutsche Stadtrechts-Althertümer, *Verlag von Andreas Deichert*, Erlangen 1882

Gengler PrivR Gengler, Heinrich Gottfried: Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen für Studierende, 4. Auflage *A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.(Georg Böhme)*, Erlangen, Leipzig 1892

Gengler Rdenkm Gengler, Heinrich Gottfried: Germanische Rechtsdenkmäler: Leges, Capitularia, Formulae, *Verlag von Andreas Deichert*, Erlangen 1875

Gengler StadtR Gengler, Heinrich Gottfried Ph.: Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, theils verzeichnet, theils vollständig oder in Probeauszügen, neue Ausgabe, *Friedrich Korn'sche Buchhandlung*, Nürnberg 1866

Gerber (1863) Gerber, v. C.F. System des Deutschen Privatrechts, 8. Auflage, *Verlag von Friedrich Mauke*, Jena 1863

Gerber/Cosack (1895) Gerber, C.J. von: System des Deutschen Privatrechts, auf der Grundlage des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich neubearbeitet von Cosack, Konrad, 17. Auflage, *Verlag von Gustav Fischer*, Jena 1895

Germann Germann, Hans: Das Eindringen römischen Rechts in das lübische Privatrecht, Dissertation Leipzig 1933, *Julius Pickenhahn*, Glauchau 1933

Gerstlacher Gerstlacher, Carl Friedrich: Handbuch der teutschen Reichsgeseze nach dem möglichst ächten Text, in sistematischer Ordnung, T. IX, *Johann Benedict Mezler*, Frankfurt, Leipzig 1788; T. X, *Johann Benedict Mezlers Neue Verlagshandlung*, Stuttgart 1791

Gierke Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, Erster Band, *Verlag von Duncker & Humblot*, Leipzig 1895; Dritter Band: Leipzig und München 1917

Gierke Entw. Gierke, Otto von: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, vermehrte Auflage, *Verlag von Duncker & Humblot*, Leipzig 1889

Glück — Glück, Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, T. XX, 1 (erste Abteilung), *J.J.Palm*, Erlangen 1819

Grünewald — Grünewald, Markus: Handwerk und Stadtverfassung Kempens vom ausgehenden Mittelalter bis zur französischen Verwaltung, Dissertation Bonn 1995

Grützmann — Grützmann, Paul: Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, T. II, *Verlag von Breitkopf und Härtel*, Leipzig 1889

Hach — Hach, Johann Friedrich: Das Alte Lübische Recht, *von Rohden'sche Buchhandlung*, Lübeck 1839

Hanausek — Hanausek, Gustav: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, (eingeteilt in zwei Abteilungen), *Verlag von Wilhelm Hertz*, Berlin 1883

Heilfron — Heilfron, Ed.: Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Auflage, *Speyer&Peters*, Berlin 1905

Heise/Cropp — Heise, A.; Cropp, F.: Juristische Abhandlungen mit Entschiedungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, T. I, *Friedrich Perthes*, Hamburg 1827

Heineccius — Heineccius, Johannes Gottlieb: Elementa Iuris Germanici, tum veteris, tum hoderni, T. I, *Orphanotrophes*, Halle 1736

Hellfeld — Hellfeld, Johann August: Repertorium reale practicum Iuris privati Imperii Romano-Germanici oder Vollständige Sammlung aller üblichen und brauchbaren Rechte im Heiligen Römischen Reiche, und den benachbarten Landen, Tomus I, *Christian Heinrich Cuno*, Jena 1753; Tomus II 1755; Tomus III 1760, Tomus IV 1762

Hertwig — Hertwig, C.H.: Taschenbuch der gesammten Pferdekunde, *August Hirschwald*, Berlin 1851

Hezel — Hezel, Lorenz Friedrich: Repertorium der Polizey-Gesetze des Königreichs Wirtemberg, Erster Band, *Rittersche Universitäts-Buchdruckerei*, Ellwangen, Gemünd 1814; T. II 1816; T. IV Gemünd 1818

Hodler — Hodler, Adolf: Das pariculäre Civilrecht der Hohenzollernschen Lande, *Verlag von Reitz & Kochler*, Frankfurt a.M. 1893

Hollandt — Hollandt, Bernhard (Hrsg.): Polizey-Ordnung der Haupt- und Residenz-Stadt Münster in Westphalen, *Raeßfeld, nun Köerdinck*, Münster 1740

Jakobs/Schubert SchuR II — Jakobs, Horst Heinrich; Schubert, Werner: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 433 – 651, *Walter de Gruyter*, Berlin, New York 1980

Jungkunz Jungkunz, Herbert: Das Recht der Handwerker in der Hofmark Fürth im 18. Jahrhundert, Dissertation Erlangen-Nürnberg 1961

Kah Kah, K.: Das badische Landrecht annotirt nach den Entscheidungen der badischen Gerichtshöfe und der badischen Doktrin, Ergänzungsband, *Herder'sche Verlagshandlung*, Freiburg i.B. 1867

Kahle Kahle, Adolf: Das Lübische Gesetzbuch … und die Pommersche Bauernordnung vom 30. Dezember 1764, *J. Guttentag (D. Collin)*, Berlin 1879

Kamptz Kamptz, Karl Chr. Alb. Heinr. von: Die Provinzial- und statuarischen Rechte in der Preußischen Monarchie, *Ferdinand Dümmler*, T. I, Berlin 1826; T. II 1827; T. III 1828

Kamptz (Berg) Kamptz, Karl Chr. Alb. Heinr. von: Motive zum revidirten Entwurf des Provinzial-Rechts des Herzogthums Berg, der vormals kurkölnischen Enklaven desselben und der Herrschaften Gimborn-Neustadt, Hamburg an der Mark und Wildenburg, *ohne Verleger*, Berlin 1837

Kamptz (Cobl.) Kamptz, Karl Chr. Alb. Heinr. von: Zusammenstellung der in den Ostrheinischen Theilen des Regierungs-Bezirks Coblenz noch geltenden Provinzial- und Partikular-Rechte, *ohne Verleger*, Berlin 1837

Kamptz (Meckl.) Kamptz, Karl Chr. Alb. Heinr. von: Civil-Recht der Herzogthümer Mecklenburg, erster Theil, erste Abteilung, Quellen und Literatur, *Bödnersche Buchhandlung*, Schwerin und Wismar 1805, zweite Abteilung, Codex diplomaticus, Juris provincialis Megapolitani, 1806.

Kamptz Jahrbuch Kamptz, Karl Chr. Alb. Heinr. von: Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, im Auftrage des Königl: Justiz-Ministeriums, T. 17, *Expedition der Jahrbücher.*…, Berlin 1821

Kierulff Kierulff, Johann Friedrich Martin: Theorie des gemeinen Civilrechts, *Keip Verlag*, Goldbach 1999, Nachdruck der Ausgabe Altona 1839

Kleinheyer Kleinheyer, Gerd: Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. Juni 1794, *C.F.Müller*, Heidelberg 1995

Klischies Klischies, Manfred: Die geschichtliche Entwicklung der Sachmängelhaftung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen Recht bis zum 19. Jahrhundert, Dissertation, Kiel 1965

Kraut/Frensdorff Kraut, Wilhelm Theodor: Grundriß zu Vorlesungen über Deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts..., neu bearbeitet von Frensdorff, F., 6. Auflage, *Verlag von J. Guttentag*, Berlin, Leipzig 1886

v.Kreittmayr Krettmayr, Wiguläus Xaver Aloys von: Compendium Codicis Bavarici, Reprint der Ausgabe von 1768, hrsg. und mit einer ... Einführung versehen von Bauer, Richers; Schlosser, Hans, *Verlag C.H. Beck*, München 1990

Kretzschmer Kretzschmer, Johann Carl: Vollständiges aber kurzgefaßtes Repertorium aller Königl. Preußischen Landesgesetze, *Fr. Sam. Gerhard*, Danzig 1836

Lappenberg Lappenberg, J.M.: Die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs, *Joh. Aug. Meissner*, Hamburg 1845

Lauterbach Lauterbach, W.A.: Collegium Theorico-Practicum ad L. Pandectarum Libros Methodo Synthetica Pertractatum, hrsg. v. Lauterbach, U.Th., Erster Teil *Joh. Georgius Cotta, Philibertus Brunnius*, Tübingen 1690; Zweiter Teil, *Joh. Georgius Cotta*, Tübingen 1706

Leuchte Leuchte, Hans-Jörg: Das Liegnitzer Stadtrechtsbuch des Nikolaus Wurm, *Jan Thorbecke Verlag*, Sigmaringen 1990

Loesch Loesch, Heinrich von: Die Kölner Zunfturkunden nebst anderen Gewerbeurkunden bis zum Jahre 1500, *P. Hansteins Verlag*, Bonn 1907

Ludovicus Ludovicus (Ludwig), Jacob Friedrich: Das sächsische Weichbild in der lateinsichen und jetzo gebräuchlichen Hoch-Teutschen Sprache aus alten bewährten Codicibus, *in Verlegung des Waysenhauses*, Halle 1721

Maurenbrecher Maurenbrecher, Romeo: Die Rheinpreußischen Landrechte, T. I, *Eduard Weber*, Bonn 1830, T. II 1831.

Maurenbrecher Lehrb. Maurenbrecher, Romeo: Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts, T. I, *Eduard Weber*, Bonn 1832; T. II Bonn 1834

v. Meibom/Roth Meibom, Voctor von; Roth, Paul: Kurhessisches Privatrecht, T. I, *N.G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung*, Marburg 1858

Mevius Dec. Mevius, David: Jurisdictionis summi tribunalis regii quod est Vismariae per decisiones explicatae, T. III, continens anno MDCLV, *Otto Reumann*, Stralsund I 1665

Mevius Jus Lub. Mevius, David: Commentarii in Jus Lubecense libri quique, (5. Auflage ?), *Johann Conrad Wohler*, Frankfurt & Leipzig 1744

Mugdan Mugdan, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, T. II, Recht der Schuldverhältnisse, *R..v. Decker's Verlag*, Berlin 1899

Müller Müller, Karl Otto: Die älteren Stadtrechte von Leutkirch und Isny, *W. Kohlhammer*, Stuttgart 1914

Mylius Mylius, Christian Otto: Corpus constitutionum Marchicarum, … in Sechs Theilen, und Vier Continuationen Anno 1737. 1738. 1740. 1744. 1748. und 1751, *Buchladen des Waysenhauses*, Berlin, Halle (einzelne Bände ohne Jahr)

Mylius Magd. Mylius, Christian Otto: Corpus constitutionum Magdeburgicarum novissimarum … von anno 1680. biß 1714 publiciret, *Seidelische und Rengerische Buchhandlung*, Magdeburg, Halle 1714

Neuburg Neuburg, C.: Zunftgerichtsbarkeit und Zunftverfassung in der Zeit vom 13. bis 16. Jahrhundert, *Dr. Martin Sändig oHG*, Wiesbaden 1966

Olsen Olsen, Dietmar: Das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht des Code civil in der Rechtsprechung deutscher Gerichte im 19. Jahrhundert, *Peter Lang*, Frankfurt a.M. u.a. 1997

Overmann Overmann, H.: Die Stadtrechte der Grafschaft Mark, Heft 2: Hamm, *Aschendorffsche Buchhandlung*, Münster 1903

Paulsen Paulsen, Christian P.D.: Lehrbuch des Privat-Rechts in den Herzogthümern Schleswig und Holstein, *Karl Aue*, Altona 1834

Polizeiordnung Minden… Polizey-Ordnung deß Hochwürdigen, Durchleuchtigen, Hochgebornen Fürsten, und Herrn, Herrn Christians, Erwählten Bischoffen des Stiffts Minden, Herzogen zu Braunschweig, und Lüneburg, So auff den Jüngst gehaltenen unterschiedenen Lantägen zu concipijrn veranlasset, und deme zu folge von beider Fürstenthümbe Braunschweigk, Lüneburgk, Cellischen, und Grubenhagischen teilß, Praelaten, Rhäte, Ritter, und Stadte, verordnetem Außschuß, auff vorhergehende reiffe berathschlagung, verfasset, beliebet, und anjtzo in druck verfertigt wurden, *Sebastianum Schmuck*, Celle 1618

Polizeiordnung Münster s. Hollandt

Puchta Inst. Puchta, Georg Friedrich: Cursus der Institutionen, 8. Auflage, hrsg.v. Paul Krüger, *Breitkopf und Härtel*, Leipzig 1875

Puchta Pand. Puchta, Georg Friedrich: Pandekten, 12. vermehrte Auflage, hrsg. v. Th. Schirmer, *Johann Ambrosius Barth*, Leipzig 1877

Reinhardt Reinhardt, [Regierungsrat]: Das Land-Recht des Königreichs Würtemberg neu bearbeitet und erläutert, Erster Band: Die Lehre von den Verträgen, *Joh. Fried. Steinkopf*, Stuttgart 1820

v.d.Ropp Ropp, Goswin von der: Göttinger Statuten, *Hahn'sche Buchhandlung*, Hannover, Leipzig 1907

Rövestrunck Rövestrunck, Johann Wilhelm: Mediationes Aedilitiae, De judicio equestri, Tum redhibitorio, tum Aestimatorio, Ad tit. D. de Aedilitio Edicto, & C. de Aedilitiis Actionibus, neue ergänzte (dritte?) Auflage, *Johann Weh*, Augsburg 1676

v.Savigny Beruf Savigny, Friedrich Carl von: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, *Mohr und Zimmer*, Heidelberg 1814

v.Savigny Pand. Savigny, Friedrich Carl von: Pandektenvorlesung 1824/1825, hrsg. V. Hammen, Horst, *Vittorio Klostermann*, Frankfurt /M. 1993

v. Savigny RR im MA Savigny, Friedrich Carl von: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Band 1, 2, 3, vierter Nachdruck der zweiten Auflage von 1834, Band 7 von 1851, *Hermann Gentner Verlag*, Bad Homburg 1961

v. Savigny System Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts, T. III, *Veit und Comp.*, Berlin 1840, T. IV Berlin 1841

Schaumburg Schaumburg, Joh. Gottfried: Compendium iuris Diestorum… ad usum modernum accommodatum, 4. Auflage, *Bernh. Christ. Breitkopf et fil.*, Leipzig 1766

Schilter Schilter, Joh.: Praxis Iuris Romani in Foro Germanico iuxta ordinem edicti perpetui et Pandectarum, 2. Auflage, T. II, *Matthaeus Bircknerus*, Jena 1698

Schmelzeisen Schmelzeisen, Gustaf Klemens: Polizeiordnungen und Privatrecht, *Böhlau-Verlag*, Münster, Köln 1955

Schoenbeck Schoenbeck, Berthold: Ratgeber beim Pferdekauf für Landwirte, Offiziere und jeden Pferdehalter, *Verlag von Paul Parey*, Berlin 1892

Schoene Schoene, Thomas: Das Soester Stadtrecht vom 12. bis zur Mitte des 15. Jahrhunderts, *Bonifatius*, Paderborn 1997

Schubert Schubert, Werner: Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, *Böhlau Verlag*, Köln, Wien 1977

Schultheiß Schultheiß, Werner: Satzungsbücher und Satzungen der Reichsstadt Nürnberg aus dem 14. Jahrhundert, 1. Lieferung, *Selbstverlag des Stadtrats Nürnberg*, Nürnberg 1965

Schultz Schultz, Ferdinand: der Viehhandel im Gebiete des Preußischen Landrechts nebst einem Anhang enthaltend die Bestimmungen des Gemeinen Deutschen Rechts, *ferdinand Schöningh*, Münster, Paderborn 1885

Schumacher Schumacher, Detlef: Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts, *Kohlhammer Verlag/Librairie Encyclopédique* Stuttgart, Bruxelles 1969

Scotti Scotti, J.J.: Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem Herzogthum Cleve und in der Graffschaft Mark über Gegenstände der Landeshoheit, Verfassung, Vewaltung und REchtspfelge ergangen sind, vom Jahre 1418 bis zum Eintritt der königlichen pruеßischen Regierung im Jahre 1816, *Joseph Wolf*, Düsseldorf 1826

Sintenis Sintenis, Carl Friedrich: Das practische gemeine Civilrecht, T. II, *Verlag von Carl Focke*, Leipzig 1847

Steinacker Steinacker, Adolf: Partikulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig, *Verlag der Holleschen Buch-, Kunst- und Musikalien-Handlung,* Wolfenbüttel 1843

Steuernagel Steuernagel, Nicolas Gothofredus: Memorabilia Statutorum Lubecensium & Hamburgensium Axiomatico-Harmonica vorstellend die fürnehmste Merckwürdigkeiten des Lübeckischen Stadt-Rechts, worin dasselbe mit dem Hamburger Stadt-Recht übereinkommt, auch von selbigem und gemeinen Kayser-Recht abgeht, *Jonas Korten,* Altona 1731

Stobbe Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts, T. III, *Verlag von Wilhelm Hertz,* Berlin 1878

Strombeck/Leman Strombeck, Friedrich Heinrich von: Provinzialrecht der Provinz Westpreußen, Erster Band: Provinzialrecht der Districte des Preußischen Landrechts von 1721, von Leman (Kgl. Preuß. OLG-Rat), *F.A. Brockhaus*, Leipzig 1830

Strombeck/Lentze Strombeck, Friedrich Heinrich von (Hrsg,): Provinzialrecht des Fürstenthums Halberstadt und der zu demselben gehörigen Graf- und Herrschaften Hohenstein, Regenstein und Derenburg von Lentze, Leopold August Wilhelm, *F.A. Brockhaus,* Leipzig 1827

Struve Struve, Georg Adam: Syntagmatis Jursis Civilis, Pars Altera cum additionibus Müller, Peter, 3. Auflage, *B. Johannis Hoffmann*, Frankfurt, Leipzig 1738

Struve/Heineccius Struve, Georg Adam: Iurisprudentia romano-germanica forensis, observationibus practicis, iam primum editis illustrata a Heineccius, Johann Gottlieb, 18. Auflage, *Tobias Göbhardt,* Bamberg, Würzburg 1767

Stryk Stryk, Samuel: Continuatio altera Usus moderni Pandectarum a libro XIII usque ad XXII, 2. Auflage, *Orphanotrophius*, Halle/S. 1712

Stryk Diss. Stryk, Samuel: Volumen II. dissertationum juridicarum de selectis utriusque juris materiis, … *Jeremias Schrey & Heinrich Johann Meyer,* Frankfurt 1683

Suibert Seibertz Suibert Seibertz, Joh.: Die Statutar- und Gewohnheitrechte des Herzogthums Westfalen aus den Quellen geschichtlich und practisch dargestellt, *Verlag von A.L. Ritter,* Arnsberg 1839

v. Vangerow Vangerow, Karl Adolph von: Lehrbuch der Pandekten, Band I-III, 7. Auflage, *N.G.Elwert'sche Verlagsbuchhandlung*, Marburg, Leipzig 1876

Weiske Weiske, Julius: Grundsätze des teutschen Privatrechtes nach dem Sachsenspiegel …, *Serig'sche Buchhandlung*, Leipzig 1826

Westphal Westphal, Ernst Christian: Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinskontract, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, *Weygandsche Buchhandlung*, Leipzig 1789

Windscheid Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden, bearb. v. Kipp, Theodor, 9. Auflage, Frankfurt a.M. 1906, Neudruck: *Scientia Verlag*, Aalen 1963

Witzenhäuser Stadtbuch Studia Wizzenhusana Band I, Das Witzenhäuser Stadtbuch 1530-1612, hrsg. v. Eckhardt, Wilhelm und Eckhardt, Karl August, *Scientia Verlag*, Aalen 1975

Wolf Wolf, Johann: Geschichte und Beschreibung der Stadt Duderstadt mit Urkunden und drei Kupfern, *gedruckt mit Rosenbuschischen Schriften*, Göttingen 1803

5. Werke zum deutschen Recht nach 1900

Dernburg/Kisch Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußen, Zusatzband: Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht von Kisch, Wilhelm, *Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses*, Halle a.S. 1905

Dernburg Syst. Dernburg, Heinrich: System des Römischen Rechts, Zweiter Teil, 8. Auflage, *H.W. Müller*, Berlin 1912

Fellmer/Brückner/Rahn Fellmer, Eberhard; Brückner, Sascha; Rahn, Antje: Das völlig neue Pferdekaufrecht ab 1. Januar 2002, *FNverlag*, Warendorf 2002

Franz Franz, Erwin: Die Haftung für Sachmängel und für Verschulden beim Vertragsschluss im Kaufrecht, Dissertation, Heidelberg 1933

Neumann Neumann, Lorenz: Das Pferdekaufrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, Dissertation Berlin 2005, wissenschaftliche Publikation 27, *FNverlag*, Warendorf 2006

Palandt Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch (…), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, 58. Auflage, *Verlag C.H. Beck*, München 1999

Reinicke/Tiedtke Reinicke, Dietrich; Tiedtke, Klaus: Kaufrecht, 7. Auflage, *Luchterhand*, München 2004

Schumacher Schumacher, Johannes: Viehhandel und Viehprozeß, 3. Auflage, *Paul Parey Verlag*, Berlin 1900

Stamm s. Werke zum Römischen Recht…

Staudinger (1912) Staudinger, J.v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, II. Band, I. Teil, §§ 241-580, erläutert von Kuhlenbeck, Ludwig und Kober, Karl, 7./8. Auflage, *J. Schweitzer Verlag*, München, Berlin 1912

Stechmalowski Stechmalowski, Bronislaw: Viehgewährschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Dissertation, *Louis Hofer*, Göttingen 1908

Weis Weis, Christian: Kaufrechtliche Gewährleistung und Garantievergabe in Deutschland und Spanien, *Peter Lang*, Frankfurt/M. 2006

v. Wengersky Wengersky, Konstantin von: Das Viehgewährschaftsrecht im Wandel der Zeit, Dissertation, Köln 1988

Windscheid s. Werke zum deutschen Recht vor 1900

6. Allgemeine Primär- und Sekundärliteratur

Apuleius Lucius Apuleius Africanus: The golden ass, … with an english translation by W. Adlington (1566), revised by S. Gaselee, *William Heinemann LTD*, London u.a. 1958

Aubert Aubert, Felix: Histoire du Parlement de Paris de l'origine à François Ier 1250-1515, Tome I, *Alphonse Picard et Fils*, Paris 1894

Baillet Baillet, Louis: Traité de l'inspection des viandes de boucherie, *P. Asselin*, Paris 1876

Bartusis Bartusis, Mark C.: The late Byzantine Army, Arms and Society, 1204-1453, *University of Pensylvania Press*, Philadelphia 1992

Battaglia Diz. Battaglia, Salvatore: Grande Dizionario delle ligua italiana, Band V, *Unione Typografico Edictrice*, Turin 1972

BBKL (Band, Jahr) Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon, begr. v. Friedrich-Wilhelm Bautz, *Verlag Traugott Bautz*, Hamm/Herzberg/Nordhausen, Onlineversion: www.bautz.de/bbkl

Birkenmeier Birkenmeier, John W.: The Development of the Komnenian Army, 1081-1180, *Brill*, Leiden, Boston, Köln 2002

Boileau Boileau, Etienne: Le livre des metiers, XIIIe siècle, hrsg. v. Lespinasse, René de; Bonnardot, François: Histoire générale de Paris: Les métiers et corporations de la ville de Paris, *Imprimerie Nationale*, Paris 1879

Carbasse/Leyte Carbasse, Jean-Marie; Leyte, Guillaume: L'Etat royal, XIIe-XVIIIe siècles, une anthologie, *Leviathan, puf*, Paris 2004

Castaldo Castaldo, André: Introduction historique au droit, 3. Auflage, *Dalloz*, Paris 2006

Castaldo/Levy Castaldo, André; Levy, Jean-Philippe: Histoire du droit civil, *Dalloz*, Paris 2002

Cicero s. Dyck in: Werke zum Römischen Recht…

Dictionnaire de Droit canonique Dictionnaire de Droit canonique, Hrsg. v. Naz, R., Tome VII Placentin-Zype, *Librairie Letouzey et Ané*, Paris 1965.

Du Cange Du Cange, Charles du Fresne: Glossarium mediae et infimae latinitatis, begrd. v. du Cange, Charles, fortgeführt durch G.A. Louis Henschel, Tome VI, *Didot*, Frankfurt a. M. 1846

Du Cange Graec. Du Cange, Charles du Fresne: Glossarium mediae et infimae graecitatis duos in tomos digestum, *Anissonios, Joan. Posuel & Claude Rigaud*, Lyon 1688, unveränderter Nachdruck, *Akademische Druck- und Verlagsanstalt*, Graz 1958

Düez Düez, Nathaniel: Der Rechte & vollkommene Weg-Weiser zur Französischen Sprach, *Daniel Elzevier*, Amsterdam 1669

Düez Dict. Düez, Nathanael: Dictionarium Gallico-Germanico-Latinum, Dictionnaire François-Allemand-Latin, *Louys & Daniel Elzevier*, Amsterdam 1664

Eisenhardt Eisenhardt, Ulrich: Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Auflage, *Verlag C.H. Beck*, München 2004

Furetière Dict. Univ. Furetière, Antoine: Dictionaire Universel, Tome I, A-E, Tome III, P-Z, *Arnout & Reinier Leers*, Den Haag, Rotterdam 1690

Furetière Dict. Univ. (1727) Furetière, Antoine: Dictionnaire Universel, augmenté par M. Basnage de Beauval; M. Brutel de la Rivière, Tome IV, Q-Z, *Pierre Husson* u.a., Den Haag 1727

Gamillscheg Gamillscheg, Ernst: Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache, 2. Auflage, *Carl Winter Universitätsverlag*, Heidelberg 1969

Gaudemet Gaudemet, Jean: Sociologie historique du droit, *puf*, Paris 2002

Guiraud Guiraud, Charles: Varron: Economie rurale, Livre II, Texte établi, traduit et commenté, *Soc. d'Edition « Les Belles Lettres »*, Paris 1985

Haldon Haldon, John: State, Army and Society, Approaches to Military, Social and Administrative History, 6th-12th Centuries, *Variorum*, Aldershot 1995

Hattenhauer Hattenhauer, Hans: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Auflage, *C.F.Müller Verlag*, Heidelberg 1996

Haywood Haywood, John: Atlas historique des Celtes, *Autrement*, Paris 2002

Huguet Dict. Huguet, Edmond: Dictionnaire de la langue française du seizième siècle, T. VI, *Champion*, Paris 1965

Kaspers u.a Kaspers, Heinrich: Vom Sachsenspiegel zum Code Napoleon, unter Mitarbeit von Schmidt-Thomé, Wilhelm; Gerig, Hand; Manstetten, Fritz, *Winand Verlag*, Köln 1972

Keutgen Keutgen, Friedrich: Ämter und Zünfte, Neudruck der Ausgabe Jena 1903, *Scientia Verlag*, Aalen 1965

Kluge Kluge: Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprachen bearbeitet von Elmar Seebold, *de Gruyter*, Berlin, New York 2002

Kühner/Stegmann/Thierfelder Kühner, Raphael; Stegmann, Carl; Thierfelder, Andreas: Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache, 4. Auflage, *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt 1962

Lampe Lampe, G.W.H. (Hrsg.): A Patristic Greek Lexicon, *Clarendon Press*, Oxford 1968

Larousse Grand Usuel Grand Usuel Larousse: Dictionnaire encyclopédique, Tome II, *Larousse*, Paris 1997

Lebrun/Maigne Lebrun; Maigne, W.: Nouveau Manuel complet du charcutier, du boucher et de l'equarrisseur du porc, neue Auflage, *Roret*, Paris 1869

Le Roy Ladurie/Morineau I, 2 Le Roy Ladurie, Emmanuel; Morineau, Michel: Histoire économique et sociale de la France, Tome I: De 1450 à 1660, second volume: Paysannerie et croissance, *puf*, Paris 1977

Lespinasse Lespinasse, René de: Histoire générale de Paris: Les métiers et corporations de la ville de Paris, T. 1-3, *Imprimerie Nationale*, Paris 1886-1897

McKibbin McKibbin, Lloyd S.: Pferdekrankheiten im Überblick, *Ferdinand Enke Verlag*, Stuttgart 1981

Mercier Mercier, Louis-Sébastien: Tableau de Paris, Tome II, Amsterdam 1782, Tome V & VI 1783 (vermutl. fingierter Druckort)

Mitteis/Lieberich Mitteis, Heinrich: Ein Studienbuch, neubearbeitet von Lieberich, Heinz, 19. Auflage, *C.H.Beck*, München 1992

Niermeyer Niermeyer, Jan Frederik; Kieft, C. van de; Burgers, J.W.J.: Mediae Latinitatis Lexicon Minus, in zwei Bänden: A-L, M-Z, *Brill*, Leiden, Boston 2002

Oxford Dict. Byz. The Oxford Dictionary of Byzantium, in drei Bänden, hrsg. v. Kazhdan, Alexander; Talbot, Alice-Mary u.a. *Oxford University Press*, New York, Oxford 1991

Pinaud Pinaud, Pierre-François: Cambacérès, *Librairie académique Perrin*, Paris 1996

Planhol Planhol, Xavier de: Géographie historique de la France, *Fayard*, Paris 1988

Roux de Rochelle Roux de Rochelle, Jean-Baptiste-Gaspard: Villes anséatiques, *Firmin Didot frères*, Paris 1844

Simon Simon, Denis: Nouvelle Bibliothèque historique et chronologique des principaux Auteurs & Interpretes du Droit civil, Canonique ... Tome I, Neue Ausgabe, *Robert Pepie*, Paris 1692

Sophocles Sophocles, E.A.: Greek Lexicon of the Roman & Byzantine Periods (from B.C. 146 to A.D. 1100) in two vol., *Frederick Ungar Publishing CO.*, New York 1957

Tennecker Tennecker, S. von: Handbuch über die Erkenntnisse und Kur der gewöhnlichsten Pferdekrankheiten, zweiter Band (in drei Teilen), *J.G. Cotta'sche Buchhandlung*, Tübingen 1804

Thesaurus Graecae Thesaurus Graeca Linguae, ab Henrico Stephano (Henri Estienne) constructus, bearb. v. Hase, C.B.; Sinner, G.R. Lud. de; Fix, Th., *Ambrosius Firmin Didot*, Paris 1831-1854

Tobler-Lommatzsch Tobler, Adolf; Lommatzsch, Erhard: Altfranzösisches Wörterbuch, T. IV, *Franz Steiner Verlag GmbH*, Wiesbaden 1955

Trapp Trapp, Erich (Hrsg.): Lexikon zur Byzantinischen Gräzität, Erster Band, *Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften*, Wien 2001

Treadgold Treadgold, Warren: Byzantium and Its Army 284-1081, *Stanford University Press*, Stanford California 1995

Varro s. Guiraud

Vegetius Vegetius Renatus: Artis veterinariae sive mulomedicinae libri quatuor, hrsg. v. Gesnerus, Matthias, *Societas literae*, Mannheim 1781

Walde/Hofmann Walde, A.; Hofmann, J.B.: Lateinisches Etymologisches Wörterbuch, 3. Auflage, *Carl Winter's Universitätsbuchhandlung*, Heidelberg 1938

v.Wartburg Wartburg, Walther von: Französisches etymologisches Wörterbuch, Band VI, *R.G. Zbinden & Co.*, Basel 1958

Weider Weider, Manfred: Das Recht der deutschen Kaufmannsgilden des Mittelalters, *M.&H. Marcus*, Breslau 1931

Wissell Wissell, Rudolf: Das alten Handwerks Recht und Gewohnheit, hrsg. v. Schraepler, Ernst, *Colloquium Verlag*, Berlin 1971

7. Aufsatzsammlungen verschiedener Autoren und Festschriften

Actes des J.I.SHD Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit (Aix-en-Provence 22-25 mai 2003), *Presse Universitaire d'Aix*, Marseille 2006

daraus:

Thireau, Jean Louis: Pothier, le droit romain et le droit naturel, S. 113ff

Actes des XX. J.I.H. Abbaye de Flaran Actes des XXes Journées Internationales d'Histoire de l'Abbaye de Flaran, September 1998: La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne, hrsg. v. Mousnier, Mireille; Poumarède, Jasques, *Presses Universitaires du Mirail*, Toulouse 2001

daraus:

Assier-Andrieu, Louis: La formation historique du concept de coutume et les origines de l'anthropologie sociale, XVIIIe-XIX siècles, S. 229ff

Bart, Jean: L'éclipse révolutionnaire (1789-1804): la coutume à l'ombre de la loi, S. 215ff

Hilaire, Jean: Le village, la coutume et les hommes, S. 7ff

Fossier, Robert: Les coutumes « vues de dos », S. 53ff

Jacob, Robert: Les coutumiers du XVIIIe siècle ont-ils connus la coutume ?, S. 103ff

Lauranson-Rosaz, Christian: Des « mauvaises coutumes » aux « bonnes coutumes », S. 19ff

Zink, Anne: La coutume et la pratique. Les contrats de mariage à la limite de l'Auvergne et du Bourbonnais, S. 201ff

La Coutume I Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions LII: La Coutume, Première Partie:Antiquité, Afrique noire, Amérique, Australie, *De Boeck Université*, Brüssel 1990

daraus:

Gilissen, John S. 15ff: La Coutume

La Coutume II Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions LII: La Coutume, Deuxième Partie: Europe Occidentale Médiévale et Moderne, *De Boeck Université*, Brüssel 1990

daraus:

Gilissen, John: La coutume dans les « pays de par-deça » (Belgique, Pays-Bas, Nord de la France) (XIIe-XVIII siècles), S. 295ff

Gouron, André: La coutume en France au Moyen-Âge, S. 193ff

Köbler, Gerhard: Consuetudo und giwonaheit: Gewohnheit und Gewohnheitsrecht im deutschen Frühmittelalter, S. 63ff

Mayali, Laurent: La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen-Âge, S. 11ff

Poumarède, Jacques: La coutume dans les pays de droit écrit, S. 233ff

Timbal, Pierre-Clément: Coutume et jurisprudence en France au Moyen-Âge, S. 227ff

Vanderlinden, Jacques: La coutume dans le droit français des « pays de coutumes » aux XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles, S. 271ff

Waelkens, Laurent: Le théorie de la coutume à l'Ecole de Droit d'Orléans (XIII siècle), S. 33ff

Weitzel, Jürgen: Gewohnheiten im Lübischen und im Sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis, S. 319ff

Werkmüller, Dieter: Gewohnheitsrecht in deutschen Weistümern, S. 311ff

La Cout. & la Loi La Coutume et la loi: Etudes d'un conflit, sous la direction de Claude Journes, *Presses Universitaires de Lyon*, Lyon 1986

daraus:

Poumarède, J.: Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse, S. 95ff

Droit Romain/Jus civile/Droit français Centre toulousain d'histoire du droit et des idées politiques: Etudes d'Histoire du droit et des idées politiques, Nr. 3: Droit Romain, Jus civile et Droit Français, sous la direction de Jacques Krynen, *Presse de l'université des sciences sociales de Toulouse*, Toulouse 1999

daraus:

Chêne, Christian: Proffesseurs de droit français toulousain, S. 263ff

Gilles, Henri: Le Traité des Actions de Guillaume de Ferrières, S. 249ff

Giordanengo, Gérard: Jus commune et "droit commun", S. 219ff

Guillot, Oliver: La Coutume en Anjou au XIe siècle, S. 273ff

Hilaire, Jean: Pratique notariale et droit romain dans les pays de droit écrit, S. 409ff

Poumarède, Jacques: Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du Parlement de Bordeaux, S. 329ff

Thireau, Jean-Louis: L'alliance des lois romaines avec le droit français, S. 347ff

FS de Zulueta Studies in the Roman Law of Sale, Dedicated to the Memory of Francis de Zulueta, hrsg. v. Daube, David, *The Clarendon Press*, Oxford 1959

daraus:

Stein, P.: The Medieval Discussions of the Buyer's Actions for Physical Defects, S. 102ff

Rogerson, A.: Implied Warrenty against Latent Defects in Roman and English Law, S. 112ff

Fontes minores II Fontes Minores, hrsg. v. Simon, Dieter, *Vittorio Klostermann*, Frankfurt am Main 1977
daraus:
Burgmann, Ludwig: Byzantinische Rechtslexika, S. 87ff

Fontes minores IV Fontes Minores, hrsg. v. Simon, Dieter, *Vittorio Klostermann*, Frankfurt am Main 1981
daraus:
Fögen , M. Th.: Die Scholien zur Hexabiblos im Codex vetustissimus Vaticanus Ottobonianus gr. 440, S. 256ff

Fontes minores VI Fontes Minores, hrsg. v. Simon, Dieter, *Löwenklau Gesellschaft e.V.*, Frankfurt am Main 1984
daraus:
Burgmann, Ludwig: Das Lexikon ἄδετ – ein Theophilosglossar, S. 19ff

Fontes minores VII Fontes Minores, hrsg. v. Simon, Dieter, *Löwenklau Gesellschaft e.V.*, Frankfurt am Main 1986
daraus:
Fögen, Th. M.: Hexabiblos aucta, S. 259ff

Oikonomides, Nikos: The "Peira" of Eusthatius Romaios, an Abortive Attempt to Innovate in Byzantine Law, S. 169ff

Fontes Minores VIII Fontes Minores, Lexica Iuridica Byzantina, hrsg.v. Burgmann, Ludwig; Fögen, Marie Theres; Meijering, Roos; Stolte, Bernhard H., *Löwenklau Gesellschaft e.V.*, Frankfurt a. M. 1990
daraus:
Meijering, Roos: [Romaikai agôgai]: Two Byzantine Treatises on Legal Actions, S. 1ff

Fögen, M. Th.: Das Lexicon zur Hexabiblos aucta, S. 153ff

Fögen, M. Th.: Byzantinische Kommentare zu römischen Aktionen, S. 215ff

Stolte, Bernhard H.: The Lexicon Μαγκίπιουν, S. 339ff

Méditéranées Nr. 37 Méditéranées, Revue de l'association Méditéranées, publiée par le Centre d'Etudes Internationeles sur la Romanité et avec le concours de la Faculté de Droit de La Rochelle, Nr. 37 2004: La coutume, la tradition, la pratique et le droit écrit, *L'Harmattan*, Paris 2004
daraus:
Hattenhauer, Hans: Bellum inter leges & consuetudines, S. 99ff

Mélanges Petot Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, *LGDJ, éd. Montchrestien, Jurisprudence Dalloz*, Paris 1959
daraus:
Levy, Jean-Philippe: La pénétration du droit privé savant dans le 'vieux coustumier de Poictou', S. 371ff

Tisset, Pierre: Mythes et réalités du droit écrit, S. 553ff

Mélanges Wołodkiewicz Au-delà des Frontières, Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz, hrsg.v. Zabłocka, Maria u.a., *Liber*, Warschau 2000

daraus:

Kurylowicz, Marek: Zur Marktpolizei der römischen Ädilen, S. 439ff

Portalis Discours Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, *Litec*, Paris 2004

daraus:

Béguin, Jacques: L'affirmation de l'autonomie du droit commercial, S. 73ff

Liet-Veaux, Georges: Portalis se méfie du droit intermédiaire révolutionnaire, S. 7ff

Sérieux, Alain: Un temps pour codifier, S. 1ff.

Mémoires …romands 1999 Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, Vol. 56, Dijon 1999

daraus:

Kotovtchikhine, Stéphane: La réformation de la coutume d'Auxerre: histoire externe, S. 23ff

La Preuve II Recueils de la Société Jean Bodin pout l'Histoire comparative des Institutions: La Preuve, Deuxième Partie: Moyen Âge et temps modernes, *Editions de la Librairie Encyclopédique*, Brüssel 1965

daraus:

Filhol, René: La preuve de la coutume dans l'Ancien Droit français, S. 357ff

Levy, Jean Philippe: Le problème de le preuve dans les droits savants du Moyen Âge, S. 137ff

Sicard, Germain: La preuve dans l'ancien droit toulousain, S. 327ff

Traditio Juris Traditio Juris: Permanence et/ou discontinuité du droit romain durant le haut Moyen Âge: Actes du Colloque international organisé le 9 et 10 octobre 2003 à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, hrsg. v. Alain Dubreucq, Christian Lauranson-Rosaz, Lyon 2003

daraus:

Deswarte, Thomas: Le Code du Roi Réceswinthe (654) a-t-il abrogé les droits antérieurs?, S. 57ff.

Juillet, Carine: Secundum legem romanam…: quelques exemples de ma persistance du droit romain dans le Limousin du haut Moyen-Âge, S. 33ff.

Lauranson-Rosaz, Christian, S. 15ff: "Theodosyanus non instruit codex": Permanence et continuité du droit romain et de la romanité en Auvergne et dans le Midi de la Gaule durant le haut Moyen Âge

Rouche, Michel: Conclusion, S. 407ff.

Visages du notariat Visages du notariat dans l'histoire du Midi toulousain XIV-XIXe siècles, Hrsg. Jean L. Laffont, *Presses Universitaires du Mirail,* Toulouse 1992

daraus:

Marandet, Marie-Claude: Approche du milieu social: le notariat en Midi toulousain au XIVe siècle, S. 81ff

Minovez, Jean-Michel: Notaires et Société en Midi Toulousain: L'exemple de Montesquieu-Volvestre du XIVe au XIX siècle, S. 23ff

Souriac, René: Rôle politique des notaires en Comminges au XVIe siècle, S. 133ff

8. Aufsätze und Anmerkungen zu Urteilen aus Zeitschriften

Apathy Apathy, Peter: Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, in: SZ (R.A.) 111 (1994), S. 95ff

Bénabent Bénabent, Alain: note zu Civ. 1re 05.05.1993, in: Dalloz 1993, 507f.

Beseler Beseler, Gerhard: Miscellanea, in: SZ (R.A.) 45 (1925), S. 188ff

Unklassische Wörter, in: SZ (R.A.) 56 (1936), S. 26ff

Boubli Boubli, B.: note zu Civ. 1re 05.05.1993, in: Gaz. Pal. 2-3.Febr. 1994, S. 77f.

Boyer Boyer, Laurent: Le droit romain dans les pays du centre de la France, in: IRMAE V, 4, d (1977)

Coing Coing, Helmut: Römisches Recht in Deutschland, in: IRMAE V, 6 (1964)

Cornu Cornu, Gérard: Anmerkung zu C.cass. 03.01.1979, in/ RTD civ. 1979, S. 807f

Ernst Ernst, Wolfgang: Neues zur Sachmängelhaftung aufgrund des Ädilenedikts, in SZ (R.A.) 116 (1999), S. 208ff

Flume Flume, Werner: Zum römischen Kaufrecht, Miszellen, in SZ (R.A.) 54 (1934), S. 328ff

Gautier Gautier, Pierre-Yves: Anmerkung u.a. zu Civ. 1re 13.05.1995, in: RTD civ. 1996, 190f

Gouron Gouron, André: L'auteur du Codi, in: Tijdschrift v.R. 2002, S. 1ff

Hilaire Hilaire, Jean: Réflexion sur l'Héritage Romain dans le Droit du Commerce au Moyen-Age, in: Tijdschrift v.R. 2002, S. 213ff

Hummel Hummel, Jacky: La codification en Allemagne (XIXe-XXe siècles): une cristallisation du droit national entre romanité et germanité, in: RHDFE 2007, S. 105ff

Izorche Izorche, Marie-Laure: note zu Civ. 1re 08.06.1999, in: Dalloz 2000 chron., 407ff

Kupisch Kupisch, Berthold: Römische Sachmängelhaftung: Ein Beispiel für die 'Ökonomische Analyse des Rechts'?, in Tijdschrift v.R. 2002, S. 21ff

Leifer Leifer, Franz: Mancipium und auctoritas, Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, in SZ (R.A.) 57 (1937) S. 112ff

Leveneur Leveneur, Laurent: note zu Civ. 1re 03.12.1996, in: Contr. Conc. Consomm. 1997 Nr. 44

Levy Levy, J.Ph.: Le droit romain an Anjou, Bretagne, Poitou (d'après les coutumiers), in: IRMAE V, 4, b (1976)

Memmer Memmer, Michael: Der « schöne Kauf » des « guten Sklaven »: Zum Sachmängelrecht im syrisch-römischen Rechtsbuch, in: SZ (R.A.) 107 (1990), S. 1ff

Pringsheim Pringsheim, Fritz: Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris, in: SZ (R.A.) 69 (1952), S. 234ff

Seignalet-Mauhourat Seignalet-Mauhourat, François: La valeur juridique des préambules des ordonnances royales, in RHDEF 2006, S. 229ff

Seong-Hak Kim Seong-Hak Kim, Marie: Christophe de Thou et la réforme des coutumes, in Tijdschrift v.R. 2004, S. 91ff

Thireau Thireau, Jean-Louis: La Methode du droit commun: Réflexion sur la logique des droits non codifiés, in: RHFDSJ 1990 (Nr. 10-11), S. 133ff

Tournafond Tournafond, Olivier: note zu Civ. 1re 27.10.1993; 08.12.1993; 05.05.1993; 16.06.1993, in: Dalloz Somm. S. 239f

Tournafond, Olivier: note zu Civ. 3e 03.05.1989, in: Dalloz 1990, S.118f

Viney Viney, Geneviève: Responsabilité civile, in: JCP 1994 I 3773

v.d.Wal Wal, Nicolaas van der: Der Basilikentext und die griechischen Kommentare des sechsten Jahrhunderts, in: Synteleia (hrsg. v. Arangio-Ruiz, V.) S. 1158ff

Weiß Weiß, Egon: Peregrinische Manzipationsakte, in: SZ (R.A.) 37 (1916) S. 136ff

Yver Yver, Jean: Le droit romain en Normandie, in: IRMAE V, 4, a (1976)

F. Anhang

1. Tabellarische Übersicht über Coutumes mit Bezug auf Sachmängel

Angaben zur Coutume und Region		Angaben zu den Kaufsachen, Sachmängeln, Fristen, Rechtsfolgen in Stichworten			
wo, wann	**unter wem/Region**	**Pferd**	**Schwein**	**Rind**	**divers**
Cambray 1574	Louis de Berlaymont, Erzbischof 1570-1596) 948: Bistum, z. Hl. Röm. Reich; Hansestadt; 1543 Karl V (Habsb.); 1678 frz.	*morves, pousses* 40 Tage *-> intérest ou rescision* & Vorgehensweise			*marchandise malfaite* *-> interest, amendise*
Metz & le Messin ab ca.1578	Cout. angefangen unter Charles IX (1560-1574); Henry II (1547-1559) Seigneur v. Metz; ab 1648 offiziell französisch	*poulse, morve, corbature* 40 Tage *-> cheval peut estre rendu*			
Bar 1579 (1582)	Charles II bzw. III, Duc de Lorraine (1545-1608; 'volljährig' 1559); Lorraine bis 1542 im Hl. Röm. Reich Dt. Nation; dann 'frei'; 1633 durch F besetzt; Bar: ab 1354 Duché unter Karl IV, ab 1484 gleiches Schicksal wie Lorraine, 1766 Lorraine & Barrois endgültig frz.	*morve, pousse, courbature* 40 Tage ab Kauf & Übergabe Klausel ‘sains & nets’ *->vendeur est tenu*			
Gorze 1624 (Lorraine)		*pousse, morve, courbature* [8 Tage ab Übergabe] bei Klausel ‚sains&nets’: 8 Tage ab Übergabe für *vices calent & apparent* *->reprendre le cheval*			
Bassigny 1580 (Lorraine)		*morve, espousse, corbe, corbature* [8 Tage ab Übergabe] bei Klausel ‘sains&nets’: 8 Tage ab Übergabe für *vices lattans & apparants* *->vendeur est tenu*			

Sens 1506	aufgezeichnet unter Charles VIII (1470-1498) 60 km v. Auxerre Cons. (= Conseiller) Baillet, Dauvet, de Hacqueville, de Poncher	*morve, poulse, courbature* Klausel ‚sains&nets': *vice latens & apparens* *->vendeur est tenu*			
Sens 1555	Cons. Thou, Faye, Bourdin	*morve, poulse, courbature* Klausel ‚sains&nets': *vices apparens & non apparens* *->vendeur est tenu*			
Auxerre 1561	1370 comté an Charles V verkauft, 1477 Tod Charles le Téméraire, 1490 definitiv frz. Cons. Thou, Faye, Viole	*morve, poulse, courbature* Klausel 'sains&nets' *vices apparens & non apparens* *-> vendeur est tenu*			*vin vitié &* Wein nach Probe
Bourbonnois 1521	Charles III le Bourbon, nach 1527 an F Cons. Barme, Brachet	*morves, espousses, corbes, corbatures* 8 Tage ab Übergabe Klausel 'sains&nets' *vices latens & apparens* *-> vendeur est tenu*			
Orléans 1509	Famille d'Orléans (Mitglieder der Königsfamilie), 1626 zur frz. Krone Cons. Buynard, Roiger		*mezeaux/mezellerie* ->Haftung des Verkäufers (*prendre les porcs*) -> ebf. Haftung des *langayeur* auch für *frais* Beweis durch Zunge		
Orléans 1583	Cons. de Harlay, Viole, Perrot		*mezeaux/mezellerie* ->Haftung des Verkäufers (*prendre les porcs*) ->Haftung des *langayeur* ->Haftung des Schlachters auch für *frais* Beweis durch Zunge		
Bourges /Berry (anc.) o.D.	durch Philippe Ier erobert, 1101 durch F gekauft		*mesel* ->Haftung des Schlachters: *prendre le porc*		

Dunois (lokal) 1523 (zur *coutume générale de Blois*)	Cons. Barme, Prevost		*mezeaux* ->Haftung des *langayeur*, wenn in Zunge ->Haftung des Verkäufers, wenn im Körper (*reprendre)*		
Bretagne (très ancienne)	Fürstentum, 1491 Heirat Anne der Bretagne mit Charles VIII; seit 1532 zur frz. Krone				Vertrag auf *foire/marché :* gültig, es sei denn: *decepte doutre moitié du juste prix, fallace, contrainte, surprinse en aucune autre entente mauvaise*
Bretagne (ancienne) 1539	Cons. Crespin, (Parl. Bretagne), Ruzé, Marec, Quelain				*chose [mobiliaire ?]* *la redebitoire* 6 Monate
Bretagne 1580	Cons. Bourg-Neuf, u.a.	15 Tage -> *redhibition*			*autres choses [mobiliaires?]* 6 Monate *->la redhibitoire*
Tourraine 1507	Cons. Baillet				Weinfässer *->interest & dommages*
Tourraine 1559	Cons. Thou, Viole, Faye				Weinfässer *->interest & dommages*
Ludonois 1518 (nicht offiziell)	Cons. de la Mothe				Weinfässer *->dommages-interests*
Bordeaux 1520	Cons. Belcier (Belcyer) *PDE (=Pays de droit écrit)*				Weinfässer *->dommage* *bois gelis & aubec :* 1 Jahr *autres bois :* bis Weihnachten
Marsan 1604	*PDE*		*ladre* -> Strafe		Ziege, Bock, Zicklein, Sau *ladre* ->Strafe

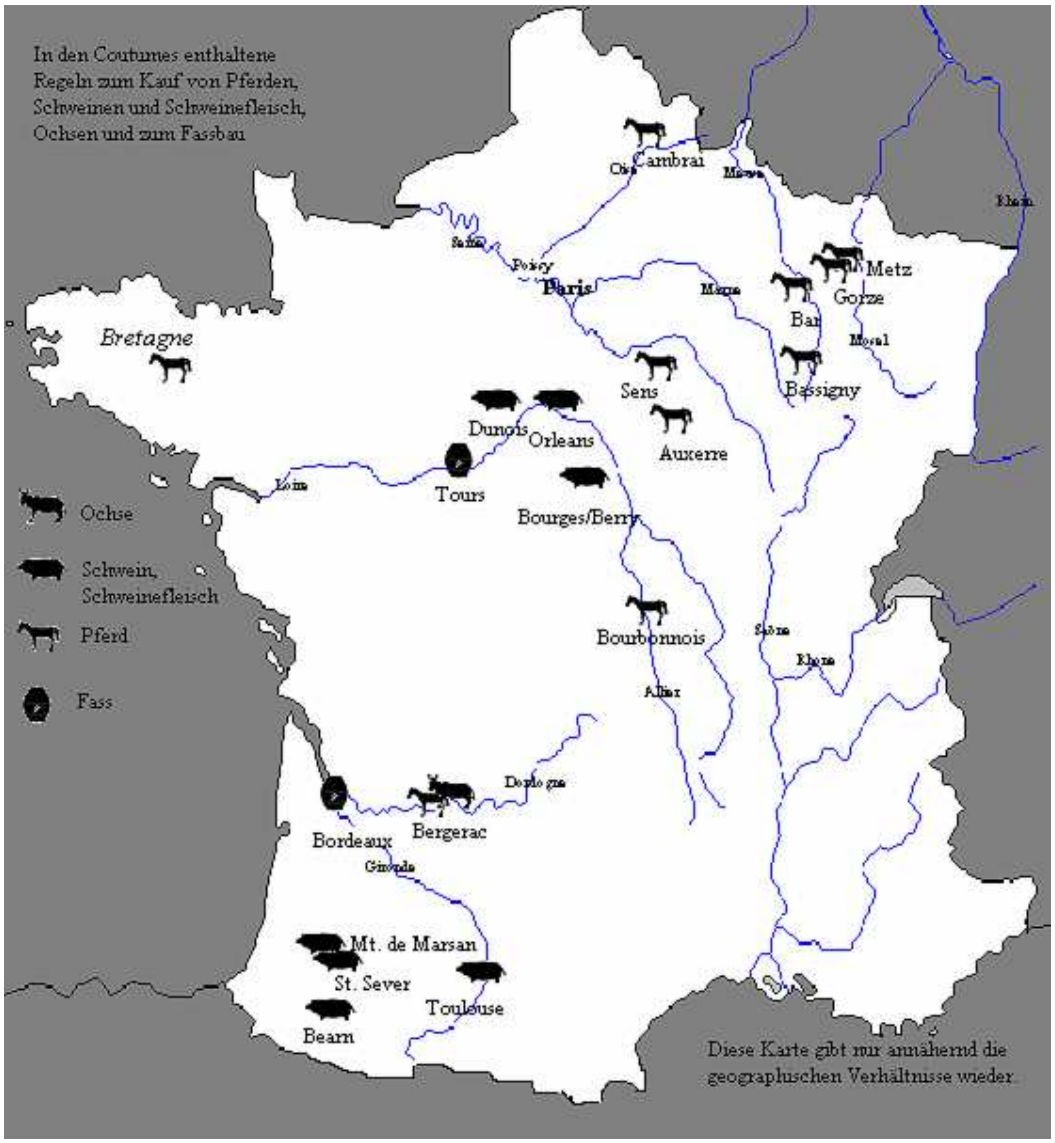
St. Sever 1380/1480	*PDE*		*leprosi* neun Tage ab Kauf ->*restituere precium* oder Freistellung		
St. Sever (general) 1514	*PDE*		*ladre* 9 Tage ab Kauf ->Rückgabe oder 1/3 des Kaufpreises Minderung		
Limoges	*PDE*		Kontrolle, dass kein verdorbenes Fleisch verkauft wird		
Bayonne 1514	*PDE*				Streit über *qualité de la marchandise: 'corratier'* nur Zeuge
Bragerac 1322 lateinisch	*PDE*	*vitium non apparens de quo venditor nullam mentionem fecerit* auch für Esel(in), Maultier 15 Tage		*mori, aegrotare, pro agriculture* 8 Tage	
Toulouse 1285	*PDE*		*leprosi* ->bei Kauf mehrerer Schweine : *venditio valet quoad sanos* Käufer erwähnt bei der Übergabe nichts & macht keinen Vorbehalt, untersucht sie nicht: keine Haftung, Vertrag bleibt im Ganzen bestehen		
Bearn 1551	Jeanne d'Albret, ab 1572 Henry III, Kg. von Navarra, Duc de Marsan (1589 Henry IV von Frankreich)		*meset* ->*retornan aquet*		

Regeln in den *coutumes* mit indirektem Einfluss auf die Gewährleistung

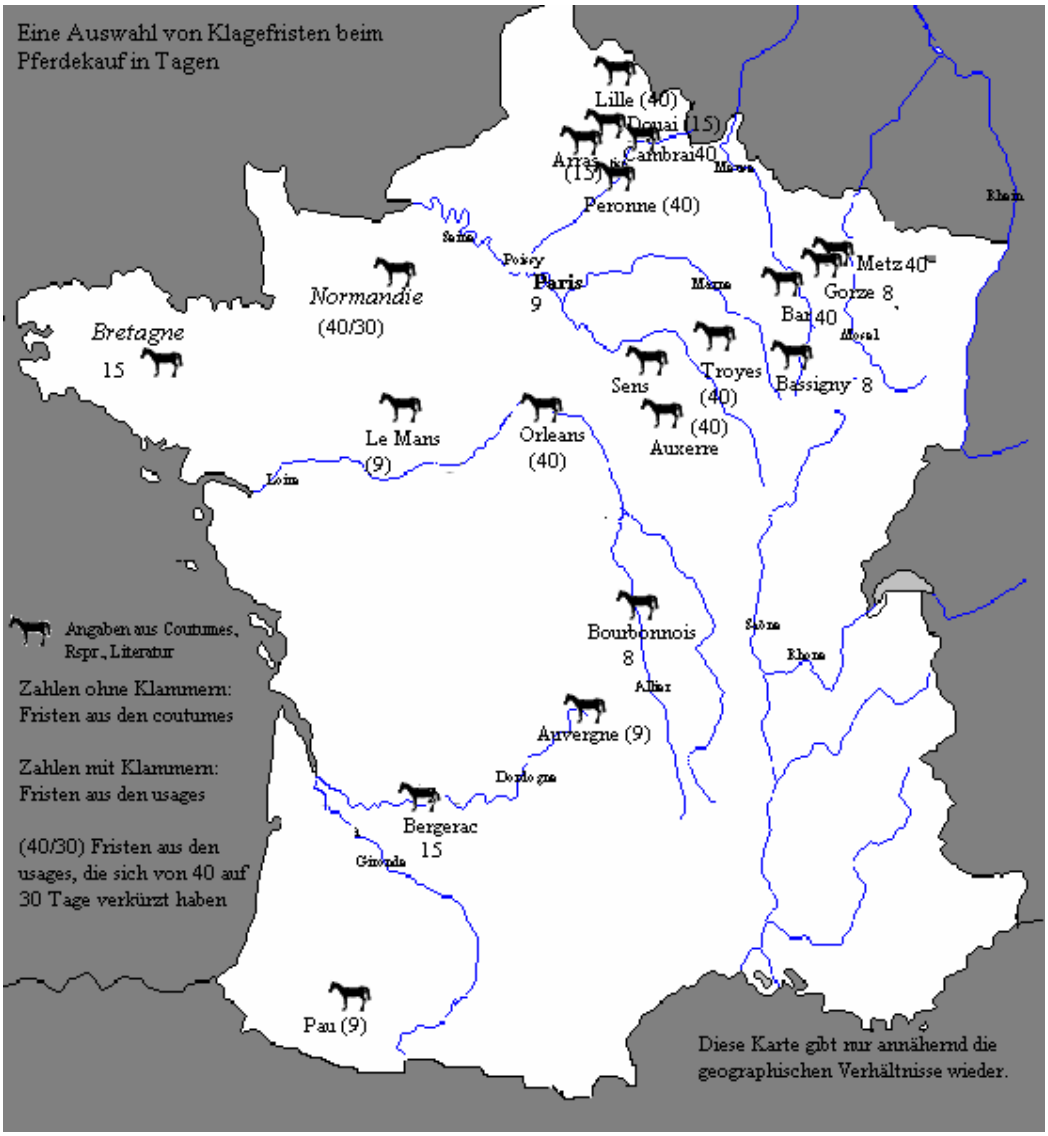
Hainaut 1534		Maße für Brenn- und Knüppelholz: Geldstrafe
Hainaut 1619		Maße für Brenn- und Knüppelholz: Geldstrafe
Ludonois 1518		Maße für Stoffe en gros und en détail; Vorschriften für nasse Stoffe, Pressen wie in Paris: Strafe gemäß ordonnances royaux

Tourraine 1507		Maße für Stoffe en gros und en détail; Verbot, Stoffe zu strecken gemäß Ord. Roy. Paris 27.01.1490; Pressen wie in Paris
Tourraine 1559		Maße für Stoffe en gros und en détail; Vorschriften für nasse Stoffe; Verbot, Stoffe zu strecken; Pressen wie in Paris
Poitou 1559		Maße für Stoffe en gros und en détail; Vorschriften für nasse Stoffe; Verbot, Stoffe zu strecken; Pressen wie in Paris
Limoges		Stoffhändler unter Aufsicht

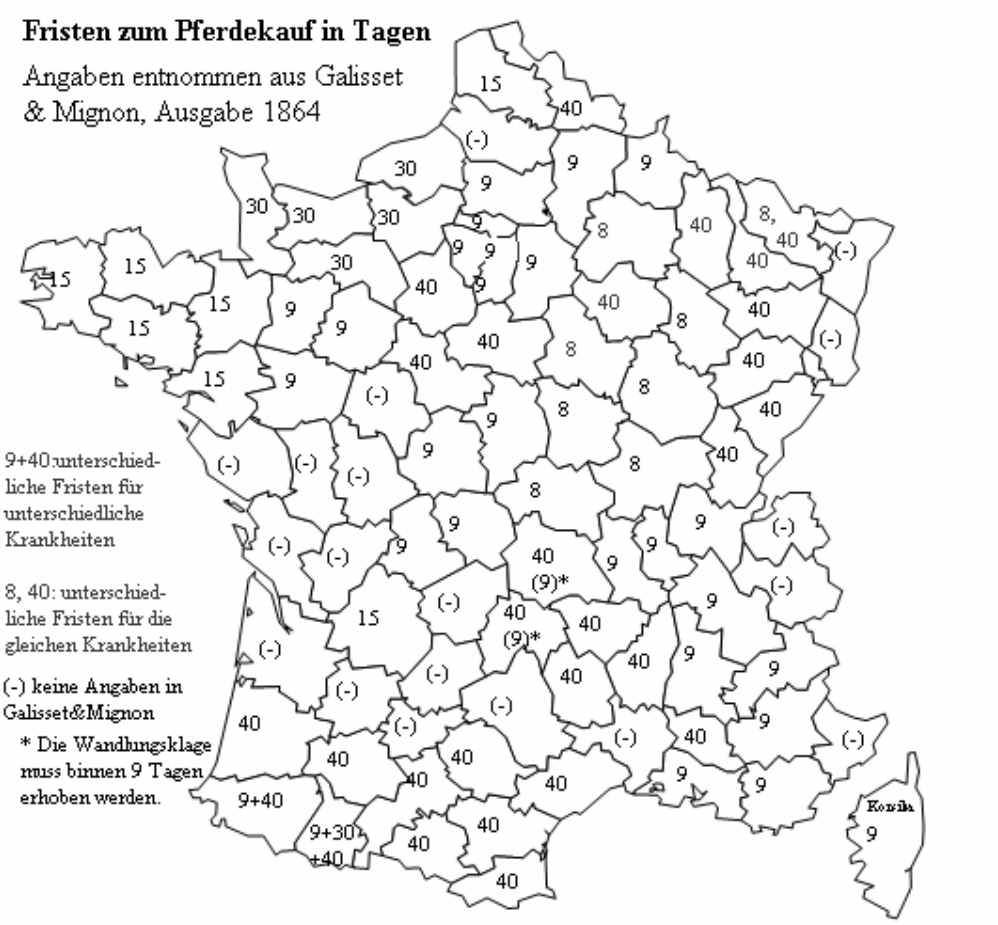
2. Karte: *coutumes* in Frankreich zur Gewährleistung



3. Karte: Fristen zum Pferdekauf in Frankreich in *coutumes* und *usages*



4. Karte: Fristen zum Pferdekauf aus Galisset & Mignon



5. Wandlungsgründe und Klagefristen in der italienischen und französischen Literatur

Wer die Ausführungen in dieser Arbeit zur juristischen Literatur in Italien und Frankreich gelesen hat, wird diese Tabelle hilfreich finden, um sich einige Punkte der Kernaussagen in übersichtlicher Weise zu vergegenwärtigen. Diese Tabelle kann und soll die Darstellungen im Text jedoch weder ersetzen noch in ausreichender Form zusammenfassen. Deswegen kann sie nur zusammen mit dem Text richtig verstanden werden.

	KERNAUSSAGEN bzgl. KAUFSACHE, SACHMÄNGEL, KLAGEFRISTEN
Italien	
Rogerius	*intra sex menses utiles post contractam emptionem, quanti minoris … intra utilem annum*
Azo	*in carne morbosa, vel leprosa, vel laesa vendita; in libris mendosis;* Gai. D. 21, 1, 28: *in hoc casu intra duos menses, & postea intra sex menses agi poterit ad interesse* . Ulp. D. 21, 1, 19, 6: *redhibitoria usque ad sex menses; quanto minoris: annus;* Klagefrist prinzipiell ab Kauf bzw. Zusage, aber Regelfall ab Kenntnis bzw. Kennenmüssen
Accursius	Klagefrist prinzipiell ab Kauf , aber *utilis* = kontinuierliche Frist ab Kenntnis
Ponzio da Ylerda	Klagefrist mal 2 bzw. 6 Monate, mal 6/12 Monate
Odofredus	6 Monate/ 1 Jahr *utilis*, obj. und subj. Hemmungsgründe der Frist
Cynus da Pistoia	ab Kenntnis oder Kennenmüssen vom Mangel kontinuierlich
Bartolus	*tempus utile quo ad initium*
Baldus	ab Kenntnis oder Kennenmüssen weiterhin *tempus utile*, nicht *continuum*
Frankreich	
Ordnung nach Lebensdaten oder Entstehensdatum der Schrift	
12. und 13. Jahrhundert	
Petri Exceptiones	-
Summa Trecensis	*intra sex menses utiles post contractam emptionem, quanti minoris … intra utilem annum; in animalibus.. principaliter edilitiae actiones locum habent. per interpretationem quoque etiam* [in] *immobilibus competunt, veluti si fundus in quo pestibilis erbae erant distractus sit. Hec omnia ita demum vera sunt, si emptor ignoravit.*
Brachylogus	*Si autem res morbosa vel vitiosa vendita fuerit, ex empto actione tenebitur venditor.*
Lo Codi	sechs Monate ab dem Tag an, ab dem sie die Möglichkeit haben, gegenseitig Rechenschaft zu fordern, Minderung (1 Jahr)
Placentinus	6 Monate/1 Jahr
(Durand)	(6 Monate/1 Jahr ab Kenntnis, Beispiel vom Pferde- und Bücherkauf, verdorbenes Fleisch)
de Ravanis	6 Monate/ 1 Jahr kontinuierlich ab Kauf, ohne Feiertage

14. Jahrhundert				
Bouteiller	Wandlung: 6 Monate ab Kenntnis; Minderung: 1 Jahr ab Kauf			
Livre des droiz…	Pferd: vice latens: *pousse, morve*: 6 Monate; ebf. bei schlechtem Fass			
Autor	**ANDERES**	**PFERD**	**SCHWEIN**	**RIND**
16. und 17. Jahrhundert				
Dumoulin, Ch.	Wandlung und Minderung für alle Sachen und Tiere; 6 Monate bzw. 1 Jahr ab Kauf; vertraglich verlängerbar	Vermutung des Mangels z.Z. des Vertrags: *brevi tempore post contractum* (Pferd als Bsp.)		
Bauduin, Fr.	Wandlung: 6 Monate *utiles* ab Kauf; Minderung ein Jahr, es sei denn Unkenntnis vom Mangel bewiesen 2 Monate bzw. 6 Monate für Klagen, wenn ohne *cautio*, da Zweifel an der Qualität der Ware			
d'Argentré (Kommentar zu alten Cout., in der Pferde noch nicht erwähnt)	(Bretagne) : 6 Monate für *res, animales, praedia* bei Wandlung 1 Jahr bei Minderung D. 21, 1, 19, 6; C. 4, 58, 4, 1			
Cujaz, J.	6 Monate *utiles*, 1 Jahr *utilis* ab Kenntnis	Liste der zur Wandlung berechtigenden Krankheiten in Paris zu ergänzen		
Coquille, G.		zitiert Cout.Auxerre und Bourbonnois. Dies sei gemäß alte poliz. Verordnung Paris		
Charondas le Caron, L.	6 Monate/ 1 Jahr *utiles* Aber in F kürzere Fristen: , *ains si tost que l'achepteur a decouvert mal ou vice, il faict convenir le vendeur*	6 Monate/ 1 Jahr: Bsp. Pferd oder anderes Tier bei *vice latent*		
Loisel, A.		*Morve, pousse, courbe & courbature,* 8 Tage ab Übergabe	*Mezeaud* Schwein durch Zungenbeschauer zurückzunhemen, wenn fahrlässig	
Duret, J.	6 Monate/1 Jahr			
Godefroy, D.	6 Monate/ 1 Jahr, Tendenz zu Beginn ab Kenntnis			

Mornac		*Morve, pousse, courbature,* diskutiert bei *tour de lune*, Wandlung in Paris binnen 9 Tagen, keine Minderung		
Faber, A.	Minderung: 1 Jahr			
Loyseau, Ch.	(-)	*Morve, pousse*,evtl. *courbature*, keine Haftung bei Verkauf *à la queue*		
Automne, B.	Sehr zurückhaltend hinsichtlich Römischen Rechts; *pestilibilis fundus*: Möglichkeit des Käufers, Mangel zu erkennen; Pap. D. 21, 1, 55: *tempus supervacuum*	Bz. auf Cujaz Obs.		
Lange, Fr.	Händler heften nach *Statuts & Reglements de leur Corps ou Métier* : Wandlung und Strafe ; private Verkäufer : Haftung nur bei *dol* und vertragl. Haftungsübernahme	Mangelanzeige binnen 9 Tagen; Klage binnen 40 Tagen		
Basnage	keine Wandlung/Minderung, es sei denn 1. *dol, fraude* 2. *certains vices cachez* (wenn in Cout./Usage) 3. Haftungsübernahme Schafe, *vices latens & cachez* 9 Tage ab Kauf bzw. Übergabe, aber unterschiedlich je nach Ort i.d. Normandie keine Haftung für die Güte der Leinsaat, auch nicht express (Bezug: Urteil Paris Grande Chambre 08.03.1651 & 25.05.1651, *jurisprudence certaine*)	*morve, pousse, courbature* (Bezug: Cout. Sens, Bar, Auxerre, Bourbonnois) *courbe* (Bezug : Loisel) *tic* (Bezug : *plusieurs*) 8 Tage (Bezug : Bourbon., Coquille) bzw. 40 Tage (in Normandie, Urteile: 06.11.1663; 29.05.1653 & Bezug : Cout. Bar) keine Haftung bei *hardes de chevaux*	Finnen, Trichinen (*meseaux)* (Bezug: Loisel)	*vice latent &caché* 9 Tage ab Kauf bzw. Übergabe, aber unterschiedlich je nach Ort i.d. Normandie
Catellan, J.de	nur *fundus pestibilis* und Sklaven als Beispiel			

Domat, J.	leichter Mangel: nur Minderung; auf diese Weise Handel nicht gestört; Klagefrist ab Kennenmüssen, es sei denn *usage* oder Parteienvereinbarung sieht etwas anderes vor; Richter hat stets Einzelfallermessen	*Pousse*: Wandlung, nicht aber, wenn Pferd schwer auf Sporen reagiert		
Argou, G. (Barbier)	Wandlung nur in einigen Arten von Käufen ; Immobilien selten wandelbar (bei Zusage einer Eigenschaft ?)	*morve, pousse, courbature* in Paris 9 Tage ab Übergabe		
Furetière Dict. Univ. 1690		*morve, pousse, courbature* 9 Tage		
18. Jahrhundert				
Brillon, P.J.	*usage des lieux*, Bz. Coquille Inst.	*Pousse, morve, courbature;* vertragliche Erweiterung: *sain & net*		
Bourjon, Fr.	3 Arten der Gewährleistung: 1) gegen privaten Verkäufer: Haftung nur bei *dol* oder wenn Sache absolut unbrauchbar; so Handel nciht gestört; 2) gegen professionellen Händler: Ware muss *bonne, loyale, marchande* sein nur Wandlung 3) gegen Viehhändler; zweifelhaft, ob Wandlung eines Grundstücks möglich	zu Art. 127 Cout. Paris 9 Tage ab Kauf bei *poulse, morve,courbature* Bz. *usage constant du Chastelet*, Mornac zu § sciendum D. 21, 1 ; Cujas lib. 27 obs. cap. 15 fine.		
Patou, Fr.	Wandlung und Minderung bei beweglichen Sachen und Tieren, hpts. bei Pferden; Bei Mobilien: Römisches Recht: 6 Monate/ 1 Jahr; dasselbe bei Immobilien	40 Tage (gilt auch für andere Tiere, die nicht näher präzisiert sind)		
Auroux des Pommiers	1. Ware entspricht nicht Statuten 2. Ware nicht wie vereinbart oder wie auf Markt üblich 3. *Vice latent & caché*, die sie Sache für den Gebrauch unbrauchbar machen, für	(Bourbonnois) zu Art. 87 Paraphrase Bz. Cout. Sens		

	die sie auf dem Markt ist, oder Gebrauch so *incommode*, dass K nicht gekauft hätte *keine Fristen angegeben* Bz. auf Papon, Domat			
Ferrière, J. de & Ferrière CL.J. de	Ware entspricht nicht Statuten : Klage *au plûtôt* bei Grundstucken (+) ohne Angabe Frist	Pferde bei *vice caché*, in Paris 9 Tage bei *morve, pousse, courbature*; Bz. Mornac, Bordeau, Châtelet & Vgl. mit Cout. Sens		
Maillart, A.		15 Tage bei *morve, pousse, courbature* Bz : städtische Verordnung Arras		
Serres, Cl.	Zweifel, ob Wandlung bei Immobilie			
Soulatges, J.A.	Bei beweglichen Sachen: Wandlung und Minderung: Klage *peu de temps après la vente*, ca. 4 bis 6 Monate; bei Handelswaren, die den Statuten nicht entsprechen: *au plutôt* Bz. Serres, Cl. de Ferrière, Loisel			
Pothier, R. J.	Frist der Minderungsklage ebenso lang wie bei Wandlung, bestimmt durch Ortssitte; Tendenz zu Pap. D. 21, 1, 55	Orleans : 40 Tage, Vgl. mit Cout. de Bourbonnois, Bz. Mornac		Orleans : 40 Tage
Poullain du Parc	Bretagne: 15 Tage für alle Tiere, auch die auf Markt gehandelten 10 Jahre bei Immobilien 6 Monate bei anderen Sachen (Bezug Art. 295 Cout. Bretagne)	15 Tage bei *morve, pousse, courbature* (Bretagne)		
Encyclopédie Diderot 1777/8	Waren, die nicht den Statuten entsprechen: *aussi-tôt* ab Kenntnis Grundstücke (Bsp. *vapeur contagieuse*) Vertragl. Eigenschaften	*morve, pousse, courbature* (mit Bezug auf Cout. Sens, Bar, Auxerre, Bourbonnois, Basnage) 9 Tage bzw. 8 Tage ab Übergabe (Bezug auf Cout. Bourb., Coquille, alte Ordon. de Paris (entnommen aus Coquille) bzw. 40 Tage (Bezug Cout. Bar, Basnage)		

Dénisart 1777	Quanti minoris nach den *loix romaines*	*pousse, morve, courbature* 9 Tage in Paris (Bezug : *usage*, so auch Brodeau, Basnage, Pothier) Ausnahme: Fristverlängerung durch vertragliche Garantie bzgl. aller Mängel: 1 Monat (Bez. Urt. 25.01.1731) 8 Tage ab Lieferung (Bez. Cout Bourbon., Sens, Anc. Ord. de Police Paris) bzw. 40 Tage (Bez. Cout. Cambrai, Bar, acte de notorieté Peronne 1683) bzw. 30 Tage (Bez. Urteil Rouen 30.01.1728 f. d. Normandie) bzw. nach römischen Recht 60 Tage nach D. 21, 1, 31, 22[1]		*mal caduc, pommelière* 40 Tage (Bez. Paris 14.06.1721..)

6. Lebensdaten einiger französischer Juristen

d'Argentré, Bertrand	1519-1590
Argou, Gabriel	1640-1703
Auroux des Pommiers, M.	um 1740
Automne, Bernard	1564-1666
Basnage, Henri	1615-1695
Bauduin, François	1520-1573
Begat, Jean	1523-1572
Belordeau, Pierre	Schriften um 1620
Bouhier, Jean	1673-1746
Bourjon, François	gest. 1751
Boutaric, François de	1672-1733
Brillon, Pierre-J.	gest. 1736

[1] D. 21 , 1, 31, 22 regelt den Fall einer Rücknahme, weil die Sache nicht gefällt und deswegen eine Klausel auf Rücknahme in den Kaufvertrag aufgenommen worden war, ohne eine Frist zu regeln, nicht aber eine Wandlung wegen eines Mangels!

Brisson, Barnabé	1530- 1591
Brodeau, Julien	1585?-1653
Catellan, Jean de	1617-1700
Charondas, Louis	1536-1617
Choppin, R	1537-1606
Coquille, Guy	1523-1603
Cujacius, Jacobus	1522-1590
Delamare, Nicolas	1639-1723
Depringles, Jean	1550-1629
Domat, Jean	1525-1596
Donellus, Hugo	1527-1591
Dumoulin, Ch.	1500-1566
Duplessis, Cl.	gest. 1683
Durand, Guillaume	geb. um 1238
Duret, Jean	1540?-1620
Favre, Ant.	1557-1624
Ferrière, Cl. de	1639-1715
Ferrières, Cl. J. de	1680?-1748?
Fontaines, Pierre de	1258 am Parl.
Godefroy, Dénis	1549-1622
Guénoys, Pierre	1520-1600
Hévin, Pierre	1623 ?-1693
Lange, François	1610-1684
Loisel, Antoine	1536-1617
Loyseau, Charles	1564-1627
Maillart, Adrien	um 1740
Masuer, Jean	gest. 1450
Mornac, Antoine	1554-1619
Née de la Rochelle, J.B.	1751-1838
d'Olive, Simon, du Mesnil	um 1621, gest. vor 1682
Pape, Guy	gest. 1475/1487?
Pardessus, J.M.	1772-1853
Patou, François	1686-1758
Pithou, Pierre	1539-1596
Pothier, Robert J.	1699-1772
Poullain du Parc, A.M.	1702?-1783?
Serres, Claude	um 1750
Soulatges, J.A	um 1760