



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Die Wurzeln der werkvertraglichen Gefahrtragung
im römischen Bauvertragsrecht“

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Philipp Raphael Springer

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree
of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2017 / Vienna 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Römisches Recht

Betreut von / Supervisor:

Univ.Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel

Inhalt

I.	Einleitung.....	2
1.	Gefahrtragung als Problem.....	2
2.	Welche Fragen sind zu unterscheiden?	2
3.	Gerechtigkeitsdilemma als Ursache der Kontroverse	4
4.	Mögliche Lösungen.....	6
5.	Bedeutung des römischen Rechts für diese Frage.....	8
6.	Folgen der römischrechtlichen Kontroverse auf den Kodifikationsprozess	8
7.	Unklare Antworten im ABGB als Folge einer zweitausendjährigen Kontroverse 10	
8.	Anspruch dieser Arbeit.....	11
II.	Labeo und Paulus über den eingestürzten Wassergraben: D. 19,2,62.....	12
1.	Labeo und Paulus	12
2.	Problemstellung.....	13
3.	Variiert Paulus den Sachverhalt?	15
4.	Die <i>labes</i> des ersten Satzes von D. 19,2,62: <i>vis maior</i> , <i>casus minor</i> oder <i>culpa</i> ? 16	
5.	Wie interpretiert Paulus die <i>labes</i> ?.....	22
6.	Abgrenzbarkeit von <i>vitium operis</i> und <i>vitium soli</i> ?	23
7.	Lohngefahr oder Leistungsgefahr?.....	35
8.	Unmöglichkeit spielt im römischen Werkvertrag keine Rolle.....	40
9.	Exkurs: Ist Gefahrtragung im ABGB-Werkvertrag Unmöglichwerden?.....	45
10.	D. 19,2,62 und die Erfindung der Sphärentheorie	46
III.	Die Dreieinigkeit der <i>locatio conductio</i>	49
1.	Argumente für die Einheitskonzeption	50
2.	Sonderstellung der <i>locatio conductio operis</i>	51

3.	Identität von <i>locatio conductio operarum</i> und <i>locatio conductio rei</i> ?	52
IV.	Die Sphärentheorie in der Landpacht: D. 19,2,15,2	57
1.	Beziehung zwischen Unwiderstehlichkeit und lokaler Herkunft	61
2.	Weitere Abgrenzungskriterien?	66
3.	Charakterzüge der höheren Gewalt: Die Zusammenhänge	68
4.	Sachgefahr und <i>custodia</i> ?	69
5.	<i>potestas conducendi</i> – Die Frage nach dem Vertragsgegenstand	72
6.	Unterer Teil der Stelle: höhere Gewalt als „bewegliches System“	73
7.	Ergebnis: Zwei verschiedene Zugänge in D. 19,2,15,2	75
V.	Die Gefahrtragung im Arbeitsvertrag	76
1.	Wortinterpretation von <i>per eum (non) stare</i>	83
2.	Sozialhistorische Überlegungen	88
3.	Arbeitsrechtliche Konstellationen in den Digesten	93
4.	Epigraphische und literarische Quellen	95
VI.	Florentinus über verschiedene Bauvertragstypen: D. 19,2,36	102
1.	Florentinus als anachronistischer Vertreter einer bestellerfreundlichen Mindermeinung?	104
2.	Erdbeben während der Bauphase	104
3.	Hangrutschung vor dem Spatenstich	106
4.	„Irgendeine Gewalt“ nach Fertigstellung	109
5.	Widerspricht sich Florentinus selbst?	115
6.	<i>periculum conductoris</i> als <i>periculum casus minoris</i>	116
7.	<i>In pedes</i> -Vertrag als Normalfall	121
8.	Zusammenfassung der Deutung von D. 19,2,36	125
VII.	Vertragstypen der heutigen Bauwirtschaft	127
1.	Begriff des Vertragstyps	128
2.	Charakteristik der unterschiedlichen Bauvertragstypen	135

3.	<i>Dankwardts</i> Entreprise-Vertrag	167
4.	Grenzen der Vertragsfreiheit.....	170
VIII.	<i>Probatio operis</i> – die Abnahme im römischen Recht.....	173
1.	Historische Zeugnisse der <i>probatio</i>	174
IX.	Ergebnisse	191
X.	Literaturverzeichnis	199
XI.	Überblick.....	212
XII.	Abstract	213

I. Einleitung

1. Gefahrtragung als Problem

Das Problem der werkvertraglichen Gefahrtragung wird seit zwei Jahrtausenden kontrovers diskutiert. Im weitesten Sinn geht es um die Fragen, ob und in welchen Fällen ein Werkunternehmer trotz Ausbleibens seiner Leistung die Gegenleistung beanspruchen kann, um die Frage, ob die Leistung überhaupt ausbleiben darf, verneinendenfalls, ob dem Besteller weitergehende Ansprüche zustehen. Damit hängt auch die Frage zusammen, in welchen Fällen der Besteller einen höheren als den ursprünglich vereinbarten Preis schuldet.

Im engeren Sinn geht es bei der Gefahrtragung ausschließlich um das Ausbleiben des Werkes infolge des Zufalls, wobei der Zufall als ein weder vom Werkunternehmer noch vom Besteller verschuldetes Ereignis verstanden wird. Oft wird die Frage auf die Verpflichtung des Bestellers zur Leistung des Werklohnes beschränkt (Preisgefahr).

Von manchen wurde ausschließlich die nachträgliche Unmöglichkeit als Problem der Gefahrtragung behandelt, von anderen auch Situationen erfasst, in denen zwar das bisher (ganz oder teilweise) ausgeführte Werk durch den Zufall vernichtet wird, ohne dass die Neuaufführung unmöglich wäre.

2. Welche Fragen sind zu unterscheiden?

Innerhalb dieses Fragenkomplexes wird insbesondere nach dem Zeitpunkt unterschieden, an dem sich das Ereignis ereignet. Das schädigende Ereignis kann zwischen Vertragsabschluss und Beginn mit der Ausführung, während der Ausführung, zwischen Fertigstellung und Abnahme oder aber nach der Abnahme eintreten.

Weiters wird nach der Art des Ereignisses differenziert. Das Ereignis kann entweder auf ein Verschulden des Bestellers oder des Werkunternehmers zurückgehen, wobei diese beiden Fälle häufig aus der Diskussion der Gefahrtragung im engeren Sinn ausgeschlossen werden: Es liegt ja dann kein „Zufall“ vor.

Trifft den Besteller Verschulden, ergibt sich aus der Natur der Sache, dass er dem Werkunternehmer weiter den Werklohn schuldet und kein Werk erhält. Umgekehrt ist es genauso selbstverständlich, dass ein schuldhaft handelnder Werkunternehmer entweder an den Vertrag gebunden bleibt und auf eigene Kosten entweder weitere Versuche

unternehmen muss, er dem Besteller auf das Interesse zu haften hat oder zumindest seinen Werklohnanspruch verliert.

Liegt weder beim einen noch beim anderen Verschulden (*culpa*) vor, so wird innerhalb dieses als Zufall (*casus*) bezeichneten Bereiches weiter unterschieden zwischen höherer Gewalt (*vis maior*) und niederem Zufall (*casus minor*).¹ Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass die höhere Gewalt nicht einmal mit der größten Anstrengung abgewendet werden kann, der niedere Zufall grundsätzlich abgewendet werden könnte, wobei dafür eine größere Anstrengung erforderlich wäre, als vertraglich geschuldet wird. Für die Unterlassung dieser Abwendung wird der angesprochenen Partei daher kein Verschuldensvorwurf gemacht.

Allerdings besteht über diese Definition keine Einigkeit. Manche grenzen den Bereich der höheren Gewalt noch über weitere Tatbestandselemente ein, wobei insbesondere äußere lokale Herkunft des Ereignisses, große potentielle Schadenshöhe und niedrige statistische Wahrscheinlichkeit genannt werden, die letzten beiden Charakteristika werden oft unter den Bezeichnungen Außergewöhnlichkeit oder Unkalkulierbarkeit zusammengefasst. Im allerengsten Sinn fallen nur Naturereignisse (Erdbeben, Hochwasser, Vulkanausbruch) in den Bereich der höheren Gewalt.

Aufgrund dieser divergierenden Definitionen erscheint den einen die höhere Gewalt als Normalfall des Zufalls, da nur wenige Ereignisse denkbar sind, die beherrscht werden könnten ohne beherrscht werden zu müssen: Beispiele für einen solchen *casus minor* lassen sich kaum erdenken: Man könnte an den nächtlichen Diebstahl von Baumaterialien denken, wobei das übliche Maß an Sicherungsmaßnahmen zwar eingehalten wurde, übertriebene Sicherungsmaßnahmen (Bewachung der Baustelle mit dutzenden Nachtwächtern) den Diebstahl hätten verhindern können. Fast alle realistisch zu erwartenden Zufälle wären alle als *vis maior* einzuordnen. Wenn Juristen dieser Anschauung davon sprechen, diese oder jene Partei trage „die Gefahr“, denken sie in erster Linie an das *periculum vis maioris*.

Anderen erscheint der niedere Zufall als Grundfall des Zufalls, da eine durch viele Kriterien ausgezeichnete höhere Gewalt an praktischer Relevanz verliert und entsprechend ihrer

¹ Von manchen wurde *vis maior* nicht als eine Teilmenge von *casus* betrachtet, somit nicht zwischen *casus* und *casus minor* unterschieden. Beispielsweise spricht *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 59 von der „Unterscheidung zwischen *casus* und *vis maior*“ meint mit *casus* also *casus minor*. Anders *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 502, auf den sich *Schmoll* bezieht: dieser bringt durch die Rede von dem „als mit v[is] m[aior] gleichbedeutend angesehenen [...] „*casus cui resisti non potest*“ zum Ausdruck, dass „*casus*“ für ihn der Überbegriff ist. Die terminologische Schwierigkeit könnte darin wurzeln, dass die Glosse nicht differenzierte: *casus* und *vis maior* war hier identisch, *vis maior* grenzte unmittelbar an *culpa*. Den *casus minor* kannte die Glosse nicht, dieser Bereich wurde als *culpa levissima* betrachtet.

Konzeption zur seltenen Ausnahme wird. Bei dieser Betrachtungsweise würden auch unabwendbare Ereignisse, wie gewöhnliches schlechtes Wetter, die Erkrankung von Bauarbeitern oder schlechter Baugrund nicht als höhere Gewalt eingestuft, da diese entweder nicht von äußerer Herkunft, nicht selten, oder nicht stark einschneidend sind. Anhänger dieser Anschauung denken bei „Gefahr“ somit in erster Linie an das *periculum casus minoris*.

Vor allem historisch – insbesondere in der mittelalterlichen Glosse – bestand noch jene Ansicht, die die Existenz eines Bereiches zwischen Verschulden und höherer Gewalt überhaupt ablehnte: Der Werkunternehmer habe die Pflicht, jeden menschenmöglich abwendbaren Umstand abzuwenden, die Verletzung dieser Pflicht ist immer Verschulden.

3. Gerechtigkeitsdilemma als Ursache der Kontroverse

Der Hauptgrund für die kontroverse Debatte ist, dass für den Bereich des Zufalls, noch mehr für den Bereich der höheren Gewalt, die Antwort für die Lohnfrage nicht aus bloßen Gerechtigkeitsüberlegungen gewonnen werden kann:

Je größer der Zusammenhang zwischen dem Ereignis und einer der beiden Vertragsparteien ist, desto offensichtlicher wird, wie die Rechtsordnung zu entscheiden hat.

Zunächst muss hier auch das Verschulden wieder miteinbezogen werden: Im Extremfall hat einer der beiden den Erfolg durch böse Absicht vereitelt, es ist völlig einleuchtend, dass dadurch dem Gegner kein Nachteil entwachsen darf: Hat etwa der Besteller den Werkerfolg aus purer Bosheit verhindert, muss er dennoch den Lohn zahlen.

Dasselbe Ergebnis werden Gerechtigkeitsüberlegungen normalerweise auch in jenem Fall gebieten, in dem eine Partei grob fahrlässig gehandelt hat.

Für den Bereich der leichten Fahrlässigkeit gilt in abgeschwächter Form dasselbe, die Moral ruft hier jedoch bereits weniger laut. Hier wäre es weniger bedenklich, etwa die Zulässigkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung zu erwägen.

Wo die leichte Fahrlässigkeit endet, mit ihr das gesamte Reich des Verschuldens, beginnt der Bereich des Zufalls. Innerhalb des Zufalls ist zunächst jener Bereich zu erörtern, in dem eine Partei das Ereignis zwar nicht schuldhaft, aber kausal verursacht hat: Hier könnte weiter unterschieden werden zwischen einem Tun und einer Unterlassung. Im zweiten Fall, dem sogenannten niederen Zufall, geht es insbesondere um Ereignisse, die von einer Partei beherrscht werden könnten, in der Regel mit einer überdurchschnittlichen Anstrengung,

jedoch nicht beherrscht werden müssen. Für diesen Bereich wäre es zumindest erwägenswert, jene Partei die Gefahr tragen zu lassen, der die Beherrschung möglich gewesen wäre. Andererseits wurde sie ja von der Beherrschungspflicht entbunden, vom Verschuldensvorwurf freigesprochen. Es wäre somit bemerkenswert, dass überhaupt nach der Möglichkeit dieser Beherrschung gefragt wird.²

In jenem Bereich, den keine der beiden Parteien auch nur theoretisch hätten beherrschen können, kann uns die Moral die Gefahrfrage nicht beantworten. In einem noch größeren Dilemma befindet sich die Moral, wenn das Ereignis nicht nur unabwendbar ist, sondern auch noch von außen hereinbricht, somit nicht einmal durch lokale Aspekte einer der beiden Parteien zugeordnet werden kann.

Je weiter sich das Ereignis somit der *vis maior*, dem Äquidistanzpunkt zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer annähert, desto schwächer werden die Fesseln durch Gerechtigkeitsüberlegungen, und desto beliebiger wird somit die Entscheidung der Gefahrfrage. Dies gilt für den Gesetzgeber gleichermaßen wie für die Vertragsparteien. Es sinken somit auch die Bedenken gegen eine vertragliche Vereinbarung, die gegenüber der gesetzlichen Lösung gegenteilig entscheidet.

Je größer der Abstand zum Verschulden wird, je kleiner die Chancen zur Beherrschung des Ereignisses werden, und je mehr es sich der höheren Gewalt annähert, desto eher muss es den Vertragsparteien freistehen, die Entscheidung selbst zu treffen. Steht das Ereignis genau in der Mitte zwischen den beiden Parteien, handelt sich also um höhere Gewalt im engsten Sinn, ist jede Entscheidung moralisch gerechtfertigt und es kann eine von der gesetzgeberischen Entscheidung abweichende Lösung somit niemals sittenwidrig sein.³

Lenkt man den Blick auf die vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten, könnte man sich diesen Zusammenhang als „Glockenkurve der Dispositivität“ vorstellen: Am Scheitelpunkt, der *vis maior* ist jede Lösung sittenkonform; je mehr sich ein Ereignis einer Partei annähert, desto strenger muss im Lichte der *bona fides* (bzw § 879 ABGB) geprüft werden.

Entscheidet die Rechtsordnung, dem Werkunternehmer im Falle des Zufalls keinen Werklohn zuzusprechen, hat dieser umsonst gearbeitet. Es könnte sein, dass nur ein ganz kleiner Teil des Werklohnes als Gewinn gedacht war, der weit überwiegende Teil jedoch

² Vgl *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 518f.

³ Über die mangelnde Eignung der *aequitas* die Gefahrtragungsfrage zu beantworten: *Schilcher*, Die Preisgefahr beim Kauf, *JBl* 1964, 395ff, 402f.

für tatsächlich getragene Ausgaben, etwa für Materialkosten. Steht fest, dass den Werkunternehmer kein Verschulden trifft, wird dieser es kaum als gerecht empfinden, diese wirtschaftliche Einbuße zu erleiden. Noch weniger Verständnis wird der Werkunternehmer für die Entscheidung aufbringen, wenn er nicht nur von einem Verschuldensvorwurf freigesprochen wird, sondern ihm sogar zugestanden wird, das Ereignis habe nicht einmal hypothetisch abgewendet werden können (höhere Gewalt).

Trifft die Rechtsordnung hingegen die gegenteilige Entscheidung, und lässt sie den Besteller den Werklohn für eine nicht erhaltene Leistung bezahlen, gestaltet sich die Situation fast spiegelbildlich. Durch die aus seiner Sicht nutzlose Bezahlung des Entgelts wäre der Besteller durch diese Entscheidung der Rechtsordnung mindestens im gleichen Ausmaß „geschädigt“ wie es andernfalls der Werkunternehmer wäre. Auch ihm könnte die Gerechtigkeit dieser Entscheidung kaum erklärt werden, wenn ihn kein Verschulden treffen soll.⁴

Das Privatrecht geht grundsätzlich davon aus, dass alle Teilnehmer des Rechtsverkehrs gleich zu behandeln sind und insbesondere keine Seite eines Vertrages ohne Grund systematisch bevorzugt werden darf.⁵

Jede Lösung der Gefahrfrage – insbesondere soweit es den Bereich der höheren Gewalt betrifft – ist daher gleichermaßen moralisch verwerflich wie geboten. Ein *non liquet*, also das Offenlassen der Gefahrfrage würde aber den Rechtsverkehr noch mehr belasten, und eine Vielzahl an Rechtsstreitigkeiten provozieren. Der Gesetzgeber hat die Frage daher im Vorhinein und auf vorhersehbare Weise zu entscheiden.

4. Mögliche Lösungen

Es bieten sich verschiedene Lösungen an. Höhere Rechtsicherheit geht mit jenen Modellen einher, die sämtliche Zufälle generell und undifferenziert einer konkreten Vertragspartei zuordnen, und ausschließlich für den Bereich des Verschuldens anders entscheiden. Die

⁴ Für den Kauf *Glaß*: „Die Sache ist verloren, und einer der beiden Beteiligten muß schuldlos den Schaden tragen. Für ihn aber ist das *immer* ‚unbillig‘, sei es der Käufer, sei es der Verkäufer. Gefahrtragungsregeln können eben nicht ‚gerecht‘ sein.“: *Glaß*, Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt (1959) 28; *Reinhardt*, Die Gefahrtragung beim Kauf (1998) 184; ähnlich *Schilcher*, Die Preisgefahr beim Kauf, JBl 1964, 395ff, 397.

⁵ Dies gilt vorbehaltlich jener Verträge, in denen der Gesetzgeber zur Kompensation von wirtschaftlichen Ungleichgewichten einen Ausgleich anordnet, so in der heutigen Rechtsordnung im Mieterschutz, im Arbeitsrecht, im Konsumentenschutzrecht oder bei vergaberechtlichen Vertragsverhältnissen, im römischen Recht finden sich ähnliche Gedanken beim Schutz von Minderjährigen oder Interzedenten.

klarste Antwort ist also von diesen beiden Verschuldenstheorien zu erwarten. Die bestellerfreundliche Verschuldenstheorie, die bei Zufall dessen Verpflichtung zur Lohnzahlung aufhebt, wird häufig als *periculum conductoris* bezeichnet. Die gegenteilige Lösung, die werkunternehmerfreundliche Verschuldenstheorie, kann mit *periculum locatoris* angesprochen werden.

Ebenso möglich wäre es, innerhalb des Zufalls zwischen höherer Gewalt und niederem Zufall zu differenzieren. So könnte der Werkunternehmer im Fall eines niederen Zufalls den Lohnanspruch verlieren, im Fall der höheren Gewalt jedoch behalten.⁶ Denkbar wäre theoretisch auch die gegenteilige Lösung, somit also den Werkunternehmer mit der höheren Gewalt, den Besteller mit dem niederen Zufall zu belasten.

Wird der niedere Zufall in Abgrenzung zum unbeherrschbaren Bereich definiert, stellt sich die Frage, für welche der beiden Parteien das Ereignis beherrschbar sein muss, um zum niederen Zufall gezählt werden zu können. Der Bereich des niederen Zufalls könnte andernfalls zweigeteilt erscheinen.

Schließlich wäre es möglich, auch innerhalb des Bereiches der höheren Gewalt zu differenzieren. Je nachdem, ob das zufällige Ereignis einen Zusammenhang zu Sachen im Eigentum oder der Gewahrsame eines der Vertragspartner hatte, zu seiner Person oder zu seinen Gehilfen, oder auf sonstige Art ein Bezug hergestellt werden kann, könnte die Lohnfrage einmal so, einmal anders entschieden werden.

Leider werden praktisch nie alle dieser Parameter auf dieselbe Partei hinweisen, ganz im Gegenteil ist es geradezu typisch, dass manche in die eine Richtung einschlägig sind, andere die gegenteilige Antwort indizieren. So ist es beim Werkvertrag eine sehr häufige Situation, dass sich Gegenstände aus dem Eigentum des Bestellers in der Gewahrsame des Werkunternehmers befinden. Dies könnte der zu reparierende Schuh beim Schuster sein, oder die Baustelle, die aufgrund des Grundsatzes *superficies solo cedit* im Eigentum des Bauherrn steht, über die aber oft der Werkunternehmer die faktische Herrschaft ausübt. Bei den Transportverträgen wird der Zufall häufig sowohl das Fahrzeug des Werkunternehmers als auch die darin befindlichen Personen oder Sachen des Bestellers treffen.

⁶ Kritisch zur Sphärentheorie: Weyers, Werkvertrag, in BMJ (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1157.

Eine solche Lösung bietet daher dem Gericht potentiell die Möglichkeit, die im Einzelfall „gerechteste“ Entscheidung zu finden, ist aber hinsichtlich der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sehr eingeschränkt.⁷

Insbesondere die letzten beiden Lösungen werden seit dem Ende des 19. Jahrhunderts als Sphärentheorie bezeichnet. Zur besseren Unterscheidung wurden diese beiden Spielarten der Sphärentheorie als Einflusstheorie und Zurechnungstheorie bezeichnet. Die Einflusstheorie meint mit Sphäre jenen von der jeweiligen Partei beherrschbaren Bereich des niederen Zufalls, die höhere Gewalt wird stets einem der Vertragspartner zugeordnet. Die Zurechnungstheorie zerteilt auch den Bereich der höheren Gewalt.

5. Bedeutung des römischen Rechts für diese Frage

Von zentraler Bedeutung für das Problem der werkvertraglichen Gefahrtragung sind die Überlegungen der antiken römischen Juristen. Fast jeder Satz des geltenden Werkvertragsrechts in Österreich und Deutschland lässt sich unmittelbar oder mittelbar auf die Digesten zurückführen. Zum einen Teil wurde nur der Grundgedanke übernommen, zum anderen Teil finden sich bis auf die Satzstellung übereinstimmende Übersetzungen. Die Beschäftigung mit dem römischen Werkvertragsrecht ist damit nicht ausschließlich von historischem Interesse, sie dient genauso der Erkenntnis der dem geltenden Recht zugrundeliegenden Überlegungen.

6. Folgen der römischrechtlichen Kontroverse auf den Kodifikationsprozess

Oben wurde bereits die Schwierigkeit dargestellt, aus reinen Gerechtigkeitsüberlegungen eine überzeugende Lösung für das Problem zu finden. Dies zeigt sich besonders auch im Scheitern der römischen Juristen, über diese Frage zu einer einheitlichen Antwort zu gelangen. Die Konflikte konnten auch von den gemeinrechtlichen Juristen des 19. Jahrhunderts nicht beigelegt werden, jede Fraktion konnte ihre Auffassung unter Berufung auf jeweils passende antike Gelehrte untermauern.

Unter dem Einfluss dieser anhaltenden Kontroverse stand die Kodifikation des österreichischen ABGB am Beginn, und jene des BGB am Ende des 19. Jahrhunderts sowie die Umgestaltung des ABGB nach dem Vorbild des BGB durch die 3. Teilnovelle im Jahr

⁷ Hier könnte natürlich zynisch eingewandt werden, dass es im Falle von unvorhersehbaren und unabwendbaren Ereignissen auch schon egal ist, wenn auch der Ausgang des Gerichtsverfahrens unvorhersehbar und unabwendbar ist. Der Zufall schlägt einfach doppelt zu. Dieser Gedanke wäre allerdings durch eine Gefahrtragungsverteilung nach dem Münzwurf besser als durch die Sphärentheorie verwirklicht.

1916. Neben der juristischen Debatte brachten sich insbesondere auch wirtschaftliche Gruppen interessenpolitisch stark ein. Es waren dies insbesondere die Vertreter der Bauwirtschaft, deren Angehörige häufig die Stellung des Werkunternehmers einnehmen.

Weder die eine, noch die andere Seite konnte sich völlig durchsetzen, wodurch im ABGB Anhänger konträrer Ansichten ihre Spuren hinterlassen haben.

Unser Gesetzbuch liest sich fast wie die Niederschrift ihrer lautstarken Debatte:

„Im Werkvertrag übernimmt jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt“ ruft uns der alte Bestellerfreund LABEO in § 1151 ABGB entgegen.⁸

PAULUS widerspricht ihm in § 1168: „Nein, nicht immer schuldet der Werkunternehmer einen Erfolg. Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war [...]“.⁹

Soweit möchte FLORENTIN nicht gehen (§ 1168a): „PAULUS du irrst, geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen“.¹⁰

PAULUS,¹¹ sekundiert von ULPIAN,¹² schleudert ihm zurück: „Das kann doch keinesfalls bei Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes gelten“, JAVOLEN ergänzt: „auch nicht bei offenbar unrichtigen Anweisungen des Bestellers“.¹³

Das möchte LABEO nicht gelten lassen: „Nein ich bleibe dabei. In der Regel ist das Entgelt nach vollendetem Werk zu entrichten.“ (§ 1170).¹⁴ Auch FLORENTIN lässt sich nicht gänzlich von seinem Standpunkt abbringen, nur für den *in pedes*-Vertrag, bei dem die Preisberechnung in Mengeneinheiten erfolgt, macht er ein Zugeständnis: „Wird aber das Werk in gewissen Abteilungen verrichtet [...] so ist dieser befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern.“¹⁵

Im Schlusswort macht FLORENTIN aber deutlich, dass er andernfalls wenig von den verwässernden Ausnahmen hält, nämlich dann, wenn das Werk *aversione*, also zu einem Pauschalpreis vergeben wird: „Ist dem Vertrage ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit zugrunde gelegt, so kann der

⁸ Vgl D. 50,16,5,1.

⁹ Vgl D. 19,2,38

¹⁰ Vgl D. 19,2,36

¹¹ Vgl D. 19,2,62

¹² Vgl D. 19,2,13,5, D. 9,2,27,29

¹³ Vgl D. 19,2,60,3.

¹⁴ Vgl D. 14,2,10 pr.

¹⁵ Vgl D. 19,2,36

Unternehmer auch bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts fordern.“ (§ 1170a).

Diese karikierende Entstellung soll weder die Exegese der römisch-rechtlichen Digestenstellen in ihrer ursprünglichen Form noch die Auslegung des ABGB-Werkvertragsrechts vorwegnehmen. Andernfalls müsste ja der Versuch, das ABGB-Werkvertragsrecht einer sinnvollen Lösung zuzuführen, als unmöglich aufgegeben werden. Allerdings sollte hier die Schwierigkeit des Unterfangens verdeutlicht werden, die sich daraus ergibt, dass verschiedenen Fragmenten, Satzteilen und Formulierungen des ABGB-Werkvertragsrechts unterschiedliche, wenn nicht widersprüchliche Grundhaltungen zugrunde liegen. Jene Denker, von denen die verschiedenen Formulierungen herrühren, waren zumindest in der Antike in einer unüberbrückbaren Kontroverse verfangen.

In deutlich schwächerer Form gilt dieser Befund auch für das deutsche BGB, auch wenn man hier zu einer klareren Lösung gelangt ist: die Stimme LABEOS meint man in § 631 Abs 1 und § 641 Abs 1 Satz 1 BGB zu hören, ähnlich entscheidet FLORENTIN in § 644. Die erklärten Werkunternehmerfreunde ließ man keine grundsätzlichen Postulate verkünden, zu Wort kommen sie aber in § 645: Für den Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder einer von ihm erteilten Anweisung dürfen ULPIN und JAVOLEN ihre Ausnahmen einwerfen.

7. Unklare Antworten im ABGB als Folge einer zweitausendjährigen Kontroverse

Jene Gelehrten, die in der gemeinrechtlichen Debatte vor den Kodifikationen eine bestimmte Haltung eingenommen hatten, ließen sich vom Inkrafttreten des BGB bzw der 3. Teilnovelle zum ABGB nur teilweise von ihren Lehren abbringen.

Für das BGB mussten die unterlegenen Rechtslehrer auf die Instrumente der Analogie und der extensiven Interpretation der Ausnahmetatbestände des § 645 – Untauglichkeit von Stoff und Weisung – zurückgreifen.

Das ABGB machte es ihnen leichter. Seine oben überzeichnet dargestellte Scheu, zu einer klaren und konsequenten Lösung zu gelangen, bot der weiteren Debatte reichen Nährboden. Vertreter der werkunternehmerfreundlichen Grundhaltung konnten somit den Satz über die „Umstände auf Seiten des Bestellers“ in § 1168 urbar machen, die sie die eigentliche Grundregel über den „bloßen Zufall“ in § 1168a aufzehren ließen. § 1170 wurde zur bloßen

Fälligkeitsregel degradiert. Der in § 1151 erkennbare Grundsatz, nur der Dienstnehmer könne sich auf bloßes Bemühen beschränken, der Werkunternehmer schulde hingegen einen tatsächlichen Erfolg, wurde zur leeren Phrase. Abgesichert wurde diese Lehre durch ein weites Verständnis des Annahmeverzuges sowie dadurch, dass der Grundtatbestand, das Unterbleiben der Ausführung des Werkes vom Erfordernis der Unmöglichkeit abgekoppelt wurde.

8. Anspruch dieser Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist also primär, zu einem Verständnis des ABGB-Werkvertragsrechts beizutragen. Dabei geht es darum aufzuzeigen, dass sich das ABGB-Werkvertragsrecht nicht nur auf die von der herrschenden Lehre favorisierte, werkunternehmerfreundliche Weise verstehen lässt, sondern mindestens genauso viele Gründe für eine bestellerfreundliche Auslegung sprechen. Wenn hier also versucht wird, das ABGB-Werkvertragsrecht so weit wie möglich einem scharfen und sauberen *periculum conductoris* Grundsatz anzunähern, so soll damit wie oben erwähnt, keineswegs die moralische Überlegenheit dieses Konzepts zum Ausdruck gebracht werden. Allerdings ist der Verfasser davon überzeugt, dass die Frage der Gefahrtragung nicht offenbleiben darf, und nicht zu einer willkürlichen Ermessensentscheidung im Einzelfall degradiert werden darf. Die Entscheidung muss vom Gesetzgeber beantwortet werden, falls die Vertragsparteien dies nicht selbst tun. Dies muss in einer vor allem an der Rechtssicherheit orientierten Weise geschehen.

Mit diesen Anforderungen plagt sich in besonderer Weise die am Ende des 19. Jahrhunderts entstandene Sphärentheorie. Dieses Konzept genügt kaum den Anforderungen der Rechtssicherheit. Die kritische Bewertung dieses Konzepts macht es allerdings erforderlich, diese Theorie besonders intensiv zu untersuchen. Dies gilt umso mehr aufgrund der Bedeutung, welche die Sphärentheorie erlangt hat.

Da die Sphärentheorie älter ist als die 3. Teilnovelle des ABGB, und primär anhand von Digestenstellen erarbeitet wurde, muss eine solche Untersuchung auch einen stärkeren Fokus auf die römisch-rechtlichen Stellen legen, als auf eine Betrachtung der geltenden Normen.

II. Labeo und Paulus über den eingestürzten Wassergraben:

D. 19,2,62

Labeo 1 pith.

Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Labeo im 1. Buch der Überzeugenden Rechtssätze

Wenn du den Bau eines Kanals übernommen und durchgeführt hast und der Kanal einbricht, bevor du seine Vertragsmäßigkeit dargetan hast, trägst du die Gefahr. Paulus: Ganz im Gegenteil, wenn der Schadensfall auf der mangelnden Standfestigkeit des Bodens beruht, trägt der Besteller die Gefahr; beruht er dagegen auf mangelhafter Ausführung des Werkes, fällt der Schaden dir zur Last.¹⁶

Ein wasserbautechnisches Bauwerk – wohl eine Wasserleitung unter dem Bodenniveau¹⁷ – geht zwischen Vollendung und Übergabe unter, möglicherweise durch ein geologisches Ereignis oder einen geotechnischen Umstand. Der ältere Labeo vertritt diesbezüglich eine bestellerfreundlichere Ansicht als der jüngere Paulus, letzterer stellt auf die Beschaffenheit des Bauwerks und die des Bodens ab.¹⁸

1. Labeo und Paulus

Der im ersten Satz zu uns sprechende Marcus Antistius Labeo (geboren 50 v.Chr, gestorben um 15 n.Chr) wird zu den frühklassischen Juristen gezählt.¹⁹ Sein juristisches Gesamtwerk soll etwa 400 Werke umfasst haben, von denen immerhin rund 500 Fragmente erhalten sind. Bereits bei seinen Zeitgenossen stand Labeo in höchstem Ansehen, spätere Generationen verehrten ihn schließlich als einen der ersten Juristen.²⁰ Entweder er selbst

¹⁶ Übersetzung nach *Luig*, in *Behrends et al* (Hrsg) CIC (1999) III 592f.

¹⁷ Die als *rivis per canales structiles* (VITR.arch. 8,6,1) bzw. *subterraneus rivus* (FRONTIN.aqu. 5,6) bezeichnete Bauweise.

¹⁸ Zur Stelle: *Rainer*, Zur locatio conductio: Der Bauvertrag, in ZSS 109 (1992) 505; *Martin*, Organization of Private Building (1989) 90ff; *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 25; *Thomas*, Reflections on Building Contracts, in RIDA 18 (1971) 673ff (682); *Cannata*, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classic (1968) 219; *Kaser*, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 188; *Schäfer*, Die rechtliche Bedeutung der Bodenverhältnisse bei der Ausführung von Bauten (1927) 49; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 37.

¹⁹ Vgl *Pernice*, Marcus Antistius Labeo (1873) I 13; *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages, in SDHI 34 (1968) 183ff (215).

²⁰ *Klebs*, Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaften (1894) Antistius Labeo, 2548ff.

oder einer seiner Schüler begründete schließlich die proculianische Rechtsschule.²¹ In seiner sehr umfangreichen Beratungstätigkeit soll er sich reiche praktische Erfahrung erworben haben, möglicherweise geht auch die gegenständliche Stelle auf einen von ihm beurteilten, realen Fall zurück.²²

Der Spätklassiker Julius Paulus (gestorben zwischen 222 und 235 n.Chr) hatte es sich zur Aufgabe gemacht, sich auch mit der Lehre wesentlich älterer Juristen auseinanderzusetzen, wobei er häufig auf abweichende bzw differenzierende Ergebnisse kommt. Sein Werk umfasste etwa 86 Titel, nur Labeo dürfte mehr Titel verfasst haben. In den Digesten ist von keinem anderen Juristen mehr als von Paulus überliefert. Durch diesen Umstand beeinflusste er das abendländische Rechtsdenken über die nachfolgenden Jahrtausende hinweg.²³

2. Problemstellung

Der Sachverhalt sagt weder über das Bauwerk noch über das Ereignis etwas Genaueres aus, erst recht bleibt die Frage nach den Begleitumständen offen. Auch der Begriff des *periculum* wird vorausgesetzt und nicht weiter erklärt. Die vage Textierung dieser Stelle erlaubt eine große Bandbreite an verschiedenen Deutungen.

²¹ Kupisch in Stolleis (Hrsg) Juristen. Ein biographisches Lexikon: von der Antike bis zum 20. Jahrhundert (2001) Labeo filius, 375f.

²² Die Spuren eines gescheiterten Kanalbauprojekts aus der Zeit des Augustus (und damit auch des Labeo) finden sich beispielsweise bei San Felice Circeo. Man könnte sich vorstellen, dass sich vom steilen Monte Circeo ein Erdbeben gelöst hat (der Holzbedarf für den Schiffbau führte zum Kahlschlag des Hanges), oder dass die in der Antike noch vorhandenen Sümpfe Probleme bereitet haben (STRAB.geogr. 5,3,5; VITR.arch. 1,4,12), diese waren ebenfalls durch den Raubbau entstanden. Für eine spätere Datierung dieses Projekts (Nero) spricht jedoch PLIN.nat. 14,8. Auch im nahegelegenen Terracina sind einige Kanalprojekte gescheitert, ursächlich war dort das zu geringe Gefälle. Ebenfalls aus augustianischer Zeit stammen Kanäle bei Ravenna, insbesondere die *fossa augusta* (JORDANIS, Getica 150). Auch hier stellte das Sumpfland eine bautechnische Herausforderung dar, was davor bereits den etruskischen Kanalbaumeistern Kopfzerbrechen bereitet hatte (PLIN.nat. 3,8);

Paulus wiederum könnte Inspirationen für seine Überlegungen auch bei späteren Kanalprojekten gewonnen haben: Vielleicht waren es die erfolglosen Versuche von Cäsar, Caligula und Nero, einen Schifffahrtskanal bei Korinth zu errichten (PLIN.nat. 4,10) – römische Ingenieure hatten hier bereits Bodenuntersuchungen durchgeführt; Anschauungsmaterial könnte dem Paulus auch das von Sueton und Tacitus als verrückt eingestufte Projekt Neros geliefert haben, der einen 237 km langen Kanal entlang der Westküste Italiens vom Avernasee bis Ostia errichten wollte (SUET.Nero 32,3, TAC.ann. 15,42,1, PLIN.nat. 14,8); Zusammenhänge zu den genannten Bauprojekten sind freilich reine Spekulation; Coarelli, Lazio (1993) 302f; di, Twenty-six centuries of reclamation and agricultural improvement on the Pontine Marshes, in Ohlig (Hrsg) Integrated land and water resources management in history (2005) 27ff, 30; Dilke/Dilke, Terracina and the Pomptine Marshes, Greece & Rome 8/2 (1961) 172ff; Gerster/Walter, The largest ship trackway in ancient times, in The International Journal of Nautical Archaeology, Vol 26 No 2 (1997), 98ff, 114; Martin, The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire (1989) 90;

²³ Vgl Knütel in Stolleis (Hrsg) Juristen. (2001) Paulus Iulius, 489ff.

a) Wer kommt als Werkbesteller in Frage?

Zwar gab es auch private Wasserbautätigkeit (D. 39,2,24 pr., D. 43,15,1 pr.-1) – dies meist aufgrund von politischen Ambitionen²⁴ – allerdings werden wohl die meisten *rivi* im Auftrag der öffentlichen Hand errichtet worden sein.

Die Herstellung von Wasserleitungen war Aufgabe der Prätores bzw Censoren,²⁵ auch Hafenanlagen,²⁶ Schifffahrtskanäle,²⁷ Kanalisationsanlagen,²⁸ Kanäle zum Trockenlegen von Sumpfland²⁹ und sonstige Infrastrukturbauwerke³⁰ wurden überwiegend von öffentlichen Stellen errichtet. Auch heute noch verantwortet die öffentliche Hand rund 60-70 % aller Tiefbauprojekte.³¹

Aus diesen allgemeinen Überlegungen heraus spricht meines Erachtens eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der *locator*³² aus der Entscheidung D. 19,2,62 eine staatliche Einrichtung war, auch wenn sich dafür keine konkreten Beweise finden.

Eine solche öffentliche Eigenschaft des *locators* wäre allerdings ohne besondere Konsequenzen.³³ Öffentliche Aufträge unterlagen zumindest materiell den gleichen Regeln

²⁴ Vgl Höcker in Cancik/Schneider (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bauwesen, II, 526; die meisten privat errichteten Wasserleitungen stammen aus dem 2. Jhdt n.Chr.; vgl Buren, in Wissowa (Hrsg) Pauly's RE (1955) Wasserleitungen, VIII A,1, Sp 453ff, 484;

²⁵ Buren, in Wissowa (Hrsg) Pauly's RE (1955) Wasserleitungen, VIII A,1, Sp 453ff 484; Mommsen, Römisches Staatsrecht² (1877); II 447; FRONTIN.aqu. 1,3-15; LIV. 45,15,9; LIV. 9,29.

²⁶ Vgl Maischberger, Marmor in Rom (1997) 33.

²⁷ So die von Augustus errichtete *Fossa Augusta* bei Ravenna (PLIN.nat. 3,8, JORDANIS, Getica 150); S. 13 Fn. 22.

²⁸ So etwa die *Cloaca Maxima*, die im 6. Jhdt v.Chr von den Königen Tarquinius Priscus und Tarquinius Superbus angelegt worden sein soll: LIV. 1,38,6; 1,56,2; DION.HAL.ant. 3,67,4; Reparaturen im Auftrag des Censors Flaccus: LIV. 39,44,5;

²⁹ zB die vom Consul M. Cornelius Cethegus 160 v. Chr. angelegten Drainageanlagen in den pontinischen Sümpfen: LIV. (Periochae, ex libro) 46,15.

³⁰ zB Straßen wie die *Via Appia*, erbaut vom Censor Appius Claudius Caeco: FRONTIN.aqu. 1,5; LIV. 9,29; Vgl auch den Begriff *via consularis/via praetoria* (D. 43,8,2,22f).

³¹ Für D: Auftragsbestand-Tiefbau 2015: gesamt € 56,3 Mrd davon öffentliche AG € 38,7 Mrd: Statistisches Bundesamt, Ausgew. Zahlen f. D. Bauwirtschaft Feb. 2016, T 1.6.1; Für Ö: Produktionswerte-Tiefbau 2010: gesamt € 5,69 Mrd, davon öffentl. AG € 3,39 Mrd: Höfferer, Vergaberecht als praktikables Regulativ (2014) 46.

³² Vgl allerdings Ries, der die Auffassung vertritt, ein öffentlicher Auftraggeber eines Bauvertrages wäre nicht als *locator* bezeichnet worden: Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 43. Zumindest das Verb *locare* findet man in einer zu einer öffentlichen Vergabe gehörigen Bauinschrift aus Pompei: CIL I² 1635 (=X 829)(Pompei): Vgl Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff 375f.

³³ Es gibt jedoch Hinweise darauf, dass öffentliche Würdenträger ihre (hoheitliche?) Macht auch in privaten Rechtsverhältnissen ausspielten: so unterstellt Cicero dem Prätor Verres, die Abnahme willkürlich nicht vornehmen zu wollen, hier also ein ihm eingeräumtes Ermessen auszunutzen („*probatio futura est tua, qui locas*“): CIC.Ver. 2,1,142ff. Auf eine übermächtige Vertragsposition öffentlicher Auftraggeber deuten auch zwei epigraphische Zeugnisse, allerdings dem 1. bzw 2. Jhdt v.Chr: Im einen Fall war die Herstellung des Bauwerks, aber auch die Entscheidung über seine Abnahme dem Ermessen der Duumvir überlassen („*Hoc opus omne facito arbitrato duouir(um) | et duouirialium qui in consilio esse | solent Puteoleis, dum ni minus uiginti | adsient cum ea res consuletur. Quod || eorum uiginti iurati probauerint, probum | esto : quod ieis inprobarint inprobum esto.*“): lex parieti faciendo puteolana (CIL X, Nr 1781 = FIRA III, 472ff Nr 153, Übersetzung bei Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 9ff), im anderen Fall konnten die Duumvir die Zahlung des Werklohns verweigern, wenn das Geld anderwärtig benötigt wurde: lex coloniae genetivae

wie private Werkverträge.³⁴ Ob und inwieweit sich der Rechtsschutz bei öffentlichen Vergaben von privaten Rechtsstreitigkeiten unterschied, lässt sich hingegen schwer klären.³⁵

3. Variiert Paulus den Sachverhalt?

Viel Beachtung ist der Frage geschenkt worden, ob bei der *labes* in der Entscheidung des LABEO – oder zumindest beim *vitium operis* bei PAULUS – ein Verschulden des Werkunternehmers anzunehmen ist. Beim *vitium soli* könnte wiederum an ein Verschulden des Bestellers gedacht werden. Andernfalls wäre zu fragen, ob die drei Tatbestände als „höhere Gewalt“ oder als „niederer Zufall“ eingestuft werden können.

Je nach der Art der paulinischen Anmerkung kann die *labes labeonis* mit dem *vitium operis* verschmolzen werden, womit nur mehr zwei Fallvarianten übrigbleiben.

Doch ist Vorsicht angebracht bei Schlüssen, die von Paulus' Anmerkungen auf Labeos Vorstellung gezogen werden. Auch Paulus war gewissermaßen nur ein rechtshistorischer Betrachter. Was Labeo gemeint hatte, hat ersterer nur aus dessen überlieferten Schriften schlussfolgern können. Offensichtlich stand Paulus zwar noch genug Stoff zur Verfügung, um eine ganze Abhandlung über die labeonischen Meinungen zu verfassen, wir wissen aber nicht, welcher Umfang der konkreten Frage im Originalwerk gewidmet war. Hätte Labeo im *πιθανόν* (Pithanon) ein umfangreiches Kapitel über den eingestürzten *rivus* verfasst, wäre es Paulus wohl aufgefallen, wenn jener die Ursache für die *labes* in einem Verschulden des Baumeisters gesehen hätte. Bestand das Pithanon hingegen aus einer unzusammenhängenden Aneinanderreihung von Aphorismen und enthielt zu der Frage nur die auch uns überlieferten Worte, ist die Anmerkung von Paulus ohne jeden Wert zur Ergründung des von Labeo Gemeinten. Sämtliche uns erhaltenen Passagen aus dem

iuliae s. ursonensis, 69 (CIL I² 594 = FIRA I² 21); Samter spricht von der „Allgewalt der Gemeinde, deren Beamter [...] selbstherrlich unter Ausschluß des Rechtsweges entscheidet“: Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 127; Vgl Buchwitz, *Vertragsklauseln und probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff, 377, 380, 383.

³⁴ Das kann aus dem Schlusssatz von D. 19,2,15,6 gefolgert werden.

³⁵ Über die vom Prätor Verres verweigerte *probatio* des renovierten Kastortempels entschied die für das Zivilrecht zuständige Verres-Vertraute Chelidon (Cic.Ver. 2,1,136f), die sowohl in der Gerichtsbarkeit als auch im öffentlichen Bauwesen bestimmend war. Allerdings lässt sich nicht ausschließen, dass der „Rechtsschutz“ gegen ungerechte Vergabeentscheidungen in die zweite Kompetenz einzuordnen ist; Demgegenüber sieht Martin, öffentliche Bauverträge als Teil des Verwaltungsrechts: Martin, *A Reconsideration of probatio operis*, ZSS 103 (1986) 321ff, 323; Mommsen, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, ZSS 6=19 (1885) 260ff, 274f; Pernice, *Parerga II*, ZSS 5=18 (1884) 1ff, 117; Differenzierend Ries, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 100;

Pithanon³⁶ deuten auf einen derartigen Aufbau, ebenso lässt der Werktitel vermuten, dass Labeo die Sentenzen für überzeugend und selbsterklärend betrachtete und ihnen damit keine Begründung vorstellte.

4. Die *labes* des ersten Satzes von D. 19,2,62: *vis maior, casus minor* oder *culpa*?

Die in diesem ersten Satz erwähnte *labes* ist in der jüngeren Diskussion häufig mit höherer Gewalt gleichgesetzt worden.³⁷ Einerseits wird auf die Verwendung des Wortes *periculum* hingewiesen.³⁸ Von „Gefahrtragung“, so meinen diese Exegeten, könne nur dann die Rede sein, soweit das Problem der Entgeltgefahr beim schuldlosen Untergang des Werkes angesprochen sei.

Zweitens wird etwa von *Thomas*³⁹ und *Pietsch*⁴⁰ auf die große Ähnlichkeit zur Entscheidung D. 14,2,10 pr. verwiesen. In dieser Parallelentscheidung habe Labeo den Tod des Sklaven offensichtlich als *vis maior* verstanden, darum könne für die *labes* nichts anderes gelten.

Das dritte Argument setzt am „*immo*“ an, mit dem Paulus seine Ergänzung einleitet: Damit bringe er eine Abweichung zum Ausdruck.⁴¹ Sieht man im *immo* eine solche energische Verwerfung der alten Lehre, eine „Polemik gegen Labeo“, ⁴² muss die *labes* bei Labeo, zumindest in der Interpretation von Paulus etwas gänzlich anderes gewesen sein, als ein *vitium operis*.⁴³ Viele Vertreter der Argumentation haben daher dieses *vitium operis* mit einem Verschulden (*culpa*)⁴⁴ bzw der damit gleichstehenden handwerklichen Unzulänglichkeit (*imperitia*)⁴⁵ identifiziert.

³⁶ Vgl *Lenel*, *Palingenesia Iuris Civilis* (1889) I 528ff.

³⁷ *Birr*, in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2013) III 1, 1401; *Rainer*, *Zur locatio conductio: Der Bauvertrag*, in *ZSS* 109 (1992) 505ff (519); *Ries*, *Bauverträge im römischen Recht*, Diss (1989) 133; *Pietsch*, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht*, Diss (1976) 25; *Thomas*, *Reflections on Building Contracts*, in *RIDA* 18 (1971) 673ff, 682; *Kaser*, *Periculum locatoris*, *ZSS* 74 (1957) 155ff, 188.

³⁸ *Harke*, *Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag*, in *OIR* 10 (2005) 23ff, 29; *Kaser*, *Periculum locatoris*, *ZSS* 74 (1957) 155ff, 189.

³⁹ *Thomas*, *Reflections on Building Contracts*, in *RIDA* 18 (1971) 673ff, 682.

⁴⁰ *Pietsch*, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht*, Diss (1976) 25.

⁴¹ *Arangio-Ruiz*, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (1933 Ed. 1958) 190.

⁴² *Samter*, *Probatio operis*, *ZSS* 26 (1905) 125f, 138.

⁴³ Vgl *Seckel/Levy*, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, *ZSS* 47 (1927) 117ff, 224¹; *Kaser*, *Periculum locatoris*, *ZSS* 74 (1957) 155ff, 189; Dagegen *Rainer*, *Zur locatio conductio: Der Bauvertrag*, in *ZSS* 109 (1992) 505ff, 521.

⁴⁴ *Kaser*, *Römisches Privatrecht*² (1971) 571⁹¹; Anders noch in *Kaser*, *Periculum locatoris*, *ZSS* 74 (1957) 155ff, 189.

⁴⁵ *Röhle*, *Das Problem der Gefahrtragung*, *SDHI* 34 (1968) 183ff, 215; *Haymann*, *Textkritische Studien*, *ZSS* 41 (1920) 44ff, 158; *Arangio-Ruiz*, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (1933 Ed. 1958) 193f.; D. 19,2,9,5; D. 50,17,132.

Labeo habe also die Gefahr, einschließlich für höhere Gewalt, dem Werkunternehmer zugewiesen.⁴⁶ Demnach sei es in den rund zweihundert Jahren zwischen Labeo und Paulus zu einer Wende in der Auffassung gekommen. In der alten Zeit habe der Satz vom *periculum est conductoris* gegolten, erst später hätten die Besteller die Gefahr der höheren, unwiderstehlichen Gewalt zu tragen gehabt. Der Wechsel zur neuen Auffassung wird demnach in den ersten beiden nachchristlichen Jahrhunderten verortet.⁴⁷

Andere haben sich gegen die Annahme einer Meinungsverschiedenheit zwischen Labeo und Paulus gestellt. Die Anmerkung des Paulus sei nur als erläuternde Ergänzung zu verstehen.⁴⁸ Demnach sei die *labes* im Beispiel von Labeo durch ein *vitium operis* verursacht worden, es gäbe also nur zwei Sachverhalte.

Martin möchte das Ereignis nicht als *vis absoluta* einordnen. Der Begriff der höheren Gewalt sei Labeo bekannt gewesen, hätte er das Ereignis so beurteilt, hätte er dies explizit ausgesprochen. Vielmehr nimmt sie an, dass der Baugrund nicht die Standfestigkeit hatte, um das Gewicht der fertigen Wasserleitung zu tragen: Sobald die Wasserleitung unmittelbar nach ihrer Fertigstellung mit Wasser gefüllt wurde, brach sie in sich zusammen. Allerdings hält selbst *Martin* fest, dass es Labeo auf ein Verschulden nicht ankomme.⁴⁹

Ernst stellt sich gegen die Versuche, den Fall der *labes* in eine starre Kategorie einzuordnen: Darauf sei es Labeo nicht angekommen: aus dem Vertragsinhalt ergebe sich, dass der Werkunternehmer den Werklohn nur im Erfolgsfall erhalte, sodass die Frage nach der Qualifikation der Ursache dieses Scheiterns hinfällig sei.⁵⁰

Die Frage nach der Qualifikation der *labes* im ersten Satz von D. 19,2,62 hängt wesentlich davon ab, inwieweit der Ausspruch nur die Beurteilung eines realen Einzelfalls ist, oder für sich in Anspruch nimmt, eine allgemeingültige Regelung zu sein.

Hat Labeo hier ein ganz konkretes Ereignis beurteilt, hat der Bauunternehmer die dortige *labes* gewiss nicht verschuldet, wahrscheinlich hätte er sie nicht einmal unter größter Anstrengung verhindern können. Die „historische“ *labes* wird daher am Besten als unwiderstehlicher Zufall erfasst. Ob man von *vis maior* sprechen möchte, ist nur insofern

⁴⁶ Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 571.

⁴⁷ Wubbe, Labeo zur Gefahrtragung, L'Homme dans son Environnement/Mensch und Umwelt (1980) 131ff, 138; Pietsch, Die Abnahme im Werkvertragsrecht, Diss (1976) 25ff;

⁴⁸ Vgl Rainer, Zur locatio conductio: Der Bauvertrag, in ZSS 109 (1992) 505ff, 521.

⁴⁹ Martin, Organization of Private Building (1989) 92.

⁵⁰ Ernst, periculum conductoris, in Medicus (Hrsg) Festschrift für Hermann Lange (1992) 59ff, 61.

problematisch, als dieser Begriff stets sehr uneinheitlich gesehen wurde,⁵¹ das Merkmal der „äußeren Herkunft“ trifft hier nicht zu,⁵² auch die „Außergewöhnlichkeit“ des Einsturzes eines Grabens ist fraglich.⁵³ Für Labeo ist höhere Gewalt in erster Linie Seenot und Piratenangriff.⁵⁴ Unabhängig von dieser terminologischen Frage wird man für die dem Beispiel zugrundeliegende, reale *labes* von der Unschuld des Unternehmers ausgehen müssen. Wäre ihm nämlich *culpa* vorzuwerfen gewesen, wäre das Erlöschen seiner Werklohnforderung eine Selbstverständlichkeit, der Fall wäre es kaum wert gewesen, berichtet zu werden. Auch die Einordnung der *labes* des ersten Satzes in die Kategorie des „niederen Zufalls“ erscheint unwahrscheinlich, denn dann wäre zu erwarten, dass bereits Labeo ausspricht, wem die „höhere Gewalt“ zum Nachteil gereicht und wie hier eine Abgrenzung vorgenommen werden kann.

Wird der Satz hingegen vom Einzelfall losgelöst und als allgemeine Regel abstrahiert, ist der Ausspruch im Wege des Größenschlusses auch auf eine *labes* anzuwenden, die vom Werkunternehmer verschuldet wird. Nur insoweit ist *Ernst* beizupflichten: Eine exakte Qualifikation der *labes* ist dann überflüssig, da hinsichtlich der Werklohnzahlungspflicht (zumindest für den ersten Versuch) höhere Gewalt, niederer Zufall und Verschulden des Werkunternehmers die gleichen Rechtsfolgen auslösen.

a) Die Bedeutung von *periculum*

Als allgemeine Regelung betrachtet umfasst der Satz des Labeo also unverschuldete Zufälle wie vom Unternehmer verschuldete Zwischenfälle gleichermaßen. Die Verwendung des Begriffes *periculum* steht dem nicht entgegen. Vor einer Übertragung des modernen Begriffsverständnisses von „Gefahrtragung“ auf das römisch-rechtliche Konzept *periculum* warnte bereits *Samter*, mit dem deutschen Rechtsausdruck sei eine viel zu

⁵¹ *Jakab*, *Periculum* und Praxis, ZSS 125 (2005) 189, 193; *Ernst*, Wandlungen des vis maior-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, Index 22 (1994) 293ff; *Mayer-Maly* Höhere Gewalt, in FS Steinwenter (1958) 58ff, 77.

⁵² *Cannata*, Per lo studio della Responsabilita per Colpa (1969) 221, 229.

⁵³ Ein Bauunfall bei einer Wasserleitung, nämlich der Firstbruch eines Stollens (*cuniculus oppresserat*) wird recht beiläufig von Cicero in C.I.C.Q.fr. 3,2,3 berichtet, hier noch vor Fertigstellung (vier Bauarbeiter werden verschüttet). Dieser Zwischenfall trug sich im Geburtsjahr des Labeo zu. Weitere Beispiele S. 13 Fn. 22.

⁵⁴ D. 4,9,3,1: „*Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit [...]*“; *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 507.

abstrakte Vorstellung verbunden.⁵⁵ Ähnlich weisen Miquel,⁵⁶ Buchwitz⁵⁷, MacCormack⁵⁸ und Jakab⁵⁹ auf die vielfältigen Bedeutungen des Wortes *periculum* hin.⁶⁰

So trägt der Säulentransporteur in D. 19,2,25,7 das *periculum* wenn die Säule durch sein Verschulden (oder das seiner Leute) zerbricht,⁶¹ auch in D. 26,7,39,12 u 14 ist von *periculum culpae* die Rede.⁶²

Die bloße Verwendung des Terminus *periculum* bedeutet noch nicht, dass die Regel bei Vorliegen von Verschulden nicht anzuwenden wäre.

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass der Begriff des *periculum* im zweiten Satz von D. 19,2,62, also dort, wo PAULUS vom Werkmangel spricht, durch *detrimentum* ersetzt wird. Dieser von Samter übersehene Umstand⁶³ weist darauf hin, dass der implizierte Bedeutungsgehalt von *periculum* nicht so groß sein kann. Wäre es wirklich der zentrale Begriff, für den es gehalten wird, würde man ihn kaum durch ein Synonym austauschen.

b) Parallelstelle: Labeo und Paulus über den Sklaventransport

D. 14,2,10 pr. Labeo 1 pith. a paulo epit

Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non poterit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.

Wenn du einen Sklaventransport übernommen hast, wird dir für einen Sklaven, der auf dem Schiff stirbt, kein Frachtgeld geschuldet. PAULUS: In Wahrheit ist danach zu fragen, was vereinbart ist, ob nämlich das Frachtgeld für alle Sklaven zu zahlen ist, die an Bord gebracht, oder nur diejenigen, die ans Ziel gebracht worden sind; falls sich insofern

⁵⁵ Samter, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125ff, 142f.

⁵⁶ Miquel, Periculum locatoris, ZSS 81 (1964) 134,136f.

⁵⁷ Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff (359).

⁵⁸ MacCormack, Periculum, ZSS 96 (1979) 129ff (130).

⁵⁹ Jakab, Periculum und Praxis, ZSS 125 (2005) 189, 197f.

⁶⁰ So bedeutet *periculum* etwa: wirtschaftliche Risiken im Allgemeinen (D. 19,1,31), eine Einstandspflicht für Mängelfreiheit beim Kauf (D. 19,1,45,1) eine Bürgenhaftung (D.19,1,54 pr.), die Angst vor dem herannahenden Tod (D. 39,6,35,4), eine Gefährdungshaftung (D. 50,8,9,1 u 9).

⁶¹ Ähnlich auch in D. 19,1,44: Das *periculum* ist hier die Haftung für einen arglistig verschwiegenen Rechtsmangel beim Kauf (letztwillige Freilassungsverfügung für den verkauften Sklaven), die auf den doppelten Kaufpreis beschränkt ist; In D. 19,2,27,1 trägt der überängstliche Mieter eines nur unbedeutend beschädigten Hauses das *periculum* für den Mietzins, wenn er die Wohnung verlässt; Der Diatretglasschleifer haftet ohnehin nur für schuldhaft zerstörte Rohlinge, diese als *periculum* bezeichnete Haftung ist vertraglich abdingbar: D. 9,2,27,29; An verschiedenen Stellen findet sich *periculum* allerdings im modernrechtlichen Sinn: D. 19,2,13,5, D. 19,2,59, D. 19,5,17,1, dazu Castresana, Das aestimatum, ZSS 128 (2011) 130ff, 164ff; D. 19,5,17,2, D. 19,5,17,4.

⁶² Dochnahl, der auf diese Stelle hinwies meinte jedoch, *periculum* ohne einen Zusatz sei stets im Sinne der modernen Terminologie als *periculum casus* zu verstehen: Dochnahl, Die Gefahrtragung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 243.

⁶³ Samter, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 138.

keine Klarheit ergibt, braucht der Kapitän [für das jeweilige Frachtgeld] nur zu beweisen, dass der Sklave an Bord gebracht wurde.⁶⁴

Über den Transport einer Gruppe von Sklaven wird ein Werkvertrag abgeschlossen, ein Sklave stirbt während der Überfahrt. Fraglich ist nun, ob für diesen Sklaven Fuhrlohn geschuldet wird. Ein allfälliger Schadenersatz für den Wert des Sklaven oder eine sonstige Interessenshaftung steht nicht im Raum. LABEO lässt den Eigentümer des Sklaven von der Pflicht zur Fuhrlohnzahlung frei werden, erneut vertritt PAULUS die weniger bestellerfreundliche Ansicht: Grundsätzlich sei das Fahrgeld auch für den toten Sklaven zu bezahlen, wenn nicht zuvor eine entgegenstehende Vereinbarung getroffen wurde.

Die von *Pietsch* angezeigten Parallelen der Entscheidung D. 19,2,62 zu D. 14,2,10 pr. werfen die Frage auf, ob beide Stellen das gleiche juristische Problem behandeln.⁶⁵ Die beiden Stellen gleichen einander im sprachlichen Aufbau, es werden dieselben beiden Juristen zitiert, und auch die Thematik ist fast ident (ausbleibender Erfolg im Werkvertrag), in beiden Stellen vertritt anfangs LABEO eine bestellerfreundliche, PAULUS eine differenzierende Auffassung. Vielleicht standen die beiden Stellen ursprünglich direkt hintereinander.⁶⁶ In der Inscriptio von D. 19,2,62 ist offensichtlich die Wortfolge „*a Paulo epitomarum*“ verlorengegangen.⁶⁷

Es dürfen aber auch die Unterschiede nicht übersehen werden. Erstens wird in D. 14,2,10 pr. explizit vom Verlust des Werklohns gesprochen, in D. 19,2,62 nur allgemein von Gefahr bzw von einer Einbuße. Gerade aus der expliziten Beschränkung auf die Preisgefahr ist im ersten Fall erst geschlossen worden, dass der Tod des Sklaven an Bord *casus* sei – die Frage nach dem Umfang der Gefahrtragung/Haftung wird aber in D. 19,2,62 nicht ausdrücklich beantwortet. Zweitens ist der Tod des Sklaven aus D. 14,2,10 pr. endgültig, die lebendige Landung im Zielhafen ist unmöglich geworden. Demgegenüber kann für die Errichtung des Wassergrabens aus D. 19,2,62 nicht von Unmöglichkeit ausgegangen werden. Drittens fragt im Unterschied zu D. 19,2,62 Paulus in D. 14,2,10 pr. nicht nach einer Fehlerhaftigkeit der Leistung des Unternehmers. Den Tod des Sklaven

⁶⁴ Übersetzung von *Simshäuser*, in *Behrends et al* (Hrsg), CIC III (1999) 212.

⁶⁵ *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertrag, Diss (1976) 25²².

⁶⁶ Auch *Lenel* reiht D. 19,2,62 unmittelbar hinter D.19,2,10: *Lenel*, *Palingenesia Iuris Civilis* (1889) I 530; *Seckel/Levy*, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZSS 47 (1927) 117ff, 224¹;

⁶⁷ Die Wortfolge fehlt bereits in der Florentina.

sehen sowohl Labeo als auch Paulus zumindest als unverschuldeten Zufall, die Arbeit des Frächters wird nicht infrage gestellt.⁶⁸

Ob man hingegen von *vis maior* sprechen möchte, ist auch hier eine Frage der Definition, denn es hat sich mit *Harke* ein „Risiko verwirklicht, das dem überlassenen Gegenstand immanent ist“.⁶⁹ Als „außergewöhnlich“ bzw. „unkalkulierbar“ hat man den Tod eines transportierten Sklaven sicher nicht angesehen, denn sonst hätte sich kaum die fast zynische, von Paulus zitierte Klausel „*pro his qui deportati essent*“ herausgebildet.

Aus moderner Sicht scheint freilich hier zunächst ein Verschulden des Transporteurs noch näher zu liegen als ein Verschulden des Baumeisters beim eingestürzten Wassergraben.

Im transatlantischen Sklavenhandel der frühen Neuzeit brachten die Überfahrten eine Sterblichkeitsrate von 3 bis 13 % mit sich, die aus Afrika verschleppten Personen wurden zu hunderten, oft Kopf an Kopf, zusammengepfercht. Nach *Weiler* können für die Antike ähnliche Zustände angenommen werden.⁷⁰

Selbst für Freie war eine Überfahrt im Altertum höchst strapaziös. Nur gut zahlende Passagiere wohnten und speisten mit Kapitän und Offizieren, die breite Masse musste sich am Deck zwischen der Ladung zusammendrängen. Zum Einsatz kamen Handelsschiffe, eigene Passagierschiffe waren eher die Ausnahme.⁷¹ So lesen wir in der Bibel von 267 Menschen an Bord eines einzigen Weizenschiffs,⁷² Flavius Josephus reiste etwa zeitgleich auf einem Schiff mit 600 Passagieren.⁷³ Die Frachtschiffe der römischen Kaiserzeit maßen etwa 20 Meter in der Länge und 6 Meter in der Breite,⁷⁴ die eigentliche Ladung bestand aus dutzenden bis hunderten Tonnen Getreide.⁷⁵ Der Tod des Sklaven in D. 14,2,10 pr. wäre durch humane Transportbedingungen wohl zu vermeiden gewesen.

⁶⁸ *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 27; *Fiori*, La definizione della „*locatio conductio*“ (1999) 133; *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertrag, Diss (1976) 26; *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 571⁹⁰; *Kaser*, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 189;

⁶⁹ *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 27.

⁷⁰ *Weiler*, Moderner Menschenhandel und antiker Sklavenhandel, in *Losemann* (Hrsg) Alte Geschichte zwischen Wissenschaft und Politik: Gedenkschrift Karl Christ (2009) 263ff; Vor Analogien zwischen römischem und amerikanischen Sklavenwesen warnt jedoch *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte des alten Roms (1985) 94.

⁷¹ *Dettelbacher*, in *Pleticha/Schönberger* (Hrsg) Die Römer (1992) Handelsschiffahrt, 203ff, 208; D. 14,1,1,12.

⁷² Apostelgeschichte 27,33-44.

⁷³ Flavius Josephus, Vita, 3,4.

⁷⁴ Vgl *Schaal*, Ostia Portus, in *Schwab/Becker* (Hrsg) Jahrbuch der Hafenbautechnischen Gesellschaft (1955) 20. Das Schiff des Josephus muss nach *Börstinghaus* mindesten 40 Meter lang gewesen sein: *Börstinghaus*, Sturmfahrt und Schiffbruch (2010) 37;

⁷⁵ Kaiser Claudius (41 n. Chr. – 54 n. Chr.) führte Steuererleichterungen für Frachtschiffe mit einer Kapazität über 90 Tonnen Getreide ein, *Höckmann*, Antike Seefahrt (1985) 77; Das Schiff aus D. 14,2,10,2 fasst 2.000 Kubikfuß (1 *amphora* = 26,26 l), was etwa 46 Tonnen Weizen entspricht. Das Schiff aus D. 19,2,61,1 ist mit 3.000 Metreten Öl (118.170 Liter) und 8.000 Modi Getreide (69.405 Liter), also etwa 168 Tonnen beladen.

Allerdings ist anzunehmen, dass der Sklaveneigentümer mit diesen Zuständen durchaus einverstanden war. Er wird das Schiff gesehen haben und die Zahl der zu transportierenden Personen war ihm ebenso bekannt. Auch LABEO und PAULUS werden darin nichts Anstößiges oder Ungewöhnliches erblickt haben. Dazu kommt, dass ein Verschuldensbeweis von vorne herein aussichtslos wäre.⁷⁶ Anders wäre nicht zu erklären, warum von einem Wertersatz für den Sklaven keine Rede ist.

5. Wie interpretiert Paulus die *labes*?

Es ist nun zu überlegen, wie Paulus den von ihm bearbeiteten Ausspruch des Labeo in D. 19,2,62 verstanden hat. Dabei ist zunächst am Wort *labes* anzuknüpfen. Eine *labes terrarum* ist ein Erdbeben, *labes* kann aber auch jede Form von Einsinken, Fall, Sturz meinen, im übertragenen Sinn ganz allgemein Unheil oder Untergang bedeuten.

Dass Paulus präzisierend auf den Zustand des *solis*, des Bodens abstellt, und bei einem *rivus* mit Erdarbeiten zu rechnen ist, spricht für eine der engeren Bedeutungen. Es wäre dann also entweder an irgendeiner Stelle Boden „abgestürzt“, oder es könnte der Einsturz des Bauwerks sonst mit dem Boden zusammenhängen, zumindest hält dieser Jurist einen solchen geotechnischen Zusammenhang für denkbar.

Paulus' Unsicherheit darüber, was die Ursache dieser *labes* war, spricht also gegen Ereignisse, deren Ursache ganz offensichtlich keinen Bezug zum Boden haben kann.⁷⁷ Ausgeschlossen werden kann beispielsweise fehlerhaftes Anrühren von Mörtel, zu große Spannweiten von Brückenbögen oder ein Bersten von Holzbrettern über dem Graben ohne Beeinträchtigung der seitlichen Erdwände. Außerdem müsste dann *labes* entweder mit Einsturz oder Unfall übersetzt werden. Die im Nominativ stehende *labes* ist das Subjekt des Satzes, den Einsturz des Bauwerks würde bereits das Verb *corrumpit* zum Ausdruck bringen. *Labes* ist somit die Ursache des Einsturzes, nicht der Einsturz selbst.

Noch unwahrscheinlicher ist die übertragene Bedeutung von *labes*. Selbstverständlich ist es ein „Unheil“, wenn ein soeben fertiggestelltes Bauwerk untergeht, das muss gerade in so stark komprimierten Sachverhalt nicht mehr betont werden.

Paulus kann sich aber hinsichtlich der Ursache nicht genau festlegen und stellt zwei Fallvarianten in den Raum. Das deutet gleichermaßen gegen bodenbezogene Ereignisse,

⁷⁶ Jakob, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 189ff, 198; Exner, *Begriff der höheren Gewalt*, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 544, 548 zur hier nicht thematisierten *receptum*-Haftung der römischen Schiffer.

⁷⁷ Cannata, *Per lo studio della Responsabilita per Colpa* (1969) 232.

die unter gar keinen Umständen mit dem Bauwerk zusammenhängen können, wie etwa eine ins Tal rollende Mure oder ein Erdbeben.⁷⁸

Die nächstliegende Deutung ist also, dass es sich bei der *labes* um eine der **typischen geotechnischen Herausforderungen** im Tiefbau handelt. Versteht man unter dem *rivus* einen Graben unter Bodenniveau, könnte an ein Kippen einer der beiden Seitenwände, ein Geländebruch,⁷⁹ eine Rutschung oder eine sonstige Scherverformung an den Böschungen⁸⁰ gedacht werden.

Es war also die Scherfestigkeit des Bodens zu gering oder die Böschungshänge des Grabens waren für die Scherfestigkeit des Bodens zu steil. Die Art der Ausführung (das *opus*) und die Beschaffenheit des Baugrundes (das *solum*) waren miteinander nicht kompatibel.

Das Bauprojekt wäre wohl erfolgreich gewesen, wenn die Bodenbeschaffenheit eine andere gewesen wäre, und etwa kein morastiges Sumpfland, sondern festes Erdreich vorgelegen wäre, wo ein Wassergraben in der konkret gewählten Ausführungsweise stabil gewesen wäre. Ebenso wäre aber die *labes* ausgeblieben, wenn unter den gegebenen Bodenverhältnissen eine andere Ausführungsweise gewählt worden wäre, und man sich etwa einem Sumpf zB durch weniger steile Böschungshänge, durch einen breiteren aber weniger tiefen Kanalquerschnitt oder mithilfe von Stützwänden angepasst hätte.

6. Abgrenzbarkeit von *vitium operis* und *vitium soli*?

Wie die Inkompatibilität von Werk und Boden beurteilt wird, hängt damit zunächst vom Blickwinkel ab. Der Baumeister wird seinen Groll gegen den Boden richten, der Bauherr gegen den Baumeister. Ob ein *vitium soli* oder ein *vitium operis* vorgelegen hat, ist daher eine Rechtsfrage und keine Tatsachenfrage.

Vor allem *Haymann*, betonte, dass sich *vitium soli* und *vitium operis* keinesfalls ausschließen. Im Kanalbau könnte das *vitium operis* gerade darin bestehen, das *vitium soli* unbeachtet gelassen zu haben.⁸¹ Auch *Cannata* sieht diese Abgrenzungsschwierigkeit. Er stimmt *Haymann* zu, der Werkunternehmer sei als *artifex* ein Spezialist für die Materie,

⁷⁸ *Cannata*, Per lo studio della Responsabilita per Colpa (1969) 229.

⁷⁹ *Englert/Bauer*, Rechtsfragen zum Baugrund² (1991) Rz 44ff.

⁸⁰ *Adam*, Böschungen und Geländesprünge², Vorlesungsskriptum VO Grundbau und Bodenmechanik, TU Wien (2010) 4.

⁸¹ *Haymann*, Textkritische Studien, ZSS 41 (1920) 44ff, 158.

konkret also für erdbautechnische Tücken.⁸² Es ist daher zunächst zu fragen, ob die Begriffe *vitium operis* und *vitium soli* objektiv interpretiert werden können.

a) Die Lehre vom Baugrundrisiko

Einen Versuch, den „Baugrundmangel“ (*vitium soli*) aus sich selbst heraus zu verstehen, hat im Jahr 1927 *Schäfer* unternommen, der als Erfinder der bis heute bedeutsamen „Lehre vom ‚Baugrundrisiko‘“ bezeichnet werden kann.⁸³ Die Untersuchungen wurden primär mit Blick auf das geltende deutsche Recht durchgeführt, einbezogen wurde in seine Überlegung aber auch die gegenständliche Digestenstelle D. 19,2,62.⁸⁴ Sein Ausgangspunkt war die Annahme, die im Werkvertrag zu verarbeitenden Stoffe (insbes Baumaterialien) seien grundsätzlich vom Werkunternehmer beizubringen. Würde ausnahmsweise der Besteller die Stoffe zur Verfügung stellen, würde der Werklohn entsprechend geringer ausfallen. Diese Minderung sei als eine Art „Kaufpreis“ zu deuten, sodass ein solcher Vertrag in einen Kaufvertrag und einen Werkvertrag aufzuspalten sei. Der „Kaufvertrag“ über die Stoffe würde Gewährleistungsansprüche gegen den „Verkäufer“ (Werkbesteller) auslösen. Das Eigentum an einem Baugrund verbleibe zwar während der Bauphase beim Besteller, dies sei so zu deuten, dass der Besteller dem Werkunternehmer die Liegenschaft für die Dauer der Bauführung „vermiete“. Als Vermieter habe er für einen dem vertragsmäßigen Gebrauch entsprechenden Zustand der Mietsache einzustehen. Ob die Bodenverhältnisse „die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch“ aufweisen, sei grundsätzlich ausgehend von den Annahmen des Unternehmers zu bestimmen, sofern der Besteller nicht abweichende Angaben gemacht hat.⁸⁵

Die Überlegungen *Schäfers* sind bereits für das geltende deutsche Recht fragwürdig,⁸⁶ ebenso für das österreichische, wo seine Ergebnisse ebenfalls beachtet wurden.⁸⁷ Bereits seine Grundannahme, die Beibringung der Stoffe durch den Werkbesteller bilde eine Anomalie, ist abzulehnen, die daraus abgeleitete Aufsplittung in einen Kauf-/Miet- und einen Werkvertrag gekünstelt. Die Fragen sind heute alleine aus dem Werkvertragsrecht zu lösen.

Versucht man die Lehre *Schäfers* auf das römische Recht zu übertragen, stößt man zusätzlich auf die Schwierigkeit, dass Gewährleistungsansprüche in der modernen Form

⁸² *Cannata*, Per lo studio della Responsabilita per Colpa (1969) 230, 232.

⁸³ *Vogelheim*, Die Lehre vom „Baugrundrisiko“ (2013) 30.

⁸⁴ *Schäfer*, Die rechtliche Bedeutung der Bodenverhältnisse (1927) 49.

⁸⁵ *Schäfer*, Die rechtliche Bedeutung der Bodenverhältnisse (1927) 40.

⁸⁶ *Vogelheim*, Die Lehre vom „Baugrundrisiko“ (2013) 30ff.

⁸⁷ *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 13¹.

den Römern fremd waren. Für den Kauf entwickelte sich die Gewährleistung erst spät und zunächst nur punktuell.⁸⁸ Im Bestandvertrag rechtfertigten gewisse Sonderfälle einen Zinsnachlass, was aber nur bedingt mit den modernen Einstandspflichten verglichen werden kann.⁸⁹ Nachdem sowohl römischer Bestandvertrag als auch Werkvertrag zur Vertragsfamilie der *locatio conductio* gehörten, sind zwar Parallelen denkbar. Allerdings ist die bloße Abweichung der Bodenverhältnisse von den subjektiven Vorstellungen des Werkunternehmers keinesfalls höhere Gewalt.

Darin liegt nun die dritte Schwachstelle der „Lehre vom Baugrundrisiko“. Dies gilt gleichermaßen für das römische wie für das geltende Recht. Denn die persönlichen Vorstellungen über die Bodenverhältnisse sind ein höchst einseitiger Umstand, ein objektives Kriterium kann darin keinesfalls gesehen werden. Jeder Unternehmer würde sich wohl einen leicht zu bearbeitenden und gleichsam stabilen Baugrund wünschen, diese Wunschvorstellungen können jedoch nicht objektiviert werden. Gegenstand der Wohnraummiete ist eine bereits fertige, bewohnbare Wohnung, Gegenstand der Landpacht ein bebaubarer Acker. Demgegenüber ist es die Aufgabe des Baumeisters, den gewünschten Zustand erst herzustellen und die Widrigkeiten zu meistern. Es reicht daher nicht aus, den Boden in einem unerwünschten Zustand vorzufinden, um von einem Baugrundmangel sprechen zu können. Vergleichbar stellt bei einem Werkvertrag über die Reparatur eines beschädigten Gegenstandes dieser „Mangel des Stoffes“ den Ausgangspunkt des Vertrages dar, sodass bei einem ausgebliebenen Reparaturerfolg nicht ohne weiteres ein Entgeltanspruch besteht. Würde Schäfers „Lehre vom Baugrundrisiko“ konsequent zu Ende gedacht, wäre alles andere, als eine bereits von vorne herein ausgehobene Baugrube, als ein *vitium soli* zu betrachten.

b) Sonstige Deutungen von *vitium soli*

Plausibler ist da schon die Überlegung *Cannatas*, der erwägt, einen verborgenen Umstand des Bodens als *vitium soli* zu erfassen, hingegen die Meisterung offenkundiger Widrigkeiten des Bodens als Frage des *opus* zu sehen.⁹⁰ Problematisch ist aber, dass die Beschaffenheit des Bodens fast immer beiden Vertragsparteien unbekannt sein wird.

⁸⁸ Siehe dazu unten I.A.1.f) Gewährleistung für Baumängel? S. 184.

⁸⁹ D. 19,2,15,2; Siehe dazu unten Kapitel „

Die Sphärentheorie in der Landpacht: D. 19,2,15,2“ S. 57.

⁹⁰ *Cannata*, Per lo studio della Responsabilitia per Colpa (1969) 232.

Ein weiterer Ansatz, das *vitium soli* zu objektivieren, könnte von durchschnittlichen Bodenverhältnissen ausgehen. Jede Abweichung von diesem Durchschnitt wäre dann als „Fehler“ anzusehen. Allerdings wird in Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Bodenverhältnisse kein Boden genau dem Mittelwert entsprechen, etwa die Hälfte aller Grundstücke wird günstigere, die andere Hälfte ungünstigere Bodenverhältnisse aufweisen. Somit müsste jedes zweite Grundstück als mangelhaft betrachtet werden, was den Begriff des „*vitium*“, der eine Abweichung von einer Erwartung impliziert, nicht zu treffen scheint. Stattdessen könnte eine gewisse Bandbreite definiert werden, und beispielsweise ein Boden, der schlechtere Eigenschaften aufweist als 90 % der Grundstücke in der betreffenden Region, für mangelhaft gehalten werden. Warum aber nicht 80%, oder 95%, oder 99,9%? Die Frage, wie diese Bandbreite anzusetzen ist, und ob die vorgefundenen Bodenverhältnisse als „außergewöhnlich schlecht“ angesehen werden, ist wiederum höchst subjektiv. Allenfalls könnte eine Maßfigur, ein *bonus pater familias* aus dem Kreis der Baumeister herangezogen werden, doch wird man bei der Gegenseite mit anderen Vorstellungen rechnen müssen. Den gleichen Schwierigkeiten begegnet das Kriterium der „Außergewöhnlichkeit“ bzw der „Seltenheit“ auch im Rahmen der Definition der höheren Gewalt.⁹¹

c) *vitium soli* als Verneinung von *vitium operis*

Die angestellten Überlegungen verfehlen genau genommen auch das Ziel, das *vitium soli* aus sich selbst heraus zu bestimmen. Bereits die Frage, ob vorliegende Bodenverhältnisse als „günstig“ oder „ungünstig“ zu bewerten sind, kann immer nur in Bezug auf den technischen Zweck beantwortet werden. Auch die allgemeinen Vorstellungen der Gesamtheit der Bauleute über die Beurteilung von Baugründen konnten nur in Hinblick auf die von ihnen vorgenommene Bauführung gebildet werden.

Ebenso ist der Fall zu sehen, wenn Ulpian in D. 19,2,13,5 davon spricht, ein zu schleifender Edelstein sei mit einem *vitium materiae* behaftet.⁹² Wäre der Edelstein unberührt geblieben, wäre er kaum von selbst gesprungen. Das *vitium materiae* – etwa in Form von Einschlüssen im Gestein, Haarrissen etc. – bedeutet also hier Unbearbeitbarkeit. Das *vitium materiae* liegt daher vor, wenn entweder die Handwerkskunst keine Möglichkeiten hat, dem Problem aus dem Weg zu gehen (zB durch Versetzen des Schnittes durch den Edelstein um wenige

⁹¹ Siehe unten I.A.2 Weitere Abgrenzungskriterien? S. 66.

⁹² Den Zusammenhang sieht *Cannata*, *Per lo studio della Responsabilita per Colpa* (1969) 233; Dagegen *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 28²¹

Milimeter, Wählen eines anderen Winkels, eines anderen Werkzeuges), oder solche technischen Alternativen mit dem Vertragsinhalt in Widerspruch stünden. Analoges gilt für den Schliff eines Diatretglases aus einem fehlerhaften Rohling (D. 9,2,27,29).

Daraus folgt, dass ein Versuch der Definition von *vitium soli* bzw *vitium materiae* aus sich selbst heraus fruchtlos ist. Soweit daher das Problem auf einen geotechnischen Umstand eingegrenzt werden kann, allgemein gesprochen auf eine Inkompatibilität von Stoff und Technik, kann *vitium soli* (*vitium materiae*) nur in Bezug auf das *opus*, somit als Gegenbegriff zum *vitium operis* definiert werden.

d) *vitium soli* als anfängliche Unmöglichkeit des *opus*

Damit kann *vitium soli* zunächst dann vorliegen, wenn das *opus* mit anfänglicher Unmöglichkeit behaftet ist. Darin könnte eine Abweichung von der allgemeinen Regel gelegen sein, wonach die anfängliche Unmöglichkeit eine Obligation nichtig machte (*impossibilia nulla obligatio est*).⁹³ Da die verschiedenen Vorgaben widersprüchlich sind, gibt es nichts, woran das *opus* gemessen werden könnte, ein *vitium operis* scheidet daher aus. Eine solche Unmöglichkeit ergibt sich insbesondere aus der Unvereinbarkeit verschiedener Vorgaben hinsichtlich des Zieles mit der Beschaffenheit des Stoffes (Baugrundes).⁹⁴ Ein Beispiel wäre die Vereinbarung, der Gemmenschneider habe den übergebenen Rohdiamant zu schleifen und es sich im Zuge der Arbeiten herausstellt, dass der übergebene Stein wertlos und kein Diamant ist. Oder es wird angelehnt an D. 9,2,27,29 vereinbart, es sei (i) ein Diatretglaspokal herzustellen und (ii) zu diesem Zweck durch den Glasrohling an einer genau bezeichneten Stelle ein Schnitt zu setzen ist, wo sich aber eine Luftblase befindet. Da die Vorgabe (ii) automatisch zum Zerspringen des Bechers führt, kann die Vorgabe (i) von vorne herein nicht erfüllt werden. Besteht ein Grundstück aus weicher Torferde, und beinhaltet der Vertrag die Vorgabe, es sei (i) genau an diesem Ort (ii) auf einem ganz dünnen Fundament (iii) ein mehrstöckiges Gebäude (iv) welches nicht in sich zusammenstürzt, zu errichten, liegt aufgrund des Widerspruches der Vorgaben (i) bis (iii) mit der Vorgabe (iv) Unmöglichkeit und damit ein *vitium soli* vor.

Oft werden aber an das Werk nicht derart einengende Vorgaben gestellt werden, die von vornherein mit den Naturgesetzen in Widerspruch stehen. Insbesondere bei Bauprojekten

⁹³ D. 50,17,185; Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 489.

⁹⁴ Zum geltenden Recht: Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim (1990) 225ff.

wie in D. 19,2,62 werden sich eher die Grenzen der technischen Möglichkeiten als problematisch erweisen. Hinsichtlich der vertraglichen Vorgaben wird Interpretationsspielraum bestehen, viele Entscheidungen werden dem Fachmann überlassen bleiben. Möglicherweise wurde mit dem Kanalbaumeister nur vereinbart, er möge von Punkt A nach Punkt B einen Wassergraben einer bestimmten Kapazität ziehen und ihm die Art der Ausführung freigestellt.

Denkbar wäre nun, diese Vereinbarung mit *Haymann* so auszulegen, dass der einzige Gegenstand des *opus* in der Meisterung der Bodenverhältnisse besteht, womit ein *vitium soli* als Scheitern an dieser Vorgabe automatisch *vitium operis* wäre.⁹⁵ Diese Anschauung würde dazu führen, dass es abgesehen von anfänglicher Unmöglichkeit kein *vitium soli* geben kann.

e) *vitium soli* als Schwester der *vis maior*

Diesen Ansatz hat Paulus offensichtlich nicht geteilt. Dessen zentrale Implikation bestünde nämlich darin, grundsätzlich von der Lösbarkeit jedes technischen Problems und der prinzipiellen Bezwingbarkeit der Natur auszugehen. Das Konzept des *vitium soli* ist als Vorstellung einer technisch unüberwindbaren Natur eng mit dem Begriff der *vis maior* verwandt, beide eint die Unwiderstehlichkeit.

Problematisch an einer Gleichsetzung von *vitium soli* mit höherer Gewalt ist der unklare und schwankende Inhalt dieses Rechtsbegriffes. Wird *vis maior* ausschließlich über die Unabwendbarkeit definiert, wird *vitium soli* als Teilmenge von *vis maior* betrachtet werden können. Anders hingegen, wenn die *vis maior* weitere Tatbestandsmerkmale aufweisen soll wie insbesondere äußere lokale Herkunft, Unvorhersehbarkeit oder Seltenheit. Denn der Zustand des Bodens ist ein „innerer“ Umstand, ist überdies durch Bodenuntersuchungen bis zu einem gewissen Grad vorhersehbar, und ist als permanenter Zustand nichts Seltenes. Jedenfalls geht umgekehrt die *vis maior* nicht im *vitium soli* auf, denn es kann Umstände der höheren Gewalt geben, die weder mit dem Boden noch mit dem Bauwerk zusammenhängen – etwa wenn eine feindliche Armee die Bauarbeiter tötet, die Gerüste in Brand steckt und den Kanal wieder zuschüttet.

Unabhängig von dieser terminologischen Frage folgt daraus, dass *vitium operis* jedenfalls nicht an der *vis maior* teilhaben kann, und ein Werkmangel nur etwas sein kann, von dem zumindest im Nachhinein erkannt wird, dass der Fehler hätte abgewendet werden können.

⁹⁵ *Haymann*, Textkritische Studien, ZSS 41 (1920) 44ff, 158.

Das bedeutet auch, dass *vitium operis* nicht objektiv, sondern nur subjektiv gesehen werden kann.⁹⁶ Denn würde man auch einen technischen Umstand, von dem nicht einmal im Nachhinein gesagt werden kann, wie es hätte besser gemacht werden müssen, als „Fehler“ bezeichnen, liefe dies auf ebendiese *Haymann* angedeutete Weltsicht hinaus, die jedes *vitium soli* und letztlich jede *vis maior* negieren muss.

Bekanntermaßen wurde aber die *vis maior* von den römischen Juristen nicht abgelehnt. Insbesondere *Exner* hat aufgezeigt, dass eine solche Überwindung der höheren Gewalt zwar für eine neuzeitlich-moderne Rechtsordnung passend wäre, jedoch keinesfalls das antike Weltbild trifft.⁹⁷ Man habe sich also dieser Veränderung der Weltanschauung bewusztumachen. In der modernen Zeit, die von einer naturwissenschaftlich-technischem Weltanschauung durchdrungen sei, sei das Konzept der *vis maior* fragwürdig geworden. Selbst der von Begriffen wie *Act of God* oder *θεου βία* vorausgesetzte Gottglaube werde infragegestellt. Am Tatbestand eines „Naturereignisses“ anzusetzen sei nach *Exner* heute ausgeschlossen, da bei jedem Unfall die Naturgesetze wirken und die Technik immer die „Zähmung“ der Natur betreibe. Ebenso sei das Merkmal der „Unwiderstehlichkeit“ nicht geeignet: Theoretisch hätte jedes Unglück durch irgendeine andere Handlung in der Vergangenheit verhindert werden können.⁹⁸

Wenn *Exner* rhetorisch fragt, was ein „Elementarereignis“ sei, und sich selbst darauf die beiden Antworten alles oder nichts gibt, knüpft er damit an zwei Gedanken der empiristisch-mechanistischen Philosophie an.

Nichts ist abwendbar, wenn die Natur deterministisch betrachtet wird, und der gesamte Lauf der Zeit als eine unendlich lange, vorherbestimmte Kausalkette betrachtet wird.⁹⁹

⁹⁶ Entgegen *Cannata*, *Per lo studio della Responsabilita per Colpa* (1969) 232.

⁹⁷ *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 511ff.

⁹⁸ Wird Wein im Keller durch ein Erdbeben zerstört, wäre dies verhindert worden, wenn er gar nicht dorthin gebracht worden wäre; Ebd 512 unter Hinweis auf *Mommsen*, *Beiträge zum Obligationenrecht* (1853) I 236.

⁹⁹ Vgl das Billiardkugelmodell von *Hume*, *An Enquiry Concerning Human Understanding* (1777 ed Selby-Bigge 1902) 55, 59; Das Gedankenexperiment „*démon de Laplace*“: *Laplace*, *Essai philosophique sur les probabilités* (1840) 4; Die Bindung Gottes an seine eigenen Naturgesetze: *Descartes*, *Discours de la méthode* (1637 ed Cousin 1824), 6. partie; I 170; *Hume*, *An Enquiry Concerning Human Understanding* (1777 ed Selby-Bigge 1902) 56: wird Gott derart „handlungsunfähig“ betrachtet, bleibt für einen *Act of God* nichts übrig.

Alles ist abwendbar, wenn die Natur empiristisch als gänzlich vermessbar und beherrschbar betrachtet wird.¹⁰⁰ Da die Menschen „maîtres et possesseurs de la nature“¹⁰¹ sind, können unbeherrschbare Naturkräfte immer nur ein vorübergehender Zustand, ein lösbares Problem sein. Sobald sich die Menschen die Erde völlig untertan gemacht haben, gibt es auch keine *vis maior* und auch kein *vitium soli* mehr.¹⁰²

Die *vis naturalis* ist also die Gewalt der aristotelischen Natur, jener „freien“ *Physis*, die dem Menschen noch antagonistisch gegenübersteht. Der Begriff ist unpassend für die „gefesselte“ Natur der Neuzeit, denn die cartesische Natur, die *Physik*, steht weder außerhalb noch über dem Menschen.¹⁰³ Ganz ähnlich wie Francis Bacon verweist *Exner* auf den Blitz, den Archetyp der Naturgewalt, den die Technik „nachgeahmt“ oder „gezähmt“ habe.¹⁰⁴

f) Warum ist *vitium operis* keine *culpa*?

Damit wurde gezeigt, dass *vitium soli* ein unwiderstehlicher Zufall ist, somit im weitesten Sinn in die Kategorie der höheren Gewalt fällt, demgegenüber das *vitium operis* hätte verhindert werden können. Wenn aber der Werkfehler durch den Unternehmer zu verhindern gewesen wäre, drängt sich die Frage auf, ob ihm dafür ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, oder wie seine Exculpierung für diesen Fehler zu rechtfertigen ist. Zurecht deutet die herrschende Lehre das Verhältnis zwischen Labeo und Paulus im Sinne einer Wende der Auffassung. Die Grenze zwischen der Gefahrtragung ist bei LABEO und PAULUS eine andere, und diese Verschiebung fiel zugunsten der Werkunternehmer aus. Freilich merkt *Wubbe* an, eine Verschiebung der Gefahrtragung von der sozialen Unterschicht (die Werkunternehmer) auf die einflussreiche Oberschicht erscheine unwahrscheinlich.¹⁰⁵ Aber nach dieser Logik hätte der sozial schwächere Mieter,

¹⁰⁰ F. Bacon, *Novum Organum* (1620 ed Devey 1901) 106: „Now the empire of man over things is founded on the arts and sciences alone, for nature is only to be commanded by obeying her“: Utopisch stellte er sich eine Zukunft vor, in der meilenhohe Türme und künstliche Inseln errichtet, Wasser entsalzt, künstlicher Wind, künstliche Meteoriten, Metalle und Pflanzen hergestellt werden könnten, ebenso Verbrennungsmotoren, Luft- und Unterseefahrzeuge. Ziel der Wissenschaft sei die Verhinderung von Erdbeben, Meteoriten, Unwettern, Epidemien. Bacon, *The New Atlantis* (1627 ed Case 1906) 266f, 272, 275; Vgl *Hooykaas*, Das Verhältnis von Physik und Mechanik in historischer Hinsicht, in *Hooykaas* (Hrsg) *Selected Studies In History Of Science* (1983) 167ff, 182.

¹⁰¹ *Descartes*, *Discours de la méthode* (1637 ed Cousin 1824), 6. partie; I 192.

¹⁰² Auf Gen 1,28 spielen René Descartes und Francis Bacon mit diesen Aussprüchen an.

¹⁰³ Vgl *Goethe*, *Maximen und Reflexionen* Nr. 1364 u 1402, zitiert nach *Kaulbach*, Einführung in die Metaphysik (1972) 130f; *Heintel*, Natur und Geschichte in Stifters „Hochwald“, in *Heintel* (Hrsg), *Wiener Jahrbuch für Philosophie* (1973) IV, 7ff, 22f.

¹⁰⁴ Für Bacon war das Schießpulver Immitation des Blitzes: Bacon, *Novum Organum* (1620 ed Devey 1901) 85.

¹⁰⁵ *Wubbe*, Labeo, *L'Homme dans son Environnement* (1980) 131ff, 133.

Dienstnehmer oder Werkunternehmer überhaupt nie durch die Gefahrtragung begünstigt sein dürfen – auch die Gesellschaft der römischen Republik und des frühen Prinzipats entsprach hinsichtlich ihrer sozialen Gleichheit nicht uneingeschränkt dem *Rousseauschen* Naturzustand.

Eine solche Annahme lässt sich mit den Quellen aber nur schwer in Einklang bringen – diese Unstimmigkeit wiegt wohl schwerer als das sozialhistorische Argument. Wahrscheinlich wird sich die Oberschicht um dispositive Rechtssätze ohnedies wenig geschert haben,¹⁰⁶ die Gefahr wurde einem wirtschaftlich schwächeren Werkunternehmer einfach über eine entsprechende Vertragsklausel aufgebürdet.¹⁰⁷

Oben wurde herausgearbeitet, dass sich das *vitium soli* aus Sicht des Werkunternehmers als unwiderstehlicher Zufall darstellt. Damit ist aber noch nichts über die Beziehung des Bodenmangels zum Besteller gesagt. Der Abschluss des Werkvertrages indiziert, dass die aktivere Rolle dem arbeitenden Unternehmer zugekommen ist, andernfalls hätte der Besteller den Graben selbst hergestellt. Kam dem Besteller eine solche passive Rolle zu, ist der Gedanke an Verschulden bei ihm von vorne herein eher abwegig. Denkbar wäre höchstens, dass der Besteller an einer anderen Stelle selbst Wasserbauarbeiten durchgeführt hat, wodurch die Versumpfung bewirkt wurde, oder dass er seine Kenntnisse über den Bodenzustand verschwiegen hat. Wäre Labeo jedoch von einer schuldhaften Vereitelung durch den Besteller ausgegangen, hätte er gewiss anders entschieden und den Werklohn weitergewährt.¹⁰⁸ Ein anderes Ergebnis erscheint bereits in Hinblick auf die *bona fides* unwahrscheinlich.

Da die Kommentierung des Paulus als Abweichung von Labeo zu verstehen ist, muss sich die Gefahrtragungsgrenze bei PAULUS von diesem Punkt wegbewegt haben. Es folgt daraus, dass auch sein *vitium soli* von einem Verschulden des Bestellers unabhängig ist.¹⁰⁹

Der sprachliche Parallelismus *vitium soli* und *vitium operis* legt nahe, dass dann auch der Werkmangel ohne Verschulden des Unternehmers vorliegen kann,¹¹⁰ wenngleich bei solchen grammatikalischen Schlüssen Zurückhaltung geboten ist. Es ist dennoch unwahrscheinlich, dass PAULUS die Gefahrtragungsgrenze beim Verschulden des

¹⁰⁶ Vgl den Hinweis PAULUS zur Dispositivität der Gefahrtragsregeln: D. 14,2,10 pr. 2. Satz.

¹⁰⁷ Für die arbeitsrechtliche Gefahrtragung zog etwa *Mayer-Maly* diesen Schluss aus dem „Widerspruch“ der dactischen Bergarbeiterverträgen mit D. 19,2,38, vgl *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 184; Auch *Kaser*, *Kaser*, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 196; Dagegen *Röhle*, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in SDHI 34 (1968) 183ff, 191.

¹⁰⁸ *Thomas*, *Reflections on Building Contracts*, in RIDA 18 (1971) 673ff, 681.

¹⁰⁹ Anders *Mommsen*, *Beiträge zum Obligationenrecht* (1853) I 376.

¹¹⁰ Für ein Fehlen von Verschulden *Wubbe*, *Labeo, L'Homme dans son Environnement* (1980) 131ff;

Werkunternehmers verortet.¹¹¹ Denn das hätte er dann anstelle dieser komplizierten Regelung klar ausgesprochen, etwa in der Form, wie PAULUS auch in D. 19,2,38 gleich zweimal prägnant formuliert *si per eum (non) stetit*.¹¹²

Wie ist das aber zu begründen? Der Werkfehler wäre zu verhindern gewesen, warum wird diese Unterlassung dem Unternehmer nicht als *culpa* vorgeworfen? Auch der Begriff des *vitium* beinhaltet einen gewissen Tadel, er bringt zum Ausdruck, dass das Bauwerk zumindest in einem technischen Detail hätte anders sein sollen, und auch hätte sein können.

Mit dieser Frage hat sich Wubbe beschäftigt.¹¹³ Er argumentiert, oft wisse man erst im Nachhinein, wie die gemachten Fehler hätten vermieden werden können. Das Auftreten von Fehlern ist selbst bei größter Vorsicht mit dem Unternehmertum zwangsläufig verbunden, ein (Verschuldens-)Vorwurf kann dem Unternehmer dafür nicht immer gemacht werden. Technischer Fortschritt sei nur aufgrund solcher Fehler zu erreichen.¹¹⁴ Wubbe spricht eine Problematik an, die Wilhelm für das geltende Recht als „falsche Regeln der Technik“ bezeichnet hat.¹¹⁵ Ein zeitgenössisches Beispiel für einen Verstoß gegen die Regeln der Technik, die aber erst *ex post* aufgrund der hier gemachten Fehler gebildet wurden, stellt der „Blasbachbrückenfall“ dar.¹¹⁶ Allerdings ist eher unwahrscheinlich, dass Paulus' Konzept des *vitium operis* auf dieses eher außergewöhnliche Sonderproblem beschränkte. Der Ansatz, der „Stand der Technik“ könnte „fehlerhaft“ sein, kommt außerdem der oben verworfenen Grundhaltung einer vom Menschen grundsätzlich bezwingbaren Natur schon sehr nahe. Bereits der Begriff des „Standes der Technik“, der die Implikation einer immer fortschreitenden Naturwissenschaft enthält, kennt im römischen Recht bzw in der antiken Philosophie keine unmittelbare Entsprechung, die *peritia* dürfte einen eher statischen Inhalt gehabt haben.

¹¹¹ Anders Kaser, der *vitium operis* mit dem Verschulden des Bestellers gleichsetzt: Kaser, Römisches Privatrecht² (1971) 571⁹¹; Ähnlich identifiziert Röhle das *vitium operis* als *imperitia*; Röhle, Das Problem der Gefahrtragung, SDHI 34 (1968) 183ff, 215; Pietsch, Die Abnahme im Werkvertrag, Diss (1976) 32.

¹¹² Mayer-Maly hat jedoch auch diese Wendung ähnlich einer Sphärentheorie gedeutet: Mayer-Maly, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, RdA (1967) 281ff, 285 (*culpa* die über das heutige Verständnis von Verschulden hinausgehe und auch objektive Zurechnungskriterien beinhalte); Anders noch in Mayer-Maly, Locatio conductio (1956) 181f.

¹¹³ Wubbe, Labeo zur Gefahrtragung, L'Homme dans son Environnement/Mensch und Umwelt (1980) 131ff, 138.

¹¹⁴ Wubbe, Labeo, L'Homme dans son Environnement (1980) 131ff, 135.

¹¹⁵ Wilhelm, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim (1990) 225ff.

¹¹⁶ OLG Frankfurt NJW 1983, Soergel in MünchKomm² § 633 BGB, Rz 32.

Ein anderer Ansatz wäre, von einer Art „Fehlertoleranz“ auszugehen, sodass für die Frage, ob von einem Verschulden auszugehen ist (*culpa*), was wohl weitergehende Haftungsfolgen ausgelöst hätte, und für die Frage nach einem bloßen Werklohnverlust (*vitium operis*) zwei verschiedene Beurteilungsmaßstäbe anzunehmen wären.

Eine gewisse Ungenauigkeit wird auch im Interesse des Werkbestellers liegen, der an einem zügigen Baufortschritt interessiert ist. Eine völlig übertriebene Nachkontrolle jedes Details würde von vorne herein hohe Kosten verursachen. Nicht grundlos nennt *Exner* den *diligentissimus pater familias* einen „Sonderling“, einen „Pedant oder Narr“.¹¹⁷

In diesem Sinn möchte *Weyers* die *culpa* im geltenden deutsche Recht eng auslegen, da es „in bestimmten Bereichen nach heutigem Stand der Technik unmöglich [...] scheint, das Werk, etwa im Anlagenbau oder im Bereich der EDV, auf Anhieb völlig fehlerfrei herzustellen. Es muß nur in solchen Fällen berücksichtigt werden, daß Fehlerfreiheit im Sinne von Vertragsgemäßheit in diesen Bereichen nicht völlige Störungsfreiheit bedeuten kann.“ An deren Stelle habe ein individuell oder nach der Verkehrssitte festzulegender maximaler Fehlerprozentsatz zu treten.¹¹⁸ Das Argument lässt sich zwanglos auf das antike Bauwesen übertragen.

Problematisch an diesem Ansatz ist, dass das *vitium operis* aus D. 19,2,62 den Einsturz eines gesamten Kanals zur Folge hatte, sodass man hinsichtlich der Folgen nur sehr schwer von einem „kleinen Fehler“ sprechen kann. Bemerkenswert ist, dass Paulus in Hinblick auf die *culpa*-Frage die Fehlertoleranz nicht als überstrapaziert angesehen hat. Offenbar wurde der Fehler nicht nach seiner Auswirkung im Sinne eines „Fehlerprozentsatzes“, sondern die ursprüngliche Handlung selbst beurteilt. Paulus muss daher von einer Maßfigur ausgegangen sein. Für das Verschulden wird er etwa auf einen *diligens pater familias* aus dem Kreis der Kanalbaumeister abgestellt haben, und angenommen haben, der gegenständliche Werkfehler wäre auch dieser Durchschnittsfigur unterlaufen.

Da aber nicht nur die *culpa* sondern auch das *vitium operis* als subjektives Kriterium zu verstehen ist, muss Paulus hierfür eine zweite Maßfigur eingeführt haben, möglicherweise den erwähnten *diligentissimus pater familias*, der zwar genauer als ein durchschnittlicher Baumeister arbeitet, dem aber ebenfalls nur begrenzte technische Möglichkeiten zur Verfügung stehen.

¹¹⁷ *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 518.

¹¹⁸ *Weyers*, Werkvertrag, in *BMJ* (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1160.

Zurecht wird daher der Ansatz des Paulus mit der modernen Sphärentheorie verglichen, und zwar konkret jener Spielart der Sphärentheorie, die *Krejci* „Einflusstheorie“, *Schilcher* „Bewachungstheorie“ nannte.¹¹⁹ Das *vitium operis* sind potentiell beherrschbare Umstände, deren Nichtbeherrschung jedoch entschuldigt wurde, sie sind „niederer Zufall“. Diese Einflusstheorie kann, wie unten noch gezeigt wird, auch mit der *custodia* und dem mittelalterlichen Konzept der *culpa levissima* in Verbindung gebracht werden, ungeachtet des Umstandes, dass *vitium operis* für Paulus eben keine *culpa* ist.

Auf einem anderen Blatt steht dabei, dass die Unterscheidung zweier Sorgfaltsmaßstäbe in der Realität kaum möglich ist. Paulus' Unterscheidung zeugt von sehr geringem praktischem Gespür.¹²⁰ Seine Unterscheidung zwischen *vitium operis* und *vitium soli* krankt genauso wie die gesamte darauf aufbauende Sphärentheorie an der praktischen Undurchführbarkeit einer Unterscheidung zwischen Verschulden und niederem Zufall. Bereits die Unterscheidung zwischen *culpa (imperitia)* und *vitium materiae* ist im Nachhinein (zB anhand eines Haufen Glasscherben) schwierig genug, was die römischen Glasschleifermeister zu der von Ulpian in D. 9,2,27,29 erwähnten Praxis geführt hat, für beide Fälle vertraglich die gleiche Rechtsfolge zu vereinbaren.

Insbesondere *Exner* hat diese Undurchführbarkeit eines über das Verschulden hinausgehenden Sorgfaltsmaßstabes aufgezeigt, die Grenze zur höheren Gewalt könne nur durch richterliches Ermessen festgelegt werden. Bei einer Verneinung von Verschuldens durch ein Gericht sei es kaum vorstellbar, dass ein Verstoß gegen diese „außerordentliche Sorgfalt“ bejaht würde.¹²¹ Die außergewöhnliche Sorgfalt lasse sich definitionsgemäß nicht generalisieren. Der *diligentissimus pater familias* könne aufgrund seiner Sonderlichkeit keine Maßfigur für die anderen sein, gerade darum sei dieses Konzept ebenso wie die korrelierende *culpa levissima* im jüngeren Zivilrecht verworfen worden.¹²²

Mit einem Beispiel bringt *Exner* die gesamte Undurchführbarkeit Paulus' Lösung in D. 19,2,62 auf den Punkt: Würde in einem Bauprozess ein Sachverständiger gefragt werden, ob bei Ausführung eines Brückenpfeilers „nicht nur alle von der Kunst heute gebotenen und von gewissenhaften Technikern allgemein befolgten Mittel und Vorkehrungen angewendet [wurden], sondern ob [der Beklagte] auch jene Vorsichten u.s.w. befolgt habe, die ein Ausnahmemensch in seiner Lage, ein übervorsichtiger, bis zum

¹¹⁹ *Krejci*, in *Rummel*³ § 1155, Rz 13f; *Schilcher*, Die Preisgefahr beim Kauf, JBl 1964, 395ff, 402.

¹²⁰ *Cannata*, Per lo studio della Responsabilita per Colpa (1969) 233.

¹²¹ *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 517.

¹²² *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 518.

Äußersten ängstlicher Techniker für nötig gehalten hätte“, so könne der Bausachverständige diese zweite Frage nicht beantworten, und müsse entgegnen, dass „verschiedene Sonderlinge jeweils auf sehr verschiedene Einfälle gerathen“. ¹²³

7. Lohngefahr oder Leistungsgefahr?

Zu klären ist, ob Gegenstand von D. 19,2,62 die Tragung der Lohngefahr oder der Leistungsgefahr ist. Für das *vitium soli* in der Entscheidung des PAULUS sind die Konsequenzen relativ klar: Der Besteller muss den Werklohn bezahlen (bzw erhält die bereits bezahlte Summe nicht zurückerstattet), die Aufführung des Werks unterbleibt – unabhängig davon, ob ein zweiter Versuch erfolgsversprechend ist oder nicht. Ist ein zweiter Versuch möglich, müsste hierüber ein neuer Vertrag abgeschlossen werden, selbstverständlich ist dieser dann extra zu bezahlen.

Doch was sind die genauen Rechtsfolgen des von Labeo erwähnten Grundsachverhalts und beim *vitium operis* des Paulus? Das *periculum* bzw *detrimentum* liegt beim Baumeister, er hat also „den schwarzen Peter gezogen“. Damit könnte entweder gemeint sein, dass er seinen Werklohn nicht erhält – das *detrimentum*, der Nachteil, bestünde dann primär in den eigenen Ausgaben für Material und Bauarbeiter, denen keine Einnahmen gegenüberstehen. Es wären dann die beiden Entscheidungen ein Ausspruch über die Lohngefahr.

Grundsätzlich denkbar wäre aber auch, dass der Werkunternehmer den Besteller so stellen muss, als wäre diesem das Bauwerk zum vereinbarten Zeitpunkt übergeben worden. Der dem Besteller durch die verspätete oder unterbliebene Fertigstellung entstandene Schaden wäre diesem zu ersetzen. So wären die Aussage im Sinne der Leistungsgefahr bzw einer Interessenshaftung zu verstehen.

Ebenso ist zu prüfen, ob der Werkunternehmer aus D. 19,2,62 überhaupt aus seiner Verpflichtung zu Errichtung des *rivus* entlassen wurde, anders als die lebendige Ankunft des Sklaven aus D. 14,2,10 pr. ist die Herstellung des Grabens nämlich nicht unmöglich geworden. In Hinblick darauf, dass die römische Leistungsklage grundsätzlich auf Geld zu lauten hat, würde auch ein solches Verhaftetbleiben bei Weigerung des Bauunternehmer zur Vornahme weiterer Versuche faktisch auf eine Interessenshaftung hinauslaufen. ¹²⁴

Anders als in D. 19,2,62 wird dieses Problem etwa in D. 19,2,33 ausdrücklich thematisiert. Dort werden unverschuldete Zwischenfälle bei drei verschiedenen Verträgen

¹²³ Exner, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 518.

¹²⁴ Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*¹⁷ (2003) 209.

angesprochen:¹²⁵ (i) Ein verpachtetes Grundstück wird durch den Staat enteignet und so auch dem Pächter entzogen, (ii) bei einem Bauvertrag stürzt der Boden vor oder während der Bauarbeiten zusammen, und (iii) eine Liegenschaft wird verkauft und wird vor der Übergabe enteignet. Nach der Ansicht des älteren Salvius Julianus führe dies in allen drei Fällen zur „Haftung“ jener Vertragspartei, die ihre versprochene Leistung durch die erwähnten Umstände nicht erfüllen kann. Der Umfang dieser Haftung wird an diesem Punkt jedoch noch nicht thematisiert.

Sein Schüler Sextus Caecilius Africanus vermittelt uns den Sachverhalt und die Lehrmeinung des Julian. Selbst betont er unmissverständlich und nachdrücklich, diese Haftung erschöpfe sich im Verlust des Entgeltanspruchs – keineswegs wäre für das volle Nichterfüllungsinteresse einzustehen.¹²⁶

Fraglich ist, ob er auch damit die Meinung seines Lehrmeisters wiedergibt oder ob darin gerade die Abweichung besteht. Julian übte großen Einfluss auf Afrikan aus, in seinen *Quaestiones* befasste jener sich sehr intensiv mit dessen Lehren. Überwiegend gibt er sie zustimmend wieder, nur teilweise findet sich eine kritische Auseinandersetzung in Form von Zusätzen oder Abweichungen.¹²⁷ Darum meinte Kaser in Anschluss an die ältere Lehre, dass auch in der gegenständlichen Passage die Auffassungen von Afrikan mit der des Julian übereingestimmt hätten.¹²⁸ Später ist mehrheitlich die von Seckel/Levy begründete Auffassung vertreten worden, mit der Beschränkung auf die Lohngefahr hätte sich Afrikan gegen Julian gestellt. Anders könne der Wechsel von indirekter Rede zur ersten Person nicht erklärt werden.¹²⁹ Das bedeutet im Umkehrschluss, dass JULIAN in allen drei Fällen dem Versprechenden eine Haftung auf das volle Nichterfüllungsinteresse auferlegt hätte, obwohl das fehlende Verschulden offensichtlich ist.

Offenbar bestand über die Grenze zwischen Lohngefahr und Interessenshaftung Uneinigkeit. Hat die Partei das Ausbleiben ihres Erfolges verschuldet, wird die volle Interessenshaftung wohl außer Streit gestanden sein.¹³⁰ Ob allerdings Verschulden die Grenze zwischen einfacher Lohngefahrtragung und Interessenshaftung darstellt, scheint

¹²⁵ Vgl. Wacke, Afrikans Verhältnis zu Julian, ANRW II/15 (1976) 456ff, 466.

¹²⁶ Vgl. Wacke, Afrikans Verhältnis zu Julian, ANRW II/15 (1976) 456ff.

¹²⁷ Jörs, in: Wissowa (Hrsg.) *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaften* (1894) Caecilius Nr 29, V 1192ff.

¹²⁸ Kaser, *Periculum locatoris* ZSS 74 (1957) 155ff, 179ff; Kaser, *Das römische Privatrecht*² (1971) 566³⁷.

¹²⁹ Seckel/Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927) 117ff, 220ff; Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 165; Wacke, *Afrikans Verhältnis zu Julian*, in ANRW II/15 (1976) 456ff, 477; Pennitz, *Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats* (1991) 229.

¹³⁰ Vgl. Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 157.

umstritten gewesen zu sein. Selbst in der Entscheidung AFRIKAN umfasst die Interessenhaftung vielleicht einen größeren Bereich als das Verschulden: Geht die Störung des Landpächters von einem Dritten aus, und hat der Verpächter die bloße Möglichkeit (nicht unbedingt die Verpflichtung), diese abzuwenden, ist dem Pächter für das volle Interesse einzustehen.¹³¹

Hindert der Verpächter den Pächter an der Benutzung des Grundstücks, haftet er auf das Interesse (D. 19,2,15,8).

In D. 19,2,19,1 lässt Ulpian den Vermieter von löchrigen Weingefäßen verschuldensunabhängig für das Interesse eintreten. Unabhängig davon, ob er von den Löchern wusste, muss er den verlorenen Wein ersetzen. Anders der Verpächter einer Weide mit giftigen Kräutern: Er hat die verendeten Tiere nur dann zu ersetzen, wenn er davon wusste, wusste er nicht davon, verliert er nur seinen Pachtzins.

Auch in D. 19,2,30 pr. wird das Problem angesprochen. Der Eigentümer eines „Zinshauses“ hatte dieses um 30 Goldmünzen an einen gewerblichen Untervermieter verpachtet, der es an mehrere Untermieter um insgesamt 40 Goldmünzen weitervermietete. Der Eigentümer lässt das Haus abreißen, gefragt wird nach Ersatzansprüchen des Hauptmieters. Nach ALFENUS sei nach dem Grund des Abrisses zu fragen: War der Abriss aufgrund der Baufälligkeit des Gebäudes notwendig, muss dem Hauptmieter lediglich seine Miete erstattet werden (30 Goldmünzen). Hat der Eigentümer das Haus einebnen lassen, weil er den Baugrund für ein anderes Bauprojekt verwenden wollte, muss er den Hauptmieter gänzlich schadlos stellen, ihm also 40 Goldmünzen bezahlen.¹³² ALFEN zieht also ähnlich wie AFRIKAN und ULPIAN für die Weide die Grenze zwischen bloßer Zinsgefahrtragung und einer Mangelfolgeschädenhaftung beim Verschulden.

Ausdrücklich auf die Entgeltgefahr beschränkt sich D. 14,2,10 pr. Ein allfälliger Schadensersatz für den Wert des am Schiff verstorbenen Sklaven oder eine sonstige Interessenshaftung steht gar nicht im Raum.

Als Gegenbeispiel kann D. 19,2,13,5 Ulp 32 ad ed angesehen werden: Ein Rohedelstein wird zu einem Gemmenschneider gebracht, während der Arbeiten zerbricht der Stein.

¹³¹ Mayer-Maly sieht zwar JULIAN auch als Autor dieser Formulierung. Nachdem er aber den Teil ab *sin vero* AFRIKAN zurechnet, nimmt er im Endeffekt über diesen Aspekt Einigkeit zwischen den beiden an: Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 163f.

¹³² Vgl Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 157f.

Gefragt wird nach den Ansprüchen des Kunden gegen den Handwerker. Gemeint ist daher ein Ersatz für den Wert des Edelsteins.¹³³ Es wird nun danach unterschieden, ob der Zwischenfall auf eine *imperitia*, ein Zurückbleiben hinter handwerklichen Standards, zurückzuführen ist, oder ob ein *vitium materiae*, eine Materialschwäche des Steins ursächlich geworden ist. Grundsätzlich wäre nur im ersten Fall Ersatz zu leisten. Doch Ulpian erwähnt auch eine mögliche Vertragsabrede, nach der der Steinschneider Ersatz auch dann zusagt, wenn der Stein aufgrund eines Materialfehlers (somit offenbar unverschuldet) bricht. Man könnte dies als Garantiezusage bezeichnen.¹³⁴

Thematisch ähnlich ist die Entscheidung D. 9,2,27,29 Ulp 18 ad ed, wo ein Diatretglas (ein filigraner Glaspokal) aus einem vom Kunden beigestellten Glasrohling ausgeschnitten¹³⁵ werden soll, und ein Ersatzanspruch bei *imperitia* bejaht und beim Materialfehler verneint wird. Hier spricht Ulpian von der Möglichkeit der vertraglichen Abbedingung der Schadenshaftung. Derartige Vereinbarungen werden heute als Freizeichnungsklauseln bezeichnet.

Offenbar war es also möglich, durch Parteienvereinbarung auch die Grenze der Interessenshaftung vom Verschuldenspunkt in die eine oder andere Richtung wegzubewegen.

Kehren wir zum Ausgangspunkt D. 19,2,62 zurück. Überwiegend ist der Fall ausschließlich als Problem der Lohngefahr gesehen worden.¹³⁶ Einzig *Martin* scheint die Ansicht LABEOS im Sinne einer umfassenden Haftung zu deuten: „[it] appears to accord the builder a broad liability for all aspects of the contract: the employer can expect that the

¹³³ Denkbar wäre theoretisch eine Erstattung des bevorschussten Werklohnes, das ist aber unwahrscheinlich: Dagegen spricht auch der Hinweis auf die *Lex Aquilia* in der sehr ähnlichen Entscheidung D. 9,2,27,29; Vgl *Ernst*, *periculum conductoris*, in *Medicus et al* (Hrsg) Festschrift für Hermann Lange (1992) 59ff, 64¹⁵; *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 193.

¹³⁴ Vgl *Kaser*, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 156; Auch in Paul D. 12,6,60 bzw Ulp D. 4,8,11,4 wird eine Abrede erwähnt, nach der für (?) einen Seetransport aus Asien eine Summe zugesagt wird, unabhängig davon ob das Schiff ankommt. Dabei könnte es sich aber auch um einen Gesellschaftsvertrag, einen Versicherungsvertrag, eine Wette oder ein bloßes Beispiel für eine Bedingung (Vgl D. 21,2,46,2, D. 23,3,48,1, D. 26,2,8,3) handeln.

¹³⁵ Die Herstellung der Diatretgläser ist umstritten. Anhänger der Presstheorie könnten im *calicem* eine Gipsform sehen, Vgl *Lierke*, Die Entwicklung der Diatretgläser, in *Pressglas-Korrespondenz* 2014-1, 5. Denkbar wäre auch das Wachsauflöschverfahren, *calicem* wäre dann das Wachspositiv. Sie dienten als Trinkgefäß (MART.12,70).

¹³⁶ *Thomas*, *Reflections on Building Contracts*, in *RIDA* 18 (1971) 673ff, 680; *Kaser*, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 188; *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages, *SDHI* 34 (1968) 183ff, 208; *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertrag, *Diss* (1976) 25; *Ernst*, *periculum conductoris*, in *FS Lange* (1992) 59ff, 61; *Pennitz*, Der „Enteignungsfall“ (1991) 228.

builder will be totally responsible for the completion of the job”.¹³⁷ Ob sie sich darunter eine volle Interessenshaftung vorstellt, sagt sie nicht ausdrücklich, das klingt jedoch an. In Hinblick darauf, dass sie ja ein Verschulden auch in LABEOS Grundsachverhalt für denkbar hält, wäre das auch konsequent.¹³⁸

Oben wurde jedoch aufgezeigt, dass der Ausspruch Labeos nur dann nachvollziehbar ist, wenn die „historische“ *labes* unverschuldet war. Ebenso dürfte Paulus sein *vitium operis* als unverschuldeten Umstand verstanden wissen wollen. Da die Grenze für ein Interessenshaftung ohne eine besondere Garantiezusage Verschulden darstellte, besteht das *periculum* bzw *detrimentum* des Unternehmers sowohl bei Labeo als auch beim *vitium operis* des Paulus nur im Verlust des Werklohnes.¹³⁹

Während somit Verschulden als Grundlage einer Interessenshaftung ausgeschlossen werden kann, enthält die Stelle keinen unmittelbaren Beweis dafür, dass der nicht mit Eintritt von Unmöglichkeit verbundene Werkuntergang die Verpflichtung des Werkunternehmers zum Erlöschen gebracht hat.

Nach allgemeiner Regel erlischt eine Obligation, neben einigen anderen Gründen, in erster Linie durch Erfüllung oder Unmöglichwerden.¹⁴⁰ Das wird insbesondere bei der Gattungsschuld oder bei der Wahlschuld deutlich: Hat jemand entweder den Sklaven Stichus oder Pamphilus zu leisten, und verstirbt einer, ist der andere hinzugeben. Verstirbt auch der, erlischt die Verbindlichkeit.¹⁴¹ Somit ist für den römischen Kaufvertrag sichtbar, dass nachträgliche Unmöglichkeit den Anknüpfungspunkt für die Gefahrtragung darstellt. Denkbar wäre nun der Vergleich zwischen einem Bauvertrag und einer Gattungsschuld. Der einzelne Versuch der Werkaufführung wäre dann ein bloßes Element aus der Gattung, scheitert ein Versuch, hat der Unternehmer mit dem nächsten zu beginnen.

Allerdings wird man dennoch annehmen dürfen, dass sowohl Labeo als auch Paulus für das unverschuldete *vitium operis* dem Unternehmer zwar den Werklohn versagen, ihn aber ungeachtet der Möglichkeit weiterer Versuche aus seiner Verpflichtung entlassen.¹⁴²

¹³⁷ Martin, The Roman Jurists and the Organization of Private Bulding in the Late Republic and Early Empire (1989) 89.

¹³⁸ Martin, The Roman Jurists (1989) 92.

¹³⁹ Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 169, 188f;

¹⁴⁰ Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 495¹⁰, 519, 658.

¹⁴¹ D. 18,1,34,6; D. 31,1,11,1; D. 13,4,2,3.

¹⁴² Bolze, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, AcP 7=57 (1874) 86ff, 105 nahm an, die Gefahr verwirkliche sich im Werkvertrag grundsätzlich nur bei Unmöglichwerden, darüberhinaus aber bei höherer Gewalt.

Wären sie nämlich von einem Fortbestehen der Verpflichtung ausgegangen, hätten sie dies ausgesprochen.

8. Unmöglichkeit spielt im römischen Werkvertrag keine Rolle

Es zeigt sich, dass die Begriffe „Leistungsgefahr“ und „Lohngefahr“ für den römischrechtlichen Werkvertrag nicht völlig passend sind, insbesondere nicht die Prüfung der ersten vor der zweiten. Die beiden Konzepte standen anfangs in einem engen Zusammenhang mit der hier offenbar irrelevanten Unmöglichkeit, sie wurden anhand des Stückkaufes entwickelt.

Der Untergang der verkauften Sache bewirkt die Unmöglichkeit der Leistung, sodass der Entfall der Leistung als Faktum bereits feststeht. In einem zweiten Schritt kann die Frage nach der Gegenleistung (Lohngefahr) gestellt werden. Da die Unmöglichkeit der Leistung bereits feststeht, ist die Frage nach einem zweiten Versuch somit hinfällig. Daher ist es beim Untergang der Stückkaufsache zulässig, zuerst nach der Leistungsgefahr des Verkäufers zu fragen, und nur verneinendenfalls in einem zweiten Schritt nach der Preisgefahr des Käufers.

In diesem Fall ist das althergebrachte Modell von Preis- und Leistungsgefahr passend, und es ist auch unproblematisch, dass nur drei mögliche Varianten bestehen: (i) Leistungsgefahr beim Verkäufer (ii) Leistungsgefahr beim Käufer, aber Preisgefahr beim Verkäufer (iii) Leistungsgefahr und Preisgefahr beim Käufer. Die von *Rabl* vermisste vierte Variante, in der der Verkäufer erfolgreich einen zweiten Versuch unternimmt, alle Mehraufwendungen aber dem Käufer in Rechnung stellt, ist beim Stückkauf faktisch unmöglich, was ja der Ausgangspunkt der gesamten Fragestellung ist.¹⁴³

Die vorangestellte Frage nach der Leistungsgefahr mit anschließender Frage nach der Lohngefahr ist ebenso für jene Werkverträge passend, die mit dem Stückkauf verglichen werden können. Beim „Stückwerkvertrag“, wo also zB Bearbeitung, Verarbeitung oder Ortsveränderung einer unvertretbaren Sache vertragsgegenständlich ist, ist das Scheitern in der Regel mit dem Untergang der Sache und somit nachträglicher Unmöglichkeit verbunden (zB der Sklave aus D. 14,2,10 pr.). Ausnahmsweise könnte nicht der Stoff, sondern das „Werkzeug“ eine unvertretbare und unersetzliche Sache darstellen, und der Untergang dieses Werkzeugs Unmöglichkeit bewirken. So etwa die Fahrt mit einem ganz

¹⁴³ Vgl. *Rabl*, Die Gefahrtragung im ABGB, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg) Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1319ff, 1322ff.

bestimmten Fahrzeug oder der Unterricht bei einem ganz bestimmten Sklaven. Das gleiche gilt schließlich für Verträge, die entweder auf Seiten des Bestellers oder des Werkunternehmers höchstpersönlich sind.

Zerbricht das zu schleifende Diatretglas,¹⁴⁴ der zu fassende Edelstein,¹⁴⁵ die zu transportierende Säule¹⁴⁶ oder verstirbt der Patient, ist klar, dass infolge der Unmöglichkeit die Frage nach der primären Leistungspflicht hinfällig ist und sodann nach der Gegenleistung gefragt werden kann.¹⁴⁷ Ist Unmöglichwerden der Angelpunkt für den Eintritt der Gefahrtragungssituation, ist somit die Frage nach einer allfälligen Sekundärleistungspflicht – in der Regel die Frage nach dem Verschulden – die vordringlichere.

Bei allen anderen Werkverträgen tritt in der Regel keine Unmöglichkeit ein. Abgesehen von terminlichen Fixgeschäften, worauf sich aber nur der dadurch begünstigte Besteller berufen darf,¹⁴⁸ ist ein allfälliges Scheitern daher fast immer nur vorläufig.

Sind ausschließlich vertretbare Sachen zu verarbeiten oder zu transportieren, betrifft der Untergang dieser Sachen oder ein sonstiges Scheitern immer nur den konkreten Versuch und die Leistung bleibt möglich. Verbrennen die Stoffe in der Schneiderwerkstatt, können neue Tücher besorgt werden, unabhängig davon, wer sie beizubringen hatte und wem sie sachenrechtlich zuzuordnen sind. Das gleiche gilt für zu transportierendes Getreide, das im Lagerhaus verbrennt. Auch bei immateriellen Werken, also Werken, bei denen es keiner Stoffe bedarf, etwa die Erstellung eines Bauplanes, ist Unmöglichkeit kaum denkbar – sofern es sich nicht etwa um höchstpersönliche Werke handelt.¹⁴⁹

Bei Bauverträgen stellen die Baumaterialien vertretbare Sachen dar. Die unbebaute Liegenschaft kann aus faktischen Gründen nicht untergehen, da die Liegenschaft den

¹⁴⁴ D. 9,2,27,29.

¹⁴⁵ D. 19,2,13,5.

¹⁴⁶ D. 19,2,25,7.

¹⁴⁷ Vgl. *Goldschmidt*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1871) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 16=1, 287ff, 364f: beim Transport einer *species* werde der Werkunternehmer durch den Untergang dieser Sache frei, ist hingegen das Material eines herzustellenden Werkes lediglich der Gattung nach bestimmt, so werde entsprechend den Grundsätzen zum Kauf der *conductor* durch den Untergang nicht seiner Verpflichtung enthoben.

¹⁴⁸ Vgl. *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 48; ähnlich § 919 ABGB.

¹⁴⁹ Die Unterscheidung zwischen „materiellen“ und „immateriellen“ *opera* hat nur geringen Nutzen. Wenn man sie treffen möchte, ist insbesondere der Transport zu den materiellen Werken zu zählen: In Wirklichkeit ist es sogar umgekehrt, und jedes materielle *opus* ist eine Ortsveränderung: Aus physikalischer Sicht macht es keinen Unterschied, ob ein Container von Hamburg nach New York gebracht wird, oder ob ein Ziegelstein von der Palette auf die Mauer aufgeführt wird, oder ob beim Schleifen des Edelsteins ein Drittel der Kristallstruktur seinen Ort um einige Millimeter verlagert. Anders *Dankwardt*, Die *locatio conductio operis*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 13=1 (1874) 303f, 362 für den Personentransport.

gesamten Kugelsektor dieses Planeten bis zum Erdmittelpunkt darstellt, der noch in allen Erdzeitaltern fortbestehen wird.¹⁵⁰ Sie kann in eher außergewöhnlichen Fällen verlassen oder ersessen werden, das Uferrecht zum Verlust des Eigentums führen, am ehesten ist noch Enteignung oder ein behördliches Bauverbot vorstellbar. Aber auch in diesen Fällen wird man den Baugrund häufig als vertretbare Sache ansehen können, etwa wenn die Wasserleitung zehn Meter neben der ursprünglichen Trasse errichtet werden kann. Dies wird dannach zu entscheiden sein, welche Bedeutung dem konkreten Bauplatz zukommt.¹⁵¹ Da die römischen Juristen aber die Gefahrtragung gerade auch bei Bauverträgen diskutiert haben, war Unmöglichkeit offensichtlich nicht erforderlich, um das Vorliegen einer Gefahrtragungssituation anzunehmen.¹⁵² Die Wasserleitung aus D. 19,2,62 hätte neu gegraben werden können, das Herrenhaus aus D. 19,2,59, und auch die Gebäude aus D. 19,2,36 und D. 19,2,37 hätten „problemlos“ neu errichtet werden können. Am deutlichsten geht dies aus D. 19,2,33 hervor, wo JULIAN den Enteignungsfall als Beispiel für den Kauf- und Pachtvertrag heranzieht, gerade aber nicht für den Bauvertrag, obwohl auch hier die Enteignung des Baugrundes den einzigen realistischen Fall einer Unmöglichkeit repräsentieren würde.

Wird Gefahrtragung von der Unmöglichkeit abgekoppelt, und bleibt die Leistung somit möglich, ist es nicht sinnvoll, zuerst nach der Leistungsgefahr zu fragen. Besser wäre es, sich zuerst mit der Entlohnungspflicht für diesen ersten (gescheiterten) Versuch zu befassen, und danach die Verbindlichkeiten der Parteien hinsichtlich jedes weiteren Versuchs zu prüfen. Noch besser wäre es, in einem ersten Prüfschritt nur die Partei zu bestimmen, die die „Gefahr im weiteren Sinn“ zu tragen hat, und in einem zweiten Schritt nach einer allfälligen Interessenshaftung zu fragen.

Auch die römischen Juristen haben bei der *locatio conductio* zuerst die Frage gestellt, welche der beiden Parteien die „Gefahrtragung im weiteren Sinn“ traf, ohne bereits in diesem Schritt zwischen Lohngefahrtragung und Interessenshaftung zu differenzieren. Als Frage wurde formuliert, ob dem Besteller die Bestellerklage zustehe (*actio locati*) oder dem Werkunternehmer die Werkunternehmerklage (*actio conducti*). In einem zweiten Schritt

¹⁵⁰ Demgegenüber geht Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 54 davon aus, ein Baugrund könne endgültig unbrauchbar werden, gibt jedoch zu, dass im Normalfall nach einem Gebäudeeinsturz ein Wiederaufbau möglich bleibt.

¹⁵¹ Vgl. Dochnahl, Die Gefahrtragung, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 245; vgl. hingegen zur Baustipulation D. 45,1,95 und D. 45,1,115; Dagegen Jakab, Vertragsformulare im Imperium Romanum, *ZSS* 123 (2006) 71ff, 80.

¹⁵² Bolze, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, in *AcP* 57=7 (1874) 86ff, 105 nimmt an, beim Auftreten von höherer Gewalt sei Unmöglichwerden des Werkes nicht gefordert worden.

wurde gefragt, wieweit diese Klagen gingen, somit das Ausmaß dieser Gefahrtragung spezifiziert: Hat der Werkunternehmer nur den bevorschussten Werklohn herauszugeben oder auch das Interesse am Ausbleiben der Leistung zu ersetzen?

Dieses Prüfungsschema wird in D. 19,2,33 sichtbar, wo hinsichtlich der Pacht zunächst nach der *actio ex conducto* gefragt wird, wobei sich soweit AFIKANUS und JULIANUS hinsichtlich dieser „Gefahrtragung im weiteren Sinn“ einig sind. Dannach wird das Ausmaß der Haftung erörtert, hier bestehen dann möglicherweise Differenzen, da AFRICANUS den *locator* vielleicht nur mit der Lohngefahr, JULIANUS ihn jedenfalls auch mit der Interessenshaftung belasten möchte.

Auch in D. 19,2,30 pr. stand bereits fest, dass der Vermieter, der das Wohngebäude eingerissen hatte, die „Gefahr im weiteren Sinn“ zu tragen hatte. Offen war die Frage geblieben, ob er seinem Hauptmieter nur die Miete von 30 *aurei* zu erstatten hatte, oder auch das Interesse, also die Differenz auf die entfallenen Mieteinnahmen der Untermieter zu erstatten hat (40 *aurei*).

Ebenso bezeichnet der Begriff *periculum* in D. 9,2,27,29 diese „Gefahrtragung im weiteren Sinn“, da die Übertragung dieses *periculum* einerseits die von *culpa* abhängige Interessenshaftung bzw. aquilische Schadenersatzpflicht, als auch die verschuldensunabhängige Frage nach der Lohngefahr umfasst. Verendet das Vieh infolge von giftigen Kräutern (D. 19,2,19,1), werden die Fragen nach der Zinsgefahrtragung und nach der Interessenshaftung zumindest gleichberechtigt nebeneinandergestellt.

Sofern hier mit den Begriffen Leistungsgefahr und Lohngefahr operiert werden soll, scheint es zumindest geboten, die Reihenfolge der Prüfung umzukehren. Zuerst wird gefragt, ob die „Lohngefahr“ vom Besteller oder dem Werkunternehmer zu tragen ist und ob der Anspruch auf den Werklohn erlischt oder weiterlebt. In einem zweiten Schritt, und davon unabhängig, wird dann geprüft, welche Vertragspartei für einen weiteren Versuch einzustehen hat oder im Falle des Werkunternehmers, alternativ dazu für das Interesse am Ausbleiben des weiteren Versuchs zu haften hat. Damit scheint es auch gerechtfertigt, die Frage nach dem Verschulden, die im Regelfall die Grenze für eine Interessenshaftung darstellt,¹⁵³ nicht schon zu Beginn zu stellen (ob also ein *casus* vorliegt, bzw. ob ein Fall der „Gefahr“ vorliegt), sondern diese erst im zweiten Schritt zu prüfen.

¹⁵³ D. 19,2,7; D. 19,2,8; D. 19,2,19,1; D. 19,2,30 pr.; D. 19,2,13,5;.

Denn die Frage, ob der Werkunternehmer für das Interesse einzustehen hat, bzw ohne Entschädigung einen weiteren Versuch unternehmen muss – in der Regel also die Frage, ob den Werkbesteller ein Verschulden trifft – wird praktisch immer schwieriger zu beantworten sein als die Frage, ob er den Werklohn für den erfolglosen ersten Versuch verliert. Überdies könnte in allen Fällen, in denen der Werkunternehmer auf das Interesse haften würde, sich der Besteller damit begnügen, das Erlöschen der Werklohnzahlungspflicht geltend zu machen.¹⁵⁴ Auch hinsichtlich der Folgen ist die Interessenshaftung bzw die Verantwortung für einen weiteren Versuch (dieser ist in der Regel aufwendiger) für den Werkunternehmer die stärker einschneidende Folge. Die Tragung der Leistungsgefahr durch den Werkunternehmer ist somit einerseits auf Tatbestandsebene an strengere Voraussetzungen geknüpft und zieht andererseits auf Rechtsfolgenebene die weitergehenden Konsequenzen nach sich. So hat auch *Glück* die Interessenshaftung als Steigerungsstufe der Tragung der Lohngefahr erkannt.¹⁵⁵

Daher scheint es gerechtfertigt, die Interessenshaftung/Verpflichtung zu weiteren Versuchen entgegen der klassischen Anschauung als ein *plus* gegenüber dem Verlust des Werklohnanspruches durch den Werkunternehmer zu betrachten.¹⁵⁶ Die Tatsache, dass im Falle eines erfolgreichen zweiten Versuches der einfache Lohn zu bezahlen ist, bzw bei der Berechnung des Interesses der Werklohn zu berücksichtigen ist,¹⁵⁷ soll nicht zur Betrachtung verleiten, es habe dadurch der Besteller einen Teil der „Lohngefahr“ zu tragen, da der Besteller am Ende ohne einen wirtschaftlichen Nachteil dasteht und dem bezahlten Entgelt auch eine Gegenleistung gegenübersteht. Anders formuliert impliziert die Tragung der „Leistungsgefahr“ durch den Werkunternehmer auch seine Verpflichtung zur Tragung der „Lohngefahr“ für alle erfolglosen Versuche.

Ein weiterer Vorteil der Umkehrung der Prüfungsreihenfolge besteht in der Möglichkeit, die vierte von *Rabl* genannte Variante abzubilden, die zwar weder im römischen noch im modernen Recht vorkommt, einem „imaginären Gesetzgeber“ (bzw einem Vertragsverfasser) aber zur Verfügung stünde:¹⁵⁸ Hat der Besteller die „Gefahr im weiteren Sinn“ zu tragen, könnte auch hier ein weiterer Prüfungsschritt angefügt werden, in dem

¹⁵⁴ *Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 13⁴⁷ mwN.

¹⁵⁵ *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (1815) XVII,1 359: „Ist der Conductor durch des Locators Schuld, es sey durch Dolus oder auch nur durch irgend eine Culpa desselben, verhindert worden, den versprochenen Nutzen aus der ihm vermieteten oder verpachteten Sache zu ziehen, so bezahlt er nicht nur kein Pachtgeld, sondern der Locator muß ihm auch allen daraus entstehenden Sachen vergüten.“

¹⁵⁶ So auch *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 37.

¹⁵⁷ D. 19,2,8.

¹⁵⁸ Vgl *Rabl*, Die Gefahrtragung im ABGB, in *Fischer-Czermak et al* (Hrsg) FS 200 Jahre ABGB (2011) 1319ff, 1321.

gefragt wird, ob er auch für alle weiteren Versuche die Lohngefahr trägt, somit einen Aufpreis zu bezahlen hat.

9. Exkurs: Ist Gefahrtragung im ABGB-Werkvertrag Unmöglichwerden?

In diesem Punkt ist zwischen dem römischen und deutschen Recht einerseits und dem österreichischen Recht andererseits scharf zu differenzieren. Während die ersteren beiden eindeutige Beweise liefern, dass auch eine nicht mit Unmöglichkeit der Ausführung verbundene Zerstörung des Werks ein Problem der Gefahrtragung darstellt,¹⁵⁹ fehlt ein solcher Beweis für das ABGB.

Da im Abschnitt über den Werkvertrag auf die Frage der Leistungsgefahr nicht Bezug genommen wird, muss davon ausgegangen werden, dass dafür die allgemeinen Regeln gelten.¹⁶⁰ Konkret können für die Leistungsgefahr nur §§ 1447 und 914 ABGB relevant sein. Nur dann, wenn die Leistung nicht mehr möglich ist, erlischt die Leistungspflicht des Schuldners, sodass erst dann nach der Gegenleistungspflicht gefragt werden kann. Dabei ist der Begriff des Unmöglichwerdens ernst zu nehmen, es dürfen die mit der Wiederholung verbundenen Unannehmlichkeiten nicht in eine Unmöglichkeit umgedeutet werden.¹⁶¹ Das wirtschaftliche Unzumutbarwerden ist begriffslogisch kein Unmöglichwerden: Bei einer derart fingierten Unmöglichkeit könnte es sonst vorkommen, dass tatsächlich ein zweiter Versuch unternommen wird; die gegenteilige Auffassung wäre zur seltsamen Anschauung gezwungen, dies sei ein zweiter, gesondert zu entlohnender Werkvertrag. Der erfolgreiche zweite Versuch ist der handfeste Beweis dafür, dass der geschuldete Erfolg noch nicht unmöglich geworden ist, somit die Leistungspflicht des Werkunternehmers niemals erloschen war. Gefahrtragung ist niemals „wirtschaftlich zumutbar“.¹⁶²

Damit gilt für den geltendrechtlichen österreichischen Werkvertrag das, was oben zum römischen Stückkaufvertrag gesagt wurde. Im ABGB ist die Frage nach der Lohngefahr der Frage nach der Leistungsgefahr nachgeordnet.

Konsequenz dieser Auffassung ist, dass sich insbesondere beim Bauvertrag, der die Bauführung auf einer unbebauten Liegenschaft zu Gegenstand hat, das Problem der

¹⁵⁹ Vgl. *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 3³, 43; Für D folgt dies aus § 645 BGB, der die drei Tatbestände „untergegangen, verschlechtert oder unausführbar“ nebeneinander nennt, und somit impliziert, dass der Untergang oder die Verschlechterung keine Fälle der Unausführbarkeit (Unmöglichkeit) sind.

¹⁶⁰ Für den Tauschvertrag/Kaufvertrag vgl. *Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 8.

¹⁶¹ Für ein derart strenges („objektives“) Verständnis der Unmöglichkeit trat etwa ein *Hartmann*, Die Obligation (1875) 227.

¹⁶² Anders *Rummel*, Das „Baugrundrisiko“, ein neuer Rechtsbegriff? FS Strasser (1993) 309ff, 318⁴⁵.

Gefahrtragung praktisch kaum stellen kann. Wie oben gezeigt wurde, kann eine Bauführung nur in außergewöhnlichen Konstellationen unmöglich werden (Enteignung des Grundstücks, dauerhaftes behördliches Bebauungsverbot etc). Der zufällige Einsturz eines teilfertiggestellten Gebäudes bewirkt keine Unmöglichkeit des Wiederaufbaus, daher hat sich hier nach österreichischem Werkvertragsrecht keine Gefahr verwirklicht. Weitere Versuche sind schließlich möglich und sie durchzuführen bleibt der Werkunternehmer verpflichtet. Die Frage nach der Lohngefahr kann gar nicht aufgeworfen werden.

Da der Angelpunkt des ABGB-Werkvertragsrecht das Unmöglichwerden ist (anders als im römischen und deutschen Recht), kann auch das tradierte Schema beibehalten werden. Anders als im römischen Recht ist zuerst nach der Leistungsgefahr, danach nach der Lohngefahr zu fragen.¹⁶³

10. D. 19,2,62 und die Erfindung der Sphärentheorie

Die Lösung des Paulus wurde zurecht mit der „modernen“ Sphärentheorie verglichen. Für die Zulässigkeit dieses Vergleichs spricht vor allem auch, dass diese im 19. Jahrhundert entstandene „Sphärentheorie“ insbesondere vor dem Hintergrund der gegenständlichen Digestenstelle D. 19,2,62 entwickelt wurde.

Die besprochene Stelle nahm ebenso bei jenen Pandektisten eine zentrale Rolle ein, die das Konzept des „geteilten Zufalls“ entwickelten und damit als Vorväter der Sphärentheorie betrachtet werden können. So hatte v. Glück im Jahr 1816 aus D. 19,2,62 gefolgert, es sei danach zu unterscheiden, ob sich die Gefahr aufgrund „Schuld der Sache“, „Schuld der Arbeit“ oder aus einem sonstigen Grund verwirkliche.¹⁶⁴

Bolze zieht 1874 insbesondere aus D. 19,2,62 den Schluss, sowohl die Anschauung, wonach der Besteller grundsätzlich den Zufall trägt, als auch die gegenteilige Lösung seien unrichtig.¹⁶⁵

Es sei danach zu unterscheiden, ob der Zufall „die Person des Locator oder die zu bearbeitende Sache“ oder „das Werkzeug oder die Person des Unternehmers“ trifft.¹⁶⁶

Bolze dürfte der Schöpfer der Formulierung sein, wonach „[die Unmöglichkeit der Leistung] a u f S e i t e n desjenigen eintritt, welcher die Geldleistung beansprucht

¹⁶³ Davon abweichend sehen Krejci in Rummel³ (2000) § 1168 Rz 5; Adler/Holler in Klang² (1954) V 401 vom Erfordernis der Unmöglichkeit ab.

¹⁶⁴ v. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – Commentar (1816) XVII,II 431, 435ff.

¹⁶⁵ Bolze, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, AcP 7=57 (1874) 86ff.

¹⁶⁶ Bolze, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, AcP 7=57 (1874) 86ff, 94.

[Herv. hinz.],¹⁶⁷ wie sie in die §§ 1155 und 1168 ABGB Eingang gefunden hat („Umstände, die auf Seite des Dienstgebers/Bestellers liegen“).

Nach *Dernburg* trage grundsätzlich bis zur Abnahme der Werkunternehmer die Gefahr, sein „*periculum conductoris*“-Grundsatz ist aber durch zahlreiche Ausnahmen durchlöchert.¹⁶⁸ Dies sei der „Billigkeit“ geschuldet.¹⁶⁹ Ist der Untergang oder die Verschlechterung „in Folge des vom Besteller gelieferten Materials“ eingetreten, ist er „Folge eines in der Person des Bestellers liegenden Grundes“, „war die Sache zum Zeitpunkt des Schadens in der Gewahrsam des Bestellers“ bleibe der Werklohnanspruch bestehen, ebenso im Falle der Werkzerstörung durch „höhere Gewalt [...], welche durch technische Vorkehrungen nicht auszuschließen war“. Die letzte Ausnahme untermauert er mit D. 19,2,62.¹⁷⁰

Die weitere Genesis der fSphärentheorie ist vor dem Hintergrund der Schaffung des deutschen BGB zu sehen. Im Jahr 1894 kritisierte *Strohal* die im BGB-Entwurf getroffenen Gefahrtragungsregeln beim Werkvertrag.¹⁷¹ Nach seinem Verständnis des § 644 BGB¹⁷² bedeutete diese Regelung bis zur Übergabe eine grundsätzliche Zuweisung der Gefahr auf den Werkunternehmer. Davon würde § 645 lediglich zwei Ausnahmen machen, nämlich Stoff- und Anweisungsmangel. *Strohal* sprach sich für eine breitere Zurechnung aus, wobei er dafür als erster den Begriff der „Sphäre“ einführte.

Ähnliche Gedanken hatte aufbauend auf *Dernburg* auch *Jakubezky* formuliert. In der von ihm verfassten bayrischen Stellungnahme zum 1. BGB Entwurf¹⁷³ erachtete er es zwar für billigenswert, dem Werkunternehmer die „bei dem Besteller eintretenden Gefahren“ tragen zu lassen. Demgegenüber sei es bedenklich, den Besteller die „Gefahr der beim Unternehmer eintretenden höheren Gewalt“ tragen zu lassen.¹⁷⁴ Später wurde *Jakubezky* Mitglied der zweiten BGB-Kommission.¹⁷⁵ In dieser Funktion versuchte er erfolglos, seine „Sphärentheorie“ in das BGB-Werkvertragsrecht hineinzureklamieren.¹⁷⁶

¹⁶⁷ *Bolze*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, AcP 7=57 (1874) 86ff, 94; Später findet sich die Wendung bei *Schmauser*, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Rechte, Diss. (1891) 12.

¹⁶⁸ *Dernburg*, Pandekten⁵ (1897) II 315.

¹⁶⁹ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts⁴ (1889) II 607.

¹⁷⁰ *Dernburg*, Pandekten⁵ (1897) II 315.

¹⁷¹ *Strohal*, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse, *JherhingsJB* 33=21 (1894) 361ff, 385.

¹⁷² In der 2. Lesung als § 580 geführt.

¹⁷³ *Jakubezky*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1892) 139f.

¹⁷⁴ Vgl *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24, 1 (12).

¹⁷⁵ Vgl *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB (1978) 59.

¹⁷⁶ Vgl *Nassauer*, „Sphärentheorien“ (1978) 17.

Mit der Digestenstelle D. 19,2,62 befasste sich auch *Schmoll*. Er übertrug den von *Exner* für das Verkehrsrecht (*receptum nautarum*) geschaffenen Begriff des „Betriebskreises“, der sich später zu einem Synonym zur „Sphäre“ entwickeln sollte, auf das Problem der werkvertraglichen Gefahrtragung.¹⁷⁷

Ausformuliert wurde die „Sphärentheorie“ schließlich im Jahr 1897 von *Oertmann* in seinem einflussreichen Aufsatz über den „Zufall bei der Werkverdingung“. Aufgrund der dort ausführlich dargelegten Überlegungen kann er als „Erfinder“ der Sphärentheorie gelten, obwohl sowohl die Begrifflichkeiten als auch die Grundidee bereits älter sind. Auch in der Argumentation *Oertmanns* nahm D. 19,2,62 eine zentrale Stellung ein.¹⁷⁸

¹⁷⁷ *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 60; *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 559.

¹⁷⁸ *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 37ff.

III. Die Dreieinigkeit der *locatio conductio*

Die dem modernen Recht bekannte Differenzierung zwischen Werkvertrag, Dienstvertrag und Bestandvertrag hatte sich im römischen Recht noch nicht deutlich herausentwickelt – die entsprechenden Verträge werden unter der Sammelbezeichnung *locatio conductio* zusammengefasst. Die *locatio conductio* erfasste damit die meisten Verträge der Grundstruktur *do ut facias*.¹⁷⁹

Es werden jedoch traditionell drei „Subtypen“ unterschieden: *locatio conductio rei* (Bestandvertrag), *locatio conductio operarum* (Dienstvertrag) und *locatio conductio operis* (Werkvertrag). Diese Bezeichnungen sollen nach *Mayer-Maly* dem Mittelalter entstammen, in den antiken Quellen fände man sie in dieser Form nicht.¹⁸⁰ Jedenfalls umstritten ist, inwieweit die zugrundeliegende inhaltliche Differenzierung bereits den römischen Juristen bekannt war.¹⁸¹ Während insbesondere im gemeinen Recht noch von einer weitgehenden Eigenständigkeit der drei Unterkategorien ausgegangen wurde (Trichotomie der *locatio conductio*),¹⁸² bestreiten dies die Anhänger der sogenannten Einheitskonzeption seit dem frühen 20. Jhdt.¹⁸³

Daneben bestehen auch vermittelnde Positionen. So betont *Mayer-Maly*, Typologie und Systematik sei im römischen Recht noch ein geringer Stellenwert zugekommen.¹⁸⁴ Aus einer zwar gebotenen einheitlichen Betrachtung dürften aber nicht allzu viele weitere Schlüsse gezogen werden; Differenzierungen hätten nicht zuletzt aufgrund der faktischen

¹⁷⁹ Paulus D. 19,5,5 pr.;2; Nicht darunter fiel etwa ein Tun gegen Hingabe einer nicht in Geld bestehenden Sache oder ein diesem Vertrag nicht zugänglicher Vorgang wie die Freilassung eines Sklaven (D. 11,6,1 pr.) oder die entgeltliche Ausübung der freien Künste. Bei der Beurteilung dieser Sachverhalte orientierte man sich jedoch wieder an der *locatio conductio*; *Weiske*, Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten (1847) Pacht- und Miethvertrag, VII 805.

¹⁸⁰ *Mayer-Maly*, Römisches Privatrecht (1991) 117, vgl jedoch D. 50,16,5,1; *Oliver-Martin*, Des divisions du luage en droit romain, RHDFE 15 (1936) 419ff, 463ff sowie *Torrent*, The controversy on the trichotomy ‚res, operae, opus‘ and the origin of the ‚locatio-conductio‘. RIDROM 9 (2012) 378ff, 381 nehmen an, der Jurist Johannes Voet habe im Jahr 1698 in seinem Commentarius ad Pandectas die Dreiteilung der *locatio conductio* begründet.

¹⁸¹ Vgl *Mayer-Maly*, Locatio Conductio (1956) 18.

¹⁸² *Kaufmann*, Die altrömische Miete (1964) 1ff.

¹⁸³ *Brasiello*, L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano, RISG (1927) 529ff; *Amirante*, Ricerche in tema di locazione, BIDR 62 (1959) 9ff, 113; *du Plessis*, A history of *remissio mercedis* (2003) 3¹¹; Differenzierend *Wubbe*, Opus selon la définition de Labéon (D. 50,16,1,5), in TvR 50 (1982) 241ff, 251.

¹⁸⁴ *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 18;

Unterschiede der geschuldeten Leistungen und der entsprechenden Vertragsauslegung zu erfolgen.¹⁸⁵ Ähnliches wird von *Fiori* und *Zimmermann* vertreten.¹⁸⁶

An einer ALFENUS-Stelle wird erkennbar, dass die Vertragstypensystematik auch weitere Untergliederungen zuließ:¹⁸⁷

D. 19,2,31 Alfenus libro quinto a Paulo epitomarum

[...] *Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli)* [...]

Es gäbe zwei Arten des Werkvertrages, sodass entweder dieselbe Sache zurückgegeben werden müsse (etwa wenn Kleidungsstücke dem Wälder zur Bearbeitung übergeben wurden) oder aber eine Sache aus derselben Gattung zurückgegeben werden muss (etwa wenn Rohsilber dem Goldschmied gegeben werde, damit daraus Gefäße oder Gold, damit daraus Ringe gemacht würden).¹⁸⁸

Bestimmte Fragen der *locatio conductio* wurden offenbar durch die Bildung von Subtypen gelöst. Da diese Subtypen nicht immer eigene Namen erhielten, verschwimmt die Grenze zur Kasuistik.

1. Argumente für die Einheitskonzeption

Der Vorteil der Einheitskonzeption liegt darin, dass diese der römischen Vorstellung vom System der Vertragstypen besser entspricht. Hätte man einen antiken Juristen gebeten, die verschiedenen Verträge aufzuzählen, die *locatio conductio* wäre wahrscheinlich nur einmal genannt worden.¹⁸⁹ Darauf deuten auch die zahlreichen Stellen hin, die sich mit der Differenzierung zwischen *locatio conductio* und *emptio venditio* befassen,¹⁹⁰ oder aber zum Ausdruck bringen, eine bestimmte Regelung gelte für „beide“ Vertragstypen gleichermaßen.¹⁹¹ Verdingungsvertrag und Kauf werden einander als zwei Blöcke gegenübergestellt.

¹⁸⁵ Vgl. auch *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 563; Dem schließt sich *Torrent*, The controversy on the trichotomy ‚res, operae, opus‘ and the origin of the ‚locatio-conductio‘. RIDROM 9 (2012) 378ff, 382 an.

¹⁸⁶ *Fiori*, La definizione della „locatio conductio“ (1999) 362; *Zimmermann*, The Law of Obligations (1996) 340.

¹⁸⁷ *Jakab*, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 87f.

¹⁸⁸ Übersetzung angelehnt an *Luig*, in *Behrends et al* (Hrsg) CIC III, 577.

¹⁸⁹ So etwa GAI.inst. 3,135.

¹⁹⁰ GAI.inst. 3,147; Inst. 3,24,4; D. 19,2,22,2; D. 18,1,20; D. 18,1,65.

¹⁹¹ D. 19,2,22,3; GAI.inst. 3,142.

2. Sonderstellung der *locatio conductio operis*

Die Einheitlichkeit der *locatio conductio* ging aber nicht über die Nomenklatur hinaus. Zumindest für den Werkvertrag wird eine Sonderstellung erkennbar, was insbesondere an der Vertauschung der Parteienbezeichnung *locator* (Besteller) und *conductor* (Werkunternehmer) ersichtlich ist.¹⁹² So unterscheidet ULPIAN in D. 4,9,3,1 zwischen der Miete eines ganzen Schiffes zu Transportzwecken und dem Werkvertrag zum Schiffstransport von Gütern als zwei klar getrennten Fallgruppen. Im ersten Fall bezeichnet er den Reeder als *locator*, den Charterer (Schiffsmieter) als *conductor*. Im zweiten Fall nennt er den Reeder *conductor*, den Verfrächter *locator*. Die gleiche Abgrenzungsfrage erwähnt auch Labeo in D. 19,5,1,1.¹⁹³

Zwar dürften die Römer den Terminus *locatio conductio operis* als feststehendes Kompositum nicht verwendet haben, sie sahen aber jedenfalls in jener *locatio conductio* einen Sonderfall, deren Gegenstand *operis faciendi* war, was auch aus D. 50,16,5,1 und D. 19,2,58,1 hervorgeht.

Die terminologische Unterscheidung von *opus* und *operae* findet sich auch in D. 7,8,12,6. Der Gebrauchsberechtigte einer Sklavin darf ihre Arbeitskraft nicht vermieten, sie zB in eine Wollfabrik entsenden (*operas eius locare*), sie jedoch zum Weben von Stoff einsetzen, den der Berechtigte werkvertraglich versprochen hat (*opus conducere*).

Überdies trägt die Werkvertragsurkunde in CIC.Ver. 2,1,143 die Überschrift „LEX OPERI FACIVNDO“, die unselbständigen Bauarbeiter leisten daraufhin *operae* (CIC.Ver. 2,1,147). Zuletzt begegnet uns nur im Werkvertrag das Rechtsinstitut der *probatio*, diese war innerhalb desselben auf den Bauvertrag beschränkt.¹⁹⁴

Allerdings finden sich ebenfalls Hinweise darauf, dass der Terminus „*opus*“ nicht völlig starr dem römischen Werkvertrag zugeordnet war, auch bei den Parteienbezeichnungen *locator* und *conductor* waren nicht alle konsequent.¹⁹⁵

¹⁹² Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 563; Auch in der griechischen Baupraxis begegnet eine unerwartete Parteienbezeichnung: Der Bauunternehmer wurde *ergones* genannt, womit er wörtlich als „Käufer des Bauloses“ zu verstehen wäre, obwohl mit dem Werklohn Geld erhält und nicht bezahlen muss. Thür erklärt dies mit einer Analogie des gegenseitigen Unterbietens im Vergabeverfahren mit dem Überbieten beim Versteigerungskauf; Thür/Taeuber, IPArk (1994) 26²; ähnlich Burford, Greek Temple Builders at Epidauros (1969) 160; Die Parallele zur römischen Bezeichnung *conductor* bzw. *redemptor* (von *emere*, kaufen) sieht Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 43¹⁸, 50; Degenkolb, Platzrecht und Miethe (1867) 139; siehe auch S. 156 Fn. 763.

¹⁹³ Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 26.

¹⁹⁴ Vgl S. 102 Fn. 466; Sogar Brasiello, L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano, RISG (1927) 529ff, 578 gesteht zumindest in diesem Punkt eine gewisse Sonderstellung zu.

¹⁹⁵ „*opere locato conducto*“ als feststehender Terminus in D. 50,16,5,1, auch die dort getroffene Unterscheidung zwischen ἀποτέλεσμα (Erfolg) und ἔργον (das Werken/Arbeit). Gewisse Anhaltspunkte für

3. Identität von *locatio conductio operarum* und *locatio conductio rei*?

a) Arbeiter als Mietsache, Arbeit als Mietsache

Ob auch zwischen den Dienstvertrag und Bestandvertrag unterschieden wurde, ist schwieriger zu sagen. Nicht ohne Grund sprach man im gemeinen Recht von „Dienstmiete“. Die Vorstellung, durch den Dienstvertrag werde die Person des Dienstnehmers in Bestand genommen, er damit durch die Verdingung bis zu einem gewissen Grad „verdinglicht“, ist auch im älteren Ausdruck „Mietling“, dem englischen Pendant „hireling“ oder dem mit „hire“ verwandten Begriff „anheuern“ impliziert.¹⁹⁶ Bildsprachlich zur „res“ gemacht wird auch der heutige „Leiharbeiter“. Schließlich sei an den Begriff der „käuflichen“ Liebe gedacht. Ähnliche Metaphern wären auch den Römern sowohl für die Prostitution als auch für die niedrige Lohnarbeit (den „Arbeiterstrich“) geläufig.¹⁹⁷

Kaufmann lehnt zwar die Vorstellung der Bestandnahme einer freien Person ab, weist jedoch darauf hin, dass auch die Arbeitsleistung, die *operae*, mit einer Mietsache verglichen werden könnte.¹⁹⁸ Dies hat zuvor auch Brasiello argumentiert.¹⁹⁹ Brasiello verweist hier auf D. 7,7,3 und D. 7,7,4, wo Gaius im Zusammenhang mit Sklaven von den *fructus hominis* spricht, und somit das Abstraktum Arbeit als Früchte anspricht, auf D. 7,7,1, wo

die Differenzierung zwischen *opus* und *operas* liefert D. 19,2,51,1, von den *operas* im Sinne eines Dienstvertrages ist uA auch in D. 14,1,5 pr., D. 19,2,38 pr. und D. 19,2,19,9 die Rede. Diesen Befund relativieren zB D. 19,2,22,2; D. 19,2,25,7; Gai. Inst. 3,147; Inst. 3,24,4 wo sich die *operas* auf einen Werkvertrag beziehen. Vgl. Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 365; Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 39²²³; Thomas, Reflections on Building Contracts, in RIDA 18 (1971) 673ff, 674; Die Bauarbeiter in D. 39,1,5,3 heißen zwar *condicionis*, sind aber *locatores operas suas*. In 19,2,61,1 liegt offensichtlich ein Werkvertrag vor, der Frächter ist aber *locator*. *Operas* als Bezeichnung einer unselbständigen Tätigkeit auch in Apul. Met 9,5, der Weg in die Arbeit wird dennoch *ad opus* genannt; Plin. Ep. 10,74; *Operae* ist ein weiter Begriff, er bezeichnet auch die Dienste eines Arbeitsgesellschafters (Gai. 3,149, D. 17,2,52,2), eines Freigelassenen (D. 38,1,21, D. 12,6,26,12), von Sklaven (D. 7,7,5, zB in der Tretmühle eines Baukrans: D. 13,6,5,7) oder Tieren (D. 7,9,5,3);

Opus ist dagegen ein eher enger Begriff, er meint meist ein Bauwerk/eine Bauführung, vgl. Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 570⁷⁸; aA Wubbe, Opus selon la définition de Labéon (D. 50,16,1,5), TvR 50 (1982) 241ff, 241; In D. 19,5,17,3 aber wohl eher das Pflügen eines Ackers (also ein unkörperliches Werk) als eine Bautätigkeit unter Einsatz eines Ochsen, eine sonstige Tätigkeit auch in Apul. Met 9,7; in D. 50,16,5,1 definiert Labeo das *opus* als Herstellung einer körperlichen Sache (*ex opere facto corpus*).

¹⁹⁶ Pfeifer, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1997) heuern; von mhd. hüren: mieten; mnd. hüren ‘pachten, mieten, ein Schiff chartern’, nl. huren ‘mieten, dingen’, aengl. hýrian, engl. to hire; Schiffsheuer.

¹⁹⁷ Den *mercennarius* (Tagelöhner) als Gegenstück zur *meretrix* (Prostituierte) sah der Lexikograph Nonius Marcellus, Ed. Lindsay 1903, II 546 (345M); Als Schimpfwort haben beiden Berufe die selbe Konnotation der „Käuflichkeit“, zB der 1.: COLUM. praef.9; CIC.Cluent. 163; CIC.Flacc. 74; CIC.Sest. 126; CIC.Font. 32; der 2.: CIC.Ver. 2,1,138; Ov.am.1,10,21; Prostitution als „*locatio conductio*“ / „*emptio venditio*“: Ov.am. 1,10,30ff; PLAUT.Amph. 288; Bürge, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 112¹⁰⁰, 113¹⁰⁵, 129.

¹⁹⁸ Kaufmann, Die altrömische Miete (1964) 198f.

¹⁹⁹ Brasiello, L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano, RISG (1927) 529ff, 544.

der Vergleich zur *res futura* angestellt wird, und auf D. 38,1,30, wo die Freigelassenendienste mit einer Stipulation *in dando*, nicht aber *in faciendo* versprochen wurden. Die *operae libertorum* werden also nicht „erbracht“, sondern „hingegen“. Nur Ulpian würde in D. 38,1,9 pr postulieren, dass die Arbeit als solche in der physischen Welt nicht existiere.

In beiden Fällen liegt ein Dauerschuldverhältnis vor.²⁰⁰ Die Parteienbezeichnungen sind gleichgelagert: *conductor* ist der Dienstgeber und Mieter/Pächter (die geldleistende Partei), *locator* der Dienstnehmer und Vermieter/Verpächter (die nichtgeldleistende Partei). Ein freier Mensch ist zwar von einer Sache zu unterscheiden, allerdings folgen daraus noch keine zwingenden Konsequenzen.²⁰¹ Wie *Fiori* zutreffend ausführt, wird man den antiken Dienstnehmer eher als Vertragsobjekt denn als Vertragssubjekt anzusehen haben.²⁰² Die verschiedenen denkbaren Vertragsobjekte könnten zwar nach zahlreichen Gesichtspunkten kategorisiert werden, das scheint aber genausowenig geboten.²⁰³ Daher ist denkbar, dass der personenrechtliche Status der „Mietsache“ als *homo liber* für die Klassifikation des obligationsrechtlichen Verhältnisses irrelevant war.²⁰⁴ Einerseits konnten Sklaven sich selbst vermieten, wobei auch dann von *operas suas locare* gesprochen wurde,²⁰⁵ andererseits hat man freie Arbeitnehmer häufig mit vermieteten Sklaven verglichen.²⁰⁶ Der Fall eines entflohenen Sklaven, der von einem Dritten „angeheuert“ wird, ließe eine Einordnung in Dienst- oder Bestandvertrag kaum zu.²⁰⁷

b) Ist der antike Tagelöhner *mercennarius* personenrechtlich frei?

Das könnte auch die Schwierigkeiten erklären, die der Terminus *mercennarius* mit sich bringt. *Bürge* hat in einer gründlichen Untersuchung das tradierte Begriffsverständnis als „freier Lohnarbeiter“ hinterfragt.²⁰⁸ Seine Schlussfolgerung, mit diesem Wort sei

²⁰⁰ Dienstvertrag (D. 19,2,19,9) und Bestandvertrag (D. 19,2,15,4; D. 19,2,19,6) waren jedoch grundsätzlich befristet. Der römische Werkvertrag konnte Zielschuld- oder Dauerschuldcharakter annehmen.

²⁰¹ *Fiori*, La definizione della „locatio conductio“ (1999) 360.

²⁰² *Fiori*, La definizione della „locatio conductio“ (1999) 362.

²⁰³ zB Fahrnisse/Liegenschaften, *res Mancipi/res nec Mancipi*, männliche/weibliche Arbeitnehmer, belebte/unbelebte Sachen, etc.

²⁰⁴ Vgl D. 14,1,5 pr.; D. 14,1,1,4; D. 14,1,1,16 iVm D. 14,1,1,18; D. 7,8,4 pr; Das verneint jedoch entschieden *Kaufmann*, Die altrömische Miete (1964) 193.

²⁰⁵ D. 7,1,25,2; D. 7,1,26 pr.; D. 45,3,18,3; D. 48,15,6,1 (*fugitivus*); D. 15,1,37,3 (Sklave als *locator* und *conductor* gleichzeitig); ähnlich D. 41,1,49 pr.; *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 127 nimmt dies auch für D. 48,19,11,1 an, wo er im *mercennarius* einen Sklaven sieht; Vgl auch *Möller*, *Mercennarii*, ZSS 110 (1993) 276ff, 300²³.

²⁰⁶ Vgl S. 77 Fn. 332 bis S. 75 Fn. 315.

²⁰⁷ D. 48,15,6,1.

²⁰⁸ *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff.

grundsätzlich kein freier Tagelöhner, sondern regelmäßig ein lohnabhängiger Sklave gemeint, ist möglicherweise zu weitgehend.²⁰⁹ Seine Beobachtung ist zwar für einige von ihm untersuchten Stellen zutreffend,²¹⁰ doch gibt es auch zahlreiche andere, aus denen sich der personenrechtliche Status des *mercennarius* nicht ergibt.²¹¹ Neben einigen Stellen, wo *Bürge* selbst zugesteht, der konkrete *mercennarius* sei ausnahmsweise doch frei,²¹² bestehen noch weitere, wo entgegen seinen Einschätzungen ein freier Status des jeweils erwähnten *mercennarius* anzunehmen sein dürfte.²¹³

Daher ist von einer grundsätzlichen Mehrdeutigkeit des Wortes *mercennarius* als freier oder unfreier Lohnarbeiter auszugehen, wie auch *Bürge* das für eine Stelle aus FLORUS' Epitomen annimmt.²¹⁴ Zutreffend ist seine Beobachtung, wonach auch die freien *mercennarii* ein ähnliches Sozialprestige wie Sklaven hatten, und ein sklavenähnliches Dasein wohl oft von dieser Bezeichnung impliziert sein soll.

Die Problematik tritt in den Hintergrund, wenn die Unterscheidung zwischen *locatio conductio rei* und *locatio conductio operarum* in Frage gestellt wird. Wenn der Landwirt

²⁰⁹ Kritisch Möller, *Mercennarii*, ZSS 110 (1993) 276ff; Bedenken ruft die dritte Bedeutung des Begriffes „Söldner“ hervor, denn diese waren Freie; Lammert, in Wissowa (Hrsg) *Paulys RE* (1932) *mercennarii*, XV,1,972.

²¹⁰ SEN.Benef. 7,5,3; D. 43,24,5,11; COLUM. praef,12; *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 81f, 98.

²¹¹ CIC.Caec. 58, denn CIC.Tul. 27 ist eher ein Indiz für einen freien Status; aA *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 83; auch D. 43,16,1,20 impliziert das nicht, nur weil eine allgemeine Gehilfenzurechnung unbekannt war, vielmehr kann darin gerade die Sonderregel liegen, ähnlich wie bei den anderen Erwähnungen eines *mercennarius*. Auch würde der gemietete Sklave systematisch wohl eher mit den *servi* (D. 43,16,1,15 ff) gemeinsam behandelt werden, als mit den Haussöhnen; SEN. dial. 12,12,5 spricht vom *mercennarius* im Kontext von Sklaven, das heißt aber noch nicht, dass ein ebensolcher vorliegt; CIC. Off. 1,41 sagt nur, dass *mercenarii* keine *servi* sind; auch Festus 258 enthält keine Aussage; Vgl Möller, *Mercennarii*, ZSS 110 (1993) 276ff, 309.

²¹² PLAUT.Vid. 20ff, 40; PETRON 117,11f; DON.comm.Verg. 1; *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 97, 109;

²¹³ In CIC.Caec. 63 werden die drei Fallgruppen Sklaven, Sklaven von anderen, und *mercenarii* aufgezählt, es sind also *mercenarii* keine Sklaven von anderen; Nicht überzeugen kann die Deutung von SEN.benef. 3,22,1. Zu sagen, ein Sklave ist ein Sklave wäre eine wenig geistreiche Redundanz, für die man sich nicht auf eine ältere Autorität berufen würde. *Perpetuus* ist als zeitlich ewig zu verstehen, daher ist umgekehrt ein *mercennarius* nur zeitweise in einer sklavenähnlichen Position (während dem Arbeitsvertrag), eine räumliche Deutung von *perpetuus* wäre wenig sinnvoll. Überdies hätte auch ein vermieteter Sklave einen Eigentümer, den er glücklich machen könnte; Varro 1,17,2 definiert „*mercennariis, cum conducticiis liberorum operis res maiores, ut vindemias ac faenisicia, administrant*“, die *mercenarii* als Freie, die für harte Arbeiten wie Weinlese oder Heuernte angeheuert werden. Die Deutung *Bürges* zu dieser Stelle kann nicht überzeugen, es ist sehr unwahrscheinlich, dass mit *liberorum* die freien Eigentümer der vermieteten Sklaven gemeint sind: Es ist nämlich logisch, dass der (letzte) Eigentümer eines Sklaven ein Freier ist, und in der gesamten Stelle wird der Gegensatz zwischen freien und unfreien Arbeitskräften erörtert, sodass der unnötige Hinweis auf den freien Status eines Sklavenvermieters nur verwirrend wäre; Ein Untersklave (*vicarius*) ist nur Teil des *peculium* des Hauptsklaven (des *ordinarius*, D. 15,1,17), wenn Varro wirklich an Untersklaven gedacht hätte, wäre fraglich warum ein *ordinarius* seinen Untersklaven nicht vermieten können soll, wo sich schon Sklaven selbst vermieten können; *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 82, 99.

²¹⁴ FLOR.epit. 1,2,30,14,3; *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 110f; Von einer Mehrdeutigkeit geht auch Möller, *Mercennarii*, ZSS 110 (1993) 276ff, 301 aus.

zur Weinlese oder der Baumeister auf der Baustelle am Morgen eine Vielzahl von *mercenarii* aufgenommen und am Abend entlohnt hat, wird ihn der personenrechtliche Status der Arbeiter wenig, die Einordnung in die Systematik der Vertragstypen noch weniger interessiert haben. Welchen der *mercenarii* er gemietet und welchen er angestellt hatte, wird irrelevant gewesen sein, da es ihn nichts angeht, ob dieser den Verdienst abführt oder behalten kann. Höchstens im Falle eines Rechtsstreites könnte die Frage nach der Person des Vertragspartners aufgekommen sein. Sollte zwischen Dienst- und Bestandvertrag unterschieden worden sein, wird man meines Erachtens für das Vertragsrecht zumindest zwischen Sklavenselbstvermietung und Dienstvertrag einen weitgehenden Gleichklang annehmen müssen.²¹⁵

c) Unterschiede zwischen Bestandvertrag und Dienstvertrag

Gegenstand eines Dienstvertrages ist grundsätzlich ein positives Tun, Gegenstand eines Bestandvertrages sind primär Unterlassungen, etwa die Unterlassung der Zurückholung der Sache, der Vertreibung des Bestandnehmers oder einer Eigentumfreiheitsklage. Allerdings schuldet auch der Dienstnehmer verschiedene Unterlassungen, etwa es zu unterlassen, sich fortzubewegen. Umgekehrt können auch beim Bestandvertrag Pflichten zu positivem Tun bestehen, wie Erhaltungspflichten.²¹⁶ Besonders schwierig ist die Grenzziehung bei der Vermietung von Arbeitstieren oder Sklaven, da hier das positive Tun der Mietsache (die Arbeitsleistung des Tieres oder Sklaven) ebensogroße Bedeutung hat, wie die vom Vermieter geschuldeten Unterlassungen. Dazu kommt, dass mitunter auch eine Unterlassung als ein „*facere*“ angesehen wurde.²¹⁷ Die Unterscheidung zwischen Bestandvertrag und Dienstvertrag ergibt sich daher keineswegs bereits aus der Natur der Sache.

Auf den kaum nachvollziehbaren Gedanken, innerhalb des Bestandvertrages terminologisch zwischen Miete und Pacht zu unterscheiden (§ 1091 ABGB) sind die Römer jedenfalls nicht gekommen.²¹⁸

²¹⁵ In einer späteren Untersuchung nahm *Bürge* an, ein Sklave könnte sowohl als Sache vermietet werden, als auch einen Arbeitsvertrag eingehen: *Bürge*, *Cibaria*, in *Schermair/Végh* (Hrsg) *Ars boni et aequi*: FS Waldstein (1993) 63ff, 76f.

²¹⁶ *du Plessis*, *A history of remissio mercedis* (2003) 1.

²¹⁷ D. 45,1,2,5; *Kaser*, *Das römische Privatrecht*² (1971) 489⁶.

²¹⁸ Kritisch zum BGB-Pachtvertrag: *Harke*, *Locatio conductio*, *Kolonat*, *Pacht*, *Landpacht* (2005) 95ff; Eine Unterscheidung zwischen römischen Miet- und Pachtvertrag nahm jedoch *Sell*, *Über die remissio mercedis*, *AcP* 20 (1837) 188ff, 191 an.

Für eine Identität von römischem Dienst- und Mietvertrag, im Ergebnis also eine Dichotomie der *locatio conductio*, wäre jedoch eine gründlichere Untersuchung erforderlich. Unabhängig davon, inwieweit die herkömmliche Trichotomie der *locatio conductio* historisch zutreffend ist, soll diese Anschauung daher für diese Untersuchung beibehalten werden.

Unabhängig von der Frage, ob die *locatio conductio operis* eine oder zwei Schwestern hatte, ist es erforderlich, bei einer Erörterung der werkvertraglichen Gefahrtragung auch der Frage Beachtung zu schenken, was zumindest im modernen Recht Bestandvertrag oder Arbeitsvertrag wäre.

IV. Die Sphärentheorie in der Landpacht: D. 19,2,15,2

D. 19,2,15,2 Ulpianus libro 32 ad edictum

2. Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

Derselbe [Ulpian] im 32. Buch zum Edikt [...]

2.) Wir müssen prüfen, ob der Verpächter dem Pächter für das eintreten muss, was die Gewalt eines zerstörerischen Unwetters an Schaden angerichtet hat. Servius Sulpicius sagt, der Eigentümer müsse dem Pächter für jede Gewalt, der man keinen Widerstand entgegensetzen kann, eintreten, wie zum Beispiel auch für die Gewalt, die von Flüssen [die über ihre Ufer treten] oder von einfallenden Krähen oder Staren ausgeht, und wenn sich ähnliches ereignet oder wenn Feinde ins Land einfallen. Wenn sich jedoch Mängel aus der Sache selbst ergeben, sei das ein Schaden des Pächters, zum Beispiel, wenn der Wein zu Essig geworden oder wenn die Saat durch Würmer oder durch Unkraut verdorben worden ist. Aber auch wenn ein Erdbeben die gesamte Ernte mit sich reißt, trage nicht der Pächter den Schaden, damit er nicht über die Einbuße an verlorenem Saatgut hinaus auch noch den Pachtzins zu zahlen gezwungen sei. Und auch wenn Anthraknose²¹⁹ die Früchte der Olivenbäume vernichtet hat oder dergleichen durch

²¹⁹ Kaser deutet uredo als Nachtfrost, Reif: Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 173; So auch Haupt, Opuscula (1876) II 344, worauf Beseler hinweist (Beseler, Textkritische Studien, ZSS 53 (1933) 1ff, 26;

Für diese These finden sich keine Nachweise, insbesondere verwendet keiner der von Haupt genannten Autoren Cicero, Plinius und Columella das Wort in diesem Zusammenhang.

Columella lobt robuste Weinsorten, die gegen Brandpilz (uredo) und Kälte (pruina), Feucht- und Trockenheit widerstehen können (Colum. 3,20). Auch Cicero meint mit uredo eine Pilzkrankheit (Cic.nat. deor. III 35). Plinius verwendet es, um eine Pilzkrankheit beim Weinstock zu beschreiben (Plin.nat. 18,68,272;275;69,279). Wahrscheinlich meint er den schwarzen Brenner (Elsinoe empelina), vielleicht auch den roten Brenner (Pseudopezicula tracheiphila), Esca oder Phomopsis. Diese Krankheit werde durch Frost und Kälte verursacht, die Theorie Theophrasts, sie entstehe durch Hitze (daher wohl der Name) hält Plinius für falsch (17,37,226;18,68,275).

Auch in 31,21,33 ist uredinem kein Synonym für pruina, sondern eine durch Speiseeis verursachte Reizung der Schleimhäute (Vgl 9,68,147 uredo: Nesselausschlag). Im Zusammenhang mit Oliven verwendet Plinius uredo nicht (außer vielleicht in 18,68,273 und 17,37,232), hier nennt er die Krankheiten meist carbunculus (17,14,27) clavum, fungum oder patellam (17,37,223). Carbunculus könnte aber als Synonym für uredo gemeint sein (18,68,272;275).

Bei der Olive ist Anthraknose (colletotrichum acutatum) am nächstliegenden, welche an Früchten und Blättern Schäden hervorruft, die Assoziationen zu Feuer und Sonnenglut hervorruft. Sie weist optisch ein ähnliches Schadensbild wie der schwarze Brenner beim Wein auf. Denkbar auch Spilocaea oleagina, Mycocentrospora cladosporioides oder Verticillium-Welke.

außergewöhnliche Sonnenglut herbeigeführt worden ist, treffe der Schaden den Eigentümer. – Falls sich dagegen nichts Außergewöhnliches ereignet, trage der Pächter den Schaden. – Und dasselbe sei für den Fall zu sagen, dass vorüberziehende Truppen irgendetwas plündernd mitnehmen. Aber auch wenn ein Erdbeben ein Grundstück so trifft, dass es nicht mehr vorhanden ist, trage der Eigentümer den Schaden. Er sei nämlich verpflichtet, dem Pächter das Land so zu gewähren, dass er es nutzen kann.

Mit der Gefahrtragung in der Landpacht befasst sich D. 19,2,15,2. ULPIAN zitiert hier den bedeutenden Juristen SERVIUS SULPICIUS RUFUS (106 bis 43 v.Chr), den *Behrends* als den Begründer der klassisch-institutionellen Richtung sieht.²²⁰

Das Fragment entstammt aus Ulpians Werk *ad edictum*, einer aus 81 Büchern bestehenden Kommentierung des Edikts. Vergleichbar mit einem modernen Kommentar folgt dieses Werk in seinem Aufbau dem Edikt und erläutert eingehend die Bedeutung der jeweiligen Stellen. Im konkreten Fall soll das Edikt lediglich die Prozessformeln der *locatio conductio* enthalten haben.²²¹

Erörtert wird, in welchen Fällen ein Landpächter trotz entfallener Ernte den Pachtzins schuldet und wann umgekehrt seine Schuld gemindert wird oder erlischt. Der Grundeigentümer ist der *locator*, der Landpächter wird hier *conductor* oder auch als *colonus* bezeichnet.²²²

Gegenstand der Passage ist also die Tragung der Zinsgefahr bei zufälliger Verhinderung der erfolgreichen Nutzung des Ackers. Nur *Seckel/Levy* haben angenommen, dass der Verpächter im Falle der *vis cui resisti non potest* auf das Interesse hafte, er also nicht nur den Zins verliere, sondern dem Pächter auch einen allfälligen Schaden (insbesondere den Ernteausschlag) zu ersetzen habe.²²³ Eine derartige Deutung von D. 19,2,15,2 als Problem der Leistungsgefahr ist jedoch überwiegend auf Ablehnung gestoßen.²²⁴

Gegen die Übersetzung mit „Pilzkrankheit“ spricht, dass die Krankheit (zumindest beim Wein) durch den Bauern mitverursacht wird (*fiunt et culpa colentium vitia*), der beim Rebschnitt ein stumpfes Messer verwendet, Wurzeln beim Pflügen beschädigt oder zu eng schnürt. (Plin.nat. 17,37,226). Darum wäre es seltsam, dieses Risiko dem Verpächter aufzubürden. Im Widerspruch dazu nennt Plinius *uredo* einen Fall der *vis maior* (18,69,278f) bzw *vi temptestatis* (17,37,226), worunter auch ein Nichtjurist einen unabwendbaren Umstand versteht. Eine „Feuersbrunst“ – dazu neigt, wer an das *urere* der *lex Aquilia* (D. 9,2,27,5) denkt – hätte allerdings nicht nur die Früchte, sondern auch die Stämme hinweggerafft; „Hitze“ wäre redundant. Vgl *Steier*, in *Wissowa* (Hrsg) *Paulys RE* (1950) *Pilze*, XX,2 1372ff; *Redl/Ruckenbauer/Traxler*, *Weinbau heute*³ (1996) 483ff.

Erwähnenswert die Ausführungen von *Glück*, der in *uredo* zwar den Frost sieht, aber den Zusammenhang zu Pilzkrankheiten des Plinius sieht. Für ihn ist *labes* der Brandpilz: *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (1815) XVII,1 451³⁶.

²²⁰ *Behrends* in *Stolleis* (Hrsg) *Juristen* (2001) *Servius Sulpicius Rufus*, 577f.

²²¹ *Müller*, *Gefahrtragung bei der locatio conductio* (2002) 21ff.

²²² zB D. 19,2,9,3, D. 19,2,15,2.

²²³ *Seckel/Levy*, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927) 117ff, 222.

²²⁴ *du Plessis*, *A history of remissio mercedis* (2003) 38; *Wubbe*, *Vis temptestatis*, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 579ff, 589; *Ernst*, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, ZSS 105 (1988) 541ff,

Aufbauend auf *Mayer-Maly*²²⁵ sieht *Kaser*²²⁶ diese Regelungen einer *remissio mercedis* als wirtschaftspolitische Maßnahme zur Stützung der Landwirtschaft, sie habe sich aus einer „kaiserliche Gnadenpraxis“ heraus entwickelt. *Mayer-Maly* bringt sie in den Zusammenhang mit der Anordnung des IULIUS CAESAR, der nach dem Sieg über POMPEIUS im Zuge von Triumphfeierlichkeiten die Schuld je einer Jahresmiete aller Bürger Roms bzw Italiens unter einem bestimmten Grenzwert für erloschen erklärte.²²⁷ Auch zu Zinsnachlässen bei ungewöhnlichem Verlauf der Nilüberschwemmung stellt er Assoziationen her.²²⁸ Auch *Molnár* sieht die *remissio mercedis* als „kaiserliche Gunst“ an, die nicht unter dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung zu sehen sei.²²⁹

Für *Ernst* ist die Quellenlage für derartige Schlüsse zu unergiebig, ein Zusammenhang zwischen Vertragsrecht und der kaiserlichen Remissionenpraxis sei reine Spekulation.²³⁰ *De Neeve* zweifelt überhaupt an dieser Theorie, nach ihm bringe das Fragment einfach allgemeingültige Gefahrtragungsregeln zum Ausdruck.²³¹

Frier nimmt demgegenüber an, die *remissio mercedis* habe sich aus wirtschaftlichen Dispositionen der Verpächter heraus entwickelt. Der Zinsnachlass sei von den Verpächtern gewährt worden, um die wirtschaftliche Vernichtung ihres Vertragspartners abzuwenden.²³² Auch *du Plessis* betont den Charakter der Landpacht als dauerhafte Wirtschaftsbeziehung, an deren langfristigem Fortbestand beide Parteien interessiert waren. Man habe daher verhindern wollen, den Partner in den wirtschaftlichen Ruin zu treiben, sodass in Zeiten der Bedrängnis der Pachtzins oft schenkungshalber erlassen wurde oder man ohne Anrufung des Gerichtes im Verhandlungswege einen Kompromiss fand.²³³ Die überlieferten Fallkonstellationen würden von wirtschaftlich einigermaßen ebenbürtigen Parteien handeln, völlig mittellosen Landpächter hätten nämlich keine

551; *De Neeve*, *Remissio Mercedis*, ZSS 100 (1983) 301ff, 326; *Thomas*, *Remissio mercedis*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti* (1973) III, 1271ff, 1272; *Watson*, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (1965) 114; *Nicosia*, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, RISG 9 (1957-8) 403ff, 407 *Kaser*, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 169;

²²⁵ *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 140f, D. 19,2,15,2 sei nach *Mayer-Maly* in seiner unbearbeiteten Fassung noch als Frage der *remissio mercedis* zu sehen, anders D. 19,2,15,3 bis 5.

²²⁶ *Kaser*, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 174.

²²⁷ Davon berichtet *SUET.* Iul. 38, 1; *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 141.

²²⁸ *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 141; Vgl auch *Braslov*, *Zur Geschichte des römischen Compensationsrechtes*, ZSS 21 (1900) 362ff, 367;

²²⁹ *Molnár*, *Verantwortung/Gefahrtragung bei der „locatio conductio“*, ANRW (1982) II, 14, 583ff, 676ff; insbes unter Hinweis auf C. 4,65,8.

²³⁰ *Ernst*, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, ZSS 105 (1988) 541ff, 572.

²³¹ *De Neeve*, *Remissio Mercedis*, ZSS 100 (1983) 296ff, 318.

²³² *Frier*, *Law, economics, and disasters down on the farm*, BIDR 31 (1989/90) 237ff, 260.

²³³ *du Plessis*, *A history of remissio mercedis* (2003) 8, 10.

Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung gehabt.²³⁴ Aus diesen Gründen würde die *bona fides* in der Landpacht eine zentrale Rolle einnehmen, diese würde eine Reziprozität zwischen dem Pachtzins (*merces*) und der Möglichkeit der Fruchtziehung (*uti frui*) fordern. Bei unvorhergesehenen und unkontrollierbaren Ereignissen würde Treu und Glauben („good faith“) ein Korrektiv erfordern, welches diese Balance wiederherstellt.²³⁵

Der erste Teil von D. 19,2,15,2 ist fragmentarisch auch auf einem Papyrus überliefert.²³⁶ An der Authentizität dieser oberen Passage bestehen daher keine Zweifel, demgegenüber halten einige die dort nicht nachweisbare Passage ab „*sed et si labes*“ für interpoliert.²³⁷ Doch selbst wenn die Auflistung der verschiedenen Unglücksfälle nachträglich eingefügt worden sein sollte, war damit wohl keine inhaltliche Änderung beabsichtigt. Es fügen sich auch fast alle aufgezählten Beispiele schlüssig in das allgemeine Schema ein:²³⁸ Im Fall der unwiderstehlichen Gewalt (Starkregen, Hochwasser, Krähen, Stare, Feindeshorden, Gluthitze, Erdbeben) trägt der Verpächter die Zinsgefahr. Bei „in der Sache steckenden Defekten“ (Versäuern von Wein, Unkraut, Würmer) trägt sie hingegen der Pächter.²³⁹ Unabhängig von ihrer Authentizität dürften somit auch diese Beispiele klassisches Recht verkörpern.²⁴⁰

Einzig das *exercitus praeteriens*, das vorüberziehende Heer, bereitet gewisse Schwierigkeiten.²⁴¹ Hier besteht Uneinigkeit, wer nun die Gefahr tragen soll, ob also mit dem *idemque* der Verpächter²⁴² oder der Pächter²⁴³ gemeint ist. Bei der letzteren Auslegung – aus grammatikalischer Sicht näherliegend – erstaunt die Differenzierung gegenüber den

²³⁴ du Plessis, A history of *remissio mercedis* (2003) 13²² mwN, 48.

²³⁵ du Plessis, A history of *remissio mercedis* (2003) 58.

²³⁶ PSI XIV 1449 v; Arangio-Ruiz, Frammenti di Ulpiano libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana, AG 153 (1957) 140ff, 145.

²³⁷ Vgl Thomas, in GS Donatuti (1973) III, 1271ff, 1272; Watson, The Law of Obligations (1965) 110; Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 173; Ähnlich Mayer-Maly, Locatio conductio (1956) 162 u 192; Ernst, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 552.

²³⁸ Vgl Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 172; Watson, The Law of Obligations (1965) 112; de Neeve, Remissio Mercedis, ZSS 100 (1983) 296ff, 310.

²³⁹ Mayer-Maly, Römisches Privatrecht (1991) 118.

²⁴⁰ Ernst, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 552; Vgl auch Thomas, Remissio mercedis, in GS Donatuti (1973) III, 1271ff, 1275; Hagedorn, Rezension Doll, Von der vis maior zur höheren Gewalt, ZSS 108 (1991) 581ff, 587.

²⁴¹ Sitzia, „periculum locatoris“ e „remissio mercedis“, in Studi in memoria di Giuliana D'Amelio (1978) I 331ff, 339.

²⁴² Kaser meint, die Verwendung von *idemque* beruhe „wohl nur auf schlechter Stilisierung“: Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 173; Doll möchte den vorangehenden Satz „*si vero nihil [...] coloni esse.*“ streichen und kommt so zum gleichen Ergebnis: Doll, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 27.

²⁴³ Harke, Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht (2005) 12⁶; Wubbe, Vis tempestatis, FS Sturm (1991) I 579ff, 589f.

einfallenden Feindeshorden, die ja dem Verpächter zur Last fallen.²⁴⁴ Aus der *custodia*-Haftung ist zwar die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Raub bekannt, der dort zugrundeliegende Gedanke besteht aber in der Abwendbarkeit des Diebstahls durch übergroße Anstrengung.²⁴⁵ Zivilisten können gegen das Fehlverhalten einer Truppe von Militärangehörigen allerdings nichts ausrichten.²⁴⁶

Der scheinbare Widerspruch kann aufgelöst werden, wenn man mit *Wubbe* davon ausgeht, im Gegensatz zum Feindeseinfall sei es wohl nichts Ungewöhnliches gewesen, wenn eine durchziehende Truppe „in ausgelassener Stimmung etwas mitgenommen hat.“²⁴⁷ *Du Plessis* erwägt demgegenüber eine Art indirekte Besteuerung zugunsten der eigenen Armee.²⁴⁸ Vielleicht liegt die Erklärung auch in der lokalen Herkunft der Störenfriede. Die tierischen Schädlinge Wurm und Star unterscheiden sich ebenfalls nur hinsichtlich ihrer örtlichen Herkunft (von innen, von außen), analog dazu könnte die unterschiedliche Zuordnung von römischer und barbarischer Truppe gesehen werden.

Das Bemerkenswerte dieser Stelle liegt in der unterschiedlichen Zuordnung von beiderseits nicht verschuldeten Ereignissen, im unteren Teil sogar von beiderseits unabwendbaren Ereignissen. Weder werden im Sinne eines *periculum conductoris* sämtliche Zufälle dem Landpächter zugewiesen, noch hat umgekehrt der Verpächter immer auf seinen Zins zu verzichten, wenn ein vom Pächter unverschuldetes Unglück die Ernte zunichtemacht. Die Entscheidung verkörpert insofern – eindeutiger noch als D. 19,2,62 – tatsächlich eine Form der Sphärentheorie,²⁴⁹ zumindest der Beispielkatalog im unteren Teil des Fragments lässt diese Einordnung zu.

1. Beziehung zwischen Unwiderstehlichkeit und lokaler Herkunft

Vermittelt werden gleich mehrere Ansatzpunkte für die Zuordnung von Zufällen: Am augenscheinlichsten sind zunächst die beiden Kategorien *vis cui resisti non potest* und *vitia ex ipsa re*. Die beiden Begriffe wurden einander antithetisch gegenübergestellt, was Fragen hinsichtlich ihrer Beziehung zueinander aufwirft.

²⁴⁴ Müller, Gefahrtragung bei der locatio conductio (2002) 36.

²⁴⁵ D. 19,1,31 pr.

²⁴⁶ Dies nehmen jedoch LABEO und ULPIAN an: D. 19,2,13,7.

²⁴⁷ *Wubbe*, Vis temptestatis, FS Sturm (1991) I, 579ff, 589f; Ähnlich *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 193, für ihn ist das Ausdruck der „bittere Ironie“ eines nachklassischen Bearbeiters.

²⁴⁸ *du Plessis*, A history of *remissio mercedis* (2003) 25.

²⁴⁹ *Pennitz*, Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats (1991) 228.

Anders als es die grammatikalische Konstruktion auf den ersten Blick auszudrücken scheint, handelt es sich nicht um ein völlig symmetrisches Begriffspaar.²⁵⁰ Denn das Gegenteil der *vitia ex ipsa re* wäre die *vis extraria*,²⁵¹ das Gegenteil der *vis cui resisit non potest* wäre eine *vis cui resisti potest*.²⁵² Das Erste ist eine Unterscheidung nach der lokalen Herkunft des störenden Faktors, Letzteres stellt auf die Verhinderbarkeit ab. Denkbar sind nun aber sowohl verhinderbare Unglücksfälle, die von außen her „hereinbrechen“ (vielleicht kommen kleine Kinder in den Weingarten um Trauben zu stehlen), als auch unabwendbare Ereignisse, die ihren lokalen Ursprung in der landwirtschaftlichen Fläche selbst haben (man stelle sich vor, die räuberische Reblaus wäre bereits in der Antike aufgetreten).

Dieses Begriffspaar hat zu einer sehr unterschiedlichen Bewertung der gegenständlichen Stelle geführt. So spricht *Horak* von der „heillosen Unlogik“ dieser Gegenüberstellung,²⁵³ *Beseler* qualifiziert den Text als „unerträglich unklar“.²⁵⁴ Demgegenüber würdigt *Sitzia* das Schema als elegant und präzise,²⁵⁵ auch *Ernst* schließt sich diesem Urteil an.²⁵⁶ Auch für *Kaser* ist die „Unterscheidung“ nachvollziehbar, sie hätte für sich, dass von einem objektiven Maßstab ausgegangen würde, individuelle Sorgfalt somit nicht erkundet werden brauche.²⁵⁷ *Watson* gesteht zwar ein, dass das Begriffspaar gewisse Fragen aufwerfe, relativiert die Problematik aber: Bei aus der Landwirtschaft erwachsenen Umständen könne meist angenommen werden, sie seien auf eine Nachlässigkeit des Landwirts zurückzuführen.²⁵⁸

Ihm ist insoweit zuzustimmen, als das Problem nicht überschätzt und übertheoretisiert werden darf. Wie der umfangreiche Beispielkatalog beweist, ist meist doch eine Einordnung in genau eine der beiden Kategorien *vis cui resisti non potest* und *vitia ex ipsa re* möglich. Man wird von einem Landwirt grundsätzlich erwarten können, mit sich aus der

²⁵⁰ Vgl. *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 542.

²⁵¹ D. 19,2,30,4; Ähnlich begegnet in D. 39,2,43 pr. beim SERVIVS-Schüler ALFENUS das Begriffspaar *vi extrinsecus admota* gegenüber *quod ipsum per se concideret*; *Doll*, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 20; *Mayer-Maly*, Höhere Gewalt, in *Baltl* (Hrsg) FS Steinwenter (1958) 58ff, 61; *Nicosia*, La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano, RISG 9 (1957-8) 403ff, 413.

²⁵² Vgl. *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 162f.

²⁵³ *Horak*, Rationes Decidendi (1969) I 104.

²⁵⁴ v. *Beseler*, Die Gefahrtragung beim Kaufe, TR 8 (1928) 301.

²⁵⁵ *Sitzia*, „periculum locatoris“ e „remissio mercedis“, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio* (1978) I 331ff, 345.

²⁵⁶ *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 559.

²⁵⁷ *Kaser*, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 170ff.

²⁵⁸ *Watson*, The Law of Obligations (1965) 112.

Landwirtschaft ergebenden Herausforderungen fertig zu werden.²⁵⁹ Umgekehrt wird aber der Aktionsradius eines kleinen, häufig mittellosen *colonus* in der Regel an den Rändern seiner Äcker seine Grenze gefunden haben.²⁶⁰ Selten wird es ihm möglich gewesen sein, externe Störquellen aufzusuchen und unschädlich zu machen. Auch sei an die Entwicklung des Kolonats in den folgenden Jahrhunderten erinnert: Bald durfte der schollengebundene Bauer die Landwirtschaft überhaupt nicht mehr verlassen.²⁶¹ Die äußere Gewalt ist somit fast immer unwiderstehlich.²⁶²

Wenn die Sonderfälle also von geringer praktischer Relevanz sind, müssen die beiden Begriffe doch in eine Beziehung zueinander gebracht werden. Hält man an einer Unterscheidung fest, wäre einem der beiden Begriffe Vorrang einzuräumen. In einem zweiten Schritt wäre dann dem anderen der gegenteilige Inhalt zuzuweisen.

Nach einem Ansatz ist der Angelpunkt die äußere Herkunft. *Vis cui resisti non potest* sei eher als rhetorische Phrase zu verstehen.²⁶³ Die Schwierigkeiten, die Unabwendbarkeit zu definieren und sie im konkreten Fall festzustellen („außer Stande in das Dickicht der verschlungenen Causalitätsbeziehungen einzudringen“²⁶⁴) erfordern es, sie durch die äußere Herkunft zu ersetzen. Einen ähnlichen Gedanken brachte für das geltende Recht *Schilcher* zum Ausdruck.²⁶⁵

Dieser erste Ansatz lenkt den Fokus auf die *vitia ex ipsa re*. Lediglich sie definierten die Grenze des Risikos, die Abwendbarkeit wäre gar nicht zu prüfen. Die *vis cui resisti non*

²⁵⁹ Eine lebhaftes Schilderung der landwirtschaftlichen Herausforderung und Lösungswegen bietet Plinius der Ältere im 17. Buch seiner *Naturalis historia* (siehe dazu S. 57 Fn. 219).

²⁶⁰ So könnte auch das Adjektiv in *vis maior* auf die räumliche Ausdehnung bezogen werden: Das Äußere (die Außenwelt) ist schließlich größer als das Innere (die Landwirtschaft). Zu einer räumlichen Komponente der höheren Gewalt vgl: *Doll*, Von der *vis maior* zur höheren Gewalt (1989) 17⁶⁸.

²⁶¹ Ansatzweise klingen diese Freizügigkeitsbeschränkungen bereits in D. 43,32,1 pr. und 1 an („*nam colono non competit*“); C. 11,48,8; Nov. 162,2; *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte des alten Roms (1985) 445ff; *Kaser*, Das römische Privatrecht² – die nachklassischen Entwicklungen (1975) II 142; *Mirković*, The Later Roman Colonate and Freedom (1997) 22; *Savigny*, Über den römischen Kolonat³, in: *Vermischte Schriften* (1850) II 4ff, 7; *Isola*, Venire contra factum proprium nulli conceditur et contra, Diss (2014) 340¹¹⁸⁰ mwN; *Harke*, Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht (2005) 35 begründet mit der Bewirtschaftungspflicht des *colonus* die Risikoteilhabe des *locator* und erkennt Elemente der *societas* im Kolonat.

²⁶² Für eine Gleichsetzung von *vis cui resisti non potest* mit *vis maior* unter Verweis auf D. 19,2,30,4: *Kaser*, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 171⁵⁵.

²⁶³ *du Plessis*, A history of *remissio mercedis* (2003) 23⁶⁰.

²⁶⁴ *Exner*, Begriff der höhern Gewalt, *Grünhut* (Hrsg) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd 10 (1883) 497ff, 543; Vgl *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 60.

²⁶⁵ Es sei nicht „die Frage der Bewachbarkeit [=Abwendbarkeit, Anm.] an Hand des Einzelfalles konkret [zu prüfen, vielmehr] genügt es, daß sich die untergegangene Sache im ‚Herrschaftsbereich‘ der einen oder anderen Partei schlechthin befand“, denn es wäre „äußerst unpraktisch in jedem Fall [...] die noch erforderliche Sorgfalt zu eruieren“, es „dürfte daher eine Abstraktion der Sphärentheorie, eine Typisierung des Herrschaftsbereiches zweckmäßiger sein als die jeweilige Prüfung im Einzelfall.“ *Schilcher*, Die Preisgefahr beim Kauf, JBl 1964, 395ff, 400f.

potest sei in eine *vis extraria* umzudeuten.²⁶⁶ Um bei den obigen Beispielen zu bleiben, müsste der Pächter dann zwar das Risiko der Reblaus, nicht aber jenes des Eindringens der Nachbarskinder tragen.

Genausogut könnte die unwiderstehliche Gewalt zum Angelpunkt erhoben werden: Nach diesem zweiten Ansatz wird die äußere Herkunft zum bloßen „Indiz“ degradiert.²⁶⁷ Es müsste der Pächter also das Risiko der Kinder, nicht aber der Reblaus tragen.

Beide Varianten laufen darauf hinaus, jeweils einen der beiden Begriffe für überflüssig zu halten oder überhaupt zu ignorieren. Sie können daher nicht überzeugen. Man kann das Problem auch als eine logische Matrix mit zwei Spalten und zwei Zeilen betrachten, in deren vier Felder die Unglücksfälle anhand der Parameter Abwendbarkeit und lokale Herkunft einzuordnen sind.

	Abwendbar	Unabwendbar
Innen	C	C
Außen	L	L

Abwendbarkeit
ist irrelevant

	Abwendbar	Unabwendbar
Innen	C	L
Außen	C	L

Lokale Herkunft
ist irrelevant

	Abwendbar	Unabwendbar
Innen	C	C
Außen	C	L

System
Watson/Exner

	Abwendbar	Unabwendbar
Innen	C	L
Außen	L	L

Eigener Vorschlag

Es lässt sich erkennen, dass in D. 19,2,15,2 die abwendbaren äußeren Ereignisse von der selben Partei zu prästieren sind, wie die unabwendbaren inneren Ereignisse. Wie oben gezeigt, würde jedes andere Ergebnis jeweils einen der beiden Parameter für gegenstandslos erklären und eliminierbar machen. Die Tatbestandselemente können daher nur durch Adjunktion oder Konjunktion verknüpft sein.²⁶⁸

²⁶⁶ *Ernst* interpretiert den Ansatz von *Watson* in diesem Sinne, wenngleich dies der Argumentation des zweitgenannten nicht exakt entspricht: *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 544; *Watson*, The Law of Obligations (1965) 112; *Fiori*, La definizione della „locatio conductio“ (1999) 85ff nennt beide Möglichkeiten.

²⁶⁷ *Doll*, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 22; Dazu kritisch: *Hagedorn*, Rezension Doll, Von der vis maior zur höheren Gewalt, ZSS 108 (1991) 581ff, 586.

²⁶⁸ Das Problem als mathematische Verknüpfung von Tatbestandselementen mit logischen Operatoren zu verstehen scheint nur auf den ersten Blick abwegig. So lobt Cicero Servius für seine scharfsinnigen Subsumptionen, er alleine betreibe die Juristerei mit wissenschaftlicher Präzision, geleitet sei er von Logik. Dies sei ihm nur aufgrund seiner philosophischen Vorbildung möglich (CICERO, Brutus, 41,151f). Als

Ein diesen Überlegungen entsprechendes Modell postuliert *Watson*. Für die Gefahrtragung des Pächters wird in einem ersten Schritt die äußere Herkunft geprüft (was der Begriffsinhalt des Wortes *vis* sei), ist sie zu verneinen, wird sie sofort dem Pächter zugewiesen (unabhängig von der Abwendbarkeit). Nur wenn das Ereignis von außen kommt, wird weiter nach der Abwendbarkeit gefragt. Aus dem Reich der externen Einflüsse werden dem Pächter noch die abwendbaren Ereignisse zugeordnet.²⁶⁹ Nach dem System von *Watson* würde der Pächter weder durch die Nachbarskinder noch den Reblausbefall von seiner Zahlungspflicht befreit.

In einem ganz anderen Zusammenhang, nämlich der *receptum*-Haftung der Schiffer und Gastwirte, hat *Exner* auf die gleiche Weise die Tatbestandsmerkmale Äußerlichkeit und Unwiderstehlichkeit miteinander verknüpft. Im „Inneren des technischen Ganzen“, innerhalb des „Betriebskreises“ liege von vorne herein keine höhere Gewalt vor. Im Inneren komme es somit auf die Abwendbarkeit nicht an, da dies für den Außenstehenden ohnehin nicht durchschaubar ist. Im Bereich des Äußeren liege höhere Gewalt bei Unabwendbarkeit vor.²⁷⁰

Naheliegender wäre jedoch der gegenteilige Ansatz: Äußere Ereignisse hat unabhängig von der Abwendbarkeit der Verpächter zu vertreten, genauso wie unabwendbare innere Ereignisse. Nur bei abwendbaren inneren Umständen verbleibt die Zinsgefahr beim *colonus*. Zwei Aspekte sprechen dafür: Wie oben bereits gezeigt, gibt es kaum externen Umstände, denen ein kleiner Landwirt Widerstand entgegensetzen könnte (das wird durch das gekünstelte Beispiel der Nachbarskinder deutlich) – unabwendbare interne Umstände sind da schon wesentlich leichter denkbar. Zweitens wäre es bedenklich, auf das Verhindern-Können abzustellen, ohne den Bereich des Verhindern-Müssens vorher einzugrenzen. Auch im Strafrecht kann ein Unterlassungsdelikt nur dann begangen werden, wenn zuvor eine Pflicht zu einem positiven Tun bestanden hat (sei es die Behandlungspflicht des Arztes, die Obsorgepflicht der Eltern oder die allgemeine Hilfeleistungspflicht). Auch

philosophisches Vorbild für eine logische Verknüpfung von zwei Tatbestandselementen könnte ihm die fünf Unbeweisbaren des Stoikers Chrysippos gedient haben, die den logischen Operatoren der modernen Mathematik/Informatik entsprechen. Dafür spricht auch der starke Einfluss, den Chrysippos auch auf Cicero hatte, welcher Freund und Studienkollege des Servius war (vgl. ebd); Ihre philosophisch-rhetorische Ausbildung genossen Servius und Cicero bei Philon von Larissa, Enkelschüler des Skeptikers Carneades. Letzterer hatte sich mit den chrysippischen Lehren zwar kritisch, aber doch intensiv befasst; Vgl. Kirby, Chrysippus, in Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/chrysipp/> abg 6.6.16; Allen, Carneades, in The Stanford Encyclopedia of Philosophy (2012) Zalta (Hrsg) <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/carneades> abg 6.6.16; Behrends in Stolleis (Hrsg) Juristen (2001) Servius Sulpicius Rufus, 577f.

²⁶⁹ *Watson*, The Law of Obligations (1965) 112.

²⁷⁰ *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 559, 563.

wenn an die Unterlassung kein Verschuldensvorwurf geknüpft ist, zeigt die Frage nach der Beherrschbarkeit, dass die Rechtsordnung diese Beherrschung vom Bauern erwartet.

Erwähnenswert ist die mit dieser Lösung verwandte Auffassung *Glücks* oder *Sitizias*, die aber anders als hier die *vitia ex ipsa re* als *culpa* verstanden hat.²⁷¹ Vergleichbar nahm *Pinna Parpaglia* eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Pächters an.²⁷²

Es ist daher sinnvoll, dass die Entscheidung des *SERVIVS* bei den externen Störquellen bereits die Widerstandsobliegenheit ausschließt. Wäre unser *colonus* Schafshirte, würde sich daher die Frage erübrigen, ob es ihm vielleicht gelingen könnte, den reißenden Wolf im Wald aufzusuchen und zu erlegen: Da es ein externer Störfaktor ist und sich seine Vertragspflichten und –obliegenheiten in landwirtschaftlichen Aktivitäten erschöpfen, muss er derartige Bemühungen gar nicht erst anstellen. Die *vis maior* ist in der Digestenstelle D. 19,2,15,2 daher ein äußeres oder unabwendbares Ereignis (oder beides). Sowohl die Gefahr von diebischen Kindern als auch die eines Reblausbefalls trägt also der Verpächter.²⁷³

Dass dies vor allem in ersterem Fall verwunderlich erscheint, zeigt die Nachteile eines Modells, das Tatbestandsvoraussetzungen mit mathematischer Strenge abarbeitet.²⁷⁴ Vor allem ist das Befremden darin begründet, dass die Schadenshöhe denkbar gering sein wird.

2. Weitere Abgrenzungskriterien?

Dies leitet zur nächsten Frage über: Kommt es in der Stelle auf die Beachtlichkeit des Schadens, auf die Zumutbarkeit an? Verschiedentlich ist angenommen worden, dass der Stelle noch weitere Wertungskriterien zu entnehmen seien. So haben *Mayer-Maly*²⁷⁵ und *Ankum*²⁷⁶ gemeint, im unteren Teil des Textes würde zur Begründung der Risikoverteilung nur mehr auf die Gewöhnlichkeit/Außergewöhnlichkeit abgestellt, werde nur mehr gefragt, ob der Umstand *extra consuetudinem* sei.

Für *Harke* stellt dies sogar den Kern der gesamten Entscheidung dar. Die Frage der Gewöhnlichkeit sei der Schlüssel zum Verständnis, einen zweiten Bearbeiter des Textes D. 19,2,15,2 verneint er. Die *vis cui resisti non potest* zeichne sich durch ihre

²⁷¹ *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (1815) XVII,1, 449³³.

²⁷² *Pinna Parpaglia*, *Vitia ex ipsa re* (1983) 26ff.

²⁷³ Es ist einzugestehen, dass dieser Ansatz für die *exercitus praeteriens* auch keine befriedigende Lösung bietet.

²⁷⁴ „Mathematischen“ Ansätzen gegenüber ebenfalls kritisch: *Horak*, *Rationes decidendi* (1969) I 102ff.

²⁷⁵ *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 192.

²⁷⁶ *Ankum*, *Remissio mercedis*, in *RIDA* 19 (1972) 220ff, 225 = *Uit het recht: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam* (1971) 95ff, 98.

Außergewöhnlichkeit aus, die *vitia ex ipsa re* seien demgegenüber ein „mit der Fruchtziehung üblicherweise verbunden[er] Mißerfolg.“²⁷⁷

Die „Außergewöhnlichkeit“ kann entweder auf die wirtschaftliche Schadensintensität oder die statistische Schadenswahrscheinlichkeit bezogen werden. Für eine Bezugnahme auf die Schadensintensität finden sich weitere Anhaltspunkte: Das zu Beginn stehende Unwetter muss *calamitosa*, unheilvoll, sein,²⁷⁸ der Erdrutsch muss die gesamte Ernte vernichtet haben, auch die Hitzewelle muss *non adsueto*, außergewöhnlich sein.

Das wirft die Frage auf, ob die geringeren Zerstörungen durch einen „kleinen“ Erdrutsch, ein leichtes Unwetters oder eine kurze Hitzewelle dem Pächter zur Last fallen. Dafür würde auch die eingefügte Entscheidungsbegründung sprechen, der Landwirt soll nach dem Verlust seiner gesamten Ernte nicht auch noch mit der Zinszahlungspflicht belastet werden. Die Überlegung ist auf einen (zumutbaren) Teilausfall der Ernte nämlich nicht übertragbar. Die Parallelstelle D. 19,2,25,6 stellt ausdrücklich auf die Schadensintensität ab.²⁷⁹ Nur wenn die höhere bzw göttliche Gewalt (*vis maior*, θεοῦ βίαν) einen nicht verkraftbaren Schaden am Getreide anrichtet (*plus, quam tolerabile est*), soll der Pächter von seinem Verlust befreit werden – nicht aber wenn nur ein geringer Schaden (*modicum damnum*) entsteht. Ähnlich soll eine kleine oder kurze Unannehmlichkeit (*paulo minus commode*) die Wohnraummieter nicht zur Mietzinsminderung berechtigen.²⁸⁰

Für eine Bezugnahme auf die statistische Häufigkeit spricht hingegen D. 19,2,15,3: Das Feuer berechtigt den Pächter zum Mieterlass, wenn es *repentinum* (unerwartet) aufgetreten ist. Ähnlich wird im Bereich des römischen Gesellschaftsrechts (D. 17,2,52,3) der als Synonym zur *vis maior* zu verstehende Begriff *damnum fatale* als ein *damnum quod imprudentibus*, als ein unvorhergesehener Schaden definiert.²⁸¹ Diese Deutung von Außergewöhnlichkeit findet sich ähnlich im modernen Konzept der „Kalkulierbarkeit“.²⁸² Freilich ist eine *tempestas calamitosa* und ein *solis fervor non adsuetus* auch von geringer statistischer Häufigkeit. Diesen Aspekt betont *Betti*, nach dem der Pächter nur die „gewöhnlich vorhersehbaren Arten des Risikos“ übernehme.²⁸³ Allerdings spricht er

²⁷⁷ Harke, *Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht* (2005) 19.

²⁷⁸ Wubbe, *Vis tempestatis*, in Gerkens et al (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 579ff, 589.

²⁷⁹ Klingenberg, *Das modicum-Kriterium ZSS 126* (2009) 187ff, 195ff, Ernst, *Das Nutzungsrisiko bei der Pacht*, ZSS 105 (1988) 541ff, 545.

²⁸⁰ D. 19,2,27 pr.; D. 19,2,24,4.

²⁸¹ Vgl Goldschmidt, *Das receptum nautarum* (1860) ZHR 3, 58ff, 89.

²⁸² Vgl Krejci, *Bomben am Bau* (2011) 61f; Krejci, *Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko?* (1995) 93f.

²⁸³ Betti, *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, ZSS 82 (1965) 1ff, 19.

weitere davon, dass sich die Nachteilsgefahren und die Vorteilschancen in Balance befinden sollten.²⁸⁴ Da aber gerade seltene Ereignisse in der Risikobewertung gering zu Buche schlagen, wird er hier auch an eine hohe potentielle Schadenshöhe gedacht haben. Die beiden Gesichter der Außergewöhnlichkeit (hohe Schädlichkeit, niedrige Wahrscheinlichkeit) sind somit schwer voneinander zu trennen.

3. Charakterzüge der höheren Gewalt: Die Zusammenhänge

Es bestehen weitere Zusammenhänge zwischen den Aspekten Schädlichkeit, Häufigkeit und Unabwendbarkeit.

Wie Schädlichkeit und Unabwendbarkeit zusammenhängen, liegt auf der Hand. Dem unabwendbaren Ereignis kommt eine größere „Kraft“ oder „Energie“ als der menschlichen Gegenwehr oder Gegenkraft zu, daraus erklärt sich die hohe Schädlichkeit.²⁸⁵ So ist die Unabwendbarkeit des Meteoriten in seiner enormen Masse und Geschwindigkeit begründet, die sich auch für den Schaden verantwortlich zeigen.

Der Zusammenhang zwischen Häufigkeit und Unabwendbarkeit besteht im menschlichen Umgang mit Risiken. Häufigen Ereignissen hat sich die Zivilisation und die Technologie im Laufe der Zeit angepasst und viele dieser Probleme abwendbar gemacht: Dem grundsätzlich zu erwartenden Auftritt von Wühlmäusen auf Feldern begegnet man seit vielen Jahrtausenden durch das Pflügen des Ackers. Den häufigen Widrigkeiten Regen und Kälte ist der Mensch durch die Erfindung von Bekleidung und Behausung entgegengetreten.

Unabwendbaren Ereignissen von hoher „Schädlichkeit“ und hoher Häufigkeit, gehen Menschen grundsätzlich aus dem Weg. So ist etwa die Gewalt der Gezeiten zwischen Ebbe und Flut wesentlich intensiver als jedes Hochwasser eines Flusses. Es käme aber niemand auf die Idee, auf der Wattfläche einen Weingarten anzulegen, da das „Schadensereignis“ Flut mit derartig großer Häufigkeit eintritt (täglich), dass ihm von vorne herein ausgewichen wird. Ebenso würde niemand auf einem permanenten vulkanischen Lavastrom ein Haus errichten.

Andererseits besteht der Zusammenhang zwischen Unabwendbarkeit und Häufigkeit darin, dass der Widerstand gegen ein Ereignis im Regelfall präventiv erfolgen muss, zumindest

²⁸⁴ Ebd 20.

²⁸⁵ *Exner*, Begriff der höhern Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 566: „das Grosse pflegt aber auch das Unverschuldete zu sein, weil Menschenwitz und Menschenkraft natürliche und wirtschaftliche Schranken haben.“

gewisser Vorbereitungen bedarf. Tritt das Ereignis auf, ist es oft für Abwehrmaßnahmen zuspät.²⁸⁶ Der Widerstand gegen ein Erdbeben kann nur in einer erdbebensicheren Bauweise erfolgen, was wiederum voraussetzt, dass mit einem Erdbeben in der konkreten Stärke gerechnet wurde. Der Mensch kann nicht in die Zukunft blicken, aber aufgrund von beobachteten Regelmäßigkeiten eine Erwartungshaltung bilden. Mit einem Erdbeben in einer nur alle 1.000 Jahre auftretenden Stärke werden die Betroffenen nicht rechnen, vielleicht nicht einmal von der Möglichkeit solcher Erdbeben wissen, sodass hier die Seltenheit die Unabwendbarkeit begründet.

Schließlich ist die Seltenheit der unabwendbaren und schädlichen Ereignisse der Lage der Erde in der habitablen Zone des Sonnensystems und ihrer günstigen Beschaffenheit (schützende Atmosphäre, moderate Temperaturen) zu verdanken. Wären die schädlichen und unabwendbaren Ereignisse häufiger (zB permanenten Meteoriteneinschlag), hätte sich auf diesem Planeten von vorne herein kein Leben entwickeln können, zumindest wäre die Menschheit bereits ausgestorben. Es wäre dann niemand vorhanden, der sich mit dem Wesen der höheren Gewalt beschäftigen könnte.

4. Sachgefahr und *custodia*?

Ernst hat in D. 19,2,15,2 noch ein weiteres Kriterium ausmachen können, nämlich die „Eigentumsimmanenz ‚schicksalhafter‘ Ereignisse“, der Gedanke der „Zuweisung bestimmter, ‚schicksalhafter‘ Ereignisse an den Sacheigentümer“.²⁸⁷ Er versteht die Stelle und das Konzept der höheren Gewalt im Allgemeinen als Ausfluß der Sachgefahr, die sich im Grundsatzes *casum sentit dominus* ausdrücke.²⁸⁸ Ganz ähnlich wurde dies von *Doll*

²⁸⁶ *Exner*, Begriff der höhern Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 569: „Auch gegen das Unerhörte und Ungeheuer kann es zwar Mittel geben, aber sie sind meist nicht zur Stelle, wo jenes sich ereignet“. Unabwendbarkeit sei aber nicht wesentliche Eigenschaft der höheren Gewalt, allerdings bei Außergewöhnlichkeit häufig gegeben.

²⁸⁷ *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, *ZSS* 105 (1988) 541ff, 553; Einen vergleichbaren Gedanken formuliert *Thomas*, die Bergwerksflutung, für die in den siebenbürger Bergarbeiterverträgen (AD 163/4 in CIL 3, 948,10) der Lohnanspruch der Bergarbeiter ausgeschlossen wird, sei deshalb keine höhere Gewalt, da das Eigentum des Arbeitgebers (das Bergwerk) vom göttlichen Akt getroffen wurde: *Thomas*, The Worker and his Wage, in *Uit het recht: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam* (1971) 201ff, 204; Die Sachgefahr als Schlüssel zur werkvertraglichen Gefahrtragung auch bei *Schmauser*, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht, Diss. (1891) 6ff; *Bolze*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, in *AcP* 57=7 (1874) 86ff, 89, 107; Dagegen *Dochnahl*, Die Gefahrtragung, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 48=12 (1904) 241ff, 292⁶; *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 84 erinnert daran, dass oft der Sacheigentümer nicht die Gefahr trägt, zB beim Kauf zwischen Perfektion und Übergabe.

²⁸⁸ Aufgrund derselben Rechtsparömie wurde von manchen argumentiert, dass in D der Arbeitgeber das Lohnrisiko bei Betriebsstörungen zu tragen habe (Lehre vom Betriebsrisiko): Dazu kritisch (vor der Anpassung des § 615 BGB durch das SMG 2001): *Nassauer*, „Sphärentheorien“ (1978) 102, 109; Zur

angenommen,²⁸⁹ noch früher hat *Sell* diesen Zusammenhang hergestellt.²⁹⁰ Dieses Rechtsspruchwort hat auch das Amtsgericht Dresden in einem Erkenntnis aus dem Jahr 1850 als für D. 19,2,15,6 ausschlaggebend angesehen.²⁹¹

Diesen Konsequenzen der Eigentümerstellung stellt *Ernst* die Haftung aus *custodia* gegenüber: Diese Haftung des Custodienten der Pachtsache sei daher immer das Gegenstück zur *vis maior*-Haftung des Eigentümers, was sich auch aus D. 19,2,25,6 ableiten ließe.²⁹²

Eine terminologische Schwierigkeit besteht darin, dass *custodia* in mindestens zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet wird. Manchmal bezeichnet es einen abstrakten Haftungsmaßstab, nämlich die verschuldensunabhängige Einstandspflicht für abwendbare Umstände (*casus minor*). Der Diebstahl von Gegenständen des Vertragspartners ist dann nur ein Beispiel für diese Haftung.

An anderer Stelle ist *custodia* nicht als Haftungsmaßstab, sondern als Faktum zu verstehen. Es ist damit dann die Obhut, die Tatsache der Verwahrung der Gegenstände des Vertragspartners (allenfalls mit damit korrelierenden Bewachungsobliegenheiten) gemeint, also ein dem Begriff der *detentio* ähnliches Konzept.²⁹³

Ernst dürfte den Begriff primär im ersten Sinn verstanden wissen wollen. Aber auch die zweitgenannte Bedeutung ist ihm bewusst, wenn er sagt, man möge nicht einwenden, dass eine Liegenschaft nicht gestohlen werden könne.

A priori wäre es zumindest denkbar, auch eine objektiv-abstrakt verstandene *custodia* als Tatbestandsmerkmal zur Regelung der Gefahrtragung heranzuziehen.²⁹⁴

Parömie: *Harke*, *Casum sentit dominus?*, OIR 9 (2004) 33ff; *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 25.

²⁸⁹ *Doll*, Von der *vis maior* zur höheren Gewalt (1989) 26.

²⁹⁰ *Sell*, Über die *remissio mercedis*, AcP 20 (1837) 188ff, 190.

²⁹¹ Erk. D. A. G. Dresden, bestätigt durch O. A. G. vom 30. Januar 1850: *Seufferts Archiv* 6 (1853) 45ff: Eine Elbfahrt hat nicht stattfinden können, da das Dampfschiff unverschuldet mit einem Kahl kollidierte und leckte. Der Fuhrlohn gegen die Gäste stehe ihr nicht zu. Dem Grundsatz *casum sentit dominus* entspreche es, dass der zufällige Schaden, welcher sich bei der zur Ausführung des Geschäftes unbedingt erforderlichen und von dem Unternehmer zu stellenden Sache ereignet, und die Leistung des letzteren unausführbar macht, auch von diesem getragen werde; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 4.

²⁹² *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 549f.

²⁹³ Vgl. *MacCormack*, *Custodia and Culpa*, ZSS 82 (1972) 150ff, 155; *Dernburg*, Pandekten⁵ (1897) II 315²³; inhaltlich ähnlich *Strohal*, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse, *JherhingsJB* 33=21 (1894) 361ff, 386; vgl. auch *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 7.

²⁹⁴ Vgl. *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 56.

Der Gedanke, die vertragsrechtliche Gefahrtragung (das sog „*periculum obligationis*“) von der Tragung der Sachgefahr (sog „*periculum rei*“) abhängig zu machen, ist zumindest nachvollziehbar, er dient etwa heute in der französischen oder englischen Rechtsordnung als Begründung des Gefahrenübergangs mit Kaufabschluss, da ebendieser dort auch den Übergang des Eigentums bewirkt (translative Wirkung des Kaufvertrages).²⁹⁵ Ebenso wurde im Laufe der Schaffung des ABGB erwogen, sich bei der Gefahrtragung im Tausch- und Kaufvertrag von der Parömie „*casum sentit dominum*“ leiten zu lassen. Auch wenn v.Zeiller dieses Prinzip nicht unmittelbar in das Vertragsrecht unseres Gesetzbuches integrierte, schenkte er dem Gedanken zumindest im Kodifikationsprozess Beachtung.²⁹⁶

Wie zu zeigen sein wird, ist die *Ernst'sche* Theorie, der für D. 19,2,15,2 ausschlaggebende Aspekt sei die Eigentümerstellung, zwar erwägenswert, sie dürfte aber letztlich unzutreffend sein:

Zweifel sind bereits darin begründet, dass auch die Gefahrtragung im römischen Kaufrecht nicht am Grundsatz „*casum sentit dominum*“ orientiert war. Obwohl das Eigentum erst mit der Übergabe übergang, bildete grundsätzlich die Perfektion den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs. In der Phase zwischen Perfektion und Übergabe war grundsätzlich der Nichteigentümer mit der Gefahr belastet.

Wesentlich größere Bedenken als durch Vergleiche mit der *emptio venditio* bestehen im unklaren Verhältnis der Tatbestandselemente „Eigentum“ und „Gewahrsame“ zueinander. Denn praktisch alle mit der Landwirtschaft verbundenen Dinge – Grundfläche, Gebäude²⁹⁷ aber auch die Pflanzen und selbst die Früchte (im botanischen Sinn) stehen bis zur Ernte im Eigentum des Verpächters (erst dann werden sie zu Früchten im zivilrechtlichen Sinn).²⁹⁸ Gleichzeitig sind alle diese Dinge in der Gewahrsame bzw Obhut des Pächters.²⁹⁹

²⁹⁵ Vgl Rabl, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 31; Schilcher, Die Preisgefahr beim Kauf, JBl 1964, 395ff, 396, 398.

²⁹⁶ Vgl v.Zeiller, in Ofner (Hrsg) Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1889) II 82: „Das Rechtsprinzip sage, dass der Eigenthümer den zufälligen Schaden tragen soll“; Rabl, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 47¹⁶¹ versteht das zurecht als Bezugnahme auf die Parömie *casum sentit dominum*.

²⁹⁷ D. 19,2,19,2, D. 19,2,25,3.

²⁹⁸ du Plessis, A history of *remissio mercedis* (2003) 19⁴⁴, 28; Frier, Law, economics, and disasters down on the farm, BIDR 31 (1989/90) 237ff, 244.

²⁹⁹ Darin liegt das Problem der Deutung von *vitia ex ipsa re* als *vitia fructuum* durch Nicosia, La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano, RISG 9 (1957-8) 403ff, 410; Ernst, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 556.

Daher bleibt immer offen, ob der „Zorn der Götter“³⁰⁰ nun den Eigentümer oder den Detendenten/Custodienten treffen möchte. Schließlich ist nicht zu erkennen, welcher der beiden Faktoren die stärkere Zurechnungsregel darstellen soll. Einen Ansatzpunkt können die beiden Kriterien nur liefern, wenn Eigentum und Innehabung bei derselben Vertragspartei liegen, oder überhaupt nur eines der beiden Elemente einschlägig ist: zB der Ernteausfall begründet sich darin, dass ein Blitz den im Eigentum und in der eigenen Gewahrsame des Pächters stehenden Ochsen getötet hat – oder der Ochse war von einem Dritten angemietet worden.

Ebenso problematisch wie im Landpachtvertrag sind die Kriterien Eigentum und Obhut auch im Bauvertrag. Sämtliche bereits mit dem Grund verbundene Sachen stehen im Eigentum des Bauherrn (*superficies solo cedit*), ebenso wird er oft Eigentümer von unverbauten Baumaterialien sein.³⁰¹ Gleichzeitig stehen alle diese beweglichen und unbeweglichen Sachen während der Bauphase in der Gewahrsame und Obhut des Werkunternehmers. Die Baustelle ist örtlich sowohl die Betriebsstätte des Werkunternehmers als auch der lokale Nahebereich des Bestellers. Die Analogie zur Sachgefahr spricht für eine Gefahrtragung des Bestellers, die Gefahrtragung des Gewahrsamsnehmers für eine solche des Werkunternehmers. Welcher Regel gebührt der Vorrang?

5. *potestas conducendi* – Die Frage nach dem Vertragsgegenstand

Zuletzt wäre noch zu erwägen, ob die in D. 19,2,15,2 gegebenen Antworten unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung über die Hauptleistungspflicht abgeleitet werden können.³⁰² So nahm etwa *Capogrossi Colognesi* an, der Entfall des Pachtzinses sei in den genannten Fällen so zu erklären, dass dann der Verpächter seine vertragliche Pflicht nicht erfüllt. Diese bestünde nämlich darin, eine nutzbare Landwirtschaft zur Verfügung zu stellen.³⁰³ Ähnlich hat *du Plessis* argumentiert, der Verpächter habe bei Unbenutzbarkeit des Ackers seine vertragliche Pflicht gebrochen, auch wenn ihn daran kein Verschulden trifft.³⁰⁴

³⁰⁰ D. 19,2,25,6: *vis maior, quam Graeci θεον βίαν appellant*; Zu einem solchen theologischen Verständnis der *vis maior*: *Doll*, Von der *vis maior* zur höheren Gewalt (1989) 13.

³⁰¹ Vgl S.188 Fn. 904; S. 188 Fn. 905.

³⁰² Vgl *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 543.

³⁰³ *Capogrossi Colognesi*, *Remissio mercedis* (2005) 143.

³⁰⁴ *du Plessis*, *A history of remissio mercedis* (2003) 12.

Schuldet der Verpächter nur die Möglichkeit der Fruchtziehung, könnte immer dann, wenn diese an sich möglich gewesen wäre, angenommen werden, der Pächter habe grundsätzlich den Zins zu bezahlen. So wird bei der Wohnraummiete ein auf einer Reise befindlicher oder im Gefängnis angehaltener Mieter wohl dennoch die Miete zu bezahlen haben. Denn der Vertrag wird so auszulegen sein, dass die Verpflichtung des Vermieters die Überlassung einer nutzbaren Wohnung, nicht aber der permanente Aufenthalt des Mieters in der Wohnung ist.³⁰⁵ Die Formulierung des Vertragsgegenstandes ist auch in D. 14,2,10,2 der entscheidende Aspekt.³⁰⁶ Allerdings läuft diese Betrachtung meist auf eine bloße Umformulierung des Problems hinaus, da die Früchte in D. 19,2,15,2 eben nicht gezogen wurden, sodass erst wieder die Frage nach der Ursache aufgeworfen wird.

Die Ernte wäre möglich gewesen, wenn Unkraut und Gewürm ausgeblieben wären, nicht anders aber, wenn das schädliche Erdbeben weggedacht wird. Wird gefragt, ob etwas nicht Eingetretenes möglich gewesen wäre (*uti frui*), muss dieser hypothetische Lauf der Geschichte bestimmte Abzweigungen zum tatsächlichen Geschehen aufweisen. Wo diese gedanklichen Weichen einzusetzen sind, muss aber erst nach bestimmten Gesichtspunkten entschieden werden, womit man wieder am Ausgangspunkt des Problemes ist. Zutreffend verneint auch *Harke*, dass D. 19,2,15,2 durch die bloße Frage nach der *potestas conducendi* gelöst werden könnte.³⁰⁷

6. Unterer Teil der Stelle: höhere Gewalt als „bewegliches System“

Das Bemerkenswerte an der Stelle D. 19,2,15,2 ist, dass sich in dieser frühen Andeutung einer „Sphärentheorie“ bereits die meisten auch später zur Definition der Risikogrenzen herangezogenen Tatbestandselemente finden oder zumindest hineinlesen lassen: Unabwendbarkeit, lokale Herkunft, außergewöhnliche Schadensintensität, Unvorhersehbarkeit/Häufigkeit, Innehabung/Verwahrung, Eigentumsverhältnisse und Vertragsinhalt.³⁰⁸ Erkennt man sie alle als maßgebend an, so muss der Versuch einer

³⁰⁵ D. 19,2,55,2; Weniger eindeutig ist das Verlassen des Mietobjektes aus Furcht (D. 19,2,27,1), hier spricht *du Plessis*, A history of *remissio mercedis* (2003) 50 von den „psychological effects of *vis cui resisti non potest*“; *Fiori*, La definizione della „*locatio conductio*“ (1999) 101.

³⁰⁶ Dazu unten I.A.2.i) Auswirkung der Preisberechnungsformel S. 152.

³⁰⁷ *Harke*, *Locatio conductio*, Kolonat, Pacht, Landpacht (2005) 13.

³⁰⁸ Naturgemäß decken sich diese Parameter weitgehend mit den Kennzeichen der „höheren Gewalt“: Unabwendbarkeit findet sich auch in D. 4,2,2, D. 13,6,18 pr., D. 17,2,52,3, D. 19,2,33, D. 44,7,1,4, Außergewöhnlichkeit auch in D. 18,1,78,3, Unvorhersehbarkeit in C. 4,25,13, D. 17,2,52,3, äußere Herkunft in D. 39,2,24,3, D. 39,2,43 pr. Vgl. *Mayer-Maly*, Höhere Gewalt, in *Baltl* (Hrsg) FS Steinwenter (1958) 58ff, 58²; *Doll*, Von der *vis maior* zur höheren Gewalt (1989) 65.

Gefahrenzuweisung nach einem strenglogischem Schema aufgegeben werden,³⁰⁹ dies schon alleine deswegen, weil einige dieser Parameter eine subjektive Wertung erfordern. Ob etwas abwendbar ist, lässt sich noch einigermaßen objektiv beantworten, nicht aber, wo die Grenze zwischen einem „kleinen“ und einem „großen“ Nachteil liegt, oder welche Überraschung gerade noch als „gewöhnlich“ bzw. „vorhersehbar“ anzusehen ist. Während zwei Kriterien durch logische Operatoren in eine Beziehung zueinander gebracht werden können, scheitert ein solcher Versuch bei sieben Faktoren.³¹⁰ Sie können nur durch ein Konzept in Einklang gebracht werden, welches etwa dem von *Wilburg* entwickelten „beweglichen System“ entspricht.

Solche „beweglichen Systeme“ liefern zwar oft sachgerechtere Ergebnisse, dies geht aber stark zulasten der Rechtssicherheit. Im beweglichen System gewinnen die Umstände des Einzelfalls an Bedeutung. Brauchbare Ergebnisse kann es daher nur dann liefern, wenn es mit einer umfangreichen Fallsammlung einhergeht – erst dadurch kann der Rechtsanwender ein Gespür bzw. eine Intuition für die Gewichtung der Faktoren bekommen und auftretende Fälle mit entschiedenen Beispielen vergleichen. Es würde auch erklären, warum dem Fragment (von wem auch immer) eine Liste von gleich 13 Beispielen beigegeben wurde.

Die mit unserer Problematik eng verwandte, wenn nicht idente, Frage nach dem „Wesen“ bzw. den Elementen der höheren Gewalt kommt ebenfalls nicht ohne eine detaillierte Kasuistik aus.³¹¹ Eine ganze Reihe von Stellen³¹² weist ähnliche Listen auf, die von *Mayer-Maly* als „Katastrophenkataloge“ bezeichnet wurden.³¹³ Zu den immer wiederkehrenden Beispielen zählen der Schiffsuntergang, der Brand oder Einsturz eines Hauses sowie der Feindes- oder Piratenangriff.

³⁰⁹ Gegen die Mathematisierung der Rechtswissenschaft, insbes. bei Interessensabwägungen: *Müller-Foell*, *Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag* (1982) 82¹²⁰; bereits die Metapher des Wagens sei irreführend.

³¹⁰ Enthielte die oben abgebildete Wahrheitsmatrix sieben Faktoren, müsste sie 896 Felder und 128 Antworten definieren; Auch *Fiori*, *La definizione della „locatio conductio“* (1999) 98 betont die Komplexität die sich durch die verschiedenen Differenzierungen „esterni/irresistibili ~ interni/resistibili“, „normalità ~ eccezionalità“ sowie „esiguità ~ gravità“ ergeben.

³¹¹ *Jakab*, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 189, 193; *Ernst*, *Wandlungen des vis maior-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, Index 22 (1994) 293ff; Für *Mayer-Maly* Höhere Gewalt, in FS Steinwenter (1958) 58ff, 77 problematisch und Ursache für die bis heute unüberwundene Uneinigkeit in dieser Frage ist die „Verknüpfung verschiedener - teils objektiv, teils subjektiv orientierter – Kriterien“.

³¹² D. 2,12,3; D. 2,13,6,9 iVm 7 pr.; D. 9,2,15,1; D. 13,6,18 pr.; D. 16,3,1,1; D. 17,1,26,6; D. 17,2,52,3; D. 21,1,17,3; D. 24,1,32,13; D. 35,2,30 pr.; D. 36,1,17,7; D. 44,7,1,4; D. 47,9,5; D. 50,17,23; I. 3,23,3; Vgl. *Goldschmidt*, *Das receptum nautarum* (1860) ZHR 3, 58ff, 90.

³¹³ *Mayer-Maly* Höhere Gewalt, in FS Steinwenter (1958) 58ff, 66. Vgl. das Gedicht des Martial: MART. 5,42.

7. Ergebnis: Zwei verschiedene Zugänge in D. 19,2,15,2

Freilich erlaubt uns die Quellenlage kaum, eindeutige Aussagen über Urheberschaft und zeitlichen Ursprung der einzelnen Inhalte des Corpus Iuris zu geben. Von den allzu leichtfertigen Tendenzen des frühen 20. Jahrhunderts, weite Teile der Digesten als unecht oder unklassisch zu disqualifizieren, oder gar den vermeintlichen Originalinhalt in fast entstellender Weise zu „rekonstruieren“,³¹⁴ hat sich die Romanistik weg entwickelt. Zu weit ginge aber auch eine völlig unkritische Akzeptanz aller Inhalte, denn sie birgt ähnliche Gefahren, wie sie auch mit den Harmonisierungsversuchen des gemeinen Rechts verbunden waren. Das gilt nicht nur für Unstimmigkeiten zwischen thematisch zusammenhängenden Digestenfragmenten sondern teilweise auch innerhalb einer einzelnen *lex*. Zurecht merkt daher *Ernst* an, dass in der gegenständlichen Stelle die Autorenschaft zweier verschiedener Personen (sei es *ULPIAN* und einer der Kompilatoren, *SERVIUS* und *POMPONIUS*³¹⁵ oder aber *SERVIUS* und *ULPIAN*³¹⁶) doch höchst naheliegend ist³¹⁷ – zu unterschiedlich sind der sprachliche Stil, die juristische Argumentationsweise und der dogmatische Gehalt zwischen den ersten drei und den letzten sechs Sätzen.³¹⁸

Diese These ermöglicht eine schlüssige Erfassung der Stelle. Der Beginn, das von *Sitzia* als „schema serviano“ bezeichnete System³¹⁹ ist eine sehr präzise Zuordnung der Gefahrentragung nach zwei relativ objektivierbaren Kriterien. Kommt das Ereignis von innen und ist es für den Pächter abwendbar, trägt dieser die Zinsgefahr – in allen anderen Fällen entfällt seine Zahlungspflicht.

Der untere Teil stellt eine Zuordnung der Unglücksfälle mithilfe einer Vielzahl von Kriterien dar (mindestens drei, je nach Leseart bis zu sieben). Dem Vorteil, fragwürdige Ergebnisse im Einzelfall vermeiden zu können, steht der Nachteil der geringeren Rechtssicherheit gegenüber. Um das zu kompensieren, wird der Entscheidung sogleich ein umfangreicher Beispielskatalog beigelegt.

³¹⁴ So verkehrt v *Beseler* den Inhalt von D. 19,2,15,2 fast in sein komplettes Gegenteil: v *Beseler*, Die Gefahrtragung beim Kauf, TR 8 (1928) 301.

³¹⁵ Vgl *Ankum*, Remissio mercedis, in RIDA 19 (1972) 220ff, 225 = FS Verdam (1971) 95ff, 98; *du Plessis*, A history of remissio mercedis (2003) 19; *Fiori*, La definizione della „locatio conductio“ (1999) 81, 84.

³¹⁶ *du Plessis*, A history of remissio mercedis (2003) 19⁴⁷ mwN;

³¹⁷ Vgl *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 560⁷⁰, 562f.

³¹⁸ Dagegen: *Harke*, Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht (2005) 19.

³¹⁹ *Sitzia*, „periculum locatoris“ e „remissio mercedis“, in Studi D'Amelio (1978) I 331ff, 345.

V. Die Gefahrtragung im Arbeitsvertrag

Die Behandlung der Gefahrtragung im Arbeitsvertrag ist schon deswegen erforderlich, um die *locatio conductio* in ihrer vielfach angenommenen „Dreieinigkeit“ voll zu erfassen.³²⁰ In dogmengeschichtlicher Hinsicht bedeutsam ist, dass die Abstammungslinie des heutigen § 1168 ABGB über den § 1155 ABGB in der Stammfassung von 1812 führt – eine zwar nicht exklusiv, aber doch vordergründig auf den Arbeitsvertrag bezogene Bestimmung.³²¹ Auch frühe Vertreter der Sphärentheorie bzw deren Vorläufer haben Analogien aus der sogleich zu besprechenden Paulus-Stelle D. 19,2,38 für den Werkvertrag ziehen wollen.³²² Der erste Halbsatz des § 1155 und jener des § 1168 ABGB weisen hohe sprachliche und thematische Ähnlichkeit insbesondere mit dieser Stelle D. 19,2,38 pr. auf, auch wenn die Entscheidung inhaltlich fast gegenteilig ausfällt. Die Anrechnungsbestimmungen im zweiten Halbsatz der beiden Paragraphen („er muß sich jedoch anrechnen, ...“),³²³ weckt starke Assoziationen zur Anrechnungsklausel in D. 19,2,19,9 („*si eodem anno mercedes ab alio non accepisti*“) oder zu jener in D. 1,22,4.

³²⁰ Ungeachtet der oben angeführten Indizien für eine Identität von römischem Dienst- und Bestandvertrag.

³²¹ Vgl. *Ofner* (Hrsg) Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1889) II 105: Die Gesetzesverfasser haben etwa Tagelöhner im Auge; Auch v. *Zeiler* Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1813) § 1155, 497: als Beispiele für § 1155 führt v. *Zeiler* Fabrikarbeiter und Bierkutscher an.

³²² *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 41, 49; *Schmauser*, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht, Diss. (1891) 8f; *Bolze*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, in *AcP* 57=7 (1874) 86ff, 93; *Dankwardt*, Die locatio conductio operis, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 13=1 (1874) 303f, 353²; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (1887) II 542⁷.

³²³ Diese Formulierung entstammt dem § 1604 des 1. ungarischen Entwurfs für ein ZGB von 1900 (daraus entwickelte sich der § 6:248 Abs 1 lit b ungZGB 2013), und geht somit wohl auf den Romanisten Gusztáv Szászy-Schwarz zurück. Im Zuge der dritten ABGB-Teilnovelle von 1916 reklamierte Moriz Wellspacher – selbst auch ein Befürworter der „traditionalistisch romanistisch verankerte ABGB-Interpretation“ – die dt Übersetzung dieser Wortfolge erfolgreich in das ABGB hinein. Die Motive zum ungarischen Entwurf wiederum nennen als Vorbilder u.a. „das Pandektenrecht“ und den § 615 BGB. Die dt Übersetzung lehnt wiederum an §§ 615, 649 BGB an. In den Motiven zu § 615 2. Satz BGB (§ 561 1.E) wird ausdrücklich auf D. 19,2,19,9 hingewiesen;

Eine ähnliche Formulierung ist bereits bei *Bolze*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, in *AcP* 57=7 (1874) 86ff, 92¹⁶ zu finden, der sich wiederum auf die Entscheidung OG Wolfenbüttel, 7.3.1873, J. A. Seuffert's Archiv 28 (1873) 220 beruft. *Bolze* nimmt wie das OG auf D. 19,2,19,9f bezug.

Vgl. HHB, 78 BlgHH 21. Sess 242f; *Wellspacher*, Der Entwurf der Zivilgesetznovelle im Herrenhause, in *Österr. allgem. Gerichts-Zeitung*, (1909) 60. Jg, Nr 46/Nr 47/Nr 48, 378ff, 379; Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez [=Motive zum 1. Entwurf des ung ZGB] (1902) Bd IV, Kötelmi jog 339ff; *Mugdan* (Hrsg) Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899) Bd II, Recht der Schuldverhältnisse, 258; Vgl zu Szászy: *Hamza*, Die Rezeption des römischen Rechts, in *Wolff* (Hrsg) Kultur- und rechtshistorische Wurzeln Europas: Arbeitsbuch (2005) 205ff, 213; Vgl zu Wellspacher: *Oberkofler/Goller*, Geschichte der Universität Innsbruck 1669-1945² (1996) 247;

Quellen zu Arbeitsverträgen sind in den Digesten deutlich seltener überliefert als zu anderen Anwendungsfällen der *locatio conductio*, die überhaupt im Vergleich zu den sonstigen Vertragstypen im Corpus Iuris nur nachrangige Behandlung erfahren hat. Dies hat zur Auffassung geführt, der Lohnarbeit Freier sei in der römischen Antike nur geringe praktische Bedeutung zugekommen.³²⁴ Die meisten Arbeiten aller Qualifikationsstufen seien von Sklaven verrichtet worden. Über hochangesehene Tätigkeiten (*liberas operas*) wie die der Ärzte,³²⁵ Anwälte,³²⁶ Lehrer³²⁷ und Vermessungstechniker³²⁸ wurde üblicherweise keine *locatio conductio* abgeschlossen. Derartige Dienste wurden ursprünglich aus einer sittlichen Verpflichtung „unentgeltlich“ erbracht,³²⁹ die Leistungsempfänger zeigten sich mit „Geschenken“ (*honorarium* bzw. *salarium*) erkenntlich.³³⁰ In späterer Zeit entwickelte sich das *honorarium* zur mittels *cognitio extra ordinem* klagbaren Pflicht.³³¹

Die niedere Lohnarbeit dürfte jedenfalls nicht im höchsten Ansehen gestanden sein: So stuft CICERO diese „Arbeitertätigkeiten“ als unehrenhaft und schmutzig ein (*inliberales et sordidi*), durch den Lohn würden sie sich in sinnbildliche Sklaverei begeben.³³² Auch an anderen Stellen spricht er von den „*servis*“ und „*conductis*“ in einem Atemzug.³³³ Den Vergleich zwischen Sklaven und freien Arbeitern hat mit umgekehrtem Vorzeichen auch CHRYSIPPUS bemüht: SENECA zitiert ihn dahingehend, dass er einen Sklaven einen *perpetuus mercennarius*, einen Lohnarbeiter auf Lebenszeit, genannt haben soll.³³⁴ Die terminologische Unterscheidung zwischen einem freien Lohnarbeiter und einem Sklaven verschwimmt in SENECAS eigener Argumentation, denn er verwendet den Begriff *mercennarius* auch, um einen gemieteten Sklaven zu bezeichnen.³³⁵

³²⁴ Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht² (1971) 568; Mayer-Maly, Das römische Privatrecht (1991) 122.

³²⁵ D. 38,1,26 pr.; Anders jedoch, wenn der Arzt ein Freigelassener ist, dann wird eine *locatio conductio* abgeschlossen: D. 38,1,25,2.

³²⁶ D. 39,5,19,1.

³²⁷ D. 50,13,1 pr..

³²⁸ D. 11,6,1 pr..

³²⁹ Vgl. Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 41.

³³⁰ Zu der widersprüchlichen Bewertung der gewerbsmäßigen Ausübung der *artes liberales* vgl.: Nörr, Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 75.

³³¹ D. 50,13,1 pr. ff; Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht² (1971) 568.

³³² C.I.C.off. 1,42,150; Vgl. Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 15ff.

³³³ Wörtlich in C.I.C.Dom. 89; *opifices* als *faecem civitatum*: C.I.C.Flac. 18; Vgl. Nörr, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 81; Ähnlich in C.I.C.Caec. 63, auch hier zählt er den *mercennarius* gleich nach den eigenen und fremden Sklaven auf, aA Bürge, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 82 der hier *mercennarius* als Synonym für einen gemieteten Sklaven sieht, so wie dies in SEN.Benef. 7,5,3 und D. 43,24,5,11 tatsächlich der Fall ist.

³³⁴ SEN.Benef. 3,22; Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 17.

³³⁵ SEN.Benef. 7,5,3; Weniger eindeutig in SEN.Dial. 12,12,5; Bürge, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 82, 88.

Freilich dürfen diese Urteile von Angehörigen der höchsten Gesellschaftsschicht und Anhängern der stoischen Philosophie nicht leichtfertig verallgemeinert werden.³³⁶ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die grundsätzliche Geringschätzung von Handwerk und Technik durch griechische Philosophen wie Platon, Xenophon und Aristoteles.³³⁷ Durch die manuelle Betätigung der Techniker und Handwerker fühlten auch sie sich an Sklaven erinnert.³³⁸

Ähnlich weisen verschiedene juristische Quellenstellen auf ein niedriges Ansehen der Lohnarbeit hin.³³⁹ So umschreibt ULPIAN die freien Arbeiter als *quos loco servorum in operis habet*, also als Freie, „die man anstelle von Sklaven in seinen Diensten hat“.³⁴⁰

Wer einen Arbeitsvertrag über den Schaukampf mit Tieren oder über die Schauspielerei abschloss, war unwürdig, vor Gericht als Vertreter zu erscheinen,³⁴¹ wurde dem freigelassenen Vater dessen Patron gegenüber nicht als Kind angerechnet,³⁴² wurde allein deshalb als Ehebrecherin angesehen³⁴³ und wurde erbunwürdig.³⁴⁴ Das Unehrenhafte lag nicht ausschließlich in derartigen Tätigkeiten, sondern gerade auch im *operas suas locare*: Denn wer unbezahlt gegen Tiere kämpfte, durfte weiter vor Gericht vertreten.³⁴⁵

Dagegen hat Möller aufgezeigt, dass der freien Arbeit größere Bedeutung zugekommen ist, als bisweilen angenommen.³⁴⁶ Sie verweist etwa auf das „Hirtengesetz“ CÄSARS, von dem sein Biograph SÜETON berichtet. Neben sonstigen bevölkerungspolitischen Maßnahmen wurden Viehzüchter verpflichtet, unter ihren Hirten mindestens zu einem Drittel Freie zu

³³⁶ Stolze Handwerker ließen ihr Werkzeug auf ihrem Grabstein abbilden: Schulz-Falkenthal, Zur Lehrlingsausbildung in der römischen Antike - discipuli und discentes -, Klio 54 (1972) 193ff, 197; Mayer-Maly, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, RdA (1967) 281ff, 282; Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 17; Nörr, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 69, 72.

³³⁷ PLAT.nom 648 St.2 A (erinnert an CIC.off. 1,42,150) weiters PLAT.nom 742 St.2 A; 743 St.2 D; 846 St.2 D; 847 St.2 A; 848 St.2 D; Besonders interessant PLAT.nom 921 St.2 A-E, da hier die werkvertragliche Gefahrtragung erörtert wird; PLAT.Gorg 512 St.1 B-D; PLUT. Parall. Gr. et R., Marc. 14,5f über die Verachtung der angewandten Wissenschaften durch Platon; XEN.oec. 4,2f; ARISTOT.pol. 1328b: Das Handwerkerdasein ist eines Bürgers unwürdig, Klugheit und Körperkraft schließen einander aus; ARISTOT.pol 1278a11-13: „Die aber mit der Beschaffung des notwendigen Lebensunterhaltes zu tun haben, sind, wenn sie für einen einzelnen arbeiten, Sklaven, wenn aber für die Gemeinschaft, Handwerker (banausos) und Tagelöhner (thetes)“ Übers. Ungern-Sternberg, Wer soll an der Polis teilhaben? in Ungern-Sternberg (Hrsg) Politische Partizipation (2013) 69ff, 81.

³³⁸ Hooykaas, Das Verhältnis von Physik und Mechanik in historischer Hinsicht, in Hooykaas (Hrsg) Selected Studies In History Of Science (1983) 167ff, 169; Klemm, Geschichte der Technik³ (1998) 22f.

³³⁹ Vgl auch über die angebliche Unredlichkeit der Schiffer und Gastwirte: D. 4,9,3,1.

³⁴⁰ D. 7,8,4 pr. ähnlich in D. 47,5,1,5.

³⁴¹ D. 3,1,1,6; D. 3,2,3 pr..

³⁴² D. 38,1,37 pr..

³⁴³ D. 48,5,11,2.

³⁴⁴ D. 38,17,1,6; Bürge, mercennarius, ZSS 107 (1990) 80ff, 110⁹⁶.

³⁴⁵ D. 3,1,1,6.

³⁴⁶ Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 3ff.

beschäftigen.³⁴⁷ Selbst wenn diese Maßnahme schwierig durchzusetzen gewesen sein könnte, kann sie doch als Anhaltspunkt für die Größenordnung der freien Arbeit angesehen werden.³⁴⁸ Zum Teil wurden freie Arbeiter auch aus wirtschaftlichen Gründen Sklaven vorgezogen. So berichtet VARRO von landwirtschaftlichen Gütern, die teilweise oder ausschließlich von Freien bewirtschaftet werden. Der Einsatz der freien *mercennarii* sei insbesondere bei ertragsärmeren Böden profitabler, und jedenfalls sei es empfehlenswert, diese für körperlich fordernde Arbeiten wie die Ernte einzusetzen.³⁴⁹ Einen ähnlichen Rat gibt COLUMELLA: Steinige Böden sollen von Freien umgeackert werden, dies allerdings nur in Zeiten niedriger Löhne.³⁵⁰ CATO DER ÄLTERE empfahl, bei der Auswahl einer landwirtschaftlichen Fläche auf die verfügbaren – freien wie unfreien³⁵¹ – Arbeitskräfte in der Umgebung zu achten,³⁵² auch sei auf einen guten Ruf in der Nachbarschaft Wert zu legen, um leichter Arbeitskräfte anstellen und anmieten zu können.³⁵³ In einem Weingut von 100 Joch (25,2ha) rät CATO zur Beschäftigung von 16 Personen, darunter mindestens zwei freigeborene Aufseher (*liberi custodes*).³⁵⁴

Auch wenn also die römische Wirtschaft im Wesentlichen auf der Ausbeutung von Sklaven gefußt hat, ist auch der Lohnarbeit durch Freie eine nicht unbedeutende Rolle zugekommen. Ihre seltene Erwähnung in literarischen Quellen ist wahrscheinlich auf den niedrigen Sozialstatus der Arbeiter zurückzuführen, wodurch sie in den Lebenswelten der bessergestellten Schöpfer dieser Texte wenig präsent wären. Die Seltenheit von juristischen Zeugnissen könnte zusätzlich auf ihren schweren Zugang zum Recht zurückzuführen sein (dazu unten).

Die bedeutsamste Entscheidung zur *locatio conductio* in der Erscheinungsform als Arbeitsvertrag ist D. 19,2,38 pr.; behandelt wird die Gefahrtragung.

D. 19,2,38

³⁴⁷ Suet. Iul., 42,1; Nörr, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 81¹⁰⁶.

³⁴⁸ Zur Quantifizierung der freien Arbeiter siehe S.Fehler! Textmarke nicht definiert. 90 Fn. 401 und S. 91Fehler! Textmarke nicht definiert. Fn. 407.

³⁴⁹ VARRO rust. 1,17,2ff.

³⁵⁰ COLUM. 2,2,12.

³⁵¹ CATO.AGR. 5, 4.

³⁵² CATO.AGR. 1, 3.

³⁵³ CATO.AGR. 4. Vgl Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 3ff.

³⁵⁴ CATO.AGR. 11, 1; 13,1; Möller bezieht 13,1 auf eine Ölkelterei, gemeint ist aber die Weinpresse für den in 11, 1 genannten Betriebs(-teil), da im Raum auch ein Weinfass steht: Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 4.

PAULUS libro singulari regularum

pr. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.

1. Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent.

Wer die Leistung von Diensten versprochen hat, muss den Lohn für die gesamte Zeit erhalten, wenn es nicht an ihm lag, dass er die Dienste nicht geleistet hat.

1. Auch Anwälte müssen das Honorar nicht zurückzahlen, wenn es nicht an ihnen lag, dass sie den Prozess nicht geführt haben.

Die Entscheidung behandelt die Lohngefahr. Gegenstand der Frage ist, in welchen Fällen der Arbeiter³⁵⁵ seinen Anspruch auf seinen Lohn behält, wenn die Arbeitsleistung nicht zustande gekommen ist. Impliziert wird ein befristeter Arbeitsvertrag, was die übliche Form von Arbeitsverträgen war. Die Vertragsdauer variierte: CATO rät dazu, freie Landarbeiter nur für einen Tag befristet anzustellen.³⁵⁶ Auch in D. 19,2,51,1 soll nach manchen die tageweise Entlohnung (der Zusammenhang legt einen Bauvertrag nahe) als Indiz für die Qualifikation als Arbeitsvertrag erwogen werden.³⁵⁷ Zumindest aus Griechenland ist überliefert, dass freie Bauarbeiter regelmäßig Tagelöhner waren, ihr Tageslohn betrug im 5 Jhdt v. Chr. typischerweise eine Drachme.³⁵⁸ Der Tag dürfte die häufigste, vielleicht sogar kleinste Einheit für Arbeitsleistungen gewesen sein. War ein Freigelassener nur sechs Stunden tätig, so galt die Arbeit an diesem Tag als nicht geleistet.³⁵⁹ Auch die Arbeiter im Weinberg aus dem biblischen Gleichnis (Mt 20,1-16)

³⁵⁵ Der Begriff Arbeiter scheint die passendste Übersetzung von *locator* in diesem Zusammenhang zu sein. Der Terminus Arbeitnehmer umfasst im geltenden österreichischen Recht auch Angestellte. Die geltendrechtliche Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten weist Ähnlichkeiten mit der historischen Differenzierung zwischen den *inliberas operas* und *liberas operas* auf, wobei die Tätigkeit der zweiten Gruppe – wie oben ausgeführt – üblicherweise nicht durch die *locatio conductio* geregelt wurde. Der Schreiber aus D. 19,2,19,9 ist hier eine Ausnahme, er würde jedoch nämlich heute unter § 2 Abs 1 AngG fallen („Kanzleiarbeiten“); Vgl zur Gleichsetzung der „Dienste höherer Art“ mit den *operae liberales* durch die Mat: HHB, 78 BlgHH 21. Sess 242f, 211.

³⁵⁶ CATO.AGR. 5, 4: *Operarium, mercennarium, politorem diutius eundem ne habeat die.*

³⁵⁷ Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 36; Zur eigenen Interpretation der Stelle, die eher von verschiedenen Formen des Bauvertrages ausgeht, siehe unten.

³⁵⁸ Höcker, in Cancik/Schneider (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bauwesen, II, 524; Dies galt jedoch nicht unterschiedslos: Wesenberg, Kunst und Lohn am Erechtheion, AA (1985) 55ff, 55.

³⁵⁹ D. 38,1,3,1; Mayer-Maly, Locatio conductio (1956); Zur Zeitmessung: Gross, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg) Der kleine Pauly (1979) Uhren, III, 1037. Zweifel begründen für den griechischen Bereich allenfalls die Bauabrechnungen aus Epidauros, wo Boten teils nur 2 Ob, somit 1/3 eines typischen Tageslohnes erhielten: Prignitz, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014) 32.

wurden in der Früh (bzw zu späterer Stunde) am Arbeiter-Markt angeworben, am Abend endete das Dienstverhältnis.³⁶⁰

Es gab jedoch auch langfristige Arbeitsverträge: 1854 wurde im rumänischen Roșia Montană³⁶¹ in einem alten Goldbergwerk ein in eine Wachtafel geritzter Arbeitsvertrag mit einem Kumpel gefunden: Dieser wurde am 20. Mai 164 n. Chr. abgeschlossen und war bis zum 19. November 164 n. Chr. befristet.³⁶² Ein zweiter an dieser Stelle gefundener Arbeitsvertrag war auf etwa die doppelte Dauer, und zwar vom 23. Oktober 163 bis zum 13. November 164 abgeschlossen.³⁶³ Ähnlich war der Schnellschreiber aus D. 19,2,19,9 offenbar auf ein Jahr befristet angestellt worden.

PAULUS entscheidet, ein Arbeiter behalte seinen Lohnanspruch für die gesamte Vertragsdauer, wenn er es nicht zu vertreten hat, dass die Dienstleistung nicht zustande gekommen ist. Die Formulierung „hat es nicht zu vertreten“ soll hier als Stellvertreter für *si per eum non stetit* herhalten. Auch wenn „Vertreten-Müssen“ häufig im Sinne eines Verschuldens verstanden wird,³⁶⁴ soll damit noch nicht das Ergebnis der Interpretation vorweggenommen werden – zunächst sei es als bewusst vager und mehrdeutiger Begriff zu verstehen. *Per eum non stare* kann unterschiedlich eng oder weit verstanden werden: Prima facie scheint es möglich, die Wendung auf (i) fehlenden Vorsatz des Arbeiters,³⁶⁵ (ii) auf fehlendes Verschulden des Arbeiters,³⁶⁶ (iii) auf fehlende kausale Verursachung

³⁶⁰ Es ist jedoch nicht unbedingt von der Anwendbarkeit des römischen Rechts auszugehen: Vgl *Mayer-Maly*, Römisches Privatrecht (1991) 122; *Mayer-Maly*, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, RdA (1967) 281ff, 284.

³⁶¹ An dieser Stelle befand sich die historische Siedlung Alburnus Maior, Provinz Dacia.

³⁶² Abdruck der Tafel bei: *T.Mommsen* (Hrsg) *Corpus Inscriptionum Latinarum* (1873) III 948, Nr X.

³⁶³ Abdruck der Tafel bei: CIL III 948, Nr IX; Vgl *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages, in SDHI 34 (1968) 183ff, 189.

³⁶⁴ Insbesondere in Deutschland (zB in § 276 BGB). In § 920 ABGB ist der „vom Verpflichtenden zu vertretende Zufall“ vom Verschulden abzugrenzen, vgl auch den „[vom Geschädigten] zu vertretende[n], bloßen Zufall“: OGH 22.10.1992, 1Ob35/92 JBl 1993,389=SZ 65/136; *Goldschmidt*, Das receptum nautarum (1860) ZHR 3, 58ff, 92 sprach von unverschuldeten, vertretbaren Zufällen.

³⁶⁵ Ohne es für diesen Fall anzunehmen erwähnt *Kaser* diese Deutungsvariante: *Kaser*, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 194; Fälle bewussten Gläubigerverzugs nennt auch *Gradewitz*, Quotiens culpa intervenit, perpetuari obligationem, ZSS 34 (1913) 255ff, 267ff.

³⁶⁶ *Provera*, Sul problema del rischio contrattuale, St. Betti III, 709f; vorsichtig *Moll*, Dienstvergütungen bei persönlicher Verhinderung, RdA 1980, 138ff,142f; *Manthe*, Comptes Rendus: G. Ciulei, Les triptyques de Transilvanie, TR 54 (1986) 389ff, 393; *Berger*, A Labor Contract of A.D. 164, Classical Philology Vol 43 No 4 (1948) 231ff, 239; *Behrends*, Die Rechtsformen des römischen Handwerks, in *Jankun* (Hrsg) Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit (1981) 141ff, 202³⁰⁵; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 27, 41; Allgemein zur culpa als Bedingung der mora creditoris: siehe S.60³⁹².

durch den Arbeiter,³⁶⁷ allenfalls beschränkt auf positives Tun (iv) auf zu verneinende Zugehörigkeit zur allgemeinen Interessensphäre des Arbeiters³⁶⁸ oder sogar (v) auf Verschulden des Arbeitgebers³⁶⁹ zu beziehen.

Für ein enges Verständnis von *per eum stare* (somit ein weites Verständnis von *per eum non stare*) tritt etwa *Ernst* ein.³⁷⁰ Er versteht PAULUS dahingehend, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch behalte, wenn das Ausbleiben der Arbeitsleistung „nicht an ihm gelegen“ hat. Die Stelle verkörpere damit ein umfassendes *periculum conductoris*-Konzept. Somit bleibe der Arbeitgeber sogar lohnpflichtig, wenn sich das Ereignis für ihn als zufällig darstelle. Ob das Ereignis auf höhere Gewalt zurückzuführen ist, spiele dabei keine Rolle.³⁷¹ Offen bleibt aber, ob *Ernst* damit nur im Fall des Verschuldens des Arbeiters oder in jedem Fall der kausalen Verursachung dessen Lohnanspruch erlöschen lassen möchte.

Ähnlich war dies von *Mayer-Maly* noch in seiner Habilitationsschrift gesehen worden:³⁷² Zwar soll die Befreiung von der Lohnzahlungspflicht (erst oder bereits) dann eintreten, „wenn das Unterbleiben der Leistung dem locator zuzurechnen ist.“ Damit meinte er jedoch keine umfassende Zurechnungsregel, was daran erkennbar ist, dass er den Lohnanspruch des Arbeiters sogar im Krankheitsfall fortwähren lässt.³⁷³ Auch sein Verweis auf *De Robertis* legt nahe, dass er 1956 noch an ein Verschulden des Arbeiters gedacht hat.³⁷⁴

In einer späteren Erörterung ist er von dieser Ansicht abgerückt, und hat die vom Arbeiter zu vertretenden Umstände weiter gefasst.³⁷⁵ *Möller* zeichnet seine Entwicklung nach, nach ihr habe er sich von einer *periculum conductoris* wegbewegt und sich dann einer Sphärentheorie angenähert.³⁷⁶

³⁶⁷ *De Robertis*, I rapporti di lavoro nel diritto romano (1946) 113 nimmt unter Verweis auf D. 38,1,15 pr an, auch im Krankheitsfall habe der Arbeiter seinen Lohn behalten, da der Ausfall nicht auf früheres Verhalten des Arbeiters zurückzuführen sei, wobei er auf D. 38,1,23 pr hinweist.

³⁶⁸ *Nassauer*, „Sphärentheorien“ zu Regelungen der Gefahrtragungshaftung in vertraglichen Schuldverhältnissen (1978) 10.

³⁶⁹ So wandelt Kaser, das „per [locatorem] non stare, quo minus operas praestet“ aus D. 19,2,38 in „per conductorem stare, quo minus operas praestet“ um: Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 197¹⁵⁸.

³⁷⁰ *Ernst*, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 85.

³⁷¹ *Ernst*, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 85ff.

³⁷² *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 181f.

³⁷³ *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 182.

³⁷⁴ *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 182²⁹;

³⁷⁵ Überdies erwog er, den Begriff der *culpa* weiter als das moderne Verschulden zu fassen: *Mayer-Maly*, *Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts*, RdA (1967) 281ff, 285.

³⁷⁶ Vgl *Möller*, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht*, Diss (1990) 51.

Kaser betont zunächst, *per eum non stare* sei mehrdeutig, er hält es für möglich, die Wendung auf das Verschulden des Arbeitnehmers oder auf „ein unverschuldetes Ereignis in seiner Person“ zu beziehen.³⁷⁷ Da die Formulierung in den Quellen in unterschiedlichen Bedeutungen zu finden sei, sei daraus noch nichts gewonnen: für ihn wird damit nur die Rechtsfolge, nämlich dass das Ereignis einer Partei zugerechnet werde zum Ausdruck gebracht. Letztlich tendiert er jedoch zu der zweiten Bedeutung: Es würde ihm widersprüchlich vorkommen, wenn sich bei den anderen beiden Ausgestaltungsformen der *locatio conductio* differenzierte Gefahrtragungsregeln anzutreffen sind, aber nur der Dienstvertrag einer scharfen Verschuldenstheorie folgen soll („[...] verwunderlich, wenn man beim Dienstvertrag alles Risiko auf den Dienstgeber gehäuft hätte“): Noch dazu ist für ihn eine derartige Bevorzugung des Arbeitnehmers aus sozialhistorischer Sicht kaum vorstellbar.³⁷⁸

1. Wortinterpretation von *per eum (non) stare*

Um die Bedeutung des *per eum non stare* zu erschließen, muss die Verwendung dieser Formulierung an anderen Stellen in ihrem Kontext betrachtet werden. Diesem Ansatz ist bereits Gradenwitz gefolgt.³⁷⁹

a) *per eum stare* im Edikt und im ulpianischen Ediktskommentar

Aufschlussreich sind etwa die Kommentierungen Ulpians zum Edikt. So hieß es im Edikt, eine Klage könne eingebracht werden, wenn die versprochene Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt nicht erbracht wurde und es nicht vom Kläger (Gläubiger) zu vertreten war, dass die Leistung unterblieb (D. 13,5,16,2). Ulpian erläutert dies so, dass die Klage abzuweisen wäre, wenn das Unterbleiben der Leistung vom Gläubiger zu vertreten war, ihr aber stattzugeben sei, wenn das Unterbleiben der Leistung aus den natürlichen Umständen („*per rerum naturam stetit*“) herrührt (D. 13,5,16,3). Wenn der Gegenbegriff zum Vertreten-Müssen des Schuldners die allgemeinen Umstände sind, wird der enge Begriffsinhalt des „*per eum stetit*“ offenbar. Es ist anzumerken, dass Ulpian diese Entscheidung des Edikts inhaltlich kritisiert.

³⁷⁷ Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 194, Hervorhebung im Original; So deutet er die Wendung auch in anderem Zusammenhang: Vgl Kaser, *Römisches Privatrecht*² (1971) 506;

³⁷⁸ Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 197f.

³⁷⁹ Gradenwitz, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, ZSS 34=47 (1913) 255ff.

Auch in D. 36,4,1,1 macht Ulpian deutlich, dass das Gegenteil vom Vertreten-Müssen einer Seite nicht das Vertreten-Müssen der anderen Seite ist: Wenn gefordert wird, dass eine Seite (hier: ein Legatar) einen Umstand nicht „zu vertreten hat“, ist es nicht erforderlich, dass der Umstand von der Gegenseite „zu vertreten“ ist. Damit ist klar, dass mit Vertreten-Müssen keine umfassende Zurechnung nach Gefahrenkreisen gemeint sein kann. In diesem Fall wäre das Vertreten-Müssen einer Seite nämlich deckungsgleich mit dem Nicht-Vertreten-Müssen der Gegenseite.

Die Formulierung „*per eum stare*“ fand sich im Edikt häufig im Zusammenhang mit den sogenannten Interdikten.³⁸⁰ Dabei handelte es sich um provisorische Rechtsmittel, die vom Prätor schnell und vor einer eingehenden Untersuchung eingesetzt wurden. Die Interdikte können mit den heutigen einstweiligen Verfügungen verglichen werden.³⁸¹

Wird ein „Baustopp“ verfügt, so hat sich der Bauunternehmer dem zu fügen, kann aber ein Interdikt beantragen, nachdem ihm die Fortführung der Bautätigkeit vorläufig gestattet wird (D. 39,1,20 pr.). Voraussetzung ist, dass er entweder dem Antragsteller eine Sicherheit für die Kosten allfälliger Rückbaumaßnahmen leistet, oder es vom Antragsteller „zu vertreten ist“, dass die Sicherheitsleistung unterbleibt (D. 39,1,20,9). „Ist vom Antragsteller zu vertreten“ wird von ULPAN so erklärt, dass dieser eine angebotene Sicherheitsleistung grundlos nicht annimmt (D. 39,1,20,5). „*Per eum stare*“ bezieht sich hier somit auf eine vorsätzliche Annahmeverweigerung.

Ähnliche Schlüsse legt D. 43,27,1,6 nahe. Ragen die Äste eines Baumes auf das Nachbargrundstück, darf der Nachbar sie selbsttätig abschneiden, wenn es vom Baumeigner „zu vertreten ist“, dass dieser den Baumschnitt nicht vorgenommen hat. Dies wird so präzisiert, dass er den Baumschnitt einfach nicht vornimmt („*si tu non facias*“), was auf eine bewusste Weigerung hinweist. Der Baumeigner ist offenbar in der Lage, Gewalt gegen seinen Nachbar anzuwenden – sonst müsste diese Gewaltanwendung nicht

³⁸⁰ So etwa in D. 43,32,1 pr.: Interdikt des Mieters gegen den Vermieter, ihn nicht samt Fahrnissen am Verlassen des Grundstücks zu hindern, wenn er für die aushaftende Miete Sicherheit leistet, oder es vom Vermieter zu vertreten ist, dass die Sicherheit nicht geleistet wird; Auch D. 43,15,1 pr.: Interdikt eines Anliegers an einen öffentlichen Fluss, der Wasserbaumaßnahmen durchführen lassen möchte, gegen Nachbarn, die ihn davon abhalten möchten, wenn er Sicherheit leistet oder es nicht zu vertreten hat, dass die Sicherheitsleistung unterbleibt. Das betont starke öffentliche Interesse an den Flussregulierungen (D. 43,15,1,1) deutet auf eine enge Auslegung des „*per eum stare*“ hin. In beiden Fällen fehlt es aber an einem eindeutigen Beweis, dass damit Verschulden gemeint ist.

³⁸¹ Vgl. Kaser, Römisches Privatrecht² (1971) 141; Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht² (1996) 416⁶⁴.

untersagt werden. Daher kann kaum angenommen werden, dass er körperlich außer Stande ist, die Äste abzuschneiden.

b) Wie verwendet PAULUS *per eum (non) stare*?

Sinnvollerweise müssen sich Vergleiche auf die Verwendung des Ausdrucks bei PAULUS konzentrieren: In den Digesten sind mindestens 26 Stellen überliefert, in denen PAULUS diese Formulierung gebraucht.³⁸² Überwiegend verwendet er sie, um Vorsatz oder Fahrlässigkeit einer Partei zu bezeichnen. Einige Stellen erhellen die Bedeutung nicht vollständig, deuten aber auf Verschulden oder einen ähnlich engen Begriffsinhalt hin. Ganz wenige Texte deuten für sich genommen auf einen über die *culpa* hinausgehenden Begriffsinhalt, lassen aber eine Substituierung durch den Begriff *culpa* dennoch zu.

In D. 2,8,8,4 verwendet er „*per heredem stare*“ als Synonym für „*culpa aut dolus heredis*“, setzt das Vertreten-Müssen des Erben also mit Schuld oder Vorsatz gleich. Auch in D. 14,2,10,1 verwendet er die Formulierung „*nec per eum stare*“ als Synonym für „*sine dolo malo et culpa*“: Fünf Fälle seien demnach gleich zu behandeln, in denen ein Schiffseigentümer einem Auftraggeber keinen Ersatz leisten muss:

- (i) Ein morsches und altes Schiff ist mit den Waren des Auftraggebers gesunken, doch auch ein jüngeres Schiff ist gleichzeitig untergegangen.³⁸³
- (ii) Der Kapitän wird von der (Zoll-?) Behörde festgehalten.
- (iii) Ein pönalisierter Liefertermin wird nicht eingehalten, die Vertragsstrafe muss dennoch nicht bezahlt werden, wenn die Verspätung nicht vom Transporteur zu vertreten war.
- (iv) Das Schiff kann wegen der Erkrankung des Kapitäns nicht auslaufen.
- (v) Das Schiff kann wegen hohen Seegangs nicht auslaufen.

Alle fünf Fälle weisen einen engen Zusammenhang zum „Betriebskreis“ des Reeders auf, sodass es unwahrscheinlich ist, dass irgendein vom Reeder nicht verschuldetes Ereignis die Ersatzpflicht auslöst.

³⁸² D. 2,8,8,4, D. 2,8,8,6, D. 10,4,10 pr., D. 13,7,20,2, D. 14,2,10,1, D. 18,6,5,pt, D. 18,6,12 pr., D. 19,1,21,3, D. 19,2,38 pr., D. 19,2,38,1, D. 22,1,38,1, D. 23,3,56 pr., D. 24,1,57 pr., D. 35,1,45 pr., D. 35,1,81,1, D. 35,1,84 pr., D. 40,7,20,3, D. 43,3,2,1, D. 43,3,2,4, D. 44,7,45 pr., D. 45,1,35 pr., D. 45,1,49 pr., D. 45,1,49,1, D. 45,1,49,2, D. 47,2,13 pr., D. 50,1,21,5;

Dies hat eine Computeranalyse ergeben. Es sind jene Stellen, die in der Inskription die Zeichenkette „Paul*“ und innerhalb eines Satzes die Zeichenketten „per“ und eine der 145 möglichen grammatikalischen Formen von „stare“ enthalten, wobei zwei Fehltreffer auszuschließen waren.

³⁸³ Ähnlich D. 44,7,45 pr.: Der Stipulationsschuldner lässt den versprochen Sklaven frei, er haftet dennoch nicht, da der Sklave vor dem Erfüllungszeitpunkt verstirbt.

Auf Vorsatz deutet wiederum D. 2,8,8,6 hin, wo Paulus die Formulierung mit *nolle* (nicht wollen) gleichsetzt.³⁸⁴

Das Vertreten-Müssen der Ehefrau, insbesondere durch ihre Verhaltensweisen, berechtigt ihren Mann dazu, eine Schenkung zu widerrufen, so beispielsweise, wenn sie ihn grundlos verlässt oder zurückweist (D. 22,1,38,1).

Ähnlich wie Ulpian in den oben erörterten Stellen D. 13,5,16,3 und D. 36,4,1,1 hält auch Paulus fest, dass aus der Abwesenheit des Vertreten-Müssens der einen Seite noch nicht auf das Vertreten-Müssen der Gegenseite geschlossen werden kann (D. 23,3,56 pr.). Vertreten-Müssen setze voraus, dass die jeweilige Person den Umstand kontrollieren könne, der Tatbestand sei daher von Unmöglichkeit und höherer Gewalt abzugrenzen (D. 45,1,35 pr.).

Manche Stellen würden zwar eine Übersetzung mit „ist (nicht) zu seinem Gefahrenkreis zu rechnen“ prima facie zulassen, doch wäre dann höchst erstaunlich, welche Fälle aus dieser Haftung dennoch ausgeklammert werden: So hat weder der Stipulationsschuldner den Tod des in seiner Obhut befindlichen Sklaven (D. 44,7,45 pr.) noch der *pater familias* die Spekulationsgeschäfte seines Haussohnes zu vertreten (D. 45,1,49,1), auch ein Minderjähriger hat es nicht zu vertreten, wenn er vertragsbrüchig wird (D. 45,1,49,2). Soll die Formulierung im Sinne einer Sphärentheorie verstanden werden, wäre zu bedenken, dass nicht einmal der eigene Körper der Sphäre einer Vertragspartei angehört: Ähnlich wie die Erkrankung des Seemanns (D. 14,2,10,1) wäre wohl auch der eigene Tod nicht vom „Gefahrenkreis“ des Anwalts erfasst (Paulus D. 19,2,38,1 nennt zwar den Umstand nicht beim Namen, bezieht sich aber wohl auf denselben Sachverhalt wie Ulpian in D. 50,13,1,13).³⁸⁵

Zuletzt sei noch die Stellen D. 2,13,7 pr. verwiesen. Paulus verwendet dort zwar nicht die Formulierung „*per eum stare*“. Aufschlussreich ist jedoch, dass er hier, ähnlich wie Gaius nicht zwischen höherer Gewalt und niederem Zufall differenziert.³⁸⁶ *Neglegentia* (gleichbedeutend mit *culpa*) ist die in diesem Fragment die Antithese zu *casus maior*, die beiden Fälle grenzen damit direkt aneinander. Das gleiche Verständnis bringt er in D. 13,7,30 zum Ausdruck.³⁸⁷ Das ist umso bemerkenswerter, als für die oben behandelte

³⁸⁴ Ähnlich in D. 35,1,84 pr.: Die Freigelassenen weigern sich, der Bitte des Sohnes ihres ehemaligen Herrn nachzukommen und vereiteln somit eine Bedingung.

³⁸⁵ Ähnlich hat nach Ulpian auch ein Freigelassener die eigene Erkrankung nicht „zu vertreten“, und schuldet deshalb für die ausgefallene Arbeitsleistung keinen Ersatz (D. 38,1,15 pr.), vgl. *Ernst*, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 86¹⁰⁴; *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung SDHI 34 (1968) 183ff, 201.

³⁸⁶ Siehe dazu unten S. 118, I.A.6.f) Beziehung zwischen niederem Zufall und Verschulden.

³⁸⁷ Vgl. *Goldschmidt*, Das receptum nautarum (1860) ZHR 3, 58ff, 90.

Paulus-Stelle D. 19,2,62, sehr wohl von einer Differenzierung zwischen höherer Gewalt im weiteren Sinn (*vitium soli*) und niederem Zufall (*vitium operis*) auszugehen ist.

Es sei noch auf jene Stellen eingegangen, die auf den ersten Blick gegen die hier vertretene These zu sprechen scheinen.

Wenn beim Kauf der Verkäufer die Nichterfüllung „zu vertreten“ hat, haftet er dem Käufer auf das Interesse, wobei die Höhe dieses Interesses nicht ausufernd berechnet werden darf (D. 19,1,21,3). In den unmittelbar vorstehenden Paragraphen wird die Schlechterfüllung behandelt, wobei in zwei Beispielen eine Haftung für die vorsätzliche Schlechterfüllung bejaht wird (D. 19,1,21 pr. und 1), einmal die Haftung für die nicht-vorsätzliche Schlechterfüllung verneint (D. 19,1,21,1) und einmal bejaht wird (D. 19,1,21,2). Labeo (D. 18,1,45), Pomponius (D. 19,1,6,4) und Julian (D. 19,1,13 pr.) haben Verschulden als Voraussetzung für eine Interessenshaftung beim Kauf angenommen.³⁸⁸ Insofern ist es möglicherweise nur der moderne Blickwinkel, der in der Stelle D. 19,1,21,3 zu einem breiterem Begriffsverständnis verleiten möchte.

Die größten Bedenken rufen allerdings die Paragraphen D. 18,6,5 und D. 18,6,13 hervor. Im ersteren Fall hat es der Weinkäufer „zu vertreten“, dass der Wein nicht abgeholt wird, im zweiten Fall hat es der Bettenkäufer „zu vertreten“, dass die Betten einfach auf der Straße abgestellt wurden, wo sie der Ädil³⁸⁹ zusammenschlagen hat lassen. Der Annahmeverzug bewirkt hier den Übergang der Gefahr auf den Käufer. Hier ist zu beachten, dass nach der Perfektionstheorie, die Perfektion beim Kauf den Gefahrenübergang bewirkt (*periculum est emptoris*), diese tritt normalerweise bereits mit Vertragsabschluss ein.³⁹⁰ Möglicherweise war in den Beispielen von Paulus aus Vorräten zu leisten, oder Betten und Wein waren zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht hergestellt. Eine vergleichbare Wirkung kam dem Annahmeverzug auch bei den gewöhnlichen Kaufverträgen zu, hier reduzierte er die Haftung des Verkäufers von einer *custodia*-Haftung auf eine *dolus*-Haftung.³⁹¹

Verschulden war jedoch – nach früher stark umstrittener Auffassung³⁹² – keine Voraussetzung für den Annahmeverzug. So konnte – zumindest nach der Auffassung

³⁸⁸ Ebenfalls für die Schlechterfüllung; vgl. Kaser, *Römisches Privatrecht*² (1971) 556f.

³⁸⁹ U.a. für die Marktaufsicht zuständiger Magistrat; Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*¹⁷ (2003) 268; Mommsen, *Römisches Staatsrecht*² (1877) II 488f.

³⁹⁰ Jakab, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 189ff, 190.

³⁹¹ Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*² (1971) 552.

³⁹² Vgl. Müller-Foell, *Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag* (1982) 17²²; Vertreter der *culpa*-Theorie waren insbes. v.Schey, *Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und gemeinen Recht*

Ulpian – Annahmeverzug auch dann eintreten, wenn der Gläubiger durch Krankheit, Gewalt oder schlechtes Wetter an der Annahme gehindert war (D. 13,5,18 pr.). Möglich ist aber, dass Paulus mit dem „Vertreten-Müssen“ in D. 18,6,5 und D. 18,6,13 dennoch Verschulden gemeint hat, da er besonders plakative und nicht exklusiv zu verstehende Beispiele für den Annahmeverzug gesucht oder reale Fälle beurteilt hat.

c) Was bedeutet dies für D. 19,2,38 pr.?

Eine Gesamtschau dieser Bestimmungen ergibt somit, dass Paulus wohl eine engere Vorstellung vom Rechtsbegriff „*per eum stare*“ hatte und es häufig mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit gleichsetzt. Ausgeschlossen werden kann, dass eine Partei Umstände „zu vertreten“ hat, die zur höheren Gewalt zu zählen sind. Die höhere Gewalt definiert Paulus insbesondere über die Unwiderstehlichkeit (D. 4,2,2). Dass der Begriff den niederen Zufall einschließt (unverschuldete aber potentiell beherrschbare Umstände), kann zwar nicht ausgeschlossen werden, scheint aber unwahrscheinlich.

Daher hat Paulus dem Dienstnehmer in allen Fällen den Lohnanspruch belassen, in denen das Unterbleiben der Arbeitsleistung nicht von ihm verschuldet war. Selbst eng mit seiner Person verwobenen Umstände, wie die eigenen Erkrankung, fielen nach dieser Regel dem Arbeitgeber zur Last.

Verfehlt ist es also, D. 19,2,38 pr. im Sinne einer Sphärentheorie zu deuten.

2. Sozialhistorische Überlegungen

Es ist einzugestehen, dass eine umfangreiche Gefahrtragung durch den Dienstgeber schwer mit unserer sozialgeschichtlichen Vorstellung von der römischen Gesellschaft zusammenpasst. Es ist kaum vorzustellen, dass zu einer Zeit, da Sklaven in Bergwerken zu

(1884) 132; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (1887) II 86; Wolff, Zur Lehre von der Mora (1841) 254ff; v.Madai, Die Lehre von der Mora (1837) 227ff; dazu kritisch F.Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht (1855) III 134 (keine *culpa* aber zumindest ein „subjektives Moment“); die Kontroverse zur Kenntnis nehmend entschieden sich die beiden BGB-Kommissionen gegen die *culpa*-Theorie: Mugdan (Hrsg) Materialien zum BGB (1899) II 37.

Tode geschunden wurden,³⁹³ und auch die freien Arbeiter als „dreckig und unehrlich“³⁹⁴ gegolten haben, diese von einer so arbeitnehmerfreundlichen Regelung profitiert haben sollen. Konsequent zu Ende gedacht wären den römischen Arbeitern durch das *periculum conductoris*-Prinzip weitergehende Rechte zugekommen, als sie heutigen Arbeitnehmern durch die zeitlich beschränkte Entgeltfortzahlung im Krankenstand, Pflegeurlaub, Übersiedelungstagen und dergleichen zustehen.

a) Effektivität arbeitsrechtlicher Gefahrtragungsregeln

Doch die Frage, ob die Rechtsregel in der Arbeitsrealität Wirksamkeit entfaltet hat, darf mit der Interpretation des paulinischen Satzes an sich nicht vermengt werden. Nach dem Eindruck des Verfassers zählen selbst in der arbeitsrechtlichen Realität der Gegenwart die Gefahrtragungsregeln (§§ 1154b, 1155 ABGB, § 1 EFZG, § 8 AngG) zu den am häufigsten missachteten Normen überhaupt. Regelmäßig werden Erkrankungen mit unberechtigten fristlosen Entlassungen quittiert, sodass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst gerichtlich erstritten werden muss.³⁹⁵ In vielen Gastronomiebetrieben und Handelsunternehmen ist es üblich, Mitarbeiter bei schwacher Auftragslage „nach Hause zu schicken“ – diese gem § 1155 ABGB regelmäßig zu entlohnende Zeit wird als angebliche Zeitschuld („Minusstunden“) vom Lohn in Abzug gebracht. Auch enthalten Arbeitsverträge regelmäßig unzulässige Vertragsklauseln.³⁹⁶

³⁹³ Freilich ist hier zu differenzieren: Die Lebensbedingungen der Sklaven variierten stark, wobei sich gebildete Hausklaven aus Oberschichtshaushalten hinsichtlich ihrer Kleidung, Nahrung und Behausung in einer besseren Situation befanden als etwa das freie Stadtproletariat; Auch im Bergbau herrschten unterschiedliche Arbeitsbedingungen: Aus den *lex metalli Vipascensis* (FIRA T 1 Nr. 104 und 105) wurde geschlossen, dass die (teilweise freien) Bergarbeiter in Vispasca (nahe dem heutigen Aljustrel, Portugal) über relativ gute Arbeitsbedingungen verfügten: Die Arbeitnehmern hatten Zugang zu Badeanstalten, Schulen, Friseuren, Schustern und Walkern. Die Verstoßung aus dem Bergwerk wurde als Strafe empfunden: In anderen Bergwerken herrschten unmenschlichste Arbeitsbedingungen: die Bergwerkssklaven überlebten häufig nur kurz. Dies ist auch daran zu erkennen, dass die Zwangsarbeit im Bergwerk als Todesstrafe gesehen wurde (D. 28,1,8,4); DIODORI SICULI, *Bibliotheca historica*, 5,38,1; STRABON, *Geographica*, XII,3,40; Zum Bleibergwerk: VITRUVIUS, *de Architectura* VIII,6,11; *De Martino*, *Wirtschaftsgeschichte des alten Roms* (1985) 96f.

³⁹⁴ Siehe dazu bereits oben: CICERO, *de officiis* 1,42,150;

³⁹⁵ Vgl zB OTS-Presseaussendung der Arbeiterkammer Oberösterreich vom 10.02.2017.

³⁹⁶ Beispielsweise gaben in eine Studie aus dem Jahr 2013 24 % der Personen mit einem Monatseinkommen bis € 1.300 an, von einer Konkurrenzklausel betroffen zu sein. Derartige Klauseln sind bei monatlichen Entgelt unter dem in § 36 AngG bzw § 2c Abs 2 AVRAG genannten Betrag unwirksam (für 2013: € 2516,- brutto bzw. € 2156,57 bei 14 Bezügen); *Vevera*, *Studie zu Klauseln in Arbeitsverträgen* (2013) 14.

b) Teurer Zugang zum Recht

Die Arbeiter des alten Roms werden häufig Analphabeten ohne nennenswertes Vermögen gewesen sein, die kaum über das „allerheiligste Wissen vom Zivilrecht“³⁹⁷ verfügten, und sich keine Rechtsvertreter leisten konnten.³⁹⁸ Hiervon zeugen zwei Gedichte aus neronischer Zeit:

PETRONIUS, Satyricon 14,2:

*Quid faciunt leges, ubi sola pecunia regnat,
aut ubi paupertas vincere nulla potest?
Ipsi qui Cynica traducunt tempora pera,
non numquam nummis vendere vera solent.
Ergo iudicium nihil est nisi publica merces,
atque eques, in causa qui sedet, empty probat.*

Was denn vermögen Gesetze, wo doch nur Vermögen entscheidet,
Armut niemals den Sieg sich zu erringen vermag?
Kaufen doch selbst die Männer, bepackt mit dem kynischen Ranzen,
Häufig mit Geld sich ein, was sie als Wahrheit erkannt.
Folglich erweist das Gericht sich als öffentlich käufliche Ware,
Und der den Vorsitz führt, heißt das Erstandene gut.³⁹⁹

MARTIALIS, Epigramme 2,13:

*Et iudex petit et petit patronus.
solvas censeo, Sexte, creditori.*

Der Richter will von dir Geld, der Anwalt will von dir Geld –
meine Meinung dazu, Sextus: Du solltest dem Gläubiger zahlen.⁴⁰⁰

Die Arbeiter haben wohl faktisch über keine Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung verfügt. Das ist wohl auch der wahre Grund, warum in den Digesten verschwindend wenige arbeitsrechtliche Fälle auftauchen. Um diese These zu untermauern, soll die Häufigkeit der Erwähnung von Arbeitern in den Digesten zu einer Vergleichsgruppe untersucht werden. Als Vergleichsgruppe sollen die Reeder herangezogen werden. Dazu soll zunächst die Personenzahl der beiden Gruppen quantifiziert werden, dann die Häufigkeit ihrer jeweiligen Erwähnung geprüft werden.

³⁹⁷ So ULPIAN: D. 50,13,1,5: „res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonesta“, vgl. *Liebs*, Der ungeliebte Jurist in der römischen Welt, ZSS 123 (2006) 1ff, 16.

³⁹⁸ Ob rechtsfreundliche Hilfe grundsätzlich kostenlos erteilt wurde, wie ULPIAN in D. 50,13,1,5 weismachen möchte (auch OV.am. 1,10,39), scheint daher fraglich. In APUL.met. 10,33 bezeichnet der Anwalt APULEIUS seine Standesgenossen als gierige Geier (*togati vulturii*), doch auch selbst hatte er in diesem Beruf Vermögen angehäuft (APUL.met. 11,28-30), was nicht ungewöhnlich war (MARTIAL 2,30;14,219;8,7). Auch das Verbot einer prozentuellen Honorierung im Erfolgsfall (D. 17,1,6,7, D. 50,13,1,12) wurde sicher nicht grundlos aufgestellt; In D. 50,13,1,12 wird das Honorar pro Fall auf 100 *aurei* begrenzt: das ist etwa das siebenfache Jahressold eines Soldaten unter Commodus, der dachische Bergmann aus CIL III, 948 IX hätte für diese Summe 36 Jahre im Bergwerk schuften müssen; Vgl. zum Legionärssold: *Berger*, A Labor Contract of A.D. 164, Classical Philology Vol 43 No 4 (1948) 231ff, 237³⁵.

³⁹⁹ *Gurlitt* (Übers) Petronius, Satiren (1924) § 14.

⁴⁰⁰ *Barié/Schindler* (Übers) Epigramme. Gesamtausgabe Lateinisch-deutsch³ (2013) 131.

c) Statistische Unterrepräsentation freier Arbeiter?

Egal in welchem Verhältnis die freien Arbeiter zu den Sklaven letztlich gestanden haben, wird es gewiss insgesamt deutlich mehr Tagelöhner als Schiffseigentümer gegeben haben. So waren nach einem Bericht des Kaiser Augustus um 18 v. Chr. 200.000 Unterschichtsfamilien in Rom, somit fast die Hälfte der Gesamtbevölkerung,⁴⁰¹ von öffentlichen Getreidespenden abhängig.⁴⁰² Da auch diese nicht immer zur Abwendung von Hungersnöten beitragen konnten,⁴⁰³ muss ein Großteil dieser Personen bereit gewesen sein, Arbeiten für minimale Geldbeträge zu verrichten.⁴⁰⁴ Dazu kam, dass nur aus besonderem Anlass neben dem Freigetreide auch Geld an die Plebejer verteilt wurde. Während der 17-jährigen Regentschaft des Augustus kam es zu vier solchen *congiaria*, wobei jeweils nur einige dutzend Denare pro Person ausgeschüttet wurden. Da aber rund 44.300 *insulae* (Zinskasernen) gewinnbringend vermietet werden konnten, müssen die Plebejer anderwärtig zu Geld gekommen sein.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ Zu den 200.000 Familienvätern kann die gleiche Zahl Frauen gerechnet werden, dazu noch je 120.000 männliche und weibliche Minderjährige = insgesamt 640.000 Personen. Die Ablehnung vieler weiblicher Neugeborenen dürfte in der Unterschicht nicht so verbreitet gewesen sein (CASS.DIO. 54,16,1). Die Zahl von 120.000 männlichen minderjährigen Plebejern errechnet Kolb aus der Differenz der im augusteischen Tatenbericht (Mon. Anc. 15,21) genannten mit den in Suet.Aug. 41,2 erwähnten Zahlen, der sie mit den Altersangaben bei Sueton verknüpft: Kolb, Rom: die Geschichte der Stadt in der Antike (1995) 451ff; Diese Kinderzahl scheint auch angesichts der *Lex Iulia et Papia* plausibel (GAI.inst 1,145;1,194; I. 1,15).

Die Einwohnerzahl des antiken Roms – zeitliche Differenzierung wäre zwar geboten ist aber kaum möglich – schätzt Mommsen auf 1,5 Mio: T.Mommsen, Reden und Aufsätze (1905) 313; Das scheint als realistische Untergrenze: so weiß man von rund 44.300 *insulae* (bis zu siebenstöckige Massenquartiere) im Jahr 312 n. Chr. Die Zahl der *insulae* für die 14 Bezirke ist aus den Discriptio XIII regionum urbis Romae, Curiosum – Notitia überliefert. Auch der Wasser- und Getreideverbrauch des alten Roms untermauern diese Größenordnung: Die 9 (später 11) Wasserleitungen lieferten um 100 n. Chr. rund 0,2km³ Wasser jährlich (12.363 bis 24.805 *quinariae* pro Tag, FRONTIN.aqu. 2,64-73), etwa der doppelte Verbrauch des heutigen Wiens. Der Verbrauch von 200.000t Weizen pro Jahr (für 211 n Chr. SHA Sept.Sev. 23,2) würde als alleiniges Nahrungsmittel etwa 1 Mio Menschen speisen, ausgehend vom öst Brotverbrauch der Nachkriegszeit 2,2 Mio, vom heutigen Brotverbrauch bis zu 3,6 Mio Menschen. Schließlich ist auf die Größe des Siedlungsareals (die aurelianische Mauer aus dem Jahr 271/282 n Chr umspannt 1373 ha, was plausiblen 1.090 Pers./ha entspräche), des claudischen Hafenbeckens (S.92⁴¹⁰), der Diokletiansthermen (3.000 Besucher) oder des Kolosseums (50.000 Plätze) zu verweisen.

Vgl Wasserverbrauch steigt auf 160 Liter pro Person, <http://wien.orf.at/news/stories/2726603/> abg 19.6.16; Österreichs Brotverbrauch, WIFO, Monatsbericht 1950,12, 626ff; Unterernährung <http://de.wfp.org/hunger/unterern%C3%A4hrung> abg 19.6.16; Brotkonsum hat sich fast halbiert, <http://wien.orf.at/news/stories/2571327/> abg 19.6.16; Kolb, Rom (1995) 542f; Kolb, Die Stadt (1984) 162ff.

⁴⁰² AUGUSTUS, Res Gestae: Mon. Anc. 15, 21

⁴⁰³ So etwa die Hungersnot während der Regentschaft des Kaiser Claudius, 41 n. Chr. – 54 n.Chr: Höckmann, Antike Seefahrt (1985) 77.

⁴⁰⁴ Manche Freie gaben sich sogar als Sklaven aus (Scheinsklaven): D. 3,5,18,2; und D. 3,5,5,9; vielleicht auch D. 3,5,36; D. 18,1,4f; D. 40,13,4; in D. 39,4,12,2 und D. 47,8,2,14 unklar ob Scheinsklave oder freier Arbeitnehmer. Manche Sklaven waren über ihre Freilassung höchst unglücklich (PLAUT.Epid 725, PLAUT.Cas. 2,4,293; 4,3,801); das Los der Freigelassenen nennt Epiktet eine ärgere „Sklaverei“ als die eigentliche Sklaverei (EPIKT.diatr. 4,1,33). Zu D. 39,4,12,2 und D. 47,8,2,14: Bürge, mercennarius, ZSS 107 (1990) 80ff, 58f.

⁴⁰⁵ siehe S. 90⁴⁰¹.

Die Löhne werden sich den Nahrungsmittelkosten für Sklaven angenähert haben, wobei man sich bei Beschäftigung eines freien *mercennarius* die Anschaffungssumme eines Sklaven ersparte.⁴⁰⁶ Allein aus wirtschaftlicher Vernunft muss daher ein Teil dieser Unterschichtsangehörigen auch als Lohnarbeiter beschäftigt worden sein. Selbst wenn nur jeder zehnte Plebejer gelegentliche Arbeiten übernahm, müssen diese Arbeiterheere aus zehntausenden Personen bestanden haben.⁴⁰⁷

Um die Vergleichsgruppe der Reeder zu quantifizieren, ist zu bedenken, dass die Herstellung eines einzigen Schiffes unzählige Arbeitsstunden von Schiffszimmerleuten in Anspruch genommen hat,⁴⁰⁸ für den Betrieb war eine Mannschaft von dutzenden bis hundert Matrosen erforderlich. Im gigantischen Hafenbecken von Portus, mit dessen Bau 42 n.Chr begonnen wurde,⁴⁰⁹ konnten „nur“ 100 Schiffen gleichzeitig anlegen, die davor bestehende Anlage war deutlich kleiner gewesen.⁴¹⁰ Aus dem Getreideverbrauch Roms schätzt Höckmann für die ersten beiden Jahrhunderte rund 2.000 Handelsschiffe. Zum Zeitpunkt, da Justinian in Konstantinopel den Thron bestieg, war die Zahl der Schiffe in

⁴⁰⁶ Vgl COLUM. 2,2,12 ; VARRO rust. 1,17,2ff.

⁴⁰⁷ Zur Quantifizierung der freien Arbeiter wurde oben bereits (S. 79³⁴⁷) auf Cäsars Hirtengesetz verwiesen, das für Viehhirten eine Quote von 1/3 Freien vorgesehen hat: Suet. Iul. 42,1; eine relativ unbedeutende Rolle der Sklaven für die Zeit vor dem 2. Jhdt v. Chr. nimmt an *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte des alten Roms (1985) 91ff; *D'Arms*, in *Vittinghoff* (Hrsg) Europäische Wirtschafts- und Sozialgeschichte in der römischen Kaiserzeit (1990) schätzt für die hohe Kaiserzeit die vermögenslosen Freien auf ¼ der Reichsbevölkerung. Aufgrund der zeitlichen und örtlichen Dimension von geringer Aussagekraft ist C. 11,43,7, wonach in Konstantinopel gemäß einem Erlass des Theodosius II. aus dem Jahr 414 n.Chr von den als *Cyziceni* bezeichneten Arbeitern eine Lohnsteuer eingehoben wurde, die offenbar ein gewaltiges Steueraufkommen generierte: *Laqueur*, Istanbuler Mitteilungen: Beiheft, Bd 38-39, 103;

⁴⁰⁸ An der Syracusia/Alexandris – allerdings eines der größten Schiffe der Antike – arbeiteten 300 Meister samt einer ungenannten Zahl von Helfern ein Jahr lang: ATHENAEUS, *Deipnosophistae*, 5, 207; Vgl *Lenschau*, in *Wissowa* (Hrsg) *Paulys RE* (1913) Hieron Nr 13, VIII,2 1503ff.

⁴⁰⁹ *Maischberger*, *Mamur in Rom* (1997) 33.

⁴¹⁰ Vgl *Dettelbacher*, in *Pleticha/Schönberger* (Hrsg) *Die Römer* (1992) Handelsschiffahrt, 203ff, 208; *Schneider* errechnet Platz für 100 Schiffe: *Schneider*, *Geschichte der antiken Technik* (2007) 83; Das kann sich aber nur auf jene Schiffe beziehen, die unmittelbar an der Kaimauer angebunden waren: Das hexagonale Hafenbecken mit einer offenen Seite hatte einen Durchmesser von 700m, die Kaimauer somit $700/2 \cdot 5 = 1750\text{m}$, wobei eine Schifflänge mit 20m angenommen werden kann. Dazu kam eine gewisse Zahl von Schiffen die im Hafenbecken vor Anker lagen: TACITUS berichtet vom Untergang von 200 Schiffen im Hafenbecken 62 n.Chr aufgrund eines heftigen Sturmes: TACITUS, *Annales*, 15,18,1; Der Seeweg könnte etwa die fünffache Zeit des Aufenthalts im Heimathafen in Anspruch genommen haben, sodass der Faktor sechs für die Gesamtzahl der Schiffe dieses Hafens plausibel erscheint ($300 \cdot 6 = 1800$).

Rom bereits deutlich zurückgegangen.⁴¹¹ Doch auch zur Hochblüte der römischen Handelsschifffahrt wird es nicht viel mehr als einige hundert Reeder gegeben haben.⁴¹²

3. Arbeitsrechtliche Konstellationen in den Digesten

Vor diesem Hintergrund erscheinen Arbeitnehmer in den Digesten und somit in juristischen Auseinandersetzungen völlig unterrepräsentiert. Während rund 400 Digestenfragmente einen Schiffseigentümer als Beteiligter des erörterten Sachverhaltes behandeln,⁴¹³ handeln ganz wenige Stellen von der *locatio conductio* in Gestalt des Arbeitsvertrages:

Abgesehen von der hier besprochenen Paulusstelle D.19,2,38 ist noch Ulpian D. 19,2,19,9 zu erwähnen, nach dem ein Sekretär seinen Lohnanspruch für die restliche Vertragsdauer behält, wenn sein Arbeitgeber verstirbt. Da eine Vertrags- bzw Prozesspartei⁴¹⁴ namentlich erwähnt wird (Antoninus Aquilia), wird es sich hier um einen realen Fall gehandelt haben. Allein dadurch, dass der *locator* lesen und schreiben konnte und er sich offenbar einen Ganzjahresvertrag aushandeln konnte, wird es sich um einen Arbeitnehmer in einer untypisch starken Position gehandelt haben.

D. 19,2,26 pr. sagt was rechtens ist, wenn zwei Arbeitsverträge abgeschlossen werden. Die Klagen gegen einen angestellten Kapitän werden in D. 14,1,1,4 und D. 14,1,5 pr. behandelt. Freie Bauarbeiter spielen in D. 39,1,5,3 eine Nebenrolle. Oben wurde auf einige Stellen hingewiesen, die Folgen von bestimmten Arbeitsverträgen behandeln: Insbesondere wurde entlohnte Schauspielerei und Tierkampf als Ehebruch, Standeswidrigkeit, Erbnunwürdigkeitsgrund etc behandelt.

⁴¹¹ Jedes Schiff musste in jedem zweiten Jahr eine *Annona*-Fahrt nach Ägypten unternehmen, um Getreide zu importieren. Nach der Rechnung von Höckmann transportieren 1000 Schiffe pro *Annona*-Saison (20% Verlust), jeweils 337,5 t Getreide (insgesamt 270 000 t) zur Speisung von 1,4 Millionen Einwohnern (192 kg pro Person und Jahr); Höckmann, Antike Seefahrt (1985) 77f; Die Durchschnittskapazität der Schiffe und der Gesamtverbrauch wird von Höckmann vielleicht überschätzt, das Ergebnis erscheint dennoch plausibel: Ein Jahresverbrauch von knapp unter 200 000 t Getreide (75.000 *modi*/Tag) ist für das Jahr 211 in Historia Augusta, Septimus Severus, 23,2 angegeben. Die Flussschiffe (100 Tiberkähne verbrannten ebenfalls im Jahr 62 n.Chr - TACITUS, Annales, 15,18,1; Vgl D. 4,9,1,4) bleiben bei dieser Schätzung außer Betracht.

⁴¹² Bei einer jährlichen Verlustrate von 20% wird aus Gründen der Risikostreuung kaum eine Reederei nur ein Schiff ihr Eigen genannt haben; Vgl Höckmann, Antike Seefahrt (1985) 78; Vgl auch D. 14,2,10,1 wo es nicht ungewöhnlich ist, dass zwei Schiffe gleichzeitig sinken.

⁴¹³ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Insbesondere der gesamte Titel D.14,2 (rund 60 Paragraphen) darüber hinaus: D.2,14,27,8; D.3,4,1 pr.; D.4,8,11,4; D.4,9,1,2; D.4,9,1,3; D.4,9,1,7; D.4,9,3 pr.; D.4,9,3,1; D.4,9,4 pr.; D.4,9,4,1; D.4,9,5 pr.; D.4,9,7,4; D.4,9,7,5; D.4,9,7,6; D.5,3,29 pr.; D.6,1,3,1; D.6,1,16,1; D.6,1,61 pr.; D.6,1,62 pr.; D.7,1,12,1; D.7,4,10,7; D.7,8,12,6; D.9,2,19,2; D.9,2,19,3; D.9,2,19,4; D.9,3,6,3; D.10,4,7,2; D.12,6,55 pr.; D.13,7,18,3; D.14,3,7,1; D.14,3,13,2; D.19,2,13,1; D.19,2,13,2; D.19,2,31; D.19,5,1,1; D.20,4,5; D.21,2,36; D.21,2,44; D.22,2,6;.

⁴¹⁴ Für Ernst ist es der Name des Erben: *Ernst*, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 86.

Daneben finden sich einige Stellen, die andere Formen der Arbeit regeln. Obwohl die Juristen diese Fälle offenbar als mit dem Arbeitsvertrag vergleichbar angesehen haben, hat es sich nicht um Fälle der *locatio conductio* gehandelt.⁴¹⁵

Das Wort *mercennarius* – eine Bezeichnung, die je nach Zusammenhang einen freien oder unfreien Tagelöhner meint – findet sich in den Digesten insgesamt nur sieben Mal. Davon tritt der Tagelöhner fünf Mal als „Zaungast“⁴¹⁶ auf und nur zweimal als unmittelbar Beteiligter: So in D. 47,2,90 und D. 48,19,11,1, wo allerdings erklärt wird, dass ein Dienstherr gegen seine diebischen Tagelöhner keine Diebstahlsklage einbringen könne. Da dies wohl nicht folgenlos geblieben ist, könnte vermutet werden, dass diese – ähnlich den Sklaven⁴¹⁷ – seiner Hausgewalt unterstellt waren und er die Angelegenheit persönlich zu regeln befugt war.⁴¹⁸ Es könnte die Hypothese aufgestellt werden, dass der Dienstgeber auch zur Entscheidung von arbeitsbezogenen Konflikten zwischen ihm selbst und seinem *mercennarius* befugt war, wobei der Tagelöhner, sofern er frei war, als sozial besonders niedrigstehender Arbeitnehmer zu verstehen ist.⁴¹⁹ Zumindest ist schwer vorstellbar, wie ein gerechter Prozess zwischen zwei Parteien ablaufen soll, von denen eine über die andere ein Züchtigungsrecht verfügt oder aber unrechtmäßigerweise von derartigen Verhaltensweisen Gebrauch macht.⁴²⁰

Nimmt man hingegen mit *Bürge* an, der *mercennarius* sei in all diesen Stellen als vermieteter Sklave zu verstehen, würde dies für die zuletzt genannten Stellen D. 47,2,90

⁴¹⁵ Der Tod des Anwalts in D. 50,13,1,13 (darauf dürfte sich auch D. 19,2,38,1 beziehen); der Tod des leitenden Beamten hinsichtlich der Dienstverhältnisse der ihm nachgeordneten Beamten D. 1,22,4, D. 19,2,19,10; die Krankheit des Freigelassenen D. 1,22,4; vgl. *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung SDHI 34 (1968) 183ff, 199; Die Vergleichbarkeit wird auch in D. 11,6,1 pr. und D. 14,1,5 pr. erkennbar.

⁴¹⁶ Ähnlich einem modernem Besitzdienner in D. 8,6,20, in einer gehilfenähnlichen Rolle in D. 39,5,6, D. 43,16,1,20, D. 43,24,3 pr. und D. 43,24,5,11: Als Adjektiv, allerdings wohl metaphorisch: D. 50,13,1,4; Vgl. *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 120ff, 128.

⁴¹⁷ Varro rust. 1,17,4 Colum. 1,8,10ff; 11,1,22; *Nörr*, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 94¹⁴⁰ betont, dass diese drei Stellen keine unmittelbare Aussage über freie Arbeiter enthalten.

⁴¹⁸ *De Robertis*, I rapporti di lavoro nel diritto romano (1946) 199; er schließt dies aus dem Züchtigungsrecht für Lehrlinge (D. 9,2,5,3; D. 19,2,13,4); *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 126: Zuständigkeit des Hausgerichts; Gegen diese Annahme: *Nörr*, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 95; Allerdings könnte *quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit* auch als generelle Aussage verstanden werden, wenn *magister* nicht mit Lehrherr, sondern mit Dienstgeber/Meister übersetzt wird (so in Plin. Ep. 10.74).

⁴¹⁹ Für *Bürge*, *mercennarius*, ZSS 107 (1990) 80ff, 116 ist der *mercennarius* nur ausnahmsweise frei, dann aber dem Sklavendasein sehr nahestehend; *Nörr* vermutet das Wort *mercennarius* als Bezeichnung jedes manuellen Lohnarbeiters: *Nörr*, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 86⁹¹ mwN; vgl. auch *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 301.

⁴²⁰ Vgl. Plin. Ep. 10.74; *Nörr*, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 96¹⁵¹ sieht darin einen Missbrauch.

und D. 48,19,11,1 die Problematik einer Strafgewalt über Freie beseitigen.⁴²¹ Das würde jedoch an der grundsätzlichen Annahme wenig ändern, da bei dieser Deutung die Zahl der Erwähnungen eines freien Arbeiters in den Digesten noch weiter schrumpfen würde.

So oder so ist der Schluss zulässig, dass freie Arbeitnehmer in der römischen Wirtschaftsrealität kaum eine Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung hatten. Die Überlegung des PAULUS basiert daher wohl eher auf einem Gedankenexperiment als auf einer gefestigten Praxis.

4. Epigraphische und literarische Quellen

Die bis heute bestehende Divergenz von arbeitsrechtlicher Theorie und Praxis, die sicherlich in der antiken Gesellschaft noch stärker ausgeprägt war, gilt es auch beim Heranziehen von literarischen oder epigraphischen Quellen zu beachten.

a) Apulleius: Kein Lohn für heimgesandten Zimmermann

So hat *Röhle* insbesondere mit einer Passage aus den *Metamorphoses* (*Asinus Aureus*) des APULLEIUS argumentiert.⁴²² In Apul. Met 9,5-7 geht ein armer Zimmermannsgeselle in aller Früh in die Werkstatt, woraufhin seine untreue Ehefrau sogleich Besuch von ihrem Liebhaber erhält. Unerwartet kehrt er zurück, woraufhin ihm seine Frau – um ihn nicht eintreten zu lassen – vorwirft, dass er für den heutigen Tag kein Geld nachhause bringe. Er entschuldigt sich damit, der Meister habe eine rechtliche Angelegenheit am Forum zu erledigen gehabt und den Arbeitern daher freigegeben. Dennoch könne er das heutige Abendessen bezahlen, da er ein altes Fass verkauft habe.

Aus dem Sachverhalt hat *Röhle*,⁴²³ wie zuvor schon *De Robertis*⁴²⁴ und *Alzon*⁴²⁵ geschlossen, dass der Arbeiter die Entgeltgefahr getragen hat (*periculum locatoris*). *Thomas* hat diese Überlegung mit dem Argument abgelehnt, das Gezanke der Ehefrau könne auch anders gemeint sein. Daraus könne der Schluss nicht gezogen werden, dass der Zimmermann seinen Lohn nicht erhalte.⁴²⁶ Hier übersieht er, dass es nicht die Reaktion der

⁴²¹ *Bürge*, mercennarius, ZSS 107 (1990) 80ff, 126f; Das Argument wird durch den Kolonat relativiert, wo zwischen den beiden statusrechtlich freien Parteien auch eine *locatio conductio* vorlag und sich dennoch im Laufe der Zeit für den *colonus* immer tiefgreifendere Freiheitsbeschränkungen herausbildeten, S.63 Fn. 261.

⁴²² *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung SDHI 34 (1968) 183ff, 186.

⁴²³ *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung, SDHI 34 (1968) 183ff, 193.

⁴²⁴ *De Robertis*, I rapporti di lavoro nel diritto romano (1946) 148f.

⁴²⁵ *Alzon*, Les risques dans la „locatio conductio“, Labeo 12 (1966) 311ff, 321.

⁴²⁶ *Thomas*, The Worker and his Wage, in FS Verdam (1971) 201ff, 204.

Frau, sondern das Verhalten und die Aussagen⁴²⁷ des Gesellen selbst sind, aus dem der Lohnausfall abgeleitet wurde. Er hätte sonst nicht das alte Fass verkauft. In der Geschichte geht der Arbeitnehmer für diesen Tag eindeutig leer aus.

Im Ergebnis ist *Thomas* jedoch zuzustimmen, dass aus dem Text für eine *periculum locatoris*-Argumentation nichts gewonnen ist. Beim Gesellen hat es sich nämlich um einen Tagelöhner gehandelt.⁴²⁸ Das ergibt sich daraus, dass er *operas*, (Tag-)werke⁴²⁹ zu verrichten hatte, für die er auch tageweise entlohnt wurde (*hodiernae cenulae*). Dabei handelte sich nicht um einen in täglichen Raten ausbezahlten Gesamtlohn, sondern um eigenständige Löhne für eigenständige Arbeitsverhältnisse. Andernfalls wäre anstelle von Plural *mercedibus* von Singular *mercede* die Rede, so wie auch in D. 19,2,38 pr., in CIL III, 948 X und CIL III, 949 XI die Einzahl verwendet wird.⁴³⁰ In den letzteren beiden Fällen bleibt die Singularform *merces* trotz Ausbezahlung in mehreren, in bestimmten Zeitabschnitten gebührenden Raten bestehen.⁴³¹

Das Arbeitsverhältnis wurde für den betreffenden Tag gar nicht begründet, andernfalls wäre er nicht gleich in der Früh⁴³² zurückgekehrt. Damit ist für die Gefahrtragung noch keine Information gewonnen. Das letzte Arbeitsverhältnis hat am Vorabend durch Zeitablauf geendet, für den aktuellen Tag ist kein neues begründet worden.

Doch selbst wenn sich der Zimmermann entgegen dieser Annahme in einem längerfristigen Arbeitsverhältnis befunden hätte, wäre der Text nur von begrenzter Aussagekraft. Die Romanfiguren des *APULEIUS* verfügten kaum über eine juristische Ausbildung.⁴³³ Die Geschichte kann höchstens als Indiz für die mangelnde Rechtseffizienz, nicht aber zur Erschließung des römischen Zivilrechts herangezogen werden.

b) Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg

⁴²⁷ „*tamen* [...]“ – „*trotzdem* habe ich für unser Abendmahl gesorgt“.

⁴²⁸ So auch die Übersetzung von *Rode*, *Apuleius: Der goldene Esel* (1920) 11,5.

⁴²⁹ Vgl. *Kaser*, *Das römische Privatrecht*² (1971) 299, 568⁵⁶; *Kaufmann*, *Die altrömische Miete* (1964) 196.

⁴³⁰ In D. 19,2,19,9 findet sich zwar auch die Pluralform *mercedes*, das bezieht sich aber auf die vielen potentiellen Ersatzarbeitgeber.

⁴³¹ Über einen Jahreslohn: *m[er]c[ede]m per [te]mpora accipere deberit* in CIL III, 948, X; Besser erhalten ist das Wort in CIL III, 949, XI: *Ex qua mercede a[d]huc in cesso accepit * viginti quinqu[e]. Relinqua(m) mercedem per tempora acci[pe]re debebit*.

⁴³² Das ergibt sich aus dem *statim* und dem *Veneris conluctationibus*.

⁴³³ Abgesehen von der Erzählerfigur *Lucius*, die sich als Anwalt vorstellt (Met 11,28-30). Darin wurde ein autobiografisches Element vermutet. Auch die beeindruckende Verteidigungsrede, die *Apuleius* in seinem eigenen Strafprozess gehalten haben soll, deutet auf eine Anwaltstätigkeit des Autors hin, vgl. *Schwabe* in *Wissowa* (Hrsg) *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaften* (1895) *Appuleius* Nr 9, II 1 246ff.

Ähnlich ist das bereits oben erwähnte Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg (Mt 20,1-16) zu analysieren. Freilich wäre auszublenden, dass auch hier von Tagelöhnern gehandelt wird und nicht unbedingt von der Anwendbarkeit des römischen Zivilrechts ausgegangen wird.⁴³⁴

Die Arbeiter, die bereits seit der Früh im Weinberg tätig waren, erhalten den gleichen Tageslohn wie jene, für die nur für die letzte Stunde Beschäftigung gefunden wurde. Jenen Lesehelfern, die zwölf Stunden tätig waren, erscheint dies als ungeheure Impertinenz. Die volle Lohnzahlung wird als Gnade des Dienstherrn dargestellt, niemand kommt auf den Gedanken, auf die Entlohnung der ersten Stunden könnte für alle ein Rechtsanspruch bestehen.⁴³⁵ Das Prinzip „keine Arbeit – kein Lohn“ ist so tief in den Köpfen der antiken Arbeiter und der Adressaten des Gleichnisses verankert, dass sich sogar die eigenen Kollegen am Gedanken einer Entlohnung nicht geleisteter Stunden stoßen. Auch darin soll aber nur ein Zeugnis für die antike Arbeitsrealität, nicht für das antike Arbeitsrecht gesehen werden.

c) **Arbeitsvertrag im dacischen Goldbergwerk**

Eine weitere Quelle ist für die Sozialgeschichte besonders wertvoll: Es handelt sich um die oben bereits angesprochenen Goldbergarbeiterverträge aus der Provinz Dacia, heute im rumänischen Transilvania gelegen. Der umfassendste dieser Verträge ist in CIL III 948, Nr X sowie in FIRA III, Nr 1 50, 466f abgedruckt.⁴³⁶ Der Bergmann hat sich und seine Kinder für etwa ein halbes Jahr verdungen, er erhält dafür 70 Denare. Das Wort *liberisque* (und für die Kinder ...) wurde von einigen als *cibarisque* gelesen, was jedoch unzutreffend sein

⁴³⁴ Vgl Mayer-Maly, Römisches Privatrecht (1991) 122; für vergleichbar hält die Verhältnisse in Galiläa mit jenen in Rom Zimmermann, The Law of Obligations (1996) 384;

⁴³⁵ Anders Bauer, Scholia biblica et patristica (1972) 66: Für ihn liegt das Paradoxon in der Aufnahme der Arbeiter zur vorgerückten Stunde; Hezser, Lohnmetaphorik und Arbeitswelt in Mt 20,1-16 (1990) 34.

⁴³⁶ Übersetzungen finden sich bei: Berger, A Labor Contract of A.D. 164, Classical Philology Vol 43 No 4 (1948) 231ff, 232; bei Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 41f; sowie Müller, Gefahrtragung bei der locatio conductio (2002) 109;

dürfte.⁴³⁷ Aufgrund von diesem Wort wiederum hat *Bürge* erwogen, ob der Bergmann ein Sklave war, wofür sich jedoch keine Anhaltspunkte finden.⁴³⁸

Er schuldet seine volle und gesunde Arbeitskraft, bleibt er absichtlich von der Arbeit fern, muss er für jeden dieser Tage eine Konventionalstrafe von fünf Sesterzen leisten. Verzugszinsen in der Höhe dieser Konventionalstrafe⁴³⁹ muss auch der Arbeitgeber zahlen, wenn er den Lohn um mehr als drei Tage verspätet ausbezahlt. Kann wegen einem Wassereinbruch nicht gearbeitet werden, so erhält der Arbeiter für diesen Zeitraum keinen Lohn.

Nach *Röhle* ist die Urkunde in bestem Juristenlatein abgefasst, sodass sich diese Urkunde zur Erschließung des römischen Rechts gut zu eignen scheint.⁴⁴⁰ Diskutiert wurde insbesondere die Divergenz der Behandlung des Wassereinbruchs zur Regel des Paulus

⁴³⁷ Das Wort in der vierten Zeile wurde von *Zangemeister* korrekt als *liberisque* (und für die Kinder) identifiziert. *Röhle* übersetzt damit zutreffend mit „Der Dienstverpflichtete sollte siebzig Denare und für die Kinder (so und so viel)‘ erhalten.“ Damit wäre auch erklärt, warum der Lohn im Vergleich zu CIL III, 948 IX relativ hoch ist.

Erwogen wurde auch, das Wort als *cibarisque* (und du wirst gespeist) oder sogar *cibariisque* (und zur Nahrung) zu lesen und es somit als zusätzlichen Naturallohn zu deuten.

Das ist nicht überzeugend: Neben dem (im Fall von *cibarisque*) unschönen Wechsel ins Präsens sowie in die für Verträge unpassende zweite Person, sprechen auch schriftvergleichende Argumente dagegen. Der Schreiber unterscheidet die Buchstaben C und L sehr deutlich: zur Veranschaulichung sei ein Blick auf den Namen Asclepius in der zweiten Zeile geworfen: das C ist ein Halbring, dessen oberster Punkt weit nach rechts ragt. Der Oberstrich des C aus *conductor* in der fünften Zeile überragt sogar die nächsten drei Buchstaben. Das L beginnt er weit links mit einer Krümmung im Uhrzeigersinn, sodass es der Form eines spiegelverkehrten modernen S ähnelt. Diese Krümmung im Uhrzeigersinn ist auch an der Oberkante des L aus *liberisque* klar zu erkennen. Auch das E ist eindeutig zu identifizieren (zwei parallele Vertikalstriche) – ein A stellt der Schreiber ähnlich einem modernen T dar, wobei der Horizontalstrich um 45° nach rechts geneigt ist (Vergleiche das A unmittelbar vor dem fraglichen Wort, oder das A von *actum* am Beginn der untersten Textzeile). Das von *Pólay* behauptete zweite I fehlt in der Urkunde völlig. Dieser Befund wird auch durch die Tabelle bei *Cagnat* bekräftigt, in der sämtliche Buchstaben aus allen Urkunden aus Alburnus Maior herausgearbeitet wurden: *Cagnat*, Cours d'épigraphie latine⁴ (1914) 8.

Der Leseart *cibarisque* folgen: *Carcopino*, Note sur la tablette de Cluj, Revue de philologie 63 (1937) 97ff, 101ff; *Ciulei*, Les triptyques de Transylvanie (1983) 42; Das einzige epigraphische Argument *Carcopinos* ist, dass sich die Buchstaben C und L in der lateinischen Kursivschrift grundsätzlich ähneln können; *Ciulei* hat sich zwar mit dem epigraphischen Erscheinungsbild der Urkunde beschäftigt, fand sie aber auch schwer leserlich; Der Leseart *Carcopinos* schlossen sich an: *Arangio-Ruiz*, Epigrafia giuridica greca e romana, SDHI 5 (1939) 521ff, 622⁷⁴; *Berger*, A Labor Contract of A.D. 164, Classical Philology Vol 43 No 4 (1948) 231ff, 237; *Molnár*, Verantwortung/Gefahrtragung bei der „locatio conductio“, ANRW (1982) II, 14, 583ff, 650; *cibariisque* sogar: *Pólay*, Verträge auf Wachstafeln aus Dakien, ANRW (1982) II, 14, 510ff, 520f; *Manthe*, Comptes Rendus: G. Ciulei, Les triptyques de Transilvanie, TR 54 (1986) 389ff, 393³⁶; *Möller*, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 41²³¹; *Bürge*, Cibaria, in *Schermair/Végh* (Hrsg) Ars boni et aequi: FS Waldstein (1993) 63ff, 76; *Müller*, Gefahrtragung bei der locatio conductio (2002) 112;

Dagegen überzeugend *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages, SDHI 34 (1968) 183ff, 189f der eine Ablichtung der Originalurkunde begutachtete; ebenso *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 570⁷².

⁴³⁸ *Bürge*, Cibaria, in *Schermair/Végh* (Hrsg) Ars boni et aequi: FS Waldstein (1993) 63ff, 76.

⁴³⁹ Das sind beachtliche 652 % p.a.

⁴⁴⁰ *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung, SDHI 34 (1968) 183ff, 192; *Berger*, A Labor Contract of A.D. 164, Classical Philology Vol 43 No 4 (1948) 231ff, 235.

D. 19,2,38,1: selbst nach den sehr dienstgeberfreundlichen Auslegungsvarianten wäre dieses Ereignis sonst vom Bergwerkseigentümer zu vertreten.⁴⁴¹

Röhle, Mrozek, und Ciulei haben dies zur Untermauerung ihrer These vom generellen *periculum locatoris* herangezogen, solche Gefahren hätte im klassischen römischen Recht grundsätzlich der Arbeitnehmer zu tragen gehabt.⁴⁴²

d) CIL III 948 als Beweis für die Dispositivität von D. 19,2,38,1?

Mehrheitlich ist hingegen aus der Klausel der gegenteilige Schluss gezogen worden: Gerade weil ein Wassereinbruch nach römischem Recht dem Dienstgeber zur Last gefallen wäre, musste dies vertraglich abbedungen werden.⁴⁴³ Es habe sich also bei der Regel des Paulus D. 19,2,38 pr. um dispositives Recht gehandelt.⁴⁴⁴

Dem ist weitgehend zuzustimmen. Die Vertragsklausel hat die allgemeine Rechtsregel abbedungen, überschießend ist aber die daraus gezogene Schlussfolgerung, die Rechtsregel wäre abdingbar gewesen. Freilich spricht auch sonst vieles für eine weitgehende Dispositivität der Gefahrtragungsregeln im Arbeitsvertrag. Einerseits die grundsätzlich weitgehende Vertragsfreiheit im römischen Recht, andererseits auch entsprechende Aussagen zum Werkvertrag⁴⁴⁵ und zur Pacht⁴⁴⁶.

Dennoch sind Vertragsabreden bekannt, welche gegen die guten Sitten verstießen – auch wenn der Anwendungsbereich des *bona fides*-Prinzips im Vergleich mit der heutigen Sittenklausel des § 879 ABGB deutlich enger war.⁴⁴⁷ Ein sozialer Schutzgedanke

⁴⁴¹ Röhle, Das Problem der Gefahrtragung, SDHI 34 (1968) 183ff, 192; Thomas, The Worker and his Wage, in FS Verdam (1971) 201ff, 204⁴⁴¹; Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Diss (1990) 46f; Ernst, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 90;

⁴⁴² Röhle, Das Problem der Gefahrtragung, SDHI 34 (1968) 183ff, 193; Ciulei, Les triptyques de Transylvanie (1983) 58⁶⁰; aA Ernst, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 90.

⁴⁴³ Berger, A Labor Contract, Classical Philology Vol 43 No 4 (1948) 231ff, 239; Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 196; Ernst, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 90; Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 184; Alzon, Les risques dans la „*locatio conductio*“, Labeo 12 (1966) 311ff, 320³³; Molnár, Verantwortung/Gefahrtragung bei der „*locatio conductio*“, ANRW (1982) II, 14, 583ff, 649; Manthe, Comptes Rendus: G. Ciulei, Les triptyques, TR 54 (1986) 389ff, 394.

⁴⁴⁴ De Robertis, I rapporti di lavoro nel diritto romano (1946) 149.

⁴⁴⁵ D. 14,2,10 pr., D. 19,2,13,5, D. 9,2,27,29, nisi si aliud actum sit in D. 19,2,36.

⁴⁴⁶ Zumindest der Umfang der „Gewährleistung“ bei der Miete war einer Parteienvereinbarung weitgehend zugänglich: D. 19,2,60,7, D. 19,2,60,9. Auch das Auseinanderdriften von D. 19,2,19,1 (Haftung des Verpächters für giftige Kräuter auf Viehweide) und D. 19,2,15,2 (Gefahr des Ernteverlusts durch Unkrautwuchs trägt Pächter) könnte durch eine unterschiedliche (implizite) Vertragsabrede erklärt werden; ähnlich Harke, *Locatio conductio*, Kolonat, Pacht, Landpacht (2005) 23;

⁴⁴⁷ Häufig diente das Verbot von unsittlichen Geschäften (*contra bonos mores*) dem Schutz der Familie, zB Verbot einer Konventionalstrafe im Fall der Lösung eines Verlöbnisses (Paul D. 45,1,134 pr.), Veräußerung der Erbschaft nach einer lebenden Person (Pap D. 39,5,29,2), oder sonstigen Schutzzwecken, zB nichtiger Kaufvertrag über ein tödliches Gift (D. 18,1,35,2). Aber auch die Klienten von Rechtsanwälten wurden vor Übervorteilung geschützt (D. 50,12,1,12, D. 17,1,6,7), vgl Kaser, Römisches Privatrecht² (1971) 251.

zugunsten der schwächeren Vertragspartei fehlte zwar,⁴⁴⁸ aber grundsätzlich konnten alle Formen der *locatio conductio* an der *bona fides* gemessen werden.⁴⁴⁹ Außerdem unterlagen alle Vertragsklauseln einem Bestimmtheitsgebot (D. 2,14,39, D. 18,1,21) ähnlich dem heutigen § 915 ABGB bzw § 305c Abs 2 BGB (für AGB).

In D. 19,2,60,6 wird eine Vertragsklausel in einem Verwahrungsvertrag erwähnt, nach der sich der Verwahrende von der Haftung für Gold und Silber freizeichnen möchte. Da er dann jedoch zulässt, dass Gold in das Depot gebracht wird, gilt die Klausel als nicht beigesetzt. Hier ist zwar eine konkludente Vertragsänderung naheliegender, doch wäre auch eine Sittenwidrigkeit der Freizeichnungsklausel denkbar.⁴⁵⁰

In D. 19,2,60,3 wird in einem Bauvertrag dem Besteller das Recht der *probatio* eingeräumt, was grundsätzlich den Werkunternehmer hinsichtlich der Gefahrtragung (bzw damit eng verknüpfter Fragestellungen) benachteiligen würde. Da aber auf Wunsch (Weisung) des Bestellers Abweichungen vom ursprünglichen Bauplan vorgenommen werden, erlangt diese Vertragsklausel keine Wirksamkeit.⁴⁵¹ Die Gefahr der untauglichen Bestellerweisung kann somit nicht wirksam überwältzt werden.⁴⁵² Dieser Gedanke könnte auch mit dem letzten Satz von D. 19,2,36 (*non enim amplius praestari...*) zusammenhängen, auch wenn die Formulierung nicht sehr prägnant ist.⁴⁵³

Von manchen wurde eine *emptio venditio*⁴⁵⁴ oder eine *locatio conductio*⁴⁵⁵ als nichtig angesehen, bei welcher der Preis von einem Dritten festgesetzt werden konnte. Unwirksam

⁴⁴⁸ In Ansätzen vielleicht im paternalistischen „Schutz“ weiblicher Interzedenten durch das Senatus Consultum Velleianum (D.16,1,1ff) sowie im Schutz von Minderjährigen (D. 4,4,41).

⁴⁴⁹ Vgl Kaser, Römisches Privatrecht² (1971) 562; Mayer-Maly, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, RdA (1967) 281ff, 284.

⁴⁵⁰ Vgl zur Streitfrage, ob das *venire contra factum proprium* Prinzip im geltenden (dt) Recht aus dem Gebot von Treu und Glauben entwachse oder eine konkludente Willenserklärung sei: Wieling, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976) 334ff, 337.

⁴⁵¹ Nach Buchwitz ergab sich die Erfolgsverbindlichkeit eines Vertrages erst aus der Vereinbarung einer *probatio*. D. 19,2,51,1 und D. 19,2,60,3 vergleicht er mit der modernen „Kontrolle von Geschäftsbedingungen“: Buchwitz, Vertragsklauseln und *probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff, 379, 382, 384; Es bezieht sich zwar D. 19,2,60,3 auf die Schlechterfüllung, allerdings kann davon ausgegangen werden, dass für die Nichterfüllung ähnliches galt. Unmittelbare Auswirkung auf die Nichterfüllungsgefahr hat die vertragliche Regelung der *probatio* soweit es um den Eintritt des Annahmeverzuges geht.

⁴⁵² Die Klauseln in der *lex parieti faciendo puteolana* scheinen genau das zu bezwecken. Allerdings stammt das Dokument erstens aus vorklassischer Zeit, und sagt zweitens die Verwendung einer Klausel noch nichts über ihre Zulässigkeit aus.

⁴⁵³ aA: Dochnahl, Die Gefahrtragung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 287; dieser Satz soll sich auf *vis maior* beziehen.

⁴⁵⁴ So von LABEO und CASSIUS, dagegen OFILIUS und PROCULUS, Gai.inst. 3,140; D. 18,1,35,1.

⁴⁵⁵ Gai. 3,142.

ist eine Klausel, nach der sich eine Partei der völligen Willkür ihres Vertragspartners unterwirft.⁴⁵⁶

Vor diesem Hintergrund scheint es naheliegend, dass zumindest Klauseln, welche die Gefahr der vorsätzlichen Vereitelung des Vertragserfolges durch eine Partei der anderen aufbürdeten, als sittenwidrig betrachtet wurden.⁴⁵⁷ Aber auch die Überwälzung des Risikos für die vorsätzliche Leistungsstörung durch einen (konkreten) Dritten kann zu ähnlichen Äquivalenzstörungen führen, wie die willkürliche Festsetzung des Entgelts durch einen Dritten.⁴⁵⁸

Eine Gesamtschau aller wirksamen und aller unwirksamen Vertragsklauseln spricht eher für die Zulässigkeit der vertraglichen Überwälzung des Risikos eines Wassereinbruchs ins Bergwerk. Dieser Schluss sollte jedoch nicht aus dem bloßen Vorhandensein der Vertragsklausel gezogen werden. Die antiken Arbeitsvertragsverfasser werden sich um die Grenzen des dispositiven Rechts kaum mehr gekümmert haben als ihre neuzeitlichen Nachfolger.

⁴⁵⁶ D. 18,1,7 pr.; D. 19,2,24 pr.; D. 17,2,6; D. 17,2,77; D. 38,1,30 pr.; D. 18,1,35,1; vgl. Kaser, *Römisches Privatrecht*² (1971) 490²⁴; Dieser Gedanke findet sich bis heute in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit: OGH als KOG 14.12.1993, Okt 6/93 (ÖBl 1993, 266).

⁴⁵⁷ „Du erhältst keinen Werklohn wenn ich das Bauwerk aus reiner Willkür nicht abnehme“ – „Du erhältst keinen Werklohn wenn ich selbst das Bauwerk während der Bauphase zerstöre“, vgl. D. 19,2,24 pr..

⁴⁵⁸ „Du erhältst jenen Lohn den mein Freund Titius festsetzt“ – „Du erhältst keinen Arbeitslohn wenn mein Konkurrent Titius dein Tagwerk zerstört“.

VI. Florentinus über verschiedene Bauvertragstypen: D. 19,2,36

Flor. 7 inst.

Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

FLORENTINUS im 7. Buch seiner Institutionen

Ein Werk, das in einem Pauschalpreisvertrag verdungen wird, steht bis zur Abnahme auf Gefahr des Unternehmers. Wenn der Auftrag aber [wie im Normalfall] so erteilt worden ist, dass die Leistung nach Fuß oder Maß erfolgen soll, dann trägt der Unternehmer nur so lange die Gefahr, wie [der jeweilige Bauabschnitt] noch nicht aufgemessen worden ist. Und in beiden Fällen wird der Besteller die Nachteile tragen, wenn es an ihm gelegen hat, dass das Werk nicht abgenommen oder aufgemessen wurde. Davon abgesehen ist es also so, dass [grundsätzlich] im Falle der Zerstörung des Werks durch höhere Gewalt vor der Abnahme der Besteller die Gefahr trägt, wenn nicht [der eingangs erwähnte Vertragstyp] vereinbart wurde, der die gegenteilige Regelung vorsieht. Es muss nämlich dem Besteller nicht für mehr eingestanden werden, als was er durch eigene Mühe und Arbeit erlangt hätte.⁴⁵⁹

In der Diskussion über die werkvertragliche Gefahrtragung wurde kaum einer anderen Stelle mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Der Grund dafür könnte darin liegen, dass sie durch ihre kryptische Textierung von Vertretern verschiedenster Auffassungen zum Nachweis ihrer jeweiligen Theorie herangezogen wurde. Insbesondere hat sie auch *Oertmann*, dem die Erfindung der Sphärentheorie zugeschrieben wird, als Hauptbelegstelle gegolten.⁴⁶⁰

Die hier folgende, eingehende Erörterung ist auch aufgrund des starken Zusammenhangs mit den geltenden Gesetzbüchern gerechtfertigt. Die ersten beiden Sätze des § 644 BGB erscheinen fast als wörtliche Übersetzung dieses Digestenfragments, sofern vom

⁴⁵⁹ Übersetzung entfernt nach *Luig*, in *Behrends* et al (Hrsg) CIC III 581.

⁴⁶⁰ *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 32; Kritisch dazu: *Dochnahl*, Die Gefahrtragung, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 48=12 (1904) 241ff, 287.

verlorengegangenen Wort *aversione* abgesehen wird.⁴⁶¹ Ebenso offenbart auch der auf § 644 BGB basierende erste Satz des § 1168a ABGB noch seinen Ursprung in D. 19,2,36.

Das Fragment entstammt den *institutiones* des Florentinus, einem für Anfänger bestimmten Grundriss, ähnlich dem gleichnamigen Werk von Gaius. Es zeichnet sich durch Streben nach einer durchdachten Systematik aus, leider ist die gegenständlich Stelle die einzige, in der er die *locatio conductio* erörtert.⁴⁶²

Biographische Details sind über Florentinus kaum überliefert, er könnte Zeitgenosse der Kaiser Mark Aurel (161 bis 180) und Commodus (180 bis 192) gewesen sein.⁴⁶³ Möglicherweise aufgrund seiner niedrigen sozialen Stellung wurde er von späteren Klassikern kaum zitiert, dennoch fand sein Werk bei der Kompilation der justinianischen Digesten Beachtung.⁴⁶⁴

Die Stelle handelt von verschiedenen Bauverträgen. Die Art des *opus* wird zwar nicht explizit erwähnt, nachdem das Werk in Fuß vermessen wird (*in pedes mensurare*), ist ein Bauwerk als Vertragsgegenstand sehr naheliegend. Man könnte zwar auch ein Schiff in der Werft in Fuß vermessen, oder auch einen Stoffballen, der aus vom Besteller gebrachten Garn zu weben, oder ein Tau das zu seilen ist.⁴⁶⁵ *Adprobare* beseitigt aber die letzten Zweifel, denn mit diesem Terminus wird ausschließlich die Abnahme eines herzustellenden Bauwerks bezeichnet.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ Vgl. Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 138: „eine merkwürdige Ähnlichkeit im Aufbau“; Dochnahl, Die Gefahrtragung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 303: „L. 36 cit. [D. 19,2,36] stimmt damit fast wörtlich überein“.

⁴⁶² Vgl. Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 40.

⁴⁶³ Nach anderen Zeitgenossen des SEVERUS ALEXANDER (222-235), vgl. Brassloff, in Wissowa (Hrsg) *Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaften* (1909) Florentinus Nr 4, VI 2, 2755.

⁴⁶⁴ Mayer-Maly, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg) *Der kleine Pauly* (1979) Florentinus Nr 3, II, 581.

⁴⁶⁵ Beispiele angelehnt an D. 7,8,12,6.

⁴⁶⁶ So in D. 19,2,60,3 (Herrenhaus) und D. 19,2,62 (Wassergraben); oder in der *lex parieti faciendo puteolana* (CIL X, Nr 1781 = FIRA III, 472ff Nr 153); Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 143; Pietsch, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 23; Martin, A Reconsideration of *probatio operis*, ZSS 103 (1986) 321ff, 321; Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 87; Buchwitz, Vertragsklauseln und *probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff, 349; Zimmermann, *The Law of Obligations* (1996) 404¹¹⁶;

Nach Samter, 143¹ sei der Begriff nicht einmal bei der Reparatur eines öffentlichen Bauwerks (*sarta tecta*) verwendet worden: Allerdings ist Gegenstand jenes Vertrages, bei dem Verres die auch so bezeichnete *probatio* verwehrt gerade *sarta tecta*, konkret die Instandhaltung/Renovierung des bereits bestehenden Kastortempels (Cic. Ver. 2,1,130;141;143); Mommsen, *Römisches Staatsrecht*³ (1952) II 451³ auf den sich Samter beruft, sagt über den Begriff der *probatio* nichts.

In Vitr. arch. 7,5,3-7 ist Vertragsgegenstand ein Wandgemälde im Zusammenhang mit der Neuerrichtung eines Gebäudes;

Zunächst erläutert Florentinus, bei einem Pauschalpreisvertrag habe der Werkunternehmer bis zur Abnahme die Gefahr zu tragen. Bei einem Einheitspreisvertrag trage er diese Gefahren hingegen nur bis zur Zumessung jedes einzelnen Bauabschnittes. In beiden Fällen führt der Verzug des Bestellers mit der Abnahme des Gesamtwerks bzw. Vermessung des Teilstücks zum Übergang dieser Gefahren auf diesen. Dann scheint er jedoch zu sagen, die Gefahr des Werkuntergangs infolge höhere Gewalt trage vor der Abnahme der Besteller, es könne aber etwas Abweichendes vereinbart werden.

Zwei Aspekte sind besonders erstaunlich an D. 19,2,36. Einerseits scheint der erste Satz mit seiner bestellerfreundlichen Grundwertung auf den ersten Blick ein Anachronismus zu sein. Andererseits scheint sich der Duktus des Fragments mit Beginn des vierten Satzes radikal zu ändern, dies wirkt überraschend, fast widersprüchlich. Die beiden Besonderheiten sollen zunächst präzisiert werden, um in einer anschließenden Erörterung den Versuch zu unternehmen, beide Probleme auszuräumen.

1. Florentinus als anachronistischer Vertreter einer bestellerfreundlichen Mindermeinung?

Die Zuweisung der Entgeltgefahr für beiderseits unverschuldete Zufälle an den Werkunternehmer (unpräzise mit „*periculum conductoris*“ angesprochen) kennen wir von Labeo (D. 19,2,62, D. 14,2,10 pr.), der jedoch bereits 15 n. Chr. verstorben ist. In der Juristengeneration des Florentin – seine Schaffenszeit fällt frühestens in die zweite Hälfte des zweiten Jahrhunderts n. Chr.⁴⁶⁷ – scheint er mit diesem bestellerfreundlichen Zugang fast alleine dazustehen.⁴⁶⁸ Paulus (gestorben zwischen 222 und 235 n. Chr.) war mit seiner Kritik an Labeos Lehren nämlich nicht der Erste.

2. Erdbeben während der Bauphase

D. 19,2,59 Iavolenus 5 lab. post.

Marcus domum faciendam a flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. massurius sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, flacci esse periculum.

⁴⁶⁷ FLORENTIN beruft sich in D. 41,1,16 auf den Kaiser Antoninus Pius (138 bis 161 n. Chr.). Manche verorten ihn in der Regentschaft des Severus Alexander (208-235 n. Chr.). Vgl. Brassloff, in: Wissowa (Hrsg.) *Paulys RE* (1909) Florentinus Nr. 4, VI,2 Sp. 2755ff.

⁴⁶⁸ Auf die Ausnahme D. 19,2,15,6 wird unten noch eingegangen; Die historische Entwicklung betont insbesondere Oertmann, *Der Zufall bei der Werkverdingung*, *GrünhutsZ* Bd. 24 (1897) 1ff, 55.

Marcus hatte von Flaccus den Auftrag zur Errichtung eines Herrenhauses übernommen. Dann ist nach Fertigstellung eines Teiles das Gebäude durch ein Erdbeben zerstört worden. MASSURIUS SABINUS sagt, wenn sich das durch Einwirkung von Naturkräften, wie etwa ein Erdbeben, ereignet habe, trage Flaccus die Gefahr.⁴⁶⁹

Die Stelle stammt von Lucius Javolenus Priscus. Dieser Jurist übte verschiedene Ämter gegen Ende des ersten Jahrhunderts n. Chr. aus, er wird am Scheidepunkt von Hoch- zur Spätclassik verortet.⁴⁷⁰ Für Javolen charakteristisch ist der Ansatz, Sachverhalte einzelfallbezogen zu betrachten und vor unnötigen Definitionen bzw Verallgemeinerungen zurückzuschrecken:⁴⁷¹ „*Omnis definitio in iure civili periculosa est*“ (D. 50,17,202). Zu seinem Werk zählen etwa die 14 *libri epistularum*. Er war unter anderem Lehrer des Julian, und fungierte als Schulhaupt der Sabinianer.⁴⁷²

Der von ihm zitierte Massurius Sabinus war sein Vorgänger in dieser Funktion, er ist auch einer der beiden Namenspatrone der sabinianischen bzw cassianischen Rechtsschule. Sabinus stand diesem Kreis ab dem Jahr 22 n. Chr. vor – lebte also eine Generation nach Labeo.⁴⁷³ Durch seine Arbeit konnte er hohe Reputation erwerben, ursprünglich aus einfachen Verhältnissen stammend wurde er im fortgeschrittenen Alter in den Ritterstand erhoben.⁴⁷⁴ Von Kaiser Tiberius wurde ihm auch das Privileg zur Erteilung öffentlicher Rechtsgutachten verliehen.⁴⁷⁵

In D. 19,2,59 berichtet Javolen von einem Erdbeben, das sich ereignet, als eine *domus* – ein stattliches Herrenhaus⁴⁷⁶ – teilweise fertiggestellt wurde. Sabinus bezeichnet das Erdbeben als *vis naturalis* und entscheidet, dass der Besteller das *periculum* zu tragen habe. Damit kann also nur gemeint sein, dass der Besteller dem Werkunternehmer den Werklohn zumindest für den errichteten Teil, vielleicht für das ganze Projekt schuldet – im zweiten

⁴⁶⁹ Übersetzung nach Behrends et al (Hrsg) CIC III 589.

⁴⁷⁰ Vgl Mayer-Maly, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg) Der kleine Pauly (1979) Javolenus Nr 2, II, 1328.

⁴⁷¹ Vgl Mayer-Maly, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg) Der kleine Pauly (1979) Javolenus Nr 2, II, 1328.

⁴⁷² D. 1,2,2,53; Vgl Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen² (1908) 21.

⁴⁷³ Kupisch, in Stolleis (Hrsg) Juristen (2001) Sabinus, 544.

⁴⁷⁴ Vgl Medicus, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg) Der kleine Pauly (1979) Sabinus Nr 5, IV, 1484; Kaser, Das römische Privatrecht¹ (1967) 187; D. 1,2,2,50.

⁴⁷⁵ Kupisch, in Stolleis (Hrsg) Juristen (2001) Sabinus, 544; D. 1,2,2,48.

⁴⁷⁶ Der Architekt VITRUVIUS bezeichnet mit dem Begriff *domus* ausschließlich Gebäude wie den Palast des Königs Maussolos (VITR.arch. 2,8,13), des Königs Juba (8,3,24), die Villa des Krösus (2,8,10), ein Haus für stilvolle und einflussreiche Staatsmänner (1,2,9; 6,5,2) eine große griechische Villa (6,7,3f), ein mit Fresken und Statuen dekoriertes Wohnhaus (7,5,6), ein elegantes Haus (7,9,2), ein Haus mit eigenem Wasseranschluss (8,6,2); Im Jahr 312 n Chr stehen in Rom (man kann von etwa 1,5 Millionen Einwohnern ausgehen) etwa 44.300 *insulae* aber nur 1.782 *domi* (Discriptio XIII regionum urbis Romae, Curiosum – Notitia); Vgl S. 90⁴⁰¹; Nur ausnahmsweise meint *domus* ein minderwertigeres Objekt: MART. 11,83; C. 8,10,8; D. 45,1,14 (Synonym für *insula*); Peck (Hrsg), Harpers Dictionary of Classical Antiquities (1898) 541, *domus*.

Fall möglicherweise unter Anrechnung allfälliger Ersparnisse (D. 19,2,19,9, D. 1,22,4).⁴⁷⁷
Den bedeutenden wirtschaftlichen Nachteil hat jedenfalls der Besteller zu tragen.⁴⁷⁸

Der aufgrund der Inscriptio zu erwartende LABEO könnte wegen seiner bekannt bestellerfreundlichen Ansichten entfernt worden sein.⁴⁷⁹

Hingegen hat sich der erwähnte Julianus offenbar der Meinung seines Lehrmeisters Javolen angeschlossen.⁴⁸⁰ Auch Africanus, dieser war wiederum Schüler des Julianus, teilte diese Auffassung. Da die werkunternehmerfreundlichen Tendenzen somit bis zum Urenkelschüler des Sabinus bewahrt werden konnten, könnte auch eine entsprechende Ausrichtung der nach ihm benannten Rechtsschule vermutet werden.⁴⁸¹

3. Hangrutschung vor dem Spatenstich

D. 19,2,33 Africanus 8 quaest

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto [...]

AFRICANUS im 8. Buch der Rechtsfragen

Wenn ein Landgut, das du mir verpachtet hast, enteignet worden ist, so haftest du mir [wie JULIANUS sagt] mit der Klage aus Pacht auf mein Interesse, dass ich das Landgut nutzen kann, obwohl es nicht an dir liegt, dass du mir die Nutzung nicht gewährst: So wie du, sagt er, zum Beispiel auch dann haftest, wenn du den Bau eines Mietshauses verdungen hast und ein Erdrutsch⁴⁸² den Baugrund wegreißt. Denn auch wenn du mir

⁴⁷⁷ Vgl dazu Ernst, periculum conductoris, in FS Lange (1992) 59ff, 64. Diese Frage war im gemeinen Recht strittig: Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (1887) II 543¹⁰ (9. Aufl: § 401¹⁰); Vgl auch Mugdan (Hrsg) Die gesammelten Materialien zum BGB (1899) Bd II, Schuldverhältnisse, 258, 278; Dies sei auch an den unterschiedlichen Lösungen dieser Frage erkennbar (für den Dienstvertrag): § 1239 sächsisches Gesetzbuch, § 625 dresdner Entwurf (keine Anrechnung) gegenüber § 222 hessischer Entwurf, § 498 bayrischer Entwurf (Anrechnung).

⁴⁷⁸ Doll begründet dies damit, dass „Sabinus Naturgewalten, wie zB Erdbeben nicht den Schadensursachen gleichsetzte, wie sie typischerweise der Sphäre des Unternehmers entstammen“, ebenso liege der Schlüssel zum Verständnis von D. 19,2,62 in den beiden Sphären. Auch für D. 19,2,15,2 liefere „die Kombination der Frage nach der Unabwendbarkeit des Schadens mit der Frage nach der Sphäre den entscheidenden Ansatzpunkt“. Doll, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 25, 42, 42¹⁸.

⁴⁷⁹ Ernst, periculum conductoris, in FS Lange (1992) 59ff, 60; Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 191¹⁴².

⁴⁸⁰ D. 40,2,5. Vgl Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen² (1908) 21.

⁴⁸¹ Vgl Seckel/Levy, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZSS 47 (1927) 117ff, 223f; dagegen Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 191¹⁴².

⁴⁸² Schäfer übersetzt „Grund und Boden eingestürzt ist“: Die rechtliche Bedeutung der Bodenverhältnisse bei der Ausführung von Bauten (1927) 49; auch Oertmann spricht von einem „Einsturz des Bodens“: Der Zufall bei der Werkverdingung, GrünhutsZ Bd 24 (1897) 1ff, 26; demgegenüber hält es F.Mommsen für möglich,

ein Landgut verkauft hast und das Landgut, bevor es mir frei von Rechten Dritter übergeben wurde, enteignet worden ist, haftest du mir mit der Klage aus Kauf.⁴⁸³

SEXTUS CAECILIUS AFRICANUS war ein Jurist des zweiten Jahrhunderts, genauere biografische Daten sind von ihm nicht überliefert. In seinem Hauptwerk, den aus neun Büchern bestehenden *Quaestiones*, referiert er häufig die Meinung seines Lehrmeisters JULIANUS. Diese wird zwar überwiegend zustimmend wiedergegeben, teilweise findet sich bei ihm jedoch eine kritische Auseinandersetzung in Form von Zusätzen oder abweichende Ansichten.⁴⁸⁴ Es sollen diese aus einer mündlichen Erörterung einzelner Rechtsfragen mit JULIANUS herrühren, oft wichtige und schwierige Sonderprobleme.⁴⁸⁵

Auch Salvius Julianus war der sabinianischen Rechtsschule vorgestanden. Die Bedeutung seines Werkes für die Nachwelt ist fast unübertroffen. Sein Hauptwerk sind die *digesta*, die als Vorbild der uns erhaltenen justinianischen Digesten gelten.⁴⁸⁶

Im Fragment D. 19,2,33 werden Leistungsstörungen in verschiedenen Verträgen behandelt. Unter anderem wird ein Fall erörtert, bei dem der Boden am Baugrund „eingestürzt“ ist. Man könnte sich vorstellen, dass man die Zinskaserne am sumpfigen Ufer eines Flusses aufführen wollte, und dieses weggebrochen ist. Im Unterschied zu D. 19,2,62 und D. 19,2,37 (Zwischenfall nach Fertigstellung), D. 19,2,59 (Zwischenfall in der Ausführungsphase), wird diese Stelle heute überwiegend so verstanden, dass das Ereignis vor Beginn der Arbeiten eingetreten ist.⁴⁸⁷ Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts sind viele davon ausgegangen, das *solum corruisset* sei in der Herstellungsphase eingetreten,⁴⁸⁸ Mommsen meinte sogar der Unfall habe sich nach der Vollendung ergeben.⁴⁸⁹

dass der Besteller einen anfänglich fehlerhaften Platz zum Bau angewiesen hat, was die Ursache für den Einsturz sei: Beiträge zum Obligationenrecht (1853) 381.

⁴⁸³ Übersetzung von Luig, in Behrends et al (Hrsg) CIC III, 212.

⁴⁸⁴ Jörs, in Wissowa (Hrsg) Paulys RE (1894) Caecilius Nr 29, V 1192ff.

⁴⁸⁵ Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen² (1908) 31f.

⁴⁸⁶ Pfaff, in Wissowa (Hrsg) Paulys RE (1920) Salvius Nr 14, I A2, 2023ff.

⁴⁸⁷ zB Ankum, Haftung und Gefahr bei publicatio, ZSS 97 (1980) 157ff, 163; Cannata, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classic (1968) 223; Wacke, Afrikans Verhältnis zu Julian, ANRW II/15 (1976) 456ff, 481; anders Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, OIR 10 (2005) 23ff, 36.

⁴⁸⁸ zB Windscheid, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft 2 (Heidelberg 1855) 106ff, 140; Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, GrünhutsZ Bd 24 (1897) 1ff, 27.

⁴⁸⁹ Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 381; Eine Vollendung vermutet auch Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, OIR 10 (2005) 23ff, 36.

Davon unabhängig ist die Entscheidung jedenfalls, dass der Werkunternehmer dennoch⁴⁹⁰ seinen Werklohnanspruch behält.

Die Entscheidung über das *solum corruiisset* fällt beiläufig, sie enthält keine Begründung.⁴⁹¹ Fast schon scheint das Beispiel selbst Begründung für die schwierigeren Sachverhalte der Enteignung im Kauf- und Pachtvertrag zu sein⁴⁹² – auch wenn der hier bezweckte Analogievergleich auf den ersten Blick hinkt.⁴⁹³ *Ego* ist Käufer und Pächter (bezahlt Geld), der *Tu* ist Verkäufer und Verpächter (erhält Geld).

Es könnte daher erwogen werden, dem Beispiel die gegenteilige Bedeutung zuzumessen. *Ego* wäre dann Bauherr (bezahlt Geld), und der *Tu* Bauhandwerker (erhält Geld), letzterer habe ersterem für das Interesse an der Bauführung einzustehen. Entweder war der Vertrag als Dienstvertrag angesehen worden, bei dem die Parteienbezeichnungen gegenüber dem Werkvertrag vertauscht sind. *Locasses* bezieht sich dann auf den Dienstnehmer (Bauarbeiter).⁴⁹⁴

Oder AFRIKAN ist bei den Begriffen *locator* und *conductor* eine Verwechslung unterlaufen.⁴⁹⁵ Schließlich heißt es auch im ersten Satz von D. 19,2,22,2: *insulam aedificandam loco*, also ist *Ego* der *locator* (Bauherr), wohingegen der *conductor* (Werkunternehmer) in der dritten Person angesprochen wird. Im zweiten Satz heißt es aber *locat enim artifex operam suam*, also wird der in dritten Person bezeichnete Handwerker (*artifex*) nunmehr als *locator* seiner Arbeit bezeichnet.⁴⁹⁶ Eine ähnliche Verwechslung

⁴⁹⁰ Nach einer hier abgelehnten Auffassung könnte man meinen: nur deswegen. Vgl. Cannata, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico (1968) 222f; aA Pietsch, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 27²⁹.

⁴⁹¹ Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 380.

⁴⁹² Vgl. Ernst, periculum conductoris, in FS Lange (1992) 59ff, 63.

⁴⁹³ Denn bei der Enteignung im Kauf- und im Pachtvertrag soll die Leistungs- (Julian) oder zumindest die Preisgefahr (Africanus) beim Gegner der geldleistenden Partei liegen. Im Gegensatz dazu soll hier die Preisgefahr bei der geldleistenden Partei liegen, sodass sich die Frage nach der Leistungsgefahr erübrigt. Vgl. Kaser, Periculum locatoris, ZSS 74 (1957) 155ff, 180¹⁰⁰, 191¹⁴¹; Haymann, Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, ZSS 41 (1920) 44ff, 159;

⁴⁹⁴ Auch Bolze, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, AcP 57=7 (1874) 86ff, 93¹⁹ hat im *Ego* die geldleistende Partei gesehen, wobei seine Deutung als « Vermietung eines noch zu erbauenden Häusercomplexes im Ganzen mit vorausbezahlter Miethen » noch unwahrscheinlicher scheint, dagegen sehr kritisch Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, GrünhutsZ Bd 24 (1897) 1ff, 26.

⁴⁹⁵ Glück meint unter Hinweis etwa auf D. 14,2,2 pr. „daß die Ausdrücke *locare* und *conducere* in den Gesetzen nicht selten verwechselt werden, so wie dieses auch bey den Benennungen *emptio* und *venditio* der Fall ist. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (1815) XVII,1, 268^{11f}.

⁴⁹⁶ Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, OIR 10 (2005) 23ff, 38 nimmt eine bewusste Formulierung an, mit der Paulus die Parteienbezeichnungen hinterfragt hätte.

findet sich in D. 14,2,2 pr.⁴⁹⁷ und wahrscheinlich in D.19,2,61,1.⁴⁹⁸ Das Ergebnis für die hier besprochene AFRICANUS-Stelle D. 19,2,33 wäre somit die Zuweisung des *vitium soli* an den Bauarbeiter/Werkunternehmer, würde somit mit der Entscheidung LABEOS aus D. 19,2,62 übereinstimmen.

Allerdings findet sich natürlich auch eine einfache Erklärung, warum *Ego* im Falle des Bauvertrages der *conductor* ist: *Tu* ist in allen drei Beispielen (Kauf, Landpacht, Bauvertrag) vor Abschluss des jeweiligen Vertrages immer der Liegenschaftseigentümer des unheilvollen Grundstücks, *Ego* nicht. Außerdem fallen alle drei Entscheidungen zugunsten des *Ego* aus. Die mit der herkömmlichen Anschauung übereinstimmende Variante erscheint plausibler. Es soll daher an jener Bedeutung festgehalten werden, die dem Fragment in der gesamten jüngeren Diskussion beigelegt wurde, nämlich dass *Ego* Bauunternehmer ist, und infolge des Grundbruchs seinen Werklohn verliert.

Jedenfalls ist erkennbar, dass dieser Fall JULIANUS und AFRICANUS unstrittig schien. Auch AFRICANUS hatte an dieser Lehrmeinung nichts anzumerken, problematisch⁴⁹⁹ bzw. erörterungswürdig⁵⁰⁰ erschienen ihm völlig andere Aspekte dieses Fragments.⁵⁰¹

4. „Irgendeine Gewalt“ nach Fertigstellung

Auch in D. 19,2,37 lässt sich ein werkunternehmerfreundlicher Ansatz erkennen, wobei das Fragment sehr verschiedene Deutungen zulässt.

D. 19,2,37 Iavolenus 8 ex cass.

Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

⁴⁹⁷ Es heißt im 4. Satz: *immo etsi non retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus*. Der Frächter wäre also *locator*. Noch im 1. Satz wird die Klage des Frächters gegen den Passagier zutreffend als „*ex conducto*“ bezeichnet, also ist der Kapitän *conductor*. Im 7. Satz ist der gepäcklose Passagier *conductor* doch soll dem Kapitän (*locator*) die *actio conducti* zustehen.

⁴⁹⁸ Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 36.

⁴⁹⁹ Seckel/Levy, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, *ZSS* 47 (1927) 117ff, 220ff; Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 165; Wacke, Afrikans Verhältnis zu Julian, *ANRW* II/15 (1976) 456ff, 477; Ankum, Haftung und Gefahr bei *publicatio*, *ZSS* 97 (1980) 157ff, 176⁷⁰; Pennitz, Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats (1991) 229.

⁵⁰⁰ Kaser, *Periculum locatoris*, *ZSS* 74 (1957) 155ff, 179f.

⁵⁰¹ Nämlich das Ausmaß der Haftung (Preisgefahr oder Interessenshaftung) der nicht-geldleistenden Partei, was sich aber nur auf Kauf/Pacht beziehen kann: Im Bauvertrag trägt die Lohngefahr die geldleistende Partei, somit stellt sich die Frage nicht.

Wenn ein Bauwerk bereits vor dem Zeitpunkt, zu dem es der Besteller abnehmen würde, durch irgendeine Gewalt zerstört worden war, trägt der Besteller den Schaden, wenn das Bauwerk so beschaffen war, dass er es abnehmen hätte müssen.⁵⁰²

Der bereits erwähnte JAVOLENUS bearbeitet hier C. CASSIUS LONGINUS, einen Juristen des frühen ersten Jahrhunderts, das Geburtsjahr des zweitgenannten muss vor das Jahr 3 v. Chr. fallen. Auch CASSIUS war bedeutsames Mitglied der sabinianischen Rechtsschule, was sich am alternativen Namen dieses Kreises (Cassianer) zeigt. Das Werk *ex Cassio*, aus dem das gegenständliche Fragment stammt, besteht zu einem Gutteil aus Exzerpten dieses älteren Juristen, wobei aber auch eigene Ansichten des JAVOLENUS eingearbeitet wurden. Die Urheberschaft der einzelnen Gedanken kann kaum festgestellt werden.⁵⁰³

Im Fragment heißt es, die Lohngefahr (*detrimentum*) habe der Besteller eines Werkes zu tragen, wenn es vor der Abnahme (*probatio*) durch „irgendeine Gewalt“ (*vis aliqua*) vernichtet wird, und das Werk von einem solchen Zustand war, dass der Besteller es abnehmen musste. Das Fragment lässt nun im Wesentlichen zwei Deutungsvarianten zu, wobei innerhalb der zweiten Variante weiter differenziert werden kann.

Zunächst könnte man an Annahmeverzug denken: Das Bauwerk ist rechtzeitig fertig geworden, der vereinbarte Tag der Abnahme ist gekommen, doch der Besteller ist nicht erschienen. Wäre alles so gekommen wie vereinbart, hätte das nach diesem Zeitpunkt eingetretene Ereignis der höheren Gewalt dem Eigentümer seine eigene Sache zerstört (*casum sentit dominus*), zu dem *conductor* als bloßem Ex-Vertragspartner wären die letzten Reste des Vertragsbandes bereits gekappt gewesen.

Auch beim Kauf ist eine ähnliche Wirkung des Annahmeverzugs bekannt, (zB D. 18,6,5, D. 18,6,12). Spätestens der Annahmeverzug bewirkt den Übergang der Gefahr auf den Käufer, soweit er sie nicht bereits davor getragen hat. Zumindest wird die ab der Perfektion bestehende *custodia*-Haftung des Verkäufers durch den Annahmeverzug auf eine *culpa*-Haftung reduziert.⁵⁰⁴ Diese Interpretationsvariante rückt die Stelle in die Nähe des D. 19,2,24 pr.: Selbst wenn dem Besteller in Hinblick auf den Zeitpunkt der Abnahme Ermessen eingeräumt ist, kann er die Rechtsfolgen der Abnahme nicht willkürlich hinauszögern. Die grundlose Verweigerung bzw Verschleppung der *probatio* ist der

⁵⁰² Übersetzung angelehnt an *Luig*, in *Behrends et al* (Hrsg) CIC III, 581.

⁵⁰³ *Jörs*, in *Wissowa* (Hrsg) *Paulys RE* (1899) *Cassius* Nr 60, III 2, Sp 1736ff; *Röhle*, *Das Problem der Gefahrtragung SDHI* 34 (1968) 183ff, 208.

⁵⁰⁴ Vgl *Kaser*, *Das römische Privatrecht*² (1971) 552.

probatio gleichzuhalten. Dieser Gedanke kommt auch im dritten Satz des Digestenfragments D. 19,2,36 zum Ausdruck. *Samter* hat die in D. 19,2,24 pr. beschriebene Annahmefiktion auch mit der Verkostungsfiktion in CATOS Mustervertrag für den Weinkauf verglichen.⁵⁰⁵

Zu einer Deutung des Fragments D. 19,2,37 im Sinne eines Annahmeverzugs kamen *Pietsch*,⁵⁰⁶ *Seckel-Levy*,⁵⁰⁷ auch *Betti* erwägt diese Interpretation alternativ zu der nun darzulegenden Variante.⁵⁰⁸

Nach dieser zweiten Variante ist das Bauwerk zwar fertiggestellt, der Zeitpunkt der vereinbarten Abnahme aber noch nicht gekommen. Vielleicht waren von Anfang an zwei verschiedene Zeitpunkte für Fertigstellung und Abnahme vereinbart, oder es ist der Baumeister schneller als erwartet fertig geworden. Tritt das zerstörerische Ereignis also in dieser Zeitspanne zwischen Fertigstellung und einvernehmlich festgesetztem Abnahmezeitpunkt auf, hat der Besteller den Werklohn zu bezahlen. Das Werk muss jedoch qualitativ einwandfrei sein. Dieser Ansicht folgen etwa *Mayer-Maly*,⁵⁰⁹ *Röhle*,⁵¹⁰ *Ernst*⁵¹¹ und *Müller*.⁵¹²

Röhle nimmt an, gerade der Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Fertigstellung bewirke den Übergang der Lohngefahr auf den Besteller, davor sei diese vom Werkunternehmer zu tragen.⁵¹³ Auch für *Harke* kommt es Javolen auf die Fertigstellung an.⁵¹⁴ Bereits *Mommsen*⁵¹⁵ hatte diese von *Dochstuhl* als „Vollendungstheorie“ bezeichnete Auffassung vertreten.⁵¹⁶

Vorsichtiger betont *Müller*, dass aus dem Fragment keine Schlüsse für die Zeitspanne vor der Fertigstellung gewonnen werden können.⁵¹⁷ Im Gegensatz dazu hat *Haymann* angenommen, auch vor der Fertigstellung habe Cassius/Javolen den Besteller die

⁵⁰⁵ Wird der Wein nicht binnen dreier Tage verkostet, gilt er als verkostet: CATO agr. 148; *Samter*, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 129.

⁵⁰⁶ *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 30⁴⁵.

⁵⁰⁷ *Seckel-Levy*, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZSS 47 (1927) 117ff, 223f⁶.

⁵⁰⁸ *Betti*, Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, ZSS 82 (1965) 1ff, 17.

⁵⁰⁹ *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 192.

⁵¹⁰ *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung SDHI 34 (1968) 183ff, 208f.

⁵¹¹ *Ernst*, *periculum conductoris*, in FS Lange (1992) 59ff, 62.

⁵¹² *Müller*, Gefahrtragung bei der *locatio conductio* (2002) 80f.

⁵¹³ *Röhle*, Das Problem der Gefahrtragung SDHI 34 (1968) 183ff, 208.

⁵¹⁴ *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 35, 37.

⁵¹⁵ *F.Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 374.

⁵¹⁶ *Dochstuhl*, Die Gefahrtragung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 270; *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 62²⁸, 64.

⁵¹⁷ *Müller*, Gefahrtragung bei der *locatio conductio* (2002) 80.

Lohngefahr tragen lassen, das „*si tale opus ...*“, sei erst durch die Kompilatoren hinzugefügt worden,⁵¹⁸ auch *Cannata* hat an der Authentizität des unteren Teil des Fragments gezweifelt.⁵¹⁹ *Thomas* möchte die von *Cannata* kritisierte Wortfolge zwar nicht beanstanden, damit werde jedoch weniger die Fertigstellung sondern vielmehr die einwandfreie Qualität des Werks betont. Auch vor der Fertigstellung habe der Besteller die Lohngefahr für höhere Gewalt zu tragen gehabt.⁵²⁰

Noch eindeutig sprechen dies *Martin*⁵²¹ und *Rainer*⁵²² aus: Der Text enthalte überhaupt keine Aussage über den Fertigstellungsgrad, einzig die einwandfreie Qualität der bereits fertiggestellten Bauabschnitte sei Voraussetzung für die Tragung der Lohngefahr durch den Besteller. Ähnlich hat dies bereits *Dochnahl* gesehen.⁵²³

Müller ist zuzustimmen, dass die Frage nach der Gefahrtragung vor dem Zeitpunkt der Fertigstellung durch den Text nicht beantwortet wird. Die von *Thomas*, *Martin* und *Rainer* vorgeschlagene Deutung, der Text nehme gar nicht auf die Fertigstellung Bezug, ist nicht restlos überzeugend. Denn dies setzt das Konzept der abnahmefähigen Qualität eines noch nicht fertiggestellten Bauwerks voraus, was nicht sehr praktikabel ist.⁵²⁴ Stürzt bereits die Baugrube zusammen, kann schwer gesagt werden, ob der Dachstuhl fehlerfrei errichtet worden wäre. Nicht immer ist eine scharfe Trennung zwischen Quantität und Qualität möglich: Hat die Ziegelwand aus zwei Reihen Ziegeln zu bestehen⁵²⁵ und wurde nur die Wand nur einfach ausgeführt, kann der Baumeister leicht sagen, das Werk wäre noch probationsfähig geworden, die zweite Reihe hätte er noch nachträglich hinzugefügt – wäre es nicht eingestürzt.

⁵¹⁸ *Haymann*, Textkritische Studien, ZSS 41 (1920) 44ff, 160f.

⁵¹⁹ *Cannata*, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classic (1968) 228

⁵²⁰ *Thomas*, Reflections on Building Contracts, RIDA 18 (1971) 673ff, 684.

⁵²¹ *Martin*, The Roman Jurists and the Organization of Private Building (1989) 96.

⁵²² *Rainer*, Zur locatio conductio: Der Bauvertrag, ZSS 109 (1992) 505ff, 516.

⁵²³ *Dochnahl*, Die Gefahrtragung, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 255.

⁵²⁴ Vgl *Forster* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2013) III 1. 1354: „Ob ein zu errichtendes Gebäude oder auch nur eine Mauer nicht einstürzen wird, dicht ist und die richtigen Dimensionen hat, beweist – nicht notwendigerweise endgültig, aber frühestens – erst das errichtete Gebäude oder die stehende Mauer“; vgl auch *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 375.

⁵²⁵ Die Dicke einer Wand von mindestens 2 bis 3 Ziegeln war Voraussetzung für die Errichtung von mehrgeschossigen Gebäuden: Vgl VITR.arch. 2,8,17; *Petroski*, Rereading Vitruvius, American Scientist, Nov-Dez 2010, 457f, 458; Hier ist freilich auszublenden, dass ein Mauerwerksverband immer auch quer eingemauerte Steine (Binder) aufweist, die nicht nachträglich eingefügt werden können.

Damit soll nicht gesagt sein, dass CASSIUS den Fall des Untergangs des teilfertiggestellten Gebäudes anders beurteilt hätte:⁵²⁶ SABINUS und CASSIUS – in den Institutionen des GAIUS treten sie fast immer als dieses Zwillingsgespann auf,⁵²⁷ auch sonst werden sie häufig gemeinsam genannt⁵²⁸ – könnten sich durchaus auch in dieser Frage einig gewesen sein, und die SABINUS-Entscheidung zu dieser Konstellation ist ja aus D. 19,2,59 bekannt. Auch JAVOLENUS, der beide Stellen bearbeitet hat, fügte weder dem Ausspruch des SABINUS noch dem des CASSIUS etwas hinzu.

Wenn es also nicht unwahrscheinlich ist, dass es CASSIUS auf die Fertigstellung nicht angekommen ist, sollte dieser Schluss jedoch nicht aus D. 19,2,37 gezogen werden.

Für die hier vorgeschlagene Deutungsvariante spricht insbesondere die hohe thematische, gedankliche und sprachliche Ähnlichkeit zu D. 19,2,62. CASSIUS könnte die Aufregung um den kurz nach Fertigstellung eingestürzten *rivus*, von dem LABEO berichtet, selbst auch mitbekommen haben – als LABEO starb, war CASSIUS mindestens 18 Jahre alt.⁵²⁹ Jedenfalls hat sich CASSIUS mit den Lehren von LABEO auseinandergesetzt,⁵³⁰ auch JAVOLEN hat die thematisch einschlägigen Stellen des LABEO bearbeitet (siehe die Inskription in D. 19,2,59). Um die revolutionäre Neuerung seiner Ansichten zu betonen, musste CASSIUS LABEOS Sachverhalt unverändert lassen – und hier war die *labes* eben kurz vor der *probatio* eingetreten.

In einem Punkt machte er LABEO jedoch ein Zugeständnis: Bei der *vis aliqua* müsse es sich wirklich um *vis aliqua* handeln, man müsse sich also vergewissern, dass das Unglück nicht doch mit der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes (*si tale opus fuit*) zusammenhängt. Diesen Gedanken hat später PAULUS übernommen (*vitium operis*), der dieselbe Entscheidung LABEOS bearbeitet hat (D. 19,2,62), auch wenn er der cassianischen Entscheidung (eine bloße Klarstellung) mit der Einführung des *vitium soli* als vermeintliche Antithese zum *vitium operis* einiges an Eleganz genommen hat.

Zusammengefasst zeigt sich also, dass zum Zeitpunkt, zu dem Florentin den ersten Satz des D. 19,2,36 formuliert (gegen Ende des zweiten Jahrhunderts n. Chr.) die konsequente

⁵²⁶ Ebenso Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 34.

⁵²⁷ *Sabinus et Cassius* findet sich in *GAi.inst.* 1,196;2,79;2,195;2,244;3,133;3,161;4,79;4,114.

⁵²⁸ Vgl. Jörs, in Wissowa (Hrsg) *Paulys RE* (1899) Cassius Nr 60, III 2, Sp 1736ff.

⁵²⁹ Labeo verstarb 15 n Chr, Cassius wurde spätestens 3 v. Chr. geboren. Vgl. Pernice, Marcus Antistius Labeo (1873) I 13; Jörs, in Wissowa (Hrsg) *Paulys RE* (1899) Cassius Nr 60, III 2, Sp 1736ff.

⁵³⁰ zB *GAi.inst.* 3,140; D. 18,1,35,1.

Belastung des Werkunternehmers mit der Lohngefahr für sämtliche Zufälle bereits aus der Mode gekommen war.

Als Ausnahme ist jedoch D. 19,2,15,6 Ulpianus libro 32 ad edictum zu nennen:

Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.

In einem Fall, in dem von jemandem nach Untergang des Schiffes das Frachtgeld, das er als Gegenleistung bereits empfangen hatte, zurückgefordert wurde, ist von dem Kaiser Antoninus [Caracalla] der Bescheid erteilt worden, dass der kaiserliche Prokurator zu Recht das Frachtgeld von ihm zurückfordert, weil die Transportpflicht nicht erfüllt worden ist. Das muss aber in gleicher Weise für alle Personen gelten.⁵³¹

DOMITIUS ULPIANUS, war ein spätklassischer Jurist syrischer, griechischer oder italienischer Abstammung. Als *consiliarius* des Kaisers CARACALLA und Präfekt der Prätorianergarde war er auch politisch der einflussreichste Mann im Reich, doch wurde ULPIAN im Jahr 217 n. Chr. von Angehörigen seiner ehemaligen Truppe ermordet.⁵³² Horak beurteilt die argumentative Reife ULPIANs als durchwachsen, der Stil sei „manchmal flüchtig und skizzenhaft“.⁵³³ Im Kontrast dazu hebt Honoré die herausragende Bedeutung ULPIANs für die Nachwelt hervor.⁵³⁴

Der Fiskus, der in zivilrechtlichen Angelegenheiten von den kaiserlichen Prokuratoren vertreten wird,⁵³⁵ hatte einen Seetransport verdungen. Die Fahrt ist somit im staatlichen Auftrag durchgeführt worden, wie Ulpian im letzten Satz versichert, sei das aber nicht entscheidungsrelevant. Man könnte an einen Getreidetransport für die römische Bevölkerung denken, wie sie im Rahmen der *annona* durch private Frächter durchgeführt wurde.⁵³⁶

⁵³¹ Übersetzung nach Luig in Behrends et al (Hrsg) CIC III, 565.

⁵³² Vgl Horak, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg) Der kleine Pauly (1979) Ulpianus Nr 1, V, 1042.

⁵³³ Ebd.

⁵³⁴ Honoré, Ulpian² (2002).

⁵³⁵ Vgl D. 1,19,1 pr. ff; D. 2,15,8,19; D. 18,1,46, D. 29,2,25,2, D. 20,4,21,1, D. 49,14,22 pr.; D. 49,14,30 pr.; D. 49,14,47,1. Es geht nicht um die Person des Amtsinhabers, der wie Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 29 annimmt, in seine Provinz fahren möchte. Der *procurator Caesaris* ist auch kein Steuereinheber, jene Stellen die diesen Eindruck erwecken, handeln vom Pachtzins, der für die Ländereien des Staates entgegengenommen wird. Auch dort ist er bloßer Vertreter des *locator*.

⁵³⁶ Höckmann, Antike Seefahrt (1985) 77f.

Das Schiff ging unter, woraufhin ein Rechtsstreit über den Fuhrlohn entbrannt ist. Beim Schiffsuntergang handelt es sich um ein Paradebeispiel für höhere Gewalt,⁵³⁷ was auf die Gefährlichkeit der Seereisen zurückzuführen ist.⁵³⁸ Alljährlich sollen rund 20 % der Schiffe verloren gegangen sein.⁵³⁹

Der Kaiser Caracalla habe entschieden (möglicherweise auf Anraten Ulpians selbst), der Fuhrlohn sei dem Besteller zurückzubezahlen. Da die Bevorschussung des Werklohns keine Rolle gespielt haben kann, weist diese aus dem dritten Jahrhundert herrührende Stelle die Lohngefahr für höhere Gewalt dem Werkunternehmer zu.⁵⁴⁰

5. Widerspricht sich Florentinus selbst?

Noch größere Bedenken als dieser (scheinbare) Widerspruch von D. 19,2,36 gegenüber der herrschenden Meinung ruft das Spannungsverhältnis hervor, in dem dessen erster Satz zum vierten und fünften Satz desselben Fragments steht. Haymann nannte die Stelle daher „töricht“, ⁵⁴¹ Kaser „ungeschickt formuliert, wenn nicht gar widersprüchlich“. ⁵⁴² Letzterer mutmaßt, in der Mitte sei ursprüngliche eine schärfere Unterscheidung jener Tatbestände gestanden, in denen der Besteller und anderer, in denen der Werkunternehmer die Gefahr zu tragen habe.

Röhle vermutet verschiedene Autoren hinter dem Text: Florentinus könnte in den ersten beiden Sätzen eine Klassikerkontroverse referiert haben. Der erste Satz, der *periculum conductoris* postuliere, weise auf die ältere, bestellerfreundlichere Ansicht hin, der zweite Satz auf den jüngeren *periculum locatoris*-Ansatz. Die Namen der von Florentinus noch zitierten Juristen seien bald verlorengegangen, was bei einem nachklassischen Bearbeiter zu Verwirrung gesorgt habe. Dieser habe schließlich den einleitenden *periculum*

⁵³⁷ D. 2,12,3; D. 4,9,3,1; D. 13,6,18 pr.; D. 2,13,6,9; D. 16,3,1,1; D. 17,1,26,6; D. 24,1,32,13; D. 36,1,17,7; D. 44,7,1,4; *culpa* aber in D. 6,1,36, D. 14,2,10,2 oder D. 19,2,13,2 (Einfahrt ins Hafenbecken ohne Lotsen); „*si navis ex asia venerit*“ (wenn das Schiff aus Asien ankommen sollte) als Schulbeispiel für eine Bedingung, fast Wette: D. 18,6,8,1; D. 26,2,8,3; D. 28,5,33 pr.; D. 28,5,60,6; D. 32,54,1 pr.; D. 35,1,2 pr.; D. 35,1,10,1; D. 35,1,21 pr.; D. 37,11,2,1; D. 37,11,8 pr.; D. 37,11,8 pr.; D. 44,7,44,2; D. 46,1,72 pr..

⁵³⁸ Vgl. LUKIAN.nav. 7-9; Apg 27,2-44; Ios.bell. Iud. 1,280; P.Cair. Zen. I 59052 = HGV P.Lond. 7 1938 = Trismegistos 2382; Vgl. Koenen, Rudersegler vom Typ *ἀκατος* im östlichen Mittelmeerraum im 2. Jh. n.Chr, in Gunther et al (Hrsg) *Pragmata : Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte der Antike* (2007) 27ff, 35^{52f}.

⁵³⁹ Höckmann, *Antike Seefahrt* (1985) 77f.

⁵⁴⁰ Vgl. Birr, in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2013) III 1, 1402; Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 193.

⁵⁴¹ Haymann, *Textkritische Studien*, ZSS 41 (1920) 44ff, 162.

⁵⁴² Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 192.

conductoris-Satz im Sinne eines Verschuldens missverstanden und den unteren Teil des Fragments hinzugefügt.⁵⁴³

Damit vergleichbar haben *Seckel/Levy* vermutet, der letzte Satz sei unecht, durch ihn sei ein dem D. 19,2,37 ähnlicher Gedanke (Annahmeverzug setzt qualitative Approbationsfähigkeit voraus) verdrängt worden.⁵⁴⁴

Um zum Eindruck der Widersprüchlichkeit des Textes zu gelangen, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Erstens muss der Interpret das *periculum* im ersten Satz deuten als Lohngefahrtragung bei Werkuntergang infolge höhere Gewalt (*periculum vis maioris*), oder bei Werkuntergang infolge aller möglichen, unverschuldeten Zufälle, einschließlich der höheren Gewalt (*periculum casus*). Zweitens muss der Ausspruch des vierten und fünften Satzes (bis zur Abnahme geht die höhere Gewalt zulasten des Bestellers) auch auf den im ersten Satz beschriebenen Vertragstyp (*aversione*) bezogen werden.

Die Entscheidung wird verständlich, wenn nur eine der beiden Interpretationen vermieden wird.

6. *periculum conductoris* als *periculum casus minoris*

So hat beispielsweise *Pietsch* zutreffend ausgeführt, dass die Bedeutung von *periculum* sehr stark vom Kontext abhängig ist.⁵⁴⁵ Das Wort findet auch Verwendung, wenn die beiderseits unverschuldeten Zufälle nach bestimmten Kriterien verschiedenen Vertragsparteien zugewiesen werden, mitunter sogar wenn Verschulden angesprochen werden soll.⁵⁴⁶ *Pietsch* möchte insbesondere scharf differenzieren zwischen Zufällen, die als höhere Gewalt anzusehen sind, und solchen, die nicht unter diesen Begriff fallen.

Daher hat *Pietsch* ebenso wie die große Mehrheit der Juristen in den letzten beiden Jahrhunderten das *periculum conductoris* im ersten Satz auf alle Zufälle bezogen, die nicht auf höherer Gewalt beruhen.⁵⁴⁷ Die *vis maior* im vierten Satz stelle damit eine Ausnahme des sonst vom *conductor* zu tragenden *periculum*s dar.

⁵⁴³ Röhle, Das Problem der Gefahrtragung, SDHI 34 (1968) 183ff, 213.

⁵⁴⁴ *Seckel/Levy*, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZSS 47 (1927) 117ff, 223f⁶.

⁵⁴⁵ *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 28ff.

⁵⁴⁶ Siehe auch: I.A.4.a) Die Bedeutung von *periculum* S. 18

⁵⁴⁷ *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 360; Ähnlich *Jakab*, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 78; *Kaser*, Römisches Privatrecht² (1971) 507²⁴; D. 19,2,36 als Fall der *custodia*-Haftung; *Dohnahl*, Die Gefahrtragung, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 48=12 (1904) 241ff, 254; *Dernburg*, Pandekten⁵ (1897) II 315²⁴; *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 15; v.*Buchholz*, Das Entstehen für den

Werkfehler – unabhängig davon, ob sie vom Werkunternehmer verschuldet sind oder nicht – sollen nach *Pietsch* ebenfalls nicht unter diesen Begriff fallen. Auch für sie habe zwar der Werkunternehmer einzustehen, dies gelte aber auch nach einem vom Werkunternehmer grundlos versäumten Termin für die *adprobatio*. Dies schließt *Pietsch* aus dem Fragment D. 19,2,37, das er, wie oben erwähnt, als Verzugsregel versteht.⁵⁴⁸

a) D. 19,2,36 als Einflusstheorie? Parallelen außerhalb des Werkvertrages

Was für diese Auslegungsvariante von D. 19,2,36 im Sinne einer Differenzierung zwischen höherer Gewalt (Besteller) und niederem Zufall (Werkunternehmer) spricht, sind zahlreiche weitere Stellen zu unterschiedlichsten Fallkonstellationen, die ebenfalls die Grenze für die Gefahrtragung exakt am Rand der höheren Gewalt zu verorten.

b) Einflusstheorie im Kaufvertrag

Offensichtlich sind die Parallelen zur Gefahrtragung im Kaufvertrag – soweit man bei der *emptio venditio* von einer allgemeingültigen Regelung („*periculum emptoris*“) sprechen kann.⁵⁴⁹ Die Phase zwischen Vertragsabschluss und *probatio* könnte als Pendant zur Phase zwischen Perfektion und Übergabe gesehen werden.⁵⁵⁰ In beiden Fällen würde die geldleistende Partei das *periculum vis maioris* tragen, die nichtgeldleistende Partei müsste für *culpa* und *custodia* oder *casus minor* einstehen.⁵⁵¹

c) Einflusstheorie im Bestandvertrag

Auch bei der Sachmiete findet sich häufig die *vis maior* als Grenze bzw. als Ausnahme vom sonst dem Mieter zugewiesenen (niederen) Zufall. So trifft beispielsweise in D. 19,2,29 den Waldpächter die Verpflichtung, die Zerstörung des Waldes durch Dritte nicht zuzulassen. Damit sei nicht nur gemeint, dass er es zu untersagen habe, falls er eine solche Zerstörung zufällig bemerke. Stattdessen habe er es aktiv zu verhindern, trage die Verantwortung dafür, dass es nicht geschehe. Die Begründung („*sed uti curaret et daret operam, nec quis caederet*“) weist sprachliche Ähnlichkeit mit dem Schlusssatz von D. 19,2,36 auf („*quam quod sua cura atque opera consecutus esset*“).⁵⁵² Die Formulierungen könnten entweder auf einen erweiterten Verhaltensmaßstab (*diligentissimus*

Zufall bei dem Verdingungs-Vertrage, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd 8 (1851) 1ff, 6; *Gesterding*, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten (1818) 105.

⁵⁴⁸ *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 30⁴⁵.

⁵⁴⁹ Hinterfragt wird ein solches allgemeines Prinzip von *Jakab*, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 189ff, 190; Völlig negiert von *Rabel*, Gefahrtragung beim Kauf, ZSS 42 (1921) 553ff, 559ff.

⁵⁵⁰ *Miquel*, *Periculum locatoris*, ZSS 81 (1964) 134ff, 185.

⁵⁵¹ *Kaser/Knütel*, Römische Privatrecht¹⁷ (2003) 262f; *Kaser*, Römische Privatrecht² (1971) 552.

⁵⁵² *Mayer-Maly*, Höhere Gewalt, in *Baltl* (Hrsg) FS Steinwenter (1958) 58ff, 68.

pater familias) also eine besonders strenge *culpa*-Haftung oder auf eine bloße Obliegenheit zur Abwendung aller beherrschbaren Umstände (*casus minor*) bezogen werden. Ebenso findet sich, wie oben gezeigt wurde, in D. 19,2,15,2 eine solche Ausnahme für *vis maior* (*vis cui resisti non potest*), ähnlich auch in D. 19,2,30,4. Eine Einflusstheorie spielte auch bei störenden Dritten in Bestandverträgen eine Rolle. Afrikan unterscheidet in D. 19,2,33 und D. 19,2,35 pr. für das Erlöschen des Mietzinses danach, ob die Eindringlinge abwendbar oder unabwendbar sind.

d) *custodia*-Haftung als Einflusstheorie

Zusammenhänge können auch zur *custodia*-Haftung gesehen werden. Zwar liegt dem Begriff der *custodia* kein einheitliches Konzept zugrunde.⁵⁵³ Eine der Bedeutungen liegt jedoch in einer Haftung, die sich über das Verschulden hinaus auf unverschuldete Ereignisse erstreckt, die mit größtmöglicher Sorgfalt abgewendet werden könnten, jedoch an der unabwendbaren (höheren) Gewalt ihre Grenze findet.⁵⁵⁴ Eine *custodia*-Haftung trifft etwa den Schneider oder Wäscher,⁵⁵⁵ den unentgeltlichen Entlehner,⁵⁵⁶ und wie erwähnt den Verkäufer vor der Übergabe.⁵⁵⁷ Der *custodia*-Begriff tritt oft im Zusammenhang mit der Bewachung eines Gegenstands auf, wie oben erwähnt bringt *Ernst* ihn aber unmittelbar mit der *locatio conductio* (Landpacht) in Verbindung.⁵⁵⁸ *Pietsch* erkennt zwar die Vergleichbarkeit der *custodia*-Haftung mit der Gefahrtragsregel in D. 19,2,36 an, spricht sich aber gegen eine unmittelbare Anwendung des Konzepts aus.⁵⁵⁹

e) *receptum*-Haftung als Einflusstheorie

Zuletzt ist noch auf die *receptum*-Haftung der Schiffseigner und Gastwirte hinzuweisen, die ebenfalls mit einer solchen Einflusstheorie verglichen werden kann. Der Schiffseigner

⁵⁵³ *MacCormack*, Custodia and Culpa, ZSS 82 (1972) 150ff unterteilt drei Bedeutungen: (i) Die Haftung für den Diebstahl eines Gegenstandes (ii) Die Haftung für den Untergang eines Gegenstandes durch Zufall oder höhere Gewalt (iii) Eine Haftung für einen bestimmten Sorgfaltsmaßstab; *Doll*, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 43ff, 51.

⁵⁵⁴ D. 19,1,31 pr., D. 44,7,1,4, I. 3,14,2, besonders deutlich: D. 16,3,1,35; D. 18,6,2,1.

⁵⁵⁵ Gai. 3,205.

⁵⁵⁶ Gai. 3,206, D. 13,6,5,5.

⁵⁵⁷ D. 19,1,31 pr., D. 47,2,14; Vgl. *Kaser*, Römisches Privatrecht² (1971) 506ff, 508³⁹, 533, 547; *Nassauer*, „Sphärentheorien“ zu Regelungen der Gefahrtragungshaftung in vertraglichen Schuldverhältnissen (1978) 8; *Doll*, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 43ff, 50.

⁵⁵⁸ *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS 105 (1988) 541ff, 549; Ähnlich *Miquel* zu D. 19,2,36 (Werkvertrag): *Miquel*, Periculum locatoris, ZSS 81 (1964) 134ff, 184.

⁵⁵⁹ *Pietsch*, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 31.

und der Gastwirt haften für die anvertrauten Sachen verschuldensunabhängig, werden aber durch höhere Gewalt (zB Schiffbruch oder Piratenangriff) von dieser Haftung frei.⁵⁶⁰

f) Beziehung zwischen niederem Zufall und Verschulden

Der Fall einer beim Transport zerstörten Säule D. 19,2,25,7 ist nicht unmittelbar vergleichbar, denn GAIUS lässt nur für *culpa* haften. Jedoch ist der Verhaltensmaßstab ähnlich wie in D. 13,6,18 pr. oder D. 18,6,2,1 auf die größte denkmögliche Vorsicht ausdehnt (*diligentissimus*).⁵⁶¹ Somit bleiben in diesem Fall keine abwendbaren Zufälle (*casus minor*) übrig. Hier wird die für Gaius charakteristische Auffassung deutlich, wonach *culpa* nahtlos an *vis maior* grenzt, der niedere Zufall ist ihm unbekannt.⁵⁶² *Custodia* ist bei Gaius eine Teilmenge von *culpa*.⁵⁶³ Ähnlich impliziert Cicero in einer Stelle ein solches unmittelbares Aneinandergrenzen von *culpa* und *vis maior*.⁵⁶⁴ Damit geht einher, die höhere Gewalt nur subjektiv aus der Beziehung zu den konkreten Umständen und den Einwirkungsmöglichkeiten der beteiligten Personen zu bestimmen. Wenn die Abwendung des Schadens konkret und individuell möglich gewesen wäre, ist die Unterlassung dieser Abwendung kaum zu entschuldigen. *Exner* hat diese Theorie daher als subjektive Auffassung der höheren Gewalt bezeichnet.⁵⁶⁵

Das Aneinandergrenzen von Verschulden und höherer Gewalt ist auch für die mittelalterliche Glosse typisch.⁵⁶⁶ Die Glosse bezeichnete jenen Bereich, den der *diligens pater familias* zwar nicht beherrscht, der *diligentissimus pater familias* hingegen beherrschen könnte, als *culpa levissima*.⁵⁶⁷ So heißt es: „*nam intra levissimam culpam, & casum fortuitum, nihil est medium*“.⁵⁶⁸ Dieser hypothetisch beherrschbare Bereich ist

⁵⁶⁰ D. 4,9,1,1; D. 4,9,3,1; vgl. *Exner*, Begriff der höhern Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 499ff; *Goldschmidt*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1871) ZGH 16=1, 287ff, 327f.

⁵⁶¹ Zum *diligentissimus*: *Mayer-Maly*, Höhere Gewalt, in *Baltl* (Hrsg) FS Steinwenter (1958) 58ff, 68⁷⁷.

⁵⁶² *Goldschmidt*, Das receptum nautarum, ZGH 3 (1860) 58ff, 90ff, 90^{56a}; Er führt insbesondere an GAI. D. 17,2,52,3 und GAI. D. 44,7,1,4, GAI. D. 19,2,25,6; Weiters GAI. D. 18,6,2,1; GAI. D. 13,6,18,pr; PAUL. D. 2,13,7,pr; PAUL. D. 13,7,30. Er nennt auch ULP. D. 13,7,13,1, jedoch ist in dieser Stelle unklar, ob die *custodia*-Haftung von Ulpian von der *culpa*-Haftung unterschieden wird; Auch MARC. D. 35,2,30,pr ist nicht eindeutig. Das gleiche Konzept ist in I. 3,24,3 erkennbar, eine Stelle, die wohl ebenso wie die vorangehende Stelle I. 3,24,2 (entspricht GAI.Inst. 3,141) auf GAIUS zurückgehen dürfte.

⁵⁶³ D. 18,6,2,1; *MacCormack*, Custodia and Culpa, ZSS 82 (1972) 150ff, 177.

⁵⁶⁴ *Cic.Inv.* 2,102; *Doll*, Von der vis maior zur höheren Gewalt (1989) 11.

⁵⁶⁵ *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 512.

⁵⁶⁶ *Exner*, Begriff der höheren Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 505; *Glossa Ordinaria*, Ausgabe Lyon 1627, ad D. 4,9,3,pr, Sp 625f; *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 26.

⁵⁶⁷ *Glossa Ordinaria*, Ausgabe Lyon 1627, ad D. 4,9,3 pr., Sp 625f; Ebd ad D. 13,6,18 pr., Sp 1388f; Ebd ad D. 19,2,25,7, Sp 1839; Vgl. *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 57ff;

⁵⁶⁸ *Glossa Ordinaria*, Ausgabe Lyon 1627, ad D. 4,9,3 pr., Sp 625f; *Exner*, Begriff der höhern Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 505⁸, 520.

jedoch mit dem Konzept des *casus minor* und der *custodia* vergleichbar, der Unterschied liegt abgesehen von der Terminologie ausschließlich am Vorwurf, der mit der Unterlassung der Abwendung verknüpft ist.⁵⁶⁹

Ähnlich formulierte PAULUS BUSIUS: „*Periculum autem hic nihil aliud significat, quam casum damnitatis quod diligentissima cura potest praecaveri, ut recte interpretes perhibent.*“ Wie die Glosse bezeichnete er diesen theoretisch beherrschbaren Bereich zwischen *culpa levis* und *casus fortuitus* als *culpa levissima*.⁵⁷⁰

Burchardi legte dieses Verständnis auch der hier behandelten Stelle D. 19,2,36 zugrunde. Der erste Satz beziehe sich auf das *periculum culpa* im Sinne dieser *culpa levissima*, der vierte Satz auf die mit *casus* gleichzusetzende *vis maior*.⁵⁷¹

Der Schlusssatz von D. 19,2,36 könnte als Präzisierung dieses Prinzips verstanden werden. Der Satz wäre nach dieser Auslegung somit zu verstehen als „Dem Besteller braucht nämlich grundsätzlich nicht für mehr eingestanden zu werden als für das, was er [der Werkunternehmer] durch Mühe und Arbeit in eigener Sache erlangt hätte“, wenn also der *conductor* das Bauwerk für sich selbst gebaut hätte.⁵⁷² Angesprochen sein könnte damit eine Art „*diligentia quam in suis rebus*“.

Damit ist zwar bisweilen ein Haftungsmaßstab gemeint, der eine Haftung für Diebstahl nicht einschließt, sich somit von einer *custodia*-Haftung unterscheidet.⁵⁷³ Allerdings formuliert GAIUS in D. 13,6,18: „*In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit*“ – „Bei entliehenen Sachen ist für eine solche Sorgfalt einzustehen, wie sie der sorgfältigste Hausvater in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet, sodass der Entleiher nur für solche Fälle nicht eintreten muss,

⁵⁶⁹ Vgl. Goldschmidt, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1871) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 16=1, 287ff, 328 der die Custodiahaftung als „Fiktion der *culpa*“ ansieht; Vergleichbar sieht Mayer-Maly, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, RdA (1967) 281ff, 285 *custodia* als eine Form der *culpa* an, der Begriffsinhalt von *culpa* sei schwer zu bestimmen.

⁵⁷⁰ PAULI BUSII, Commentarii Brevis In Pandectas, (1610) I, 698.; vgl. dazu Gesterding, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten (1818) 105: „Conductor haftet für Schaden, der durch seine Ungeschicklichkeit, also durch seine Schuld, entsteht, und, wie ältere Ausleger [Paulus Busius, Anm.] meinten, überhaupt für einen solchen, welchen er abzuwenden im Stande war.“

⁵⁷¹ Burchardi, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (1861) 136.

⁵⁷² So Wubbe, Labeo zur Gefahrtragung beim Bauvertrag, Wubbe (Hrsg) L'Homme dans son Environnement/Mensch und Umwelt (1980) 134ff, 142⁴⁹; Mayer-Maly, Locatio conductio (1956) 40; Unentschieden: Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 34⁴⁰.

⁵⁷³ GAI. D. 18,1,35,4, dazu Goldschmidt, Das receptum nautarum (1860) ZHR 3, 58ff, 106ff.

die man nicht vermeiden kann“.⁵⁷⁴ Auch hier grenzt die *diligentia quam in suis rebus* des *diligentissimus pater familias* unmittelbar an die höhere Gewalt.

7. *In pedes*-Vertrag als Normalfall

Besser kann das Problem erfasst werden, indem sich der Exeget die Verschiedenartigkeit der im Fragment bezeichneten Bauvertragstypen bewusstmacht. Zu diesem Verständnis haben insbesondere *Samter*,⁵⁷⁵ und mehr als ein Jahrhundert später *Buchwitz*⁵⁷⁶ mit ihren Analysen beigetragen. Die wesensmäßige Verschiedenheit eines *aversione*-Bauvertrags von einem *in-pedes*-Vertrag ist etwa von *Haymann* nicht verstanden worden, der sich fragt, warum sich die Art der Preisberechnung auf die Gefahrtragung auswirken soll,⁵⁷⁷ aber auch andere haben diesem Aspekt zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

Allerdings haben die Glossatoren zutreffend erkannt, dass der Schlüssel zum Verständnis in der besonderen *aversione*-Abrede liegt, wodurch eine gegenüber dem Normalfall veränderte Gefahrtragung vereinbart wird.

So heißt es in der Glosse: „*Opus, quod aversione, id est ut periculum ad conductorem spectet.*“.⁵⁷⁸ Die Glosse hat also erkannt, dass die *aversione*-Klausel die Abweichung vom Regelfall darstellt und die veränderte Beurteilung bewirkt. Nach dem Verständnis der Glosse wird durch die *aversione*-Abrede allerdings nicht jede Gefahr übernommen, streng genommen ändert sich an der Beurteilung der beiderseits unverschuldeten Ereignisse (Zufall im weiteren Sinn) gar nichts. Es wird nur der Verhaltensmaßstab bis an die Grenze des menschlich Machbaren (*culpa levissima*) ausgedehnt. Der unbeherrschbare Bereich, der *casus fortuitus* bleibt unberührt: „*Pactu aversionis comprehendit culpam levissimam, non casum fortuitum*“.⁵⁷⁹

Der Beisatz könnte aber als Indiz für eine abgelehnte Meinung gewertet werden, nach welcher die *aversione*-Abrede auch den „*casus fortuitus*“, also die *vis maior* umfasst, somit der vom vierten Satz erfasste Sachverhalt ein anderer sei als der des ersten Satzes: Der vom

⁵⁷⁴ Übersetzung von *Zimmermann*, in *Behrends et al* (Hrsg) CIC III (1999) 173.

⁵⁷⁵ *Samter*, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f.

⁵⁷⁶ *Buchwitz*, *Vertragsklauseln und probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff.

⁵⁷⁷ *Haymann*, *Textkritische Studien*, ZSS 41 (1920) 44ff, 162.

⁵⁷⁸ *Glossa Ordinaria*, Ausgabe Lyon 1627, Sp 1847f.

⁵⁷⁹ *Oertmann*, *Der Zufall bei der Werkverdingung*, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 28 nannte die Interpretation der Glosse und die des DONELLUS ohne Begründung „eine Curiosität“.

Glossator kritisierte Jurist könnte die hier vertretene Meinung geteilt haben, dass der vierte Satz nicht von einem *aversione*-Vertrag handelt.

Es ist anzunehmen, dass der *in pedes*-Vertrag so wie heute⁵⁸⁰ den Normalfall dargestellt hat, und der *aversione*-Vertrag im Bauwesen aufgrund seiner vielfältigen Nachteile auf seltene Sonderkonstellationen beschränkt war.⁵⁸¹ Die Tendenz, den *aversione*-Vertrag unrichtigerweise als Normalfall anzunehmen, hat ihre Ursache neben der Reihenfolge der Nennungen in D. 19,2,36 möglicherweise in der Sympathie, die der Exeget für den Gedanken der scheinbaren Kostensicherheit empfindet, wenn er sich empathisch in die Rolle des Bestellers hineindenkt.

Dem Fragment ist somit ein ähnliches Verständnis zugrunde zu legen wie D. 18,6,4,1. Ulpian erklärt die Gefahrtragung im regulären Weinkaufvertrag (mit Verkostung) und zuvor noch die gegenteilige Gefahrtragungsregel im *aversione*-Weinkaufvertrag (ohne Verkostung). Sogleich betont er, dies sei ein eher theoretischer Fall, dass jemand wirklich Wein ohne Verkostung kauft, könne sich Ulpian kaum vorstellen.⁵⁸² Im unteren Teil geht er – ohne es explizit zu betonen – nur mehr auf den regulären Weinkaufvertrag ein. Der *aversione*-Vertrag ist hier ein reines Lehrbuchbeispiel ohne Praxisrelevanz, der mit einer kurzen Seitenbemerkung abgehakt ist.⁵⁸³

Der Anfang des vierten Satzes des D. 19,2,36 (*Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est*) ist somit auch nur auf den Normalfall des *in pedes*-Vertrags zu beziehen:

⁵⁸⁰ Vgl. ÖNORM A 2050 4.9.2.2: „Zu Pauschalpreisen soll nur dann ausgeschrieben, angeboten und zugeschlagen werden, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung genau bekannt sind und mit einer Leistungsänderung im Zuge der Ausführung nicht zu rechnen ist.“, Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110² (2009) Rz 1444.

⁵⁸¹ Umgekehrt hält Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 41 den *aversione*-Vertrag für den Normalfall und den *in pedes*-Vertrag für den hypothetischen Vergleichsfall. Auch Kaser, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 187 meint, ersterer sei häufiger gewesen; Genauso sei nach Birr, in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2013) III 1404³²⁸, ohne besondere Vereinbarung ein *aversione*-Vertrag zustande gekommen; Ebenso Ourliac/Malafosse, *Histoire du Droit privé - Les Obligations*² (1969) 293f, sie begründen diese Annahme mit D. 19,2,51,1.

⁵⁸² Jakab, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 190ff, 199, 212; Jakab, *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, ZSS 123 (2006) 71ff, 76³³; Jakab, *Aversione venire*, in Ernst/Jakab (Hrsg) *Usus Antiquus Iuris Romani* (2005) 87ff.

⁵⁸³ Jakab, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 190ff, 204 versteht demgegenüber *aversione* als Verzicht nicht auf die Verkostung sondern auf die Zumessung; Davon unabhängig zeigen ihre Untersuchungen verschiedener graeco-ägyptischer Papyri, dass beim Weinkauf „fast ausnahmslos, meistens sogar mehrmals verkostet“ wurde, ebenso ist der Verzicht auf die Zumessung kaum vorgekommen.

Grundsätzlich (dh im *in pedes*-Vertrag) trägt der *locator* das *periculum* für die Zerstörung des Werkes durch höhere Gewalt und niederen Zufall vor der *probatio*. Das Ende des vierten Satzes (*nisi si aliud actum sit*)⁵⁸⁴ nimmt dann wieder auf die Ausnahme Bezug (den *aversione*-Vertrag): Es sei denn, es wäre etwas anderes vereinbart gewesen, wenn man sich also ausnahmsweise zur Verwendung des Vertragstyps mit der gegenteiligen Gefahrtragungsregel entschlossen hätte. Dem *nisi*-Satz geht es also nicht um die „ängstliche Betonung des Dispositivcharakters der Norm“ (so v. *Beseler*⁵⁸⁵), die wesensmäßige Verschiedenheit der beiden Vertragsformen ist die Kernaussage der ganzen Stelle, die im vierten Satz noch einmal zusammenfassend wiederholt wird.

Periculum kann zwar neben der *vis maior* auch, unter Umständen sogar ausschließlich auf sonstigen *casus* (*casus minor/custodia*) manchmal sogar auf *culpa* Bezug nehmen.⁵⁸⁶ Dort wo dies der Fall ist, wird dies entweder explizit ausgesprochen oder es ergibt sich eindeutig aus dem Zusammenhang.⁵⁸⁷ Jedenfalls findet überall dort, wo *periculum* in einer dieser Bedeutungen gebraucht wird, das Wort im Satzbau zur Bezeichnung der Rechtsfolge Verwendung (w e n n dieser und jener Fall eintritt, d a n n trägt diese Partei das *periculum*).⁵⁸⁸ Damit ist dann meist die Tragung der Preisgefahr, seltener eine Interessenshaftung⁵⁸⁹ gemeint. Wenn wie hier die unter das *periculum* zu subsumierenden Umstände nicht genannt werden, und das Wort *periculum* somit alle Tatbestände mitumfasst (Diese Partei trägt das *periculum* schlechthin, hat somit in den damit gemeinten Fällen die damit gemeinten Folgen zu tragen),⁵⁹⁰ liegt eine Bezugnahme (auch) auf *vis maior* nahe. Insbesondere sei bedacht, dass die Parömie „*periculum est emptoris*“ (D. 18,6,8 pr) wonach der Käufer zwischen Perfektion und Übergabe „die Gefahr“ trägt, sich auf jenen *casus* beschränkt, der nicht *custodia* ist, sich somit in der *vis maior*

⁵⁸⁴ Diese Schlüsselstelle für das Verständnis wurde für unecht erklärt von: *Martin*, *The Roman Jurists* (1989) 99²⁷; indirekt: *Kaser*, *Periculum locatoris*, ZSS 74 (1957) 155ff, 192¹⁴⁶; *Seckel/Levy*, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927) 117ff, 223f⁶; *De Robertis*, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (1946) 161². *Betti*, „*Periculum*.“, in *Studio in onore di Pietro De Francisci* (1956) I 131ff, 157 (*conductor – sit*);

⁵⁸⁵ *Von Beseler*, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (1920) IV 137: daher sei er unecht.

⁵⁸⁶ Siehe Abschnitt „Die Bedeutung von *periculum*“ **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** S. 18.

⁵⁸⁷ *Dochstuhl*, *Die Gefahrtragung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 48=12 (1904) 241ff, 243; zB D. 19,2,40.

⁵⁸⁸ zB D. 19,2,59; D. 19,2,25,7; D. 19,2,9,3; D. 19,1,44; D. 19,1,54 pr.;

⁵⁸⁹ zB D. 19,2,54,2.

⁵⁹⁰ zB D. 19,2,13,5; D. 19,2,60,6;

erschöpft.⁵⁹¹ Darum wäre es seltsam, wenn FLORENTINUS das *periculum* auf jenen Zufall bezogen hätte, der gerade keine *vis maior* ist.

Der Blick auf dieses Verständnis wird durch das *et in utraque causa* verstellt, nachdem sich der dritte Satz auf beide Vertragstypen bezieht, und den unrichtigen Anschein erweckt, auch der vierte Satz gelte in beiden Fällen.

Außerdem suggeriert dieser Satz, beim *in pedes*-Vertrag sei die *probatio* als *admensio* bezeichnet worden und nach jedem Bauabschnitt würde somit eine (nur anders titulierte) Abnahme stattfinden. Dies verstärkt den zuerst geschilderten Eindruck, denn die Terminologie des vierten Satzes (*adprobaretur*) scheint dann wieder auf den *aversione*-Vertrag Bezug zu nehmen.

Die *admensio* kann jedoch nicht mit der *probatio* gleichgesetzt werden.⁵⁹² Auch kann nicht angenommen werden, beim *in pedes*-Vertrag habe grundsätzlich keine *probatio* stattgefunden. Für das *periculum casus minoris* und das *periculum vis maioris* spielte diese Endabnahme beim *in pedes*-Vertrag zwar keine Rolle mehr, diese Gefahren hatte ab der Vermessung der *locator* zu tragen. Die Endabnahme war jedoch für das *periculum culpae* bedeutsam. Ansprüche aufgrund von Werkmängeln (*culpa*) konnten auch beim *in pedes*-Vertrag bis zur *probatio* geltend gemacht werden. Die *admensio* reduzierte das Risiko des Werkunternehmers auf *culpa*, die *probatio* weiter auf *dolus*.⁵⁹³

Aufgrund der Ähnlichkeit der Rechtsinstitute *admensio* und *probatio* ist diesem Missverständnis bereits der Bauunternehmer aus D. 19,2,51,1 unterlegen. Die tageweise Entlohnung (im Zuge derer es sicher zu einer Begutachtung des Baufortschrittes gekommen ist) hat er für eine tageweise Abnahme gehalten, da ihm bekannt war, dass er ab dem Zeitpunkt nicht mehr die Gefahr für zufällige Ereignisse zu tragen hatte. Irrtümlich hat er sich auch von der Haftung für Ausführungsmängel befreit gesehen. JAVOLENUS belehrt ihn eines Besseren, wobei auf die Gründe dafür unten noch einzugehen sein wird.

⁵⁹¹ Weniger eindeutig in I. 3,24,3; Vgl. Goldschmidt, Das receptum nautarum (1860) ZHR 3, 58ff, 110.

⁵⁹² So aber Thomas, Reflections on Building Contracts, in RIDA 18 (1971) 673ff, 678; Rainer, Zur locatio conductio: Der Bauvertrag, in ZSS 109 (1992) 505, 510; Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 362; Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, GrünhutsZ Bd 24 (1897) 1ff, 47; Schmoll, Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenden?, Diss. (1889) 34; Burchardi, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (1861) 138; Aus anderen Gründen gegen die Gleichsetzung: Martin, A Reconsideration of probatio operis, ZSS 103 (1986) 321ff, 329; Zustimmend Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 34³⁶.

⁵⁹³ D. 19,2,24 pr; Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 31.

Nach dieser Deutungsvariante bezieht sich der begründende Schlusssatz nicht auf den *conductor*, sondern auf den *locator*. Die Begründung bringt sinngemäß zum Ausdruck, der Bauherr soll nicht bessergestellt werden, als wenn er das Haus selbst gebaut hätte, da er es durch seine *cura* – was als Bauaufsicht zu verstehen ist⁵⁹⁴ – faktisch selbst gebaut hat. Hat der Besteller etwa ein teilfertiggestelltes Bauwerk zB nach Fertigstellung des zweiten Stockwerks vermessen, und erteilt er die Weisung zur weiteren Aufführung eines dritten und vierten Stockwerks, und stürzt das Bauwerk dann aufgrund der Gewichtslast ein, ist genau dies die Rechtfertigung, warum der Besteller den Werklohn bezahlen muss. Denn so wäre es auch gekommen, wenn er selbst gebaut hätte.

8. Zusammenfassung der Deutung von D. 19,2,36

Zusammenfassend wurde zur Zeit des FLORENTINUS, also dem Ende des 2. Jahrhunderts, die Gefahrtragung überwiegend zu Lasten des Bestellers entschieden, seine Auffassung scheint somit eine bestellerfreundliche Mindermeinung darzustellen. Das zeigen die ebenfalls Bauverträge behandelnden Stellen D. 19,2,59 (Gebäudeeinsturz während Bauphase), D. 19,2,33 (Hangrutschung vor Baubeginn) und D. 19,2,37 (Gebäudeeinsturz nach Fertigstellung). Die einzige weitere Stelle aus dieser Epoche, die im Sinne des Bestellers zu entscheiden scheint, ist D. 19,2,15,6, bei der Ladegut infolge eines Schiffbruchs verloren geht.

Der scheinbare Widerspruch zwischen den ersten drei und den letzten vier Sätzen der Stelle D. 19,2,36 wird von der herrschenden Meinung aufgelöst, indem die Entscheidung im Sinne einer „Einflusstheorie“ gedeutet wird, wonach der Besteller die Gefahr der höheren Gewalt zu tragen hat, der Werkunternehmer hingegen alle sonstigen Gefahren, die in den ersten beiden Sätzen angesprochene Gefahr somit nur die Gefahr des niederen Zufalls ist. Für diese Ansicht sprechen zahlreiche Parallelen außerhalb des Werkvertragsrechts, die ebenfalls die Risiken der höheren Gewalt der einen, jene des niederen Zufalls der anderen Partei eines Rechtsverhältnisses zuweisen (Kaufrecht, Bestandrecht, *custodia*-Haftung, *receptum*-Haftung).

⁵⁹⁴ Über das *curare* siehe S. 173⁸¹⁰, zur Bauaufsicht über den Kastortempel S. 175⁸²⁴, in Inschriften S. 173⁸¹³; Vgl insbes Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 89; Gast, Die zensorischen Bauberichte bei Livius und die römischen Bauinschriften, Diss. (1965) 65.

Nach der eigenen Ansicht ist die Kernaussage der Stelle die Verschiedenartigkeit eines Pauschalpreisvertrages (*aversione*-Vertrag) von einem Einheitspreisvertrag (*in pedes*-Vertrag). Der Normalfall eines Bauvertrages war ein *in pedes*-Vertrag und die *aversione*-Abrede stellte die Ausnahme bzw die Abweichung dar. Aus diesem Grund ist der vierte Satz, wo nicht spezifiziert wird, von welchem Typ die Rede ist, einfach auf den *in pedes*-Vertrag zu beziehen, der kurze Gliedsatz, der die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung erwähnt (*nisi si aliud actum sit*) gedenkt wiederum des Pauschalpreisvertrages.

VII. Vertragstypen der heutigen Bauwirtschaft

Die unterschiedlichen Ausgestaltungsformen kennt die bauwirtschaftliche Praxis bis heute. Dem im Digestenfragment D. 19,2,36 als *aversione*-Vertrag bezeichneten Modell entspricht in der heutigen Terminologie der Pauschalpreisvertrag. Hier müssen die Anforderungen an das Bauwerk zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einer ausreichenden Präzision festgelegt werden, dafür wird für das Werk ein Gesamtpreis vereinbart. Grundsätzlich wird dieser Preis dann auch geschuldet, Kostenüberschreitungen sind prinzipiell nicht vorgesehen.⁵⁹⁵

Das Gegenmodell wird als Einheitspreisvertrag bezeichnet, hier werden im Kostenverzeichnis Preise für bestimmte Einheiten festgelegt (für jeden Kubikmeter Zement soundsoviel, für jede Mannstunde eines Bauarbeiters dieser und jener Qualifikation soundsoviel, ...). Eine allenfalls durchgeführte Multiplikation mit den geschätzten Vordersätzen und Aufsummierung zu einem Gesamtpreis hat lediglich Informationscharakter, diesem Betrag kommt grundsätzlich keine rechtliche Verbindlichkeit zu.⁵⁹⁶ Dem Einheitsvertrag mit veränderlichen Preisen sehr ähnlich ist der Regiepreisvertrag. Hier kommt den sog. Regiepreisen noch geringere Bestandsfestigkeit zu, wodurch das Kalkulationsrisiko in größerem Umfang auf den Besteller abgewälzt wird.⁵⁹⁷ Für die folgenden Überlegungen ist die besondere Hervorhebung des Regiegegenüber dem Einheitspreisvertrag nicht erforderlich. Ebenso soll der Vertrag mit verbindlichem Kostenvoranschlag als eine Form des Pauschalpreisvertrages gesehen werden.⁵⁹⁸

Zwischen den Idealtypen bestehen Mischformen. Darüberhinaus ist die Terminologie uneinheitlich,⁵⁹⁹ teilweise sogar völlig konträr.⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ Vgl. *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 97.

⁵⁹⁶ Vgl. *Karasek*, Kommentar zur ÖNORM B 2110² (2009) Rz 1441.

⁵⁹⁷ Vgl. *Tomek* in *Müller/Stempkowski* (Hrsg.) Handbuch Claim-Management² (2015) 45.

⁵⁹⁸ Liegt ein garantierter Kostenvoranschlag iSd § 1170a vor, ist dieser Fall – abgesehen von einer allfälligen Irrtumsanfechtung – kaum vom Pauschalpreisvertrag zu unterscheiden: *Rummel*, Das „Baugrundrisiko“, ein neuer Rechtsbegriff? FS Strasser (1993) 309ff, 320ff; *Bydliński*, Vertragsrechtliche Grundfragen des Industriebauwerksbaus, in *Aicher/Korinek* (Hrsg.) Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industriebauwerksbaus (1991) 67ff, 109; So auch die Mat: HHB, 78 BlgHH 21. Sess 246; stärker differenzierend *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 84f, 97ff.

⁵⁹⁹ Etwa als Pauschalpreisvertrag titulierte Vereinbarungen, die für bestimmte Fälle Preisänderungsklauseln enthalten, oder Einheitspreisverträge mit Mengengarantien oder Obergrenzen. Vgl. *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 97.

⁶⁰⁰ Insbesondere für den Begriff des „Festpreisvertrags“, der teilweise als Synonym für den Pauschalpreisvertrag, teilweise als Beschreibung eines Einheitspreises mit unveränderlichen Einheitspreisen (jedoch veränderlichen Vordersätzen) verstanden wird: Vgl. *Werner/Pastor/Müller*, Baurecht von A-Z⁶ (1995) Festpreis, 325f; Die „Feste Übernahme“ des Art 373 OR ähnelt § 1170a ABGB; *Oertmann* verwendet

1. Begriff des Vertragstyps

Fraglich ist, ob man zur Bezeichnung dieser Formen in Übereinstimmung mit der baubetrieblichen Terminologie⁶⁰¹ Pauschalpreisvertrag und Einheitspreisvertrag (bzw. *aversione*- und *in pedes*-Vertrag) als unterschiedliche „Vertragstypen“ ansprechen soll, oder ob dieser Begriff besser vermieden wird. Die Frage stellt sich für die römisch-rechtliche Dogmatik gleichermaßen wie für die zeitgenössische, sodass die Untersuchung für beide Rechte gemeinsam erfolgen soll.

Was das geltende Recht betrifft, wird der Begriff des „Vertragstyps“ teils auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs gebraucht,⁶⁰² teils wird er bewusst vermieden – statt dessen wird dann von Entgeltberechnungsarten,⁶⁰³ Entgeltvereinbarungstypen,⁶⁰⁴ Vertragsformen oder einfach nur Vertragsabreden⁶⁰⁵ gesprochen. Damit soll die Vorstellung vermieden werden, hier handle sich im System der (gesetzlich) vertypen Verträge um eigenständige Kategorien.

Außer Frage steht jedenfalls, dass unabhängig von der Art der Preisberechnung die Vorschriften der §§ 1165 ff ABGB (D: §§ 631 ff BGB) zur Anwendung gelangen, somit in beiden Fällen ein geradezu typischer Werkvertrag vorliegt.⁶⁰⁶

Es ist allerdings nur auf den ersten Blick zutreffend, dass der Werkvertrag des ABGB ein einheitlicher Vertragstyp ist. Bereits die §§ 1168 und 1168a können auf den Pauschalpreisvertrag bzw. den Vertrag mit garantiertem Kostenvoranschlag nicht

den Begriff „Einheitspreisvertrag“ in seiner gegenteiligen Bedeutung: „*opus aversione locatum* einfach ein in Bausch und Bogen, d.h. für einen Einheitspreis, *uno pretio*, in Verding gegebenes Werk“: Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 29.

⁶⁰¹ Vgl Kropik, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement (2014) 564.

⁶⁰² Von „Vertragstypen“ sprechen in diesem Zusammenhang etwa: Raaber, Hinweise auf Unterschiede zwischen gängigen Bauvertragstypen, bau-intern 1987, 162f; Vygen/Joussen/Schuber/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung⁶ (2011) 115, 191; Kappellmann/Langen, Einführung in die VOB/B¹¹ (2002) 36; Schön, Der Baugrund - Haftung und Risikotragung bei Hervorkommen unerwarteter Bodenverhältnisse, Diss. (2005) 18; Werner/Pastor/Müller, Baurecht von A-Z⁶ (1995) 325; Tomek in Müller/Stempkowski (Hrsg) Handbuch Claim-Management² (2015) 26; Mit Begründung Müller-Foell, Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag (1982) 112.

⁶⁰³ Schön, Der Baugrund, Diss. (2005) 18;

⁶⁰⁴ Tomek in Müller/Stempkowski (Hrsg) Handbuch Claim-Management² (2015) 27; Genauso wie Schön ist auch Tomek hier inkonsequent (siehe obige FN).

⁶⁰⁵ Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 17.

⁶⁰⁶ Vgl Krejci in Rummel³ (2000) § 1165, 1166 Rz 22;

angewendet werden. Dies folgt aus dem § 1170a, der ausschließlich in diesen beiden Fällen anwendbar ist.⁶⁰⁷ § 1170 bezieht sich ausdrücklich auf beide Untertypen.

Auch rechtsvergleichend ist die weitere Untergliederung des Werkvertrags in (Sub-)Vertragstypen nicht abwegig. Im romanischen Rechtskreis herrscht die Vorstellung vor, bei *contrat en régie* bzw *regia* als Entsprechungen des Einheitspreisvertrags, und *contrat d'entreprise* bzw *appalto*, deren Pendant der Pauschalpreisvertrag ist, handle es sich um zwei eigenständige Vertragstypen.⁶⁰⁸

Es darf jedenfalls an die Systematik der Vertragstypen keine übergroße Strenge an den Tag gelegt werden. Auch unser Gesetzbuch regelt zum Teil eine Mehrzahl von Vertragstypen mit denselben Bestimmungen,⁶⁰⁹ umgekehrt erfahren manche Vertragstypen gar keine expliziten Normierung.⁶¹⁰ Das ist nichts Außergewöhnliches, waren namenlose Verträge (Innominatkontrakte) doch bereits den römischen Juristen bekannt.⁶¹¹ Die allgemeine Typenfreiheit ist ein wesentliches Prinzip des Vertragsrechts, so dass dem vom Gesetzgeber begünstigten Anschein, der Werkvertrag sei nur ein einziger Vertragstyp, kein allzu großes Gewicht beigemessen werden kann.

Es wäre *de lege ferenda* überlegenswert, die gesamte Vertragstypensystematik des ABGB zu überdenken. Dabei könnten unnötige Differenzierungen aufgegeben werden und Wesensverschiedenes einer angemesseneren Regelung zugeführt werden.⁶¹²

⁶⁰⁷ Rummel, Das „Baugrundrisiko“, ein neuer Rechtsbegriff? FS Strasser (1993) 309ff, 314, 320 betont den dispositiven Charakter der §§ 1168 und 1168a, sodass er in der Vereinbarung nach § 1170a eine Abdingung erwägt.

⁶⁰⁸ Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 384¹⁰⁸; Martin, A Reconsideration of probatio operis, ZSS 103 (1986) 321ff, 328; Fiori, La definizione della „locatio conductio“ (1999) 254; Cannata, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classic (1968) 210; Samter, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 136, 139, 140; Zum Enterprisevertrag Dankwardts, der davon zu unterscheiden ist, siehe unten.

⁶⁰⁹ insbesondere Arbeitsvertrag und Werkvertrag bis zur 3. TN 1916, heute noch entgeltlicher und unentgeltlicher Auftrag (§ 1004), unentgeltlicher und entgeltlicher Dienstvertrag (§ 1152): aA Adler/Holler in Klang² (1954) V 178; Miete und Pacht.

⁶¹⁰ zB die unentgeltliche Herstellung eines Werkes: vgl Krejci in Rummel³ (2000) § 1165, 1166 Rz 100; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁶ (1920) II/1, 470; Adler/Holler in Klang² (1954) V 178; HHB, 78 BlgHH 21. Sess 242f, 211; Die Erbringung eines Werkes gegen Hingabe einer Sache (*do ut facias*-Innominatkontrakt, sogenannte „Nachbarschaftshilfe“), die Erbringung eines Werkes gegen Erbringung eines anderen Werkes (*facias ut facias*), sofern keine Gesellschaft vorliegt.

⁶¹¹ D. 19,5,5 pr. ff.

⁶¹² Etwa die kaum nützliche Unterscheidung zwischen Miet- und Pachtvertrag in § 1091; oder die Statuierung des Verlagsvertrages als eigenständigen Typ (§ 1172 f): Verbreitungspflicht und Auflagenzahl könnten meist aufgrund der Vertragsauslegung geklärt werden, sonstige Fragen beantwortet das UrhG.

Dogmatisch relevant, jedoch *de lege ferenda* fragwürdig, ist die Scheidung zwischen entgeltlichem Auftrag und Werkvertrag; Dankwardt, Die locatio conductio operis, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 13=1 (1874) 303f, 367 ordnet den Vertrag mit dem Anwalt als *locatio conductio operis* ein, das Mandat ist nur Nebenabrede.

Die Scheidung lässt sich nur mit dem seit der Antike unüberwundenen Kastengeist (*artes liberales/inliberales*) erklären. Das wird bei Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (1887) II 553², 554³ sichtbar: die Wissenschaft sei doch kein Handwerk, meint er, und verweist auf das herabwürdigende

Für das BGB begründet *Müller-Foell*, warum die systematische Untergliederung des Werkvertrags in weitere Werkvertragstypen zur Lösung bestimmter Rechtsfragen erforderlich ist – insbesondere im Zusammenhang mit der Mitwirkung des Bestellers.⁶¹³

Seine Differenzierung setzt jedoch an der Frage an, ob die Mitwirkung des Bestellers im konkreten Fall als Pflicht oder als bloße Obliegenheit ausgestaltet ist.

Demgegenüber erachtet es der Verfasser für sinnvoller, bei der Typenbildung auf die für das Ergebnis bedeutsamere Frage abzustellen, ob dem Besteller ein Recht auf Mitwirkung (Weisungsrecht) zukommt sowie auf die damit kaum trennbar verbundene Entgeltberechnungsart (Pauschalierung). Mit *Müller-Foell* nach der Pflicht zur Vornahme von Mitwirkungshandlungen zu unterscheiden, ist dagegen weniger sinnvoll. Erstens wird diese nur in selteneren Fällen bestehen, und zweitens hat diese kaum Auswirkungen, sieht man ab von der dogmatischen Einordnung der Ansprüche des Werkunternehmers bei verletzten Mitwirkungshandlungen als Entgelt oder Schadenersatz.⁶¹⁴

Gegen eine allzu verfeinerte Typologie spricht sich in einem ähnlichen Zusammenhang *Bydlinski* aus, er warnt etwa vor der Postulierung der Eigenständigkeit eines „Bauvertrages“ oder „Industrieanlagenbauvertrages“. Eine solche Systematik sei nur von

Cicerozitat Cic.off. 1,42,150 über die schmutzigen Arbeiter. Auf den selben Wurzeln beruht auch die ebenso sinnlose Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten (§ 1 AngG) und die zwischen gewerblichen und freiberuflichen Tätigkeiten (§ 4 Abs 2 UGB). Die Römer unterschieden diese zwar (zB D. 11,6,1 pr.; D. 19,5,5,2) doch ging dies kaum über eine nominelle Unterscheidung hinaus, inhaltlich wurden die Fälle weitgehend parallel geregelt: *Weiske*, Rechtslexicon für Juristen aller teutschen Staaten (1847) Pacht- und Miethvertrag, VII 805.

⁶¹³ *Müller-Foell*, Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag (1982) 85, 86, 111f.

⁶¹⁴ Die Überlegungen *Müller-Foells* sind auf Ö nur bedingt übertragbar, da hier kein gesetzlich normiertes Kündigungsrecht (§ 649 BGB) besteht und die Abnahme auch nicht als klagbare Hauptpflicht des Bestellers (§ 640 BGB) ausgestaltet ist. Aber auch für D sind seine Argumente nicht völlig überzeugend, besser scheint es, die Mitwirkung des Bestellers als bloße Obliegenheit zu behandeln, dem Werkunternehmer aber bei mangelhafter Mitwirkung seine vollen Ansprüche (abzüglich Ersparnissen) zuzustehen. Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages scheint auch bei Teilzahlungen für vereitelte/verzögerte Teilleistungen als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Eigeninteressen sind auch bei großvolumigen Bauprojekten nicht grundsätzlich anzunehmen, da der Werkunternehmer hinsichtlich seines Entgeltanspruchs nicht schlechter gestellt werden darf. Sind Kapazitätsbeschränkungen (Kündigung von Bauarbeitern etc) nicht möglich oder betriebswirtschaftlich nicht zumutbar, sind sie auch nicht gem § 642 Abs 2 BGB anzurechnen. Dass die Geltendmachung von Entgelt für nicht erbrachte Leistungen nicht reibungsfrei möglich ist, kann auch kein Argument sein, da dies auch für Schadenersatzansprüche gilt. Für Ausnahmefälle ist *Müller-Foell* aber beizupflichten: so kann die Mitwirkung bei künstlerischen Werken klagbare Pflicht sein, oder, wo Interesse an der Übung bzw Werbung erkennbar ist. Dann wird der Vertrag jedoch der idealtypischen Reinform des Werkvertrags entfremdet, da der Besteller nicht nur Geld leistet, sondern als zusätzliche Leistung etwa die Duldung der architektonisch-künstlichen Selbstverwirklichung oder die Ermöglichung der Ertüchtigung oder Werbung gewährt. Der Vertrag ist somit nicht nur *do ut facias* sondern *do et facio ut facias*, hat somit Elemente des Leistungsaustausches oder der *societas*. Mit ähnlichen Argumenten tritt *Weyers*, Werkvertrag, in BMJ (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1136 de lege ferenda für die Abschwächung des freien Kündigungsrechts § 649 BGB ein.

begrenztem Wert, insbesondere wenn sie ihren Ausgangspunkt ausschließlich in bestimmten Lebensgebieten bzw Realitätsausschnitten hat.⁶¹⁵

Bydlinski ist zuzustimmen, dass der bloße Lebensausschnitt kein taugliches Differenzierungsmerkmal darstellt. Sicher übertrieben ist es daher, wenn mehr als 100 „Vertragstypen“ des Werkvertrags postuliert werden.⁶¹⁶

Hingegen scheint das Vorhandensein oder das Fehlen eines bestellerischen Weisungsrechts sowie die davon kaum trennbare Art der Preisberechnung eine klare Differenzierung zu rechtfertigen. Ein Einheitspreisvertrag im Bauwesen kann problemlos denselben Regelungen unterworfen werden wie etwa eine Taxifahrt und ist somit vom wirtschaftlichen Lebensausschnitt unabhängig: Der Kunde sitzt im Fahrzeug und diktiert dem Chauffeur den Weg, der Taxameter läuft und berechnet den Fuhrlohn *in pedes* sowie *in horas singulas*.⁶¹⁷ Führen die Wegbeschreibungen des Kunden allerdings in einen Stau, und ist der Taxifahrer einer allfälligen Warnpflicht nachgekommen, hat der Kunde die aus diesem Zeitverlust resultierenden Mehrkosten zu übernehmen.

Dagegen bestehen kaum Gemeinsamkeiten mit einem Pauschalpreis-Bauvertrag, der dafür beispielsweise mit einer Bahnfahrt gleichgelagert ist (oder einem antiken Seefrachtvertrag⁶¹⁸). Der Fahrschein wurde *aversione* erworben. Die Bahnunternehmung hat alle Risiken übernommen, bei Betriebsstörungen bzw Verspätungen ist der Fahrpreis ganz oder teilweise zu returnieren. Hier ist überdies ersichtlich, dass bei einem Pauschalpreisvertrag, der insoweit mit einem Vertrag mit garantiertem Kostenvoranschlag iSd § 1170a ident ist, nur sehr wenige „Umstände auf Seiten des Bestellers“ (zB Fahrgasts) geben kann:

Mangels Weisungsrechts kann er kaum auf die Werkherstellung Einfluss nehmen (er kann etwa nicht in den Führerstand der Lokomotive treten, um gute Ratschläge zu erteilen), und damit gibt es auch kaum Umstände, die er abwenden kann. Die Begriffe „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“, „erforderliche Mitwirkung des Bestellers“ bzw „Weisung des Bestellers“ sind beim idealtypischen Pauschalpreisvertrag – sofern es nicht um

⁶¹⁵ *Bydlinski*, Vertragsrechtliche Grundfragen, in *Aicher/Korinek* (Hrsg) Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industrieanlagenbaus (1991) 67ff, 67ff.

⁶¹⁶ Für D: *Weyers*, Werkvertrag, in *BMJ* (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1125, 1196ff; allerdings mit der Anmerkung „die Gruppierung diene als Arbeitsbehelf [...] Höhere Ansprüche stellt die Liste nicht“; De lege ferenda hält *Weyers* jedoch nur für den Bauvertrag, nicht aber für die sonstigen 102 „Lebenstypen“ eine sondergesetzliche Behandlung für erforderlich.

⁶¹⁷ In Wien derzeit zB EUR 1,42 pro km sowie EUR 27,80 pro h.

⁶¹⁸ D. 19,2,15,6; *Harke*, Die Lohngefahrt beim römischen Werkvertrag, OIR 10 (2005) 23ff, 26.

schuldhafte Handlungen geht, wie das Blockieren der Zugtüren – daher weitgehend gegenstandslos.

Unproblematisch ist dies freilich nur, wenn die „Umstände auf Seiten des Bestellers“ in § 1168, entsprechend den historischen Wurzeln des Begriffs als potentiell beherrschbare Umstände verstanden werden (Einflusstheorie).⁶¹⁹ Legt man hingegen den „Umstände auf Seiten des Bestellers“ mit der hL ein breiteres Begriffsverständnis zugrunde,⁶²⁰ so wären auch beim *aversione*-Werkvertrag (Pauschalpreisvertrag) bzw beim Werkvertrag mit garantierem Kostenvoranschlag gem § 1170a häufiger mit Umständen zu rechnen, die an sich der „Sphäre des Bestellers“ zugerechnet werden könnten. Etwa wenn der Bahnkunde einen Herzinfarkt erleidet und die Zugfahrt versäumt, oder wenn für das Bauprojekt mit garantiertem Kostenvoranschlag aufgrund einer behördlichen Ermessenentscheidung keine Baubewilligung erteilt wird. Doch auch hier ist es sinnvoll, der Regelung des § 1170a oder der vertraglichen Pauschalierung den Vorzug zu geben, und § 1168 für abbedungen oder unanwendbar anzusehen. Es ist also dem erkrankten Fahrgast der Fahrpreis zurückzuerstatten und der Lohn für das Bauunternehmen bleibt gänzlich versagt.⁶²¹

Nur der von § 1170a angesprochene Subvertragstyp ist ein wirkliches Erfolgsversprechen, es ist das, was LABEO ein ἀποτέλεσμα⁶²² nannte, nicht unähnlich dem von *Dankwardt* vorgeschlagenen „Entreprise“-Vertrag.⁶²³ Demgegenüber haben die §§ 1168 und 1168a jenen Subtyp des Werkvertrages vor Augen, auf den die Bezeichnung „Arbeitsvertrag im weiteren Sinn“ besser passt, der ein längerfristiges, kooperatives Zusammenwirken der

⁶¹⁹ Keines der zahlreichen Vorläuferkonzepte – sei es im römischen Recht das *vitium operis* (D. 19,2,62, vgl oben ab S. 1) die *vitia ex ipsa re* (D. 19,2,15,2 Siehe oben S. 57) das *receptum nautarum* (D. 4,9,3,1), die *custodia*, in der mittelalterlichen Glosse die *culpa levissima*, im gemeinrechtlichen Diskurs der *casus minor*, bei *Exner* und *Schmoll* der „Betriebskreis“ oder bei *Strohal* und *Oertmann* die „Sphäre“ – hat intentionall die höhere Gewalt beinhaltet, wenngleich die Widerstehlichkeit nicht immer das (alleine) maßgebliche Differenzierungsmerkmal war. Vgl *Goldschmidt*, Das *receptum nautarum* (1860) ZHR 3, 58ff; *Exner*, Begriff der höhern Gewalt, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff; *Goldschmidt*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülften, ZGH 16=1 (1871) 287ff; Zur *custodia*-Haftung siehe oben: S. 115; *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 60; *Strohal*, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse, *JheringsJB* 33=21 (1894) 361ff, 386; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff.

⁶²⁰ *Krejci* in *Rummel*³ § 1168 Rz 11; *Krejci* in *Rummel*³ § 1155 Rz 13, Rz 17f; vorsichtiger *Rebhahn*, in *Schwimann*, ABGB³ (2006) V § 1168 Rz 30f; *Adler/Holler* in *Klang*² § 1168, 402;

⁶²¹ Vgl *Rummel*, Das „Baugrundrisiko“, ein neuer Rechtsbegriff? FS Strasser (1993) 309ff, 314; *Grillberger* in *Schwimann*¹ (1987) § 1170a Rz 7; Dagegen *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 97; *Krejci*, Bomben am Bau (2011) 57f.

⁶²² D. 50,16,5,1.

⁶²³ *Dankwardt*, Die *locatio conductio operis*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 13=1 (1874) 303f, 306.

Vertragspartner erfordert, der mit den Dauerschuldverhältnissen mehr als mit den Zielschuldverhältnissen gemein hat.⁶²⁴

Ein weiterer Vorteil dieser Anschauung, wonach das ABGB-Werkvertragsrecht sowohl für Werkverträge mit einem Einschlag in Richtung eines Zielschuldverhältnisses (insbes § 1170a), als auch in Richtung eines Dauerschuldverhältnisses (§ 1168 und § 1168a) Regelungen parat hält, liegt auch darin, das außergesetzliche Unding „freier Dienstvertrag“ zumindest weitgehend verabschieden zu können.

Immer dann, wenn ein Werk zu einem Preis vereinbart wird, der eben nicht nur unverbindlicher „Kostenvoranschlag“, sondern der tatsächlich geltende Preis sein soll (etwa beim Erwerb eines Zugtickets, einer Fahrt durch die Autowaschstraße, eines Flugtickets, etc) ist dies als Fall des § 1170a zu sehen oder als Pauschalierung zu interpretieren.⁶²⁵ Damit wird das bestellerische Weisungsrecht abbedungen, aber gleichzeitig das Risiko der Entgeltsteigerung (der bloßen Erschwernis), darin inbegriffen des Werkuntergangs der keine Unmöglichkeit bewirkt, das Risiko des zufälligen Zeitverlusts, und in Analogie zu den ersten drei Risiken wohl auch das Risiko des Unmöglichwerdens „auf Seiten des Bestellers“, auf den Werkunternehmer übertragen. § 1168 und § 1168a auf diese Fälle nicht anwendbar.

Sonstige Fälle sind bei diesen Pauschalpreisverträgen nach den allgemeinen Regeln als Unmöglichkeit oder Annahmeverzug einzuordnen. Um den Grundsatz *pacta sunt servanda* und das sich bereits aus dem Wesen des Werkvertrages ergebende Prinzip *periculum conductoris* nicht zu untergraben, ist ein enges Verständnis des Annahmeverzugs geboten: Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Annahmeverzug des ABGB verschuldensunabhängig ist (objektive Theorie), muss die tatsächliche Leistungsbereitschaft streng geprüft werden, es dürfen für die Erfüllung erforderliche Umstände nicht fingiert werden. Selbst wer annimmt, Annahmeverzug liege bereits dann vor „wenn der Schuldner alles gethan habe, was seinerseits nach dem konkreten Schuldverhältnisse zur

⁶²⁴ Vgl zu Werkverträgen mit Dauerschuldcharakter in D: Weyers, Werkvertrag, in BMJ (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1137.

⁶²⁵ In den Materialien zu 3. TN wird zu § 1170a klargestellt, dass bei der „Übernahme der Herstellung um einen Gesamtpreis (Pauschalpreis) ohne jede Spezifizierung [...] klar [sei], daß der Unternehmer die ganze Gefahr von Mehrarbeiten tragen muß“; der Fall der „Zugrundelegung eines Kostenvoranschlags als Gewährleistung dafür, dass der Erfolg mit den einzeln angefahren Arbeiten erreicht werden könne, daher die berechnete Summe das garantierte Maximum des Entgelts darstelle“ sei „selbstverständlich wie zu 1. [dem Pauschalpreisvertrag], daß den Unternehmer die volle Gefahr von Überschreitungen trifft (soweit nicht etwa die Mehrarbeit nachweisbar durch den Besteller verschuldet ist)“ HHB, 78 BlgHH 21. Sess 246.

Herbeiführung der Erfüllung nöthig sei [...]“⁶²⁶, so muss dieses „alles“ ernst genommen werden, und ausschließlich eine letzte Handlung des Bestellers diesen Erfüllungsversuch von der wirklichen Erfüllung trennen.

Es ist somit Annahmeverzug auf Fälle einzuschränken, wo es ausgebliebene Handlungen des Gläubigers sind, die, wie *Nassauer* formuliert, „die Bedingungen der Erfüllung sind, [und würden diese], hinzugedacht“ – die Pflicht des Schuldners erfüllt werden könnte“.⁶²⁷ Hindernde Umstände, die keine ausgebliebenen Handlungen sind, dürfen daher nicht als Verzug gewertet werden.

Die Frage erübrigt sich, wenn entgegen der herrschenden Lehre grundsätzlich Verschulden als Voraussetzung für den Gläubigerverzug angenommen wird, was dem Prinzip der Vertragstreue noch besser entspricht. Das Gefahrtragungsregime und die Regelung des Verzugs müssen weitgehend analog geregelt sein, da die beiden Gesichtspunkte häufig kaum voneinander zu trennen sind.

Eine in Mängeln von Stoff oder Weisung gegründete Unmöglichkeit wird beim Pauschalpreis-Werkvertrag nach § 878 3. Satz oder den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* zu beurteilen sein.

Aus den §§ 1155 und 1168 soll nicht dem gesamten Vertragsrecht eine allgemeine Sphärentheorie zur Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit übergestülpt werden,⁶²⁸ vielmehr sollen umgekehrt die scharfen und sauberen Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts genutzt werden, um die §§ 1155 und 1168 so weit wie möglich von der Sphärentheorie zu reinigen.

Der Einheitspreisvertrag hat große Ähnlichkeit mit dem Dienstvertrag und den sonstigen Dauerschuldverhältnissen wie der Miete.⁶²⁹ Der Pauschalpreisvertrag hat dagegen größere Ähnlichkeit mit dem Kaufvertrag,⁶³⁰ insbesondere dem Kauf einer künftigen bzw einer herzustellenden Sache, sofern von der Herkunft des Stoffes abgesehen wird.⁶³¹ Die Nähe

⁶²⁶ So *Mugdan* (Hrsg) Materialien zum BGB (1899) II 37.

⁶²⁷ *Nassauer*, „Sphärentheorien“ (1978) 290.

⁶²⁸ Vgl *Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 14.

⁶²⁹ Vgl *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 371, 384¹⁰⁸.

⁶³⁰ D. 19,2,22,2: *tamen locatio est*; Vgl *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 8f.

⁶³¹ Dies betonte *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 365; *Burchardi*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (1861) 131f; Dagegen: *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 24; Für das römische Recht unrichtig ist aber die von *Mommsen* und *Burchardi* aus der Ähnlichkeit abgeleitete Vollendungstheorie. Im geltenden d Recht spielt die Vollendung etwa für das immaterielle Werk eine Rolle (§ 640 Abs 1 BGB „sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist“). In

ist jeweils größer als die beiden Subtypen des Werkvertrags untereinander Gemeinsamkeiten aufweisen. Beim Einheitspreisvertrag steht der Prozess, die Zeitspanne der Herstellung im Vordergrund, beim Pauschalpreisvertrag das Ergebnis, der Zeitpunkt der Übergabe.

Das römische Recht zeigt, dass auch mit einer wesentlich gröberen Einteilung das Auslangen gefunden werden konnte, sofern es um die bloße Nomenklatur geht.⁶³² Die Notwendigkeit inhaltlicher Differenzierungen waren den Römern bewusst. Anhand des (Bau-)Werkvertrages erörterten die römischen Juristen Sonderprobleme,⁶³³ ohne dass dieser (Sub-)Subvertragstyp der *locatio conductio* einen eigenen Namen erhalten hätte.⁶³⁴ Wesentlich ist das Bewusstsein, dass die römischen Juristen Systematik noch nicht als Selbstzweck betrieben haben.⁶³⁵ Es erscheint daher zulässig, auch *aversione*-Vertrag und *in-pedes*-Vertrag als Vertragstypen zu bezeichnen.⁶³⁶ Niemand käme hier durch diesen Terminus auf den Gedanken, sie auf eine Ebene mit *emptio venditio*, *mutuum*, *depositum*, *pignus*, *mandatum* etc stellen zu wollen.

Für das geltende Recht ist dies geradezu geboten. Einheitspreisvertrag und Pauschalpreisvertrag müssen als eigenständige Untertypen des Werkvertrages verstanden werden.

2. Charakteristik der unterschiedlichen Bauvertragstypen

Unabhängig davon sind die wesentlichen faktischen Unterschiede zwischen den beiden Fällen zu beachten. Würde es tatsächlich nur um die Form der Preisbestimmung gehen, könnten die Unterschiede wirklich übergangen werden. Ob eine aus hundert Ziegeln

Ö ließe sich nach einer denkbaren, jedoch vom Verfasser nicht geteilten Auslegungsvariante § 1170 als Gefahrtragungsregel verstehen, die dann der Vollendungstheorie folgen würde; *de lege ferenda* will Weyers, Werkvertrag, in BMJ (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1156 Gefahrtragung des BGB-Werkvertragsrechts in Richtung der Vollendungstheorie umgestalten, und die Abnahme in Richtung einer „Übergabe“ im kaufrechtlichen Sinn“ umgestalten.

⁶³² Santos in Santos/Baldus/Dedek (Hrsg), Vertragstypen in Europa (2011) 6f sieht eine Typizität des römischen Vertragssystems vor allem im „Katalog von typischen Klagen“ begründet, gemeinsame Züge herauszuarbeiten sei kein besonderes Anliegen gewesen.

⁶³³ Insbesondere die ausschließlich auf Bauwerke anwendbare *probatio*.

⁶³⁴ Vgl oben III. Die Dreieinigkeit der *locatio conductio*V, S. 49.

⁶³⁵ Iav D. 50,17,202: „*Omnis definitio in iure civili periculosa est*“; Mayer-Maly, *Locatio conductio* (1956) 18; Zimmermann, *The Law of Obligations* (1996) 340; Wubbe, *Opus selon la définition de Labéon* (D. 50,16,1,5), in TvR 50 (1982) 241ff, 241; Vgl auch Cicero, der seine Figur Antonius sagen lässt, die Juristerei sei noch gar keine Wissenschaft, sondern würde sich erst in der Zukunft dazu entwickeln (Cic. de orat; 1,246). Andere Figuren in diesem Werk lässt er dies differenzierter sehen.

⁶³⁶ So etwa Buchwitz, *Vertragsklauseln und probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff, 384.

bestehende Mauer um einen Sesterz pro Ziegel oder um hundert Sesterzen vergeben wird, scheint zunächst gleichgültig.⁶³⁷

Die Art der Preisberechnung steht jedoch in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Mitspracherecht des Bestellers.

a) Geringes Mitspracherecht im *aversione*-Vertrag

Bei einem Pauschalpreisvertrag wird sich der Werkunternehmer ab dem Zeitpunkt, an dem die Tinte der Unterschriften getrocknet ist, gegen Interventionen des Bestellers sträuben. Um seinen Gewinn zu vergrößern wird er versuchen, das Bauwerk in der billigsten, gerade noch vom Vertrag gedeckten Ausführungsweise herzustellen. Hat der Besteller vergessen, bestimmte Anforderungen an das Werk vertraglich festzuhalten, wird dies dem Werkunternehmer nur gelegen kommen: Freiwillig und ohne zusätzliches Entgelt wird er diese Leistungen kaum erbringen. Soll den nachträglichen Wünschen des Bestellers doch nachgekommen werden, wird der Werkunternehmer hier auf eine gesonderte Preisvereinbarung bestehen, was den Vertrag wieder von seiner idealtypischen Form wegführt.⁶³⁸

Um das zu vermeiden, kann der Besteller zu einer möglichst allgemein gehaltenen Formulierung des Vertragsgegenstandes schreiten, die insbesondere am Zweck des Gebäudes orientiert ist und dessen Eigenschaften sehr allgemein beschreibt. In der heutigen Bauwirtschaft wird dies als funktionale Leistungsbeschreibung bezeichnet.⁶³⁹ Damit verringert sich zwar das Risiko für den Besteller, bestimmte Anforderungen übersehen zu haben, umgekehrt steigt aber die Wahrscheinlichkeit, dass der Werkunternehmer zu einer qualitativ noch minderwertigeren Ausführungsweise greifen wird.

b) Die *insula*: denkbarer Anwendungsfall des *aversione*-Vertrags

⁶³⁷ Vgl. Haymann, Textkritische Studien, ZSS 41 (1920) 44ff, 162; Gesterding, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten (1818) 92: „Auf die Natur des Geschäfts ist die Art der Preisbestimmung ohne Einfluß.“

⁶³⁸ Vgl. Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 97ff.

⁶³⁹ Vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110² (2009) Rz 1445; Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (1995) 100f: „Einen Bauauftrag unter bloß allgemeiner Umschreibung des Baues zu geben, ist keinesfalls besonders klug, weil in solchen Fällen nahe liegt, daß der Auftragnehmer selbst dann, wenn ihm ein eher hoher Pauschalpreis zugestanden wurde, alles daransetzen wird, den Bau möglichst billig zu errichten, um seinen Gewinn zu maximieren. Zugleich droht ein laufender Streit zwischen den Vertragsparteien darüber, wo in einem solchen Fall die Grenzen des Weisungsrechts des Auftraggebers liegen“.

Zum Einsatz wird der *aversione*-Vertrag dann gekommen sein, wenn die kostengünstige Ausführung für den Besteller im Vordergrund gestanden ist, es ihm an hoher Qualität nicht besonders gelegen ist und er mit Details der Ausführung nicht behelligt werden wollte.

Dieser Vertragstyp wird bei primitiven Spekulationsobjekten, etwa der römischen Zinskaserne (*insula*) vorgekommen sein, wie etwa aus D. 19,2,22,2 bezeugt ist.⁶⁴⁰

Die *insula* wurde insbesondere von der römischen Unterschicht bewohnt.⁶⁴¹ Das Gebäude wurde teils in minderwertigster Leichtbauweise aufgeführt.⁶⁴² Die Verwendung von (gebrannten) Ziegeln unterlag ursprünglich Beschränkungen, denn die vielen Stockwerke hätten dicke Mauern erfordert, was Straßen und den öffentlichen Raum verdrängt hätte (VITR.arch. 2,8,17). Dennoch wurde hoch gebaut,⁶⁴³ was Augustus zur Begrenzung der Gebäudehöhe entlang öffentlicher Straßen mit 70 Fuß (=20,74m) veranlasste,⁶⁴⁴ immer noch etwa sieben Stockwerke.⁶⁴⁵ Brände⁶⁴⁶ und Gebäudeeinstürze⁶⁴⁷ waren häufig – letztere insbesondere bei Hochwasser⁶⁴⁸ – teils auch vom Eigentümer selbst herbeigeführt (D. 19,2,30 pr.; STRABO 5,3,7; PLUT.Crass. 2,4). Die Fundierung war, wenn überhaupt vorhanden, mangelhaft.⁶⁴⁹ Auch die Möglichkeit, die Gebäude bei herannahenden Flammen rechtzeitig abzureißen, spricht nicht für die Qualität der Bausubstanz.⁶⁵⁰

⁶⁴⁰ Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 365, 368.

⁶⁴¹ Peck (Hrsg), Harpers Dictionary of Classical Antiquities (1898) 541, domus; du Plessis, A history of *remissio mercedis* (2003) 15 spricht demgegenüber von der Mittelschicht.

⁶⁴² D. 19,2,30 pr.; Vitruvius empfiehlt zumindest schwer brennbares Lärchenholz (VITR.arch. 2,9,16); Neros Bauvorschriften – von Tacitus als radikale Neuerungen gelobt – verboten infolge des Brandes die Verwendung von Holz: Tac. ann. 15,43,1. Nicht erfolgreich bzw dauerhaft: Gellius erzählt (170 n Chr) in einer Anekdote vom Brand einer vielstöckige *Insula*, es ist ein Holzhaus (*aedificatio e ligno*), genauso die Nachbargebäude: Gell.15,1,2ff; Auch 238 n Chr bestanden die meisten Gebäude hauptsächlich aus Holz, fielen wiederum dem Feuer zum Opfer: Herodian 7,12,5f; Sowohl Gellius als auch Vitruvius assoziieren die *insula* mit einem Holzturm.

⁶⁴³ Enge Gassen und hohe Gebäude vor dem großen Brand - die Sonne scheint nicht einmal tagsüber auf die Straße: TAC.ann. 15,43,1; hätten Häuser „nur“ zwei Etagen, wäre ein Vielfaches an Häusern erforderlich (*innumerabiles habitationes*): VITR.arch. 2,8,17; viele und hohe Stockwerke (*multis arduisque tabulatis*): GELL. 15,1,2; D. 7,1,19 pr.

⁶⁴⁴ STRABO 5,3,7.

⁶⁴⁵ Vgl Meincke, Superficies solo cedit, ZSS 88 (1971) 136ff, 143f³⁵.

⁶⁴⁶ D. 1,15,3 ff; D. 18,6,12; D. 20,1,35; D. 45,1,15; LIV. 24,47,15; 26,27,1; 30,26,5; MART. 5,42; 11,93; SUET.Nero 38;

⁶⁴⁷ D. 15,3,3,8: *insulam fulsisset eaque ruisset*; D. 3,5,21; D. 24,1,32,13; D. 44,7,1,4; D. 45,1,72,2; D. 45,1,98, 1 ; Ständige Angst vor Bränden und Einstürzen: Iuv. 3,5ff; Sen.Rhet.contr. 2,1,12; Angst vor einstürzenden Wänden: CIC.Att. 2,4; CATULL. 23,9; D. 19,2,27,1; Einstürze: PLUT.Crass. 2,4; Vgl Bottke, Römische Mietshäuser, Diss (1999) 5:14; Jakob, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 84.

⁶⁴⁸ LIV. 30,26,5; LIV. 35,9,5; CASS. DIO 39,61,2; CIC. Q. fr. 3,7,1; Lk 6,47-49; Mt 7,24-27.

⁶⁴⁹ Vgl Höcker in Cancik/Schneider (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bautechnik, II, 512ff, 515 (für das vergleichbare Gr); Lk 6,47-49; Mt 7,24-27; Bottke, Römische Mietshäuser, Diss (1999) 5:13 schließt dies aus den Auswirkungen des Hochwassers und den eindringlichen Warnungen Vitruvius' (3,4,2;6,8,1-4) über die Wichtigkeit des Fundaments. Es gibt bezeichnenderweise kaum archäologische Reste von *insulae*; D. 19,1,18 pr.: Speicher ohne Fundament.

⁶⁵⁰ D. 9,2,49,1; D. 43,24,7,4; D. 47,9,3,7.

Schließlich ist bezeichnend, dass man dort, wo der Baugrund bereits vor den Bauarbeiten eingestürzt war (eine Uferböschung?), eine *insula* errichten wollte (D. 19,2,33).

Der Ausdruck *aversione* begegnet auch bei der Vermietung dieses Gebäudetyps (D. 19,2,35 pr.).⁶⁵¹ Die *insula* war ein Massenquartier, worauf nicht nur die Höhe, sondern auch die in manchen Digestenstellen genannten Mieteinnahmen von 4.000 bis 6.000 Sesterzen sprechen.⁶⁵²

Aufgrund der Vielzahl der Objekte des einzelnen Hauseigentümer – Cicero⁶⁵³ oder Crassus⁶⁵⁴ besaßen beispielsweise eine ganze Reihe *insulae* – bediente man sich entweder eines Verwalters (*insularius*)⁶⁵⁵ oder verpachtete das Haus pauschal (*aversione*) an einen gewerblichen Untervermieter.⁶⁵⁶ Die Zahlungsmoral der Bewohner war mitunter schwankend,⁶⁵⁷ dafür konnten die Untervermieter hohe Gewinnspannen erzielen.⁶⁵⁸ Möglicherweise wollte der Investor auch einfach nichts mit den Bewohnern der *insula* zu tun haben, hegte gegen sie vielleicht aus Standesdünkel Aversionen.⁶⁵⁹

Mit dem Begriff *aversione*, der ursprünglich „Abwenden“ und „Ekel“ gleichermaßen meinen kann, bezeichnet Ulpian in D. 18,6,4,1 den Pauschalkauf von minderwertigem Wein ohne Verkostung, geschmacklich war hier mit Essigstich und Korkton zu rechnen. Wie oben erwähnt, deutet *Jakab* die *aversione*-Abrede im Weinkaufvertrages nur als Pauschalierung hinsichtlich der Quantität, eine Verkostung habe dennoch stattfinden

⁶⁵¹ D. 19,2,58 pr.: *uno pretio*; Vgl. *Jakab*, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 76;

⁶⁵² Pro Zeiteinheit (wahrscheinlich pro Jahr, vgl. D. 19,2,30,1) konnten 40 bis 60 *aurei* = 4.000 bis 6.000 Sesterzen erzielt werden (D. 19,2,30 pr.; D. 19,2,7; D. 19,2,8). Viel mehr als einige hundert Sesterzen pro Jahr wird eine mehrköpfige Unterschichtsfamilie nicht aufgebracht haben; Unter Caesar dürfte man ab einer Jahresmiete von 2.000 (römisches Stadtgebiet) bzw 500 Sesterzen (restliches Italien) nicht mehr zur Unterschicht gezählt haben: SUET. Iul. 38,1; Vgl. *Richardson*, A New Topographical Dictionary of Ancient Rome (1992) *Insulae*, 209; *Jordan*, Topographie der Stadt Rom im Alterthum (1871) II 540. Man kann von 1 bis 3 Familien pro Stockwerk, also von etwa 30 bis 90 Bewohnern ausgehen.

⁶⁵³ Cic. Att. 12,32; Cic. Att. 15,26; Sie brachten ihm jährlich rund 80.000 bis 100.000 Sesterzen ein: Cic. Att. 15,17,1; 16,1,5; 14,10,3; 14,11,2; Vgl. *Kolb*, Die Stadt im Altertum (1984) 160; *Martin*, The Roman Jurists (1989) 46; *Frier*, Cicero's Management of his Urban Properties, in *The Classical Journal* 74 (1978) 1ff, 2.

⁶⁵⁴ Crassus gehörte infolge seiner Immobilienspekulationen sprichwörtlich mehr als halb Rom: PLUT. Crass. 2,4.

⁶⁵⁵ Vgl. D. 7,8,16,1; *Peck* (Hrsg.), *Harpers Dictionary of Classical Antiquities* (1898) 541, *domus*.

⁶⁵⁶ D. 19,2,30 pr.; D. 19,1,53 pr.; *du Plessis*, A history of *remissio mercedis* (2003) 14.

⁶⁵⁷ PETRON. satyrica 95,2; MART. 3,38,5; MART. 12,32,3.

⁶⁵⁸ D. 19,2,30 pr.: 25%; D. 19,2,7: 16,6%; D. 19,2,8: 16,6%; D. 19,1,53 pr..

⁶⁵⁹ Über die nun obdachlosen Mieter seiner zusammengestützten *insulae* spottet Cicero in Cic. Att. 14,9: die Mäuse täten ihm mehr leid; Auch hält er es für völlig normal, dass der Eigentümer bzw Untervermieter in einer anderen Gegend der Stadt leben möchte (Cic. Mil. 24, 64); Vgl. *Bottke*, Römische Mietshäuser, Diss (1999) 5:13; Zu seiner generellen Einstellung zur niederen Schicht: Cic. off. 1,42,150; Cic. Dom. 89; Cic. Flac. 18.

können.⁶⁶⁰ Für die gegenständliche Ulpian-Stelle dürfte das jedoch nicht zutreffen. Doch selbst wenn dem so wäre, wird man zumindest annehmen können, eine Pauschalierung hinsichtlich Quantität und eine hinsichtlich Qualität wären oft miteinander einhergegangen. Auch das würde aber die Annahme stützen, wonach der Begriff *aversione* den Beigeschmack des Makelhaften hat. Erworben oder verdungen wird etwas, wo man gar nicht so genau hinsehen möchte.

c) *in pedes*-Vertrag: Intensive Mitwirkung des Bestellers

Ganz anders ist die Beziehung zwischen Werkunternehmer und Besteller beim Einheitspreisvertrag (*in pedes*-Bauvertrag), hier wird sich der Werkunternehmer Weisungen des Bestellers bereitwillig fügen. Je mehr Sonderwünsche der Besteller äußert, desto länger wird schließlich die Rechnung. Häufig wird auch der Werkunternehmer mit neuen Vorschlägen an den Besteller herantreten, etwa zur Verwendung besonders gediegener Materialien raten.⁶⁶¹ Eine enge Beaufsichtigung liegt hier jedoch auch im Interesse des Bestellers. Ließe er dem Werkunternehmer freie Hand, würde er riskieren, ein Bauwerk von übertriebener Größe und Qualität zu erhalten.⁶⁶² Diese enge und dauerhafte Beziehung zwischen den Vertragsparteien kann den *conductor*, wie *Samter* es formuliert, zum willenlosen „Werkzeug in der Hand des dominus“ machen.⁶⁶³

d) Praktische Bedeutung des *in pedes*-Vertrags

Wie bereits angeführt, kann davon ausgegangen werden, dass die weit überwiegende Zahl aller Bauprojekte in Form von *in pedes*-Verträgen abgewickelt wurde. In seiner Reinform bzw engsten Bedeutung wird der *aversione*-Vertrag kaum vorgekommen sein. Es ist nämlich schwer vorstellbar, dass sich ein Besteller gegenüber seinem Bauprojekt völlig gleichgültig gezeigt hat, sich somit von dem Bauprozess wirklich *avertit*, abwendet. Die restlose Ausmerzung des Weisungs- bzw Mitspracherechts des Bestellers sowie seine selbstdisziplinierte Abstinenz von jeder Einmischung sind kaum denkbar.⁶⁶⁴ Selbst wenn

⁶⁶⁰ *Jakab*, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 190ff, 212¹⁰⁵, 229; Für den ohne *degustatio* gekauften Wein geht jedoch auch *Jakab* von minderer Qualität aus, er würde der Verpflegung von Sklaven und Hausgesinde dienen; *Jakab*, *Aversione venire*, in *Ernst/Jakab* (Hrsg) *Usus Antiquus Iuris Romani* (2005) 87ff; ebenso *Frier*, *Roman Law and Wine Trade*, ZSS 100 (1983) 257, 280.

⁶⁶¹ Vgl *VITR.arch.* 6,8,9; 10 pr.,2: Familienväter lassen sich zu Sonderwünschen hinreißen, die folgenden Kostensteigerungen treiben sie in den Ruin.

⁶⁶² Man denke an das Sprichwort: „Aus fremden Leder ist gut breiter Riemen schneiden“. Vgl *Birr*, in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2013) III 1, 1415.

⁶⁶³ *Samter*, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 136.

⁶⁶⁴ Zur Situation heute: *Müller-Foell*, *Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag* (1982) 87ff; Als Argument gegen eine reine Baustipulation: *Thür*, *Stipulation und Bauvertrag*, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 477.

der ursprüngliche Vertrag ein einseitiges Weisungsrecht wirklich nicht vorgesehen haben sollte, wird es in irgendeiner Form fast immer zu nachträglichen Abweichungen bzw. Vertragsanpassungen im Einvernehmen gekommen sein, die dafür gebührende Mehrentlohnung ist aber bereits ein Element des *in pedes*-Vertrags.

Jedenfalls sind *aversione*-Klauseln außerhalb der oben beschriebenen Fälle (*insula* und ähnliche Zweckbauten) kaum denkbar, insbesondere dort nicht, wo der Besteller selbst im Gebäude leben wollte oder seine öffentliche Reputation vom Erfolg des Projekts abhing. Ohne besondere Umstände kam somit ein *in pedes*-Vertrag zustande, darauf deutet zuletzt auch D. 19,2,22,2 hin. Der *aversione*-Vertragstyp stellt den Sonderfall bzw. einen Grenzfall dar: *tamen locatio est*. Es musste betont werden, dass diese Sonderkonstellation gerade noch als *locatio conductio* anzusehen ist. Vielleicht wurde der wirtschaftliche Effekt einer solchen Klausel bevorzugt durch eine (reine) Baustipulation bewirkt.⁶⁶⁵

Dies wäre auch eine mögliche Erklärung, warum keines der sonstigen Digestenfragmente aus dem ersten bzw. zweiten nachchristlichen Jahrhundert eine Zuweisung der Lohngefahr für höhere Gewalt an den Werkunternehmer kennt: Die *aversione*-Abrede ist kaum vorgekommen. Dass es sich um einen normalen Bauvertrag gehandelt hat, wird etwa von JAVOLENUS in D. 19,2,37, von AFRIKAN/JULIAN in D. 19,2,33, von SABINUS in D. 19,2,59 nicht extra dazugesagt, auch PAULUS kommt in D. 19,2,62 nicht einmal mehr auf diesen Gedanken – anders als in D. 14,2,10,2 für den Seefrachtvertrag, wo ihm die unterschiedlichen Formen der Preisberechnung und damit Gefahrtragung sehr wohl geläufig sind.⁶⁶⁶ Auch in D. 19,2,60,3 liegt offensichtlich kein *aversione*-Vertrag vor, ohne dass der Vertragstyp benannt würde.⁶⁶⁷ Für D. 19,2,59 sowie D. 19,2,60,3 kann außerdem bereits aufgrund der Art des Bauwerks (eine *domus* ist ein prunkvolles Herrenhaus⁶⁶⁸) praktisch ausgeschlossen werden, dass eine *aversione*-Abrede vorgelegen ist.

Weitere Beispiele für den *in pedes*-Vertrag sind außerhalb von D. 19,2,36 noch in D. 19,2,30,3, D. 19,2,51,1 zu finden.

⁶⁶⁵ Für die Inexistenz der reinen Baustipulation: Thür, Stipulation und Bauvertrag, in Gerken et al (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff; Vgl oben I.A.3.a) *Entreprise als Baustipulation?* S. 167.

⁶⁶⁶ Allerdings nur für die Zahl der Passagiere, nicht für die Wegstrecke: Der *locator* des Seefrachtvertrages übt so oder so keinen laufenden Einfluss auf die Navigation aus.

⁶⁶⁷ Vgl *Probatio* beim *in pedes*-Vertrag.

⁶⁶⁸ Vgl S. 104 Fn. 476.

(1) Q. Ciceros Probleme mit dem Pauschalpreisvertrag

Die in der Praxis mit einem *aversione*-Vertrag verbundenen Probleme werden etwa von Cicero in CIC.Q. Fr. 3,1,5 beschrieben.⁶⁶⁹ Marcus T. Ciceros Bruder Quintus hatte den Bau eines „Häuschen“ um 16.000 Sesterzen vergeben. Da er danach seine Ansprüche bzw Anforderungen immer weiter steigerte, aber keinen höheren Preis bezahlen wollte, ist der *conductor* schließlich vom Vertrag „zurückgetreten“. Der von Quintus angestrebte reine und kompromisslose *aversione*-Vertrag ist an der Realität gescheitert.

(2) Vitruvius über Preissteigerungen

Es wäre auch schwer zu erklären, wie sonst die so häufigen Preissteigerungen zustande gekommen wären, über die sich Vitruvius beklagt – offenbar regelmäßig über 50 %.⁶⁷⁰ Genauso wird man als Ursache für die Überschreitung des Kostenvoranschlags aus D. 19,2,60,4 um über 50 % einen *in pedes*-Vertrag vermuten können,⁶⁷¹ dies könnte auch ein Anwendungsfall des „Baustopp“-Interdikts aus D. 39,1,20 pr. sein.⁶⁷²

(3) Der Beruf des *mentor*

Plinius der Jüngere ersucht in einem Brief den Kaiser Traian, Baumeister bzw Gebäudevermesser in seine Provinz zu entsenden (Plin.epist. 10,17b). Durch Nachvermessung von Bauten, die im öffentlichen Auftrag errichtet worden waren, könnten erhebliche Summen zurückgefordert werden.⁶⁷³

Den Beruf des Gebäudevermessers (*mentor*) und seine überragende Bedeutung erwähnt auch COLUMELLA. Aufgrund seiner Arbeit werde der Preis für ein Bauwerk ermittelt.⁶⁷⁴

Die mit der fehlerhaften Tätigkeit des *mentor* verbundenen Problemstellungen wurden von ULPIAN und PAULUS in ihren Ediktskommentaren behandelt, dies ist im Titel D. 11,6 überliefert. Zu den Aufgaben dieser „Vermessungstechniker“ bzw „Bausachverständigen“

⁶⁶⁹ Vgl Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 117.

⁶⁷⁰ VITR.arch. 10 pr.,1f; Vgl Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 368³⁸; Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 116.

⁶⁷¹ Vgl Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 363; Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 115ff; Dankwardt, Die locatio conductio operis, in Jherings JB (1874) BD. 13 = N.F. BD. 1 (1874) 303f, 332ff³.

⁶⁷² Das Interdikt ist sehr vielfältig, verschiedensten Personen können es beantragen, es kann sowohl gegen den *locator operis* also auch gegen den *conductor operis* gerichtet werden (D. 39,1,20,7). Primär werden davon Nachbarn Gebrauch gemacht haben (zB D. 39,1,21 pr.).

⁶⁷³ Vgl Martin, The Roman Jurists (1989) 62⁸⁰; Martin, A Reconsideration of probatio operis, ZSS 103 (1986) 321ff, 329²⁷.

⁶⁷⁴ Colum. 5,1,3; Vgl Martin, The Roman Jurists (1989) 32⁵¹, 49.

gehörte – neben der Vermessung im Zusammenhang mit Liegenschaftskäufen – etwa nach Paulus D. 11,6,6 die Vermessung von Baumaterial (Holzbalken, Steine). Die Vermessung von Bauwerken wurde auch von Architekten vorgenommen, wobei dann dieselben Regeln zur Anwendung kamen wie für die eigentlichen *mensores* (D. 11,6,7,3).⁶⁷⁵

All dies impliziert *in pedes*-Bauverträge.

(4) Einheitspreisvertrag bei Privatwasserleitung

Eine unzweifelhafte *in pedes*-Abrede ist in C.I.C.Q.fr. 3,1,3 für den Bau einer Privatwasserleitung bezeugt, wobei sogar genau diese Terminologie gebraucht wird: „*Mescidium mecum habui. is se ternis nummis in pedem tecum transegisse dicebat, sese autem mensum pedibus aiebat passuum IIIICID*“. (Ich hatte Mescidius mit; der erklärte, er habe mit Dir [Quintus Cicero] auf drei Sestertien pro Fuß abgeschlossen; er habe die Strecke abgeschritten, es seien 3000 Schritt. Mir schienen es mehr zu sein⁶⁷⁶). Damit ist auch klar, dass der *in pedes*-Vertrag nicht erst, so wie von *Birr* angenommen, mit dem ausgehenden zweiten Jhdt n. Chr. entstanden sein kann.⁶⁷⁷

Auch sonst wird in dem zitierten Cicero-Brief erkennbar, wie intensiv der Besteller mitwirken kann. Cicero begutachtet kritisch den Baufortschritt an dem Gutshaus seines Bruders, er prüft die Qualität der Bauarbeiten, und teilt Quintus seine Beobachtungen und Abhilfemaßnahmen mit. Für Teile der Bauarbeiten findet Cicero Lob (so für den Boden und die Arkaden), andere befindet er für mangelhaft, lässt sie abreißen und neu durchführen (so für schief aufgestellte Säulen), wieder andere Teile gefallen ihm einfach nicht, hier ordnet er Änderungen an (so für die Beschaffenheit einiger Gewölbe oder die Lage der Dampfrohre durch das Schlafzimmer).⁶⁷⁸

(5) Catos Musterbauverträge

Cato der Ältere⁶⁷⁹ berechnet in seinen beiden Musterbauverträgen das Entgelt nach Dachziegeln, auch das ist eine *in pedes*-Vereinbarung. Die Mitwirkung des Bestellers ist vor allem im ersten Mustervertrag besonders intensiv, bei der Verarbeitung der Holzbalken

⁶⁷⁵ Zu dieser Stelle in anderem Zusammenhang: Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 141¹.

⁶⁷⁶ Übers. Kasten, *An Bruder Quintus* (1965) 121.

⁶⁷⁷ So *Birr*, in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2013) III 1. 1404.

⁶⁷⁸ C.I.C.Q.fr. 3,1,2.

⁶⁷⁹ CATO agr. 14, vgl S. 183 Fn 873.

arbeiten Besteller und Werkunternehmer Hand in Hand, die Lage der Wände wird erst während des Bauprozesses durch den Besteller festgelegt.

Bemerkenswert ist jedoch der letzte Satz des zweiten Mustervertrags: *Loco pestilenti, ubi aestate fieri non potest, bono domino pars quarta preti [!] accedat.*⁶⁸⁰ Vielleicht ist dieser nicht mehr Teil der Vereinbarung, sondern die Empfehlung an den Leser, an Orten mit schwierigeren Bedingungen (wo mit häufigem Schlechtwetter zu rechnen ist) aufgrund der schlechteren Angebotslage von vorne herein um ein Viertel höhere Einheitspreise (somit 2,5 Sesterzen pro Dachziegel) anzubieten bzw zu vereinbaren.

Eher wird es sich aber um eine Vertragsklausel handeln. Es wäre dann eine Regelung der Mehrkostengefahrtragung bei durch Schlechtwetter bzw ungünstigen Baugrund bedingten Erschwernissen oder Verzögerungen. Die Formulierung suggeriert zwar eine Großzügigkeit des Bestellers, was aber kaum zum wirtschaftlichen Denken des CATO passen würde. Wahrscheinlicher ist also, dass ohne die Vertragsabrede die Kostensteigerung auch mehr als 25 % ausmachen hätte können. Insofern liegt hier ein pauschalierendes Element. Die Klausel nähert den Vertrag dem *aversione*-Vertragstyp an, auch wenn noch nicht von einer Mittelstellung gesprochen werden kann.

Eine Gefahrtragungsvereinbarung ist wohl in *Si de caelo villa tacta siet [!], de ea re verba uti fiant* für den Blitzschlag zu sehen, auch wenn ihre genaue Bedeutung schwer zu erkennen ist. Eine mögliche Übersetzung wäre: „Wenn die Villa durch Blitzschlag (durch eine Naturgewalt) zerstört wird, möge über diese Sache und wie damit umzugehen sei, verhandelt werden.“ Es ist anzunehmen, dass dies keine völlig ergebnisoffene Verhandlung ist, sondern die Vertragsklausel eine konkrete Gefahrverteilung bewirkt hat. Der Verhandlungszwang könnte vielleicht auf eine Abrechnung nach dem Baufortschritt hinausgelaufen sein, ähnlich der Klausel „[*Quod si*] *fluor impedierit, pro rata computare debebi[t]*“ – „Wenn es zu einem Wassereinbruch kommt, ist nach der Zeit anteilig abzurechnen“ im dacischen Bergarbeitervertrag.⁶⁸¹ Eine andere Möglichkeit wäre, dass CATOS Klausel eine Beweislastverteilung bewirkte, also sinngemäß zu übersetzen wäre mit: „... obliegt ihm in der über diese Angelegenheit zu führenden Verhandlung der Beweis dafür“.⁶⁸²

⁶⁸⁰ „An einem ungünstigen Ort, [und?] wo nicht ausschließlich bei Schönwetter gearbeitet werden kann, wird der großzügige Besteller einen Aufpreis von einem Viertel bezahlen.“

⁶⁸¹ CIL III 948, Nr X

⁶⁸² Die Übersetzung der catonischen Klausel von Hooper/Ash (1934) ist hingegen wenig überzeugend: „If the steading should be struck by lightning an expiatory prayer must be offered“. Ebenso Thielscher (Übers) Des Marcus Cato Belehrung über die Landwirtschaft (1963) 318: „muss ein Gebet gesprochen werden“: Dazu kritisch Ager, sie sieht darin die Pflicht des Werkunternehmers, den Besteller über den Blitzschlag zu

(6) Weitere Beispiele

Die *lex parieti faciendo puteolana* (105 v. Chr.) ist ein ambivalentes Beispiel. Hier fällt das intensive Mitspracherecht des Bestellers ins Auge, sodass trotz Vorliegens eines „Kostenvoranschlags“ über einen Gesamtpreis von 1.500 Sesterzen, fraglich ist, ob hier von einem *aversione*-Vertrag gesprochen werden kann.⁶⁸³

Erwähnenswert ist auch ein auf Papyrus erhaltener Bauvertragstext aus der römisch-ägyptischen Stadt Antinnoopolis. Bei dieser auf den 26. Juli 263 n. Chr. datierten Vertragsurkunde handelt es sich um ein Angebot für Vergoldungsarbeiten an einer Säulenhalle. Zumindest bei einer der Einzelpositionen liegt unzweifelhaft eine Einheitspreisvereinbarung vor, für die anderen erscheint es möglich.⁶⁸⁴

In einem von *Ries* untersuchten Papyrus aus Oxyrhynchos (2. Jh n.Chr) werden Steinbrucharbeiten übernommen, die Steine werden für einen Hausbau hergestellt. Auch hier wurde pro Stein abgerechnet.⁶⁸⁵

(7) Regie- und Einheitspreisverträge in der griechischen Baupraxis

Zwar sind (ältere) griechische Quellen für die römische Rechtsgeschichte nur von sekundärem Zeugniswert. Allerdings ist in Hinblick auf die Verwandtschaft der römischen mit der griechischen Bautechnik naheliegend, dass Parallelen auch in der baubetrieblichen Praxis bestanden haben – sei es durch Übernahme oder durch Parallelentwicklungen.⁶⁸⁶ Die Annahme, der Einheitspreisvertrag habe den Normalfall dargestellt, wird daher auch

informieren: *Ager*, Roman Agricultural Magic, Diss. (2010) 148²⁵⁴; *Flach* kommt der Sache näher: „Wenn das Gutshaus vom Blitz getroffen werden sollte, verfähre man in dieser Sache nach dem Ermessen [dem unabhängigen Urteil] eines redlichen Mannes (von gutem Ruf)“, wobei seine Deutung von „*vba*“ nicht als „*verba*“ sondern „*v.b.a*“ = *v(iri) b(oni) a(rbitratu)* wenig überzeugend ist: *Flach* (Übers) Marcus Porcius Cato: Über den Ackerbau (2005) 119. Dies geht auf *Brehaut* (Übers) Cato the Censor on farming (1933) 33¹⁴ zurück, der auf die abgekürzte Form „*v.boni.a*“ in CATO agr. 149 und die volle Formel in CATO agr. 144;145;148;149 verweist.

⁶⁸³ So *Jakab*, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 77, Vgl I.A.1.d) Probatio beim *in pedes*-Vertrag, S. 179.

⁶⁸⁴ P.Köln I 52 = Trismegistos Nr. 15463; *Kramer/Hübner*, Kölner Papyri (1976) I 129ff sehen nur in der Abrede

Zeile 24,25 bzw 73 über die *ρομβίων* (kleine „Rhömbchen“), für deren Vergoldung je eine Drachme gezahlt werde eine Einheitspreisvereinbarung, aufgrund der sehr niedrigen Preise wird man es aber auch für die anderen Positionen erwägen müssen.

⁶⁸⁵ P.Oxy. 3 498 = Trismegistos Nr. 28356; *Ries*, Bauverträge im römischen Recht (1989) 38.

⁶⁸⁶ Vgl *Thür*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 479⁸; Nach *Ries*, Bauverträge im römischen Recht (1989) 50f, 160 finden sich in den Quellen zu römischen Bauverträgen nur vereinzelte Hinweise für eine Rezeption griechischen Rechts. Parallelen sieht er insbesondere hinsichtlich der Übernahme von Kaufterminologie (*redemptor* als Werkunternehmer), für die Regelung von Kostenvoranschlag und Kostensteigerungen, im Ausschreibungs- und Vergabeverfahren. Allerdings nimmt er eine Parallelentwicklung aufgrund eines ähnlichen Wirtschaftssystems an.

von griechischen Bauverträgen untermauert, die entweder eine Berechnung nach Einheitspreisen oder weitgehende Weisungsbefugnisse des Bestellers vorsehen.

Einheitspreisberechnungen finden sich etwa in den Bauabrechnungen aus Epidauros. So wird etwa in einer dieser aus dem 4. Jhdt v. Chr. stammenden Urkunden der Werklohn nach Tetrapodes (τετραποδίαν) berechnet,⁶⁸⁷ wobei die Parallele zwischen einer Lohnbemessung nach Pous mit einer römischen *in pedes*-Abrechnung offensichtlich ist.⁶⁸⁸ Aufschlussreich sind auch die von *Prignitz* untersuchten Bauabrechnungen.⁶⁸⁹ Diese zeigen Käufe über Baumaterial, wobei der Preis nach Gewicht oder Stückzahl bestimmt wurde,⁶⁹⁰ Vereinbarungen über persönliche Arbeitsleistung, wobei nach Zeiteinheiten abgerechnet wurde,⁶⁹¹ sowie Werkverträge. Letztere enthalten teils ausformulierte Einheitspreisvereinbarung,⁶⁹² teils lassen sich solche aufgrund unrunder Geldbeträge in den nicht mehr erhaltenen Einzelverträgen vermuten. Sollte einzelnen Baulosen ein Pauschalpreis zugrunde gelegen sein, zeigt sich jedenfalls, wie eng der von vielen Baulosen umfasste Rahmen in zeitlicher und finanzieller Sicht im Verhältnis zum Gesamtprojekt ist (zB Herstellung eines Balkens, einer Türe, das Zuschneiden von Ziegeln).⁶⁹³ Durch die Aufsplittung in unzählige Einzelverträge sichert sich der Besteller einen ähnlichen Einfluss, wie sie in einem Gesamtprojekt durch ein Weisungsrecht und eine Abrechnung nach Einheiten bewirkt wird. Die Baulose wurden nicht alle gleichzeitig und im Vorhinein

⁶⁸⁷ IG IV² 106 = PH28536; *Davis*, The Delian Building Contracts, in Bulletin de correspondance hellénique 61 (1937) 109ff, 111²; *Burford*, Notes on the Epidaurian Building Inscriptions, BSA 1967, 254ff, 286; *Burford*, Greek Temple Builders at Epidauros (1969) 70f;

⁶⁸⁸ Es sei nach *Burford* jedoch unklar, ob der Epidaurische „Fuß“ (301,8mm) bzw der „Vier-Fuß“ als Längen-, Flächen- oder Raummaß zu verstehen ist: *Burford*, Greek Temple Builders at Epidauros (1969) 70, 171.

⁶⁸⁹ *Prignitz*, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014). Es sind dies: Inschrift 1, eine Abrechnung über die Ausgaben beim Bau des Asklepiostempels (IG IV² 102), Inschrift 2, eine Abrechnung über Ein- und Ausgaben beim Bau der Tholos (IG IV² 103), Inschrift 3, Ein- und Ausgaben beim Bau des Asklepios-Kultbildes und Brunnenhauses (Fr.a A: IG IV² 118), Inschrift 4: Abrechnung einer späteren Bauphase des in Inschrift 2 behandelten Tholosbaus (IG IV² 112).

⁶⁹⁰ zB für Eisenklammern oder Klammern aus Blei, wobei der Preis in der Gewichtseinheit Talent bestimmt wurde (2 Z. 197; 2 Z. 263), Einkauf von Gestein (2 Z. 142, 2 Z. 146), 1775 Drachmen für 71 Steine, somit 25 Drachmen pro Stein (2 Z 199) *Prignitz*, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014) 51.

⁶⁹¹ Der Lohn des Architekten des Tempels wird auf der Tafel jahresweise (zB 1 Z. 7), jene der Brunnenbauer in 3 Fr.a B Z. 167 monatsweise abgerechnet. Zugrunde liegen jedoch Tageslöhne, *Prignitz*, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014) 153, 177.

⁶⁹² 2 Z. 293ff: ἐξεδώκαμεν τὰς θυμέλας τὸ στρώμα ποιῆσαι τὸ ἐν ταῖς περιστάσι, σελίδας πενήντην δύο, τὰν σελίδα ἐκάταν [260] („Wir haben vergeben, das Pflaster der Thymele anzufertigen, und zwar das in der peristasis (Ringhalle), zweiundfünfzig Platten, für jede Platte 260 Drachmen“). Auch für die Giebelfiguren am Asklepiostempel (1 Z. 88, 89) vermutet *Prignitz* einen Einheitspreis je Figur; *Prignitz*, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014) 92, 99, 102⁹⁰, 78.

⁶⁹³ 1 Z. 192, 196, 201; Nur vereinzelt umfassten einzelne Baulose einen größeren Abschnitt, zB Herstellung der Cella um 3200 Drachmen (1 Z. 20); Aus großen runden Beträgen 2 Z. 168, 178 schließt *Burford*, Greek Temple Builders at Epidauros (1969) 175 auf Pauschalierungen.

vergeben, sondern zeitlich gestaffelt, wenn die Fertigstellung jener Bauglieder absehbar wurde, die Voraussetzung für den darauf aufbauenden Arbeitsschritt waren.⁶⁹⁴ Dadurch konnte der Besteller während der gesamten Bauphase eine lenkende Rolle ausüben. In ihrer Gesamtheit machen die Abrechnungen deutlich, wie engmaschig der Baufortgang vom Besteller und seinen Vertretern kontrolliert und gelenkt wurde.

Das Baulos wird in Epidauros als *Ergon* (ἔργον) bezeichnet,⁶⁹⁵ wobei LABEO drei Jahrhunderte später eindringlich davor warnen wird, diesen Begriff unrichtig mit „*Opere locato conducto*“ ins Lateinische zu übersetzen (D. 50,16,5,1). Die Entsprechung des erfolgsverbindlichen römischen Werkvertrages sei nämlich *Apotelesma* (ἀποτέλεσμα).

Auch in der von Thür untersuchten Vergabeordnung aus dem griechischen Tegea wird das Baulos *Ergon* genannt. Aus diesem um 350 v.Chr. entstandenen Text lässt sich zwar nicht schließen, wie der Werklohn für die einzelnen Baulose berechnet wurde, da dies im Einzelvertrag (*Syngraphos*) geregelt worden sein dürfte.⁶⁹⁶ Allerdings wird auch hier der starke Einfluss der als Besteller auftretenden *Polis* sichtbar. Die nach Thür als örtliche Bauaufsicht zu verstehenden *Epimelomenoi* sind nicht nur gegenüber den Werkunternehmern weisungsbefugt, sie dürfen sogar den Bauarbeitern direkte Anordnungen geben.⁶⁹⁷ Bei der Missachtung einer Weisung fallen Konventionalstrafen an, ungehorsame Arbeiter können von den *Esdoteres* (der Baukommission) ausgeschlossen werden.⁶⁹⁸

Die *Polis* kontrahierte offensichtlich bewusst nicht mit einem Generalunternehmer, der ein erfolgreiches Gesamtprojekt versprechen hätte können. Ganz im Gegenteil war man um eine weitgehende Aufsplittung in einzelne Gewerke bemüht. Niemand durfte mehr als zwei Baulose halten, um dieses Verbot nicht umgehen zu können, durften sich höchstens zwei Unternehmer zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen.⁶⁹⁹ Damit sollte nach Thür verhindert werden, dass „die *Polis* letztlich einer übermächtigen verfilzten Gemeinschaft gegenübersteht“.⁷⁰⁰

⁶⁹⁴ Prignitz, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014) 104 insbes. für die Tholos.

⁶⁹⁵ Prignitz, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014) 173.

⁶⁹⁶ Thür, Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag, in Bisgardi (gef.), Studi in onore di Arnaldo Biscardi (1984) V 471ff, 478.

⁶⁹⁷ Klausel § 8 I; Thür/Taeuber, IPArk (1994) 25, 34.

⁶⁹⁸ Thür/Taeuber, IPArk (1994) 32f.

⁶⁹⁹ Klausel § 4 I; dies wurde von eigenen „Wettbewerbshütern“, den *Haliastai* durchgesetzt, nach Thür womöglich ein Ausschuss des dreihundertköpfigen Gemeinderats (*Triakasioi*); Thür/Taeuber, IPArk (1994) 42.

⁷⁰⁰ Thür/Taeuber, IPArk (1994) 28.

Wie anhand von kommunalen Bauprojekten der jüngsten Vergangenheit erkennbar ist (insbes. Flughafenterminal Skylink und Wiener LKH Nord), ist die rund 2400 Jahre zuvor in Epidauros und Tegea erfolgreich praktizierte Strategie, ein Großprojekt im Wege unmittelbar vergebener Einzelgewerke durchzuführen, nur dann sinnvoll, wenn beim Besteller einerseits die nötige Erfahrung vorhanden ist, andererseits entsprechende Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten bestehen und wahrgenommen werden.⁷⁰¹

Dies ist jedoch für den altgriechischen Baubetrieb anzunehmen. Die gleiche Vorgangsweise hatte man nämlich noch früher bei der Errichtung des Athener Erechtheions gewählt. Die Arbeiten wurden bis ins kleinste Details von der Baukommission bestimmt. Diese trat als Repräsentantin des Staates auf, der die Rolle des Bestellers innehatte. Mit jedem Gewerkausführenden, etwa dem Steinmetz, dem Tischler, dem Goldschmied oder dem Maler wurde unmittelbar kontrahiert, selbst das Baumaterial wurde separat vom Besteller angekauft. Ein Generalunternehmer wurde nicht tätig.⁷⁰²

Diese Bauabrechnungen beim Erechtheion liefern überdies die eindeutigsten Nachweise für Einheitspreisvereinbarungen im altgriechischen Baubetrieb. Wie *Wesenberg* aufzeigt, finden sich durchgängig Vertragspreise nach Stück und Maß oder Tagessätzen.⁷⁰³ So findet sich in einer dieser Inschriften (408/7 v. Chr.) die Formulierung, es werde für erbrachte Bauleistungen „dem Manis aus Kollytos und den übrigen 5 Arbeitern je 1 Drachme, zusammen 6 Drachmen“ bezahlt. Es wurde mit dem Manis also offenbar nach Einheitspreisen abgeschlossen, nämlich 1 Drachme pro Mann und Tag. Mit dem Malermeister Dionysodoros wurde ein Einheitspreis von 5 Oboloi pro Fuß vereinbart, aufgrund der erbrachten Leistung – offenbar 36 Fuß – erhielt er insgesamt 30 Drachmen.

⁷⁰⁴

In Lebadeia fand sich eine Vereinbarung aus dem 2. Jhdt v. Chr., aus der sich eine Abrechnung pro Stein ergibt.⁷⁰⁵ In einer weiteren Klausel wird ein Weisungsrecht des

⁷⁰¹ Rechnungshofbericht Wien 2011/01 „Flughafen Wien AG; Projekt Skylink“ 1ff; Stadtrechnungshofbericht KA-K-12/13 „Unternehmung, Wiener Krankenanstaltenverbund“, Prüfung der ordnungsgemäßen Gebarung bei der Errichtung des Krankenhauses Nord“ 9; *Stuhlpfarrer*, in *DiePresse.com* 30.06.2015, http://diepresse.com/home/panorama/wien/4766787/Spital-Nord_Kosten-steigen-weiter abg 10.03.2017.

⁷⁰² *Davis*, The Delian Building Contracts, in *Bulletin de correspondance hellénique* 61 (1937) 109ff, 110.

⁷⁰³ *Wesenberg*, Kunst und Lohn am Erechtheion, AA (1985) 55ff, 55, 64;

⁷⁰⁴ *Jahn/Michaelis*, *Arx Athenarum* (1901) S. 105, 28 a Col I; *Hill*, Structural Notes on the Erechtheum, in *American Journal of Archaeology* 14/3 (1910) 291ff, 292; *Dörpfeld*, Erechtheion (1942) 14; *Prignitz*, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (2014) 154.

⁷⁰⁵ IG VII 3073, *Thür*, Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag, in *Bisgard* (gef), Studi in onore di Arnaldo Biscardi (1984) V 471ff, 494⁶⁷, 496f.

Bestellers vereinbart, wonach dieser Mehr- oder Mindermengen einfordern kann, und sich dementsprechend der Werklohn ändert.⁷⁰⁶

Zuletzt ist noch auf einen Bauvertrag aus Delos hinzuweisen, etwa aus dem Jahr 250 v. Chr. Der Werkunternehmer ist verpflichtet, mindestens vier qualifizierte Arbeiter beizustellen, für jeden fehlenden Mann ist eine Konventionalstrafe von einer Drachme pro Tag zu bezahlen.⁷⁰⁷ Darin liegt zwar formell keine Einheitspreisberechnung, wirtschaftlich hat die Klausel jedoch denselben Effekt. Aufschlussreich ist auch die Einmischung in die interne Betriebsorganisation des Werkunternehmers.

e) Verantwortung als Konsequenz der Mitwirkung

Es ist ein sehr naheliegender Gedanke, Entscheidungsbefugnis und Einstandspflicht für Misserfolge in einem untrennbaren Zusammenhang zu sehen: Diese Verknüpfung wird auch in der Mehrdeutigkeit des deutschen Begriffs „Verantwortung“ erkennbar. *Buchwitz* spricht in diesem Zusammenhang von der Verbindung zwischen Freiheit und Verantwortung.⁷⁰⁸

Wurde das gesamte Bauwerk aufgrund von engmaschigen Weisungen des *locator* errichtet, liegt der Verdacht nahe, dass ein allfälliges Scheitern des Werkes auf die Untauglichkeit dieser Weisungen zurückzuführen ist. Die Verpflichtung des *conductor* beschränkt sich darauf „für Fleiß, Folgsamkeit, und Achtsamkeit“ seiner eigenen Person sowie seiner Gehilfen einzustehen.⁷⁰⁹ Missachtet der *conductor* eine Weisung, könnte zwar auch hieraus ein Schaden entstehen. Durch die enge und häufige Beaufsichtigung kann jedoch schnell korrigierend eingegriffen werden, sodass die Intensität dieses Schadens oft auf ein Minimum reduziert werden kann.

f) Gefahrtragung für höhere Gewalt?

Völlig passend sind diese Überlegungen natürlich nur für Schwierigkeiten, die grundsätzlich beherrschbar wären (*casus minor, vis cui resisti potest, custodia* im Sinne eines Haftungsausmaßes), einschließlich vermeidbare Ausführungsfehler (*vitium operis*). Demgegenüber sind Umstände der höheren Gewalt im Wesentlichen dadurch

⁷⁰⁶ *Thür*, Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag, in *Bisgard* (gef), Studi in onore di Arnaldo Biscardi (1984) V 471ff, 484³⁷, 497⁷².

⁷⁰⁷ *Inscriptions de Délos* 507 = SEG 36.1503; *Thür/Taeuber*, IPArk (1994) 32; *Davis*, The Delian Building Contracts, in *Bulletin de correspondance hellénique* 61 (1937) 109ff, 115.

⁷⁰⁸ *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 360.

⁷⁰⁹ *Samter*, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 136.

ausgezeichnet, dass sie von keiner der beiden Parteien abgewendet werden können.⁷¹⁰ Daher ist die Frage, welche Partei den Herstellungsprozess grundsätzlich beherrscht, hier nur von mittelbarer Bedeutung, da die höhere Gewalt gerade von niemandem beherrscht werden kann.⁷¹¹ So hat etwa *Buchwitz*, obwohl er wie hier die Unterschiedlichkeit der beiden Vertragstypen betont, die höhere Gewalt aus dem *periculum* des ersten Satzes ausgeschieden.⁷¹² Dies ist jedoch nicht erforderlich.

Denn es ist trotzdem eine nachvollziehbare Entscheidung, auch die Zuweisung der Lohngefahrtragung für höhere Gewalt vom Ausmaß der Verantwortung abhängig zu machen. Zu Beginn wurde bereits ausgeführt, dass die gesetzgeberische Entscheidung, wer das Risiko der höheren Gewalt zu tragen hat, immer eine willkürliche ist, sohin a priori verschiedenste Kriterien zum Angelpunkt erhoben werden können. Verantwortung scheint ein sachgerechtes Tatbestandsmerkmal zu sein.⁷¹³ Es entspricht auch der Alltagsvorstellung, Verantwortung als ein umfassendes Konzept zu sehen: Scheitern Entscheidungsträger in Politik, Militär, Wirtschaft oder Sport, da sich in ihrem Bereich gravierende Zwischenfälle ereignen, wird ihnen dies in vielen Fällen auch dann diese Position kosten, wenn sie das Ereignis nicht einmal mit größter Anstrengung hätten abwenden können.

Somit ist es nachvollziehbar, warum die Gefahr der höheren Gewalt als „Annex“ zum niederen Zufall durch FLORENTINUS auch vom Aspekt der Beherrschung abhängig gemacht wird. Zwischen *admensio* und *probatio* lässt er beim Einheitspreisvertrag den Bauherrn somit das „*periculum vis maioris et minoris*“ tragen, beim Pauschalpreisvertrag bis zur *probatio* den Bauunternehmer.⁷¹⁴

g) Beweisschwierigkeiten infolge schwacher Kontrolle

Schließlich sprechen praktische Überlegungen für die Zuweisung auch der Gefahren der höheren Gewalt an die den Herstellungsgang beherrschende Partei: Die Unterscheidung von Verschulden, niederer und höherer Gewalt begegnet in der Praxis noch größeren

⁷¹⁰ D. 19,2,15,2; D. 4,2,2; D. 19,2,33; Siehe I.A.1, Beziehung zwischen Unwiderstehlichkeit und lokaler Herkunft, S. 61.

⁷¹¹ *Schilcher*, Die Preisgefahr beim Kauf, JBl 1964, 395ff, 400f; *Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 33⁹⁸.

⁷¹² *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 360.

⁷¹³ Zum beiderseits unverschuldeten Mangel von Stoff/Weisung im geltenden d Recht: „Damit hat [der Besteller] die an sich gegebene Entscheidungsfreiheit des Unternehmers zu sich geholt, deren Korrelat das Risiko sein muß“ *Weyers*, Werkvertrag, in BMJ (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1159.

⁷¹⁴ So formulierte dies für den Kauf *Ernst*, *periculum emptoris*, ZSS 99 (1982) 216ff, 217.

Schwierigkeiten als in der Dogmatik.⁷¹⁵ Es ist also naheliegend, sich hier von beweisökonomische Überlegungen leiten zu lassen:⁷¹⁶

Hat sich der Besteller jeden Abend (so in D. 19,2,51,1) oder in sonstigen regelmäßigen Abständen (D. 19,2,36; D. 19,2,30,3) von der Qualität der Bauarbeiten vergewissert, wird er sich eher davon überzeugen lassen, dass ein Erdbeben mittlerer Stärke alleinige Ursache für den Einsturz des Bauwerks war. Aus prozessrechtlicher Sicht hat die tägliche Vermessung ähnliche Wirkung wie ein Vergleich oder eine Außerstreitstellung.

Anders ist es hingegen, wenn er sich im *aversione*-Vertrag aus dem gesamten Herstellungsgang heraushalten wollte oder musste. Wird er dann erst zum daliegenden Schutthaufen gerufen, wird er viel eher seinen Vertragspartner verdächtigen, das Bauwerk nicht erdbebensicher errichtet zu haben, oder auf den Gedanken kommen, es sei überhaupt bereits vor dem Erdbeben eingestürzt.

Die Zuweisung des *periculum vis maioris* an den *conductor* des *aversione*-Bauvertrags und den *locator* des *in-pedes*-Bauvertrags hat daher friedenswahrende Wirkung und erleichtert dem *iudex* die Entscheidung.

Ein ähnlicher Gedanke ist beim Weinverkauf zu erkennen.⁷¹⁷ Grundsätzlich ist die Gefahr der Entstehung der Weinfehlers Essigstich oder Korkton (*acorem et mucorem*)⁷¹⁸ zwischen Vertragsabschluss und Verkostung (*degustatio*) vom Verkäufer, zwischen Verkostung und Abholung vom Käufer zu prästieren (D. 18,6,4,1) – außer es hat der Verkäufer entweder die noch zu erwartete Verderbnis vorsätzlich verschwiegen, oder eine ausdrückliche Garantie für die Weinfehlerfreiheit bis zur Abholung übernommen. Auf den Sonderfall des *aversione*-Weinkaufvertrags wird erst unten eingegangen.

⁷¹⁵ Jakab, *Periculum und Praxis*, ZSS 125 (2005) 190ff, 228 nimmt an, die *mensura*-Abrede habe diese Unterscheidung obsolet gemacht; Samter: über die „in der Praxis wohl die Regel bildenden [...] Fälle, wo das Tatsächliche minder klar zutage liegt“: Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 139.

⁷¹⁶ Vgl. Krückmann, *Zur Reform des Kaufrechts* (1896) 47², 96; Puchta, *Pandekten*⁹ (1863) 547 betont die Beweislast des Werkunternehmers für die mangelfreie Beschaffenheit des durch äußeren Zufall zerstörten Werks; Oertmann, *Der Zufall bei der Werkverdingung*, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 5; Exner, *Begriff der höheren Gewalt*, *GrünhutsZ* 10 (1883) 497ff, 538.

⁷¹⁷ Die hier üblichen Usancen können aus dem Musterkaufvertrag für Wein bei CATO geschlossen werden: CATO agr. 148: Der Wein konnte binnen drei Tagen nach Vertragsabschluss gekostet werden, die Abholung fand bis zu neun Monate später statt. Dieser Mustervertrag enthielt eine Zusicherung der Freiheit von Weinfehlern.

⁷¹⁸ Die heute als Korkton bezeichneten Weinfehler (auch dumpf, muffig, modrig, schimmelig; erhöhtes Vorkommen von Geosmin oder Trichloranisol) dürften *mucor* entsprechen, sie können auch andere Ursachen als die Verwendung von Korkstücken haben, insbesondere unsaubere Fässer. Andererseits wurde *cortex* bereits vereinzelt von den Römern zum Verschließen von Weinamphoren verwendet: CATO agr. 120; Arnberger, *Wein Wörterbuch* (2012) Korkgeschmack, 226; Ruckenbauer/Traxler, *Lexikon Wein* (2006) Korkgeschmack, 134.

Ausgehend von sonstigen Kaufverträgen erscheint es zunächst nahliegender, für den Zeitpunkt des Übergangs dieser Gefahr – je nach ihrer Einordnung – entweder auf die Perfektion, oder aber auf die Übergabe abzustellen, nicht aber auf einen zwischen diesen beiden Ereignissen liegenden Moment.⁷¹⁹

Das Entstehen eines Weinfehlers würde bei unvoreingenommener Betrachtung – sofern man *culpa* ausschließen kann – entweder ein Fall der *custodia*-Haftung oder aber *vis maior* darstellen. Für eine Einordnung unter die *custodia* sprechen kellertechnische bzw. weinbautechnische Überlegungen: Weinfehler entstehen häufig durch die Qualität bzw. Sauberkeit der Fässer und das Klima im Weinkeller. Die schädlichen Mikroorganismen wirken ähnlich auf den Wein ein, wie die Mäuse auf die Kleidung in der Wäscherei (D. 19,2,13,6), wo sich die Haftung des *fullo* aus seiner *custodia*-Pflicht ergibt.⁷²⁰ Um diese Zusammenhänge zu erkennen, sind keine fundierten mikrobiologischen Kenntnisse erforderlich:⁷²¹ In anderem Kontext (D. 19,2,15,2) nennt ULPIAN selbst *vinum coacuerit* ein *vitium ex ipsa re*.

Dadurch, dass ULPIAN aber in D. 18,6,4,1 den Weinfehler gerade nicht unter die *custodia* subsumiert, bringt er zum Ausdruck, dass er dieses Problem hier als *vis maior* betrachtet, oder zumindest wie *vis maior* behandeln möchte.

Die Lösung der Vertragspraxis, für den Zeitpunkt des Übergangs der Weinfehlergefahr weder auf den Vertragsabschluss (*vis maior*) noch auf die Übergabe (*custodia*) abzustellen, sondern auf eine dazwischen stattfindende *degustatio*, ist aber aus beweisökonomischen Gründen nachvollziehbar. Dem Richter würde man keine große Freude bereiten, wenn er im Nachhinein den geschmacklichen Zustand des Weines zu einem der beiden Zeitpunkte beurteilen müsste, wenn in diesem nicht einmal einer der beiden Vertragspartner den Wein gekostet hat.

Davon abweichend versteht *Jakab* die Klausel in erster Linie als Garantiezusage der Qualität bis zu einem bestimmten Termin (zB Vollreife im Jänner). Neben der gegenständlichen Verkostung, die sie als „nachträgliche“ *degustatio* bezeichnet, habe kurz vor oder kurz nach dem Vertragsabschluss eine „anfängliche“ *degustatio* des Weines oder Mostes stattgefunden.⁷²²

⁷¹⁹ *Jakab*, Aversione venire, in *Ernst/Jakab* (Hrsg) *Usus Antiquus Iuris Romani* (2005) 87ff.

⁷²⁰ *Gai.* inst. 3,205f; D. 19,2,60,2; D. 47,2,12 pr.. Vgl. *Kaser*, *Römisches Privatrecht*² (1971) 508³⁵.

⁷²¹ Vgl. *Steier*, in *Wissowa* (Hrsg) *Paulys RE* (1950) *Pilze*, XX,2 1372ff.

⁷²² *Jakab*, *Periculum und Praxis*, *ZSS* 125 (2005) 190ff, 210ff.

h) Preisberechnung als stillschweigende Gefahrtragungsvereinbarung

Neben den beiden erörterten Aspekten – der Eigenverantwortung des intensiv mitwirkenden Bestellers einerseits, der Beweisproblematik andererseits – spricht eine dritte Überlegung für die abweichende Beurteilung der Gefahrtragungsregeln in einem Pauschalpreisvertrag. Es ist zu fragen, ob die *aversione*-Abrede nicht an sich schon eine Abdingung der Gefahrtragungsregeln darstellt.⁷²³

Auch hier können Parallelen zum Weinkaufvertrag gezogen werden:

D. 18,6,4,1 Ulpianus libro 28 ad Sabinum.

Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. [...]

Wenn Wein pauschal verkauft worden ist, ist nur für *custodia* einzustehen. Daraus geht hervor, dass dann, wenn der Wein nicht so verkauft wird, dass er zu verkosten ist, der Verkäufer weder für das Entstehen von Essigstich noch von Korkton einstehen muss, sondern jede Gefahr den Käufer trifft. Es ist allerdings schwer vorstellbar, dass jemand so kauft, dass nicht verkostet werden soll. [...].⁷²⁴

Jakab deutet die *aversione*-Klausel in Weinkaufverträgen als Pauschalierung hinsichtlich der Quantität, ihre Bedeutung liege im Verzicht auf die Zumessung (*mensura*) der genauen Menge. Die Vereinbarung dieser *mensura* habe jedoch den Normalfall dargestellt, hier sei ein Maßpreis je Volumenseinheit vereinbar worden,⁷²⁵ wobei anlässlich der gemeinsam durchgeführten Zumessung (*mensura*) der Wein zunächst in Maßgefäße, dann in die für den Käufer bestimmten Gefäße geschüttet wurde. Aus Catos Formular über den Weinkauf schließt sie, nach der Zumessung sei der Wein mitunter noch monatelang im Keller des Verkäufers geblieben.⁷²⁶ Die *mensura* stelle jedoch die *traditio* dar, danach hatte der Käufer alle Risiken hinsichtlich der Quantität zu tragen – als Beispiele nennt *Jakab* natürliche Diffusion, springende Gefäße, Erdbeben, Blitzschlag und Diebstahl.⁷²⁷ Von zentraler Bedeutung sei somit die vertragliche Festlegung des Datums dieser *mensura* (zB schon kurz nach der Weinlese oder erst spät im Folgejahr). Sie bildete, wie *Jakab*

⁷²³ Vgl. *Weiske*, Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten (1847) Pacht- und Miethvertrag, VII 819f; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 4.

⁷²⁴ Übersetzung angelehnt an *Behrends*, in *Behrends et al* (Hrsg) *CIC III* (1999) 503f.

⁷²⁵ *Jakab*, Periculum und Praxis, *ZSS* 125 (2005) 190ff, 219.

⁷²⁶ *CATO.AGR.* 23; *Jakab*, Periculum und Praxis, *ZSS* 125 (2005) 190ff, 223.

⁷²⁷ *Jakab*, Periculum und Praxis, *ZSS* 125 (2005) 189, 220.

formuliert, eine automatische Verlagerung des Risikos, eine „versteckte Risikoregelung“.⁷²⁸

Insofern hat die *mensura* des regulären Weinkaufvertrages eine sehr ähnliche Funktion wie die *mensura* des *in pedes*-Bauvertrages aus D. 19,2,36, wenngleich der *mensura* des Bauvertrages keine sachenrechtliche Bedeutung zukommt.⁷²⁹

Noch weiter als die Vereinbarung einer *mensura* zu einem zeitlich frühen Datum wird das Risiko des quantitativen Verlustes durch den völligen Verzicht auf die *mensura* auf den Käufer verlagert. *Jakab* nimmt an, auch beim Weinkauf sei dieser Verzicht auf die Zumessung als *aversione*-Vereinbarung angesprochen worden, womit auch hier eine Parallele zur *aversione*-Klausel des Bauvertrages bestünde.⁷³⁰

Ulpian dürfe jedoch in der gegenständlichen Stelle D. 18,6,4,1 mit dem Wort *aversione* keine Pauschalierung hinsichtlich der Quantität, sondern der Qualität meinen. Würde nämlich die *aversione*-Klausel im ersten Satz nur zufällig mit dem im zweiten Satz angesprochene Verzicht auf die *degustatio* einhergehen, wäre nicht nachvollziehbar, warum das eine aus dem anderen geschlussfolgert werden kann („*Ex hoc apparet*“). Allerdings ist es immer schwierig, Entwicklungen der Vertragspraxis mit technischen Begriffen abstrakt zu beschreiben, da Klauseln ungeachtet allgemeiner Gebräuchlichkeit individuell zu interpretieren sind.⁷³¹ Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Aussage Gaius in D. 18,1,35,7, der vehement bestreitet, die Vereinbarung eines Gesamtpreises beim Weinkauf bewirke die Verlagerung des Risikos, was ähnlich wie bei Javolenus in D. 19,2,51,1 als Warnung vor einer Verkürzung oder Verallgemeinerung gedeutet werden kann.

i) Auswirkung der Preisberechnungsformel

Schließlich ist noch an D. 14,2,10,2 zum Seefrachtvertrag zu erinnern, wo die beiden Arten der Preisberechnung faktisch auch Regelungen der Gefahrtragung sind:

D. 14,2,10,2 *Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomarum.*

Si conduxisti navem amphorarum duo milium et ibi amphoras portasti, pro duobus milibus amphorarum pretium debes. Paulus: immo si aversione navis conducta est, pro duobus milibus debetur merces: si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti.

⁷²⁸ *Jakab*, Periculum und Praxis, ZSS 125 (2005) 189, 220f; *Jakab*, Aversione venire, in *Ernst/Jakab* (Hrsg) *Usus Antiquus Iuris Romani* (2005) 87ff, 105ff.

⁷²⁹ *Jakab*, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 76.

⁷³⁰ *Jakab*, Periculum und Praxis, ZSS 125 (2005) 189, 228.

⁷³¹ Zur diffusen Terminologie hinsichtlich verschiedener heutiger Bauvertragstypen S. 126 Fn. 600.

Wenn du ein Schiff von zweitausend Amphoren Fassungsvermögen gechartert und tausend Amphoren auf das Schiff gebracht hast dann schuldest du das Frachtgeld für zweitausend Amphoren. PAULUS: In Wahrheit schuldest du mir nur dann das Frachtgeld für zweitausend wenn du das Schiff zu einem Pauschalpreis gechartert hast. Wurde die Höhe des Frachtgeldes jedoch nach der Zahl der verladenen Amphoren bestimmt, verhält es sich umgekehrt: dann schuldest du nämlich das Frachtgeld nur für so viele Amphoren, wie du hast verladen lassen.⁷³²

Nach Paulus ist zu unterscheiden, ob die Fracht nach der Zahl der an Bord gebrachten Amphoren vereinbart, oder die gesamte Ladekapazität (2.000 Amphoren) des Schiffs gechartert wurde.

Hier wird der Zusammenhang zwischen Preisberechnung und Gefahrtragung sichtbar. So könnte man das Beispiel dahingehend variieren oder ergänzen, dass der Verfrachter zwar plant, 2.000 Amphoren an Bord zu bringen, zuvor jedoch 1.000 dieser Tonkrüge im Lagerhaus durch ein Erdbeben zerbrechen, vielleicht von dort gestohlen werden, oder deswegen nicht verladen werden, da die Olivenernte wetterbedingt ungünstig ausgefallen ist. Je nachdem, ob der Frachtvertrag über die gesamte Ladekapazität oder je verladenem Stückgut abgeschlossen wurde, würde dieses Risiko dem *locator* oder *conductor* zu Last fallen.

Das Problem, dass sich sonst als Frage der Lohngefahrtragung stellen würde, lässt sich hier unmittelbar aufgrund der Preisberechnungsformel lösen.

Ebenso wird in D. 14,2,10 pr. die Gefahrtragungsabrede in Form einer Preisberechnungsformel abgeschlossen. Weder nimmt die Klausel ausdrücklich auf den Tod des Sklaven Bezug, noch wird abstrakt vom *periculum* gesprochen. Stattdessen wird vereinbart, dass die Fracht entweder nach der Zahl der eingestiegenen oder der ausgestiegenen Sklaven berechnet wird.

Umgekehrt könnte natürlich auch der Blick auf die Verpflichtung des *conductor* gelenkt werden, und entsprechend der Preisberechnungsformel die von ihm übernommene Zusage interpretiert werden. Dann schuldet er im einen Fall das bloße Einschiffen der Sklaven, im anderen Fall die lebendige Landung, also einen erfolgreichen Transport.

⁷³² Übersetzung von Simshäuser, in Behrends et al (Hrsg) CIC III (1999) 213f.

j) Gefahrtragung für Mehrkostenforderungen

Das Ziel der Abwehr von Mehrkostenforderungen kann nur erreicht werden, wenn der *conductor* bestimmte Kalkulations- und Herstellungsrisiken übernimmt. Diese Herstellungsrisiken sind zwar von der archetypischen Situation des völligen Untergangs des Werks zu trennen, es handelt sich aber im Grunde um eine sehr ähnliche Frage. So ist es nur ein quantitativer Unterschied, ob ein gesamtes Bauwerk zusammenstürzt (vgl. D. 19,2,37, D. 19,2,62; D. 19,2,59), oder ob dem Dachdecker unverschuldet ein einzelner Dachziegel aus der Hand gleitet und am Boden zerschellt, und beim *in pedes*-Vertrag zwischen den Vertragspartnern ein Streit entbrennen könnte, ob dem Besteller dafür ein Sesterz in Rechnung gestellt werden kann (etwa nach der Preisvereinbarung im Musterbauvertrag bei CATO agr. 14, vgl. auch D. 19,2,30,3).

Verzögern sich die Bauarbeiten aufgrund von Regen um einen Tag, so scheint es sich hier nur um einen Fall des Zeitverlusts zu handeln. Verengt man den Blick auf die an dem Regentag zu leistenden Arbeiten, können diese als gescheitert betrachtet werden. Dadurch, dass der Besteller den zusätzlichen bzw. den verregneten Tag entlohnen muss, liegt eine mit den Fällen der eigentlichen Gefahrtragung vergleichbare Situation vor.

Dies gilt selbst bei reinen Ausführungsschwierigkeiten. So etwa, wenn unerwartet auf hartes Gestein im Untergrund gestoßen wird. Könnte der Sklave des Bauunternehmers mit einem Schaufelwurf zehn Pfund weiche Erde wegschaffen, nun aber mit einem Hieb mit der Spitzhacke nur eine Unze Gestein abtragen, muss der Blick auf die eine Handbewegung verengt werden: Hinsichtlich des nicht weggeschafften Quantums Bodenmaterial (119 Unzen) ist das aus dem Spitzhackenhieb bestehende Teilwerk „gescheitert“. Wenn der Besteller nun durch eine Lohnberechnung auf Zeitbasis 12.000 Spitzhackenhiebe anstelle von 100 ursprünglich angenommenen Schaufelwürfen bezahlen muss, trägt er im *in pedes*-Vertrag somit die „Lohngefahr“ für 11.900 „fruchtlose“ Spitzhackenhiebe. Bleibt hingegen der Preis aufgrund eines *aversione*-Vertrags unverändert, würde hingegen der Werkunternehmer die „Leistungsgefahr“ für jene hundert Schaufelwürfe tragen, die er zur Grundlage seiner Kalkulation gemacht hat.

Umgekehrt können auch eigentliche Gefahrtragungssituationen in bloße Ausführungsschwierigkeiten umgedeutet werden. So könnte der *aversione*-Besteller eines verschütteten Wassergrabens oder des eingestürzten, teilfertiggestellten Herrenhauses behaupten, es sei ganz normal, wenn ein Bauwerk während des Herstellungsvorgangs immer wieder zusammenstürzt, durch den Pauschalpreis seien alle erforderlichen Versuche abgegolten.

Die Vergleiche wirken in ihren Extremen absurd, dennoch machen sie die Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen Ausführungsschwierigkeit und (teilweisem) Werkuntergang erkennbar – insbesondere dann, wenn der Tatbestand des Werkuntergangs vom Begriff der Unmöglichkeit entfremdet wird.⁷³³

Auch aus diesem Grund wäre es nachvollziehbar, wenn eine Vereinbarung hinsichtlich beider Gefahren (Werkuntergangsgefahr und Mehraufwandsgefahr) die gleiche Rechtsfolge auslöst. Sollte der Größenschluss bzw die Analogie aus der Tragung der Mehraufwandsgefahr auf die Werkuntergangsgefahr tatsächlich der ausschlaggebende Aspekt sein, könnte mit dem vom *conductor* zu tragenden *periculum* sogar die Leistungsgefahr gemeint sein.

k) Parallelstelle: D. 19,2,51,1

D. 19,2,51,1 Iavolenus libro 11 epistularum

Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? Respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. Nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur

Ich habe den Auftrag zur Herstellung eines Werkes mit der Abrede erteilt, dass ich dem Unternehmer für das Werk für jeden einzelnen Tag eine bestimmte Vergütung zahlen werde. Kann ich, wenn das Werk mangelhaft hergestellt worden ist, mit der Werkbestellerklage (*actio locati*) klagen? Er hat über diese Anfrage wie folgt entschieden: Wenn du den Auftrag mit der Abrede erteilt hast, dass dir die Vertragsgemäßheit des Werkes vom Unternehmer dargetan wird, dann muss dir der Unternehmer dafür einstehen, wenn das Werk mangelhaft hergestellt ist, obwohl vereinbart war, dass für die einzelnen Tagesleistungen ein bestimmter Betrag gezahlt werden sollte. Es begründet nämlich keinen Unterschied, ob die Herstellung eines Werks für einen Gesamtpreis oder gegen Vergütung von Tagesleistungen in Auftrag gegeben wird, wenn nur die Vollendung des gesamten Werks Sache des Unternehmers ist. Daher kann der Besteller mit der Werkbestellerklage gegen denjenigen klagen, der ein fehlerhaftes Werk hergestellt hat, es sei denn, dass die Vergütung für die einzelnen Tagesleistungen deshalb festgesetzt wurde, weil das Werk nach dem freien Ermessen des Eigentümers hergestellt werden sollte. Dann nämlich braucht der Unternehmer dem Eigentümer ersichtlich nicht für die Vertragsgemäßheit des Werks einzustehen.⁷³⁴

⁷³³ Vgl. Dochnahl, Die Gefahrtragung, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904); 241f, 245ff.

⁷³⁴ Übersetzung angelehnt an Behrends et al (Hrsg) CIC III (1999) 584f.

Dieses Fragment ist für die Interpretation von D. 19,2,36 besonders wertvoll. Anders als dort – abgesehen vom wenig pointierten letzten Satz des FLORENTINUS – werden hier auch die zugrundeliegenden Überlegungen erörtert. Thema von D. 19,2,36 sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen (Bau-)vertragstypen, manche haben dies auch für D. 19,2,51,1 angenommen.

Der Sachverhalt ist ähnlich, jedoch nicht ident: Während D. 19,2,36 von *vis maior* bzw. *casus* im Allgemeinen (nach manchen *casus*, der keine *vis maior* ist) handelt, geht es hier um die fehlerhafte Herstellung eines Werkes. Im Zuge der Erörterung von D. 19,2,62 wurde zwar dargelegt, dass es auch unverschuldete, unter Umständen sogar unabwendbare Herstellungsfehler geben kann – der Kontext legt aber *culpa* bzw. *neglegentia* nahe.⁷³⁵ Hingegen kann nicht als wesentlich angesehen werden, dass das Werk in D. 19,2,36 gänzlich untergegangen ist, das Werk in D. 19,2,51,1 zwar fehlerhaft, aber grundsätzlich doch vollendet wurde⁷³⁶ – sofern nicht die Denkfigur einer „fehlerhaften Vollendung“ im römischen Werkvertragsrecht, das ohne Gewährleistungsansprüche auskommen musste,⁷³⁷ überhaupt eine *contradictio in adiecto* sein muss.⁷³⁸

Der Entscheidung lag offenbar ein realer Streitfall zugrunde, Javolen wurde zur Entscheidung der Rechtsfrage beigezogen. Da ihm offenbar nicht alle Sachverhaltselemente mitgeteilt wurden, nannte er mehrere Anhaltspunkte, anhand derer entschieden werden konnte.

Ein Werk – aus den oben genannten Gründen ergibt sich, dass es sich um ein Bauwerk handelt⁷³⁹ – wurde fehlerhaft hergestellt. Offenbar hat der Werkunternehmer dem Besteller gegenüber eingewandt, er habe deshalb nicht für diese Werkfehler einzugestehen, da er tageweise entlohnt werde – oder es könnten diese Bedenken bereits dem Besteller gekommen sein, der sich vor der Einbringung der Klage absichern wollte.

⁷³⁵ Diese stehen einander gleich: D. 19,2,9,5; D. 19,2,13,5; D. 17,2,72; vgl. *Birr*, in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2013) III 1400²⁹⁸; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht¹⁷ (2003) 228; *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 509, 571.

⁷³⁶ Vgl. *Möller*, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 37.

⁷³⁷ Dazu unten: Gewährleistung für Baumängel?

⁷³⁸ Ähnlich *Mommsen*, zu D. 19,2,37: „von einer Notwendigkeit der Approbation kann aber selbstverständlich vor Beendigung des *opus* nicht die Rede sein“, in *Beiträge zum Obligationenrecht* (1853) I 375; *Oertmann* zu derselben Stelle: „Sicher scheint mir ferner, dass JAVOLENUS ein fertiges Werk im Auge hat. Denn doch nur ein solches kann die Qualität haben, *ut probari deberet*.“, *Oertmann*, *Der Zufall bei der Werkverdingung*, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 34.

⁷³⁹ Siehe oben S. 102 Fn. 466.

l) Erster Erklärungsansatz: Die Teilbarkeit der Leistung

Der Gedanke des Bauunternehmers wird wohl der folgende gewesen sein: Nachdem es im Zuge der täglichen Lohnauszahlung zu einer (oberflächlichen) Begutachtung des Tagwerkes gekommen ist, könnte er gemeint haben, der Besteller habe sich damit des Einwands der Mangelhaftigkeit „verschwiegen“. Darauf deutet, dass in der Anfrage der Aspekt der täglichen Lohnzahlung betont wurde. Wahrscheinlich war dem Baumeister bekannt, dass er ab der *admensio* nicht mehr die Gefahr für *casus* zu tragen hatte, wusste als juristischer Laie jedoch nicht, dass dies nicht auch für *culpa* gegolten hat. Die tägliche *admensio* hat er für eine tägliche *probatio* gehalten.

Diesen Blickwinkel, die Betrachtung der Herstellung eines Werkes als Zusammensetzung unzähliger Einzelschritte, die gewissermaßen abgeschlossene Einzelwerke darstellen,⁷⁴⁰ heben insbesondere *Thomas*⁷⁴¹ und *Rainer*⁷⁴² hervor. Überspitzt betrachtet müsste der Besteller jeden einzelnen Ziegel sobald der Mörtel trocken ist, einzeln abnehmen. Da er dies nicht tut, gerät er laufend in mit der *probatio* gleichstehenden Abnahmeverzug.⁷⁴³ Die Gefahrtragung des Werkunternehmers, aber genauso seine Einstandspflicht für Mängel, würde sich also stets auf einen einzigen, noch nicht feststehenden Ziegel beschränken.

Diese Überlegung – auch wenn sie letztlich unzutreffend ist – hängt mit dem oben beschriebenen Erklärungsansatz für D. 19,2,36 zusammen, der vor allem auf die Beweisproblematik und die praktische Feststellung von Mängeln abstellt.

(1) Die Teilbarkeit der Leistung in der älteren Diskussion

Auch in der Diskussion des 19. Jahrhunderts ist dieser Aspekt kontrovers diskutiert worden. Besonders *Windscheid* meint, es entspreche beim Werkvertrag genauso „wie bei der *locatio conductio operarum*, jedem Theil der Leistung ein entsprechender Theil der

⁷⁴⁰ Diesen Gedanken formulierte zu D. 19,2,36 auch *Goldschmidt*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1871) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 16=1, 287ff, 362; *Burchardi*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (1861) 138; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 4.

⁷⁴¹ *Thomas*, Reflections on Building Contracts, in *RIDA* 18 (1971) 673ff, 686, allerdings betont für D. 19,2,51,1 auch die Kontroll- und Mitwirkungsmöglichkeit des Bestellers.

⁷⁴² *Rainer*, Zur locatio conductio: Der Bauvertrag, in *ZSS* 109 (1992) 505ff, 510.

⁷⁴³ D. 19,2,24 pr.; nach manchen auch D. 19,2,37; vgl die Verkostungsfiktion im Weinkaufvertrag *CATO agr.* 148.

Gegenleistung“, ⁷⁴⁴ daher erhalte der Werkunternehmer bei dem Untergang eines teilweise fertiggestellten Werks jedenfalls auch teilweisen Lohn. ⁷⁴⁵

Diese Betrachtungsweise ist etwa von *Schmoll* abgelehnt worden, der scharf zwischen *locatio conductio operarum* und *locatio conductio operis* unterscheiden will. Gerade die Unteilbarkeit des Erfolgs mache den Werkvertrag aus, es werde nicht für das jeweilige Arbeitsquantum bezahlt. ⁷⁴⁶ Dazu verweist er insbesondere auf

D. 50,16,5,1 Paulus libro secundo ad edictum

“Opere locato conducto”: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

“Ein Verdingungsvertrag über ein Werk“ mit diesen Worten bezeichnete LABEO jenes Werk, das die Griechen ἀποτέλεσμα (Werk/Erfolg) nennen, und nicht ἔργον (das Werken/die Arbeit), es ist ein fertiggestellter körperlicher Gegenstand der durch Arbeit hergestellt wurde.

Doch auch *Schmoll* gesteht die Möglichkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung zu. Es könne vertraglich von dieser Einheitlichkeit des Werkes abgestanden werden, und als Beispiel nennt er gerade den *in pedes mensurasve*-Vertrag aus D. 19,2,36. Hier verkörpere jeder *pes*, jede *mesura* ein ἀποτέλεσμα, ein völlig eigenständiges Werk bzw einen eigenständigen Erfolg. ⁷⁴⁷

Die Ansicht *Schmolls* stellt eine Weiterentwicklung einer These von *Mommsen* dar, der zwar ebenfalls die Unteilbarkeit des Werkes betonte, hier aber dem Aspekt der Werksvollendung übergroße Beachtung schenkt: Diese sei der alles entscheidende Moment und Schlüssel zur Erklärung sämtlicher einschlägiger Stellen. Vor Vollendung gelte *periculum conductoris*, dannach *periculum locatoris*. *Mommsen* nahm an, das Fragment D. 19,2,36 handle im ersten Satz von einem unvollendeten Werk, ab dem vierten Satz von einem vollendeten Werk, ⁷⁴⁸ auch in D. 19,2,33 könnte die *insula* vollendet sein. ⁷⁴⁹ Letzteres ist insofern bemerkenswert, als die Schriftsteller des 20. Jahrhunderts, soweit ersichtlich, allesamt davon ausgehen, der Bau der *insula* sei noch nicht einmal begonnen worden. ⁷⁵⁰

⁷⁴⁴ Windscheid, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, in Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft 2 (Heidelberg 1855) 106ff, 141.

⁷⁴⁵ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (1887) II 542f.

⁷⁴⁶ Schmoll, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 38ff, 44.

⁷⁴⁷ Schmoll, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 33, 45.

⁷⁴⁸ Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 372ff.

⁷⁴⁹ Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 381.

⁷⁵⁰ Diese Möglichkeit dürfte erstmals Oertmann erwogen haben: Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, GrünhutsZ Bd 24 (1897) 1ff, 27.

Besonders hervorzuheben ist *MommSENS* Deutung von D. 19,2,59. Obwohl es hier ausdrücklich heißt „*operis parte effecta*“, soll bereits Vollendung gegeben sein, namentlich könnte ein Flügel des Gebäudes fertiggestellt worden sein.⁷⁵¹

So erstaunlich diese Interpretationsvariante auf den ersten Blick erscheint, zeigt insbesondere seine Überlegung zur letztgenannten Stelle, dass seine „Vollendung“ nicht zwangsläufig „Gesamtvollendung“ (zB Dachgleiche) sein muss, sondern davon abhängig ist, inwieweit einheitliche oder zusammengesetzte Leistung versprochen wurde. *MommSEN* hat zutreffend erkannt, dass in D. 19,2,59 höchstwahrscheinlich ein *in pedes*-Vertrag vorliegt, die er „eine theilweise Ablieferung (*in pedes measurasve*)“ nennt.

Goldschmidt möchte einen Mittelweg zwischen *MommSEN* und *Windscheid* einschlagen, wenn der Charakter der übernommenen Leistung ein einheitlicher sei, ist ersterem, sonst letzterem zu folgen.⁷⁵² Verwandt damit ist die Auffassung von *Bolze*, er stellt darauf ab, ob die einzelne Teilleistung für den Besteller einen Wert hat.⁷⁵³

Besonders vehement wehrt sich *Dochstuhl* gegen die Vorstellung von der Teilbarkeit des *opus*.⁷⁵⁴ Er verweist dazu neben der oben erwähnten Stelle D. 50,16,5,1 auch auf

D. 45,1,85,2 Paulus libro 75 ad edictum

Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.

Zweiteres ist der Fall bei einem Werk, dass der Testator zu vollbringen angeordnet hat: alle Erben haften gemeinschaftlich, denn ein Werk kann nicht in einzelne Teile zerrissen werden.

Er anerkennt jedoch, dass es möglich sei „eine Summe von Erfolgen“ zu versprechen. Diesfalls dürfe jedoch keinesfalls gedanklich der Effekt in mehrere Teile zerlegt werden. Gewissermaßen wird also eine Vielzahl von unteilbaren Werkverträgen gleichzeitig abgeschlossen. Als einen solchen Fall sieht auch er den *in pedes*-Vertrag aus D. 19,2,36.⁷⁵⁵ *Schmauser* verweist zum Nachweis der Unteilbarkeit des Werkvertrages auf D. 45,1,72, ohne zu beachten, dass diese Stelle von einer Baustipulation handelt.⁷⁵⁶ Die überkommene

⁷⁵¹ *MommSEN*, Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I 378.

⁷⁵² *Goldschmidt*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1871) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 16=1, 287ff, 362.

⁷⁵³ *Bolze*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, in AcP 57=7 (1874) 86ff, 95ff.

⁷⁵⁴ *Dochstuhl*, Die Gefahrtragung, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 266⁶⁶.

⁷⁵⁵ *Dochstuhl*, Die Gefahrtragung, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241ff, 267f.

⁷⁵⁶ *Schmauser*, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht, Diss. (1891) 13.

Ansicht, wonach die Baustipulation scharf von der *locatio conductio* abzugrenzen ist, wurde jedoch von *Thür* infrage gestellt.⁷⁵⁷

m) Zweiter Erklärungsansatz: in *pedes*-Vertrag als Dienstvertrag?

Javolen antwortet, grundsätzlich würde dem Besteller trotz der tageweisen Entlohnung weiterhin die *actio locati* zustehen, wobei er zwei Ausnahmen darlegt. Erstens gelte dies dann nicht, wenn vereinbart wurde, dass dem Besteller keine *probatio* zustehe. Zweitens und unabhängig davon, stehe dem Besteller dann die Klage nicht zu, wenn die tageweise Entlohnung mit einer ausgeprägten Regiebefugnis des Bestellers verbunden war.

Werden hingegen die beiden Ausnahmen miteinander verschmolzen, erscheint der somit beschriebene Vertrag mit den vier Charakteristika (i) Entlohnung nach Zeit, (ii) keine *probatio*, (iii) Erfolg wird nicht geschuldet, und (iv) rigides Weisungsrecht als Dienstvertrag. So hat insbesondere *Möller* die Stelle weniger als eine Erörterung der Gefahrtragungsproblematik, sondern vielmehr als Differenzierung zwischen Werkvertrag („*locatio conductio operis*“) und Dienstvertrag („*locatio conductio operarum*“) aufgefasst,⁷⁵⁸ die fehlende Einstandspflicht für die Mängel sei erst Ausfluss gerade dieser Typisierung. Als ein dem Dienstvertrag nahekommender Werkvertrag hat auch *Nörr* die Konstellation eingeordnet.⁷⁵⁹ Für *Buchwitz* liegt eine *locatio conductio operis faciendi* ohne *probatio* vor, die in nach der modernen Systematik des BGB jedoch ein Dienstvertrag sei.⁷⁶⁰

Ein Hinweis für die Einordnung als Werkvertrag durch die römischen Juristen ist die hier verwendete Bezeichnung *locator* für die geldleistende Partei, die im Dienstvertrag die nicht-geldleistende Partei benennt. Allerdings darf dies nicht überbewertet werden. So werden auch heute die deutschen Bezeichnungen „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ von

⁷⁵⁷ *Thür*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerken* et al (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 481 nimmt für D. 45,1,72,1 an, hier stünden ein Konsensualkontrakt (arg *locatum est*) und eine Stipulation nebeneinander.

⁷⁵⁸ *Möller*, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 36ff; auch *Martin*, A Reconsideration of *probatio operis*, ZSS 103 (1986) 321ff, 331ff; zustimmend *Harke*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 32; Früher bereits *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 7.

⁷⁵⁹ *Nörr*, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, ZSS 82 (1965) 67ff, 101.

⁷⁶⁰ *Buchwitz*, Vertragsklauseln und *probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff, 370f.

Laien häufig verwechselt, bisweilen wird aus ideologischen Gründen bewusst die Vertauschung der beiden Begriffe vorgeschlagen.⁷⁶¹

Die Terminologie ist auch tatsächlich nicht besonders einleuchtend, schließlich ist etwa im Bestandvertrag der „Bestandnehmer“ die geldleistende Partei (entspricht daher dem „Arbeitgeber“) und der „Bestandgeber“ die nicht-geldleistende Partei (entspricht dem „Arbeitnehmer“). Die veraltete Bezeichnung des Arbeitnehmers als „Dienstvermiether“ kam der Sache näher. Tatsächlich finden sich wie oben erwähnt in D. 19,2,22,2 und D. 14,2,2 pr. solche Verwechslungen.⁷⁶²

Es ist anzunehmen, dass es bei der noch weniger nachvollziehbaren Verwendung von *locator* und *conductor* zu ähnlichen Vertauschungen gekommen ist.⁷⁶³

Die Einordnung des *in pedes*-Vertrages in die Kategorie des Dienstvertrages ist jedoch abzulehnen. Die meisten Digestenstellen über die *locatio conductio operis* haben Bauprojekte zum Gegenstand, auch anhand der engeren Bedeutung von *opus* als Bauwerk wird deutlich, dass der Archetyp des Werkvertrages der Bauvertrag ist. Oben wurde herausgearbeitet, dass der Normalfall des Bauvertrages aber zu allen Zeiten der Einheitspreisvertrag war, der wesentliche Elemente eines Dauerschuldverhältnisses aufweist und durch eine starke Rolle des Bestellers gekennzeichnet ist. Würde der *in pedes*-Vertrag als *locatio conductio operarum* eingeordnet, wäre dem römischen Werkvertrag sein zentraler Anwendungsfall entzogen. Mit dem römischen Dienstvertrag, wo ein freier Mensch ähnlich einem Sklaven seine Person oder seine Arbeitskraft verdingt, hat dies nur wenig gemeinsam – sofern der *locatio conductio operarum*, was oben angezweifelt wurde, überhaupt Eigenständigkeit gegenüber der Miete zukam. Würde man den Werkvertrag auf den idealen Pauschalpreisvertrag beschränken, so könnte die als ein typisches Problem des Werkvertrages gesehene „untaugliche Bestellerweisung“ (zB D. 19,2,60,3) gar nicht

⁷⁶¹ zB Engels, in Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie (1890) Vorwort zur 3. Aufl I 19; Schulze, Arbeitgeber/Arbeitnehmer, Forum Sprachkritik der Deutschen Akademie für Sprache und Dichtung, Juni 2010; Heller, Das „Aushilfsarbeitsverhältnis“ als Grundlage der Prekarität? (2013) 22f;

⁷⁶² aA Harke, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in OIR 10 (2005) 23ff, 38⁵⁴.

⁷⁶³ Amirante, Ricerche in tema di locazione, BIDR 62 (1959) 9ff, 112, 114 meint, es käme nicht darauf an, wer die *merces* zu bezahlen hat, *conductor* sei immer derjenige, der eine *res* zurückzugeben habe; für Mayer-Maly, Das römische Privatrecht (1991) 117 kommt es auf die Ortsveränderungen an: Der *conductor* als Mit-sich-Führender sei also der Arbeitgeber, der die Arbeiter vom „Arbeitermarkt“ mitnimmt, der Mieter, der das gemietete Vieh mitnimmt und der Werkunternehmer, der das Material vom Haus des Bestellers abholt; ähnlich Wubbe, Opus, TvR 50 (1982) 241ff, 242; Eine dritte Erklärung könnte sein, dass zu Beginn der Fokus auf unbeweglichen Sachen lag. Der *locator* ist der Eigentümer des vertragsgegenständlichen *locus*, also der Landverpächter und der Bauherr; Möglich auch der von Ries aufgezeigte Zusammenhang zum griechischen Vergabewesen, siehe S. 51 Fn 192.

vorkommen, da der Pauschalpreisvertrag in seiner Reinform kein Weisungsrecht des Bestellers kennt.

n) Dritter Erklärungsansatz: Die Bestellerweisung aus Sicht der *bona fides*

Ein dritter Zugang versucht das Problem weniger über die Differenzierung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag zu lösen, sondern betrachtet unmittelbar das Ausmaß der Einwirkung des Bestellers. Damit ist die Entscheidung auf grundlegende Gerechtigkeitsüberlegungen gestützt. Es können hier mindestens sechs miteinander zusammenhängende Gedankengänge formuliert werden:

(a) Unterwerfungsverbot

Keine Partei darf der völligen Willkür der Gegenseite unterworfen werden, daher kann es auch nicht angehen, einer Partei die einseitigen (Fehl-)Entscheidungen ihres Partners zum Vorwurf zu machen bzw aufzubürden.

(b) Bewahrung der Handlungsfreiheit

Überdies darf eine Vertragspartei nicht in eine „juristische Zwickmühle“ gebracht werden, also eine Situation, in der ihr jede Handlungsalternative zum Nachteil gereicht. Nämlich einerseits die Befolgung und andererseits die Verweigerung einer Weisung. Dies ist auch ein Grund dafür, warum Widersprüche in Verträgen aufgelöst werden müssen.⁷⁶⁴

(c) Verbot des venire contra factum proprium

Alternativ könnte man zur Begründung den Rechtsgrundsatz heranziehen, nach dem sich niemand im Widerspruch zu früher gesetzten Handlungen verhalten darf.⁷⁶⁵ Nach *Isola* entstammt die Formulierung dieses Prinzips – *venire contra factum proprium nulli conceditur* – den mittelalterlichen Glossatoren, der Gedanke ist jedoch schon bei den römischen Juristen zu finden.⁷⁶⁶ In der Änderungsweisung ist ein Verzicht auf den vom

⁷⁶⁴ Pap. D. 2,14,39: *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere* („Von den alten Juristen ist anerkannt, dass eine unklare und mehrdeutige Vereinbarung zu Lasten des Verkäufers, des Vermieters oder Werkbestellers geht, weil es in ihrer Macht lag, die Vertragsbestimmung deutlicher abzufassen“ – angelehnt an *Krampe* in *Behrends et al*, CIC (1995) II 245); Ähnlich Paul. D. 18,1,21; Vgl *Wilhelm*, Von widersprüchlichen Werkverträgen, in FS Ostheim (1990) 225ff, 226f.

⁷⁶⁵ Vgl D. 8,3,11; Vgl *Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976) 334ff, 337; In einem ähnlichen Zusammenhang: *Müller-Foell*, Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag (1982) 98.

⁷⁶⁶ Namentlich wurde das Prinzip in dieser Form erstmals von Azo aus Bologna in seiner Schrift *Brocardica sive generalia juris* formuliert: *Isola*, Venire contra factum proprium nulli conceditur et contra, Diss (2014) 3f.

ursprünglichen Vertrag vorgesehenen Zustand zu sehen, womit der Besteller das Recht, diesen Zustand widersprüchlicherweise doch noch einzufordern, „aufgibt“ bzw „verwirkt“.

(d) *Konkludente Vertragsänderung*

Oben wurde bereits zu D. 19,2,60,6 ausgeführt, dass der Grund für die Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel für das ins Depot gebrachte Gold entweder in einer konkludenten Vertragsänderung oder unmittelbar in den guten Sitten gesucht werden kann – so wie auch im geltenden (deutschen) Recht Uneinigkeit besteht über die dogmatische Grundlage des Verbots des Selbstwiderspruchs. Die einen sehen in den widerstreitenden Verhaltensweisen konkludente Erklärungen, die anderen verstehen den Grundsatz als Ausfluss von Treu und Glauben.⁷⁶⁷

(e) *Exceptio doli*

Die Entlastung des Werkunternehmers für Weisungen des Bestellers könnte auch mit der *exceptio doli* in Verbindung gebracht werden. Mit dieser Einrede konnte unter anderem das aus den *bona fides* entwachsende Prinzip durchgesetzt werden, nachdem sich niemand zu seinem Vorteil auf eigenes rechtswidriges Verhalten berufen darf.⁷⁶⁸ Unmittelbar anwendbar ist dieses hier natürlich nicht, da die Selbstschädigung durch eine unkluge Weisung nicht rechtswidrig ist.

(f) *Culpa locatoris*

Schließlich ist zu fragen, ob im Fall einer Bestellerweisung nicht von vorne herein das Vorliegen eines *casus* bzw einer *vis maior* verneint werden muss, da in diesem Fall gleichsam Verschulden des Bestellers vorliegt. Für diesen Erklärungsansatz ist jedoch ein sehr weites Verständnis von *culpa* bzw *dolus* erforderlich: Auch dann, wenn dem Besteller für den Inhalt der Weisung kein Vorwurf gemacht werden kann, ist die Verbalisierung der Weisung jedenfalls bewusst vorgenommen worden.

(g) *Kausale Verursachung des Scheiterns durch den Besteller*

Schließlich könnte überlegt werden, ob der Gedanke, eine dem Vertragsziel zuwiderlaufende Weisung müsste dem Besteller zur Last fallen, auf ein allgemeines Prinzip zurückgeführt werden kann. In gleicher Weise stellt sich die Frage immer dann, wenn das

⁷⁶⁷ Vgl. Wieling, *Venire contra factum proprium* und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976) 334ff, 337.

⁷⁶⁸ Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*² (1971) 486ff.

Scheitern des Werks kausal auf den Besteller zurückzuführen ist. Umstände die vom Besteller verursacht werden, gehen natürlich über sein Verschulden hinaus.

Die Aussage des JAVOLEN, wenn das Werk nach dem freien Ermessen des Bestellers hergestellt wurde, habe der Werkunternehmer nicht für die Qualität einzustehen, deutet auf die Richtigkeit dieses dritten Erklärungsansatzes, wobei die verschiedenen Aspekte der *bona fides* allesamt bedeutsam sind. Der Ausspruch ist unmittelbar mit dem *ex voluntate locatoris permutatum esset*⁷⁶⁹ aus D. 19,2,60,3 sowie dem *quam quod sua cura atque opera consecutus esset* aus D. 19,2,36 zusammenzustellen. Der Gedanke ist immer derselbe: Über nachteilige Anordnungen soll sich der Besteller bei sich selbst beklagen, wenn sie der Vertragspartner getreu der Weisung (und ansonsten *lege artis*) durchgeführt hat.

Fraglich ist, ob hier zur Lösung der Frage der Umweg über die systematische Einordnung des Vertrages in Dienstvertrag oder Werkvertrag gegangen werden muss. Sie ist jedenfalls nicht das Hauptthema von JAVOLEN. Wo sich die Juristen mit der Klassifizierung von Vertragstypen beschäftigt haben, sprachen sie das Thema direkt an und versteckten es nicht zwischen den Zeilen. So etwa JAVOLENS Vorbild CASSIUS, als er sich Gedanken machte über die Einordnung der Herstellung von Ringen aus dem Gold des Juweliers: ob dieser Vertrag als *emptio venditio* oder *locatio conductio* anzusehen sei.⁷⁷⁰ In einem Lehrbuch ist eine solche systematische Überlegung auch besser aufgehoben als in einem *responsum*, der Entscheidung einer praktischen Rechtsfrage.

Dennoch sind die letzten beiden Lösungsansätze im Grunde sehr ähnlich. Denn der Grund dafür, dass der Dienstnehmer nicht für einen Erfolg, bzw nur bedingt für die Qualität seiner Arbeitsleistungen einzustehen hat, ist ja mit genau denselben Überlegungen zu begründen: sozialpolitische Ansätze fehlten im römischen Vertragsrecht völlig.⁷⁷¹

Wie gezeigt wurde, stehen ähnliche Überlegungen hinter der Unterscheidung zwischen *in pedes*- und *aversione*-Bauvertrag, der *in pedes*-Vertrag steht dem Dienstvertrag sehr nahe. Der Grund dafür, dass FLORENTINUS anders als JAVOLEN nicht auf die typologische Einordnung verzichten kann, liegt darin, dass die *bona fides* hinsichtlich der höheren Gewalt – anders als für negative Konsequenzen der Bestellerweisung – a priori keine

⁷⁶⁹ „... da auf Weisung des Bestellers Veränderungen vorgenommen wurden ...“

⁷⁷⁰ GAI.inst. 3,147; Inst. 3,24,4; das fragt sich auch Paulus D. 19,2,22,2; für Dachziegel Javolen D. 18,1,65;

⁷⁷¹ Vgl S. 99 Fn. 448.

bestimmte Lösung vorgeben. Jede denkbare Zuordnung der höheren Gewalt ist aus Sicht der *bona fides* gleichwertig, FLORENTIUS' Ansatz ist jedenfalls eine mögliche Variante.

Auch wenn die Einordnung des Vertragstyps für Javolen nicht bedeutend ist – ihm kommt es nur auf das Ausmaß der Mitwirkung des Bestellers an – vermittelt die Stelle indirekt dennoch ein buntes Bild von den verschiedensten Ausgestaltungsformen der römischen bauvertraglichen Realität. Offenbar kannte die antike Baupraxis noch weitere Differenzierungen als die zwei in der Lehrbuchstelle D. 19,2,36 dargestellten juristischen Archetypen *in pedes*- und *aversione*-Vertrag.

Die Praktiker unterschieden also noch weiter, etwa hinsichtlich der genauen Art der Preisberechnung (nach Längenmaßen⁷⁷², nach der Zahl der Ziegel⁷⁷³ bzw Steine,⁷⁷⁴ nach der Zeit⁷⁷⁵), hinsichtlich der Intensität der Mitwirkung des Bestellers (zB ein einfaches Direktionsrecht,⁷⁷⁶ völlige Kontrolle jedes Handgriffs⁷⁷⁷). Bisweilen könnte sogar der Verzicht auf eine *probatio* vereinbart worden sein. Nicht alle dieser Merkmale waren für die Gefahrtragung und Haftung relevant.

Ob und wie die mindestens vier in D. 19,2,51,1 implizierten Ausgestaltungsformen von Bauverträgen⁷⁷⁸ mit den beiden Grundtypen aus D. 19,2,36 in Einklang gebracht werden können, ist schwer zu sagen. Wahrscheinlich kommt dem *aversione*-Typ aus D. 19,2,36 der *uno pretio*-Vertrag mit *probatio* aus D. 19,2,51,1, und dem *in pedes*-Typ im ersten Fragment der *in dies singulos* mit *probatio* jedoch ohne *arbitrium domini* im zweiten Fragment am nächsten, wobei letzteres als völlige Kontrolle jedes Handgriffs gedeutet werden könnte.

Wäre nämlich das *in pedes*-Bauwerk aus D. 19,2,36 *arbitrio domini* geschuldet, wäre schwer einzusehen, warum der *conductor* zwar nicht einmal für *culpa* einstehen muss, er aber im (wenngleich sehr kurzen) Zeitraum bis zur jeweiligen *admensio* das *periculum* (*casus*) zu tragen hat. Das moderate Direktionsrecht rechtfertigt also ab der Vermessung das Prästieren von Zufall inklusive höherer Gewalt durch den Besteller, die besonders

⁷⁷² D. 19,2,36; Cic. Q. fr. 3.1.3.

⁷⁷³ CATO agr. 14.

⁷⁷⁴ D. 19,2,30,3.

⁷⁷⁵ D. 19,2,51,1.

⁷⁷⁶ D. 19,2,60,3.

⁷⁷⁷ D. 19,2,51,1; *lex parieti faciendo puteolana* (CIL X, Nr 1781 = FIRA III, 472ff Nr 153);

⁷⁷⁸ (i) *uno pretio* mit *probatio*; (ii) *in dies singulos* ohne *probatio*; (iii) *in dies singulos* mit *probatio* das nicht *arbitrio domini opus efficeretur*; (iv) *in dies singulos* mit *probatio* das *arbitrio domini opus efficeretur*.

intensive Regieausübung entlastet den Werkunternehmer sogar von Verschulden (bzw schließt sie Verschulden faktisch aus).

Es könnte aber auch im Gegenteil *abitrio domini efficeretur* genau das gewesen sein, was FLORENTIN mit dem *in pedes*-Vertrag gemeint hat, dann wären sich FLORENTIN und JAVOLEN in dieser Nuance uneinig gewesen. In ihren Grundüberlegungen stimmen sie jedenfalls überein – nämlich in der Betonung der Eigenverantwortung des Bestellers sowie der engen Verknüpfung von Einflussmöglichkeit und Preisberechnung.

3. Dankwardts Entreprise-Vertrag

Dankwardt hatte Ende des 19. Jhdts postuliert, neben der *locatio conductio operis* bestehe ein sogenannter Entrepreneervertrag. Dabei handle es sich um ein „Speculationsgeschäft[...], wobei jemand ein Opus für Geld zu liefern verspricht, ohne sich zur Arbeit zu verpflichten.“⁷⁷⁹ Seine Überlegungen sind auf größten Widerstand gestoßen.⁷⁸⁰

Das von ihm als wesentlich angesehene Hauptmerkmal, nämlich die Möglichkeit, die ganze Arbeit von Dritten durchführen zu lassen, ist sicher unzutreffend. Auch in der *locatio conductio operis* ist es möglich, Gehilfen beizuziehen oder die ganze Arbeit an einen Subunternehmer weiterzugeben.⁷⁸¹ In bestimmten Fällen könnte zwar die höchstpersönliche Durchführung vereinbart worden sein, doch war diese Frage für das Wesen der *locatio conductio* nicht entscheidend.

Von diesem Aspekt abgesehen hat seine Entreprise jedoch bestimmte Ähnlichkeiten mit dem *aversione*-Vertrag, wie er dieser Betrachtung zugrunde liegt: In *Dankwardts* Entreprise übernimmt der Unternehmer *omne periculum*, seine Vertragspflicht ist in erster Linie ein *praestare*.⁷⁸² Die Motivation für den Besteller am Abschluss einer Entreprise liege in seiner Absicht, „den besonderen Verpflichtungen zu entgehen, die er gegen den conductor operis übernehmen würde, und den mannigfachen Differenzen, in welche er mit

⁷⁷⁹ *Dankwardt*, Die locatio conductio operis, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 13=1 (1874) 303f, 306.

⁷⁸⁰ *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 4⁴, 45; *Dernburg*, Pandekten⁵ (1897) II 315²¹; *Schmoll*, Welche Wirkungen hat der zufällige Untergang des Werks?, Diss. (1889) 68; *Schmauser*, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht, Diss. (1891) 6ff, 5f: „ein besonders heftiger Angriff, den *Dankwardt* [...] gegen die eben vorgetragene Definition von der locatio operis führt“.

⁷⁸¹ Vgl zB D. 19,2,48 pr; D. 19,2,25,7; Ebenso war bei der sog *locatio conductio rei* die (gänzliche) Unvermietung möglich: D. 49,14,47,1.

⁷⁸² *Dankwardt*, Die locatio conductio operis, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 13=1 (1874) 303f, 306¹.

diesem verwickelt werden könnte.“⁷⁸³ Damit charakterisiert er zwei Aspekte, die auch für den von uns angenommenen *aversione*-Vertragstyp wesensimmanent sind. Auch hat er die Nähe dieses Vertragstyps zum Kaufvertrag erkannt.

a) **Entreprise als Baustipulation?**

Das wesentliche Argument *Dankwardts* für die Verschiedenheit der *Entreprise* von der *locatio conductio* war, dass die Römer ein *Entreprise* in Form einer *Stipulation* abgeschlossen hätten, wobei diese im Digestentitel D. 45,1 abgehandelt werde.⁷⁸⁴

Tatsächlich ist die *stipulatio* als strengrechtlicher Verbalkontrakt grundsätzlich von dem Konsensualkontrakt *locatio conductio* zu unterscheiden.⁷⁸⁵ Inhalt der *Stipulation* konnte jede zulässige Leistung sein, die dadurch zu einem klagbaren Versprechen wurde.⁷⁸⁶ Versprochen wurde unter anderem ein *dare* oder *facere*, etwa die Leistung eines Geldbetrages oder die Hingabe einer bestimmten oder unbestimmten Sache.⁷⁸⁷

In der römischen Rechtspraxis traten bisweilen wechselseitige *Stipulationen* an die Stelle der *emptio venditio*, durch das Versprechen eines Geldbetrags einerseits und die Hingabe einer Sache andererseits konnte der wirtschaftlichen Effekt eines Kaufes ebenso erreicht werden.⁷⁸⁸

Damit stellt sich die Frage, ob auch Bauprojekte ohne Rückgriff auf die *locatio conductio*, sondern durch wechselseitige *Stipulationen* abgewickelt wurden, so wie dies von einigen Digestenfragmenten nahegelegt wird.⁷⁸⁹

Thür verneint dies und führt dazu aus, der Bauvertrag sei stets in Form einer *locatio conductio* abgeschlossen worden, *Stipulationen* nur als Nebenabreden hinzugetreten. Die *Baustipulation* habe die bestehenden Verpflichtung des Bauunternehmers bekräftigt oder erweitert, etwa durch das Versprechen bestimmter Fertigstellungstermine, die wiederum

⁷⁸³ *Dankwardt*, Die *locatio conductio operis*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 13=1 (1874) 303f, 306².

⁷⁸⁴ *Dankwardt*, Die *locatio conductio operis*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 13=1 (1874) 303f, 306².

⁷⁸⁵ Vgl. *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 538f; *Oertmann*, Der Zufall bei der Werkverdingung, *GrünhutsZ* Bd 24 (1897) 1ff, 34; Unterschiede streitet etwa *Schmauser* zu D. 45,1,72 ab: Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht, Diss. (1891) 14.

⁷⁸⁶ *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht¹⁷ (2003) 62.

⁷⁸⁷ *GAInst.* 3,92; D. 45,1,74,1.

⁷⁸⁸ *Zimmermann*, The Law of Obligations (1996) 238; *Seckel/Levy*, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, *ZSS* 47 (1927) 117ff, 137ff.

⁷⁸⁹ D. 5,1,43; D. 45,1,14; D. 45,1,38,21; D. 45,1,72 pr; D. 45,1,84; D. 45,1,95; D. 45,1,115; D. 45,1,124; D. 45,1,137,3; Ein Schiffsbauvertrag in D. 44,7,44,6; Nach D. 38,1,24 wurden Malerarbeiten und sonstige handwerkliche Leistungen stipulationsweise versprochen.

durch die Zusage einer Vertragsstrafe bewehrt sein konnten.⁷⁹⁰ Einen „Bauvertrag in Stipulationsform“ habe es in Rom jedoch nicht gegeben.⁷⁹¹

Die Annahmen von *Thür* sind insofern plausibel, als auch bei der *emptio venditio* Stipulationen als bloße Nebenabreden vorkamen, etwa zur Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Kaufsache oder der Freiheit von bestimmten Mängeln.⁷⁹² Zutreffend dürfte jedenfalls sein, dass in D. 19,2,58,1 und auch D. 45,1,113 pr eine solche Konstellation – *locatio conductio* mit *stipulatio* als bloßer Nebenabrede – behandelt wird.⁷⁹³ Ebenso ist seiner Analyse beizupflichten, wonach aus wirtschaftlicher Sicht grobe Vorbehalte gegen die Vorstellung bestehen, dass sich jemand ein Bauprojekt ausschließlich im Wege einer Stipulation versprechen ließ.

Seine gegen die reine Baustipulation erhobenen Bedenken sind im Grunde die gleichen, die oben gegen die praktische Relevanz einer *locatio conductio* mit *aversione*-Klausel angeführt wurden. In beiden Fällen wäre mit preisgünstigen, aber qualitativ höchst geringwertigen Bauwerken zu rechnen.

Bei einem Vertrag, der mündlich durch höchst formelle Worte abgeschlossen wird, können weder komplexe Preisberechnungsvereinbarungen noch detaillierte Anforderungskataloge besprochen werden. Einer reinen Baustipulation hätte daher allenfalls ein auch stipulationsweise versprochener Pauschalpreis zugrunde liegen können. Dadurch und aufgrund der geringen Flexibilität der Stipulation werden nachträgliche Weisungen des Bestellers kaum möglich gewesen sein.⁷⁹⁴ Während diese Nachteile bei den meisten für den Besteller persönlich oder politisch bedeutsamen Bauprojekten den Einsatz der reinen Baustipulation ebenso unratsam erscheinen ließen, wie den eines Pauschalpreis-Werkvertrages, ist sie in besonderen Konstellationen nicht völlig undenkbar.

Hier fällt auf, dass die in den Digesten erwähnten Baustipulationen fast ausnahmslos die Errichtung einer *insula* zum Gegenstand haben, deren Bauweise und betriebswirtschaftliche Nutzung oben bereits erörtert wurde.⁷⁹⁵ Für Großinvestoren wie

⁷⁹⁰ *Thür*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 481.

⁷⁹¹ *Thür*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 488.

⁷⁹² Sachmängel: D. 19,1,4 pr; D. 21,1,28; D. 21,2,31; Lastenfreiheit: D. 45,1,113,1; Keine Eviktion: D. 45,1,102; *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht*¹⁷ (2003) 268, 270.

⁷⁹³ Für D. 19,2,58,1 ergibt sich die Stipulation aus dem *promiserat*, für D. 45,1,113 pr siehe unten S. 168 Fn.794.

⁷⁹⁴ D. 38,1,24 „*quod in fabro ...*“; Aus diesem Grund wird man mit *Thür* hinter D. 45,1,113 pr (arg *arbitratu meo*, vgl D. 19,2,24 pr) tatsächlich eine *locatio conductio* annehmen müssen, ein weiterer Hinweis liegt in Folgestelle D. 45,1,113,1, wo eine Nebenabrede zur *emptio venditio* besprochen wird.

⁷⁹⁵ D. 45,1,14; D. 45,1,38,21; D. 45,1,72,2; D. 45,1,84; D. 45,1,95; D. 45,1,124; D. 45,1,137,3; Vgl *Dankwardt*, Die *locatio conductio operis*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 13=1 (1874) 303f, 306²; Eine *domus* jedoch in D. 45,1,75,7 und D. 45,1,73 pr; D. 45,1,14 ist mehrdeutig.

Cicero oder Crassus, wobei ersterer über den Verlust von gleich zwei solcher Zinskasernen nur müde lacht, könnte die Errichtung eines solchen Gebäudes sehr wohl „zu den kleinen Geschäften des täglichen Lebens“ gezählt haben.⁷⁹⁶ In einer dauerhaften Geschäftsbeziehung könnte sich ein solcher Bauherr darauf verlassen haben, nur aufgrund seiner Frage „*insulam fieri spondes?*“, die der Bauunternehmer mit „*spondeo*“ bejaht, ein für ihn einigermaßen brauchbares Bauwerk zu erhalten.

Zumindest theoretisch muss die reine Stipulation einer Bauführung ohne vorangehende *locatio conductio* möglich gewesen sein. Wäre nämlich der Baustipulation, wie *Thür* annimmt, immer eine *locatio conductio* vorangegangen, die Bauvolumen, Grundfläche, Anzahl der Geschoße geregelt hätte, wäre das von D. 45,1,95 sowie D. 45,1,115 angesprochene Problem, dass nicht einmal der Bauplatz vereinbart wurde, kaum denkbar.⁷⁹⁷ Wie in D. 45,1,38,21 dargetan, konnte die Aufführung eines Gebäudes entweder stipulationsweise versprochen oder werkvertraglich übernommen werden (*Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, ...*).

Insofern ist *Dankwardts* Einschätzung, die antike Entsprechung seines „Entreprise“-Vertrages sei grundsätzlich etwas etwas Anderes als eine *locatio conductio*, insoweit nicht völlig unrichtig, als die reine Baustipulation von dieser tatsächlich unabhängig ist.

4. Grenzen der Vertragsfreiheit

Denkbar ist freilich, dass ein Besteller in einer wirtschaftlich übermächtigen Verhandlungsposition den Werkunternehmer zur Unterzeichnung eines Vertrages bringen kann, in welchem er sich einerseits weitgehenden Einfluss über den Herstellungsgang sichert, andererseits ein vereinbarter Pauschalpreis nicht überschritten werden darf oder dem Werkunternehmer die Risiken des Misslingens des Werks überbunden werden sollen.⁷⁹⁸ In diesen beiden Kombinationen dürften die Juristen wohl Verstöße gegen Treu und Glauben gesehen haben. Dennoch scheint man den zweiten Fall in der *puteolana* zu

⁷⁹⁶ PLUT. Crass. 2,4; Cic. Att. 14,9; *Thür*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 477.

⁷⁹⁷ *Thür*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerkens et al* (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* (1991) I 477ff, 482.

⁷⁹⁸ Vgl. zu D. 19,2,24 pr.: *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 381f; Demgegenüber meint *Mayer-Maly*, machtpolitische Faktoren bzw. eine wirtschaftliche Überlegenheit hätten bei der Formulierung des Vertragsinhalts keine Rolle gespielt: *Mayer-Maly*, *Locatio conductio* (1956) 109f.

finden,⁷⁹⁹ einer epigraphisch überlieferten Auftragsvergabe – ersterer Fall ist von Quintus Cicero überliefert.⁸⁰⁰

Mit der Problematik einer solchen fragwürdigen „Knebelung“ des Vertragspartners beschäftigen sich zwei Stellen von Paulus und Labeo:

D. 19,2,24 pr. Paulus libro 34 ad edictum

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. Idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.

Wenn in einem Werkvertrag eine Approbatio nach Ermessen des Bestellers vereinbart ist, wird dies so verstanden, dass damit das Ermessen eines maßgerechten Bürgers gemeint ist. Dieselbe Regel gilt, wenn auf das Ermessen einer sonstigen bestimmten Person abgestellt wird: Denn Treu und Glauben erfordern, dass ein solches Urteil wie⁸⁰¹ durch einen maßgerechten Bürger gefällt wird. Ein solches Urteil betrifft ausschließlich die Qualität des Werkes, und nicht das Ausmaß der Zeit, die im Vertrag vereinbart war, sofern nicht auch dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart war. Umgekehrt folgt daraus aber auch, dass wenn die Abnahme des Werkes durch den Werkunternehmer betrügerisch herbeigeführt wurde, der Besteller dennoch weiterhin aus der *actio locati* klagen kann.

D. 19,2,60,3 Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum

Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. Respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.

In einem Vertrag über die Errichtung eines Herrenhauses wurde vereinbart, dass dem Besteller oder seinem Erben freistehe, das Werk entweder abzunehmen oder die Abnahme zu verweigern: Der Werkunternehmer nahm bei der Herstellung des Werkes auf Wunsch des Bestellers bestimmte Abweichungen vor. Ich bin der Meinung, dass das Werk dem Vertrag zwar nicht zu entsprechen scheint, da aber die Veränderungen auf Wunsch des Bestellers vorgenommen wurden, soll der Werkunternehmer aus seiner Verantwortung entlassen werden.

⁷⁹⁹ lex parietis faciendi puteolana (CIL X, Nr 1781 = FIRA III, 472ff Nr 153, Übersetzung bei Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 9ff.

⁸⁰⁰ Cic.Q. Fr. 3,1,5 siehe unten I.A.2.d).

⁸⁰¹ Es dürfte ein Beurteilungsmaßstab gemeint sein, kein Schiedsverfahren.

Beide Fragmente dürften von Versuchen des Bestellers zeugen, sich über Gebühr Einfluss auf den Herstellungsgang zu sichern, andererseits aber die aus dieser Einmischung resultierenden Widrigkeiten dem Werkunternehmer zu überbürden.⁸⁰² Die Juristen dürfte diese allzu krasse Schieflage irritiert haben, sodass sie hier korrigierend eingriffen.

⁸⁰² Vgl. *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 382f.

VIII. *Probatio operis* – die Abnahme im römischen Recht

Gleichzeitig demonstrieren die beiden Stellen die überragende Bedeutung der *probatio operis*, der römisch-rechtlichen Entsprechung der modernen Abnahme.

Inwieweit die beiden Rechtsinstitute – *probatio* und geltendrechtliche Abnahme – miteinander verglichen werden können, ist fraglich. Die bisherige Diskussion hat sich hauptsächlich mit der Vergleichbarkeit mit der deutschen Abnahme des § 640 BGB beschäftigt, eine Bestimmung, die im ABGB keine unmittelbare Entsprechung findet. Insbesondere besteht grundsätzlich keine Pflicht, ein Werk – um den österreichischen Terminus zu gebrauchen – zu übernehmen. Allerdings kann eine Übernahmepflicht vereinbart werden,⁸⁰³ was insbesondere durch die Inkorporation der ÖNORM B 2110 in viele Bauverträge, kraft ihres Punktes 10 häufig geschieht.⁸⁰⁴ Hinsichtlich der Fälligkeit des Werklohnes stellt § 641 BGB auf die Abnahme ab, § 1170 ABGB auf die Vollendung. Von beiden Dispositivnormen wird häufig abgegangen. Die österreichische Übernahme hat auch auf offensichtliche Mängel keine gewährleistungsrechtlichen Auswirkungen. Von diesen Aspekten abgesehen, ähneln sich Abnahme (§ 640 BGB) und Übernahme (§ 1168a ABGB) soweit, dass sie im Folgenden gemeinsam unter der Bezeichnung Abnahme der *probatio operis* gegenübergestellt werden sollen.

Große Unterschiede zwischen *probatio operis* und Abnahme hat insbesondere Samter ausgemacht, weshalb er sogar die übersetzungsweise Substituierung des lateinischen durch den deutschen Begriff für unzulässig hielt.⁸⁰⁵ Während die moderne Abnahme „alles in Schwebelasse“, sei die *probatio* etwas endgültiges, ein Abschluss, der die *locatio conductio* zum Erlöschen bringe.⁸⁰⁶ Diese Auffassung ist insbesondere von Riss kritisiert worden, der die moderne Abnahme als ähnlich einschneidende und endgültige Zäsur sieht, insbesondere aufgrund ihrer Wirkung auf Gefahrtragung, Fälligkeit des Entgelts, Beginn von Verjährungsfristen.⁸⁰⁷

Möglicherweise war die *probatio* ein Ereignis von großer symbolischer Bedeutung, in dieser Hinsicht vergleichbar mit noch heute bestehenden Traditionen wie

⁸⁰³ Krejci in Rummel³, § 1165, 1166 Rz 111.

⁸⁰⁴ Vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110² (2009) Rz 1790ff.

⁸⁰⁵ Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905), 125f, 125f.

⁸⁰⁶ Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 126f.

⁸⁰⁷ Riss, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 86.

Grundsteinlegung oder der Gleichfeier. So weiß man von aufwendigen Zeremonien für den Akt der Einweihung öffentlicher Bauten.⁸⁰⁸

1. Historische Zeugnisse der *probatio*

Diese Bedeutung belegen insbesondere die von *Buchwitz* analysierten epigraphischen Zeugnisse.⁸⁰⁹ In vielen Bauinschriften wird, trotz ihrer Kürze, eine *probatio* erwähnt, häufig wird auch der Name des abnehmenden Würdenträgers genannt. Insbesondere bei öffentlichen Bauprojekten scheint die *probatio* von ähnlicher Bedeutung wie die ursprüngliche Auftragsvergabe (*locare*) bzw die Bauaufsicht⁸¹⁰ (*curare*) gewesen sein.⁸¹¹ Ähnlich wohl bei privaten Bauverträgen: In zahlreichen Bauinschriften – selbst auf Grabmälern⁸¹² – findet sich am Ende die Erwähnung der *probatio*, häufig in der feststehenden Wendung *de sua pecunia faciundum curavit idemque probavit*.⁸¹³ Nur derjenige, der das Bauwerk bezahlt hatte, durfte seinen Namen in das Gebäude meißeln

⁸⁰⁸ Vgl Höcker in *Cancik/Schneider* (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bauwesen, II, 524.

⁸⁰⁹ *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 375ff.

⁸¹⁰ *Curare* ist weniger als öffentlich-rechtliche, baupolizeiliche Aufsicht, sondern als Repräsentation des *locators* und Ausübung seiner Weisungsrechte zu verstehen. Vgl *Ries*, Bauverträge im römischen Recht (1989) 89. Ob *curare* auch mit „Ausführung“ übersetzt werden kann, scheint fraglich: *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 375. In diese Richtung scheint zwar Plin.epist. 10,17b zu deuten, Plinius könnte aber auch staatliche Stellen der Korruption verdächtigen: Vgl *Martin*, The Roman Jurists (1989) 62⁸⁰; es ist auch kein Synonym für *locare*: so aber *Gast*, Die zensorischen Bauberichte bei Livius und die römischen Bauinschriften, Diss. (1965) 65; Vgl auch D. 50,10,2,1.

⁸¹¹ Vgl CIL I² 1559 S. 1006(=X 6239)(=EDCS-20800192) (Fundi) „*murum ex s. c. faciund coerantur eidemq probantur*“; CIL I² 1635 S. 1014 (=X 829) (=EDCS-11400913) (Pompei); CIL X 5175 (=AE 2002, 00303; EDCS-20400971) (Casinum) (*instituit* statt *locavit*, *consummavitque* statt *probavitque*); CIL XIV 4707 (=AE 2008, 00278; EDCS-11900483) (Ostia): Vgl *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 375f; *Gast*, Die zensor. Bauberichte bei Livius (1965) 78.

⁸¹² Vgl CIL I² Nr 1739, S 1030f = IX Nr 1927 S 695 = ILS 8073: Vgl *Buchwitz*, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 377.

⁸¹³ AE 1978, 0731 (Thessalonica) “*ex testamento T(itus) Cornelius / T (iti) f(ilius) Fronto faciundum curavit idemque probavit*”; AE 1982,0263 (Pisaurum?) “[...] *locavit idem(que) probavit*”; AE 1984,0343 (Interpromium) “[...] *sua p[ecunia] fac(iendum) cur(avit) idemq(ue) pro[b(avit)]*”; AE 1973,0196 (bei Verulae) “*C(aius) Mussius L(uci) f(ilius) d(e) s(enatus) s(ententia) fac(iundum) / coer(avit) eidemque prob(avit)*”; AE 1988,0405 (Consilinum) “[...] *su[a] / [pe]c(unia) fac(iundum) cur(avit) ead(em)/[q]ue probavi[t]*”; AE 1973,0174 (bei Venafrum) “[...] *sedilia de sua pec(unia) / faciund(a) coer[av(it)] / idemque probav(it)*”; AE 1981,0563 (Ampurias, Forum) “[...] *[ca]mpum de sua pecu(nia) / [faci]ndum coeravit / [idemq]ue probavit*”; AE 1976,0146 (bei Teanum Apulum) “[...] *turrim de sua / peq(unia) f(aciundam) c(oeravit) eid(emque) pro(bavit) [...]*”; AE 1975,0525 (Carthago Nova) “[...] *f(aciendum) c(uravit) i(dem)q(ue) p(ro(bavit))*”; AE 1968,0080 (Ostia) “[...] *aedem Bonae Deae ex su[a] pecunia fac(iendum) cur(avit) / idemq(ue) prob[avit]*”; AE 1962,0159a (Rom) “----- / *aid(ilis) cur(ulis) Ve[l]/itern(i)s lo[c]/avit eisde/m aid(ilis) pl(ebis) prob(avit)*”; AE 1960,0277 (Herculaneum) “[...] *[f]aciundum [cur(avit)] / [i]sdemque pro[bavit]*”; AE 1919,0003 (Colonia Laus Iulia Corinthus) “[...] *[d(e)] s(ua) p(ecunia) f(aciendum) c(uravit) idemque Ilvir p(ro(bavit?))*”; AE 1915,0113 (Colonia Iulia Augusta Diensis) “[...] *colon(iae) d(e) s(ua) p(ecunia) f(aciendum) c(uravit) idem/que probavit*”.

lassen (D. 50,10,2 pr.ff; D. 50,10,7,1), offenbar wurde der Bauinschrift eine hohe Bedeutung zugemessen.⁸¹⁴

Auch eine von Livius berichtete Begebenheit demonstriert die Wichtigkeit der *probatio*: zwei Censoren ersuchten 168 v. Chr. um Verlängerung ihrer Amtszeit um 18 Monate, um die von ihnen vergebenen Bauwerke noch abnehmen zu können – allerdings wurde ihnen dies durch das Veto eines missgünstigen Volkstribuns verwehrt (Liv. 45,15,9).⁸¹⁵ Damit vergleichbar berichtet Frontinus von einer derartigen Verlängerung der Amtszeit des Prätors Q. Marcius Rex um ein Jahr (142 v. Chr.), da der Bau der nach ihm benannten Wasserleitung Aqua Marcia noch nicht fertiggestellt war.⁸¹⁶

Allerdings war es bei längerfristigen öffentlichen Bauprojekten oft unvermeidbar, dass die Abnahme erst durch die Amtsnachfolger derjenigen Magistrate erfolgen konnte, die den Vertrag ursprünglich vergeben hatten.⁸¹⁷ So werden in der *lex parieti faciendo puteolana* auch die Modalitäten der *probatio* vereinbart. Bei dieser Quelle handelt es sich um vollständig erhaltene Ausschreibungsunterlagen bzw um einen Bauvertragstext aus dem Jahr 105 v. Chr. über die Errichtung einer Mauer um eine Tempelanlage im Auftrag einer Gemeinde. Über die Abnahme sollten die dann im Amt befindlichen Duumviri gemeinsam mit den ehemaligen Duumviri in einem Bauunterausschuss (*consilium*) entscheiden. Die *probatio* kann nur durch zwanzig dieser Amtsträger gemeinsam erfolgen.⁸¹⁸ In einem Abschnitt der *lex coloniae genitivae iuliae s. ursonensis*,⁸¹⁹ dem Stadtgesetz von Urso aus dem Jahr 47 v. Chr., wird die Vorgehensweise des Gemeinderats hinsichtlich öffentlicher Vergaben festgelegt. Auch hier werden Präsenz- und Konsensquoren für die Beschlussfassung über die *probatio* sowie die Werklohnzahlung festgelegt. Frontinus berichtet von einem Senatsbeschluss, aufgrund dessen die *probatio* der Reparaturarbeiten

⁸¹⁴ Mon. Anc. 20; Vell. 1,11,3; C. 8,11/12,10; Vgl. Gast, Die zensor. Bauberichte bei Livius, Diss. (1965) 69¹; Martin, The Roman Jurists (1989) 62⁸⁰; Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 127; siehe auch S. 180⁸⁵⁸.

⁸¹⁵ Vgl. Samter, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 129, 148¹; Vgl. Martin, The Roman Jurists (1989) 103³.

⁸¹⁶ FRONTIN.aqu. 7; Die Fertigstellung (damit *probatio*) folgte 140 v. Chr.; Vgl. Mommsen, Römisches Staatsrecht² (1877) II 339¹; Er (ebd. 649¹) vermutet eine solche Prorogation auch hinter dem *post biennium* in FRONTIN.aqu. 6.

⁸¹⁷ Vgl. Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 93; Martin, The Roman Jurists (1989) 103; Mommsen, Römisches Staatsrecht² (1877) II 448.

⁸¹⁸ CIL X, Nr 1781 = FIRA III, 472ff Nr 153; Eine Übersetzung sowie eine Erörterung des Vertragstextes findet sich bei: Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 9ff; Vgl. auch Samter, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 127; Buchwitz, Vertragsklauseln und probatio, ZSS 126 (2009) 358ff, 377, 380, 383; Martin, The Roman Jurists (1989) 30, 103.

⁸¹⁹ CIL I² 594 = FIRA I² 21; Übersetzung bei Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 15f.

an den römischen Wasserleitungen meist den Ädilen und Censoren und manchmal den Quästoren oblag.⁸²⁰

In den zuletzt genannten Fällen wird weniger die kulturelle, sondern die politisch-rechtliche Bedeutung der *probatio* im Vordergrund gestanden sein:

Die leichtfertige *probatio* eines mangelhaften Werks konnte die Stadtkasse wohl in eine missliche Lage bringen.

a) Abnahmeverweigerung des renovierten Kastortempels durch Verres

Umgekehrt führte die Verweigerung der *probatio* unter Umständen zu außerordentlicher Bedrängnis beim Werkunternehmer. So berichtet Cicero in seiner zweiten Rede gegen Verres von den Machenschaften des nach seiner Darstellung ungerechten Prätors:⁸²¹

Das Bauunternehmen des Junius war nach dessen Tod auf seinen minderjährigen Sohn gleichen Namens übergegangen und wurde von den obsorgeberechtigten Onkeln verwaltet. Man war mit der Renovierung des Kastortempels beauftragt worden.⁸²² Nach dem Urteil des Cicero, dessen polemisierenden Absichten jedoch beachtet werden müssen, wurden die Arbeiten vorbildlich und einwandfrei zu Ende gebracht.⁸²³ Zum gleichen Ergebnis kam der Bauunternehmer Habonius, er war im staatlichen Auftrag mit der Bauaufsicht⁸²⁴ und der (Vor-) Entscheidung über die *probatio* betraut worden.⁸²⁵ Habonius dürfte jedoch ein Freund des verstorbenen Junius gewesen sein, eine mögliche Befangenheit wird von Cicero kleingeredet.⁸²⁶

⁸²⁰ FRONTIN.aqu. 2,96.

⁸²¹ Dazu: *Martin*, A Reconsideration of *probatio operis*, ZSS 103 (1986) 321ff, 324; *Martin*, The Roman Jurists and the Organization of Private Building (1989) 104; *Ries*, Bauverträge im römischen Recht (1989) 18ff.

⁸²² C.I.C.Ver. 2 ,1,130; zum Umfang der Arbeiten vgl S. 179 Fn. 852.

⁸²³ C.I.C.Ver. 2 ,1,131;133.

⁸²⁴ Vgl zur Beauftragung von privaten Unternehmern mit der Bauaufsicht öffentlicher Bauwerke: *Ries*, Bauverträge im römischen Recht (1989) 89ff; Eine solche Konstellation erschließt sich auch aus einer Abrechnung über die Renovierung von Thermen aus dem Jahr 201 n. Chr., die aus einem in Oxyrhynchos gefundenen Papyrus hergeht: HGV P.Oxy. 1 54 = Trismegistos 20716 = chr.wilck.34; Übersetzung und weitere Beispiele bei *Ries*, Bauverträge im römischen Recht (1989) 24; Es ist auch möglich, dass der *curator* eher einem Generalunternehmer als einer Bauaufsicht entspricht, da direkte Stellvertretung im römischen Recht noch nicht voll entwickelt war.

⁸²⁵ C.I.C.Ver. 2 ,1,132; Ihm oblag die als *acceptio* bezeichnete Handlung: C.I.C.Ver. 2.1.146

⁸²⁶ C.I.C.Ver. 2 ,1,132.

Tatsächlich hatten die Säulen eine leichte⁸²⁷ Schiefstellung, was nach Cicero erstens unvermeidbar,⁸²⁸ zweitens von den vertraglichen Vorgaben gedeckt gewesen sei.⁸²⁹ Verres ließ daraufhin Habonius die *probatio* verweigern.⁸³⁰

Wie aus D. 19,2,24 pr. sowie D. 19,2,60,3 bekannt ist (ähnlich der Fall in D. 19,2,30,3), konnte in diesem Fall das Gericht angerufen werden. Die Gerichtsbarkeit wurde völlig von Chelidon dominiert, der Beraterin und Mätresse des Verres.⁸³¹ Sämtliche richterlichen Funktionen des Prätorenamtes wurden faktisch von ihr wahrgenommen,⁸³² überdies war sie im Bereich des öffentlichen Vergabenwesens bestimmend.⁸³³ Doch Chelidon wies das Ansinnen des minderjährigen Bauunternehmers ab.⁸³⁴

Die Vormünder vereinbarten daraufhin mit dem Bauaufseher Habonius einen Preisnachlass in der fünffachen Höhe der Kosten für die Korrektur der Säulen.⁸³⁵ Dieser Vergleich wird jedoch von Verres widerrufen, er lässt die Ausbesserungsarbeiten neu ausschreiben, wobei das Bauunternehmen des Kindes von der Ausschreibung ausgeschlossen wird.

Den Zuschlag erhält der untreue Habonius selbst, führt die Arbeiten um die 14-fache Summe aus,⁸³⁶ was dem kleinen Junius bzw seinem Bürgen in Rechnung gestellt wird. Aufgrund eines Zerwürfnisses zwischen Habonius und Verres über die Höhe des Kickback-

⁸²⁷ Vgl S. 179 Fn. 852.

⁸²⁸ Vgl jedoch: VITR.arch. 4,2,6: bereits die dorischen Tempelbaumeister der griechischen Vorzeit hätten Bauabschnitten (insbes Säulen) die *probatio* verweigert, wenn diese nicht perfekt symmetrisch errichteten waren.

⁸²⁹ CIC.Ver. 2,1,133; In eigener Sache war Cicero weniger tolerant gegenüber schiefen Säulen: CIC.Q.fr. 3,1: *columnas neque rectas neque e regione Diphilus collocarat; eas scilicet demolietur; aliquando perpendiculo et linea discet uti.* (Die Säulen hatte Diphilus nicht lotrecht und auch nicht genau einander gegenübergestellt. Die muss er also wieder abreißen; er wird es schon noch lernen, mit Lot und Richtschnur umzugehen!) Übers. Kasten, An Bruder Quintus (1965) 119.

⁸³⁰ Vgl D. 50,10,2,1: der Staat kommunizierte mit dem *redemptor* nur über den *curator*, der wahrscheinlich als Bauaufsicht, zu verstehen ist, vielleicht aber als Generalunternehmer, siehe S. 175 Fn. 824.

⁸³¹ Die Beziehung zwischen Verres und Chelidon ergibt sich aus CIC.Ver 2,1,104; CIC.Ver 2,2,24; ihrem Vergleich mit Tertia und Pipia in CIC.Ver 2,3,78; ihrer fortwährenden Bezeichnung als *meretricula* (CIC.Ver. 2,1,137; CIC.Ver 2,5,34; CIC.Ver 2,5,28) sowie daran, dass sie Verres zum Erben eingesetzt hat (CIC.Ver. 2,2,116, CIC. Ver. 2,4,7; CIC.Ver. 2,4,71)

⁸³² Sie entwarf für Verres das prätorische Edikt (CIC.Ver. 2,1,106), sämtliche zivilrechtlichen Streitigkeiten wurden faktisch durch sie entscheiden (CIC.Ver. 2,1,120; CIC.Ver. 2,1,136, CIC.Ver. 2,2,39), ihr Haus ist voll mit Rechtssuchenden (CIC.Ver 2,1,136), die gesamte Prätur wurde sprichwörtlich in ihr Haus verlegt (CIC.Ver. 2,5,38), auch sonst ließ Verres sich von ihr leiten (CIC.Ver. 2,1,104; CIC.Ver. 2,1,140, CIC.Ver 2,3,37). Kein noch so kleiner Bauer aus einer Landstadt wäre wegen eines Gerichtstermines nach Rom gekommen, der nicht gewusst hätte, dass sämtliche gerichtlichen Entscheidungen faktisch von Chelidon herrühren (CIC.Ver. 2,5,34).

Zu ihrer skandalösen Teilhabe am Prätorenamt: Feldner, Zum Ausschluss der Frau vom römischen *officium*, RIDA 3^e Série XLVII (2000) 381ff, 387ff.

⁸³³ CIC.Ver. 2,1,136.

⁸³⁴ CIC.Ver. 2,1,138.

⁸³⁵ CIC.Ver. 2,1,140.

⁸³⁶ CIC.Ver. 2,1,146; Dies wird aufgrund eines Preisnachlasses auf die elffache Summe reduziert.

Bestechungsgeldes wird auch diesem die *probatio* vorerst verweigert und erst nach vier Jahren erteilt.⁸³⁷

Cicero betont mehrfach, dass die Vorgehensweise den kleinen Buben in die Verderbnis stürze, er wurde um das väterliche Vermögen gebracht.⁸³⁸ Die mitleidsheischende Instrumentalisierung des vermeintlich armen Waisenkindes ist offensichtlich.⁸³⁹ Dennoch scheint es realistisch, dass eine schikanöse Verweigerung der *probatio* wie heute die wirtschaftliche Existenz bedrohen konnte.⁸⁴⁰

b) Abnahmeverweigerung stilloser Wandmalerei

Eine ähnliche Darstellung der *probatio*, bzw deren Verweigerung findet sich bei Vitruvius, wird hier vom Autor jedoch nicht als missbräuchlich präsentiert:⁸⁴¹

Apaturius hatte es vertraglich übernommen, die Wände des Stadttheaters von Tralles (das heutige Aydın in Westanatolien) mit einem Gemälde zu verzieren. Das fertiggestellte Werk fand zwar in der Bevölkerung Gefallen, doch verweigerte der Mathematiker Licymnius die *probatio*: Es sei unrealistisch und beinhalte Stilbrüche, spielende und lachende Figuren waren neben ersthafte gemalt worden, die abgebildeten Gebäude seien statisch unmöglich. Apaturius übermalte widerspruchslös die Szene, woraufhin die *probatio* erteilt wurde.⁸⁴²

c) Analyse der literarischen Zeugnisse

Beide Begebenheiten demonstrieren die *probatio* als ein höchst wirksames Druckmittel des Bestellers, mit dem dieser entweder auf den Herstellungsprozess Einfluss nehmen oder die Qualität des Werks sicherstellen konnte.

In beiden erwähnten Fällen waren die Vorgaben, deren Nichterfüllung als Mängel gewertet wurden, möglicherweise vor der Fertigstellung nicht klar kommuniziert worden. Vielleicht hat der Bauvertrag über den Kastortempel die perfekt lotrechte Stellung der Säulentrommeln (exakt nach dem Senkblei) nicht ausdrücklich vorgeschrieben,⁸⁴³ auch

⁸³⁷ C*ic.*Ver. 2 ,1,149f.

⁸³⁸ C*ic.*Ver. 2 ,1,131;135;146;152.

⁸³⁹ Vgl zu dieser Strategie C*ic.*orat. 38,131.

⁸⁴⁰ Vgl zum schikanösen Missbrauch des Zurückbehaltungsrechts heute: *Krejci* in *Rummel*³, § 1170 Rz 7ff; zur zynischen Titulierung dieser Praxis als „dritte Finanzierung“ (neben Eigenkapital und Darlehen) bzw „Justizkredit“ *Forster* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2013) III 1, 1382.

⁸⁴¹ Dazu: *Samter*, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 141f.

⁸⁴² V*itr.*arch. 7,5,3-7.

⁸⁴³ C*ic.*Ver. 2 ,1,134.

beim vitruvianischen Theatermaler – der Kritik ist er schließlich wortlos nachgekommen – könnte gemutmaßt werden, ursprünglich habe er keine präzisen Vorgaben hinsichtlich der Motive erhalten. Ob es sich hier um eine Verletzung des ursprünglichen Vertrags – nämlich von stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften des Werks – oder um eine nachträgliche, den Vertragsinhalt abändernde Weisung handelt, ist eine kaum zu beantwortende Wertungsfrage.

Erkennbar wird aber, dass der Besteller nicht beides haben kann. Er kann sich entweder aus dem Herstellungsgang heraushalten, um Abweichungen des Werks vom ursprünglichen vertraglich festgelegten Zustand streng zu beurteilen, oder er erteilt während des Herstellungsgangs Änderungswünsche, neue Weisungen, die im Widerspruch zu älteren Anordnungen stehen. In diesem Fall soll er sich jedoch nicht darüber beschweren, wenn der Werkunternehmer diesen Wünschen auch nachkommt. Insbesondere dann nicht, wenn ihm schließlich die negativen Folgen dieser (getreu befolgten) Änderungswünsche offenbar werden.

Licymnius konnte daher dem Apaturius nicht erneut die Abnahme verweigern, und auf die Phantasielosigkeit der neuen Malerei verweisen. Eben dieser Gedanke wird in D. 19,2,60,3 zum Ausdruck gebracht, und könnte mit dem letzten Satz des D. 19,2,36 gemeint sein.

Samter nahm an, dass die Erteilung der *probatio* regelmäßig erst Jahre nach der (ordnungsgemäßen) Fertigstellung erfolgte.⁸⁴⁴ Die von ihm zur Untermauerung herangezogen Vitruvius-Stellen handeln jedoch nicht von einer *probatio operis* im juristischen Sinn:

VITR.arch. 2,8,19 wurde von *Samter* so verstanden, dass bereits errichtetes Mauerwerk Sturm und Wetter vor der *probatio* mehrere Jahre lang widerstehen musste. Tatsächlich meint Vitruvius, dass frisch gebrannte Ziegeln vor dem Einbau lange Zeit auf einem Feld liegend Sturm und Wetter ausgesetzt werden müssen,⁸⁴⁵ denn dann erst haben sie sich *bewährt*.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ *Samter*, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 128f; Zustimmend *Cannata*, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classic* (1968) 205; Kritisch: *Thomas*, *Reflections on Building Contracts*, in RIDA 18 (1971) 673ff, 688f.

⁸⁴⁵ Vgl *Petroski*, *Rereading Vitruvius*, *American Scientist*, Nov-Dez 2010, 457f, 458.

⁸⁴⁶ Nur aus alten Ziegeln könne man gute Mauern errichten. Die zweijährige Wartefrist vor dem Einbau von Ziegeln beschreibt er auch in VITR.arch. 2,3,2; Vgl auch *Pietsch*, *Die Abnahme im Werkvertragsrecht* (1976) 47.

Auch VITR.arch. 2,3,2 wurde von *Samter* irrtümlich auf den Zeitraum nach der Fertigstellung bezogen,⁸⁴⁷ tatsächlich wird hier das Stadtgesetz von Utica beschrieben, wonach Ziegeln fünf Jahre auf ihren Einbau warten müssen, „*arbitrio magistratus fuerit ita probatus*“ dürfte eine „öffentlich-rechtliche“ Sicherheitszertifizierung der Ziegel sein. Vitruvius verwendet *probare* nur teilweise im (zivil-)rechtlichen Sinn,⁸⁴⁸ öfter meint er einen wissenschaftlich-technischen Versuch,⁸⁴⁹ oder ein persönliches Urteil, das sich jemand über ein Kunstwerk bildet.⁸⁵⁰

Die von Cicero berichteten Abnahmeanstände des Verres zeigen demgegenüber tatsächlich eine jahrlange Verzögerung. Den dem Fragment D. 19,2,24 pr. zugrundeliegende Rechtsstreit wird man sich sehr ähnlich vorstellen können.⁸⁵¹ Allerdings ist im ersten Fall nicht zu beurteilen, ob die Schiefstellung der Säulen nach dem *feminae bonae arbitrium* der Chelidone einen die Probationsfähigkeit hindernden Mangel dargestellt hat,⁸⁵² oder ob das Rechtsschutzdefizit darin begründet war, dass man Verres als Prätor (und damit dem Leiter der Justizverwaltung) als Prozessgegner gegenüberaß.⁸⁵³

d) Probatio beim *in pedes*-Vertrag

Die hier vorgeschlagene Interpretation setzt voraus, dass es auch bei einem *in pedes*-Vertrag zumindest in bestimmten Fällen eine *probatio* gegeben hat, ansonsten wäre die Bezugnahme des vierten Satzes von D. 19,2,36 auf die Zeitspanne zwischen *admensio* und

⁸⁴⁷ *Samter*, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 128.

⁸⁴⁸ VITR.arch. 2,8,16; 4,2,5; 4,2,6; 6,6,6; 7,5,3-7; vielleicht 9,1,9.

⁸⁴⁹ VITR.arch. 7,2,2; 7,9,5; 7,14,3; 8,1,1; 8,4,1; 8,6,15; vielleicht 9,1,9; Vgl: Ziehen einer *Probe*.

⁸⁵⁰ VITR.arch. 1,1,1; 1,1,16; 3 pr.,1; 6,2,4; 6,8,9; 7 pr.,5; Vgl: Generalprobe im Theater.

⁸⁵¹ Eine vergleichbare Problematik auch bei D. 19,2,30,3.

⁸⁵² Der Kastortempel war in der hier besprochenen Baustufe erst 117 v. Chr. von L. Caecilius Metellus Delmaticus errichtet worden, doch wurde er vergleichsweise kurze Zeit nach der gegenständlichen Episode (70 v. Chr.) von Augustus komplett neu errichtet (die Einweihung fand 6 n. Chr. statt). Als Grund für diesen Neubau vermutet die Forschung – sofern nicht der Forumsbrand 14 v. Chr. ursächlich war – zunehmende statische Probleme. Es könnte daher sein, dass Cicero die Problematik kleinreden möchte.

Der Baugrund auf der Westseite weist eine geringere Stabilität auf. Ob dies ursächlich war und der Chelidone bekannt, ist nicht zu sagen. Unterstellt man es sowie eine unbefangene Entscheidung liefe das auf die Zuweisung des *periculum vitii soli* an den *conductor* hinaus (Vgl D. 19,2,62).

Andernfalls ist dem Text nicht zu entnehmen, ob die Schiefstellung der Säulen von Junius verursacht wurde (dafür spricht CIC.Ver. 2,1,132f;134;152 „*opera ipse multos annos*“), oder ob er es nur unterlassen hat, die bereits bei der Errichtung durch L. Caecilius Metellus Delmaticus angelegten Mängel auszubessern (dafür spricht CIC.Ver. 2,1,154;142). Auf Arbeiten größeren Umfangs deutet PLUT.Pomp. 2,2ff: Der dort erwähnte Caecilius Metellus wäre dann Q. Caecilius Metellus Pius (vgl CIC.Ver. 2,1,130), L. Caecilius Metellus Delmaticus war nämlich kaum Zeitgenosse der Flora, einer Kurtisane des Pompejus (geb 106 v. Chr.). Vgl Ps-Ascon. zu CIC.Ver. 2,1,154; CIC.Scaur. 46; Ascon. zu CIC.Scaur. 46; Vgl <http://www.digitales-forum-romanum.de/gebaeude/dioskurentempel/> abg 3.7.16;

⁸⁵³ Für eine weitgehende Eigenständigkeit der Celidone gegenüber Verres (gleichzeitig aber für ein enges Vertrauensverhältnis) spricht, dass sie als Legistin für ihn das prätorische Edikt konzipiert hat: CIC.Ver. 2,1,106.

probatio nicht möglich. D. 19,2,24 pr. spricht von der Vereinbarung einer *probatio*, noch eindeutiger scheint Javolen in D. 19,2,51 pr. mit seinem Satz *si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur* zu implizieren, dass es auch möglich wäre eine *locatio conductio* unter Verzicht auf die *probatio* abzuschließen. Sofern man in dieser Vertragskonstellation überhaupt noch einen Werkvertrag sieht (und keinen Arbeitsvertrag),⁸⁵⁴ dürfte dies eine seltenere Konstellation gewesen sein, die überwiegenden Zeugnisse deuten darauf hin, dass es grundsätzlich auch beim *in pedes*-Vertrag eine *probatio* gegeben hat.

Allein die Standardformulierung⁸⁵⁵ für Bauinschriften [...] *curavit idemque probavit*,⁸⁵⁶ zeigt, dass sich der Besteller bereits vor der *probatio* intensiv über die *cura* in den Bauprozess eingebracht hat. Unter *cura* ist die Ausübung der ihm als Besteller zukommenden Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte zu verstehen,⁸⁵⁷ deren Ausschaltung den *aversione*-Vertrag charakterisiert. *Avertere* (sich von etwas abwenden) ist bereits begrifflich das Gegenteil von *curare* (sich um etwas kümmern). Ausgeschlossen ist nicht, dass es in Einzelfällen auch bei *aversione*-Verträgen zu Beaufsichtigungen gekommen ist. Da dieser Bauaufsicht jedoch keine wirkliche Aufgabe zugekommen ist – ein solcher *curator* wäre ein bloßer Zuschauer – und die Vertragsgemäßheit ohnehin anlässlich der *probatio* überprüft werden konnte, war dies wohl die Ausnahme. Es wäre daher unwahrscheinlich, dass sich dann diese Formel entwickelt hätte.

Überhaupt kann angenommen werden, dass jene Bauwerke, in die der Besteller seinen Namen gravieren lassen wollte – somit alle Bauwerke, von denen derartige Bauinschriften überliefert sind – für sein persönliches Ehrgefühl von Bedeutung waren, sodass er kaum seine Mitspracherechte aufgegeben hätte.⁸⁵⁸ Cicero erwähnt, dass der Probationsvermerk insbesondere auf Tempelbauten zu finden war, somit auf Gebäuden von besonders großer Bedeutung.⁸⁵⁹

⁸⁵⁴ Vgl. Möller, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht (1990) 35ff;

⁸⁵⁵ Gast ist allerdings aufgefallen, dass von den 89 von ihm untersuchten Bauinschriften nur 21 die Verben „*curare-probare*“, dagegen 40 nur „*curare* –“ sowie 8 die Form „*locare – probare*“ aufwiesen: Gast, Die zensor. Bauberichte bei Livius (1965) 65.

⁸⁵⁶ Siehe oben Historische Zeugnisse der *probatio*; Goffin in Cancik/Schneider (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bauinschriften, II, 503f.

⁸⁵⁷ Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 89; Diese Aufgabe kam Habonius hinsichtlich des Kastortempels zu: Cic. Ver. 2, 1,132; Cic. Ver. 2.1.146 siehe oben S. 175⁸²⁵.

⁸⁵⁸ Vgl. die Betonung „*sine ulla inscriptione nominis mei*“ im augusteischen Tatenbericht (Mon. Anc. 20); ähnlich Vell. 1,11,3; Vgl. Gast, Die zensor. Bauberichte bei Livius, Diss. (1965) 69¹; D. 50,10,2 pr. ff; D. 50,10,7,1; C. 8,11/12,10;

⁸⁵⁹ Cic. orat. 47,157.

In D. 19,2,30,3 Alfen 3 a Paul. epit. – der Preis wird nach der Zahl der Steine und vielleicht auch nach der Zeit berechnet – ist zwischen Besteller und Werkunternehmer ein Streit darüber entbrannt, ob das Werk während der Herstellung (wohl in regelmäßigen Abständen) vermessen werden muss, womit eine Teilzahlung fällig wurde, oder ob damit zu warten sei, bis das Werk *perfectum* sei.⁸⁶⁰

Die zweite, wohl vom Besteller vertretene Ansicht setzt die Prüfung voraus, ob das Werk *perfectum* sei. Das kann nur eine *probatio* bewerkstelligen. Die äußerst kurze Antwort des Alfenus stellt diese *probatio* an sich nicht infrage, er entscheidet nämlich, es habe die *mensio* stattzufinden obwohl das Werk noch *imperfectum* sei. Den Begriff hätte er nicht verwendet, wenn die *mensio* die *probatio* ersetzt hätte, denn dann hätte der jeweils fertiggestellte Bauabschnitt stets als *perfectum* gegolten.

Noch weitere geschichtliche Zeugnisse liefern Hinweise darauf, dass auch beim *in pedes*-Vertrag eine *probatio* stattgefunden hat. Fraglich scheint, ob die von *Jakab* getroffene Qualifikation der *lex parieti faciendo puteolana* als *aversione*-Bauvertrag tatsächlich zutreffend ist.⁸⁶¹ Zwar wurde die Bauleistung *uno pretio*, nämlich für 1.500 Sesterzen vergeben, was zwar für sich genommen ein Indiz für die Klassifikation, für die Frage nach einem Mitspracherecht aber nicht alleine ausschlaggebend ist (D. 19,2,51,1). Wesentlich ist die Vertragsbestimmung *Hoc opus omne facito arbitrato duovirum* (Diese ganze Arbeit soll er ausführen nach dem Ermessen der Duovirn).⁸⁶² Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen Weisungsrecht und Preisabrede. Hätten die Duovirn nachträglich die Weisung erteilt, er wolle die Mauer in doppelte Stärke oder Höhe errichten, wäre wohl entweder der Preis über 1.500 Sesterzen hinausgegangen oder die Weisung hätte verweigert werden können. Nach der zweiten Variante hätte das *arbitrium* der *duumvirn* nur Details der Ausführung ohne wirtschaftliche Bedeutung betroffen.

Da der ersten Variante der Vorzug zu geben ist, ist die *puteolana* somit eher als *in pedes*-Vertrag mit einem unverbindlichen Kostenvoranschlag einzuordnen.⁸⁶³ Jedenfalls enthält der Vertrag eine Klausel über die *probatio*. Der Zeugniswert der *puteolana* wird freilich durch ihr hohes Alter begrenzt.⁸⁶⁴

⁸⁶⁰ Vgl. *Thomas*, *Reflections on Building Contracts*, in *RIDA* 18 (1971) 673ff, 674f.

⁸⁶¹ *Jakab*, *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, *ZSS* 123 (2006) 71ff, 77.

⁸⁶² *Ries*, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 11; Vgl. „*arbitrio domini opus efficeretur*“ in D. 19,2,51,1.

⁸⁶³ Vgl. D. 19,2,60,4; *Ries*, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 115ff.

⁸⁶⁴ Vgl. *Buchwitz*, *Vertragsklauseln und probatio*, *ZSS* 126 (2009) 358ff, 383⁹⁸.

In D. 19,2,60,3 wird ein Vertrag über die Errichtung einer *domus* erwähnt. In S. 105⁴⁷⁶ wurde dargetan, warum darunter ein prunkvolles Herrenhaus zu verstehen ist. Für den Besteller eines solchen Gebäudes spielte Geld wohl nur eine untergeordnete Rolle,⁸⁶⁵ für die besondere Kostspieligkeit konnte er nach Vitruvius sogar mit Anerkennung im Bekanntenkreis rechnen (VITR.arch. 6,8,9). Es ist kaum denkbar, dass sich etwa ein aufstrebender Staatsmann,⁸⁶⁶ ein derartig repräsentatives Bauwerk im Rahmen eines *aversione*-Bauvertrags errichten ließ und sich damit jeder Mitsprachemöglichkeit beraubt hätte. Das Fragment spricht überdies selbst von nachträglichen Änderungswünschen, was ebenfalls in diese Richtung deutet. Auch in D. 19,2,60,3 ist von einer *probatio* die Rede.

Ähnliches kann für Infrastrukturprojekte, wie Straßen und Wasserleitungen angenommen werden.⁸⁶⁷ Bei den für den Bau verantwortlichen, öffentlichen Würdenträgern hing ihre politische und gesellschaftliche Reputation vom Gelingen des Bauprojekts ab, nicht zuletzt, da es noch für Jahrhunderte ihren Namen tragen würde.⁸⁶⁸ Auch bei privat gestifteten Infrastrukturprojekten dürften häufig politische Ambitionen im Hintergrund gestanden sein, die Interessenlage dürfte daher ähnlich gewesen sein.⁸⁶⁹

Demgegenüber mag die kompromisslose Einhaltung des Kostenvoranschlags auf Heller und Pfennig ein nachgeordnetes Ziel gewesen sein.⁸⁷⁰

Vitruvius beschreibt ein Gesetz in der damals griechischen Stadt Ephesos, nach dem Architekten bei Unterschreiten des Kostenvoranschlags für ein öffentliches Bauwerk besonders geehrt wurden, die Überschreitung um maximal 25 % toleriert wurde, sie hingegen bei Kostenüberschreitungen um mehr als 25 % persönlich haftbar gemacht

⁸⁶⁵ Vgl. allerdings VITR.arch. 10 pr.,2.

⁸⁶⁶ VITR.arch. 1,2,9; 6,5,2;

⁸⁶⁷ Die Verwendung des *in pedes*-Vertrags bei solchen Linienbauwerken vermuten Martin, A Reconsideration of probatio operis, ZSS 103 (1986) 321ff, 329 sowie Jakab, Vertragsformulare im Imperium Romanum, ZSS 123 (2006) 71ff, 78; Vgl. Cic.Q. Fr. 3,1,4; 3,1,4. vielleicht D. 11,6,6 (*itineris latitudine*), die Stelle behandelt Vermessungen im Zusammenhang mit nachbarrechtlichen (servitute immittendi) und werkvertraglichen Auseinandersetzungen (*lapidem metiendo*) gleichzeitig; Gegenbeispiele sind D. 45,1,72 pr und D. 45,1,75,7, wo *fossam fodiri* (einen Kanal graben) stipulationsweise versprochen wurde, was zwar nicht rechtlich aber wirtschaftlich einem Pauschalpreis-Werkvertrag entspricht.

⁸⁶⁸ zB D.43,8,2,22f; D. 50,10,2 pr..ff; D. 50,10,7,1; C. 8,11/12,10; Vgl. die nach dem Censor Appius Claudius Caeco benannte Via Appia (FRONTIN.aqu. 1,5); Die nach dem Präter Q. Marcius Rex benannte Wasserleitung Aqua Marcia (FRONTIN.aqu. 7); vgl. auch Mon. Anc. 20; Vell. 1,11,3 siehe S. 79⁸⁵⁸.

⁸⁶⁹ Etwa Basiliken, Portiken, Fernstraßen und Aquädukte, die mit dem Namen ihres privaten Stifters versehen sind. Vgl. Höcker in Cancik/Schneider (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bauwesen, II, 524.

⁸⁷⁰ Die gilt für das einzelne Bauprojekt. Der sparsame Umgang mit öffentlichen Mitteln und die Einhaltung des Gesamtbudgets sehr wohl bedeutsam: Mommsen, Römisches Staatsrecht² (1877) II 441f;

wurden.⁸⁷¹ Ein solches Gesetz würde er sich auch für das römische Volk wünschen, würden die grassierenden Kostensteigerungen sowohl bei privaten als auch bei öffentlichen Bauprojekten auch nur auf 50 % beschränkt werden, wäre schon viel gewonnen.⁸⁷² Einen Aufpreis von 25 % hält offenbar auch CATO für akzeptabel, mit dieser Summe pauschaliert er in seinem Musterbauvertrag allfällige Mehrkostenforderungen bei starkem Schlechtwetter bzw schwierigem Baugrund.⁸⁷³ In D. 19,2,60,4 scheint die Schmerzgrenze des Bestellers bei einer Kostensteigerung von 50 % erreicht.

Bei Vitruvius klingt an, für Kostensteigerungen bei öffentlichen Bauprojekten habe ohnehin der Architekt als Sündenbock herhalten müssen, somit war es auch aus politischer Sicht für die Magistraten nicht unbedingt notwendig, etwa eine Wasserleitung in einem *aversione*-Bauvertrag auszuschreiben. Der damit bewirkte Verzicht auf Mitwirkungs- und Aufsichtsmöglichkeiten hätte wesentlich schwerer gewogen: Nach Frontinus konkurrierten die Ädilen mit den Censoren und Quaestoren über die Zuständigkeit für die *probatio*,⁸⁷⁴ angesichts der Wichtigkeit der Aufgabe und der akribischen Beaufsichtigung aller mit den Wasserleitungen zusammenhängender Umstände, ist ein *aversione*-Bauvertrag kaum als Normalfall anzunehmen.⁸⁷⁵

Es wäre auch unverständlich, warum die Amtszeit von Q. Marcius Rex während der Errichtung der Aqua Marcia prorogiert worden wäre, wenn er sich selbst vertraglich von jeder Mitsprachemöglichkeit abgeschnitten hätte,⁸⁷⁶ auch der von Livius berichtete Wunsch der Censoren nach Verlängerung ihrer Amtszeit ist nur nachvollziehbar, wenn sie sich die Möglichkeit der Bauaufsicht vorbehalten haben – hier ist eine *probatio* ausdrücklich erwähnt.⁸⁷⁷

⁸⁷¹ VITR.arch. 10 pr.,1f; Für Griechenland siehe auch: Hdt. 5,62,3 (Kostensteigerungen beim Bau des Tempels von Delphi).

⁸⁷² Vgl Ries, Bauverträge im römischen Recht (1989) 117; Buchwitz, Vertragsklauseln und *probatio*, ZSS 126 (2009) 358ff, 368³⁸.

⁸⁷³ CATO agr. 14: siehe oben: Praktische Bedeutung des *in pedes*-Vertrags.

⁸⁷⁴ FRONTIN.aqu. 2,96.

⁸⁷⁵ Der vorab festgelegte Budgetrahmen musste jedoch grundsätzlich eingehalten werden: Vgl Höcker in Cancik/Schneider (Hrsg) Der neue Pauly (1997) Bauwesen, II, 523.

⁸⁷⁶ FRONTIN.aqu. 7; Die Fertigstellung und somit *probatio* folgte erst 140 v. Chr.;

⁸⁷⁷ LIV. 45,15,9, siehe oben: Historische Zeugnisse der *probatio*; Eine derartige Prorogation vermutet Mommsen auch hinter der in LIV. 9,29 berichteten Episode für den Censor Appius zwecks Fertigstellung der Via Appia sowie einer Wasserleitung zur Versorgung des Circus Maximus: Mommsen, Römisches Staatsrecht² (1877) II 339¹, 339².

e) **Wirtschaftliche Bedeutung der *probatio***

Die unzweifelhaft größere Bedeutung der *probatio* gegenüber der heutigen Abnahme liegt aber nicht so sehr in der Unterschiedlichkeit der beiden Rechtsinstitute, sondern darin, dass die Entscheidung über die *probatio*, wirtschaftlich auch jene Funktion erfüllte, die heute vor allem dem Gewährleistungsrecht, teilweise auch dem Schadenersatzrecht zukommt. Flankiert von den beiden Instituten ist die moderne Abnahme insbesondere in D heute eher als historischer Appendix zu betrachten und wird von manchen *de lege ferenda* für überflüssig gehalten.⁸⁷⁸ Sie kann daher zwar rechtlich, aber keinesfalls wirtschaftlich mit der *probatio* gleichgesetzt werden.

Wenn der Besteller bei der *probatio* das Bauwerk in Empfang nimmt, vielleicht ähnlich wie bei einer heutigen Eröffnungsfeierlichkeit ein rotes Seidenband zerschnitten wird, zertrennt er gleichzeitig das *vinculum iuris*,⁸⁷⁹ die juristische Nabelschnur zwischen *locator* und *conductor*. Die *probatio* beendet daher die *locatio conductio*, insbesondere endet damit grundsätzlich die Möglichkeit des Bestellers, gegen den Werkunternehmer aufgrund von Werkfehlern vorzugehen.⁸⁸⁰ Dies kann im Umkehrschluss aus dem letzten Satz von D. 19,2,24 pr. gefolgert werden, der zugleich die einzige Ausnahme von diesem Prinzip nennt: Hat der Werkunternehmer die Werkmängel arglistig verschwiegen, gilt die *probatio* als nicht erteilt, besteht daher weiter die Möglichkeit, aus der *actio locati* zu klagen.⁸⁸¹ Auch die Unsicherheit des Werkunternehmers, dessen Vertragspartner die in D. 19,2,51,1 überlieferte Anfrage stellte, inwieweit die tageweise Bezahlung eine tageweise *probatio* darstellt, und somit die *actio locati* aufgrund der unstrittigmaßen vorhandenen Werkfehler verhindere, weist klar in diese Richtung.

f) **Gewährleistung für Baumängel?**

⁸⁷⁸ Weyers, Werkvertrag, in BMJ (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) II, 1115ff, 1151ff; vgl Forster in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2013) III 1, 1383.

⁸⁷⁹ Der Begriff entstammt Inst. 3,13 pr.; vgl auch Inst. 2,23,1.

⁸⁸⁰ Vgl Pietsch, Die Abnahme im Werkvertragsrecht (1976) 35; Samter, Probatio operis, ZSS 26 (1905) 125f, 127;

⁸⁸¹ Vgl Martin, A Reconsideration of probatio operis, ZSS 103 (1986) 321ff, 325; Die Zulässigkeit dieses Umkehrschlusses wird ohne Begründung von Dernburg, Pandekten⁵ (1897) II 315²¹ und Dochnahl, Die Gefahrtragung, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 48=12 (1904) 241f, 251 abgestritten, wobei letztere aus C. 8,11,8 denselben Schluss ziehen zu können meint, vgl S. 186⁸⁹³.

Auch wenn das moderne Gewährleistungsrecht auf römisch-rechtlicher Grundlage fußt, war dieses Rechtsinstitut bis spät in die Klassik noch kaum ausgestaltet. Diese Entwicklung lässt sich für den Kauf leichter nachvollziehen.

In der Frühzeit ging die Verpflichtung des Verkäufers nicht über den Vollzug des Leistungsaustausches hinaus, die Eigenschaften der Kaufsache waren irrelevant.⁸⁸² Der Kauf war grundsätzlich Barkauf und Stückkauf, der (reine) Gattungskauf war unbekannt.⁸⁸³ Zunächst musste der Verkäufer nur für Rechtsmängel Gewähr leisten, wobei diese Haftung erst mit der Eviktion durch den wahren Sacheigentümer schlagend wurde. Wurde die Sache sogar mancipiert, konnte der Käufer vom Verkäufer mit der *actio auctoritatis* den doppelten Kaufpreis fordern.⁸⁸⁴

Die Entwicklung einer Gewährleistungspflicht für Sachmängel setzte erst mit der Hochklassik ein.⁸⁸⁵ Dabei handelte es sich zunächst noch nicht um eine zivilrechtliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag. Vielmehr erließen die kurulischen Ädilen, die für das Marktwesen zuständigen Magistraten, in ihrem Edikt besondere Rechtsinstitute für den Kauf von Sklaven und Zugtieren: Mit den in dieser Marktordnung verheißenen, ädilizischen⁸⁸⁶ „Klagen“ *actio redhibitoria* (Wandlungsklage) *actio quanti minoris* (Preisminderungsklage) konnte jedoch nie mehr als der Kaufpreis zurückerlangt werden.⁸⁸⁷ Erst Julian erstreckte dieses Prinzip auch auf sonstige Käufe und integrierte es somit ins Zivilrecht und in die *actio empti*.⁸⁸⁸

Auf das Interesse wurde anfangs nur bei arglistigem (*dolus*) Verschweigen von Rechtsmängeln gehaftet. Ab der Endzeit der Republik konnten auch bei Sachmängeln bestimmte Folgeschäden begehrt werden, wenn diese entweder arglistig verschwiegen oder entgegen ausdrücklicher Zusicherung vorhanden waren.⁸⁸⁹ Die Haftung auf das Interesse (bisweilen in der Höhe eines ganzzahligen Vielfachen des Kaufpreises pauschaliert) für

⁸⁸² Vgl. Haymann, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache (1912) 1; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht⁴ (1987) 315; Dylakiewicz, Kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung, Diss. (2003) 3²;

⁸⁸³ Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 548; Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware im UNCITRAL-Kaufvertrag im Vergleich zum deutschen und chinesischen Recht (1996) 84f.

⁸⁸⁴ Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 553ff.

⁸⁸⁵ Vgl. aber bereits LABEO in D. 19,1,6,4; ALFENUS in D. 19,1,26f.

⁸⁸⁶ aA Mommsen, Römisches Staatsrecht² (1877) II 490.

⁸⁸⁷ Vgl. Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht⁴ (1987) 316; Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 558;

⁸⁸⁸ D. 19,1,13 pr.; D. 18,1,45; D. 19,1,6,4; Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 558; Su, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware (1996) 85;

⁸⁸⁹ Ebd 556f.

bestimmte Eigenschaften konnte jedoch immer durch vertragliche Vereinbarung, insbesondere durch *stipulatio* übernommen werden.

Beim Vergleich der *emptio venditio* mit der *locatio conductio* ist stets Vorsicht geboten, um bei Analogieschlüssen nicht in die Spekulation abzugleiten. In diesem Fall legt Schweigen der Quellen zu Gewährleistungsansprüchen des Bestellers gegen Werkunternehmer nach der *probatio* eines Bauwerks das Fehlen solcher Ansprüche nahe.⁸⁹⁰ Es ist ausgesprochen unwahrscheinlich, dass die *probatio* zwar die Möglichkeit der *actio locati* beende (D. 19,2,24 pr.) nicht aber eine weitere, ungenannte Klage, etwa in Entsprechung der *actio quanti minoris*:⁸⁹¹ Dies stünde im deutlichen Kontrast zu der aus den Quellen bekannten Bedeutung der *probatio*.⁸⁹² Erwähnenswert ist jedoch eine 15-jährige Gewährleistung- bzw Garantiefrist für aufgrund öffentlicher Vergaben errichtete Bauwerke, die allerdings erst im Jahr 385 n. Chr. in Konstantinopel eingeführt wurde.⁸⁹³

g) Schadenersatz statt Gewährleistung?

In seltenen Fällen wird es bei Leistungsstörungen bei Bauprojekten möglich gewesen sein, gegen den Werkunternehmer aufgrund des römischen Schadenersatzrechts vorzugehen.

Auch dieses entwickelte sich nämlich erst im Laufe der Zeit: Im altrömischen Recht war das Entschädigungsprinzip auf die *delicta* begrenzt, Bußgeldzahlungen sollten Rache und Selbstjustiz zurückdrängen,⁸⁹⁴ ursprünglich war der Schadenersatz also pauschaliertes Blutgeld bzw Lösegeld.⁸⁹⁵ Im Vordergrund stand der Strafgedanke. Auch zur Zeit des XII-Tafelgesetz ging es in erster Linie um die Bestrafung, erst in zweiter Linie um die Wiedergutmachung vorsätzlich begangener Taten, auch wenn zu dieser Zeit nach dem Verschulden noch nicht scharf differenziert wurde.⁸⁹⁶ Erste Erweiterungen fand das Prinzip

⁸⁹⁰ Vgl. *Dochstuhl*, Die Gefahrtragung, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 48=12 (1904) 241ff, 304: „Das römische Recht verweigerte dem Besteller die Befugnis, nach der Approbation unverschuldete geheime Mängel geltend zu machen, und verwehrte damit einer großen Menge von Prozessen den Eingang“

⁸⁹¹ Wirtschaftlich konnte eine Preisminderung im Zuge der Verhandlungen über die *probatio* erreicht werden: *Cic. Ver.* 2, 1, 140.

⁸⁹² Vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations (1996) 395; *Birr*, in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg.) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2013) III 1, 1400.

⁸⁹³ C. 8,11,8; *Samter*, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 135¹; Von *Dochstuhl*, Die Gefahrtragung, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 48=12 (1904) 241ff, 251 aufgrund der Ausnahme der *fortuita* nur auf Verschulden bezogen.

⁸⁹⁴ Vgl. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht⁴ (1987) 258⁷ mwN; *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 147ff.

⁸⁹⁵ Vgl. v. *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1866) I 133.

⁸⁹⁶ Vgl. *Kaser*, Das römische Privatrecht² (1971) 155ff.

mit der Erlassung der *lex Aquilia* im Jahr 286 v. Chr., die für die Tötung fremder Sklaven und vierfüßiger Herdentiere, sowie die Zerstörung sonstiger Vermögensgüter durch Brennen (*urere*), Brechen (*frangere*) oder Zerreißen (*rumpere*) Ersatz anordnete – wenngleich das Tatbestandselement der Widerrechtlichkeit (*iniuria*) ursprünglich Wissentlichkeit, also eine bewusste Rechtsverletzung impliziert haben könnte.⁸⁹⁷ Die vorklassischen und klassischen Juristen verbreiteten dieses Prinzip, *urere/frangere/rumpere* wurde auf jede Form der „Verderbnis“ erstreckt, *iniuria* konnte nun auch bei bloßer *culpa*, somit auch bei fahrlässiger Beschädigung gegeben sein.⁸⁹⁸

Als bedeutendster Unterschied zum heutigen Schadenersatzrecht ist hervorzuheben, dass die bloße Verletzung vertraglicher Pflichten auch in klassischer Zeit noch keine *aquilische* Haftung begründete.

Es sind einige Fragmente überliefert, in denen der Werkunternehmer einen Gegenstand des Bestellers zur Verarbeitung oder Reparatur übernimmt, und ersterer diesen schuldhaft zerstört – in diesen Fällen wird dem *locator* gegen seinen Vertragspartner eine Klage aus der *lex Aquilia* zugestanden. So berichtet Ulpian an jener Stelle seines Ediktskommentars, die sich mit der *lex Aquilia* beschäftigt, von einem Glasschleifer, der aus einem vom Kunden übergebenen Rohling ein Diatretglas herstellen soll – aufgrund von *imperitia* zerbricht er diesen. Dem *locator* steht nun gegen den ungeschickten *conductor* zur Geldendmachung seiner Ersatzansprüche alternativ zur *actio locati* auch die *actio legis Aquiliae* zu (D. 9,2,27,29). Wer mit einem Töpfer einen Werkvertrag über die Reparatur eines gefüllten Weingefäßes abschließt, hat gegen diesen, wenn er das Dolium durchlöchert und der Wein ausfließt, die *actio in factum* (D. 9,2,27,35).⁸⁹⁹ Bei dieser, auch als *actio utilis* bekannten Klage, handelt es sich um einen vom Prätor nach dem Vorbild der *actio legis Aquiliae* gebildeten Rechtsbehelf.⁹⁰⁰ Auch wer einen Sklaven auf einem Pferdewagen transportieren lässt, und jener dann bei einem riskanten Überholmanöver des Kutschers getötet wird, kann gegen den Werkunternehmer aus der *actio locati* oder der *actio utilis* klagen (D. 19,2,13 pr.). Auch bei Sachbeschädigungen im Zusammenhang mit

⁸⁹⁷ Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 161.

⁸⁹⁸ D. 9,2,52,3f; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht¹⁷ (2003) 222; Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 620ff; 222.

⁸⁹⁹ Samter vermutet den Grund dafür, dass hier nur die *actio in factum* nicht aber die *actio locati* erwähnt wird, in der bereits erfolgen, der *probatio* entsprechende Beendigung der *locatio conductio*, die Löcher treten also erst nachträglich hervor: Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 143.

⁹⁰⁰ Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht² (1971) 621.

Mietverträgen konnte in bestimmten Fällen mit der *actio legis Aquiliae/actio utilis* geklagt werden.⁹⁰¹

An den bereits errichteten Gebäudeteilen erlangt der Besteller eines Bauwerks unverzüglich Eigentum, auf die Abnahme oder Vermessung kommt es dafür nicht an (*superficies solo cedit*).⁹⁰² Dies gilt unabhängig davon, ob das Baumaterial vom Werkunternehmer beigebracht wurde,⁹⁰³ oder vom Besteller beigegeben wurde. Die zweite Konstellation wird etwa im Musterbauvertrag des CATO⁹⁰⁴ sowie bei VITRUVIUS⁹⁰⁵ und CICERO⁹⁰⁶ angedeutet.

Grundsätzlich wäre es also denkbar, dass die nachträgliche, schuldhaft Zerstörung bereits errichteter Gebäudeteile durch den Werkunternehmer auch eine Haftung aus der *lex Aquilia* ausgelöst hat.⁹⁰⁷ Wenn die von Samter aus D. 9,2,27,35 gezogenen Schlüsse richtig sind, wäre dies auch nach der *probatio* möglich.⁹⁰⁸ Allerdings ist schwer vorstellbar, dass die Zerstörung von Gebäudeteilen bei der *probatio* unbemerkt geblieben wäre. Fraglich scheint, inwieweit bei einer langen zeitlichen Streckung von Ursache (während des Bauprozesses) und Wirkung (nach der *probatio*) bzw. die Vermittlung der Kausalität über Zwischenursachen noch eine *actio utilis* gewährt wurde.

⁹⁰¹ Als Alternative zur *actio locati*: D. 9,2,27,34; D. 19,2,43; D. 19,2,25,5; Vgl. Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 143.

⁹⁰² D. 43,17,3,7; D. 6,1,39 pr.; D. 19,2,22,2; D. 41,1,7,12; D. 46,3,98,8; D. 41,1,9,1; Vgl. Ries, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 106.

⁹⁰³ Vgl. D. 19,2,22,2; Dass dies der Normalfall war, legt D. 18,1,20 nahe.

⁹⁰⁴ CATO agr. 14; Vgl. Ries, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 106.

⁹⁰⁵ VITR. arch. 6,8,9; Die Aussage, der Architekt habe keinen Einfluss auf die Qualität der Baumaterialien, kann sich auch nur auf eine unvernünftige Entscheidung des Bestellers beziehen (VITR. arch. 2,8,16), oder auf einen ausführenden Bauunternehmer, auf den der Architekt keinen Einfluss nehmen kann – die Trennung zwischen Architekt und Bauunternehmung war vor der Renaissance jedoch noch wenig ausgeprägt, wenngleich D. 11,6,7,3 zwischen *architectus* und *redemptor* unterscheidet; Der Architekten Rolle ist nicht mehr genau zu rekonstruieren: Vgl. Hatto, in Ziegler/Sontheimer (Hrsg.) *Der Kleine Pauly* (1979) Bauwesen, I 848f.

⁹⁰⁶ Cic. Ver. 2.1.147f: Die Klausel, wonach sich der Werkunternehmer überschüssiges Material behalten dürfe (REDIVIVA SIBI HABETO), wird zwar im konkreten Zusammenhang von Cicero als sinnlos verspottet, könnte aber sonst bedeutsam gewesen sein: Würde der Werkunternehmer das Material bereitstellen, entspräche dies ohnehin der allgemeinen Regel: D. 41,1,7,12; Der Vertrag enthält widersprüchlicher Weise auch die gegenteilige (ebenso sinnlose) Klausel: BONVM SVO CVIQUE FACITO („Er möge das Werk unter Verwendung selbst beigebrachter Materialien höchster Güte herstellen“); Vgl. Ries, *Bauverträge im römischen Recht* (1989) 106⁵⁰; Meincke, *Superficies solo cedit*, ZSS 88 (1971) 136ff, 142ff;

⁹⁰⁷ Das könnte Gegenstand weiterer von Cicero zitierter Klauseln sein: SI QUID OPERIS CAVSA RESCIDERIS, REFICITO („Was du um Zuge der Bauarbeiten zerstörst musst du wiederherstellen“), QVI REDEMERIT SATIS DET DAMNI INFECTI EI QVI A VETERE REDEMPTORE ACCEPIT („Der Auftragnehmer hat für entstandene Schäden demjenigen Ersatz zu leisten, der für die Aufsicht des Vorgewerks zuständig war“); Cic. Ver. 2.1.146. Vergleichbar die Klausel § 6 der Vergabeordnung aus dem griechischen Tegea: Thür/Taeuber, *IPark* (1994) 29.

⁹⁰⁸ Samter, *Probatio operis*, ZSS 26 (1905) 125f, 143; Das Nichterwähnen der *actio locati* in D. 9,2,27,35 (durchlöcherter Weinbehälter) darf jedoch nicht überschätzt werden: In D. 19,2,13,5 (zerbrochener Edelstein) lässt Ulpian's Ediktcommentar umgekehrt die im Fall der *imperitia* zweifellos mögliche *actio legis Aquiliae* unerwähnt.

Die bloße Vertragsverletzung, insbesondere Werkfehler, die bereits in der Herstellung des Bauwerks angelegt waren, konnte jedenfalls nicht unter die *lex Aquilia* subsumiert werden, selbst wenn das Werk infolgedessen einstürzte – etwa bei der Errichtung zu dünner Mauern.⁹⁰⁹ Überdies setzte die Haftung nach der *lex Aquilia* grundsätzlich eine aktive Handlung voraus, wohingegen ein Baumangel, wie der Name schon sagt, im Regelfall eine Unterlassung (ein zu wenig) einer gebotenen Handlung ist.

Von der Abstraktion des modernen Schadenersatzrechts war das auf positives Tun sowie negative Einwirkungen auf physische Gegenstände fokussierte Recht der *lex Aquilia* noch weit entfernt. Daher wird sich das römische Schadenersatzrecht in den seltensten Fällen geeignet haben, die mit der *probatio* abgeschnittene *actio locati* und fehlende Gewährleistungsansprüche zu ersetzen.

⁹⁰⁹ VITR.arch. 2,8,17

IX. Ergebnisse

Ein Wandeln auf den Spuren der modernen werkvertraglichen Gefahrtragung hat gezeigt, dass fast alle heute im ABGB-Werkvertragsrecht vorzufindenden Grundgedanken auf römischrechtliche Wurzeln zurückblicken können. Dabei wurden die Lösungsansätze von den antiken Juristen in den überwiegenden Fällen anhand von spezifisch bauwirtschaftlichen Problemstellungen erarbeitet. Ursprünge im römischen Bauvertragsrecht weist auch die in der Spätphase der Pandektistik des 19. Jahrhunderts ausformulierte „Sphärentheorie“ auf, die heute unter Hinweis auf § 1168 ABGB häufig als Lösung des Problems favorisiert wird.

Abgesehen von baurechtlichen Streitfällen sind weitere Überlegungen der römischen Juristen zum Seefrachtrecht, zur Frage der Zinsgefahr in Landpacht sowie zu arbeitsrechtlichen Konstellationen im gemeinen Recht aufgegriffen worden, und haben so einerseits die anhaltende Debatte über die werkvertragliche Gefahrtragung, andererseits den Kodifikationsprozess des deutschen BGB und der darauf aufbauenden 3. Teilnovelle zum ABGB beeinflusst.

Die Miteinbeziehung von Fällen außerhalb des Anwendungsgebietes des heutigen Werkvertrages war notwendig, da die dem ABGB zugrundeliegende Systematik der Vertragstypen, mit seiner Trennung in Werkvertrag, Dienstvertrag, Mietvertrag und Pachtvertrag in dieser Form den römischen Juristen fremd war. Zum einen wurde der Systematik ohnehin nur eine geringe Bedeutung zugemessen, die kasuistische Beurteilung des Einzelfalles stand oft im Vordergrund. Dies hatte seine Ursache wesentlich im Charakter des römischen Rechts als Juristenrecht, wobei zu unzähligen bedeutsamen und weniger bedeutsamen Fragen Uneinigkeit bestand. Zum anderen wurden Verträge, die heute Werk-, Dienst- oder Bestandvertrag wären, allesamt zur Vertragsfamilie der *locatio conductio* gezählt. Dabei ist bis heute nicht ganz geklärt, ob die *locatio conductio* als ein einheitlicher Vertragstyp anzusehen ist, oder ob ihren Subtypen, die zumindest seit einigen Jahrhunderten nach der Dreiteilung *locatio conductio operis*, *locatio conductio operarum* und *locatio conductio rei* unterschieden werden, weitgehende Eigenständigkeit zukam.

Zumindest für den römischen Werkvertrag sind jedoch in vielen Punkten Eigenarten im Sinne einer typologischen Selbständigkeit festzustellen. Demgegenüber finden sich kaum Hinweise, dass die Römer den Dienstvertrag als etwas anderes als einen Bestandvertrag über die eigene Person oder die eigene Arbeitsleistung angesehen haben. Daher schlägt der Verfasser vor, von einer Dichotomie der *locatio conductio* auszugehen.

Charakteristisch für den Werkvertrag ist dessen große Wandelbarkeit. Dabei stehen auf der einen Seite Konstellationen, denen ein Pauschalpreis zugrundeliegt, die Verpflichtung des Werkunternehmers sehr stark auf einen konkret definierten Erfolg ausgerichtet ist, ihm aber dementsprechend große Freiheiten überlassen bleiben, wie dieser Erfolg zu erreichen ist. Am anderen Ende des Spektrums steht die Preisberechnung nach Einheitspreisen (zB nach Stückzahl, Längenmaßen oder Zeiteinheiten) womit typischerweise eine weitgehende Einbindung des Bestellers in den Herstellungsprozess einhergeht.

Im Sinne einer weiteren Untergliederungsebene ist für den römischen Werkvertrag von einer Trennung in Pauschalpreisvertrag (*aversione*-Vertrag) und Einheitspreisvertrag (*in pedes*-Vertrag) auszugehen. Dabei hat der Pauschalpreisvertrag eine gewisse Nähe zum Kaufvertrag, der Einheitspreisvertrag Verwandtschaft mit den sonstigen Dauerschuldverhältnissen wie etwa dem Bestandvertrag.

Die Gesamtschau der relevanten Digestenstellen hat ergeben, dass die römischen Juristen keine einheitliche Antwort auf das Gefahrtragungsproblem der *locatio conductio* finden konnten. Auch die Zugrundelegung der vorgeschlagenen Untergliederung und eine differenzierte Betrachtung des Einzelfalls kann diesen Eindruck nicht auflösen, es wird deutlich, dass höchst unterschiedliche Ansichten vertreten wurden.

Die Beachtung der wesensmäßigen Unterschiedlichkeit der beiden Subtypen des Werkvertrages, Pauschalpreisvertrag und Einheitspreisvertrag, sollte auch im geltenden Recht verstärkt beachtet werden. Davon ausgehend sollte die weitgehende Eigenständigkeit eines Werkvertrags unter Zugrundelegung eines garantierten Kostenvoranschlages (§ 1170a ABGB) hinsichtlich des bestellerischen Weisungsrechts, der Preisberechnung und der Gefahrtragung anerkannt werden.

Im Bauwesen stellt der Einheitspreisvertrag, der dem Besteller weitgehende Mitspracherechte sichert, heute den Normalfall dar. Demgegenüber dient der Pauschalpreisvertrag der Abwehr von Kostensteigerungen, weist davon abgesehen aber zahlreiche Nachteile auf. Insbesondere verleitet die Pauschalierung oft zu einer qualitativ geringwertigen Herstellungsweise. Schon aus diesen Überlegungen heraus ist davon auszugehen, dass der reine *aversione*-Bauvertrag auch in der Antike eher die Ausnahme dargestellt hat. Diese Annahme untermauern auch Beispiele aus der römischen Literatur, die entweder eine Preisberechnung nach Einheitspreisen, Preissteigerungen oder eine starke Einflussnahme des Bauherrn erwähnen, sowie dementsprechende epigraphische Zeugnisse aus dem alten Griechenland.

Hat der Werkunternehmer im Gegenzug zur Zusage eines Pauschalpreises einen bestimmten Erfolg versprochen, liegt es bei Ausbleiben dieses Erfolges zunächst nahe, ihm seinen Werklohnanspruch zu versagen. Demgegenüber ist es in Fällen eines Einheitspreisvertrages, wo der Herstellungsgang vom Besteller dominiert wurde, naheliegend, ein allfälliges Scheitern mit dieser Einflussnahme in Verbindung zu bringen.

Der im § 1168a ABGB erwähnte Stoffmangel („Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes“) wurde stark von der Digestenstelle D. 19,2,62 geprägt, wo ein Kanalbaumeister an der Bewältigung schwieriger Bodenverhältnisse scheiterte und die Frage nach dem Werklohn strittig wurde. Das dort ebenfalls erwähnte Problem des Weisungsmangels („offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers“), hat seinen Ausgangspunkt in den baubezogenen Fällen D. 19,2,60,3 und D. 19,2,51,1, daneben bestehen starke Bezüge zur Entscheidung D. 19,2,36.

Die Sphärentheorie sowie die davon beeinflusste Wortfolge in § 1168 ABGB über die „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“ hat mehrere Vorbilder im römischen Recht. Einerseits ist hier erneut auf D. 19,2,62 zu verweisen, da die dort von Paulus vorgenommene Unterscheidung zwischen einem *vitium soli* (Fehler des Baugrundes) und einem *vitium operis* (Fehler des Werkes) nicht als Unterscheidung zwischen Zufall und Verschulden zu verstehen ist, sondern eher als Differenzierung zwischen „höherer Gewalt im weiteren Sinn“ und „niedерem Zufall“. Die Entscheidung bereitete damit den Grund für die Auffassung, wonach der Bereich des Zufalls (beiderseits unverschuldete Umstände) geteilt werden könnte um daran anknüpfend für die Gefahrtragungsfrage zu differenzieren. Anhand der Digestenstelle D. 19,2,62 wurde aufgezeigt, wie problematisch die Teilung des Zufalls im Allgemeinen und das Konzept des „Stoffmangels“ im Konkreten sein kann. Die Abgrenzung ist dann besonders schwer, wenn Gegenstand des Werkes die Bewältigung von Widrigkeiten des Stoffes ist, wie es insbesondere bei Reparaturverträgen und Verträgen über Erdbauarbeiten der Fall ist. Dazu kommt, dass ein „Stoffmangel“ immer nur in Hinblick auf die technischen Möglichkeiten zur Bearbeitung des Stoffes definiert werden kann. Damit ist es jedoch schwer nachvollziehbar, warum ein Zurückbleiben hinter technischen Möglichkeiten nicht dem Werkunternehmer als Verschulden vorgeworfen werden soll. Die Differenzierung zwischen zwei unterschiedlich strengen Sorgfaltsmaßstäben (einen für das Verschulden, einen für den Werkfehler), ist praktisch nicht durchführbar. Ein weites Verständnis des „Stoffmangels“ liefe darauf hinaus, den

Besteller mit der Gefahr jedes nicht vom Werkunternehmer verschuldeten Ereignisses zu belasten.

Berechtigung kommt dem Konzept des „Stoffmangels“ jedoch für jene Fälle zu, in denen die Beschaffenheit des Stoffes dem Erreichen des Vertragsgegenstandes entgegensteht, somit eine stoffbezogene anfängliche Unmöglichkeit vorliegt. Die Vorgabe, einen konkreten Stoff zu verwenden und mindestens eine weitere Vorgabe stehen miteinander im Widerspruch oder sind naturgesetzlich nicht vereinbar. Ohne diese Ausnahme müsste der gesamte Vertrag nämlich als nichtig angesehen werden, was dann, wenn der Werkunternehmer bis zum Entdecken der Unmöglichkeit Arbeitsleistungen erbracht hat, als unbillig angesehen werden könnte.

Eine Unterscheidung zwischen höherer Gewalt und niederem Zufall wird seit Jahrhunderten auch in der Entscheidung D. 19,2,36 gesehen, wenngleich der Verfasser diese Exegese ablehnt und darin eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Subtypen des Werkvertrages und die Frage nach den Konsequenzen eines Weisungsrechts des Bestellers sieht.

Anhand dieser Digestenstelle wurde analysiert, welche Überlegungen hinter der Ausnahme für die „untaugliche Bestellerweisung“ stehen könnten. Es wurde aufgezeigt, dass es auch hier im Wesentlichen um das Problem der Unmöglichkeit geht, da die untaugliche Bestellerweisung im Widerspruch zu anderen vertraglichen Vorgaben steht. Der an die Weisung gebundene Werkunternehmer wäre in eine Lage gebracht, in der ihm jede Handlung zum Nachteil gereicht. Die untaugliche Bestellerweisung kann auch mit dem Verbot des Selbstwiderspruches in Verbindung gebracht oder als konkludente Vertragsänderung gedeutet werden.

Unzweifelhafte Beispiele für eine Unterscheidung zwischen höherer Gewalt und niederem Zufall finden sich im Kaufrecht für die Phase zwischen Perfektion und Übergabe, für die *custodia*-Haftung, für die *receptum nautarum*-Haftung der Schiffer und Gastwirte sowie in Beispielen aus dem Bestandrecht. Von besonderer Bedeutung ist hierfür die Entscheidung D. 19,2,15,2, wo ausgesprochen wird, bei der Landpacht entfalle die Verpflichtung zur Zinszahlung, wenn die Ernte durch *vis cui resisti non potest* (unwiderstehliche Gewalt) vernichtet werde, nicht aber, wenn dies durch *vitia ex ipsa re* (in der Sache selbst steckenden Defekten) geschehe. In diese Digestenstelle können zahlreich für die Umschreibung der höheren Gewalt vorgeschlagene Tatbestandsmerkmale wie die

Unwiderstehlichkeit, die äußere Herkunft, die große Schadenshöhe sowie die statistische Seltenheit hineingelesen werden – was gleichsam verdeutlicht, welche Schwierigkeiten das Konzept der höheren Gewalt hinsichtlich der Rechtssicherheit mit sich bringt.

Von Einfluss auf die Entwicklung der „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“ in § 1168 ABGB bzw der damit korrelierenden „Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen“ in § 1155 ABGB, noch mehr aber auf die gemeinsame Vorgängerformulierung in der Stammfassung von 1812 (§ 1155 ABGB idF JGS Nr. 946/1811 „Zufall, der sich in der [...] Person [...] ereignet“) war auch die Digestenstelle D. 19,2,38 pr. Dort spricht Paulus aus, ein Dienstnehmer behalte seinen Lohnanspruch, wenn es nicht von ihm „zu vertreten“ sei, dass seine Dienste nicht entgegengenommen wurden. Dies wurde oft als eine allgemeine Zurechnung verstanden, wobei die Untersuchung gezeigt hat, dass dieses Verständnis unzutreffend sein dürfte, und mit dem „Vertreten-Müssen“ in D. 19,2,38 pr. einfach Verschulden gemeint ist.

Festgestellt wurde auch, dass der Angelpunkt für die Gefahrtragung nach allgemeinen Regeln der Eintritt nachträglicher Unmöglichkeit wäre. So wird beim Stückkaufvertrag grundsätzlich der Untergang dieser Stückkaufsache als Grundproblem der Gefahrtragung angesehen. Bei der Wahlschuld, wo eine von zwei Sachen zu leisten ist, bewirkt erst der Untergang auch der zweiten Sache das Erlöschen der Verpflichtung des Schuldners zur Hingabe der Sache.

Auch im Bereich des Werkvertrages kann Unmöglichkeit eintreten, vor allem wenn dessen Gegenstand die Bearbeitung oder Ortsveränderung einer unvertretbaren Sache ist. Demgegenüber ist Gegenstand des Bauvertrages im Regelfall die Verbindung von vertretbaren Sachen (Baumaterialien) mit einer immerwährenden Sache (der Liegenschaft), sodass der Untergang des Bauwerks aufgrund der Möglichkeit zum Wiederaufbau keine Unmöglichkeit darstellt. Da die römischen Juristen offensichtlich auch den zufälligen Einsturz von Bauwerken als Problem der Gefahrtragung besprachen, war für sie offenbar der Eintritt von Unmöglichkeit kein Erfordernis, um die Verpflichtung des Werkunternehmers als erloschen anzusehen. Demgegenüber ist davon auszugehen, dass sie im Falle eines vom Werkunternehmer verschuldeten Werkuntergangs diesen zur Vornahme weiterer Versuche verpflichtet sahen, und ihn im Falle der Weigerung auf das Interesse haften ließen. Daraus folgt, dass das traditionelle Prüfschema, nach dem zuerst nach der Leistungsgefahr, dann nach der Preisgefahr gefragt wird, für den römischen Werkvertrag unpassend ist. Zuerst ist die Frage nach dem Lohn für den ersten gescheiterten Versuch zu

beantworten, und nur verneinendenfalls die möglicherweise schwierigere Frage nach einem Verschulden und weitergehenden Ansprüchen des Bestellers.

Anders liegt der Fall im Bereich des ABGB-Werkvertragsrechtes, da es hier keinen Nachweis dafür gibt, dass auch ein nicht mit Unmöglichkeit verbundener Werkuntergang den Unternehmer aus seiner Verantwortung entbindet. Der erste Satz des § 1168a bringt nur zum Ausdruck, dass bei Werkuntergang infolge bloßen Zufalls der Unternehmer für das bis dahin Geleistete kein Entgelt verlangen kann. Da das ABGB-Werkvertragsrecht das Problem der Leistungsgefahr nicht anspricht, ist für diese vorgelagerte Frage auf die allgemeinen Regeln (insbes § 1447) zurückzugreifen. Somit setzt das in § 1168 genannte „Unterbleiben der Ausführung“ Unmöglichkeit voraus. In diesem Sinne ist auch der dort genannte „Zeitverlust“ als Unmöglichkeit der Rechtzeitigkeit zu verstehen, sodass bei Unterlassung der Wettmachung eines Zeitverlustes (zB durch Forcierung) keine Entschädigung zusteht. Aus diesem Grund besteht auch keine Analogiegrundlage für das in § 1168 nicht geregelte Problem der nicht mit Zeitverlust verbundene Mehraufwendungen aufgrund von Umständen auf Seiten des Bestellers. Da es beim nicht mit Unmöglichkeit verbundenem Werkuntergang nicht darauf ankommt, auf welcher „Seite“ die Umstände wurzeln, und der Unternehmer nach geltendem Recht jedenfalls zur Vornahme weiterer Versuche verhaftet bleibt, hat er auch in diesem Fall Mehraufwendungen zu tragen, nämlich jene für den erfolglosen ersten Versuch. Aufgrund eines Größenschlusses hat er dann auch alle sonstigen Mehraufwendungen unabhängig von einer Sphärenzuordnung zu tragen, die nicht aus einem gescheiterten Versuch (Werkuntergang) herrühren.

Die Untersuchung hat gezeigt, auf welche Schwierigkeiten jeder Versuch stoßen muss, die werkvertragliche Gefahrtragung anders als nach einer Verschuldenstheorie zu lösen, wobei es aus moralischer Sicht zunächst gleichwertig wäre, ob die Lohngefahr für alle unverschuldeten Ereignisse dem Werkunternehmer oder aber dem Besteller zugewiesen wird.

Die Unterscheidung zwischen einem unverschuldeten Werkmangel und einem unverschuldeten Materialmangel (Baugrundmangel) ist dort, wo Gegenstand des Werkes die Bearbeitung von Material ist, bereits dogmatisch höchst schwierig, praktisch noch viel mehr. Es werden sich typischerweise für beide Qualifikationen sehr gute Argumente finden. Das Ergebnis ist eine unvorhersehbare Ermessensentscheidung im Einzelfall. Ebensowenig durchführbar ist die Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen

Sorgfaltsmaßstäben (gewöhnliche Sorgfalt, außergewöhnliche Sorgfalt), oder aber die Unterscheidung zwischen der außergewöhnlichen Sorgfalt und der höheren Gewalt.

Genauso schwierig ist der Versuch, die höhere Gewalt aus sich selbst heraus zu definieren, über ihren Inhalt besteht seit Jahrtausenden Uneinigkeit. Die der höheren Gewalt zugeschriebenen Merkmale (Unwiderstehlichkeit, äußere Herkunft, hohe Schädlichkeit, Seltenheit) sind mitunter sehr subjektiv und kaum bestimmbar.

Ungeeignet ist auch eine Abgrenzung nach dem Kriterium des Eigentums, da es gerade bei Bauverträgen typischerweise sämtliche bereits mit dem Grundstück verbundene Bestandteile bereits im Eigentum des Bestellers als Grundeigner stehen. Wird dem Eigentum hingegen die *custodia* des Werkunternehmers gegenübergestellt, so stellt sich hier wieder die Frage nach der Begrenzung derselben. Oft wird der Zufall sowohl das Eigentum des Bestellers als auch des Werkunternehmers treffen, zB wenn das Schiff des Werkunternehmers mitsamt den darin befindlichen Gütern des Bestellers sinkt.

Eine Differenzierung nach örtlichen oder lokalen Gesichtspunkten ist ebenso schwierig, da beispielsweise eine Baustelle in der Bauphase gleichzeitig das „Innere“ (der „Betriebskreis“) des Bestellers als Grundeigentümer, als auch das „Innere“ des Werkunternehmers ist, der dort seine Arbeitsstätte hat.

Das Grundproblem der Sphärentheorie, wonach sich jedes Ereignis in jede erwünschte Richtung deuten und argumentieren lässt, ist somit ein *vitium ex ipsa re*, ein in dieser Theorie selbst steckender Defekt, der bereits den antiken Vorläuferkonzepten dieses Ansatzes immanent war. Im Sinne der Rechtsicherheit wäre zu befürworten, sich diese Konsequenzen auch bei der Auslegung des geltenden Werkvertragsrechts verstärkt bewusst zu machen, und den Anwendungsbereich der Sphärentheorie insbesondere dadurch zurückzudrängen, dass sie auf die Unmöglichkeit der Ausführung und die Unmöglichkeit der Rechtzeitigkeit beschränkt wird.

Demgegenüber kommt den Begriffen des Stoffmangels und des Weisungsmangels durchaus Berechtigung zu, sofern sie an ihren Kernbereich herangeführt werden, die in beiden Fällen in anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit besteht. Diese liegen vor bei naturgesetzlichen Unvereinbarkeit oder Widersprüchlichkeit verschiedener Vorgaben an die Werkherstellung untereinander (Weisungsmangel) oder in Bezug auf die Beschaffenheit des übergebenen Stoffes (Stoffmangel). In jenen Werkverträgen, die sehr stark vom Besteller dominiert werden, wo also typischerweise das Entgelt nach Einheitspreisen bestimmt wird und weitgehende Weisungsrechte bestehen, wird man in

vielen Fällen bereits von vorne herein vermuten können, dass ein allfälliges Misslingen auf einen Weisungsmangel zurückzuführen ist.

Die Untersuchung hat versucht aufzuzeigen, dass dort, wo die Parallelen zwischen dem geltenden Recht und seinen römischen Vorbildern noch sehr stark sind, eine Auseinandersetzung mit diesen Wurzeln sehr fruchtbringend sein kann. Daher kann es insbesondere für das Werkvertragsrecht des ABGB hilfreich sein, die den verschiedenen Zugängen und Ansätzen zugrundeliegenden Überlegungen aufzuspüren und in ihrem ursprünglichen Konzept zu betrachten.

X. Literaturverzeichnis

- *Adam, Dietmar*, Böschungen und Geländesprünge², Vorlesungsskriptum VO Grundbau und Bodenmechanik, TU Wien (2010)
- *Ager, Britta K.*, Roman Agricultural Magic, Diss. (The University of Michigan 2010)
- *Alzon, Claude*, Les risques dans la „locatio conductio“, Labeo – Rassegna di diritto romano Bd. 12 (1966) 311ff.
- *Amirante, Luigi*, Ricerche in tema di locazione, Bullettino dell'Istituto di diritto romano Bd. 62 (1959) 9ff
- *Ankum, Hans*, Afrikan Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 97 (1980) 157ff.
- *Ankum, Hans*, Remissio mercedis, Revue internationale des droits de l'antiquité Bd. 19 (1972) 220ff, 225 = Uit het recht: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam (1971) 95ff.
- *Arangio-Ruiz, Vincenzo*, Epigrafia giuridica greca e romana, Studia et Documenta Historia et Iuris 5 (1939) 521ff
- *Arangio-Ruiz, Vincenzo*, Frammenti di Ulpiano libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana, Archivio Giuridico 153 (1957) 140ff.
- *Arangio-Ruiz, Vincenzo*, Responsabilità contrattuale in diritto romano² (1933 Ed. Napoli 1958).
- *Arnberger, Elisabeth*, Wein Wörterbuch (Weitra 2012). Verlag der Provinz ISBN 978-3-85252-992-9.
- *Bacon, Francis*, Novum Organum (1620 ed Joseph Devey, New York 1901). P.F. Collier And Son.
- *Bacon, Francis*, The Advancement Of Learning And New Atlantis (1627 ed Thomas Case, London 1906). Oxford University Press.
- *Bauer, Johannes Baptist*, Scholia biblica et patristica (Graz 1972). Akad. Dr.- und Verl.-Anst. ISBN 3-201-00793-5.
- *Behrends, Okko*, Die Rechtsformen des römischen Handwerks, in *Jankun, Herbert* (Hrsg), Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit: Bericht über die Kolloquien der Kommission für die Altertumskunde Mittel- und Nordeuropas in den Jahren 1977 - 1980. 1. Historische und rechtshistorische Beiträge und Untersuchungen zur Frühgeschichte der Gilde (Göttingen 1981), 141ff. Vandenhoeck & Ruprecht. ISBN 3-525-82402-5.
- *Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann* (Hrsg), Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung (Heidelberg 1995 - 1999). C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg.
- *Berger, Adolf*, A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, No. X, Classical Philology Vol 43 No 4 (Chicago 1948) 231ff.
- *Betti, Emilio* „Periculum.“ Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, in Studi in onore di Pietro De Francisci I, (Milano 1956), 131ff. Multa Paucis.
- *Betti, Emilio*, Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 82 (1965) 1ff

- *Betti, Emilio*, Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 82 (1965) 1ff.
- *Bolze, Albert*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 57 = N.F. 7 (1874) 86ff.
- *Börstinghaus, Jens*, Sturmfahrt und Schiffbruch – Zur lukanischen Verwendung eines literarischen Topos in Apostelgeschichte 27,1 – 28,6 (Tübingen 2010).
- *Bottke, Hans-Dieter*, Römische Mietshäuser: die Wohnverhältnisse sozialer Unterschichten von der ausgehenden Republik bis zur hohen Kaiserzeit und deren bautechnische sowie ökonomische Ursachen, Diss. (Duisburg 1999)
- *Brasiello, Ugo*, L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Roma 1927) 529ff. Attilio Sampolesi.
- *Braslov, Stephan*, Zur Geschichte des römischen Compensationsrechtes, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 21(1900) 362ff.
- *Buchwitz, Wolfram*, Vertragsklauseln und probatio – Anmerkungen zum römischen Bauvertragsrecht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 126 (2009) 358ff.
- *Burchardi, Rudolf Johann*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen (Kiel 1861). Verlag von Carl Schröder & Comp.
- *Burford, Alison*, Notes on the Epidaurian Building Inscriptions, Annual of the British School at Athens (1967) 254ff
- *Burford, Alison*, The Greek Temple Builders at Epidauros – A social and economic study of building in the Asklepien sanctuary, during the fourth and early third centuries b.c. (Liverpool 1969).
- *Bürge, Alfons*, Cibaria, in *Schermaier/Végh* (Hrsg) *Ars boni et aequi: FS Waldstein* (1993) 63ff.
- *Bürge, Alfons*, Der mercennarius und die Lohnarbeit, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 107 (1990) 80ff.
- *BUSII, PAULI*, Commentarii Brevis In Pandectas (1610)
- *Bydlinski, Franz*, Vertragsrechtliche Grundfragen des Industriebauwesens, in *Aicher, Josef/Korinek, Karl* (Hrsg) *Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industriebauwesens* (Wien 1991) 67ff. Orac ISBN 3-7007-0147-0
- *Cagnat, René*, Cours d'épigraphie latine⁴ (Paris 1914)
- *Cancik, Hubert/Schneider, Helmuth* (Hrsg) *Der neue Pauly* (1997).
- *Cannata, Carlo Augusto*, Per lo studio della Responsabilitia per Colpa nel Diritto Romano Classico (Milano 1969). La Goliardica.
- *Capogrossi Colognesi, Luigi*, Remissio mercedis – una storia tra logiche di sistema e autorità della norma (Napoli 2005). Jovene ISBN 978-8-82431563-0.
- *Carcopino, Jérôme*, Note sur la tablette de Cluj, C.I.L., III, No X, P. 948., Revue de philologie 63 (1937) 97ff, 101ff;
- *Castresana, Amelia*, Das aestimatum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 128 (2011)
- *Ciulei, Georges*, Les triptyques de Transylvanie: études juridiques (Zutphen 1983). Terra Publishing Co, ISBN 90.6255 200 5
- *Coarelli, Filippo*, Lazio – Guide archeologiche Laterza (Roma 1993). Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari ISBN 88-420-2033-8.

- *Dankwardt, H.*, Die locatio conductio operis, in *Jhering* (Hrsg) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 13=1 (1874) 303f..
- *Davis, Philipp H.*, The Delian Building Contracts, in Bulletin de correspondance hellénique, Année 1937 Volume 61 Numéro 1 pp. 109ff.
- *De Martino, Francesco*, Wirtschaftsgeschichte des alten Roms, aus dem Italienischen übersetzt von *Galterer, Brigitte* (München 1985). Verlag C.H. Beck ISBN 3 406 30619 5. Originalausgabe: *De Martino, Francesco*, Storia economica di Roma antica (Firenze 1979). La Nuova Italia
- *De Neeve, Pieter Willem*, Remissio Mercedis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 100 (1983) 301ff.
- *De Robertis, Francesco Maria*, I rapporti di lavoro nel diritto romano (Milano 1946). Giuffrè.
- *Degenkolb, Heinrich*, Platzrecht und Miethe – Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie (Berlin 1867). C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung A. Charisius.
- *Dernburg, Heinrich*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs ⁴ (Halle a. S 1889) II. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
- *Dernburg, Heinrich*, Pandekten⁵ (Berlin 1897). Verlag von S.W. Müller.
- *Descartes, René*, Discours de la méthode (1637 ed Victor Cousin 1824)
- *Dettelbacher, Werner* in *Pleticha, Heinrich/Schönberger, Otto* (Hrsg), Die Römer. Ein enzyklopädisches Sachbuch zur frühen Geschichte Europas (Bindlach 1992), Handelsschifffahrt, 203ff. Gondrom Verlag GmbH & Co KG, Erstaussage (München 1997) C. Bertelsmann Verlag GmbH, ISBN 3-8112-0934-5
- *Dilke, O. A. W./Margaret S.*, Terracina and the Pomptine Marshes, Greece & Rome, Vol. 8, No. 2 (Oct., 1961), 172ff. Cambridge University Press.
- *Dochnahl*, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* Bd. 48 = 2.F Bd. 12 (1904) 241ff.
- *Doll, Andreas*, Von der vis maior zur höheren Gewalt – Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffes (Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1989). Verlag Peter Lang GmbH ISBN 3-631-42042-0
- *Dörpfeld, Wilhelm*, Erechtheion (Berlin 1942). Verlag Mittler
- *du Plessis, Paul J.*, A history of *remissio mercedis* and related legal institutions (Rotterdam 2003). Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam. ISBN 90-13-00756-2.
- *Dylakiewicz, Daniela*, Kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung, Diss. (Halle-Wittenberg 2003)
- *Edler von Zeiler, Franz*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Wien 1813)
- *Ehrenzweig, Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts⁶ (Wien 1920) II/1
- *Englert, Klaus/Bauer, Karlheinz*, Rechtsfragen zum Baugrund – mit Einführung in die Grundbautechnologien ² (Düsseldorf 1991). Werner-Verlag ISBN 3-8041-1428-8.
- *Ernst, Wolfgang*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 105 (1988) 541ff,

- *Ernst, Wolfgang*, periculum conductoris, Eine gleichlaufende Gefahrtragungsregel bei den Verträgen der locatio conductio, in *Medicus, Dieter* (Hrsg) Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992 (Stuttgart 1992)
- *Ernst, Wolfgang*, Periculum est emptoris, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 99 (1982) 216ff.
- *Ernst, Wolfgang*, Wandlungen des vis maior-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, Index 22 (1994) 293ff.
- *Exner, Adolf*, Begriff der höheren Gewalt (vis maior), im römischen und heutigen Verkehrsrecht, in *Grünhut, Carl Samuel* (Hrsg), Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Z 10 (Wien 1883) 497ff. Alfred Hölder K.K. Hof- und Universitäts-buchhändler
- *Feldner, Birgit*, Zum Ausschluss der Frau vom römischen officium, Revue internationale des droits de l'antiquité, 3^e Série, Tome XLVII (2000) 381ff.
- *Fiori, Roberto*, La definizione della „locatio conductio“ (Napoli 1999). Jovene Editore Napoli.
- *Fitting, Hermann*, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander² (Halle a. S. 1908). Verlag von Max Niemeyer.
- *Flach, Dieter*, Marcus Porcius Cato: Über den Ackerbau (Stuttgart 2005). Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, ISBN 3-515-8632-3.
- *Frier, Bruce W*, Law, economics, and disasters down on the farm. "Remissio mercedis" revisited, Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja" Bd. 31 (1989/90) 237ff.
- *Frier, Bruce W.*, Cicero's Management of his Urban Properties, in The Classical Journal 74 (1978) 1ff.
- *Gast, Klaus*, Die zensorischen Bauberichte bei Livius und die römischen Bauinschriften – Versuch eines Zugangs zu livianischen Quellen über Formen der Inschriftensprache, Diss. (Göttingen 1965)
- *Gesterding, Franz Christian*, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten – eine Reihe von Abhandlungen und Monographien (Greifswald 1818). Bei Ernst Mauritius.
- *Glaß, Eberhard*, Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt (Berlin 1959). Duncker & Humblot GmbH, ISBN 3-428-09170-1
- *Goldschmidt, Levin*, Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum – eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung (Erlangen 1860), in *Goldschmidt, Levin* (Hrsg), Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 3. Verlag von Ferdinand Enke.
- *Goldschmidt, Levin*, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (Erlangen 1871), in *Goldschmidt, Levin* (Hrsg), Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 16=1. Verlag von Ferdinand Enke.
- *Gradenwitz, Otto*, Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 34=47 (1913) 255ff
- *Hagedorn, Angelika*, Rezension Andreas Doll, Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 108 (1991) 581ff.
- *Hamza, Gábor*, Die Rezeption des römischen Rechts - und der deutschen Pandektenwissenschaft - in Zentral- und Osteuropa unter Berücksichtigung der Rechtsordnung in Böhmen und Mähren (Tschechoslowakei), Ungarn, Polen und

- Rußland, in *Wolff, Jörg* (Hrsg) Kultur- und rechtshistorische Wurzeln Europas: Arbeitsbuch (Mönchengladbach 2005) 205ff, 213.
- *Harke, Jan Dirk*, Casum sentit dominus?, *Orbis Ivris Romani – Journal of Ancient Law Studies* 9 (Trnava 2004) 33ff.
 - *Harke, Jan Dirk*, Die Lohngefahr beim römischen Werkvertrag, in *Orbis Ivris Romani – Journal of Ancient Law Studies* 10 (Trnava 2005) 23ff.
 - *Harke, Jan Dirk*, Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht (Berlin 2005). Duncker & Humblot ISBN 3-428-11641-0.
 - *Hartmann, Gustav*, Die Obligation – Untersuchungen über ihren Zweck und Bau (Erlangen 1875). Verlag von Andreas Deichert.
 - *Haupt, Moriz*, Opuscula (Leipzig 1876). Impensis Salomonis Hirzelii
 - *Haymann, Franz*, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache (Berlin 1912). Verlag von Franz Vahlen.
 - *Haymann, Franz*, Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd.41 (1920) 44ff 158
 - *Heintel, Erich* (Hrsg), Wiener Jahrbuch für Philosophie (Wien/Stuttgart 1973) IV. Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
 - *Heller, Jochen*, Das „Aushilfsarbeitsverhältnis“ als Grundlage der Prekarität? – Missbrauch eines wandelbaren Rechtsbegriffs (Hamburg 2013). Diplomica Verlag GmbH ISBN 978-3-8428-9801-1
 - *Hezser, Catherine*, Lohnmetaphorik und Arbeitswelt in Mt 20,1-16 – Das Gleichnis von den Arbeitern im Weinberg im Rahmen rabbinischer Lohngleichnisse (Freiburg 1990). Universitätsverlag Freiburg Schweiz ISBN 3-7278-0699-0.
 - *Hill, Bert Hodge*, Structural Notes on the Erechtheum, in *American Journal of Archaeology*, Vol. 14, No. 3 (Jul. - Sep., 1910) 291ff.
 - *Höckmann, Olaf*, Antike Seefahrt (München 1985). C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), ISBN 3 406 30463 X
 - *Höffner, Stefan* Vergaberecht als praktikables Regulativ (Berlin 2014). Springer Gabler ISBN 10: 3658065524
 - *Honoré, Tony*, Ulpian – Pioneer of Human Rights² (Oxford 2002)
 - *Honoré, Tony*, Ulpian² – Pioneer of Human Rights (Oxford 2002). Oxford University Press ISBN: 9780199244249
 - *Honsel, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter*, neue Bearbeitung aufgrund des Werkes von *Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold*, Römisches Recht⁴ (Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo 1987). Springer ISBN 3-540-16866-4.
 - *Hooykaas, Reyer*, Das Verhältnis von Physik und Mechanik in historischer Hinsicht, in *Hooykaas, Reyer* (Hrsg) Selected Studies In History Of Science (Coimbra 1983) 167ff.
 - *Horak, Franz*, Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo (Innsbruck 1969).
 - *Hume, David* An Enquiry Concerning Human Understanding (1777 ed Selby-Bigge 1902)
 - Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez [=Motive zum (1.) Entwurf für ein ungarisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch] (Budapest 1902), Kötelmi jog IV. Grill Károly cs. és kir. udv. Könyvkereskedése.
 - *Isola, Lisa*, Venire contra factum proprium nulli conceditur et contra, Diss. (Wien 2014)

- *Jahn, Otto/Michaelis, Adolf*, Arx Athenarum a Pausania descripta (Bonn 1901).
- *Jakab, Éva*, Aversione venire – Verkauf in „Bausch und Bogen“?, in *Ernst, Wolfgang/Jakab, Éva* (Hrsg) Usus Antiquus Iuris Romani – antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung (Berlin 2005) 87ff. Springer ISBN 978-3-540-24463-9.
- *Jakab, Éva*, Periculum und Praxis – Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 125 (2005) 190ff.
- *Jakab, Éva*, Vertragsformulare im Imperium Romanum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 123 (2006) 71ff.
- *Jakubetzky*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (München 1892).
- *Jhering, Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung² (Leipzig 1866) I. Breitkopf und Härtel.
- *Jordan, Heinrich*, Topographie der Stadt Rom im Alterthum (Berlin 1871) II. Weidmann.
- *Kappellmann, Klaus/Langen, Werner*, Einführung in die VOB/B¹¹ (2002)
- *Karasek, Georg*, ÖNORM B2110 – Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm² (Wien 2009). MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH ISBN 978-3-214-13574-4
- *Kaser, Max †/Knütel, Rolf*, Römisches Privatrecht¹⁷ (München 2003). C.H Beck ISBN 3406417965
- *Kaser, Max*, Das römische Privatrecht² – die nachklassischen Entwicklungen (München 1975) II. Abschnitt. Reihe: *Bengtson, Hermann* (Hrsg) Handbuch der Altertumswissenschaft. C.H Beck ISBN 3 406 01429 1.
- *Kaser, Max*, Das römische Privatrecht² (München 1971) Reihe: *Bengtson, Hermann* (Hrsg) Handbuch der Altertumswissenschaft. C.H Beck ISBN 3 406 01429 1.
- *Kaser, Max/Hackl, Karl*, Das römische Zivilprozessrecht² (München 1996), aus Reihe: *Bengtson, Hermann* (Hrsg), Handbuch der Altertumswissenschaft. C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung ISBN 3 406 40490 1.
- *Kaser, Max*, Periculum locatoris, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 74 (1957) 155ff.
- *Kastner, Helmut*, An Bruder Quintus: Epistulae ad Quintum fratrem. Epistulae ad Brutum. Fragmenta epistulare. Accedit Q. Tulli Ciceronis Commentariolum Petitionis. (1965). Walter de Gruyter.
- *Kaufmann, Horst*, Die altrömische Miete – Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung (Köln/Graz 1964). Böhlau Verlag.
- *Kaulbach, Friedrich*, Einführung in die Metaphysik (Darmstadt 1972).
- *Kirby*, in: Internet Encyclopedia of Philosophy, Chrysippus <http://www.iep.utm.edu/chrysipp/> abg 6.6.16
- *Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum ABGB² (1954)
- *Klemm, Friedrich*, Geschichte der Technik – Der Mensch und seine Erfindungen im Abendland³ (Leipzig 1998). Deutsches Museum B.G. Teubner Stuttgart ISBN 978-3-8154-2512-1.
- *Klingenberg, Georg*, Das modicum-Kriterium, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 126 (2009) 187ff.
- *Kolb, Frank*, Die Stadt im Altertum (München 1984) C.H. Beck.
- *Kolb, Frank*, Rom: die Geschichte der Stadt in der Antike (München 1995)

- *Konen, Heinrich*, Rudersegler vom Typ ἀκατος im östlichen Mittelmeerraum im 2. : Jh. n. Chr.: Vorkommen und handlungsgeschichtliche Bedeutung, in *Gunther, Sven/Ruffing, Kai/Stoll, Oliver/Winkel, Harald* (Hrsg), *Pragmata : Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte der Antike im Gedenken an Harald Winkel* (Wiesbaden 2007) 27ff. Otto Harrassowitz GmbH & Co. KG. ISBN 978-3-447-05536-9
- *Kramer, Bärbel/Hübner, Rober*, *Kölner Papyri* (Opladen 1976). Westdeutscher Verlag.
- *Krejci, Heinz*, Bomben am Bau - Über Gefahrtragung und Haftung des Bauunternehmers für Schäden, die im Zuge der Durchführung von Bauarbeiten durch sprengkräftige Kriegsrelikte verursacht wurden (Graz 2011). NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag ISBN 978-3-7083-0793-0
- *Krejci, Heinz*: Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? (Wien 1995). Orac, ISBN 3-7007-0701-0
- *Kropik, Andreas*, Bauvertrags- und Nachtragsmanagement (Wien 2014). Linde ISBN 9783200035027.
- *Krückmann, Paul*, Zur Reform des Kaufrechtes – Ein Beitrag zur Reform des Handelsgesetzbuches (Berlin 1896). Carl Heymanns Verlag
- *Laplace, Pierre-Simon*, *Essai philosophique sur les probabilités* (1840)
- *Lenel, Otto*, *palingenesia iuris civilis* (Leipzig 1889)
- *Liebs, Detlef*, Der ungeliebte Jurist in der römischen Welt, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* Bd. 123 (2006) 1ff
- *Lierke*, Die Entwicklung der Diatretgläser, in *Pressglas-Korrespondenz* 2014-1,
- *Linoli, Antonio*, Twenty-six centuries of reclamation and agricultural improvement on the Pontine Marshes, in *Ohlig, Christoph* (Hrsg), *Integrated land and water resources management in history*, (Siegburg 2005), 27ff. DwHG ISBN 3-8334-2464-X
- *MacCormack, Geoffrey*, Custodia and Culpa, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* Bd. 82 (1972) 150ff.
- *MacCormack, Geoffrey*, Periculum, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* Bd. 96 (1979) 150ff.
- *Madai, Carl Otto von*, Die Lehre von der Mora dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts (Halle 1837). C. A. Schwetschke & Sohn.
- *Maischberger, Martin*, Marmor in Rom: Anlieferung, Lager- und Werkplätze in der Kaiserzeit (Wiesbaden 1997)
- *Manthe, U.*, *Comptes Rendus: G. Ciulei, Les triptyques de Transilvanie*, TR 54 (1986) 389ff
- *Martin, Susan Dunbar*, A Reconsideration of probatio operis, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* Bd. 103 (1986) 321ff
- *Martin, Susan Dunbar*, The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire (Bruxelles 1989). Peeters ISBN-13: 9782870311448
- *Marx, Karl*, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie (1890).
- *Mayer-Maly, Theo*, Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung, in *Baltl, Hermann* (Hrsg), *Festschrift Artur Steinwenter* (Graz-Köln 1958) 58ff.
- *Mayer-Maly, Theo*, Locatio conductio, Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht (Wien 1956) .
- *Mayer-Maly, Theo*, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, *Recht der Arbeit* (1967) 281ff.

- *Mayer-Maly, Theo*, Römisches Privatrecht (Wien 1991). Springer-Verlag Wien ISBN 3-211-82311-5.
- *Meincke, Jens Peter*, Superficies solo cedit, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 88 (1971), 136ff.
- *Miquel, Juan*, Periculum locatoris – Recherche in tema di responsabilità contrattuale, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 81 (1964) 134ff
- *Mirković, Miroslava*, The Later Roman Colonate and Freedom (Philadelphia 1997). American Philosophical Society ISBN: 0-87169-872-2.
- *Moll, Wilhelm*, Dienstvergütung bei persönlicher Verhinderung, Ein historisches Problem und seine heutige Bedeutung, RdA 1980, Heft 3, 138ff.
- *Möller, Cosima*, Die mercennarii in der römischen Arbeitswelt, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 110 (1993) 276ff.
- *Möller, Cosima*, Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht, Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss (Göttingen 1990).
- *Molnár, Imre*, Verantwortung/Gefahrtragung bei der „locatio conductio“ in *Temporini, Hildegard* (Hrsg) Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II Principat 14. Band, Recht (Berlin/New York 1982), 583ff. Walter de Gruyter. ISBN 3-11-008122-9
- *Mommsen, Friedrich*, Beiträge zum Obligationenrecht (Braunschweig 1853) I. Schwetschke und Sohn.
- *Mommsen, Theodor*, Reden und Aufsätze (Berlin 1905)
- *Mommsen, Theodor*, Römisches Staatsrecht² (Leipzig 1877), in *Marquardt, Joachim/Mommsen, Theodor*, Handbuch der römischen Alterthümer. Verlag von S. Hirzel.
- *Mugdan, B.*, (Hrsg) Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899) Bd II, Recht der Schuldverhältnisse
- *Müller, Carsten Hans*, Gefahrtragung bei der locatio conductio – Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen (Paderborn/München/Wien/Zürich 2002).
- *Müller, Katharina/Stempkowski, Rainer* (Hrsg), Handbuch Claim-Management² (Wien 2015). Linde ISBN 9783707323559.
- *Müller-Foell, Christoph*, Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag (Berlin 1982). Duncker & Humblot, ISBN S 428 05058 4
- *Nassauer, Friedemann* „Sphärentheorien“ zu Regelungen der Gefahrtragungshaftung in vertraglichen Schuldverhältnissen. Diss (Marburg 1978). N. G. Elwert Verlag Marburg ISBN 3-7708-0604-2
- *Nicosia, Giovanni*, La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche Bd. 9 (Roma 1957-8) 403ff.
- *Nörr, Dieter*, Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 82 (1965) 67ff.
- *Oberkofler, Gerhard/Goller, Peter*, Geschichte der Universität Innsbruck 1669-1945² (Frankfurt am Main 1996). Peter Lang GmbH ISBN 3-631-49447-5
- *Oertmann, Paul*, Der Zufall bei der Werkverdingung, in *Grünhut, C.S.* (Hrsg), Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 24 (1897) 1ff.

- *Ofner, Julius* (Hrsg) Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (Wien 1889).
- *Oliver-Martin, Félix*, Des divisions du luage en droit romain, *Revue historique de droit français et étranger* 15 (1936) 419ff
- *Ourliac, Paul/Malafosse, J. de*, Histoire du Droit privé - Les Obligations² (Paris 1969) 293f.
- PAULI BUSII IC., Commentarij brevis in Pandectas Dni. Iustiniani, cum differentijs iuris canonici, et consuetudinum Germaniae, Galliae, & Belgicae, ad usum huius seculi compositi, tomus primus (Zwolle 1610) I. Zacharias Heyns.
- *Peck, Harry Thurston* (Hrsg), Harpers Dictionary of Classical Antiquities (New York, 1898). Harper and Brothers.
- *Pennitz, Martin*, Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats – eine funktional-rechtsvergleichende Problemstellung (Wien/Köln/Weimar 1991). Böhlau ISBN 3-205-05453-9.
- *Pernice, Alfred*, Marcus Antistius Labeo (Halle 1873). Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
- *Petroski, Henry*, Rereading Vitruvius, *American Scientist*, Nov-Dez 2010, 457f. Übersetzung: *Petroski, Henry*, Gefälliger Anblick des Äußeren, in *Spektrum der Wissenschaft* epoc 2011/02, 58ff
- *Pfeifer*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1997)
- *Pietsch, Matthias*, Die Abnahme im Werkvertrag – geschichtliche Entwicklung und geltendes Recht, Diss (Hamburg 1976)
- *Pinna Parpaglia, Paolo*, Vitia ex ipsa re – aspetti della locazione in diritto romano (Milano 1983). Dott. A. Giuffrè Editore.
- *Pólay, Elemér*, Verträge auf Wachstafeln aus Dakien, in *Temporini, Hildegard* (Hrsg) Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II Principat 14. Band, Recht (Berlin/New York 1982), 510ff. Walter de Gruyter. ISBN 3-11-008122-9
- *Prignitz, Sebastian*, Bauurkunden und Bauprogramm von Epidauros (400-350) (2014). Verlag C.H Beck München ISBN 978 3 406 65820 4.
- *Puchta, Georg Friedrich*, Pandekten⁹ (1863)
- *Raaber*, Hinweise auf Unterschiede zwischen gängigen Bauvertragstypen, bau-intern 1987, 162f;
- *Rabel, Ernst*, Gefahrtragung beim Kauf, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* Bd. 42 (1921) 553ff.
- *Rabl, Christian*, Die Gefahrtragung beim Kauf (Wien 2002). Manz ISBN 3-214-10607-4
- *Rabl, Christian*, Die Gefahrtragung im ABGB – Kern eines reformbedürftigen Leistungsstörungenrechts, in *Fischer-Czermak, Constanze/Hopf, Gerhard/Kathrein, Georg/Schauer, Martin* (Hrsg) Festschrift 200 Jahre ABGB (Wien 2011) 1319ff. Manz ISBN 978-3-214-18110-9.
- *Rainer, J. Michael*, Zur locatio conductio: Der Bauvertrag, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung* Bd. 109 (1992) 505ff, 521.
- *Redl, Helmut/Ruckenbauer, Walter/Traxler, Johann*, Weinbau heute – Handbuch für Beratung, Schulung und Praxis³ (Graz/Stuttgart 1996). Leopold Stocker Verlag ISBN 3-7020-0725-3.
- *Reinhardt, Wilhelm*, Die Gefahrtragung beim Kauf – unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs (Berlin 1998). Duncker & Humblot GmbH, ISBN 3-428-09170-1

- *Richardson, Lawrence*, A New Topographical Dictionary of Ancient Rome (Baltimore/London 1992)
- *Ries, Peter*, Bauverträge im römischen Recht, Diss. (München 1989)
- *Röhle, Robert*, Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages, *Studia et documenta historiae et iuris* Bd. 34 (1968) 183ff.
- *Ruckenbauer, Walter/Traxler, Johann*, Lexikon Wein – Alle wichtigen Begriffe im Überblick (Wien 2006). Österreichischer Agrarverlag Druck- und Verlags-ges.m.b.H. Nfg. KG ISBN-13 978-3-7040-2174-8.
- *Rummel, Peter* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000).
- *Rummel, Peter*, Das „Baugrundrisiko“, ein neuer Rechtsbegriff?, in *Jabornegg, Peter/Spielbüchler, Karl* (Hrsg) Festschrift der Professoren der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes-Kepler-Universität Linz für Rudolf Strasser zum 70. Geburtstag (Wien 1993) 309ff. Manz ISBN 978-3-214-06115-9
- *Samter, Richard*, Probatio operis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 26 = 39 (1905) 125ff.
- *Santos, Francisco Javier Andrés/Baldus, Christian/Dedek, Helge* (Hrsg), Vertragstypen in Europa - Historische Entwicklung und europäische Perspektiven (2011). Walter de Gruyter
- *Savigny, Friedrich Carl von*, Über den römischen Kolonat³, in: Vermischte Schriften (Berlin 1850) II 4ff. Bei Veit und Comp.
- *Schaal, Hans*, Ostia Portus. Die Hafenanlagen der Kaiserstadt Rom, in *Schwab, R./Becker, W.* (Hrsg), Jahrbuch der Hafenbautechnischen Gesellschaft (Berlin/Heidelberg 1955)
- *Schäfer, Hans* Die rechtliche Bedeutung der Bodenverhältnisse bei der Ausführung von Bauten (Düsseldorf 1927). Beton- und Tiefbau-Wirtschafts-Verband E.V.
- *Schey, Josef Freiherr von*, Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und gemeinen Recht – Eine civilistische Untersuchung (Wien 1884). Manz'sche k. k. Hof-, Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- *Schilcher, Bernd*, Die Preisgefahr beim Kauf – Ein rechtsvergleichender Beitrag, *Juristische Blätter*, Jg. 86, Heft 15/16 (1994), 395ff.
- *Schmauser, Georg*, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht, Diss. (Erlangen 1891). Druck von Aug. Vollrath's k.b. Hofdruckerei.
- *Schmoekel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (Tübingen 2013) Band III Schuld recht: Besonderer Teil §§433-853, 1. Teilband: vor §433-§656. Mohr Siebeck ISBN 978-3-16-150528-7.
- *Schmoll, Georg*, Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Contrahenden?, Diss. (Strassburg 1889). Universitäts-Buchdruckerei von J.H. Ed. Heitz (Heitz & Mündel).
- *Schneider, Helmuth*, Geschichte der antiken Technik (München 2007)
- *Schön, Eva*, Der Baugrund - Haftung und Risikotragung bei Hervorkommen unerwarteter Bodenverhältnisse, Diss. (Wien 2005)
- *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB (1978)
- *Schulz-Falkenthal, Heinz*, Zur Lehrlingsausbildung in der römischen Antike - discipuli und discentes -, *Klio. Beiträge zur alten Geschichte* Bd. 54 (1972) 193ff.
- *Schwimann, Michael*, ABGB-Praxiskommentar³ (Wien 2006).

- *Seckel, Emil* †/*Levy, Ernst*, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 47 (1927) 117ff.
- *Sell, Wilhelm*, Über die remissio mercedis, , in Archiv für die civilistische Praxis Bd. 20 (1837) 188ff
- *Sitzia, Francesco*, Considerazioni in tema di „periculum locatoris“ e di „remissio mercedis“, in Studi in memoria di Giuliana D'Amelio (Milano 1978) I 331ff. Dott. A. Giuffrè Editore.
- *Stolleis, Michael* (Hrsg) Juristen – ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert (München 2001). Verlag C.H Beck ISBN 3406 45957 9
- *Strohal, F.*, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse, in *Jhering* (Hrsg) Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 33 = nF Bd. 33 (1894) 361ff.
- *Su, Yingxia*, Die vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware im UNCITRAL-Kaufvertrag im Vergleich zum deutschen und chinesischen Recht, Diss. (Münster 1996).
- *Thielscher, Paul*, Des Marcus Cato Belehrung über die Landwirtschaft (Berlin 1963). Duncker & Humblot.
- *Thomas, Joseph Antony Charles*, Reflections on Building Contracts, in Revue internationale des droits de l'antiquité, 18 (1971), 673ff
- *Thomas, Joseph Antony Charles*, Remissio mercedis, in Studi in memoria di Guido Donatuti (1973) III, 1271ff,
- *Thomas, Joseph Antony Charles*, The worker and his wage, in Uit het recht: rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P. J. Verdam (Deventer 1971), 201ff.
- *Thür, Gerhard*, Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag, in *Bisgardi* (gef), Studi in onore di Arnaldo Biscardi (1984) V 471ff.
- *Thür, Gerhard*, Stipulation und Bauvertrag, in *Gerkens, Jean-Francois/Peter, Hansjörg/Trenk-Hinterberger, Peter/Vigneron, Roger* (Hrsg) Mélanges Fritz Sturm – Offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire (Liège 1991) I.
- *Thür, Gerhard/Taeuber, Hans*, Prozessrechtliche Inschriften der griechischen Poleis: Arkadien (Wien 1994). Österreichische Akademie der Wissenschaften Wien ISBN 3-7001-2141-5
- *Torrent, Armando*, The controversy on the trichotomy ‚res, operae, opus‘ and the origin of the ‚locatio-conductio‘. Revista Internacional de Derecho Romano Bd. 9 (2012) 378ff.
- *Vevera Daniela*, Studie zu Klauseln in Arbeitsverträgen (2013).
- *Vittinghoff, Friedrich* (Hrsg), Europäische Wirtschafts- und Sozialgeschichte in der römischen Kaiserzeit (Stuttgart 1990) Klett-Cotta ISBN 3-12-904730-1.
- *von Beseler*, Die Gefahrtragung beim Kaufe, TR 8 (1928).
- *von Beseler, Gerhard*, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen (Tübingen 1920) IV. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- *von Beseler, Gerhard*, Textkritische Studien, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung Bd. 53 (1933) 1ff
- *von Buchholz, Alexander August*, Das Entstehen für den Zufall bei dem Verdingungs-Vertrage, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd 8 (1851) 1ff.
- *von Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (1815) XVII,1
- *von Ungern-Sternberg, Jürgen*, Wer soll an der Polis teilhaben? Das Dilemma des Aristoteles in von Ungern-Sternberg, Jürgen (Hrsg), Politische Partizipation – Idee

und Wirklichkeit von der Antike bis in die Gegenwart (Berlin 2013) 69ff. Walter de Gruyter Berlin ISBN 978-3-11-030333-9.

- *Vygen, Klaus/Joussen, Edgar/Schubert, Eberhard /Lang, Andreas*, Bauverzögerung und Leistungsänderung⁶ (2011). Werner Verlag ISBN 978-3-8041-3885-8.
- *Wacke, Andreas*, Afrikans Verhältnis zu Julian, in *Temporini, Hildegard* (Hrsg) Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II Principat 15. Band, (Berlin/New York 1976), 456ff. Walter de Gruyter. ISBN 3-11-008122-9.
- *Watson, Alan*, The Law of Obligations in the Later Roman Republic (Oxford 1965). Oxford University Press.
- *Weiler, Ingomar*, Moderner Menschenhandel und antiker Sklavenhandel, in *Losemann, Volker/Velte, Sarah* (Hrsg) Alte Geschichte zwischen Wissenschaft und Politik: Gedenkschrift Karl Christ (2009)
- *Weiske, Julius*, (Hrsg) Rechtslexicon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft (Leipzig 1847). Verlag von Otto Wigand.
- *Wellspacher, Moriz*, Der Entwurf der Zivilgesetznovelle im Herrenhause, in Österr. allgem. Gerichts-Zeitung, (1909) 60. Jg, Nr 46/Nr 47/Nr 48, 378ff.
- *Werner, Ulrich/Pastor, Walter/Müller, Karl*, Baurecht von A-Z – Lexikon des öffentlichen und privaten Baurechts ⁶ (Köln 1995) Verlag C.H. Beck ISBN 3 481 00905 4.
- *Wesenberg, Burkhardt*, Kunst und Lohn am Erechtheion, Archäologischer Anzeiger (1985) 55ff.
- *Weyers, Hans-Léo*, Werkvertrag, in Bundesminister der Justiz (Hrsg) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Köln 1981) II, 1115ff. Bundesanzeiger Verlagsges.mBH ISBN 3-88784-004-6.
- *Wieling, Hans Josef*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 176 (1976) 334ff
- *Wilhelm, Georg*, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in *Aicher, Josef/Koppensteiner, Hans-Georg* (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht, Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag (Wien 1990) 225ff. Orac ISBN 3-7007-0070-9.
- *Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁶ (Leipzig 1887) II
- *Windscheid, Bernhard*, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, in Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft 2 (Heidelberg 1855) 106ff,
- *Wissowa* (Hrsg) Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaften (1894).
- *Wolff, Carl Wilhelm*, Zur Lehre von der Mora – ein civilistischer Versuch (Göttingen 1841). Dieterich'sche Buchhandlung.
- *Wubbe, Felix Bernard Jozef*, Labeo zur Gefahrtragung, in L'Homme dans son Environnement/Mensch und Umwelt (1980) 131ff.
- *Wubbe, Felix Bernard Jozef*, Opus selon la définition de Labéon (D. 50,16,1,5), in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review, 1982, Vol.50 (3) (1982) 241ff.
- *Wubbe, Felix Bernard Jozef*, Vis tempestatis, in *Gerken, Jean-Francois/Peter, Hansjörg/Trenk-Hinterberger, Peter/Vigneron, Roger* (Hrsg) Mélanges Fritz Sturm – Offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire (Liège 1991) I 579ff.

- *Zimmermann, Reinhard*, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition (Oxford 1996). Oxford University Press, ISBN 978-0-19-876426-7.

XI. Überblick

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit unterschiedlichen Aspekten der werkvertraglichen Gefahrtragung. Unterbleibt der Erfolg eines Werkvertrages, ohne dass eine der beiden Vertragsparteien Verschulden trifft, ist fraglich, wer von beiden die wirtschaftlichen Nachteile zu tragen hat, insbesondere, ob der Werklohn weiter geschuldet wird. Im geltenden Recht findet sich darauf keine starre Regelung, wonach die Frage stets zu bejahen oder stets zu verneinen ist, vielmehr finden sich zahlreiche Ausnahmeregelungen. So für „Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen“, für die „Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes“, für „offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers“ sowie für die Frage einer allfälligen Pauschalierung.

Die Kodifikation des ABGB zu Beginn und des deutschen BGB am Ende des 19. Jahrhunderts wurde stark vom römischen Recht beeinflusst. Dabei sind insbesondere im Werkvertragsrecht große Überstimmung mit bestimmten Digestenstellen festzustellen, in denen sich die römischen Juristen meist mit spezifisch bauwirtschaftlichen Problemstellungen beschäftigten. Relevanz kommt aber auch Fällen außerhalb des Anwendungsgebietes des heutigen Werkvertragsrechts zu, etwa zur Landpacht sowie zum Dienstvertrag. Bemerkenswert ist dabei, dass sich auch in den Digesten keine einheitlichen Antworten finden, es wird offensichtlich, dass zu dem Problemkreis bereits historisch große Uneinigkeit bestand.

Eine Beschäftigung mit den einschlägigen römisch-rechtlichen Ansätzen ist auch deshalb von Interesse, da viele Gedanken bereits von den pandektistischen Rechtswissenschaftlern des 19. Jahrhunderts noch vor Inkrafttreten des BGB ausformuliert wurden. Dies betrifft insbesondere die stark von *Oertmann* geprägte Sphärentheorie. Ein wesentliches Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, herauszufinden, inwieweit sich dieser „Sphärentheorie“ entsprechende Ansätze tatsächlich bei den römischen Juristen finden lassen.

Dabei ist der Blick auf die Sphärentheorie, ein durchwegs kritischer. Soweit sich mit der Sphärentheorie verwandte Gedanken tatsächlich bereits bei den Römern feststellen lassen, offenbaren diese bereits in diesem ursprünglichen Kontext ihre Schwächen für die Rechtssicherheit zutage treten. Gleiches gilt für verwandte Ansätze wie den Stoffmangel (Baugrundmangel), die untaugliche Bestellerweisung sowie die höhere Gewalt.

XII. Abstract

In the present thesis differing aspects of the issue of risk in *locatio conductio operis* are discussed under the premise of showing to what extent their rules and approaches can be traced back to ancient roman origins. If a contract for work fails without one of the two contract parties bearing fault, the question arises which party has to bear the negative consequences, more particularly if the *merces* is further owed. There is no clear and simple rule whether to consequently affirm or deny this question in the current law; rather several exception provisions can be found. For example, the Austrian ABGB provides exceptions for “Umstände auf Seiten des Bestellers” (conditions on the part of the employer), for a defect of material provided by the employer, for false instructions and for lump sum contracts.

The ABGB’s codification process at the beginning of the 19th century and the German BGB’s at its end was highly influenced by roman law. Especially in the contract for work congruities with certain sections of the digests can be found, in which roman lawyers mostly employed specific construction related problems. Other cases of *locatio conductio* are of interest, that would be classified as agricultural tenancy or employment contract today. Remarkably, the digests also give no consistent answer for those cases. It, therefore, becomes clear that there must have been great disagreement with regards to this complex of problems.

A closer preoccupation with the roman law’s approaches is, furthermore, of interest, as many solutions have already been formulated by the pandectistic lawyers of the 19th century even before the BGB came into effect. This especially holds true for *Oertmann’s* “Sphärentheorie”. Therefore, one integral concern of this thesis is to find out, to what extent rudiments correlating with the “Sphärentheorie” can be found in roman law.

The approach thereby taken towards the “Sphärentheorie” in this thesis is critical. It is shown that if ideas correlating with the “Sphärentheorie” can actually be found in roman law, they already show their weakness for legal certainty in this original context. The same holds true for similar approaches such as the issue of defect of material (defect of soil), false instructions as well as for “Acts of god” (*vis maior*).