

Ausgewählte Institutionen und Fragen des Privatrechts:
§ 6: Bar- und Konsenskauf

LITERATUR: Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 41; Ernst, vor § 433-§ 449, HKK III/1; Coing, Europäisches Privatrecht I, § 87, Europäisches Privatrecht II, § 95; Pfeifer, „Periculum est emptoris“ - Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien. Entscheidung 4C.336/2000 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12.3.2002 mit Anmerkung, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2003 (Heft 4), München, 888-898

I. Gegenstand, Wesen und Entwicklung

1. Barkauf als Ursprung: Die Manzipation
2. Entwicklung zum verpflichtenden Charakter (Konsenskauf)

Gai inst. 3, 135-137

135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahantur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit. 137. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.

135. Durch Übereinstimmung entstehen Verpflichtungen bei Kauf, *locatio conductio*, Gesellschaft und Auftrag. 136. Deshalb aber sagen wir, dass in diesen Fällen durch Übereinstimmung Verbindlichkeiten begründet werden, weil weder besondere Worte noch besondere Schriftstücke erforderlich sind, sondern es genügt, dass diejenigen, die das Geschäft abschließen, übereingestimmt haben. Daher können solche Geschäfte auch unter Abwesenden geschlossen werden, wie etwa durch Brief oder durch Boten, obschon etwa ein Verbalkontrakt unter Abwesenden nicht zustande kommen kann. 137. In diesen Verträgen wird der eine dem anderen darauf verpflichtet, was der eine dem anderen nach Treu und Glauben zu leisten hat, obschon etwa bei Verbalkontrakten sich der eine etwas Bestimmtes versprechen lässt, der andere dies verspricht und bei Litteralkontrakten der eine durch einen Buchungsvorgang eine Verpflichtung schafft und der andere verpflichtet wird.

Hugo Grotius, De Jure Belli ac Pacis (1625), Buch II, Kap. XII, § XV

De venditione & emptione notandum etiam sine traditione, ipso contractus momento, transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum. ita Senecae venditio alienatio est, et rei suae jurisque sui in alium translatio: nam et ita fit in permutatione. Quod si actum sit ne statim dominium transeat, obligabitur venditor ad dandum dominium, atque interim res erit commoda et periculo venditoris: quare quod venditio et emptio constat praestando, ut habere liceat et evictionem, item quod res periculo est emptoris, et ut fructus ad eum

Bei dem Kauf kann das Eigentum schon mit dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses übergehen, und dies ist das einfachste. Für Seneca ist "der Kauf eine Veräußerung und Übertragung seiner Sache und seines Rechts auf einen anderen", wie bei dem Tauschvertrag. Ist ausgemacht, dass das Eigentum nicht sogleich übergehe, so ist der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet, und bis dahin bleibt die Sache auf Gefahr und Nutzen des Verkäufers. Deshalb sind es Bestimmungen des positiven Gesetzes, wenn der Käufer nur verpflichtet ist, zu übergeben und den Besitz zu verschaffen, und für eine Entschädigung in dem Fall haftet, dass die Sache dem Käufer von einem

pertineant, antequam dominium transeat, commenta sunt juris civilis, quod nec ubique observatur: imo plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo & periculo venditoris sit, notavit Theophrastus in loco qui apud Stobaeum est, ubi et multa alia instituta reperias de solennitate venditionis, de arrhabone, de poenitentia, multum differentia a jure Romano : sicut et apud Rhodios perfid solitam venditionem et contractus quosdam alios relatione in acta, notavit in Rhodiaca Dion Prusaensis. Illud quoque sciendum, si res bis sit vendita, ex duabus venditionibus eam valituram quae in se continuit praesentem dominii translationem, sive per traditionem, sive aliter. Per hanc enim facultas moralis in rem abiit a venditore: quod non fit per solam promissionem.

Dritten rechtmäßigerweise entzogen wird. Ebenso ist es positive Bestimmung, dass der Käufer die Gefahr trägt und dass ihm die Früchte gehören, ehe das Eigentum übergegangen ist. Deshalb gelten diese Bestimmungen auch nicht überall. Ja, in den meisten Gesetzen trägt der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe, wie Theophrast bemerkt, der auch andere Eigentümlichkeiten über die Förmlichkeit des Kaufs, über die Draufgabe und über das Reuegeld erwähnt, die von dem römischen Recht erheblich abweichen. Bei den Rhodiern wurde der Kauf und einige andere Verträge erst durch Eintragung in öffentliche Bücher gültig, wie Dio von Prusa berichtet. Ist dieselbe Sache zweimal verkauft worden, so gilt derjenige Kauf, welcher zugleich die Eigentumsübertragung in sich enthält, sei es durch Übergabe oder sonst. Denn dadurch hat der Verkäufer die rechtliche Fähigkeit zur Verfügung über die Sache verloren, was durch bloßes Versprechen nicht geschieht.

3. Gegenstand

D. 19, 2, 22, 3 (Paul. 34 ed.)

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus et conductionibus iuris est:

Wie es beim Kaufen und Verkaufen natürlicherweise erlaubt ist, etwas, das mehr wert ist, billiger zu kaufen, oder etwas, das weniger wert ist, teurer zu verkaufen, und so den jeweils anderen zu übervorteilen, so ist dies auch bei Miete, Pacht, Dienst- und Werkverträgen rechtens.

C. 4, 44, 2 (Diocletian, Maximilian; a. 285)

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Wenn du oder dein Vater eine Sache höheren Werts um einen geringeren Preis verkauft haben, ist es menschlich, dass du kraft richterlichen Einschreitens entweder bei Rückzahlung des Kaufpreises an die Käufer das Grundstück zurückerhalten sollst, oder, wenn der Käufer das vorzieht, eine Zuzahlung dessen, was zum gerechten Preis fehlt. Ein geringerer Preis liegt dann vor, wenn nicht einmal die Hälfte des echten Preises gezahlt worden ist.

II. Verpflichtungen der Parteien und Klagen aus dem Kauf

1. Verkäufer

D. 18, 1, 25, 1 (Ulp. 34 Sab.)

Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spondit.

Wer ein Grundstück verkauft, ist nicht verpflichtet, es ins Eigentum des Käufers zu übertragen, wie jemand verpflichtet ist, der ein Grundstück mittels Stipulation versprochen hat.

D. 18, 1, 28 (Ulp. 41 Sab.)

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.

Es besteht kein Zweifel, dass man eine fremde Sache verkaufen kann, denn es kommt dabei ein gültiger Kaufvertrag zustande. Die Sache kann allerdings dem Käufer entzogen werden.

2. Käufer: Kaufpreiszahlung (Eigentumsverschaffung am Geld)
3. *actio empti/venditi*

III. Gefahrtragung

1. Sachgefahr (**casum sentit dominus, *res perit domino*)
2. Preisgefahr (*periculum est emptoris*)

D. 18, 6, 8 pr. (Paul. 33 ed.)

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio [...]

Man muss unbedingt wissen, wann der Kauf perfekt ist, dann wissen wir nämlich, wer die Gefahr zu tragen hat. Denn mit der Perfektion des Kaufes trifft die Gefahr den Käufer. Und wenn feststeht, was verkauft wird, wie es beschaffen ist, und welche Menge verkauft wird, wenn der Preis festgesetzt ist, und keine Bedingung vereinbart worden ist, ist der Kauf perfekt [...]

IV. Gewährleistung für Rechtsmängel

1. Auktoritätshaftung auf den doppelten Kaufpreis bei der Manzipation
2. Nachbildung in der Vertragspraxis

D. 21, 2, 16, 1 (Pomp. 9 Sab.)

Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.

Die *stipulatio duplae* gilt dann als fällig, wenn die Sache an den Kläger herausgegeben worden ist, oder eine Verurteilung auf den Streitwert erfolgt ist, oder der vom Käufer belangte Besitzer freigesprochen worden ist.

Vgl. auch gesondertes Quellenblatt zur Eviktion

3. Gegenstand der *actio empti*

D. 21, 2, 8 (Julian 15 dig.)

Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.

Der Verkäufer eines Sklaven muss dem Käufer für dessen Interesse einstehen, dass der Sklave im Eigentum des Verkäufers gestanden war. Daher kann man aus dem Kaufvertrag klagen, wenn ein *partus ancillae* oder eine Erbschaft, die der Sklave auf Anordnung des Käufers angetreten hat, evinziert worden ist. Und ebenso wie der Verkäufer verpflichtet ist, für den ungestörten Besitz des Sklaven, den er verkauft hat, einzustehen, so muss er dem Käufer auch für den Besitz derjenigen Sachen einstehen, die durch jenen erworben werden konnten.

D. 19, 1, 30, 1 (Afric. 8 quaest.)

Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius

Für den Fall, dass du wissentlich eine fremde Sache mir, der ich das nicht weiß, verkauft hast, war er (Julian) der Ansicht, dass ich, auch bevor sie evinziert wird, erfolgreich aus dem Kauf darauf klagen könne, wieviel mein Interesse daran ausmacht, dass mir das Eigentum an ihr übertragen worden wäre. Obwohl es nämlich an sich zutrefte, dass der Verkäufer nur darauf hafte, dass der

faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit; id est maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit.

Käufer die Sache ungestört besitzen kann, nicht auch darauf, dass er ihm das Eigentum überträgt, hafte er, weil er nichtsdestoweniger dafür einstehen müsse, dass keine Arglist vorhanden ist, wenn er eine Sache, von der er weiß, dass sie in fremdem und nicht in seinem eigenen Eigentum steht, an jemanden verkauft, der das nicht weiß; das heißt insbesondere dann, wenn er (einen Sklaven) an jemanden verkauft, der (diesen) freilassen oder verpfänden will.

V. Gewährleistung für Sachmängel

1. Das Edikt der kurulischen Ädilen

D. 21, 1, 1, 1 (Ulp. 1 ad edictum aedilium curulium)

Aiunt aediles: “Qui mancipia vendunt certiores faciunt emptores, quid morbi vitiove cuique sit, quis fugitivus erove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiant, quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, <in sex mensibus, quibus primus de ea re experiundi potestas fuerit>, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. [...] hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus”.

Die Ädilen sagen: “Diejenigen, welche Sklaven verkaufen, sollen den Käufern mitteilen, ob ein Sklave eine Krankheit oder einen Fehler hat, ob er schon einmal entflohen ist, ob er sich herumgetrieben hat oder ob er von einer Noxalklage noch nicht befreit worden ist; und all dieses sollen sie beim Verkauf der Sklaven öffentlich und in gehöriger Weise verkünden; wurde aber ein Sklave entgegen diesen Bestimmungen verkauft oder befand er sich in einem Zustand, der dem beim Verkauf Zugesagten oder Versprochenen widersprach, soweit man dafür (nach Zivilrecht) haften muss, dann werden wir dem Käufer und allen, die diese Sache angeht, <innerhalb von sechs Monaten, seitdem er von diesem Mangel Kenntnis hat erhalten können,> eine Klage darauf geben, dass dieser Sklave gegen Rückzahlung des Preises zurückgenommen wird. [...] Weiterhin werden wir eine Klage geben, wenn angegeben wird, dass jemand hiergegen wissentlich und mit Arglist verkauft hat.“

2. Vertragspraxis

FIRA III 87 (Kaufurkunde über eine Sklavin, Dakien, a. 139)

MAXIMUS BATONIS PUELLAM NOMINE PASSIAM, SIVE EA QUO ALIO NOMINE EST, ANNORUM CIRCITER P(LUS) M(INUS) SEX, EMPTA SPORTELLARIA EMIT MANCIPIOQUE ACCEPIT DE DASIO VERZONIS PIRUSTA EX KAVIERETIO (DENARIIS) DUCENTIS QUINQUE.

Maximus, Sohn des Bato, hat ein Mädchen namens Passia, oder wie sie auch immer heißen mag, ungefähr sechs Jahre alt, vom Veräußerer erworben, eine Sportellaria, gekauft und manzipiert erhalten von Dasius, Sohn des Verzo, Pirusta aus Kavieretium für 205 Denare.

EAM PUELLAM SANAM ESSE, «A» FURTIS NOXISQUE SOLUTAM, FUGITIVAM ERRONEM NON ESSE PRAESTARI: QUOT SI QUIS EAM PUELLA «A» M PARTEMVE QUAM EX EO QUIS EVICERIT, QUO MINUS MAXIMUM BATONIS, QUOVE EA RES PERTINEBIT, HABERE POSSIDEREQUE RECTE LICEAT,

Dass dafür eingestanden wird, dass die Sklavin gesund, nicht mit einer Diebstahls- oder (sonstigen) Noxalhaftung belastet, keine Wegläuferin oder Streunerin ist, dass, wenn jemand die Sklavin oder einen (Miteigentums-) Anteil an ihr evinziert, wodurch es Maximus, Sohn des Bato, oder wen die Sache angeht, nicht mehr möglich ist, sie ordnungsgemäß zu haben und zu besitzen,

Ausgewählte Institutionen und Fragen des Privatrechts:
§ 6: Bar- und Konsenskauf

TUM QUANTI EA PUELLA EMPTA EST, <TAN>TAM PECUNIAM ET ALTERUM TANTUM DARI FIDE ROGAVIT MAXIMUS BATONIS, FIDE PROMISIT DASIUS VERZONIS PIRUSTA EX KAVIERETI<O>	dann der Preis, um den die Sklavin gekauft wurde, und noch einmal soviel gegeben werden soll, hat Maximus, Sohn des Bato, auf Treue gefragt, auf Treue hat es versprochen Dasius, Sohn des Verzo, Pirusta aus Kavieretium.
PROQUE EA PUELLA, QUAE S(UPRA) S(CRIPTA) EST, (DENARIOS) DUCENTOS QUINQUE ACCEPISSE ET HABERE SE DIXIT DASIUS VERZONIS A MAXIMO BATONIS.	Und für die obengenannte Sklavin 205 Denare von Maximus, Sohn des Bato, erhalten zu haben und sie zu besitzen hat Dasius, Sohn des Verzo, bestätigt.
ACTUM KARTO XVI K(ALENDAS) APRILES TITO AELIO CAESARE ANTONINO PIO II ET BRUTTIO PRAESENTE II COS.	Geschehen zu Kartum, am 16. Tag vor den Kalenden des April unter dem Konsulat von Titus Aelius Caesar Antoninus Pius, zum zweiten Mal Konsul, und Bruttius Praesens, zum zweiten Mal Konsul. (17. März 139)
MAXIMI VENETI PRINCIPIS MASURI MESSI DEC(URIONIS) ANNESES ANDUNOCNETIS PLANI VERZONIS SCLAIETIS LICCAI EPICADI MARCINIESI EPICADI PLARENITIS, QUI ET MICO DASI VERZONIS IPSIUS VENDITORIS	Siegel des Maximus Venetus, Princeps Masirius Messius, Decurio Annesis, Sohn des Andunocnes Planus, Sohn des Verzo, Sclaietes Liccaius Epicadus Marcinius Epicades, Sohn des Plarenis, der auch Mico heißt. Dasius, Sohn des Verzo, des Verkäufers

3. Gegenstand der *actio empti*

D. 19, 1, 13 pr. (Ulp. 32 ed.)

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 morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

Julian unterscheidet im 15. Buch (seiner Digesten) bezüglich der Verurteilung aus der Kaufklage zwischen jemandem, der wissentlich, und jemandem, der unwissentlich eine mangelhafte Sache verkauft hat. Er sagt nämlich, wer ein krankes Tier oder schadhafte Bauholz verkauft und dies unwissentlich getan habe, hafte nur auf den Betrag aus der Kaufklage, um den ich weniger gezahlt hätte, wenn ich den Mangel gekannt hätte. Wenn er jedoch in Kenntnis des Mangels geschwiegen und den Käufer getäuscht hat, müsse er für alle Nachteile einstehen, die dem Käufer aus diesem Kauf erwachsen sind. Wenn also ein Haus durch die Schadhaftheit des Holzes eingestürzt ist, muss der Schätzwert des Hauses gezahlt werden, wenn Tiere nach Ansteckung durch ein krankes Tier eingegangen sind, muss das Interesse daran geleistet werden, dass gesunde Tiere verkauft worden wären.