

MICHAEL OLIVA CÓRDOBA

Die Theorie des gerechten Preises im Lichte von *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8

The Theory of a Just Price in Light of *Codex Iustinianus* 4.44.2 and 4.44.8

ABSTRACT: The theory of the just price is commonly assumed to have three sources: Political philosophy of Greek antiquity, scholastic ethics of the High Middle Ages, and the Roman law of obligations of late antiquity. While closer inspection confirms this holds for the first two worlds of thought the latter assumption seems ultimately unfounded. The paper claims that the evidence notoriously presented on behalf of that assumption – two rescripts attributed to Roman emperor Diocletian, namely *Codex Iustinianus* 4.44.2 and 4.44.8 – ultimately points in another direction. Offering both an analysis and an alternative reading of the rescripts an integrated interpretation is given that reconciles them with the “liberalistic spirit of Roman law”. Also, it is explained why, from the point of view of legal and social philosophy, the fact that Roman law refrains from introducing a moral aspect to the institute of price fixing speaks in favour of Roman law rather than against it.

Keywords: just price, Roman Law of obligations, Aristotle, Thomas Aquinas, equality in exchange, subjective theory of value, Carl Menger, Ludwig von Mises

Schlagworte: Gerechter Preis, Römisches Schuldrecht, Aristoteles, Thomas von Aquin, Äquivalenzprinzip, Subjektive Werttheorie, Carl Menger, Ludwig von Mises

I. Einleitung

Die Gerechtigkeit zum Maßstab des „guten“ und „richtigen“ Rechts zu machen, ist eine zwiespältige Angelegenheit. Auf der einen Seite grenzt man auf diese Weise das Recht als Institut vom *Positivismus* ab. In seiner extremsten Form sieht der Positivismus das Recht nur mehr prozedural bestimmt: „Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein.“¹ Dies provoziert die auch historisch fundierte Nachfrage, ob das Recht nicht eines gehaltvollen inhaltlichen Kriteriums für seine Güte und Richtigkeit bedarf. Die Gerechtigkeit zum Maßstab zu nehmen scheint genau dieses Bedürfnis zu befriedigen. Auf der anderen Seite gerät das „kleine“ Recht so in die babylonische Gefangenschaft der „großen“ Moral. Es läuft Gefahr so umgedeutet zu werden, dass sein Wesen nicht mehr zu erkennen ist. Um nur auf einen der vielen hier einschlägigen Aspekte zu verweisen: Richtig

1 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen 2008, 74

bleibt doch, dass das Wesen des Rechts sich unter anderem darin niederschlägt, dass es gesetzt werden kann und veränderlich ist, dass es aufgehoben und ergänzt werden kann, dass verschiedene Rechtssysteme unterschiedliche, gleich „gute“ oder „richtige“ Lösungen für dieselben Alltagsprobleme finden können – was immer „gut“ oder „richtig“ hier auch heißen mag. Mit Vorstellungen der Absolutheit, Universalität und unmittelbaren Verpflichtungsnatur, die wir typischerweise moralischen Normen zusprechen, ist dieser Wesenszug des Rechts nur im Ausnahmefall in Übereinstimmung zu bringen. Der Befund ist also paradox: Machen wir die Gerechtigkeit zum Maßstab des Rechts, so befriedigen wir zwar ein dringendes Bedürfnis; das Ganze aber verfehlen wir doch. Die These von der Unterordnung des Rechts unter die Moral, dieses „Hauptproblem im Streit um den Rechtsbegriff“;² ist damit vielleicht punktuell plausibel. Allgemeinheit kann sie aber nicht beanspruchen. Daher trifft sie eben auch nicht das Wesen des Rechts.

Die Spannung, auf die diese Überlegung aufmerksam macht, existiert nicht erst seit der historischen Zäsur, die Gustav Radbruch zu seiner berühmten Formel führte.³ Sie begleitet das Recht vermutlich seit es sich als Institut *sui generis* emanzipierte. Doch wo man vom Großen geblendet wird, übersieht man leicht, wie sich das Wesentliche im Kleinen zeigt. Nirgends wird der eigene Charakter des Rechts deutlicher als dort, wo es einen echten Bedarf nach Lösung von Alltagsproblemen befriedigt, wo moralische Qualifikationen aber gewöhnlich so fernliegen, dass sie sich nicht von selbst aufdrängen. Denken wir hier nur an die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, an den Marktplatz, an Kauf und Tausch. Verfechter der Unterordnungsthese (die sich nicht selten bescheiden als „Verbindungsthese“ ausgibt)⁴ müssen jedoch auch hier einen moralischen Kern annehmen. Sie haben dies auch von je her getan. Die Moralbindung von Kauf und Tausch verfechten sie vermittels der Annahme eines *iustum pretium* und gründen darauf die *Theorie des gerechten Preises*. Diese Theorie hat naturgemäß viele Dimensionen. Neben der Moralphilosophie, deren Kind sie ist, liegen vielleicht diejenigen besonders nahe, die in die Ökonomie und die Politische Philosophie weisen. Wo aber nimmt die Theorie ihren Ausgangspunkt? Im Allgemeinen werden drei mehr oder weniger voneinander unabhängige Quellen ausgemacht: Die Politische Philosophie der griechischen Antike, die Morallehre insbesondere der christlichen Hochscholastik und das römische Schuldrecht. Während schon ein flüchtiger Blick in die *Summa Theologica* und ein etwas genauerer in die *Nikomachischen Ethik* belegt, dass Thomas von Aquin und Aristoteles hier nicht zu Unrecht angeführt werden, gelten als Beleg zur Einbeziehung des römischen Schuldrechts zwei Reskripte, *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8. Muss der mutmaßliche Autor, der spätclassische Kaiser Diokletian, mit Aristoteles und Thomas in einem Atemzug genannt werden? Das ist vielleicht weniger plausibel als Verfechter des Konzepts des gerechten Preises annehmen könnten. In diesem Aufsatz schlage ich eine alternative Deutung der Reskripte vor, die die hohe Wertschätzung von Vertragsfreiheit

2 Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg 2011, 15

3 Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946), 105–108, insbes. 107

4 Alexy (Fn. 2), 17

und Freiheit der Preisgestaltung im klassischen römischen Schuldrecht ernster nimmt, als es Philosophen und Kirchenlehrer gemeinhin taten. Auf diese Weise stellt sich den Verfechtern der Unterordnungsthese die nüchterne Systematik einer der größten Errungenschaften der Antike entgegen: Die des klassischen römischen Rechts.

II. *Emptio venditio*

Die Rede von Gerechtigkeit ist allgegenwärtig; sie ist zu einem Kennzeichen von Diskussionen im öffentlichen Raum geworden. Dem unvoreingenommenen Betrachter wird auch die Vorstellung eines „gerechten Preises“ als naheliegend erscheinen. Dies zeigt sich etwa daran, dass die Auseinandersetzungen um Wucher, Buchpreisbindung, Mindestlohn, Mietpreisbremse und die Beschränkung von Managergehältern gar nicht als spezifisch wissenschaftliche Diskussionen wahrgenommen werden. Man fasst sie als Themen des Alltags auf, obwohl sie in der einen oder anderen Form Debatten um einen „gerechten Preis“ sind. Aber wie alltäglich sie uns heute auch scheinen mag, die Gedankenfigur eines gerechten Preises hat nicht immer eingeleuchtet. Im klassischen römischen Recht war sie nicht vorgesehen:

Classical law knew nothing of control of prices by any doctrine which required the price to be fair, the exchange of value roughly equal. The price had to be *verum*, genuinely intended to be demanded as opposed to merely colourable, pretended. A transaction dressed up as a sale but actually a gift would be void. But a genuine sale for a very cheap price or a very expensive price would be upheld.⁵

Keinen gerechten Preis vorzusehen war nicht Ausdruck geringer konzeptueller Durchdringung. Im Gegenteil. Das klassische römische Recht war außerordentlich komplex. Das Institut der *emptio venditio*, das Kaufverhältnisse regelte, war facettenreich und systematisch hoch angesiedelt. Es wurde als Ausprägung des *ius gentium* verstanden, des „Rechts, das der natürliche Verstand unter allen Völkern aufrichtet“.⁶ Reiche und vielfältige Diskussionen begleiteten diese Entwicklung. Das Fehlen eines *pretium iustum* war kein weißer Fleck auf der juristischen Landkarte, es hatte systematische Gründe. Warum erachtete die klassische römische Rechtssystematik Preise als einer eigenen qualitativen Überprüfung nicht würdig?

Eng umgrenzte magistratale Ersatzhandlungen gab es zwar. So war der Prätor zur abweichenden Preisfestsetzung befugt, wenn die tatsächliche Fläche eines Ackers kleiner war als die bei Abschluss des Kaufvertrags zugrunde gelegte.⁷ Solche Ersatzhandlungen

5 Peter Birks, *The Roman Law of Obligation*, Oxford 2014, 70. Ebenso George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Heidelberg 2012, 220–228 f., Jan Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg 2010, 91 sowie Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 250–270

6 „[Ius] vero naturali ratio inter omnes homines constituit [...]“; *Digesta in: Institutiones, Digesta (Corpus Iuris Civilis, Bd. 1)*, hg. von Theodor Mommsen & Paul Krüger, Berlin 1872, 1.1.9.

7 Vgl. Doris Göttlicher, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis*, Göttingen 2004, 160.

bestätigen die Regel aber eher, als dass sie Ausnahmen darstellen. Grundsätzlich wurde die Angemessenheit eines Preises einer substanziellen Prüfung nicht einmal für fähig erachtet. Dieser bemerkenswerte Umstand wird manchmal als das Ergebnis des Kampfes zweier Prinzipien beschrieben. George Mousourakis etwa stellt ihn als Obsiegen des „Prinzips des freien Aushandelns“ dar: „In classical law the principle of free bargaining prevailed and so the amount of the price was left to the unfettered discretion of the parties concerned – the law did not intervene to dictate how they should draw up their sale agreement.“⁸ Diese Darstellung erscheint jedoch anachronistisch. Das Bild vom Ringen setzt zwei Ringer voraus, also zwei Prinzipien, wo das angenommene zweite (mutmaßlich das „Prinzip des gerechten Preises“) doch auch nach Mousourakis' eigener Ansicht bis zum Ende des Prinzipats keines war, mithin gar nicht existierte und der herrschenden Meinung zufolge erst durch Diokletian eingeführt sein soll. Eine andere Erklärung ist also erforderlich und liegt auch viel näher. Sie kann auch auf in klassischer Zeit etablierte Rechtsnormen zurückgreifen.

Wichtiges Element der *emptio venditio* war das Vorliegen eines beiderseitigen Wollens (*consensus*). Falls von einer „Angemessenheit des Preises“ überhaupt gesprochen werden konnte, so war sie durch die Freiwilligkeit und Gegenseitigkeit des Tausches immer schon gegeben. Schließlich galt das Wollen im römischen Recht von je her als hinreichend dafür, dass kein Unrecht vorlag. In der von *Ulpian* überlieferten Formulierung sagte man: „Nulla iniuria est, quae in volentem fiat“,⁹ also „kein Unrecht ist, was dem Wollenden geschieht“. Dies galt auch hier. Im Kauf, als einer Art freiwilligen Tausches, wollen eben beide. Dass die Gerechtigkeitsfrage nicht aufkam, war daher nur konsequent. Wie aber ist die Einführung der Idee eines gerechten Preises in die spätantike Systematik des römischen Rechts dann zu erklären? Nicht wenige Forscher heben hier auf die berühmte „crisis of the third century“ ab, die sich im dritten nachchristlichen Jahrhundert eingestellt haben soll.¹⁰ Peter Birks etwa bemüht gierige Unternehmer, die aufgrund ihrer Gier „erheblichen Schaden“ (*laesio enormis*) anrichteten, dem der „gerechte Preis“ (*iustum pretium*) abhelfen sollte. „Only in very late law, in an attempt to curb exploitation of the weak by greedy *potentes* (magnates), did there emerge a doctrine of *iustum pretium* based on what was called *laesio enormis*. The object was to protect the weak who were being bought out of their land.“¹¹ Diese Umstände, so Birks, führten zur Einführung der Doktrin des gerechten Preises. Zugunsten seiner Auffassung kann Birks darauf verweisen, dass der Topos der Gier eine große Rolle für Diokletians berühmtes Preisedikt spielt, mit der er und seine Mitkaiser 301 n. Chr. Höchstpreise für so gut wie alle bedeutsamen Waren verordneten.¹² Es ist jedoch fraglich, ob diese moralisierende Argumentation die Maßnahmen des Edikts von 301 tatsächlich trug oder ob sie seinen Zweck und Anlass nur bemäntelte.¹³ Auch ist fraglich, ob man die moralisie-

8 Mousourakis (Fn. 5), 223

9 *Digesta* (Fn. 6) 47, 10, 1, 5

10 Vgl. Göttlicher (Fn. 7), 147.

11 Birks (Fn. 5), 70

12 Vgl. Michael Speidel, *Wirtschaft und Moral im Urteil Diokletians*, *Historia* 58 (2009), 488.

13 Vgl. Burkhard Meißner, *Über Zweck und Anlaß von Diokletians Preisedikt*, *Historia* 49 (2000), 100.

rende Argumentation aus Diokletians letzten Regierungsjahren in einer Amtshandlung der Anfangsjahre vorweg genommen sehen kann. Nicht alle Autoren schlugen daher in dieselbe Kerbe oder tun dies auf dieselbe Weise. Jan Dirk Harke zum Beispiel sieht keine gierigen Magnaten am Werk, sondern allgemeinen wirtschaftlichen Verfall:

Eine Wende brachte erst eine in Zeiten großer Inflation ergangene Entscheidung des Kaisers Diokletian, der dem Erben eines Grundstücksverkäufers bescheinigte, er könne den Vertrag anfechten, falls der Käufer seinem Vater nicht wenigstens die Hälfte des gerechten Preises gezahlt habe und auch nicht dazu bereit sei, dies nachzuholen.¹⁴

Dieser Differenz zum Trotz stehen Birks und Harke gleichermaßen exemplarisch für die vielen Gelehrten, die eine generische Erklärung anbieten. Sie legen auf jeweils eigene Art nahe, dass allgemeine Umstände an der Wende vom Prinzipat zur römischer Spätantike zu einer Revision des römischen Rechts führten, die von da an in Geltung kam und die spätere Entwicklung mit beeinflusste. Deutlicher als Birks sieht Harke, dass sich diese „Wende“ an singulären Entscheidungen festmacht, die einem konkreten Herrscher (Diokletian als dem *senior augustus*) zugeschrieben werden können. Diese Entscheidungen genauer zu betrachten ist unverzichtbar, um zu einem besseren Verständnis der Sachlage zu kommen.

III. Zwei Reskripte

Unmittelbar nach seiner Thronbesteigung 527 n. Chr. unternahm der hellstichtige oströmische Kaiser Justinian eine weitreichende Neukodifikation des römischen Rechts. Justinian, der den Glanz des alten Römischen Reiches in Ost wie West unter *einer* Herrschaft und *einem* Recht wiederaufgerichtet sehen wollte, gab den Auftrag zur Schaffung dessen, was später als *Corpus Iuris Civilis* berühmt werden sollte.¹⁵ Im *Codex Iustinianus*, dem ersten seiner vier Teile, finden sich zwei diokletianische Reskripte, *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8, die für die Einführung eines *iustum pretium* in Anschlag gebracht werden. Das erste dieser Reskripte ist an einen Mann namens Aurelius Lupus gerichtet:

Die Imperatores und Augusti Diokletian und Maximian dem Aurelius Lupus:

Hast du oder hat dein Vater eine Sache höheren Wertes zu einem zu geringen Preis verkauft, ist es billig, dass du entweder unter Rückerstattung des Kaufpreises auf Anordnung des Richters das verkaufte Grundstück oder, wenn der Käufer dies vorzieht, die Differenz zum richtigen Preis erhältst. Als zu gering gilt ein Preis, wenn nicht einmal die Hälfte des wahren Preises gezahlt worden ist.¹⁶

14 Harke (Fn. 5), 91

15 Vgl. George Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Heidelberg 2015, 198–211.

16 *Codex Iustinianus*, in *Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis, Bd. 2)*, hg. von Paul Krüger, Berlin 1877, 4.44.2: „Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo. Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctori-

Das zweite Reskript wendet sich an die Aurelia Eudoia:

Die Imperatores, Augusti und Caesares Diokletian und Maximian der Aurelia Euodia:

Wenn dein Sohn deinem Willen entsprechend dein Grundstück verkauft hat, so muss dolus aufgrund betrügerischer und hinterhältiger Handlungen des Käufers dargelegt oder Furcht wegen des angedrohten Todes oder drohender Körperqualen aufgedeckt werden, damit der Kaufvertrag als unwirksam anzusehen ist. Aber dies allein, dass du darlegst, das Grundstück sei zu einem etwas geringeren Preis verkauft worden, genügt nicht, um den Kaufvertrag ungültig zu machen. Wenn du freilich die Natur des Kaufvertrages bedacht hättest und dass der Käufer mit dem Wunsch, günstiger zu erwerben, der Verkäufer mit dem Wunsch, teurer zu veräußern, zu den Vertragsverhandlungen gekommen sind und sich kaum nach vielen Auseinandersetzungen, in denen allmählich der Verkäufer von dem, was er (zunächst) gefordert hatte, (etwas) abzieht, der Käufer dem, was er (zunächst) geboten hatte, (etwas) hinzufügt, auf einen bestimmten Preis geeinigt haben, so würdest du gewiss erkennen, dass weder die bona fides, die alle Vereinbarungen über Kauf und Verkauf schützt, es duldet, noch irgend ein anderer Grund es gestattet, den aufgrund eines solchen Konsenses abgeschlossenen Vertrag aufzuheben, sei es dass sofort oder später eine Rechtsstreit über die Höhe des Preises entsteht. Es sei denn, dass weniger als die Hälfte des gerechten Preises, so wie er zum Zeitpunkt des Verkaufs gewesen wäre, gegeben worden ist; nachdem dem Käufer die Wahl bereits zugestanden worden ist, ist sie ihm zu bewahren.¹⁷

Unkontrovers festhalten lässt sich dieses: In beiden Reskripten geht es um die Rückabwicklung eines Kaufvertrags, und in beiden fällt die Formulierung „wahrer“ oder „gerechter Preis“. Aurelius Lupus ebenso wie Aurelia Eudoia monieren, dass in ihren jeweiligen Fällen zu wenig gezahlt oder gegeben worden sei und appellieren an den Kaiser. Diokletian antwortet mit einer Auskunft, in der es um einen „Halbbetrag“ geht. Doch an dieser Stelle endet die Einigkeit der Interpreten, und dies mit guten Gründen.

Belegen die Reskripte den Erlass einer allgemeinen Regelung? Findet durch sie ein neues Prinzip Eingang in das römische Recht? Beides kann man so sehen, muss es aber nicht. Zunächst ist die Bemerkung angebracht, dass Reskripte nicht unbedingt der

tate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.“ Übersetzung nach Harke (Fn. 5), 91, Fn. 140.

17 Codex Iustinianus (Fn. 12) 4.44.8: „Idem AA. et CC. (Imp. Diocletianus et Maximianus) Aureliae Euodiae Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretiiquantitatis disceptationem: Nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.“ Übersetzung nach Göttlicher (Fn. 7), 124.

natürliche Weg für den Erlass allgemeiner Regelungen waren.¹⁸ Den ab dem späteren Prinzipat von keinerlei Gewaltenteilung mehr angefochtenen römischen Kaisern standen verschiedene Wege der Rechtsschöpfung offen. Neben der abschließenden Entscheidung von Streitfragen in Rechtssachen konnten sie *constitutiones* erlassen (*edicta, decreta*), denen unmittelbar allgemeine Gesetzeskraft zukam. Sehr häufig aber wurde in ihrem Namen auf einzelne Eingaben individueller Petenten geantwortet; dies eben sind die ominösen Reskripte. Die erteilten Auskünfte waren zunächst nur für den betreffenden Einzelfall bindend. Nahmen nachgeordnete Magistrate sie als Präzedenzen, konnten sie aber auch über den Einzelfall hinaus Geltung erlangen. Es konnte also vorkommen, dass allgemeine Regelungen auf dem Wege einer „Rechtsauskunft“ an einzelne Petenten eingeführt wurden. Ist dies für *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 und die angenommene Einführung der Doktrin eines *iustum pretium* wahrscheinlich? Raymond Westbrook argwöhnt, dass die Diskussion für die Einführung einer allgemeinen Regelung zu isoliert bleibt:

There is no discussion of the doctrine anywhere else in classical or post-classical sources. On the contrary, *Codex Theodosianus* contains three rescripts reiterating in the strongest terms the classical principle that a sale cannot be rescinded merely on the grounds that the price was less than the property was worth (C.Th.3.1; 4.8).¹⁹

Codex Theodosianus war ein 438 n. Chr. veröffentlichter Vorgänger des 529 veröffentlichten *Codex Iustinianus*. Er verzeichnete die Anfang des fünften Jahrhunderts in beiden Reichsteilen hergebrachten, als klassisch erachteten gültigen Rechtsnormen. Die diokletianische Reskripte, die hier in Rede stehen, müssen ungefähr um ca. 290 n. Chr. abgefasst worden sein, also in der ersten Dekade der Regierungszeit Diokletians. Die Doktrin des *iustum pretium* in dieser gut überlieferten Sammlung nicht erwähnt zu finden, deutet nicht darauf, dass mit ihr eine allgemeine Regelung in das Recht Eingang gefunden hätte. Wäre dies der Fall gewesen, hätte sie schon sehr bald außer Geltung gekommen sein müssen. Dass auch im späteren *Corpus Iuris Civilis* abgesehen von den beiden überlieferten Reskripten keine weiteren Spuren zu finden sind, sondern nur Rechtsnormen, die mit der intendierten Lesart der Reskripte nicht in Deckung zu bringen sind, nimmt Westbrook gar zum Anlass zu Zweifeln an ihrer Authentizität:

In view of the doctrine's rejection in post-Diocletian law, both paragraphs have long been suspected of being Justinianic interpolations. Like C.4.44.8, three other paragraphs in *Codex Iustinianus* show definite signs of interpolation in rescripts that originally upheld the classical position, in order to make them conform with the doctrine: C.4.44.12 & 15; 4.46.26.²⁰

18 So auch John Matthews, *Laying Down the Law. A Study of the Theodosian Code*, New Haven, CT, 2000, 10–30, insbes. 13; vgl. auch Mousourakis (Fn. 15), 65 ff.

19 Raymond Westbrook, *The Origin of laesio enormis*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* 55 (2008), 39–52.

20 aaO.

Er gelangt letzten Endes gar zu der These, dass mit Diokletians Entscheidungen ein fremdkulturelles Element Eingang in das römische Recht gefunden habe:

Whichever Roman emperor was responsible for the two rescripts, it is unlikely that the doctrine was created *ex nihilo*. A concept so alien to Roman law must have come from a foreign system. The most probable source is the native legal institutions of the non-Roman inhabitants of the eastern Roman empire – what Mitteis called Volksrecht. Within the eastern empire, it has been suggested that *laesio enormis* derives specifically from Rabbinic law.²¹

Eine gewisse Sprunghaftigkeit wird man diesen Überlegungen wohl zuschreiben müssen. Zunächst erweckt Westbrook den Eindruck, die Reskripte seien folgenlos geblieben, am Ende schließt er auf einen jüdisch-orientalischen Einfluß auf das römische Recht der Spätantike. Die Ansichten zur Rückführung auf das jüdische Recht und seine Vorläufer muss man aber nicht teilen, um manche der Vorbehalte bedenkenswert zu finden. Wasser auf die Mühlen der Kritik führt etwa der Hinweis, dass es sich bei den Reskripten eher um thematisch eng begrenzte Einzelfallentscheidungen ohne weitreichenden Präzedenzcharakter gehandelt haben wird. So anerkennt Mousourakis: „It appears that the *laesio enormis* rule applied only to land. It should be noted, further, that Roman law did not provide a corresponding remedy for the purchaser who had paid more than twice the fair price.“²² Auch Doris Göttlicher, die durch die Reskripte ein neues normativ-moralisches Rechtsprinzip eingeführt sieht, verkennt nicht, dass der allgemeine Charakter dieser Reskripte in Frage steht:

In beiden Reskripten gibt es Andeutungen für die Vermutung, dass es sich um entsprechende Einzelfallentscheidungen gehandelt haben dürfte: CJ 4, 44, 8 Satz 1 greift auf die vertragsrechtlichen Grundsätze des klassischen Rechts zurück. Danach kann ein Vertrag nur dann aufgehoben werden, wenn dem Käufer entweder dolus oder metus vorzuwerfen ist. Er muss also durch arglistiges Verhalten oder Drohung den Willen des Verkäufers beeinflusst haben. Anhaltspunkte, dass das eine oder andere vorlag, bietet der geschilderte Sachverhalt aber nicht. Auch kann man aus den Formulierungen *tu vel pater tuus* in CJ 4, 44, 2 und *filii tuus voluntate tua* in CJ 4, 44, 8 folgern, dass grundsätzlich auch die fehlende Geschäftsfähigkeit ein Grund für die Angreifbarkeit des Vertrages gewesen sein könnte.²³

Die Frage, was aus den Reskripten tatsächlich herausgelesen werden kann und was späteren Entwicklungen zugeschrieben bleiben muss, beantwortet John Baldwin von daher auch mit einer gewissen Ernüchterung:

In the light of the later medieval developments certain features of *laesio enormis* should be emphasized. The Justinian formulation in the Code was not a general principle relating to all contracts of sale similar to the texts defining freedom of bargaining, but rather a specific piece of legislation remedying a specific situation. It applied only to an unusual disadvantage, that is, a

21 aaO.

22 Mousourakis (Fn. 5), 223, Fn. 193

23 Göttlicher (Fn. 7), 129

loss below one-half the just price. If the price equalled or was above one-half the just price the remedy was not effective. It pertained only to the sale of land and protected only the seller. It did not apply to the sale of other articles or to the protection of the buyer. The choice of the means of remedy (re- scission or the just price) rested solely with the buyer. Finally, to obtain its enforcement an appeal was made to the authority of the judge. *Laesio enormis* was a specific remedy for a specific ill; its extension as a broad principle of sale was a development of the Middle Ages²⁴

Baldwin, Göttlicher und Masourakis begegnen den Reskripten also durchaus nicht unkritisch. Dennoch gehören sie wie wohl die überwiegende Mehrheit der Autoren zu der Gruppe, die wir der Einfachheit halber als die Gruppe der „Moralisten“ bezeichnen können: Die Moralisten vertreten die These, dass in *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 ein bis dahin im römischen Recht abwesendes normativ-moralisches Element in die Rechtsetzung zur Preisbildung am Markt eingeführt wurde. Dieses Element, das *iustum pretium* zur Abwendung der *laesio enormis*, verstehen sie als eine der Quellen für eine moralische Theorie des gerechten Preises.

Das römische Recht gilt als eine bedeutende systematische, wissenschaftliche und kulturelle Errungenschaft. Manchen gilt es gar als das für sich genommen bedeutendste Erbe, das die Römer nachfolgenden Völkern und Generationen vermacht haben.²⁵ Sein Einfluss ist noch heute in Gesellschaft, Recht, Wissenschaft und Philosophie spürbar. Diesem Einfluss dort nachzuspüren, wo das römische Recht ihn hat, und aufzudecken, wo er ihm zu Unrecht zugeschrieben wird, hat daher mehr als nur historische Relevanz. Der Fall des *iustum pretium* ist in dieser Hinsicht beispielhaft. Es auf die Alten zurückzuführen ist ein nahe liegendes Interesse derer, die das Institut des gerechten Preises verteidigen und es vielleicht gar als Heilung für die Wunden preisen, die der „entfesselte Markt“ schlage. Zwar handelt es sich bei dieser Überlegung bei Lichte besehen um ein *argumentum ad verecundiam*;²⁶ seine Unzulässigkeit mag man also einsehen. Dennoch vermittelt eine solche Darstellung das Gefühl einer umso besser begründeten Position. Der Hinweis scheint daher nicht unwichtig, dass es allem Kritikbewusstsein der Moralisten zum Trotz zweifelhaft bleibt, ob es in den Reskripten des *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 überhaupt um Gerechtigkeit geht. Wie wir sehen werden, kann eine ganz andere Lesart letzten Endes mehr Plausibilität für sich beanspruchen.

24 John Baldwin, *The Medieval Theories of the Just Price: Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, *Transactions of the American Philosophical Society*, 49 (1959), 1–92, insbes. 18.

25 Baldwin (Fn. 24), 16: „Most authorities agree that the greatest single contribution of Roman civilization to succeeding generations was its legal system.“

26 John Locke, *An Essay concerning Human Understanding*, Oxford 1690, IV.xvii.19: 686

IV. Die Liberalität der römischen Rechtstradition

Man kann nicht auf die Reskripte des *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 blicken ohne zu sehen, dass das im Vordergrund stehende Thema das der Vertragsaufhebung bzw. -anfechtung ist. Autoren wie der Rechtshistoriker Harke nehmen diese Beobachtung ernst. Sie fassen die Reskripte funktional als frühe Beispiele für die im Schuldrecht bekannte Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage auf:

[Kaiser] Diokletian [bescheinigte] dem Erben eines Grundstücksverkäufers [...], er könne den Vertrag anfechten, falls der Käufer seinem Vater nicht wenigstens die Hälfte des gerechten Preises gezahlt habe und auch nicht dazu bereit sei, dies nachzuholen. Im Mittelalter wurde aus dieser Entscheidung die für alle Verträge und jeweils beide Parteien gleichermaßen geltende Regel, die „erhebliche Schädigung“ (*laesio enormis*) genannte Verkürzung eines Kontrahenten über die Hälfte berechtigte ihn zur Vertragsanfechtung. Zugleich verallgemeinerten die mittelalterlichen Juristen den in einem bestimmten Zusammenhang gefallenen Satz des Hochklassikers Julian, eine vertragliche Abrede stehe unter der stillschweigenden Bedingung, dass sich die Verhältnisse nicht änderten. Hieraus machen sie den später die „Bedingung gleichbleibender Umstände“ (*clausula rebus sic stantibus*) getauften Generalvorbehalt, dass die Gegebenheiten, wie sie die Parteien bei Vertragsschluss vorgefunden hatten, später keine erhebliche Änderung mehr erfahren durften. Trat eine solche wider Erwarten ein, sollte die hierdurch belastete Partei die von ihr zu erbringende Leistung verweigern können.²⁷

Es bedarf wohl keiner eigenen Betonung, dass die Auslösung von Rechtsfolgen bei Störung der Geschäftsgrundlage nicht für sich genommen eine Bewertung des vereinbarten Preises oder Kaufgegenstandes erlaubt. Ist die Geschäftsgrundlage zum Beispiel gestört, weil Befugnis, Vollmacht, Identität oder Wollen einer der Vertragsparteien in Frage stehen, so kann nicht ohne Willkür angenommen werden, dass der Preis unangemessen, unfair oder nicht gerecht ist. Genau genommen handelt es sich bei der Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage überhaupt nicht um eine Frage der Gerechtigkeit. Und selbst wenn man dies um des Argumentes Willen annehmen wollte, könnte man doch nicht schließen, dass es sich um eine Frage des gerechten Preises handeln würde. Schon der erste unvoreingenommene Blick bereitet der moralistischen Position also Schwierigkeiten. Die Betrachtung der Funktion der Reskripte weist in eine andere als die moralistische Richtung.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus der Systematik des römischen Rechts. Es ist ein Allgemeinplatz, dass das römische Privatrecht überaus liberal war: „The Roman principle of liberty led to extreme individualism in the domain of private law.“²⁸ Die offenkundige Zurückhaltung und Liberalität der römischen Rechtstradition bezüglich des Marktes und des Handels wäre mit der Gültigkeit der moralistischen Position kaum zu vereinbaren. Denn diese Liberalität ließ der Vertragsfreiheit, und damit auch

27 Harke 2010 (Fn. 5), 91 f.

28 Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, 146

der Preisgestaltung, traditionell eben fast unbeschränkten Raum.²⁹ Wie Reinhard Zimmermann ausführt, verlangte die *emptio venditio* für einen gültigen Kauf zwar, dass der Preis wahr (*verum*) und bestimmt (*certum*) sei: Er musste ernst gemeint und tatsächlich verlangt werden, sonst handelte es sich um eine versteckte Schenkung; und er konnte bei Vertragsabschluss nicht völlig offen bleiben, obgleich er auch erst zu einem späteren Zeitpunkt detailliert bestimmt werden durfte, sonst handelte es sich nicht um einen *consensus*. Keine Anforderung für die Gültigkeit eines Kaufvertrags war es aber, dass der Preis in irgendeiner Weise gerecht oder angemessen zu sein hatte:

The price had to be meant seriously and it had to be certain. It was not a requirement for the validity of a contract of sale that the price be just or fair. This is a reflection of the liberalistic (rather than paternalistic) spirit of Roman law, as well as of the sovereign position and practically unfettered authority of the paterfamilias. Roman private law was the law of the free Roman citizen, who could not only be relied upon to look after his own interest, but whose duty it also was to protect the (economically, socially, intellectually or emotionally) weaker members of the community – notably women, children and slaves – in so far as they belonged to his household. Determination of the price could thus be left to the parties; whatever they agreed upon could be taken to represent a fair price in the circumstances of the individual sale. Judicial reconsideration and interference would have been an improper infringement of the freedom of the parties to strike their own bargain and to assess the balance of performance and counterperformance according to their own economic needs and interests.³⁰

Da sie in so hoher Achtung gehalten wurde, finden wir Hinweise auf die Vertragsfreiheit natürlich auch im *Corpus Iuris Civilis* und zwar in einer Deutlichkeit, die dem modernen Leser geradezu als Überzeichnung scheinen muss. So überliefern die *Digesten*, der zweite Teil des *Corpus Iuris Civilis*, die als Zusammenfassung des gesamten unter Justinian geltenden Rechts angelegt waren,³¹ zwei auf die bedeutenden Rechtsquellen Paulus und Ulpian zurückgeführte Lehrmeinungen:

Zum Beispiel beim Kaufen und Verkaufen ist es natürlich erlaubt, was wertvoller ist, günstiger zu kaufen, was weniger wertvoll ist, teurer zu verkaufen und sich auf diese Weise gegenseitig zu übervorteilen.³²

Auch Pomponius ist der Ansicht, dass es in Bezug auf den Kaufpreis beim Kauf und Verkauf den Parteien natürlich gestattet ist, sich gegenseitig zu übervorteilen.³³

29 Allerdings anerkannte die *emptio venditio* sogenannte „*res extra commercium*“, die zu kaufen oder verkaufen nichtig war, wie z. B. Freie (*liberi homines*), Straßen, Flüsse und Tempel. Siehe Zimmermann (Fn. 5), 24.

30 Zimmermann (Fn. 5), 255 f.

31 Vgl. Mousourakis (Fn. 15), 200–205.

32 *Digesta* (Fn. 6) 19, 2, 22, 3: „*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod plures sit minoris emere, quod minoris sit plures vendere et ita invicem se circumscribere.*“ Übersetzung nach Göttlicher (Fn. 7), 99.

33 *Digesta* (Fn. 6) 4, 4, 16, 4: „*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contractibus se circumvenire.*“ Übersetzung nach Göttlicher (Fn. 7), 98.

Anders als die Übersetzung suggeriert, war mit der Rechtsformel „*invicem se circumscribere*“ Arglist und Betrug weder gemeint noch gestattet. Vielmehr beinhaltete sie die

breite[...] Anerkennung des Grundsatzes [...], nach dem, unabhängig vom Verhältnis der ausgetauschten Leistungen, die *bona fides* dann gewahrt war, wenn ein freier Konsens über die *essentialia negotii* vorlag. Es gab eine sehr beschränkte Anzahl von Umständen, die dem Prätor die Aufhebung des Vertrages zur Pflicht machten. Ein [„]gestörtes[“] Austauschverhältnis gehörte nicht dazu.³⁴

Für den entscheidenden *consensus* war es weder ein Erfordernis, das (angenommene) Wohl des Vertragspartners noch eine (angenommene) objektive Vorstellung vom Wert der Kaufsache zu berücksichtigen.³⁵ Festzuhalten bleibt jedoch, dass die Paulinisch-Ulpianischen Sätze Ausdruck einer allgemeinen und nicht nur auf den Einzelfall bezogenen Rechtslehre waren. Einer Lehre zudem, die weder erst in spätantiker Zeit neu eingeführt noch je im römischen Recht revidiert wurden. Dieser Umstand stellt eine signifikante Hürde für die moralistische Position dar. Er verlangt sowohl nach einer Erklärung der unter Annahme der moralistischen These entstehenden Inkohärenz als auch nach Klärung der Frage, welche der miteinander dann in Spannung stehenden Doktrinen gegenüber der anderen Priorität zu genießen hätte. Doch steht zu befürchten, dass jede mögliche Antwort das Problem nur weiter vertiefen würde. Zimmermann schließt denn auch pessimistisch: „*Laesio enormis* has been compared to the hydra: each answer to any of the questions raised seemed to cause a host of new problems.“³⁶ Doch haben wir mit den funktionalen und systematischen Problemen noch nicht alle Schwierigkeiten durchgemustert. Ein weiteres Problem entsteht schon an deutlich früherer Stelle. Genau genommen entsteht es aus der Auslegung der Textbasis selbst.

V. Zwei Reskripte neu gelesen

Kehren wir zur Auslegung der Reskripte zurück, lassen wir uns dabei jedoch nicht durch ein gewünschtes Beweisziel vom geraden Gang der Untersuchung abbringen. Eine Reihe für sich genommen unscheinbarer Beobachtungen zur Hermeneutik der Reskripte fügt sich dann zu einem signifikant anderen Bild.

(a) Die erste Beobachtung, die es zu berücksichtigen gilt, betrifft die Rede vom wahren Preis. Ist „*verum*“ als normative Auszeichnung zu verstehen? Das ist sprachlich

34 Göttlicher (Fn. 3), 160. Sogenannte „scare quotes“ sind zur Kennzeichnung der eingehenden Bewertung Göttlicher eingefügt, die aber der Angemessenheit ihrer Darstellung der Fakten keinen Abbruch tut. Vgl. auch Elisabeth Koch, Gerechter Preis, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, hg. von A. Cordes / H. Lück / D. Werkmüller, Berlin 2012, 123 und *Digesta* (Fn. 6) 19, 2, 23. Ebenso Zimmermann (Fn. 5), 256: „Paul. D. 19, 2, 22, 3 does not contain a *carte blanche* for foul play, for neither *actio empti* nor *actio venditi* could be granted in case of fraudulent machinations. There was no licence for wangling and knavery.“

35 Dies deutet auf einen impliziten *Wertsubjektivismus* des römischen Schuldrechts. Vgl. unten, Abschnitt VII.

36 Zimmermann (Fn. 5), 263

nicht zwingend. Zwar mag ein „wahrer Freund“ als solcher zu loben sein, ein „wahrer Sachverhalt“ aber nicht. Selbst wo „verum“ normativ verstanden werden kann, spricht der Kontext nicht immer dafür. Auch ein ökonomischer Kontext erzwingt eine normative Lesart nicht. So bemerkt Göttlicher auch zu Recht: „Es ist davon auszugehen, daß *verum pretium* ebenso wie im Prinzipat auch noch bei Diokletian den Marktwert der Sache meint.“³⁷ Das Abheben auf den Marktwert bedeutet aber für sich genommen weder Lob noch Tadel. Es ist mit einer normativen Auszeichnung genauso vereinbar wie mit einer leidenschaftslos deskriptiven. Die Angabe des Marktwerts einer Sache stellt also keine normative Auszeichnung dar. Die Auszeichnung eines Preises als „*verum pretium*“ ebenso wenig.

- (b) Wo die *emptio venditio* den Kauf von der Schenkung abgrenzt, begegnete uns ebenfalls eine Verwendungsweise von „verum“, in der der „wahre Preis“ nicht normativ ausgezeichnet ist, sondern lediglich wirklich ein Preis ist – also ernsthaft verlangt wird.³⁸
- (c) Die nächste Beobachtung findet sich ebenfalls bei Göttlicher, die *verum pretium* und *iustum pretium*, ebenso wie dies in *Codex Iustinianus* 4.44.2 geschieht, als Wechselbegriffe behandelt. Theoretisch können die Formulierungen *verum pretium* und *iustum pretium* damit beide jeweils normativ gemeint sein oder jeweils für den durch *consensus* der Handelnden gefundenen Marktwert stehen. Erstaunlicherweise entscheidet sich Göttlicher, richtigerweise, wie mir scheint, für die zweite Option – und gräbt ihrer moralistischen Position damit selbst das Wasser ab.³⁹
- (d) Auch darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Wiedergabe des lateinischen „*iustum pretium*“ als „gerechter Preis“ keineswegs ohne Alternativen ist. Im Gegenteil: Harkes Übersetzung „richtiger Preis“ ist ebenso korrekt – und an dieser Stelle womöglich viel „richtiger“.
- (e) Beziehen wir in die Auslegung der Rede vom „wahren Preis“ nun noch ein, dass er wegen der Reziprozität nicht nur vom Käufer, sondern sozusagen von beiden Vertragsparteien tatsächlich „verlangt“ wird. So betrachtet haben wir hier nur eine andere Ausdrucksweise für das, was der Sache nach der *vereinbarte Preis* ist.
- (f) Schließlich ist zu bedenken, dass es in beiden Reskripten falls überhaupt, so doch nur nachgelagert um den Wert des Kaufgegenstands oder einen unabhängig von jeder Vereinbarung der Sache nach angemessenen Preis geht. Was die Eingabe an den Kaiser erst begründet, an die sich dann die Erwartung der Vertragsaufhebung knüpft, ist, dass bis dato (also bis zum Datum der Eingabe) nur ein bestimmter Betrag gegeben wurde. Moniert wird also eine erfolgte Leistung – aus Sicht der Aurelier eine *Minderleistung*: Es wurde nicht geleistet, was vereinbart wurde (Aurelius) oder was hätte vereinbart werden sollen (Aurelia).

Bei genauerer Würdigung der Reskripte geht es in beiden Fälle also recht eigentlich um die Frage, ob der Verkäufer eines Landgutes vom Verkauf zurücktreten kann, wenn die

37 Göttlicher (Fn. 7), 126

38 Vgl. Zimmermann (Fn. 5), 252.

39 Vgl. dazu auch Göttlicher (Fn. 7), 149 & 161.

vereinbarte Gegenleistung nicht erbracht wurde. Dies hatten wir schon bei der Betrachtung der Funktion der Reskripte gesehen. Im Falle der Aurelia scheint möglicherweise noch das Problem hineinzuspielen, dass der Treuhänder eine Vereinbarung trifft, die der Treugeber nicht getroffen hätte, oder bezüglich derer er ein anderes Verhandlungsergebnis erwartet hatte. Dieses Problem wird in *Codex Iustinianus* 4.44.8 jedoch nur erwähnt, um es beiseite zu legen. Faktisch wird der Fall der Aurelia ganz analog zu *Codex Iustinianus* 4.44.2 und damit zum Fall des Aurelius behandelt. Die Summe dieser Beobachtungen erlaubt es uns nun, in den überlieferten Text einzugreifen und die nachfolgend konjizierten Rekonstruktionen herzustellen. *Codex Iustinianus* 4.44.2 wäre neu folgendermaßen zu lesen:

CI 4.44.2* [KONJEKTUR OC]

Die Imperatores und Augusti Diokletian und Maximian dem Aurelius Lupus:

Hast du oder hat dein Vater für eine Sache, für die ein höherer Preis vereinbart war, einen zu geringen Betrag erhalten, ist es billig, dass du entweder unter Rückerstattung des erhaltenen Betrages auf Anordnung des Richters das verkaufte Grundstück zurückerhältst oder, wenn der Käufer dies vorzieht, nachträglich die Differenz zum vereinbarten Betrag erhältst. Als zu gering gilt ein Betrag, wenn nicht einmal die Hälfte des vereinbarten Preises gezahlt worden ist.

Codex Iustinianus 4.44.8 erhielt folgende Gestalt:

CI 4.44.8* [KONJEKTUR OC]

Die Imperatores, Augusti und Caesares Diokletian und Maximian der Aurelia Euodia:

Wenn dein Sohn deinem Willen entsprechend dein Grundstück verkauft hat, so muss Betrug aufgrund betrügerischer und hinterhältiger Handlungen des Käufers dargelegt oder Furcht wegen des angedrohten Todes oder drohender Körperqualen aufgedeckt werden, damit der Kaufvertrag als unwirksam anzusehen ist. Aber dies allein, dass du darlegst, das Grundstück sei zu einem niedrigeren Betrag als dem, der deinen Erwartungen entsprach, verkauft worden, genügt nicht, um den Kaufvertrag ungültig zu machen. Wenn du freilich die Natur des Kaufvertrages bedacht hättest und dass der Käufer mit dem Wunsch, günstiger zu erwerben, der Verkäufer mit dem Wunsch, teurer zu veräußern, zu den Vertragsverhandlungen gekommen sind und sich kaum nach vielen Auseinandersetzungen, in denen allmählich der Verkäufer von dem, was er zunächst gefordert hatte, etwas abzieht, der Käufer dem, was er zunächst geboten hatte, etwas hinzufügt, auf einen bestimmten Preis geeinigt haben, so würdest du gewiss erkennen, dass weder die *bona fides*, die alle Vereinbarungen über Kauf und Verkauf schützt, es duldet, noch irgend ein anderer Grund es gestattet, den aufgrund eines solchen Konsenses abgeschlossenen Vertrag aufzuheben, gleich ob nun sofort oder später ein Rechtsstreit über die Höhe des Preises entsteht. Es sei denn, dass weniger als die Hälfte des vereinbarten Betrags, so wie er zum Zeitpunkt des Verkaufs zu zahlen gewesen wäre, gegeben worden ist; Bezüglich der Abhilfe in diesem Fall gilt: Nachdem dem Käufer die Wahl zwischen Rückerstattung des Grundstücks und Zahlung des Restbetrags bereits zugestanden worden ist, ist sie ihm zu bewahren.

Diese Konjekturen sind sachlich von der Streitfrage unabhängig, die die Moralisten für sich positiv beantworten. Doch greift die Rekonstruktion sehr weitgehend auf Elemente zurück, die von den Moralisten offen vertreten oder mindestens eingeräumt werden.

Rechtfertigen die Reskripte nun die Annahme, dass mit diesen Entscheidungen Diokletians ein normativ-moralisches Element in die Rechtsetzung zur Preisbildung am Markt eingeführt wurde, das berühmte „*iustum pretium*“? In Form dieser Rekonstruktion nicht: Es ergibt sich keine Basis, das römische Schuldrecht als weitere Quelle der moralisch verstandenen Doktrin des gerechten Preises aufzufassen. Die Reskripte sind im Gegenteil mit einer hohen Wertschätzung der Vertragsfreiheit und der Freiheit der Preisgestaltung ebenso wie mit den Rechtssätzen des Paulus und des Ulpian vereinbar. Die Interpretationsschwierigkeiten, die uns die moralistische Position aufbürdete, ergeben sich so nicht mehr. Auch kann von einem Fremdkörper nicht länger die Rede sein, der spätklassisch ins römische Recht Eingang gefunden habe. Es ergibt sich im Gegenteil eine Deutung, die in funktionaler, systematischer und hermeneutischer Hinsicht kohärent ist und nicht nur mit dem Buchstaben, sondern auch mit dem Geist des klassischen römischen Rechts ein Einklang steht. Die Stärke dieser Deutung ist zugleich die Schwäche der moralistischen Position: Die Annahme, dass mittels *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 die Doktrin des gerechten Preises in das römische Schuldrecht eingeführt wurde, ist letztlich nicht zu halten.

VI. Was regeln *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8?

Was mittels *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 nicht geleistet wurde, mag man einfacher einsehen, wenn man sich ein positives Bild davon macht, was die Reskripte leisten. Welchem Regelungsbedarf trugen sie Rechnung? Was bezweckten die sie? Bei der gegebenen Quellenlage muss eine Antwort auf diese Frage spekulativ bleiben. Kein angemessener Interpretationsansatz kann jedoch an der grundlegenden Lehre vom Kauf vorbeigehen, so wie sie zum Zeitpunkt der Abfassung der Reskripte als bekannt vorausgesetzt werden musste.

Das bedeutendste Lehrbuch klassischen römischen Rechts sind die vorjustinianischen *Institutiones* des Gaius aus der Zeit um 160 n. Chr. Gaius definiert den Kaufvertrag so:

Kauf und Verkauf werden geschlossen, wenn man bezüglich des Preises übereinkommt, auch wenn der Preis noch nicht gezahlt worden ist und selbst wenn kein Angeld (*arra*) gegeben wird. Dass nämlich Angeld gegeben wird, dient [nur] als Beweis des vereinbart worden Seins der Käufe und Verkäufe.⁴⁰

Diese dürren Worte beschließen eine Diskussion, die schon in republikanischer Zeit zwischen zwei Rechtsschulen, den *Proculiern* und den *Sabiniern*, geführt wurde, und in der es um das Erfordernis eines *arra* ging. Das *arra* konnte ein Angeld oder ein Hand-

40 Gai *Institutiones*, in: *Institutes of Roman Law by Gaius*, hg. von Edward Poste, Oxford 1904, Buch 3, § 139: „*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit, nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.*“

geld sein, also ungefähr, was heute eine Anzahlung wäre. Nicht selten war es aber ein Ring oder die Kombination aus beidem. Die Frage, die man sich in republikanischer Zeit gestellt hatte, war: War das *arra* zum Abschluss eines Kaufvertrags erforderlich, so etwa, wie es das griechische Recht vorsah? Wie wir gesehen haben, wurde dies in der klassischen Zeit der römischen Rechts, der Zeit des mittleren und späten Prinzipats, eindeutig verneint:⁴¹

Der Kauf als Konsensalkontrakt kommt durch die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien zustande. [Gaius] betont die Einigung über die Gegenleistung als Hauptfordernis und argumentiert, dass weder die Zahlung des Preises noch die Hingabe einer *arra* zum gültigen Vertragsschluss erforderlich seien. Kein reales Element ist notwendig, weder die Zahlung des Kaufpreises noch die Leistung eines Angeldes. Die so betonte „Unnötigkeit“ des Angeldes oder der Zahlung des Kaufpreises deutet an, dass das gelebte Recht gelegentlich auch in Rom andere Wege ging.⁴²

Die Situation in klassischer Zeit war also recht klar. In justinianischer Zeit geriet diese Klarheit etwas ins Wanken:⁴³ Mindestens für Kaufverträge, für die Schriftlichkeit vereinbart war, wurde ein *arra* nunmehr erforderlich. Für ohne Verschriftlichung bindenden Kaufverträge blieb es aber bei der klassischen Regelung nach Gaius.

Der Hintergrund, vor dem Aurelius Lupus und Aurelia Eudonia ihre Eingabe machten, war der klassische Kauf kam allein durch *consensus* zustande. Entscheidend war die übereinstimmende Willensbildung der Parteien.⁴⁴ Die Entrichtung des Kaufpreises, auch nur die Anzahlung in symbolischer Form eines Rings, war für die Gültigkeit des Kaufvertrags nicht erforderlich. Was nun, wenn (a) der Kaufpreis nicht in voller Höhe entrichtet wurde? Was, wenn (b) treuhänderisch ein Preis vereinbart worden war, der nicht der Preisvereinbarung entsprach, die der Eigentümer erwartet hatte? Jedenfalls für den ersten dieser Fälle gab es einen etablierten Rechtsbehelf: Dem Verkäufer stand die Klagemöglichkeit der *actio venditi* offen:⁴⁵ Er konnte auf Herausgabe des vereinbarten Kaufpreises klagen, ggf. nebst Zinsen. Wie die Eingabe an die kaiserliche Kanzlei belegt, hat dies die Aurelier nicht befriedigt. Und wie die Antwort der diokletianischen Kanzlei zeigt, wurde von Seiten der kaiserlichen Juristen jedenfalls dann ein gewisser Regelungsbedarf eingeräumt, wenn es sich um den Verkauf von Grundbesitz handelte. (Frage (b) wurde in *Codex Iustinianus* 4.44.8 recht eigentlich ignoriert, bzw. auf Frage (a) zurückgeführt.) Zwei Aspekte können erklären, warum hier in einer besonders eingegrenzten Klasse von Fälle das Erfordernis einer besonderen Regelung gesehen werden konnte und wohl auch wurde: (i) Der besondere Charakter des Grundbesitzes und (ii) die besonderen Verpflichtungen des Verkäufers.

41 Vgl. auch Mousourakis (Fn. 5), 221.

42 Eva Jakob & Wolfgang Ernst (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht*, Heidelberg 2008, v

43 Vgl. zum folgenden Zimmermann (Fn. 5), 233 f.

44 Nicht durch die *Erklärung* dieses Willens, wie Jakob & Ernst, aaO. ausführen.

45 Vgl. Mousourakis (Fn. 5), 221 und Zimmermann (Fn. 5), 277 f.

Beginnen wir mit der besonderen Natur des Grundbesitzes. (i) In den aurelianischen Fällen dürfte „Grundbesitz“ nach heutigen Maßstäben wohl eine Untertreibung sein. Der Kaiser bekam wohl kaum kleinteilige Flurangelegenheiten zu Gehör. Wir müssen eher davon ausgehen, dass es sich im Falle des Aurelius Lupus und der Aurelia Eudonia um ausgedehnten Landbesitz handelte, vielleicht gar um Latifundien. Landbesitz hatte zudem in mehr als einer Hinsicht besondere Bedeutung. Nicht nur wurde die besondere senatorische Steuer, die *gleba*, am Landbesitz bemessen. Die Landwirtschaft insgesamt trug den Löwenanteil zum Steueraufkommen des Staates bei:

The paramount importance of agriculture in the economy of the empire can scarcely be exaggerated. In taxes it provided the vast bulk of the revenue of the state. The most important of the financial ministries, the praetorian prefecture, which supplied all the major needs of the administration, relied entirely on a land tax, which was exclusively assessed on agricultural land, farm stock and the rural population.⁴⁶

Die Veräußerung großer Ländereien war also eine Sache von kaiserlichem Interesse. War sie mit Schwierigkeiten verbunden, war ihr die Aufmerksamkeit kaiserlicher Amtsträger gewiss. Schwierigkeiten bei der Veräußerung von Landbesitz konnten sich daraus ergeben, dass für ausgedehnte Ländereien typischerweise Kaufpreise zu entrichten waren, die die zu entrichtenden Beträge in so gut wie jeder anderen Art von Kaufvertrag erheblich überstiegen. Ähnliches kennt man ja auch heutzutage bei Immobiliengeschäften. Nicht selten wird bei Immobiliengeschäften die Abwicklung der Zahlung über ein notarielles Anderkonto vereinbart. Auf diese Weise wird die gleichzeitige Erfüllung von Leistung und Gegenleistung (Zahlung des Kaufpreises gegen Übertragung der Eigentumsrechte) gewährleistet und die Gefahr gebannt, dass die Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nur einseitig umgesetzt werden. Bei gewöhnliche Kaufverträgen finden notarielle Anderkonten typischerweise jedoch keine Verwendung. Sie werden meist nur als Instrumente für Immobilienkäufe (oder ähnlich bedeutsame Rechtsgeschäfte) verwendet. Anders als unser heutiges Recht kannte das klassische römische Recht vor der Regelung aus *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 womöglich keine besondere Sicherung bei der Veräußerung von Grundbesitz. Auch waren die Rechte und Pflichten von Käufer und Verkäufer in der *emptio venditio* unterschiedlich geregelt. Dies bringt uns zu (ii) den besonderen Pflichten des Verkäufers, also in unseren Fällen den Pflichten des Aurelius Lupus und der Aurelia Eudonia: Die Pflichten des Verkäufers bestanden wesentlich darin, die Kaufsache zu übergeben und dem Käufer die Nutzung zu ermöglichen.⁴⁷ Nicht die rechtliche Übertragung von Eigentumstiteln wurde also geschuldet; nicht das, was in unserer heutigen Praxis der Immobilienkäufe durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch vollzogen wird. Geschuldet wurde die praktische Räumung der Kaufsache und die reale Ermöglichung ihrer Nutzung. Auf unsere heutige Praxis übertragen entspricht dies eher dem, was wir als Auszug und Schlüsselübergabe ken-

46 A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire 284–602*, Bd. 1 & 2, Oxford 1964, 769

47 So Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, Heidelberg 2010, 130, Mousourakis (Fn. 5), 221 und Edward Poste in *Gai Institutiones* (Fn. 40), 370.

nen, allerdings in solchen Fällen, wie wir sie hier vor Augen haben, als Übertragung eines Landgutes. Dies konnte sich bei der Veräußerung von Landbesitz schmerzhaft bemerkbar machen: Zahlte der Käufer nicht oder nicht den vollen Kaufpreis, so war der Kaufvertrag dennoch gültig. Zwar stand dem Verkäufer gegen die Minderleistung des Käufers wie beschrieben die *actio venditi* offen. Wegen der Gültigkeit des Kaufvertrags war davon aber Pflicht nicht berührt, seinen eigenen Verpflichtungen als Verkäufer nachzukommen: Er hatte das Landgut gleichwohl zu übergeben, umso mehr, wenn er die *actio venditi* tatsächlich geltend machen wollte.⁴⁸ Damit bestand aber die Gefahr, dass die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nicht Zug um Zug, sondern womöglich erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung erfolgte. Bei der besonderen Bedeutung von Landbesitzes und der besonderen Höhe der Beträge, die in diesen Fällen zu transferieren waren, konnte dies eine besondere Beschwer bedeuten, die bei einfacher gelagerten Kaufverträgen nicht auftrat.

Angesichts der schmalen Textbasis und des allgemeinen Hintergrunds kann es nur eine Vermutung sein, dass die Regelung aus *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 auf genau diese Lücke zielte: Für den und nur den Fall, dass der Käufer eines Landgutes faktisch weniger als den halben Vereinbarungsbetrag *entrichtet* hatte, die Möglichkeit zu eröffnen, ihm auf den Wege des Appells an den zuständigen Magistrat dazu zu zwingen, entweder den ausstehenden Betrag (sofort) zu entrichten oder das Landgut (sofort) wieder herauszugeben. Wir hätten hier ein frühes, und ganz im Sinne des römischen Vertragsrechts sehr zurückhaltendes, Konstrukt zur besonderen Gewährleistung der Rechtssicherheit bei Immobiliengeschäften. Seine Folge wäre wohl (und ist wohl) gewesen, die zeitliche Verzögerung in der Leistungserfüllung beim Kauf von Landbesitz zu verringern. Diese Auffassung vereinigt mehrere Vorzüge ohne doch ein bloßes Stochern im Nebel zu sein: Man könnte (1.) verstehen, warum eine solche Regelung begehrt wurde und warum sie für vertretbar gehalten wurde; man könnte (2.) verstehen, warum sie in Art und Umfang begrenzt und nur auf den Fall des Verkaufs von Landbesitz gemünzt war; man könnte (3.) verstehen, warum sie nur einseitig auf Seiten des Verkäufers griff und nicht auch den Käufer schützte; und man könnte (4.) verstehen, warum sie keinen Bruch mit der Vertragsfreiheit und der Freiheit der Preisfestsetzung darstellte und den Rechtslehren des Paulus und des Ulpian von daher auch gar nicht widerspricht. Der „Preis“ für eine solche Lesart wäre, dass wir die moralistische Idee aufgeben müssten, in *Codex Iustinianus* 4.44.2 und 4.44.8 werde ein bis dahin im römischen Recht abwesendes normativ-moralisches Element in die Rechtsetzung zur Preisbildung am Markt eingeführt, das *iustum pretium*. Wir müssten die Vorstellung aufgeben, dass das römische Schuldrecht neben Aristoteles und Thomas eine weitere Quelle für die Theorie des gerechten Preises ist. Da wir diesen Preis wie gesehen ohnehin entrichten müssen, wäre die nicht-moralistische Lesart mit ihren Vorzügen eher eine Dreingabe als ein weiterer Kostenfaktor.

48 Honsell (Fn. 44), 127

VII. Der implizite Werts subjektivismus des römischen Schuldrechts

Dass im Mittelalter ein normativ-moralisches Element in die Rechtsetzung zur Preisbildung am Markt eingeführt wurde, steht hier nicht in Frage.⁴⁹ Dass seine Quelle im römischen Schuldrecht liegt, ist eine Fehldeutung späterer Rezipienten. Natürlich muss der besondere Einfluss des römischen Rechts auf das entstehende kanonische Recht in Rechnung gestellt werden. Das römische Recht war aber nicht die einzige Determinante des moralisch durchwirkten *Corpus iuris canonici*, das wiederum das Recht des Mittelalters maßgeblich beeinflusste. Die Bibel, päpstliche Dekretale, Diskussionen auf Konzilen und Synoden und die Lehren der Kirchenväter prägten das kanonische Recht womöglich in noch höherem Maße. Vielleicht haben wir hier eine Art *Hysteron-Proteron*: Die christliche Morallehre der Hochscholastik und ihre Wiederentdeckung der Politischen Philosophie des Aristoteles sind vorweggenommen und ins römische Recht zurückprojiziert. Würde man mit der Rede von der *laesio enormis* nichts weiter als einen besonderen Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund oder ein besonderes Rücktrittsrecht bei Veräußerung von Landbesitz meinen, wäre Baldwin zumindest in diesen Punkt zuzustimmen: „*Laesio enormis* was a specific remedy for a specific ill; its extension as a broad principle of sale was a development of the Middle Ages.“⁵⁰ Doch leider deutet Baldwin die Remedur wie so viele als Einführung des Instituts des gerechten Preises. Und dies haben die Römer vermutlich nicht eingeführt. Doch negative Konklusionen hinterlassen oft einen schalen Beigeschmack. Ist es nicht viel einfacher aufzuzeigen, dass etwas nicht der Fall ist, als einen Vorschlag vorzulegen, wie die Sache positiv liegt? Daher möchte ich die vorliegenden Überlegungen abschließen, indem ich abschließend skizziere, warum das Festhalten am „*invicem se circumscribere*“ rechts- und sozialphilosophisch betrachtet als Stärke und nicht als Schwäche der klassischen römischen Rechtssystematik gesehen werden kann.

Den normativen Vorstellungen von Staat und Gesellschaft, die das Institut des gerechten Preises einführen, ist eigen, dass sie an ein „Äquivalenzprinzip“ appellieren: Die Funktion des Kaufes als eines Tausches „besteht nach Thomas in der Wiedervergeltung von Leistung und Gegenleistung ... nach dem Äquivalenzprinzip muß auf beiden Seiten der Tauschkontrahenten sowohl nach Qualität als nach Quantität der Produkte absolute Gleichheit herrschen.“⁵¹ Und bei Aristoteles lesen wir:

Die Begriffe Schaden und Gewinn stammen aus dem freiwilligen Verkehr. Denn mehr zu haben, als einem zukommt, heißt Gewinn machen, und weniger zu haben, als man am Anfang besaß, heißt Schaden erleiden, etwa bei Kauf und Verkauf [...]. Wenn aber weder mehr noch weniger eingenommen wird, sondern Gleiches um Gleiches, so sagt man, man erhalte das Seinige

49 Vgl. kritisch Raymond de Roover, *The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy*, *The Journal of Economic History* 18 (1958), 422 und *passim*.

50 Baldwin (Fn. 24), 18

51 Selma Hagenauer, *Das „justum pretium“ bei Thomas von Aquino* (Beiheft 24 zur Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte), Stuttgart 1931, S & 9

und habe weder Schaden noch Gewinn. Also ist dieses Gerechte eine Mitte zwischen Gewinn und Schaden [...] und so, daß man das Gleiche nachher hat, wie man es zuvor hatte. (NE 1133a)

Auch dies wird nicht selten als Formulierung eines Äquivalenzprinzips verstanden.⁵² Die Regel „*in vicem se circumscribere*“ des römischen Schuldrechts schließt ein entsprechendes Prinzip jedoch explizit aus. Zu Recht? Hier weist die Beobachtung den Weg, dass Kauf und Tausch für Aristoteles und Thomas letztlich nur von nachgeordnetem Interesse sind. Aristoteles' Ökonomie ist nicht mehr als ein Stiefkind seiner Politischen Philosophie.⁵³ Die Frage nach der Natur des Kaufes und Verkaufes entfaltet für ihn lediglich im Zusammenhang der übergeordneten Frage Brisanz, wie es zum Zusammenhalt im Staate kommt, und wie man ihn bewahrt. Dass Kauf und Verkauf ihrer Natur nach beinhalten, sich gegenseitig „überevorteilen“ zu dürfen, wie es das römische Recht explizit zugesteht, kann Aristoteles von daher nicht nachvollziehen. Ihm muss das wie die Axt an der Wurzel von Frieden und Zusammenhalt in der Polis erscheinen. Die Frage, was Kauf und Verkauf ihrer Natur nach sind, entscheidet er eben nicht unabhängig davon, was sie in seinen Augen sein *sollen*. Sie sollen dazu beitragen, dass Frieden und Zusammenhalt in der Polis gewahrt bleiben.⁵⁴ Auch Thomas sind selbständige Überlegungen zum Wirtschaftsleben fremd. Die Betrachtungen zur Ökonomie haben stets dienende Funktion. Zum einen stehen sie in engem Zusammenhang mit seiner Rezeption und Auslegung des Aristoteles (zum Beispiel gerade auch des Zitats oben).⁵⁵ Zum anderen fallen sie in die *Quaestiones* zu Recht und Gerechtigkeit und gehören damit zur theologischen Klärung der Heilswürdigkeit. Sie stehen damit im Kontext solcher Fragen wie der, ob es „zum Heile notwendig ist, alles Gestohlene zurückzugeben.“⁵⁶ Die Ökonomie des Thomas ist damit ebenfalls ein Stiefkind, aber eines seiner in der *Summa Theologica* niedergelegten christlichen Morallehre.

Thomas und Aristoteles haben eine klare Vorstellung davon, wie wir handeln sollen. Der Unvoreingenommenheit ihrer Betrachtung ist das nicht zuträglich. Vor diesem normativen Hintergrund wird ein gut bekanntes Faktum unverstänlich: Menschen tauschen miteinander, sie kaufen und verkaufen. Sie haben es von je her getan; sie werden es auch künftig tun. Ganze Berufsstände gründen ihre Existenz auf Tausch und Kauf, und jede freie Gesellschaft wird früher oder später eine Marktgesellschaft: „Every man thus lives by exchanging, or becomes in some measure a merchant, and the society itself

52 Otfried Höffe, *Gerechtigkeit*, München 2010, 23 f.; James Gordley, Equality in Exchange, *California Law Review* 69 (1981), 1588–1590

53 Vgl. Heinz D. Kurz, *Geschichte des ökonomischen Denkens*, München 2017, 16; Fritz Söllner, *Geschichte ökonomischen Denkens*, Berlin 2015, 3 f.

54 Vgl. Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Berlin 2007, 1133 a & b: „Darum muss auch alles, wovon es Tausch gibt, auch vergleichbar sein. Dazu ist das Geld bestimmt und ist sozusagen eine Mitte [...] wäwäre das nicht möglich, so gäbe es weder Tausch noch Gemeinschaft [...] es muß da also eine Gleichheit hergestellt werden [...] das Geld [...] stellt eine Gleichheit her.“

55 Thomas von Aquin, *Recht und Gerechtigkeit (Summa Theologica, Bd. 18)*, komm. von A. F. Utz, Heidelberg, Graz 1953, II, Q 58, Art. 11, ad. 3. Vgl. auch Kurz (Fn. 49), 17.

56 Thomas von Aquin (Fn. 55), II, Q 62, Art. 2

grows to be what is properly a commercial society.“⁵⁷ Wie aber kann das sein? Warum sollte man überhaupt kaufen und tauschen, wenn Aristoteles und Thomas damit recht hätten, dass man lediglich „das Gleiche nachher hat, wie man es zuvor hatte“? Man mag einwenden, dass dies nur *dem Wert nach* gelten soll. Aber diese Entgegnung hilft nicht. Nicht die Dinge selbst locken mich zu Tausch oder Kauf. *Was sie mir wert sind* lockt mich dazu. Es ist eine nüchterne Beobachtung, dass *was sie ihm wert sind* für den einen dieses und für den anderen jenes sein kann und wird. Im wirklichen Leben ist die Frage eitel, wer von beiden Recht hat. Realismus zunächst und dann auch die Verpflichtung auf eine realistische Theorie bringt Denker wie Thomas Hobbes dazu anzuerkennen: „Der Wert aller vertraglich vereinbarten Dinge wird an der Begierde der Vertragschließenden gemessen: und deshalb ist der angemessene Wert der, den sie zu geben bereit sind.“⁵⁸ Die Ökonomie des ausgehenden 19. Jahrhunderts hat diesen Realismus aufgenommen:

Der Werth ist demnach nichts den Gütern Anhaftendes, keine Eigenschaft derselben, eben so wenig aber auch ein selbstständiges, für sich bestehendes Ding. Derselbe ist ein Urtheil, welches die wirthschaftenden Menschen über die Bedeutung der in ihrer Verfügung befindlichen Güter [...] und demnach ausserhalb des Bewusstseins derselben nicht vorhanden. [...] Der Werth ist demnach nicht nur seinem Wesen, sondern auch seinem Masse nach subjectiver Natur. Die Güter haben „Werth“ stets für bestimmte wirthschaftende Subjecte, aber auch nur für solche einen bestimmten Werth.⁵⁹

Es ist verständlich, dass das Anerkenntnis dieser Einsicht den Wertobjektivisten Aristoteles und Thomas nicht ohne Schaden für die Tragkraft ihrer theoretischen Grundpfeiler möglich ist. Und doch zwingt die Rücksichtnahme auf das Phänomen des freiwilligen Tausches und Kaufes dazu. Fernab aller Elfenbeintürme ist in den Niederungen des täglichen Lebens leicht einzusehen, dass ich im Regelfall und ohne Zwang nur dann gewillt bin, mein Schaf (oder eine bestimmte Summe Geldes) gegen das Kalb meines Gegenübers zu tauschen, wenn ich das Kalb höher schätze als mein Schaf (oder diese Summe Geldes), und mein Gegenüber sich in der Regel und ohne Zwang nur dann auf diesen Tausch einlassen wird, wenn es ihm umgekehrt genauso geht. Auch diese Einsicht ist der modernen Ökonomie nicht verschlossen geblieben:

Den Ausgangspunkt der modernen Wert- und Preislehre bildet die Erkenntnis, dass nicht Gleichheit der Wertung, sondern stets nur Ungleichheit der Wertung Tausch auszulösen vermag. Mit der Beseitigung der entgegenstehenden Auffassung, die schon Aristoteles irreführt [...] hatte, verschwinden aus der Nationalökonomie alle Vorstellungen, die sich an den Ausdruck «Wertmessung» knüpfen ließen. Dass zwei Güter ausgetauscht werden, ist nicht Folge des Umstandes, dass sie gleichgehalten werden, sondern im Gegenteil Folge des Umstandes, dass sie von den Tauschparteien verschieden bewertet werden. Dem Tausche geht nichts voran, worauf man den Ausdruck «Wertmessung» anwenden könnte. Man kann zwei Güter als gleich

57 Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Oxford 1976, LIV.1, 24

58 Thomas Hobbes, *Leviathan*, hg. von J. C. A. Gaskin, Oxford 1996, XV, 126

59 Carl Menger, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, Wien 1871, 86 & 119

erachten; wo das eintritt, wird jedoch nicht gehandelt und wird nicht getauscht. Wenn man Güter verschieden schätzt, ist man nicht in der Lage, mehr darüber zu sagen als: das eine Gut wird höher und das andere wird weniger hoch geschätzt.⁶⁰

„Offiziell“ ist daher für die Aristotelisch-Thomasische Äquivalenzidee in der herrschenden Meinung der modernen Volkswirtschaftslehre kein Platz. So lesen wir zum Beispiel bei Peter Bofinger, dem derzeit dienstältesten Mitglied des *Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung* knapp und deutlich: „Entscheidend für Marktprozesse ist daher, dass Käufer und Verkäufer den Wert eines Gutes unterschiedlich einschätzen. [...] Ganz allgemein gibt es daher in der Volkswirtschaftslehre (wie auch in der Betriebswirtschaftslehre) keinen objektiven Wertbegriff.“⁶¹ Der angemessene Wertbegriff ist demnach *subjektiv*. Dies ist als Beobachtung durchaus nicht auf die Volkswirtschaftslehre beschränkt. Mit Blick auf die die Funktion von Wert und Preis im (österreichischen) Zivilrecht stellt Martin Winner fest:

Die moderne Bewertungslehre geht einhellig davon aus, dass es einen wahren Wert eines Leistungsgegenstandes im Sinne einer objektiv gültigen und intersubjektiv vergleichbaren Bewertung nicht gibt. Das gilt grundsätzlich nicht nur für Unternehmen, sondern auch für alle anderen Objekte des Leistungsaustausches. Akzeptiert man dies, so geht die Frage nach „dem“ Wert bzw. dem gemeinen Wert des Leistungsgegenstandes, wie sie sich vor allem bei der *laesio enormis* und der Wucheranfechtung nach dem Wortlaut des Gesetzes stellt, am Problem vorbei. Daher scheidet auch ein früher gern beschränkter und auf den ersten Blick auch attraktiver Lösungsweg aus: Der Vertragsinhalt sei wesentlich durch das Vorverständnis der Parteien geprägt, nach dem Leistung und Gegenleistung (ungefähr) in einem wertmäßigen Gleichgewicht stehen müssen. Da der Wert aber eine subjektive Einschätzung ist, fehlt schon die Grundlage für diesen Ansatz.⁶²

Da die praktische Philosophie die Äquivalenzidee jedoch immer wieder an die Sozialwissenschaften, die Politik und die gebildete Öffentlichkeit heranträgt, müssen die Einsichten zum Wertsubjektivismus und zur Bedeutung der Bewertungsunterschiede, die dem römischen Schuldrecht seit je her innewohnen, in der Gegenwartsdiskussion stets neu errungen werden. Das ist jedoch ein Thema für einen anderen Aufsatz.

Was bedeuten diese Überlegungen für das „*invicem se circumscribere*“ des klassischen römischen Schuldrechts? Wo Philosophen, Historiker oder Juristen es verteidigen, nimmt die Verteidigung manchmal die Form einer umständlich-verlegenen Entschuldigung an:

„*Invicem se circumscribere*“ is very difficult to translate: to „overreach“ or „outwit“ each other would perhaps come closest to what is meant. It would be inappropriate, though, to take this term as implying and thus condoning deceit. However, the Roman lawyers were realistic enough to see that the usages of trade and commerce do not always conform to particularly

60 Ludwig von Mises, *Nationalökonomie*, Genf 1940, 191 f.

61 Peter Bofinger, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, München 2010, 18

62 Martin Winner, *Wert und Preis im Zivilrecht*, Wien 2008, 103

high standards of honesty [...] The lawyer [...] will be reluctant to base his decision upon too moralizing an attitude. He will remember that the messenger god and intermediary Hermes (with whom its Roman counterpart Mercurius was largely identified) has always been taken to be the patron and protector of both merchants and thieves. Thus he will realize that a merchant is out to make a profit and that to be cunning and shrewd is part of business life. [...] Anything short of *dolus* was *invicem se circumscribere*, and it was *naturaliter concessum*, not on account of the precepts of natural law (*ius naturale*) but in the sense of being in accordance with the nature of trade (*natura contractus*).⁶³

Dass „Hermes stets als der Schutzgott sowohl der Kaufleute als auch der Diebe“ gesehen wurde, wirkt aber doch wie eine Rechtfertigung, nach der es eines Schuldpruches nicht mehr bedarf. Doch vielleicht ist hier ohnehin zu viel konzidiert. Sich einem moralisierenden Ansatz zu versagen ist keine Schwäche, sondern eine Stärke des römischen Schuldrechts klassischer Zeit. Bemühen wir kurz die Parallele zur philosophischen Handlungstheorie: Manche Handlungen sind lobenswert, andere tadelnswert, manche weder das eine noch das andere. Wenn das zutrifft, darf man den Begriff der Handlung nicht schon für sich genommen moralisch erläutern. Man begeht anderenfalls einen schweren methodologischen Fehler. Gilt aber nicht auch, dass manche Tausche oder Käufe lobenswert, andere tadelnswert, und manche weder das eine noch das andere sind? Wenn ja, dann ist ein moralisierender Ansatz auch hier unsystematisch, und nicht nur lebensfremd.

Das klassische römische Schuldrecht ist aber sicherlich weder unsystematisch noch lebensfremd. In zentralen Fragen des Wirtschaftslebens zeigt es sich erstaunlich robust. Es lässt sich nicht für eine objektivistische Instrumentalisierung in Anschlag bringen, die an den Realitäten und Bedürfnissen des Markthandelns vorbeigeht. Es lässt sich nicht moralistisch zur Quelle einer Theorie vom gerechten Preis umdeuten. Und es hat substantielle Implikationen für das „Hauptproblem im Streit um den Rechtsbegriff“, die Frage nach der Unterordnung des Rechts unter die Moral. Da es ersichtlich kein randständiger Nebenbereich des Rechts ist, sondern ein geradezu paradigmatisches Anwendungsfeld, dürfen wir annehmen, dass sich Natur und Wesen des Rechts auf diesem Feld in ihrer alltäglichsten Ausprägung zeigen. Die Doktrin des *„invicem se circumscribere“* macht nun aber *die Trennung von Moral und Recht* augenfällig. Sie zeigt damit, dass das Wesen des Rechts eben nicht in einer Unterordnung unter die Moral bestehen kann. Damit zeigt sich das klassische römische Schuldrecht seinem Gegenstand letzten Endes angemessener als manche Theorie bedeutender Philosophen und Kirchenlehrer. Keine kleine Rolle spielt dabei die hohe Wertschätzung, derer sich Vertragsfreiheit und Freiheit der Preisgestaltung im antiken Rom erfreuten.

DR. MICHAEL OLIVA CÓRDOBA

Philosophisches Seminar der Universität Hamburg, Überseering 35 #4, 22297 Hamburg,
michael.oliva-cordoba@uni-hamburg.de

63 Zimmermann (Fn. 5), 256 f.