

IV.

Vertragsformulare im Imperium Romanum

Von

Éva Jakab^{*)}

Im Jahre 1900 forderte Ludwig Mitteis auf dem Historikertag in Halle mehr Aufmerksamkeit für die neuen Papyrusfunde. Die Schriften der klassischen römischen Juristen seien keine allein gültigen Quellen, die Rechtsgeschichte sei viel weiter zu fassen. Die „Arbeiten der römischen Rechtsschule“ entstammten einem „lokal und national gebundenen Kreis“, der sich „schulmäßig“, „scholastisch“ mit Fragen beschäftigte, die für das Alltagsleben ohne Bedeutung gewesen seien¹⁾. Mit starken Worten tadelt er die Ignoranz der Kollegen: „und da selbst zwar die unbedeutendsten Anfängerarbeiten über die unbedeutendsten romanistischen Themen mit Achtung verzeichnet werden, dagegen die weittragendsten Ergebnisse auf unserem Gebiet einfach ungenannt bleiben“²⁾. Der Nachteil treffe nicht die Papyrusforschung, sondern jene, denen sie unbekannt bleibt, betont Mitteis³⁾.

Aus dem ehemaligen Territorium des Imperium Romanum edieren die Pa-

^{*)} Der vorliegende Beitrag ist die erweiterte Fassung meines Vortrags auf dem 35. Deutschen Rechtshistorikertag 2004 in Bonn. Hiermit möchte ich den Organisatoren, insbesondere Herrn Professor R. Knütel, meinen aufrichtigen Dank ausdrücken.

¹⁾ L. Mitteis, Aus den griechischen Papyrusurkunden, Ein Vortrag gehalten auf der VI. Versammlung Deutscher Historiker zu Halle, 1900, S. 22.

²⁾ Mitteis, Papyrusurkunden (o. Anm. 1), S. 41–42.

³⁾ Mitteis, Papyrusurkunden, S. 42: „Bisher konnten die zahlreichen fast ungläublichen Ignoranzen, welche moderne ‚Rechtshistoriker‘ in dieser Richtung an den Tag gelegt haben, mit einer gewissen Nachsicht hingenommen werden; es wird jedoch an der Zeit sein zu erinnern, dass auch diese ihr Ende haben muss und allmählich die Unkenntnis der Papyrusresultate in romanistischen Arbeiten, wo immer sie sich findet, als das wird stigmatisiert werden müssen, was sie einfach ist, nämlich als grobe Unwissenheit.“

pyrologen Jahr für Jahr neue Bände mit Dokumenten des Alltagslebens⁴). Die Papyrologie erlebt jetzt ihre zweite Blüte. Die Menge neuer Quellen hat die Altertumswissenschaften zu neuen Forschungsrichtungen und -methoden motiviert. Eine sachkundige Analyse der langweilig anmutenden Abrechnungslisten und schematisch abgefassten Quittungen eröffnet in der Wirtschafts- und Sozialgeschichte sowie in Verwaltung und Steuerwesen neue Perspektiven. Der Einbruch der Empirie entzog vielen alten Hypothesen die Grundlage. Vor allem hat man die Erkenntnis gewonnen, dass die Papyri Ägyptens nicht den Sonderfall einer entlegenen Provinz spiegeln, sondern den Alltag im Imperium Romanum⁵).

Wie steht die Rechtsgeschichte dazu? Die Dokumente des Rechtslebens haben im griechischen Vertragsrecht zu einer vollkommen neuen Theorie geführt⁶). Das römische Recht hat aber diesem Strom seine Tore noch kaum geöffnet. Die ablehnende Haltung ist auf zwei Ursachen zurückzuführen. Einerseits herrscht die Auffassung, dass die römischen und die römisch-hellenistischen Quellen scharf zu trennen seien. Bereits Mitteis fand dies überholt⁷); vor kurzem wandte sich D. Nörr erneut dagegen⁸). Andererseits dürfte eine allgemeine Scheu der Juristen vor der empirischen Realität mitspielen. Rechtsgeschichte und geltendes Recht schrecken oft vor der mühsamen Untersuchung zurück, wie das Recht in der Praxis funktioniert. Das Spannungsfeld zwischen gesetztem Recht und Rechtsleben wird ignoriert; umsonst mahnt L. M. Friedman, dass etwa der Code Napoleon uns so viel über das Rechtsleben Frankreichs vermittelt, wie wir aus der Aida über das pharaonische Ägypten erfahren⁹).

Ausgezeichnete Gelehrte versuchten seit langem zu zeigen, dass der römische Vertrag stark in der Praxis wurzelt. Bereits E. Rabel hat nachgewiesen, dass die Haftung aus dem Kaufvertrag aus den Vertragsklauseln zu erschließen ist¹⁰). V. Arangio-Ruiz hat dies bei der *locatio conductio* ge-

⁴) Eine gute Übersicht über die Editionen und die einschlägige Literatur bietet H. - A. Rupprecht, Kleine Einführung in die Papyruskunde, 1994, S. 226–261.

⁵) So bereits Mitteis, Papyrusurkunden (o. Anm. 1), S. 8ff.

⁶) J. Partsch, Arch. Pap. 7 (1924) 273; F. Pringsheim, The Greek Law of Sale, 1950, H. J. Wolff, Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, SZ 74 (1957) 26–72.

⁷) Mitteis, Papyrusurkunden (o. Anm. 1) 8, 20ff., 22, 42.

⁸) D. Nörr, Römisches Zivilprozeßrecht nach Max Kaser, SZ 115 (1998) 81ff.; ders., Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht, SZ 121 (2004) 157f.

⁹) L. M. Friedman, Law and Society, An Introduction, 1977, S. 47f.

¹⁰) E. Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 1915, 108f.; ders., Gefahrgtragung beim Kauf, SZ 42 (1921) 545, 559ff.

zeigt¹¹⁾. W. Kunkel hat wahrscheinlich gemacht, dass die *bona fides* ursprünglich Verpflichtungsgrund, und nicht „ein Maßstab für die Bemessung des Anspruchs“ war¹²⁾. Dann muss aber auch der Inhalt der Vertragsverpflichtungen aus einer anderen Quelle entnommen worden sein. Hierfür kommen vor allem die Vertragsklauseln in Betracht. Diese wurden bereits für die alten Formalgeschäfte ausgebildet und knüpften etwa beim Kauf an den Manzipationsakt an.

Die Arbeit der römischen Juristen wird traditionell als Auslegung der positiven Sätze des alten Gesetzes- und Gewohnheitsrechtes, des Edikts und der Formeln gesehen. H. Coing betont, dass als dritte Quellengruppe die überlieferten und im Geschäftsverkehr üblichen Vertragsklauseln unbedingt noch dazu gehören¹³⁾. In seiner Arbeit über die *clausula doli* hat er nachgewiesen, welche bedeutende Rolle die Vertragsklauseln im Aufbau des römischen Vertragsrechts gespielt haben.

Die Alltagspraxis findet trotzdem nur schleppend Aufnahme in die rechtshistorischen Arbeiten. D. Nörr beklagt, wie wenige Studien etwa die Archive der Sulpizier oder der Babatha berücksichtigen¹⁴⁾. Noch schlechter steht es mit den als „griechisches Recht“ abgetanen Papyri Ägyptens.

Die Juristen Roms hatten, wie die Forschungen von D. Liebs zeigen¹⁵⁾, in ihrer Laufbahn ausreichend Kontakte zum hellenistischen Rechtsleben. Oft erwähnen die Juristen selbst den provinziellen Herkunftsort der Anfrage: Kleinasien und Ägypten kommen in den Digesten beinahe hundert Mal vor¹⁶⁾. Anderswo ist die hellenistische Praxis durch Rekonstruktion des Rechtsgeschäfts zu entdecken, wie es die Arbeiten von Nörr über die Eviktionshaftung¹⁷⁾, von

¹¹⁾ V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 1933, S. 100ff.

¹²⁾ W. Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in: *Fschr. Koschaker*, 1939, S. 1–15.

¹³⁾ H. Coing, *Die clausula doli im klassischen römischen Recht*, in: *Fschr. Schulz*, 1951, S. 97–122.

¹⁴⁾ Nörr, *Zivilprozeßrecht* (o. Anm. 8), S. 81; ders., *Eviktionshaftung* (o. Anm. 8), S. 157.

¹⁵⁾ Vgl. etwa D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa*, 20052, S. 37ff. ders., *Römische Jurisprudenz in Gallien* (2. bis 8. Jahrhundert), 2002, S. 27–41; s. auch R. Bauman, *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire*, 1989, S. 196f.

¹⁶⁾ Als Musterbeispiel möchte ich nur auf D. 34,1,14,3 hinweisen, wo Ulpian wasserrechtliche Probleme aus den Provinzen Africa und Ägypten darlegt.

¹⁷⁾ Nörr, *Eviktionshaftung* (o. Anm. 8), S. 161f., 182ff.; W. Ernst, *Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht*, *SZ* 114 (1997) 272–344; É. Jakab, *Prædicere und cavere, Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, 1997; dies., *Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein*, *SZ* 121 (2004) 189–232.

W. Ernst über den Gattungskauf oder meine über die Sachmängelhaftung oder den Weinkauf demonstrieren.

Die Verträge sind die Wellen auf einem großen Meer der Gewohnheit¹⁸⁾. Unzählige Vereinbarungen werden niemals voll ausformuliert. Die Parteien stehen miteinander meistens in langjährigen wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen. Nur ein Bruchteil von diesen wird in eine urkundliche Form gekleidet. Die Schriften der klassischen römischen Juristen sind rare Reflexionen dieses bunten Rechtslebens¹⁹⁾. Die in den Digesten überlieferten Fragmente vertreten eine dürre Auswahl aus dem Reichtum des antiken Materials; Justinian selbst gesteht ein, dass von drei Millionen Zeilen nur 150.000 übrig geblieben sind²⁰⁾. Wie viel Kasuistik ist der Schere der Kompilatoren zum Opfer gefallen! Der stark gekürzte und auf abstrakte Ebene gehobene Stoff ist ohne Hilfsmittel nicht zu verstehen. Die Dokumente des Alltags, Vertragsurkunden, Formulare, Briefe, Petitionen und Abrechnungen informieren über das Rechtsleben und dessen sozio-ökonomischen Kontext. Sie eröffnen auch im Vertragsrecht des Imperium Romanum neue Wege. Es ist reizvoll, aus den mühsam zusammengetragenen kleinen Steinen neue Bilder, neue Geschichten – Rechtsgeschichten? – zu gewinnen. An drei Beispielen möchte ich diesen bescheidenen theoretischen Neuansatz demonstrieren.

A) Erstes Beispiel: Periculum:

Die moderne Dogmatik fasst das Recht als ein kohärentes System von Regeln auf, das theoretisch komplett und logisch erschließbar ist²¹⁾. Seine Bausteine bilden präzise Definitionen, eine feste Terminologie und systemkonforme einheitliche Lösungen. Mein erstes Beispiel soll demonstrieren, dass diese Auffassung auf das römische Recht nicht ohne weiteres übertragbar ist (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 interci-

¹⁸⁾ R. Macneil, *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations*, 1980, S. 9.

¹⁹⁾ Freilich erinnert jüngst R. Knütel (Zur Rechtsfindung der Römer, in: *Gedächtnisschrift Heinze*, 2005, S. 479ff.) daran, dass die Juristen selbst in den großen Kommentaren überweite Strecken theoretische Fragen erörtern und an Fällen demonstrieren, die weithin künstlich gebildet sind.

²⁰⁾ Const. Tanta/Dedoken §1, vgl. R. Knütel, „Nicht leichter, aber umso wertvoller“ – Zum methodologischen Vermächtnis Max Kasers, SZ 115 (1998) 42.

²¹⁾ J. Stone, *Legal System and Lawyers's Reasoning*, 1964, S. 18f.

derit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Florentin kommentiert hier bekannte Formulare des Rechtslebens. Der Jurist unterscheidet danach, ob der Bau *aversione* oder *in pedes mensuras* vergeben wurde. Im ersten Fall trägt der *conductor* bis zur *adprobatio* (Abnahme), im zweiten bis zur *mensura* die Gefahr. Anschließend stellt er jedoch fest, dass der Untergang des Werkes durch *vis maior* immer den *locator* treffe. Den offensichtlichen Widerspruch haben viele Autoren mit nachklassischen Eingriffen erklärt²²).

Diese radikale Textkritik wiesen bereits Th. Mayer-Maly²³) und M. Kaser zurück: „die Unstimmigkeit sei nicht einfach dadurch zu bereinigen, dass man die Äußerung ... den ‚Byzantinern‘ in die Schuhe schiebt“²⁴). F. Wubbe²⁵) und W. Ernst²⁶) präzisieren dieses Prinzip. Die Differenzierung zwischen *vis cui resisti non potest* und *vitium ex ipsa re*, die Ulpian für die Sachmiete vorschlägt, ist beim Bauvertrag nicht überliefert. Labeo lässt die Lohngefahr der durch Erdbeben zerstörten Kanalbauten den Besteller tragen²⁷). Eine unter dem Namen des Paulus angeknüpfte *nota* unterscheidet zwischen *vitium operis* und *vitium soli*; das letzte ist mit der *vis naturalis* gleichzusetzen und trifft immer den *locator*. Afrikan und Javolen besprechen weitere Fälle aus dem Bauwesen und schreiben die Schäden aus Erdsturz und Erdbeben konsequent dem *locator* zu²⁸). Die Parallelen rechtfertigen Florentins Schlusssatz: Das *periculum vis maioris* trifft beim Bauvertrag den *locator*.

²²) E. Seckel/E. Levy, SZ 47 (1927) 223 Anm. 6 (= E. Levy, Gesammelte Schriften II, 1963, S. 222ff.); G. Luzzatto, Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I, 1938, S. 197f., M. Sargenti, SDHI 20 (1954) 132; F. M. De Robertis, I rapporti di lavoro nel diritto romano, 1946, S. 169; A. De Medio, BIDR 20 (1908) 187; E. Betti, Periculum, Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, in: St. Francisci I, 1956, S. 157. Ähnlich auch noch J. A. C. Thomas, Reflections on Building Contracts, RIDA 18 (1971) 673ff.; C. A. Cannata, Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico, 1967–8, S. 133ff.

²³) Th. Mayer-Maly, Locatio conductio, 1956, S. 40.

²⁴) M. Kaser, Periculum locatoris, SZ 74 (1957) 192.

²⁵) F. Wubbe, Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag, in: L’homme dans son environnement – Mensch und Umwelt, 1980, S. 131–147.

²⁶) W. Ernst, Periculum conductoris, in: F Schr. Lange, 1992, S. 59–97.

²⁷) D. 19,2,62 Lab. 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 accedit, tuum erit detrimentum.*

²⁸) Labeo in D. 39,3,2,6; Afrikan in D. 19,2,33; Javolen in D. 19,2,37 oder D. 19,2,57.

Das näher nicht definierte *periculum conductoris* in Florentins erstem Abschnitt muss folglich andere Risiken abdecken, die sonst allein der wohl stark gekürzte Paulus-Text erwähnt und mit *vitium operis* bezeichnet. Wubbe fasst diese Schadensereignisse als *periculum operis faciendi*, als das technische Risiko der Werkherstellung auf²⁹). Ernst erweitert den Begriff als das Erfolgsrisiko des *conductor*, was die drei Typen der *locatio conductio* verbindet³⁰). Durch differenzierte Betrachtung und historisches Verständnis wurde der vermeintliche Widerspruch in Florentins Entscheidung gelöst.

Weniger Beachtung fanden Florentins Varianten des Formulars. Der auszuführende Bau eines Gebäudes kann *aversione* (als einheitliches Ganzes) oder *in pedes mensurasve* (nach Maß) vergeben werden³¹). Im ersten Fall trägt der *conductor* bis zur *adprobatio*, im zweiten bis zur *mensura* die Gefahr. Kaser findet die Stelle „ungeschickt formuliert“, weil die beiden Varianten als Gegensätze dargestellt werden, „obschon sich zeigt, daß ... die Gefahr bei der gleichen Partei“ liege³²).

Sind die beiden Varianten wirklich ohne jede Bedeutung für die Gefahrtragung? *Aversio* und *mensura* sind gängige Figuren der Entgelt-Bestimmung bei Kauf, Miete und Werkvertrag. *Aversio* kommt in sieben Stellen vor: Verkauf von Wein und einmal auch eines Grundstücks³³), Vermietung von Zinshäusern und Schiffen³⁴), Transport von Amphoren oder Skla-

²⁹) Wubbe, Gefahrtragung (o. Anm. 24), S. 136ff.; s. auch F. Wubbe, TR 50 (1982) 241ff.

³⁰) Ernst, *Periculum* (o. Anm. 25), S. 73, 75.

³¹) S. D. Martin, A Reconsideration of *probatio operis*, SZ 103 (1986) 326ff. hebt hervor, dass die alternativen Klauseln in erster Linie die Berechnung der Bezahlung regeln. Mit modernen Vertragstypen ziehen Parallelen R. Samter, SZ 26 (1905) 142 und Cannata, *Per lo studio* (o. Anm. 21), S. 209f.; Thomas, *Reflections* (o. Anm. 21), S. 677f. vermutet eine doppelte *adprobatio* bei der Vergabe *in pedes mensurasve*. R. Knütel, *Beziehungsprobleme: Betrachtungen zu D. 23,2,58; D. 23,3,18 und D. 19,2,36*, in: Fsch. Spruit, 2002, S. 247ff. analysiert den Text anhand der zwei Typen des Bauvertrages und erklärt den Schlusspassus aus dem Gedanken eines hypothetischen Kausalverlaufs. Zum Bauvertrag vgl. auch S. D. Martin, *The Roman Jurists and the Organisation of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, *Latomus* 204 (1989) 20–28; auch M. Rainer, *Zur locatio conductio: Der Bauvertrag*, SZ 109 (1992) 514ff.; G. Thür, *Stipulation und Bauvertrag*, in: Fsch. Sturm, 1999, S. 477ff.

³²) Kaser, *Periculum* (o. Anm. 23), S. 192.

³³) Ulp. D. 18,6,4,1–2; Mod. D. 18,1,62,2, vgl. dazu É. Jakab, *Aversione venire – Verkauf in ‚Bausch und Bogen‘?*, in: *Usus Antiquus Iuris Romani*, hg. von W. Ernst/É. Jakab, 2005, S. 87–110.

³⁴) Afr. D. 19,2,35 pr.; Ulp. D. 14,1,1,15.

ven³⁵) und Vergabe von Bauarbeiten³⁶). Der *terminus technicus aversione* bezieht sich in jedem Text auf die Quantität; es handelt sich immer um das Gegenteil von *pondere, numero, mensura*, nach Gewicht, Zahl oder Maß bestimmten Leistungen. Das *per aversionem* bestimmte Entgelt ist als einheitliches Ganzes, von der tatsächlichen Quantität unabhängig, pauschal vereinbart. Damit übernimmt der Käufer, der Unternehmer, der Mittelsmann oder der Pächter das vertragspezifische Risiko.

Literarische und epigraphische Quellen berichten über Abschluss und Abwicklung der Bauverträge. Die *lex parieti faciundo Puteolana* überliefert die Ausschreibung des Baues einer Mauer in Puteoli aus dem Jahre 105 v. Chr.³⁷) C. Blossius übernimmt den ganzen Bau für 1.500 Sesterzen, also für einen Gesamtpreis (*aversio*). Nach Fertigstellung des ganzen Werkes wird es *arbitratu duovirum*, nach Beurteilung der Magistrate abgenommen, d. h. auf Qualität und Vollständigkeit geprüft. Das Herstellungsrisiko trägt bis dahin der Unternehmer.

Catos Formular über den Bau einer *villa rustica* bestimmt den Werklohn nach Dachziegeln³⁸): Es ist ein Maßpreis für die Bauarbeiten, während das Baumaterial vollständig vom Bauherrn zur Verfügung gestellt wird. Trotz des Maßpreises wird hier ebenfalls nach Fertigstellung des ganzen Gebäudes abgenommen. Alfenus zitiert die Vertragsklausel „falls für den Bau Steine nötig sind, wird der Bauherr dem Unternehmer für Steine und Arbeit auf jeden Fuß sieben Sesterzen geben“³⁹). Der Jurist stellt darauf ab, dass auch der unfertige Bau vermessen werden kann. Bei der Entgeltbestimmung nach Maß sind also Teilabnahme und Teilzahlung denkbar. In diesem Fall ist das Herstellungsrisiko für den Unternehmer wesentlich günstiger bestimmt.

Kehren wir zu Florentin zurück. Sein *aversione* übernommener Bau wird erst nach Vollendung durch die *adprobatio* gebilligt. Was der Bauunternehmer beigesteuert hat (Arbeit und Material), bleibt bis dahin sein Risiko. Allein in den klassischen Fällen der *vis maior* kann er sich entlasten. Für Diebstahl,

³⁵) Lab. D. 14,2,10,2; Lab. D. 14,2,10 pr.

³⁶) Flor. D. 19,2,36.

³⁷) FIRA III 153, pag. III, Z. 14–16: *pars dimidia dabitur, ubi praedia satis sub-signata erunt, altera pars dimidia solvetur opere effecto probatoque ... C. Blossius Q. f. HS MD.*

³⁸) Cato agr. 14,2: *huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat, in tegulas singulas II. id tectum sic numerabitur ...*

³⁹) D. 19,2,30,3 Alf. 3 dig. Paul. epit.: *Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: „quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit: quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectam metiri oporteret. respondit etiam imperfectum.*

Ungeschicklichkeit, Zufälle in seinem Betrieb muss er den Schaden tragen; Gestohlenes muss er ersetzen, eingestürzte Teile wieder aufbauen⁴⁰). Er trägt das *periculum operis*, das ganze Risiko des Bauens, was weit über die Lohngefahr hinausgehen kann.

In pedes mensurasve, nach Maß wurden meistens der Bau von Straßen und Mauern oder Steinbrucharbeiten vergeben⁴¹). Aber Cato lässt auch die Maurer seiner *villa* pro Dachziegel bezahlen⁴²). Da das Dach erst am Schluss gedeckt wird, scheint damit auch die Abnahme des fertigen Baues vereinbart, während die Bezahlung nach verbauten Steinen (Alfenus) auch Teilabnahme zulässt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Florentin das technische Wort *periculum* in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet. Die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache durch *vis maior* wird von dem vertragspezifischen Risiko bewusst getrennt. Das *periculum vis maioris* ist für den Juristen der unproblematische Normalfall, der meistens weder vertraglicher Regelung noch juristischer Auslegung bedarf. Die typischen Klauseln der Vertragspraxis, *aversione* und *in pedes mensurasve*, regeln hingegen das vertragspezifische Risiko der vereinbarten Tätigkeit, das *periculum operis* (Herstellungsrisiko).

Florentins umstrittenes Responsum zeigt, dass die traditionelle dogmatische, mit allgemein geltenden Regeln arbeitende Interpretation im Vertragsrecht bald auf ihre Grenzen stößt. Den klassischen römischen Juristen dienen oft konkrete Fälle aus dem Alltagsleben und bekannte Formulare als Grundlage. Die *leges locationis* wurden nach langer Erfahrung im Rechtsleben anonym und spontan entwickelt, und nicht von einer hoch gebildeten, in der griechischen Philosophie geschulten Juristenelite systembewusst und logisch ausgearbeitet. Sir Oliver Holmes hat bereits vor hundert Jahren gemahnt: „The life of the law has not been logic: it has been experience“⁴³). Dieses empirische Wesen der römischen Jurisprudenz kommt in unserem zweiten

⁴⁰) In griechischen Tempelbauverträgen wird der Unternehmer sogar verpflichtet, eventuell beschädigte Bauteile anderer Unternehmer auf eigene Kosten zu reparieren; vgl. die Vergabeordnung für sakrale und öffentliche Bauten aus Tegea, 350 v. Chr., G. Thür/H. Taeuber, Prozeßrechtliche Inschriften der griechischen Poleis, 1994, Nr. 3, S. 20ff.

⁴¹) Martin, Reconsideration (o. Anm. 30), S. 329.

⁴²) Cato agr. 14,2. In P.Oxy. 498 (2. Jh. n. Chr.) werden die Arbeiten im Steinbruch pro Stück (je nach behauenen Steine) bezahlt, während P.Oxy. 55 (283 n. Chr.) einen Gesamtpreis nennt. Beide Modelle waren also in der Vertragspraxis verbreitet.

⁴³) O. W. Holmes, *The Common Law*, ed. Harvard 1963 S. 5 (of *Collected Papers*, 1920, S. 50); als theoretischer Ansatz immer noch zitiert bei G. Gilmore, *The Death of Contract*, 1974, S. 33.

Beispiel noch stärker zum Ausdruck. Es geht wieder um *periculum* und um die Baubranche, aber wir kommen mit neuen vertraglichen Konstruktionen in Berührung.

B) Zweites Beispiel: *Societas*?

Julian scheint auf den ersten Blick eine langweilige Lektion über Vertragslehre zu erteilen (D. 19,5,13, 1 Ulp. 30 Sab.):

Ulpianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit ...

Ego überträgt Tu einen Baugrund ins Eigentum, damit Tu darauf ein Miethaus errichtet und ihm daran Teileigentum (rück)übereignet. Die Kompilatoren haben das Fragment unter D. 19,5 (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*) aufgenommen; es stammt aber aus dem 30. Buch Ulpian's *Ad Sabinum*. Lenel rekonstruiert den ulpianischen Text unter zwei Titeln, *De emptione et venditione* und *De societate et communione* und unser Fragment gliedert zur Gesellschaft ein⁴⁴). Der Jurist überlegt das theoretische Problem, wie dieser alltägliche Fall des Rechtslebens in einem systematisierten Vertragsrecht unterzubringen wäre. Dahinter steckt jedoch die praktische Frage, welche Klagen den Parteien im Falle eventueller Leistungsstörungen zur Verfügung stehen.

Es handelt sich um ein Austauschgeschäft, das in keines der vorgegebenen Schemata passt⁴⁵). Die Argumente gegen Kauf und Mandat bauen auf dem Mangel begriffswesentlicher Elemente auf und leuchten sofort ein; hingegen scheint der Jurist bei der Gesellschaft eine gewisse Hilflosigkeit zu verspüren. Er benötigt weitere Beispiele, um seinen systemfremden sachenrechtlichen Aspekt zu erörtern. In der (hier nicht abgedruckten) Fortsetzung spricht er von einem Sklavenjungen, der zur Ausbildung, und von einer Herde, die zum Weiden gegeben wird⁴⁶). Ulpian differenziert anscheinend danach, ob Besitz oder Eigentum übertragen wird; der Eigentumswechsel schließe ein Gesellschaftsverhältnis aus. Die Begründung ist knapp: „Niemand verliert sein Eigentum, wenn er eine Gesellschaft eingeht“.

⁴⁴) Lenel, *Palingenesia* II Sp. 1127–1131. Es ist jedoch das einzige Fragment aus dem 30. Buch *Ad Sabinum*, das in die Digesten unter D. 19,5 aufgenommen wurde.

⁴⁵) Zu den dogmatischen Problemen des mangelnden Preises s. K.-H. Misera, *Der Nutzungsaustausch bei Nachbarn und Miteigentümern*, SZ 94 (1977) 271; jüngst auch St. Meißel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, 2004, S. 185f.

⁴⁶) Ulp. D. 19,5,13,2–3.

Die wenigen Autoren, die sich mit der Stelle beschäftigen, folgen ausnahmslos der von Ulpian gewiesenen Spur⁴⁷⁾. R. Backhaus kam kürzlich zu dem Schluss, dass die „Gestaltung des sachenrechtlichen Schicksals des Substrats“ vor allem die Gefahrenverteilung regele, weil dadurch der „zufällige Untergang oder eine Verschlechterung des Grundstücks“ allein den Bauunternehmer träfe⁴⁸⁾.

Sucht man in den Juristenkommentaren nach solchen Risiken, so stößt man auf Fälle von Erdbeben, Einsturz und Erdbeben⁴⁹⁾. Wollten die Parteien hier bloß dieses Risiko regeln? Wird dadurch die Lage des Grundeigentümers tatsächlich verbessert? Auf dem zerstörten Baugrund würde kein Miethaus entstehen, dessen Miteigentümer er sein könnte. Letztlich fiel das Risiko auf ihn zurück, weil Leistung und Gegenleistung hier geradezu körperlich voneinander abhängen.

Selbst wenn die beiden Leistungen nicht von dieser speziellen Art wären, würde Backhaus' These nicht aufgehen. Er will den Fall nach dem Muster des so genannten *locatio conductio irregularis* und des *depositum irregulare* lösen⁵⁰⁾. Dabei übersieht er den wesentlichen Unterschied, dass es dort um vertretbare und gattungsmäßig bestimmte Sachen (Getreide, Geld) geht, während hier der Baugrund für das Miethaus eine nicht vertretbare Sache ist, die als *species* geschuldet wird.

Gegen den Gefahrenübergang auf den Vertragspartner spricht weiterhin Paulus in D. 19,5,5,1 (Paul. 5 quaest.): *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit. Ac tu dumtaxat culpam praestare debes ...* Es geht hier ebenfalls um ein Austauschgeschäft und um die *actio praescriptis verbis*: Ego übereignet dem Tu einen Becher, damit Tu ihm dafür den Sklaven Stichus ins Eigentum gibt. Hier sind – im Gegensatz zum Ausgangstext – die einzelnen Leistungen voneinander körperlich unabhängig. Die Gefahr

⁴⁷⁾ M. Artner, *Agere praescriptis verbis*, Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren, 2002, S. 140. Th. Drosdowski, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, 1998 verweist nur ein einziges Mal auf unsere Stelle: „auch die Eigentumsverhältnisse der Gesellschafter werden durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags nicht notwendig betroffen“.

⁴⁸⁾ R. Backhaus, *Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht*, SZ 121 (2004) 233–261, Zitat auf S. 245.

⁴⁹⁾ Afr. D. 19,2,33. Der *locator* haftet dem Bauunternehmer auf sein Interesse, wenn dieser die vertraglich verabredeten Bauarbeiten nicht durchführen kann.

⁵⁰⁾ Zu den Rechtsgeschäften und deren Definition in der Pandektistik vgl. Mayer-Maly, *Locatio conductio* (o. Anm. 22), S. 34–40.

der Gegenleistung, der eventuelle Tod des vereinbarten Sklaven, wird trotzdem dem künftigen Leistungsempfänger aufgebürdet (wie beim Kauf). Die Gefahr wechselt offenbar mit der Entstehung der Obligation (die hier mit der zweckgebundenen Vorleistung der ersten Partei zusammenfällt). Wendet man diesen Gedanken auf unseren Fall an, sieht man, dass der ursprüngliche Eigentümer des Baugrundes durch die Eigentumsübertragung zwar die Gefahr des Baugrundes abgewälzt aber dafür die Gefahr der Gegenleistung zu tragen hatte. Da die Leistungen in diesem Fall körperlich voneinander abhängig sind, gelingt er im Endeffekt in keine günstigere Lage.

Worin liegt dann der wahre Grund für die eigenartige sachenrechtliche Gestaltung in unserem Ausgangstext? Und wo liegen die Grenzen zwischen der *actio pro socio* und der *actio praescriptis verbis*, die Ulpian letztlich gewährt? Anderswo äußert sich Ulpian diesbezüglich sehr elastisch und stellt allein auf den Parteiwillen ab (D. 17,2,44 Ulp. 31 ed.): *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis*. Hier verzichtet der Jurist auf jedes sachenrechtliche Argument. Der wirtschaftliche Inhalt, dass jemand seine Sache einem Agenten zum Verkauf übergibt, kann in Form einer *aestimatio* (eines Trödelvertrages) oder auch einer *societas* verwirklicht werden. Liegt ein *animus contrahendae societatis* vor⁵¹), wird den Parteien die *actio pro socio* als Abrechnungsklage zur Verfügung stehen.

Es liegt nahe, den für Ulpian entscheidenden Parteiwillen in den überlieferten Urkunden und Vertragsklauseln zu suchen, obwohl die Autoren, die sich mit diesem Thema beschäftigt haben, darauf fast ausnahmslos verzichtet haben⁵²).

Eine siebenbürgische Wachstafel aus Deusara, die mein verehrter Lehrer E. Pólay ausführlich kommentierte⁵³), überliefert einen Gesellschaftsvertrag aus dem 2. Jh.⁵⁴) Julius Alexander, der wohlhabende Unternehmer gründet mit einem gewissen Cassius Frontinus eine *societas danistariae*, eine Gesell-

⁵¹) Gegen die Interpolationsverdächtigungen und für den eventuellen Ursprung der Wendung in *id quod actum est* argumentiert Meissel, *Societas* (o. Anm. 44), S. 147f.

⁵²) In der neueren Literatur etwa Misera, Drosdowski oder Artner; ähnlich Backhaus. Eine breite Palette der Urkundenpraxis legte kürzlich jedoch Meissel zur *societas* vor.

⁵³) E. Pólay, *A dáciai viaszostáblák szerződése*, 1972, S. 200ff.

⁵⁴) FIRA III 157 (Deusara, 167 n. Chr.): ... *quidquid in ea societate ab re natum fuerit lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus suscipere debebunt* ...

schaft zur Kreditgewährung gegen Pfand⁵⁵). Er steuert 500 Denare bei, sein *socius* nur 267. Die Urkunde regelt ausführlich das Innenverhältnis: „was immer in dieser Gesellschaft entstehen wird, als Gewinn und Verlust eintritt, müssen sie zu gleichen Teilen erhalten.“ Es wird noch eine Restschuld gegenüber einem Dritten in der Höhe von 50 Denaren erwähnt. Die Urkunde zeigt, dass die Gesellschaft in der Antike in erster Linie als Abrechnungsverhältnis aufgefasst wurde. Julius Alexander und Cassius Frontinus handeln auf einem gemeinsamen Konto, um das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens gemeinsam zu tragen⁵⁶).

Das enge Abrechnungsverhältnis unter den *socii* kommt besonders anschaulich in einem Privatbrief aus Oxyrhynchos zum Ausdruck⁵⁷): Kapitolinus beschwert sich, dass sein Bruder in der Korrespondenz allzu nachlässig sei. Er vermisst nicht die Nachrichten über Wohl und Wehe der Familie, sondern das Ausbleiben der Informationen über das Wirtschaften auf dem gemeinschaftlich verwalteten Gut. Zornig bemerkt er: „Ich halte es für richtig, dir zu schreiben, was man einnimmt und ausgibt“. Er spricht von der Buchführung. Es war allgemein üblich, dem Partner regelmäßig Abschriften des „Kontobuches“ zukommen zu lassen. Kapitolinus hält sich korrekt daran; der verärgerten Einleitung folgt auch hier eine lange Abrechnungsliste: „Horigenes wurden 10 *spathia* Wein für je 1.800 Drachmen verkauft, insgesamt 3 Talente ...“ Anschließend bestellt Kapitolinus bei seinem Bruder eine weitere Weinlieferung an Horigenes mit der Bitte, ihm den kassierten Preis bar zu schicken und diese Summe (mit den anderen Bestellungen) in seiner Abrechnung als Ausgabe abzuziehen⁵⁸). Die laufenden Geschäfte werden gewissenhaft in Kontobüchern eingetragen und deren Abschriften regelmäßig ausgetauscht; sie informieren darüber, was der Partner in gewissen Zeitabständen (monatlich, täglich) an Einnahmen und Ausgaben verbucht hat.

Im Mittelpunkt der überlieferten Gesellschaftsverträge steht ebenfalls das für die gemeinschaftliche Tätigkeit eröffnete Konto⁵⁹). Timotheos und Uon-

⁵⁵) Zur Deutung von *danista* s. P. Gröschler, Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden, 1997, S. 50 Anm. 183.

⁵⁶) Eine ausführliche Analyse mit weiterer Literatur bietet Meißel, *Societas* (o. Anm. 44), S. 171–174.

⁵⁷) P.Oxy. XXXIV 2728, Ox., 3–4. Jh. n. Chr.

⁵⁸) Vgl. É. Jakab, Berenike vor Gericht, Apokeryxis und Gesellschaft in P.Oxy. XXII 2342, *Tyche* 16 (2001) 78f. mit weiterer Literatur.

⁵⁹) Ich beschränke die knappe Übersicht hier auf die von mir bereits behandelten Urkunden über Handelsgesellschaften, s. unten Anm. 59.

sis gehen 319 n. Chr. in der Großen Oase eine Fernhandelsgesellschaft ein⁶⁰). Beurkundet wurde die Zuzählung einer bestimmten Summe Geldes von Uonsis an Timotheos. Der Letztgenannte hat für das gemeinsame Geschäft 12 Talente erhalten, die *εις λόγον τῆς ἐμπορίας* (Z. 6), „auf das Konto des Handelsgeschäfts“, ausgezahlt wurde. Timotheos hatte aus dieser Summe Zölle und sonstige Aufwendungen zu zahlen. Nach Abschluss der Handelsreise sollen das gemeinsame Kapital und die Restsumme (der Gewinn abzüglich der Ausgaben) geteilt werden. Timotheos, der Empfänger des Geldes, war während der Geschäftstätigkeit zur Buchführung und am Ende zur Abrechnung verpflichtet. Ähnlich war die Gesellschaft zwischen zwei Obsthändlern, Isidoros und Dorotheos aus Hermoupolis, gestaltet⁶¹). Die Urkunde legt fest, dass sie den Obsthandel *ἐπι κοινῶ λήμματι καὶ ἀναλόματι*, auf gemeinsame Einnahmen und Ausgaben, treiben werden. Die Wendung betont die zentrale Rolle eines gemeinsam, vielleicht gegenseitig geführten Kontobuches. Die korrekte Buchführung und Abrechnung sind also die wichtigsten wirtschaftlichen Merkmale jeder Gesellschaft; die *socii* verpflichten sich, ein gemeinsames Konto mit gegenseitiger Einsicht und Abrechnung zu führen.

Kehren wir aber zu unserem Miethaus zurück. Backhaus will die Gefahrverteilung unter den Parteien durch die sachenrechtliche Gestaltung modifiziert wissen⁶²). Dabei legt er *periculum* sehr eng, als Untergang oder Verschlechterung des Baugrundes aus⁶³). Ich versuchte zu zeigen, dass diese Auffassung dogmatisch und wirtschaftlich problematisch ist. Es blieb jedoch die Frage offen, warum unsere Parteien (für den Bau) keine Gesellschaft gründen wollten. Der Wunsch des Grundeigentümers nach der Rückübergang eines Teils des fertigen Miethauses lässt nämlich darauf schließen, dass der künftige Zweck der Parteien die gemeinsame Vermietung der *insula* gewesen sein dürfte, also ein typischer *societas*-Tatbestand. Warum wollten sie also das gemeinschaftliche Handeln für den Zeitraum der Bauarbeiten vermeiden?

Die denkbaren Motive sind im sozioökonomischen Kontext zu suchen. Bereits unser erstes Fallbeispiel von Florentin wies darauf hin, dass in Rom

⁶⁰) PUG I 20 u. 21 (= SB XVI 12530).

⁶¹) P.Lond. V 1794 p. 250, 487 n. Chr.; ähnlich auch P.Lond. V 1795 p. 251, 6. Jh. n. Chr. oder SB XII 11238, Ox. 280 n. Chr.; s. dazu ausführlicher Jakab, Berenike (o. Anm. 57), S. 72–78.

⁶²) Backhaus, Gefahrtragung (o. Anm. 47), S. 236ff.

⁶³) Problematisch scheint mir, dass Backhaus die Vielschichtigkeit des *periculum*-Begriffes nicht beachtet; dadurch werden die Grenzen zwischen Gefahrtragung (*vis maior*) und wirtschaftlichem Risiko oft verwischt, wie man es etwa auf S. 237f. sieht. Zur einem weniger strikt aufgefassten Begriff s. meinen Versuch in SZ 121 (2004) 193ff. mit Literaturübersicht.

ein wirtschaftlich bedeutender Baumarkt existierte. Mustert man allein die in den Digesten überlieferten Juristentexte nach dem Schlagwort *insula* durch, gewinnt man eine reiche Fülle an Informationen über Technologie, Organisation, Qualität und Risiken dieser Bauten.

Papinian berichtet davon, dass jemand irrtümlich auf einem fremden Grundstück eine *insula* errichtet hat; es wird ihm empfohlen, das Haus wegzutragen (*tollere*)⁶⁴). Anderswo liest man davon, dass eine soeben fertig gewordene *insula* heimlich abgetragen (gestohlen) wurde⁶⁵). Es handelt sich zum Teil also um leichte Holzbauten, die – wie Fertighäuser – schnell zusammengestellt, aber ebenso rasch auch abgerissen werden konnten. Der Unternehmer besaß oft eine Brigade aus Sklaven, die für ihn die Bautätigkeit ausgeführt haben⁶⁶). Venuleius⁶⁷) und Ulpian⁶⁸) betonen, dass der Bauunternehmer die Handwerker nach einem vernünftigen Standard zu stellen habe; konkrete Namen braucht er beim Vertragsschluss aber nicht zu nennen.

Die schnelle und billige Bauweise führte nicht selten zu Katastrophen. Vom Einsturz der *insulae* berichten mehrere Quellen: Etwa die Wohnungsmiete wurde für das ganze Jahr im Voraus ausgelegt, aber das Miethaus brach nach sechs Monaten zusammen⁶⁹). Alfenus⁷⁰) und African⁷¹) berichten von ähnlichen Situationen, wo der Eigentümer den Abriss noch rechtzeitig in Angriff nehmen konnte. In weiteren Fragmenten droht irgendeinem Zinshaus der Einsturz und es wird deshalb mit starken Balken abgestützt⁷²). Auf den Spekulationscharakter des Geschäfts lässt die von Pomponius zitierte Nießbrauch-Klausel schließen, wo dem *usufructuarius* die *insula* mit dem Verbot des Aufstockens übergeben wurde⁷³). Von Einwirkung höherer Gewalt (Erdbeben) liest man nur in einer einzigen Stelle⁷⁴); sonst hatten offenbar die billige Bauweise und das Altern des Materials zu diesen Vorfällen geführt.

⁶⁴) Pomp. D. 6,1,27,5; ähnlich Ulp. D. 6,2,11,9–10.

⁶⁵) Ulp. D. 6,2,11,9–10.

⁶⁶) Ulp. D. 7,8,12,6.

⁶⁷) Ven. D. 45,1,137,3; zum Haftungsinhalt s. Martin, Roman Jurists (o. Anm. 30), S. 83ff.

⁶⁸) Ulp. D. 46,3,31.

⁶⁹) Ulp. D. 19,2,19,6.

⁷⁰) D. Alf. 19,2,30 pr.

⁷¹) Afr. D. 19,2,35 pr.

⁷²) Gai. D. 3,5,5,13; Ulp. D. 3,5,9,1; Ulp. D. 3,5,16; Ulp. D. 10,3,4,4; Paul. D. 13,6,17,3; Pomp. D. 13,7,8 pr.; Ulp. D. 15,3,3,8; Afr. D. 16,1,17,2.

⁷³) Pomp. D. 7,1,19 pr. Zur Rolle von Vertragsklauseln beim Nießbrauch s. vor kurzem R. Knütel, Zwei Klauseln aus dem Nießbrauchsrecht, SZ 119 (2002) 352–358.

⁷⁴) Afr. D. 19,2,33.

In Rom zählten Zinshäuser als Geldanlage zu den Geschäften mit hohem Risiko. Gellius und Apuleius⁷⁵⁾ sind sich darüber einig, dass häufige Brandfälle diese Art der Investition äußerst gefährden. In den Schriften der klassischen Juristen liest man auch immer wieder von Hausbränden⁷⁶⁾. Trotz aller Gefahren scheinen aber Bau und Vermietung von *insulae* ein begehrtes, gewinnbringendes Geschäft gewesen zu sein. Paulus berichtet davon, dass der Eigentümer einer mit Nießbrauch belasteten *insula* das ganze Haus in Brand steckte, um auf dem wertvollen Baugrund schnell ein neues, lastenfreies Miethaus zu errichten⁷⁷⁾.

Es ist schließlich auch noch von Interesse, wie Bau und Renovierung finanziert wurden. Bei Pomponius verkauft A dem B eine *insula* mit der Abrede, dass der Kaufpreis neben einem Geldbetrag mit der Instandsetzung eines weiteren Miethauses zu begleichen sei⁷⁸⁾. Der Käufer zahlt also nur zum Teil mit Bargeld, überwiegend mit seiner Arbeitsleistung. Paulus begutachtet ein Austauschgeschäft, worin A für B in Karthago eine *insula* errichtet, während B für A ebenfalls eine *insula* baut, aber in Rom⁷⁹⁾. Pomponius bespricht eine nahe Parallele zu unserem Ausgangstext: A verkauft dem B einen Baugrund *certo pretio* und mit der Abrede, dass ihm die Hälfte des fertigen Miethauses zurückübereignet wird⁸⁰⁾. Da der Kaufpreis wenigstens zum Teil aus Geld besteht, wird dieses Rechtsverhältnis als Kaufvertrag eingestuft.

All diese Beispiele zeigen, dass einerseits die Grundstücks- und Miethaus-Eigentümer nicht selten mit Liquiditätsproblemen gekämpft haben. Andererseits scheinen auch die Bauunternehmer bargeldlose Geschäfte bevorzugt zu haben. Ihr Arbeitseinsatz hatte einen bestimmten Marktwert. Bei Naturalleistung können sie an Material, Arbeitskraft und Organisation sparen und vor allem für mehr Aufträge werben.

Überlegen wir noch einmal die Interessenlage in unserem Ausgangsfall. A verfügte über einen Baugrund, es mangelte ihm aber am Kapital. B betrieb

⁷⁵⁾ Gell. NA 15,1,1–3; s. auch Plutarch, Crassus 2,5,34,1. Vom Brand einer *insula* berichten Pomp. D. 13,7,8 pr.; Alf. D. 18,6,12 pr.; Ulp. D. 19,2,9,1; Pomp. D. 45,1,15; Paul. D. 4,3,18,2; Ulp. D. 4,4,11,5; Ulp. D. 9,2,27,8. Zum sozio-ökonomischen Kontext vgl. B. Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, 1980, S. 21f., 32f.

⁷⁶⁾ Alf. D. 18,6,12 pr.; Ulp. D. 4,4,11,5; Pomp. D. 45,1,15.

⁷⁷⁾ Paul. D. 4,3,18,2. Zu den Gewinnchancen s. Frier, *Landlords* (o. Anm. 74), S. 31ff. Zum Bau und Bauvorschriften s. O. Robinson, *Ancient Rome, City Planning and Administration*, 1992, S. 34ff.

⁷⁸⁾ Pomp. D. 19,1,6,1; ähnlich Ner. D. 19,5,6, wo die Gegenleistung ausschließlich aus Arbeitsleistung besteht.

⁷⁹⁾ Paul. D. 19,5,5,4.

⁸⁰⁾ Pomp. D. 19,1,6,2.

eine Baufirma, hatte aber ebenfalls wenig bares Geld. Beide waren daran interessiert, trotz der hoch eingeschätzten Risiken in Miethäuser zu investieren. Sie waren willens, das fertige Miethaus im Miteigentum zu haben und vermutlich sogar als *socii* zu vermieten. B, dem Bauunternehmer, lag aber offenbar viel daran, seine Geschäftsbücher und seine Kalkulation für sich zu behalten. Er wünschte sich keinen Partner, der in die Rechnungen Einsicht hätte. Durch ein gemeinsames Konto und Aufwendersatz hätte er seine erhoffte Gewinnspanne verringert. Die Eigentumsübertragung lag also weniger im Interesse des Grundeigentümers, sondern im Interesse des Bauunternehmers, der dadurch den Bau völlig in Eigenregie durchführen konnte. Sein Aufwand für den Bau der *insula* wurde pauschal durch seinen künftigen Miteigentumsanteil abgegolten: Der erwartete Mietzinsanteil musste in einem vernünftigen Verhältnis zu dem alleine zu tragenden Baukosten stehen. Es geht hier also um das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts und um das *periculum* des Marktes.

Hat also unsere Stelle mit *periculum* im juristischen Sinne gar nichts zu tun? Doch! Bereits Florentin hat das Risiko der Bautätigkeit als eigene Art des *periculum* bewertet und von den klassischen Fällen der *vis maior* getrennt (s. das erste Beispiel⁸¹). Das *periculum operis faciendi* musste bereits bei Florentin bis zur *adprobatio* der *conductor*, der Bauunternehmer, tragen. Es handelt sich um das immanente vertragsspezifische Risiko der wirtschaftlichen Tätigkeit, das auch beim Bau unseres Miethauses vorhanden ist. Mit der Eigentumsübertragung haben die Parteien erreicht, dass die Bauarbeiten ausschließlich in der Regie des Unternehmers ausgeführt wurden: Er war keine Abrechnung schuldig und konnte frei kalkulieren. In der Tat übernahm er damit auch das Risiko der höheren Gewalt in Form von Naturkatastrophen. Kommt es etwa zu einem Erdbeben und stürzt das halb fertige Haus ein, verliert er das investierte Geld und die Arbeit. Die statistische Wahrscheinlichkeit dieser Art des *periculum* ist aber relativ gering. In der zweiten Schale der Waage liegt hingegen die wirtschaftliche Kalkulation, seine Spekulation, womit er beachtlichen Gewinn kassieren kann.

Das zweite Beispiel zeigt also erneut, dass unsere moderne Terminologie und allzu generalisierende Dogmatik ungeeignet sind, die Vielfalt des vertraglichen Alltags der römischen Antike zu erfassen. Zu schärferen Konturen führt die Beleuchtung durch die Urkundenpraxis. Die typischen Klauseln der Formulare markieren die wirtschaftlich wesentlichen Punkte des Geschäfts, die vertraglicher Regelung und juristischer Auslegung bedürfen. Die Unter-

⁸¹) Flor. D. 19,2,36; s. dazu oben bei Anm. 20–42.

suchung des sozio-ökonomischen Kontextes verhilft zu einem historischen Verständnis des Rechtsverhältnisses. Einen unentbehrlichen Beitrag steuern die Urkunden bei, darunter – ungeachtet ihrer griechischen Sprache – auch die Papyri aus dem römischen Ägypten. Dafür liefert das dritte Beispiel, der jedem Romanisten vertraute Frachtvertrag des Saufeius ein – wie ich hoffe überzeugendes – Exempel.

C) Drittes Beispiel: Der Frachtvertrag des Saufeius:

Die Analyse wird hier auf den Getreidetransport beschränkt; ich lasse Alfenuus' Parallelen über das Gelddeposit und die Metallverarbeitung beiseite. Der besseren Übersicht halber habe ich das Fragment in 7 Abschnitte geteilt (D. 19,2,31 Alf. 5 dig. a Paul. epit.):

(1) In naven Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione.

(2) 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): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri.

(3) idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae [solveret].

(4) secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum.

(5) quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare.

(6) et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi.

(7) sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.

Der Schiffer Saufeius hat von mehreren Befrachtern Getreide zum Transport übernommen, das im Laderaum zusammengeschüttet wurde (*confuderant*, Sammeltransport). Im Zielhafen (oder im ersten der Zielhäfen⁸²) hat er mit dem Löschen begonnen und einem der Befrachter aus der ge-

⁸² S. dazu die Überlegungen von Mayer-Maly, *Locatio* (o. Anm. 22), S. 35; N. Benke, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis“*, SZ 104 (1987) 194.

meinsamen Ladung (*de communi*) seinen Teil zurückgegeben. Darauf ist das Schiff mit der restlichen Ladung durch höhere Gewalt untergegangen (*navis perierat*). Der Jurist wurde gefragt, ob die *ceteri*, die anderen Befrachter, gegen Saufeius die *actio oneris aversi* geltend machen können (Abschnitt 1).

Der Text stammt aus dem fünften Buch der von Paulus epitomierten Digesten des Alfenus. Zwei andere Stellen (D. 12,6,36 und D. 13,7,30) haben dieselbe *inscriptio* und behandeln den Diebstahl; aufgrund dieser Angaben rekonstruiert Lenel den Titel *De furtis et onere averso*⁸³). Die *actio oneris aversi* ist jedoch nur in diesem einzigen Text belegt und ihre Anwendung wird hier sogar abgelehnt⁸⁴). Auch die Kompilatoren dürften ihr kaum Bedeutung beigemessen haben, weil sie das Fragment unter D. 19,2 (*actio locati*) aufnahmen.

Alfenus beginnt seine Argumentation mit der Differenzierung *duo genera rerum locatarum*; es gebe zwei Arten, wie man Sachen in *locatio* geben kann⁸⁵). Entweder wird die Rückgabe derselben Sache oder einer Sache derselben Gattung vereinbart. Die Sachhingabe mit Rückgabepflicht *eiusdem generis* rückt das Rechtsverhältnis in die Nähe des Darlehens. Das Zusammenschütten des Getreides schließt bei Saufeius das *idem reddere* aus; demnach liege eine *locatio* vor, die den *conductor* Eigentum erwerben lasse (Abschnitt 2)⁸⁶).

Die pandektistische Lehre spricht von einer *locatio conductio irregularis*⁸⁷). Das Eigenschaftswort wurde für Rechtsgeschäfte eingeführt, „die obwohl sie typisch unvertretbare Sachen zum Gegenstand hatten – ausnahmsweise doch vertretbare Sachen erfassten“⁸⁸). Die Eigenart dieser Verträge liege in einem

⁸³) Lenel, Palingenesia I Sp. 52.

⁸⁴) S. dazu die Literaturübersicht bei Benke, Eigentumserwerb (o. Anm. 81), S. 95–198.

⁸⁵) R. Fiori, La definizione della locatio conductio, 1999, S. 65ff. bezieht die Differenzierung auf die *res locatae* (vertretbare oder unvertretbare Sachen); ich würde hingegen beim subjektiven Begriff bleiben, weil auch vertretbare Sachen als Stückschuld zum Transport gegeben werden können, worauf Alfenus auch in unserer Stelle verweist.

⁸⁶) So auch Benke, Eigentumserwerb (o. Anm. 81), S. 199. Alfenus bezieht sich als Parallele ausschließlich auf Fälle der Metallverarbeitung; es gibt weitere zwei Texte, in denen der *conductor* das Material des *locator* erwirbt: D. 34,2,34 pr. und D. 15,3,7,2; vgl. dazu Benke, S. 199f.

⁸⁷) Der Begriff geht auf W. A. Lauterbach, 1707, zurück, worauf bereits Benke, Eigentumserwerb (o. Anm. 81), S. 157 Anm. 4 hinweist.

⁸⁸) Mayer-Maly, Locatio (o. Anm. 22), S. 34; aus der neueren Literatur s. etwa J. A. C. Thomas, Non solet locatio dominium mutare, in: Mél. Meylan I, 1963, S. 357; umfassend Benke, Eigentumserwerb (o. Anm. 81), S. 156ff.

nicht vertragstypischen Eigentumserwerb. Nach herrschender Auffassung ist damit das Risiko des zufälligen Untergangs übertragen: Der *nauta* hafte unabhängig vom Schicksal der übergebenen Gegenstände bei Fälligkeit für die Leistung derselben Güte und Menge⁸⁹) und könne sich nicht einmal wegen Seegefahr entschuldigen.

Das *periculum* wird jedoch im Text gar nicht erwähnt, worauf bereits R. Röhle und N. Benke hingewiesen haben⁹⁰).

Im Folgenden gehe ich der Frage nach, ob diese auf die Dogmatik des Sachenrechts gestützte, bis jetzt kaum angezweifelte These der Risikoverlagerung nach den Dokumenten des Rechtslebens zu bejahen oder abzulehnen ist. Ausgehend von Alfenus' Text wird uns die Reise durch das gesamte Mittelmeer bis hin zur Schifffahrt am Nil führen.

Das Schrifttum geht entweder davon aus, dass unter den Kaufleuten Miteigentum entstehe, an dem Saufeius nur Fremdenbesitz erlange⁹¹); dadurch ließen sich das *confundere, frumentum commune* und die *culpa*-Haftung des Schiffers erklären (Abschnitt 1 und 7). Dies führt aber zum Widerspruch mit dem *Saufeii factum esse* im Abschnitt 4, den manche durch textkritische Eingriffe lösen wollen⁹²). Oder man stellt auf den Eigentumserwerb des Schiffers ab⁹³); dann bleiben aber die im Abschnitt 7 überlieferte Klausel (*ut in simili re solvi possit*) verbunden mit der *culpa*-Haftung unerklärbar.

Gegen den rein sachenrechtlichen Zugang spricht, dass Alfenus überwiegend mit schuldrechtlichen Begriffen argumentiert: *duo genera rerum locatarum, eiusdem generis, in creditum iri*. Er knüpft bewusst an geläufige Formulare des Frachtvertrags an⁹⁴). Um seine Gedankenführung besser zu

⁸⁹) So etwa Mayer-Maly, *Locatio* (o. Anm. 22), S. 34ff.; M. Kaser, RPI², S. 571f.; im Grunde genommen auch A. Bürge, *Der Witz im antiken Seefrachtvertrag*, Index 22 (1994) 398ff., s. dazu jedoch unten bei Anm. 106; Benke, *Eigentumserwerb* (o. Anm. 81), S. 156; Fiori, *Locatio conductio* (o. Am. 84), S. 79f.; Müller, *Gefahrtragung bei der locatio conductio*, 2002, S. 86 und auch Backhaus, *Gefahrtragung* (o. Anm. 47) 253.

⁹⁰) R. Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, SDHI 34 (1968) 220; Benke, *Eigentumserwerb* (o. Anm. 81), S. 202ff.

⁹¹) So etwa F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht I*, 1853, S. 283ff.; A. Pernice, *Labeo 2,2 I*, 1900, S. 98ff. – E. De Santis, *Interpretazione de fr. 31 D. 19,2, SDHI 12* (1956) 86ff. argumentiert für das Mengeneigentum der Befrachter; ähnlich Mayer-Maly, *Locatio* (o. Anm. 22), S. 35.

⁹²) De Santis, *Interpretazione* (o. Anm.), S. 90ff.; Mayer-Maly, *Locatio* (o. Anm. 22), S. 34ff.

⁹³) So die herrschende Lehre, s. dazu oben Anm. 88.

⁹⁴) Bereits Bürge, *Witz* (o. Anm. 88), S. 398ff. argumentiert für eine Lösung aufgrund der Vertragsformulare.

verstehen, sind seine Kenntnisse über Schiffahrt und Vertragsformulare zu rekonstruieren.

Aus Rom sind keine Urkunden über Frachtverträge überliefert. Aus dem Archiv der Sulpizier betrifft eine einzige Wachstafel die Seefracht, TPSulp. 78: Menelaos, ein *nauta* aus dem kleinasiatischen Ort Keramos⁹⁵), bestätigt den Empfang von tausend Denaren; jene quittierte Summe betrachte ich als *vectura* (Frachtlohn), die im Voraus als fiktives Darlehen ausbezahlt wurde⁹⁶). Das in Griechisch und Lateinisch abgefasste Schriftstück verweist auf eine *naulotike syngraphe*, auf einen mit Zeugensiegeln versehenen Frachtvertrag, der aber leider nicht erhalten ist. Bezüglich der Frachtverträge lassen uns auch Cato und Varro im Stich; die von ihnen empfohlenen *leges locationis* konzentrieren auf die Landwirtschaft. Bruchstücke von Formularen sind in den Juristenschriften erhalten. Einige von ihnen betreffen zwar mittelbar das *periculum*, es geht aber stets um die Lohngefahr; Belege für eine Verlagerung des Risikos des Sachunterganges, wie sie bei Saufeius unterstellt wird, fehlen vollkommen.

A. Bürge⁹⁷) präsentiert zwei reizende Stellen aus der nichtjuristischen Literatur, die Einblicke in die Kautelarpraxis gewähren. Im zweiten punischen Krieg (215 v. Chr.) gab es Schwierigkeiten mit der Versorgung der Legionen auf der Iberischen Halbinsel⁹⁸): Um Unternehmer für die Vergabe der unpopulären Transporte zu gewinnen, hat der Staat eingewilligt, in den *leges locationis* die Gefahr zu übernehmen, wenn die Fracht infolge von Sturm oder feindlichen Angriffen verloren gehe. Diese Ausnahmeregelung zeigt, dass der Normalfall bei Staatspacht die volle Risikoabwälzung auf den Pächter (Frächter) war⁹⁹). Aus der Stelle folgt aber keineswegs, dass die *nautae* die Seefahrt auch in privaten Frachtverträgen allgemein übernommen hätten.

Der andere Fall ist mit der Eroberung Korinths (146 v. Chr.) verbunden¹⁰⁰): Mummius, der siegreiche Feldherr wollte die erbeuteten Kunstschatze nach

⁹⁵) Zur Herkunftsbestimmung s. H. An kum, Tabula Pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehen?, Iura 29 (1978 [1981]) 159.

⁹⁶) S. dazu É. Jakab, Vectura pro mutua: Überlegungen zu TP 13 und Ulp. 19,2,15,6, SZ 117 (2000) 259–263.

⁹⁷) Bürge, Witz (o. Anm. 88), S. 393 meint, dieser Befund für die privaten Frachtverträge lasse keine Aussagen zu.

⁹⁸) Liv. 23,49,1: *ubi ea dies venit, ad conducendam tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum, ut militia vacarent, dum in eo publico essent, alterum, ut quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent. utroque impetrato conduxerunt ...*

⁹⁹) So bereits Bürge, Witz (o. Anm. 88), S. 393.

¹⁰⁰) Vell. Pat. 1,13,4: *Mummius tam rudis fuit ut capta Corinθο, cum maximorum*

Italien verschiffen und bestand auf der *lex contractus* „wenn diese durch höhere Gewalt untergehen, sollen neue geliefert werden“. Das in der deutschen Rechtsgeschichte als ‚Eisernviehklausel‘ bekannte Modell war zwar in der griechischen Praxis bekannt¹⁰¹⁾, ist aber aus Rom nicht belegt¹⁰²⁾. Dieselbe Wirkung könnte die römische Aestimationsklausel erzielt haben¹⁰³⁾; Belege für Frachtverträge fehlen aber ebenfalls.

Außer Saufeius sind keine Quellen über die Gestaltung von Frachtverträgen bezüglich Getreide aus dem römischen Rechtskreis überliefert. Es liegt jedoch nahe, dass am Seetransport auch Schiffer griechischer Herkunft beteiligt waren; sogar in Puteoli wurden Frachtverträge auf Griechisch abgefasst (s. nur TPSulp. 78). Die Quellenlage lädt zu einem vorsichtigen funktionellen Vergleich mit den gräko-ägyptischen Papyri ein. Nachzugehen ist zwei Fragen: 1) War die Risikoverlagerung auf den Schiffer beim Getreidetransport üblich; und 2) was wurde bezüglich des Frachtgutes vereinbart: Gattungsschuld oder Stückschuld?

Als Ausgangspunkt dient A. M. Meyer-Termeers Untersuchung über die Haftung der Schiffer¹⁰⁴⁾: Die Autorin legt eine nützliche Sammlung der Quellen mit wertvollen Detailexegesen vor, ihr Gesamtergebnis ist jedoch abzulehnen. Sie kommt zu dem Schluss, dass die Papyri ein vom klassischen römischen Recht stark abweichendes, in Ägypten aber zwingendes Recht bezeugten, wonach die Schiffer von Rechts wegen nicht nur für Verwahrung, sondern immer auch für höhere Gewalt hafteten¹⁰⁵⁾. Bei eingehendem Studium fallen mehrere Fehler ihrer Auswertung auf. Bereits J. Herrmann hat bemängelt, dass die Autorin zwischen Quittungen und Frachtverträgen nicht unterscheidet¹⁰⁶⁾. Auch Bürge betont, dass sie keine „eindeutige Belege“ für den unterstellten Haftungsinhalt vorgelegt habe¹⁰⁷⁾. Ich finde besonders pro-

artificium pefectas manibus tabulas ac statuas in Italiam portandas locaret, iuberet praedici conducentibus, si eas perdidissent, novas eos redditorios ...

¹⁰¹⁾ S. dazu S. v. Bolla, Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum, 1940, S. 66ff.

¹⁰²⁾ Vgl. Kaser, RP I², S. 565 Anm. 25 und J. Hammerstein, Die Herde im römischen Recht, 1975, S. 138ff.

¹⁰³⁾ So bereits Bürge, Witz (o. Anm. 88), S. 397ff.

¹⁰⁴⁾ A. J. M. Meyer-Termeer, Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht, 1978, S. 53–146.

¹⁰⁵⁾ Meyer-Termeer, Haftung (o. Anm. 103), S. 114ff.

¹⁰⁶⁾ J. Herrmann, SZ 97 (1980) 346; ähnlich J. G. Wolf, Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die Nautotike des Menelaos – Seedarlehen oder Frachtvertrag? in: St. Talamanca, 2003, S. 440 Anm. 92, ohne jedoch Herrmann zu zitieren.

¹⁰⁷⁾ Bürge, Witz (o. Anm. 88), S. 392.

blematisch, dass sie zwar die staatlichen von den privaten Frachtverträgen trennt, bei der Bestimmung des Haftungsinhalts aber nicht mehr danach differenziert. Die in nur vier Urkunden belegte *kindynos*-Klausel (ausdrückliche Gefahrenübernahme) erstreckt sie als stillschweigend vereinbarten Bestandteil auf alle Frachtverträge.

Im Folgenden versuche ich, die Konturen der Haftung der Schiffer beim Getreidetransport neu zu skizzieren, wobei ich mich in diesem rechtsvergleichenden Rahmen auf einen knappen Überblick beschränke. Zur Illustration habe ich die typischen Klauseln des Formulars zusammengestellt:

a) *Haftungsklausel:*

„er wird die Ladung wohlbehalten und frei von Transportschäden abliefern“ (P.Lond. III 948); „er wird das Frachtgut unversehrt, heil, frei von Transportschäden übergeben“ (P.Laur. I 6); „das Frachtgut werden sie unbeschädigt, gesund, frei von Transportschäden abliefern“ (SB XIV 11552); „ich werde unverdorben, rein, unbeschädigt abliefern“ (P.Wisc. 65); „rein, ohne Trug, ohne (Beimischung von) Erdschollen, gesiebt“ (P.Erl. 135)

b) *Ausschluss der Haftung für unverschuldete Schäden:*

„außer höhere Gewalt oder Schädigung durch Dritte“ (P.Laur. I 6)

c) *Navigationsklausel:*

„Es ist ihm nicht erlaubt, bei Nacht oder bei Schlechtwetter zu segeln und er soll tagsüber in den sichersten Häfen anlegen“ (P.Oxy. XLV 3250); „sie werden sicher segeln, in aller Sicherheit, nicht segeln in der Nacht, im Sturm und jeden Tag in sicheren Häfen anlegen“ (SB XIV 11552); „nicht segeln in der Nacht, bei Sturm und jeden Tag in den sichersten Häfen an Anker gehen“ (P.Oxy. 3111, *annona*)

d) *Zumessung:*

„Anoubas ... wird verfrachten 500 Artaben ... gemäß dem Maß des Athene-Tempels“ (P.Oxy. XLV 3250); „ich habe zugemessen und eingeladen in das oben genannte Schiff“ (P.Mil. Vogl. III 190); „nach dem Maße ...“ (P.Erl. 135)

Für den Schiffstransport wurden im römischen Ägypten Frachtverträge oder Schiffsmieten (Charterverträge) abgeschlossen¹⁰⁸; in beiden Fällen navigiert der Schiffer (*naukleros* oder *kybernetes*) mit seiner Mannschaft¹⁰⁹).

¹⁰⁸ Wolf, *Nautotike* (o. Anm. 105), S. 440ff. geht auch auf die Frachtverträge der Papyri ein; problematisch ist jedoch, dass er private und staatliche Transportverträge nicht trennt (s. etwa P.Oxy. 3111 über *annona*-Transport), obwohl die beiden Typen unterschiedliche Haftungsklauseln enthalten.

¹⁰⁹ S. dazu J. Vélissaropoulos, *Les nauclères Grecs, Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénisé*, 1980, S. 79ff.; Meyer-Termeer, *Haftung* (o. Anm. 103), S. 8ff.

Zu der ersten Frage, der Risikoverteilung, enthalten die Formulare folgende Verpflichtungen:

a) In fast allen privaten Frachtverträgen übernimmt der Schiffer ausdrücklich folgendes Transportrisiko: Die Ladung muss dem Empfänger wohlbehalten ausgehändigt werden (*σῶος*), das Transportgut muss unbeschädigt bleiben (*ἀκακούρητος*) und trocken (*ἀπαράβροχος*), rein (*καθαρός*), gesund (*υγιής*), unverfälscht (*ἄδολος*) und vollständig (*πλήρης*) am Bestimmungsort übergeben werden¹¹⁰). Die Klausel fehlt nur in zwei kurz gefassten Quittungen aus dem 4. Jh. n. Chr.¹¹¹), die allein die zugemessene Menge bestätigen. Ein drittes Dokument ohne Haftungsklausel¹¹²) enthält eine reine Schiffsmiete, worin sich drei *naukleroi* (zwei mit gut lesbaren römischen Namen, Gaius und Publius) verpflichten, ihr(e) Schiff(e) für den Transport von Getreide und Wein von Oxyrhynchos nach Euergetis und zurück zur Verfügung zu stellen. Sie übernehmen keinerlei Haftung für die Ladung – vermutlich sind die betroffenen Kaufleute sogar mitgefahren.

„Trocken, rein, gesund, wohlbehalten, unverfälscht“ – all diese Zusagen betreffen die Qualität der Ladung. In privaten Frachtverträgen übernahm der Schiffer konsequent die Haftung, das Getreide frei von Transportschäden in unverändert guter Qualität abzuliefern.

Bei staatlicher Fracht kommt eine ähnliche Zusage kaum vor. Hier war es aber üblich, bereits auf der Tenne eine Musterprobe (*deigma*) zu entnehmen und mit auf das Schiff zu bringen¹¹³); beim Löschen wurde dieser versiegelte Behälter geöffnet und die Qualität verglichen. Schiffer und Getreideverwalter werden öfters wegen schlechter Qualität oder fehlender Menge in Anspruch genommen¹¹⁴).

Die Rückgabepflicht nach Maß bezog sich streng auf den beschränkten Vorrat der konkreten Ladung. Meyer-Termeer betrachtet diese Zusage als Beleg für die unbeschränkte Haftung des Schiffers, einschließlich höherer Gewalt¹¹⁵). Das trifft aber keineswegs zu. Die Klausel begründet m. E. allein

¹¹⁰) S. dazu die Übersicht oben und die Liste bei Meyer-Termeer, Haftung (o. Anm. 103), S. 112–114.

¹¹¹) P.Mil.Vogl. III 190; CPR VIII 39.

¹¹²) P.Oxy. 3484 (27–33 n. Chr.).

¹¹³) Vgl. etwa P.Lond. II 256 recto p. 98 (= W. Chr. 443). In BGU I 246, Z. 6, in einem Privatbrief ist das *deigma* ebenfalls erwähnt, was darauf hinweist, dass es eventuell auch im privaten Verkehr gebraucht wurde; ähnlich in SB IV 7341 (3. Jh. n. Chr.).

¹¹⁴) P.Oxy. IV 708 (=W. Chr. 432, 188 n. Chr.); SB XII 11082 (131–161 n. Chr.); P.Oxy. X 1259 (211/12 n. Chr.).

¹¹⁵) Meyer-Termeer, Haftung (o. Anm. 103), S. 116ff.

die (vermutlich verschuldensunabhängige) Haftung des Schiffers für typische Transportschäden und -verluste.

b) Unmittelbar auf die Haftungsübernahme folgt in mehreren Urkunden der ausdrückliche Ausschluss der Haftung für bestimmte Fälle der höheren Gewalt (Sturm, Überfall von Räufern)¹¹⁶). Aufgrund dieses Befundes waren bereits L. Mitteis, E. Seidl und C. H. Brecht der Auffassung, dass die Schiffer nach den Papyri für höhere Gewalt nicht einzustehen hatten¹¹⁷); dem stimme ich zu. Meyer-Termeer argumentiert umgekehrt, dass die Haftung für höhere Gewalt nur bei ausdrücklichem Ausschluss wegfallt. Das „objektive Recht“ habe bestimmt, dass die Schiffer für alle Schäden, auch für die durch höhere Gewalt, eintreten müssten¹¹⁸). Der Bezug auf ein „objektives Recht“ ist aber rein hypothetisch; die Vertragsurkunden informieren uns m. E. über die Rechtspraxis, nie über irgendein „gesetztes Recht“.

c) Ausschließlich in staatlichen Frachtverträgen, aber nicht in jedem, findet man die Zusage, dass der Transport auf die Gefahr (*kindynos*) des Schiffers durchzuführen ist. Es ist davon auszugehen, dass diese Klausel jeden Fall der Haftung und Gefahrtragung abgedeckt hat. Dafür spricht die Tatsache, dass praktisch alle Urkunden mit *kindynos*-Klausel keine weiteren Haftungsabreden enthalten¹¹⁹).

Die Risikoverlagerung war in der Antike bei der Staatspacht allgemein üblich. Beim Schiffstransport sind jedoch zwei Ebenen zu unterscheiden: Der dem Staat direkt Verpflichtete übernimmt die Gefahr, weil es zum wirtschaftlichen Risiko seines Geschäftskreises gehört. Lässt er den Transport aufgrund privater Frachtverträge mit Kleinunternehmern ausführen, trägt das Risiko weiter er selbst. Aus Ägypten informiert eine Urkunde darüber, dass die Sitologen, die den Transport abgeschickt haben, die beim Löschen fehlenden 8 Artaben ersetzen mussten¹²⁰). Bei Frachtverträgen mit dem Staat hatte also der Schiffer für höhere Gewalt nur kraft ausdrücklicher vertraglicher Gefahren-

¹¹⁶) P.Laur. I 6 aus dem 1/2. Jh. n. Chr.; P.Oxy. Inv. Nr. 21 3B25G aus dem 2. Jh. n. Chr.

¹¹⁷) L. Mitteis/U. Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde II, 1912, S. 260; C. H. Brecht, Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht, 1962, S. 46; E. Seidl, Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz, 1973, S. 177.

¹¹⁸) Meyer-Termeer, Haftung (o. Anm. 103), S. 117, 119ff.

¹¹⁹) In der Tat gibt es eine einzige Urkunde aus dem 2. Jh., P.Lond. II 301 p. 256, worin der fleißige Schreiber *kindynos*- und Haftungsklausel (samt Kaisereid) kombiniert hat. Sie diente als Vorlage zu drei weiteren Ergänzungen, die zu überprüfen wären: P.Meyer 14 (159–60 n. Chr.), P.Oxy. X 1259 (286 n. Chr.); P.Amh. II 138 (326 n. Chr.).

¹²⁰) SB XII 11082 (138–161 n. Chr.).

übernahme einzustehen. In der Regel hafteten allerdings die mit den Schifffern kontrahierenden Sitologen dem Staat uneingeschränkt für das Einlangen des Getreides in Alexandria.

d) Gegen die unbeschränkte Haftung der Schiffer spricht auch die so genannte Navigationsklausel, die (mit einer einzigen Ausnahme¹²¹)) nur in privaten Frachtverträgen vorkommt. Sie verbietet dem Schiffer, bei Nacht, Sturm und schlechtem Wetter zu segeln oder in unsicheren Häfen anzulegen¹²²); ähnliche Klauseln der Risikobegrenzung finden sich in Seedarlehensformularen.

Niemand hat bis jetzt die Navigationsklausel im Kontext der Gefahrtragung behandelt. Mustert man die Urkunden darauf hin durch, fällt auf, dass die Navigationsklausel niemals mit der *kindynos*-Klausel kombiniert wird. Übernimmt der Schiffer ausdrücklich die Seegefahr, denken die Parteien nie daran, ihm zusätzlich noch Einschränkungen bei der Navigation aufzuerlegen. Der Befrachter besteht auf solchen Vorschriften nur dann, wenn er die Seegefahr zu tragen hat.

Zusammenfassend ist als Antwort auf unsere erste Frage festzuhalten, dass die ausdrückliche Gefahrenübernahme in den Papyri allein beim Staatstransport, vor allem bei Großunternehmern, belegt ist. In den privaten Frachtverträgen werden hingegen die Fälle höherer Gewalt vom Schiffer zum Teil explizit ausgeschlossen, zum Teil lässt die Navigationsklausel auf die Gefahrtragung des Befrachters schließen.

Es ist nun der zweiten Frage nachzugehen, ob in den erhaltenen Urkundenformularen eine implizite (versteckte) Gefahrenübernahme enthalten ist. Denkbar wäre dies – um Alfenus zu folgen – bei der Bestimmung der Rückgabepflicht: Wie nahm der Schiffer das Getreide in Empfang und wie hatte er es auszuhändigen? Liegt Species- oder Genusobligation vor?

Ein ausdrückliches *idem reddere*, Transport in getrennten Fächern, fand ich beim Getreidetransport nicht. Die untersuchten Urkunden berichten ausschließlich vom Einladen/Befrachten nach Maß. Oft wird sogar ein bestimmtes Maß genannt, etwa „zugemessen mit dem Maß des Athene-Tempels“¹²³);

¹²¹) P.Oxy. XLIII 3111 (257 n. Chr.).

¹²²) Vgl. etwa P.Iand. inv. no. 616+245, s. bei P. J. Sijpestein/K. A. Worp, ZPE 20 (1976) 162ff. oder P.Oxy. 3250 (63 n. Chr.): „Es ist ihm nicht erlaubt, in der Nacht, beim Sturm zu segeln oder in unsicheren Häfen anzulegen.“

¹²³) So P.Oxy. XLV 3250 (63 n. Chr.), ein privater Frachtvertrag. Bei staatlichen Frachten wird das Maß ebenfalls präzisiert, wie es etwa P.Oxy. XVII 2125 (220–1 n. Chr.) zeigt: Die Urkunde erwähnt ein öffentliches Maß und verweist auch auf das vorgeschriebene Meßverfahren.

manchmal wird das verwendete Maß mit dem Schiff mitgeschickt. Das Beladen wird praktisch so durchgeführt, dass das Getreide im Hafen zugemessen und in das Schiff eingeschüttet wird¹²⁴). Die eingeladene Menge wurde genau quittiert (im Frachtvertrag oder in einem separaten Schuldschein)¹²⁵). Oft war der Frachtlohn nach Maß festgelegt, etwa 28 Drachmen pro 100 Artaben¹²⁶).

Beim Löschen wurde das Getreide selbstverständlich wieder zugemessen¹²⁷). Stimmt die Menge mit der Quittung nicht überein, stellt sich die Frage nach der Haftung. Mehrere Urkunden enthalten dafür eine Strafklausel: Für die eventuell fehlende Menge soll der Schiffer einen festgelegten Betrag oder den Marktpreis pro Artabe zahlen¹²⁸). Duplum oder Hemiolion des Marktpreises kommen nie vor. Daraus folgt, dass der Schiffer für die quittierte Quantität zwar verschuldensunabhängig, aber ohne Bußzuschläge haftet. Allein in den typischen Fällen der höheren Gewalt (Sturm, Überfall) konnte er sich entlasten.

Spuren eines Sammeltransports im Sinne des *Saufeius* waren in den Papyri nicht zu finden. Direkte Belege sind dafür kaum zu erwarten, weil der Schiffer die Verträge mit den Kaufleuten gewiss einzeln abgeschlossen hat. Der Transport im selben Schiff war bloß ein Faktum, das die betroffenen Kaufleute zufällig zusammenführte. Ein Zusammenschütten des Getreides von mehreren Befrachtern wäre dort denkbar, wo die bestätigte Menge weit unter der Ladekapazität des Schiffes bleibt¹²⁹).

Die erhaltenen Urkunden (Frachtverträge und Quittungen) zeigen, dass der Schiffer das Getreide durch Zumessen, nach Gattung, in Empfang nahm. Der Akzent liegt dabei nicht auf der Austauschbarkeit der Sache, also nicht auf dem objektiven Begriff der vertretbaren Sachen. Geleistet werden musste immer, wie aus dem Kontext des Formulars folgt, aus dem beschränkten Vorrat der konkreten Ladung. Einerseits zeigen die Zusicherungen über die unverän-

¹²⁴) So etwa in P.Oxy. XVIII 2125 (220–1 n. Chr.).

¹²⁵) Quittungen sind in großer Anzahl überliefert, s. etwa P.Oxy. XVII 2125; P.Lond. II 301 p. 256; SB XII 11023; P. Oxy. II 144; P.Princ. II 26; P.Oxy. II 276; SB XVIII 13333; SB XVIII 13948; SB XX 14466; SB XIV 11272.

¹²⁶) So etwa P.Oxy. XLV 3250 (63 n. Chr.).

¹²⁷) Zur Durchführung der Zumessung und zum *collegium der mensores frumentarii* s. B. Sirks, *Food for Rome*, 1991, S. 260–264.

¹²⁸) P.Oxy. XLV 3250; P.Ross.Georg. II 18, XXXII, XLII (2. Jh. n. Chr.).

¹²⁹) In CPR VIII 34 (4. Jh. n. Chr.) quittiert der Schiffer einer gewissen Euethion, dass sie 98 Artaben in sein Schiff geladen und dafür den Frachtlohn bezahlt hat. In CPR VIII 39 (4. Jh. n. Chr.) wird einem Nearchides das Einladen von 109 Artaben bestätigt. In beiden Fällen wurde das Getreide wahrscheinlich in das Schiff geschüttet und im Zielhafen durch Zumessen ausgefolgt.

derte Qualität und das *deigma* (Qualitätsmuster), dass die Parteien nicht die Leistung eines beliebigen Getreides gewollt haben. Andererseits wird für die eventuell fehlende Menge nicht die Nachlieferung nach Gattung, sondern der Wertersatz in Geld vereinbart¹³⁰).

Hat die gattungsmäßige Rückgabepflicht mit der Gefahrtragung also nichts zu tun? Das Versprechen des Schiffers (*ἀποδώσω*), im Zielhafen dieselbe Menge auszuhändigen und die Strafklauseln zum Geldersatz der eventuell fehlenden Menge zeigen, dass der Schiffer für die quittierte Menge eine verschuldensunabhängige Haftung übernahm. Diese betraf das Transportrisiko. Allein die typischen Fälle der Seegefahr, Sturm und Überfall, konnten ihn entlasten. Für jeden anderen Zufall (etwa Diebstahl, beschädigter Laderaum) musste er einstehen.

Nach dem kurzen Exkurs in die Welt der Papyri kehren wir zu Saufeiis zurück. Es sind zwei Feststellungen zu verwerfen: 1) Die volle Gefahrenübernahme des Schiffers ist im privaten Bereich unüblich; das spricht dagegen, sie bei Saufeiis ohne ausdrückliche Belege zu unterstellen. 2) Das Verfrachten des Getreides erfolgt technisch immer durch Zumessung, die eine Rückgabepflicht nach Maß begründet. Es liegt nahe, bei Saufeiis dieselbe Methode zu vermuten.

Akzeptiert man diesen Ausgangspunkt, muss das Rechtsverhältnis zwischen Schiffer und Befrachter im Rahmen des Frachtvertrages von der Anzahl der Befrachter unabhängig gewesen sein. Folglich liegt der Akzent bei Saufeiis nicht auf dem *confundere* (zusammenmischen, vermischen), sondern bloß auf dem *fundere* (gießen, schütten). In der Technologie des Getreidetransports war das Einschütten in das Schiff verbreitet und typisch. Das Zusammenschütten dürfte für das Rechtsverhältnis unter den Parteien aus dem Frachtvertrag aber irrelevant gewesen sein. Folglich scheiden die Lösungsversuche aus, die vom Miteigentum ausgehen¹³¹).

Die Rückgabe nach *genus* wurde bis jetzt nach dem Schema des Darlehens aufgefasst: rein gattungsmäßig bestimmte Leistungspflicht mit unbeschränktem Verfügungsrecht über die Sache, was bezüglich der Rückgabe selbstverständlich jedes Risiko, auch die Seegefahr, mit umfasse. Der Exkurs in die Alltagspraxis der Papyri hat aber gezeigt, dass dieses Modell in den privaten Urkunden niemals vorkam. Dieser Befund ermutigt, das Bedeutungsfeld der technischen Wendungen *eiusdem generis* und *in creditum iri* auch bei Saufeiis erneut zu überlegen.

¹³⁰) P.Oxy. XLV 3250 (63 n. Chr.); P.Ross.Georg. II 18, XXXII, XLII..

¹³¹) S. dazu oben bei Anm. 90.

In seinem Kommentar zum prätorischen Edikt *De rebus creditis* betont Ulpian, dass vom *credere* auch die Sachhingabe aus Leihe und Pfand erfasst wird. Das Verbum bedeutet allgemein „anvertrauen“ bestimmter Sachen mit der Auflage, sie alsbald zurückzubekommen¹³²). Maecianus erwähnt *in creditum ire* als Alternative zu *donare*¹³³): Es gebe zwei Arten der Sachhingabe, eine mit und eine ohne Rückgabepflicht.

In creditum ire muss nicht zwingend eine Eigentumsübertragung nach dem Darlehensmodell bedeuten; darauf hat bereits C. A. Cannata hingewiesen¹³⁴). Die Wendung wird auf Sachen *quae pondere numero mensura constant* bezogen¹³⁵). Die Verwendung der Trias wurzelt in der griechischen Literatur und drückt das Ideal der technischen Exaktheit aus; Alfenus baut seine Argumentation elegant darauf auf: *pondere* des Metalls zur Verarbeitung, *numerare* des Bargeldes und *admetiri* des Getreides¹³⁶).

Der Sprachgebrauch der Römer weicht aber auch hier von unserer modernen Juristenterminologie ab, wie das Th. Rüfner kürzlich gezeigt hat¹³⁷). Die klassischen Juristen wechseln gerne vom objektiven zum subjektiven Begriff. Sogar in Schauspiel oder Gesang ausgebildete Sklaven können *plures eiusdem generis* zu einem Stückpreis (*numero*) verkauft werden¹³⁸). Es sind also auch nicht vertretbare Sachen mit einbegriffen, wenn die Leistungspflicht nach Gewicht, Stückzahl oder Maß bestimmt ist. Meine Studien zum Weinkauf zeigen, dass die mit *mensura* oder *aversio* festgelegten Leistungspflichten oft eine versteckte Risikozuweisung bezüglich der Quantität enthalten¹³⁹).

Aber bleiben wir beim Getreide. Die von Alfenus verwendete Differenzierung (*in creditum iri – rem domini manere*) ist deutlich erkennbar in Ulpians Kommentar zur *actio tributoria* (D. 14, 4, 5, 18 Ulp. 29 ed.)¹⁴⁰): *Sed si dedi*

¹³²) Ulp. D. 12,1,1,1; Paul. D. 12,1,2,3 bestätigt dies ausdrücklich auch für *eamdem rem reddere*, also für Sachen, die nicht nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden.

¹³³) Marc. D. 36, 1, 67, 4.

¹³⁴) C. A. Cannata, „Creditum“ e „Obligationes“, *Labeo* 20 (1974) 111ff., 115.

¹³⁵) Paul. D. 12, 1, 2, 1.

¹³⁶) Th. Rüfner, Vertretbare Sachen? Die Geschichte der *res, quae pondere numero mensura constant*, 2000, S. 28ff.; zum Einfluss der griechischen Philosophie s. M. J. Schermaier, *Materia*, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992, S. 279ff.

¹³⁷) R. R. Rüfner, Vertretbare Sachen (o. Anm. 135), S. 56ff.

¹³⁸) Afr. D. 21, 1, 34 pr.

¹³⁹) S. dazu Jakab, *Aversione venire* (o. Anm. 32), S. 105ff.

¹⁴⁰) T. Chiusi, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, 1993, geht auf diese Stelle, wenn ich richtig sehe, nicht ein.

mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit ... dicendum erit vindicare me posse. Jemand übergibt einem Sklaven Waren, die er verkaufen soll. Der Sklave fällt in Konkurs; die Waren sind noch vorhanden. Der Jurist überlegt das Problem, ob der Gläubiger mit den anderen Gläubigern an der Verteilung des Sonderguts teilnehmen muss oder die Waren vindizieren kann. Ulpian differenziert danach, ob der Anspruch in ein strengrechtliches Forderungsrecht abgeändert wurde (*in creditum abiit*). Bemerkenswert ist die Verknüpfung der *bonae fidei* – Obligation (Kauf) mit der *condictio certae pecuniae*.

Ähnlich würde ich den Frachtvertrag des Saufeius auffassen. Damit baue ich auf den Ergebnissen von N. Benke auf, der eine rein sachenrechtliche Analyse bringt, aber die Eigentumszuordnung ebenfalls aufzulockern sucht: Das faktische Zusammenschütten habe die Feststellung der Sachidentität unmöglich gemacht, deshalb sei eine *in rem actio* nicht mehr denkbar. Benke fährt fort, dass die Beteiligten dadurch ihre dinglichen Rechte nicht schlechthin verlören¹⁴¹).

Ich würde das Problem umgekehrt, aus dem Aspekt des Schiffers, anpacken. Die Analyse der Vertragsformulare und der Vergleich mit den Papyri ermöglichen einen neuen Zugang: Durch die Zumessung zum Transport geht das Getreide in die faktische Gewalt des Schiffers über, der darüber jedoch keineswegs frei verfügen kann. Die Sachhingabe nach Maß verschafft ihm lediglich das Recht, beim Löschen aus der gemeinsamen Ladung jedem einzelnen Befrachter die empfangene Menge durch Zumessung auszufolgen. Die Rückgabe nach Maß bedeutet nicht, dass er die Ladung etwa unterwegs mit Gewinn verkaufen, also frei austauschen könnte. Vielmehr geht es darum, dass er für die Rückgabe beinahe uneingeschränkt haftet.

In Saufeius' Fall schweigt Alfenus über das *periculum*. Sogar die *ceteri*, die übrigen Kaufleute, versuchen bloß wegen Unterschlagung zu klagen; sie hoffen ihren Anteil an der bereits ausgefolgten Ladung zu erlangen. Hätte Saufeius die Seegefahr zu tragen gehabt, hätten sie eher den Geldwert ihrer untergegangenen eigenen Anteile verlangt.

All das spricht dafür, dass Saufeius seinen Frachtvertrag nach dem im Mittelmeerraum üblichen Schema abgeschlossen hat. Die Konturen des Formulars sind aus dem reichen Material der graeco-ägyptischen Papyri zu gewinnen. Beim Getreidetransport war die Sachhingabe durch *mensura* üblich, die eine, dogmatisch gesehen, strengrechtliche Rückgabepflicht begründete.

¹⁴¹) Benke, Eigentumserwerb (o. Anm. 81), S. 202.

Dasselbe Modell deuten die Wendungen *eiusdem generis* und *in creditum iri* bei Saufeius an.

Der Schiffer quittiert die erhaltene Menge, wodurch er für die Rückgabe derselben Menge haftet. Verluste durch mangelnde Sorgfalt oder Zufall muss er ersetzen, mit Ausnahme der typisierten Fälle der Seegefahr. An diese in der Technologie des Transports begründete Art der Sachhingabe knüpfen die üblichen Klauseln des Formulars an.

Davon unabhängig ist die Haftung des Schiffers aus der *locatio conductio*, die sich nach den Prinzipien der *bona fides* richtet. Wegen mangelnder Fachkenntnisse in der Navigation oder unterlassener Sorgfalt bezüglich des Transports muss er haften, wie dies Alfenus im Abschnitt 7 grundsätzlich festlegt, aber im konkreten Fall verneint.

D) Schlussbemerkungen:

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts endet das Zeitalter der Pandektistik und entsteht die Romanistik. Die Aufgabe, ein bestehendes Rechtssystem zu überprüfen und verfeinern, wird abgelöst von dem Ziel einer historischen, quellentreuen Erkundung vergangener Rechtsphänomene und ihrer politischen, sozialen, wirtschaftlichen, geistigen und religiösen Hintergründe¹⁴²). Dennoch arbeitet man noch lange Zeit unbefangen mit den „aus den römischen Quellen herausgeschälten und von der Pandektistik zu höchster Präzision gebrachten“ begrifflichen Kategorien weiter. H. J. Wolff hebt hervor, dass dies bald in einen inneren Widerspruch führte¹⁴³): „Denn je intensiver sich die Forschung bemühte, die Quellen im Lichte der eigenen Arbeits- und Denkweise ihrer Autoren zu interpretieren, umso klarer zeichnete sich ab, dass die römische Jurisprudenz selbst von jenen Begriffen wenig, von ihrer Verknüpfung zu einem logisch geschlossenen, vom Allgemeinen zum Besonderen herabsteigenden Lehrgebäude nichts gewußt hatte.“ Die unbedacht angewendete Dogmatik verdeckt eher die Rechtsfiguren, anstatt sie zu beleuchten. Trotzdem wäre es falsch, der Dogmatik den Rücken zu kehren und die Rechtsgeschichte auf die bloße Beschreibung der Phänomene zu beschränken.

Der Rechtshistoriker darf weder auf die geläufigen Ausdrücke noch darauf verzichten, „jenseits der bloßen Feststellungen positiver Tatsachen auch die fundamentalen Rechtsvorstellungen herauszuarbeiten“, die in einem gegebenen Recht in Gesetzen und Instituten, im typischen Inhalt von Rechtsakten

¹⁴²) H. J. Wolff, Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik, in: F Schr. Hippel, 1967, S. 687.

¹⁴³) Wolff, Der Rechtshistoriker (o. Anm. 141), S. 688, 692ff. mit zahlreichen Beispielen.

und Geschäftsformularen wirksam geworden sind¹⁴⁴). In der Erforschung des griechischen Vertragsrechts haben Partsch, Pringsheim und Wolff mit einer zum Teil neuen Terminologie neue Vorstellungen formuliert.

In den vergangenen fünfzig Minuten versuchte ich zu zeigen, wie die Urkunden unsere Vorstellungen über das römische Vertragsrecht verändern könnten. Die drei Beispiele stellten Probleme aus dem Bereich der *locatio conductio* vor. Als roter Faden zog sich das *periculum* durch die Ausführungen. Bei Florentin haben die Urkunden die zitierten Varianten der Bauvergabe bestätigt; die Varianten des Formulars zeigten die immanente Risikozuweisung bezüglich der Quantität. Im zweiten Fall führte der sozioökonomische Kontext zum vertragspezifischen *periculum operis*; die Urkunden steuerten den Gedanken der ständigen und gegenseitigen Abrechnung unter *socii* und deren Ausschluss bei einseitiger Risikoübernahme bei. Schließlich sprachen die Papyri aus dem römischen Ägypten gegen die dogmatisch bestechend schöne pandektistische These der *locatio conductio irregularis*.

Die Rolle der Vertragsklauseln im römischen Vertragsrecht haben bedeutende Romanisten schon längst erkannt. Aus konsequenter Analyse der Urkunden und Formulare könnte ein neues Vertragsrecht entstehen, zu dessen Ausarbeitung auch dieser Beitrag motivieren möchte.

¹⁴⁴) Wolff, *Der Rechtshistoriker* (o. Anm. 141), S. 704.