

**XVI**

# **Realkontrakte II**

Kurzfälle

# Kurzfälle

---

## Ausgangslage:

Marcus ist ein passionierter Musiker. Sein Freund Paulus hat soeben eine einzigartige Geige vererbt bekommen. Marcus möchte diese kaufen. Paulus will aber nicht verkaufen, jedoch wäre er damit einverstanden, wenn Marcus die Geige während seiner Abwesenheit spielt.

1. Welches Rechtsinstitut kommt hier in Frage? Wie kommt der Vertrag zustande?
  2. Wer haftet, falls die Geige Marcus zu Hause gestohlen wird?
-

# Kurzfälle

---

## Variante:

Marcus leiht die Geige von Paulus aus. Paulus übergibt sie jedoch nur mit dem Vorbehalt, sie nicht für öffentliche Auftritte zu benutzen. Marcus möchte mit der Geige Geld verdienen und spielt darauf auf dem wöchentlichen Markt.

Ist das zulässig?

---

# XVII

## Konsensualkontrakte I

HONSELL/FARGNOLI:  
§ 37, 44 - 53

Prof. Dr. Iole Fagnoli  
Materialien im Internet:  
[www.roma.unibe.ch](http://www.roma.unibe.ch)



Lienz, Museum Aguntum, Produktimport

# Übersicht der heutigen Vorlesung

---

- > **Konsensualverträge und *iudicia bonae fidei***
  - > ***Bona fides***
    1. *Emptio venditio* (Kauf)
      - *actio empti* und *actio venditi*
      - Sachmängelhaftung
      - Rechtsmängelhaftung
      - Gefahrübertragung
-

# I. 3.22.pr.-1

---

- > *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*
- > *Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.*
- > Durch Konsens kommen Schuldverhältnisse zustande beim Kauf, bei der Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag, bei der Gesellschaft und beim Auftrag.
- > Deswegen aber sagt man, dass bei diesen Vertragstypen ein Schuldverhältnis durch Konsens zustande kommt, weil weder Schriftakt noch Anwesenheit in irgendeiner Weise notwendig sind und auch nichts hingegeben werden muss, damit das Schuldverhältnis ins Leben tritt, sondern weil es vielmehr genügt, dass diejenigen, die das Rechtsgeschäft abschliessen, sich einigen.

# Konsensualverträge und *iudicia bonae fidei* (Klagen nach Treu und Glauben)

---

- > Alle Konsensobligationen (*emptio venditio, locatio conductio, mandatum, societas*) wurden mit der *iudicia bonae fidei* ausgestattet.
  - > *Bona fides* ist der Massstab, nach dem der Richter das Rechtsverhältnis zu beurteilen hatte; der Ermessensspielraum des Richters war sehr weit.
  - > Ausserdem waren *iudicia bonae fidei* die *actiones tutelae* und die *actiones negotiorum gestorum* (beide Verwandte der *actio mandati*), eine Variante der *actio depositi*.
-

# *Fides* (Treue)

---

- > Das Worthalten (*fides*) war ein römischer Grundwert. Es gehörte zu den römischen Lebensprinzipien, treu zu sein. Treulosigkeit galt als sozialer Makel.
  - > Die *fides* forderte, dass man sein Wort hielt, gleichgültig in welcher Form man es geäußert hatte.
  - > Beispiel: Treueverhältnis zwischen dem Freigelassenen (*cliens* = Höriger, von *cluere* = gehorchen) und seinem Patron (Schutzherr). Dieses Treueverhältnis war vererblich und verpflichtete zu wechselseitiger Förderung (z.B. sollte der Patron nicht gegen seinen Klienten als Zeuge auftreten).
  - > Bei der *bona fides* handelte es sich um Vertrauensschutz. In diesem Begriff wurzeln die heutigen Rechtstheorien von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und vom guten Glauben (Art. 3 ZGB).
-



# Guter Glaube

---

- > D. 50.17.136 (Paul. 18 ad ed.)
    - *Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*
    - Der gute Glaube verschafft dem Besitzer allemal gleichviel, wie es die wahre Sachlage bewirkte, falls nicht ein Gesetz dem entgegensteht.
  
  - > Gutgläubig i.S.v. Art. 3 ZGB ist derjenige, der davon ausgeht, dass der Rechtsschein mit dem Rechtssein übereinstimmt, damit aber falsch liegt. Mit dem guten Glauben wird ein reiner Wissensstand beurteilt.
-

# Treu und Glauben

---

## Gai. 4.61

- > *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur ut, habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.*
- > In den auf Treu und Glauben <*bona fides*> gestellten Prozessverfahren gilt, dass dem Richter das freie Ermessen eingeräumt ist, nach den Grundsätzen der Redlichkeit und der Angemessenheit zu entscheiden, wieviel dem Kläger zu erstatten ist. Und daraus folgt denn auch nach abgeschlossener Berechnung dessen, was der Kläger seinerseits aus demselben Rechtsverhältnis zu leisten verpflichtet wäre, den Prozessgegner lediglich auf die Differenz zu verurteilen.

Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB ist ein Regulativtatbestand, der zwingende Verhaltensanweisungen an alle Akteure stellt. Treu und Glauben stellt ein massgebendes Prinzip für die ganze Rechtsordnung dar (v.a. in Bezug auf Vertragsabschluss und Vertragsinhalt). Häufig gründen Nebenpflichten auf der *bona fides*.

---

# 1) *Emptio venditio* (Kauf)

---

- > Kauf: Tausch von Ware (*res*) gegen Geld (Preis muss in Geld bestehen) (vgl. Art. 184 OR).
  - > Die Frühzeit kannte nur den Barkauf. Dieser war nur der Rechtsgrund für den sachenrechtlichen Erwerb und wurde nicht als Entstehungsgrund schuldrechtlicher Leistungspflichten angesehen.
  - > Gegenseitig verpflichtender (synallagmatischer) Vertrag: Die auf Austausch gerichteten Klagen waren die *actio empti* und die *actio venditi*.
  - > Kam formlos durch Konsens zustande.
-

# Kaufklagen

---

## > **Klage des Käufers: *actio empti***

- Gerichtet auf ein *facere*: Alle Handlungen, die erforderlich waren, damit der Käufer Besitz an der Kaufsache erhielt. Dazu gehört die Übergabe.
- Verwirklichung der Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel. Bei der Sach- und bei der Rechtsmängelhaftung wurde der Anwendungsbereich der *actio empti* allmählich ausgeweitet.

## > **Klage des Verkäufers: *actio venditi***

- Gerichtet auf Bezahlung des Kaufpreises (einschliesslich Zinsen) und somit auf die Eigentumsverschaffung am Kaufgeld.
-

# Formel der *actio empti*

---

- > *Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio Stichum hominem, quo de agitur, emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio; si non paret absolvito.*
  - > Wenn Aulus Agerius von Numerius Negidius den Sklaven Stichus, um den es hier geht, gekauft hat und worüber jetzt Klage geführt wird: Wieviel aus diesem Rechtsgrund Numerius Negidius nach Treu und Glauben dem Aulus Agerius [gemäss *ius civile*] geben oder leisten muss, auf soviel soll sein Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; falls es sich nicht erweist, soll er freisprechen.
-

# Rechtsmängelhaftung

---

- > Es galt das römische **Eviktionsprinzip**: Falls der Verkäufer Nichteigentümer war und der Käufer die Sache an den Eigentümer herausgeben musste, hatte der Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer (Eviktionsprinzip statt Sachverschaffung). In der Frühzeit der römischen Geschichte stand die *actio auctoritatis* zur Verfügung, welche das Doppelte des Kaufpreises gewährte.
  - > Leistung der *stipulatio duplae*: Der Verkäufer versprach das *duplum* durch Stipulation. Falls er nicht geleistet hat, steht die *condictio* zur Verfügung.
  - > Am Ende der Klassik: Bei Eviktion Klage aus der *actio empti* auf das Interesse (*id quod interest*) am Behalten der Sache. Verpflichtung des Verkäufers war die Erhaltung des Käufers im ungestörten Besitz und Genuss der Sache (*habere licere*).
-

# Varro, *Res rusticae*, 2.10.5

---

- > *In horum [sc. servorum] emptione solet [...], si mancipio non datur, dupla promitti [...].*
  - > Beim Kauf [von Sklaven] wird üblicherweise [...], falls nicht übereignet wird, der doppelte Kaufpreis [durch *stipulatio*] versprochen [...].
-

# Sachmängelhaftung

---

- > Am Anfang galt das Prinzip, dass man für Sachmängel nicht haftete.
  - > Gegen bestimmte Fehler sicherte man sich durch Stipulationen ab (z.B. dass der Sklave gesund sei).
  - > Weitere Rechtsbehelfe beim Kauf von Sklaven und Zugtieren enthielt das Edikt der kurulischen Ädilen. Der Käufer hatte zwei Rechtsmittel nach seiner Wahl, die vor dem Marktgericht der kurulischen Ädilen geltend gemacht werden konnten:
    - *Actio redhibitoria* (Wandlungsklage), Frist 6 Monate, auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Sache gerichtet (vgl. Art. 197 ff. OR).
    - *Actio quanti minoris* (Minderungsklage), Frist 12 Monate, auf Minderung des Kaufpreises gerichtet (vgl. Art. 205 ff. OR).
  - > Aus der actio empti: Klage auf *id quod interest*.
-



# D. 21.1.1.10

## (Ulp. 1 ad ed. aedilium curulium)

---

- > *Idem Vivianus ait, quamvis aliquando quis circa fana bacchatus sit et responsa reddiderit, tamen, si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse. [...] Neque eo nomine, quod aliquando febrem habuit: ceterum si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis, ideoque redhiberi non posse, quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur: attamen ex empto actionem admittit.*
  - > Vivian sagt ferner, auch wenn jemand irgendwann einmal bei den Tempeln in Ekstase geraten war und Prophezeiungen von sich gegeben hat, liege gleichwohl kein Mangel vor, wenn er dies jetzt nicht mehr tut. [...] Wenn er aber unvermindert in diesem gestörten Zustand bleibe und im Tempelbezirk gewöhnlich in Ekstase gerate und wie von Sinnen Prophezeiungen von sich gebe, so liege, auch wenn dies nur aus Zügellosigkeit geschehe, dennoch ein Mangel vor, aber ein psychisch-geistiger Mangel, kein körperlicher. Und deswegen könne nicht gewandelt werden, da die Ädilen nur von körperlichen Mängeln sprechen. Die Klage aus Kauf lässt Vivian jedoch zu.
-

# D. 21.1.4 pr-2

## (Ulp. 1 ad ed. aedilium curulium)

---

- > *Ob quae vitia negat redhibitionem esse, ex empto dat actionem. [...] Item aleatores et vinarios non contineri edicto quosdam respondisse Pomponius ait, quemadmodum nec gulosos nec impostores aut mendaces aut litigiosos. [...]*
  - > Hinsichtlich solcher Mängel greift, wie er sagt, die Klage auf Wandlung nicht ein; er gibt die Klage aus Kauf. [...] Ferner berichtet Pomponius, einige Juristen hätten gutachtlich entschieden, Würfelspieler und Trinker seien nicht vom Edikt erfasst, so wie auch Gefräßige nicht und Hochstapler, Lügner oder Streitsüchtige. [...]
-

# Gefahrübergang

---

- > Die Gefahr (*periculum*) des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung einer Sache traf nach allgemeinen Regeln den Verkäufer als Eigentümer; der Käufer trug die Gefahr, wenn die Sache erst nach der Übergabe unterging (*casum sentit dominus*: Den Zufall spürt der Eigentümer).
  - > Aber: In der kurzen Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Übergabe trug der Käufer die Gefahr (*periculum est emptoris*). Voraussetzung für den Gefahrübergang war also nicht die Übergabe der Sache, sondern der gültige Abschluss des Vertrages (vgl. Art. 185 OR).
-

## D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 ad 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. [...]*
  - > Es ist unumgänglich zu wissen, wann der Kauf perfekt wird: Dann nämlich wissen wir, wer die Gefahr «hinsichtlich der Preiszahlung» trägt. Denn mit der Perfektion des Kaufes geht die Gefahr auf den Käufer über. Und perfekt ist der Kauf, wenn das, was verkauft werden soll, nach Gegenstand, Beschaffenheit und Mass bestimmt ist, wenn der Preis feststeht und der Gegenstand ohne Bedingung verkauft worden ist. [...]
-

# Übersicht der Rechtsbehelfe

## Sachmängel im Rahmen der *emptio venditio*

Ädilizische Klagen

*Actio empti*

Sofern es sich um Sklaven oder Zugtiere als Kaufgegenstände handelte, standen dem Käufer wahlweise die *actio redhibitoria* oder die *actio quanti minoris* zur Verfügung. Der Käufer konnte damit wandeln oder mindern.

Die *actio empti* erweiterte sich in der klassischen Zeit und umfasste auch die beiden ädilizischen Klagen, welche aber ihrerseits selbstständig im Edikt blieben. Dadurch wurde es möglich, die Gewährleistungsansprüche für alle Sachen geltend zu machen.

## Rechtsmängel im Rahmen der *emptio venditio*

*Actio auctoritatis*

*Condictio*

*Actio empti*

Sofern das Verfügungsgeschäft abgeschlossen wurde, richtete sich diese *actio* auf das Doppelte des Kaufpreises.

Sofern die Rechtsgewährleistung stipuliert wurde, richtete sich diese *actio* auf das Doppelte des Kaufpreises.

Sofern das Verfügungsgeschäft abgeschlossen wurde, richtete sich diese *actio* auf das Interesse (*id quod interest*).