

## VI.

### Probatio operis.

Von

Herrn Dr. **Richard Samter**

in Charlottenburg.

Die locatio conductio hat seit je das Schicksal erdulden müssen, im Schatten ihrer bevorzugten Schwester, der emptio venditio, zu stehen. Der Grund kann nicht in ihrer geringeren Wichtigkeit gesucht werden. Spielt doch im Gegenteil die loc. cond. in ihrer vielfachen Verzweigung tausendfältig ins Alltagsleben hinein, ist doch ihr Gebiet sachlich so umfangreich, daß eine zuverlässige Umgrenzung nur negativ gegeben werden kann: locatio conductio jeder gegenseitige Vertrag mit bestimmter Geldleistung auf einer Seite, der nicht Kauf ist. Eher könnte man annehmen, daß dieser ihr Charakter der juristischen Wüste es ist, der entmutigend wirkte und wirkt. Um so gerechtfertigter ist es daher, im Gebiet der l. c. auf Einzelheiten die Betrachtung zu lenken, wie es im Nachfolgenden mit der probatio operis geschehen soll.

Die probatio operis wird allgemein<sup>1)</sup> mit der heutigen Abnahme für wesenseins gehalten. Abnahme aber ist die Übernahme, wie beim Kauf der gelieferten Ware (§ 433 BGB.) so bei der Verdingung des hergestellten Werks (§ 640), ein in mehr oder weniger körperlichen Formen<sup>2)</sup> sich vollziehender tatsächlicher Akt, der an und für sich weder Annahme als Erfüllung (§ 363 BGB.) noch Genehmigung (§ 377

---

<sup>1)</sup> Pernice, Parerga Zeitschr. V, 117; IX, 247; Karlowa, Rechtsgesch. II, 649; Mommsen, Staatsrecht II, 1 S. 351, 451, 455; Dankwardt in Jh.'s Jahrb. XIII S. 348f.; Burckhardt, Gesch. d. l. c. S. 24 und die Lehrbücher. — <sup>2)</sup> Was die Abnahme beim Kauf betrifft, so definierte sie das Reichsgericht (Bd. 53, S. 161 f.) treffend als körperliche Hinwegnahme der Ware; betreffs der Verdingung vgl. § 646 BGB.

HGB.) ist. Abnahme entscheidet nichts, bindet niemand; Abnahme läßt rechtlich alles in der Schwebe. Daß nun durch die Gleichstellung der römischen *probatio operis* mit unserer heutigen Abnahme der Sprachsinn aufs empfindlichste beleidigt wird, ist füglich nicht zu bestreiten. Probare kennen wir nur in den Bedeutungen beweisen und billigen, stets bringt probare einen Abschluß, nie schafft es ein Interim. Verfasser hat, angefeuert durch das, was in dieser Zeitschrift (XXIV S. 374) Bekker von Ludwig Keller berichtete, nicht bei lexikalischen Hilfsmitteln sich beruhigt, sondern die *Digesten* ganz durchgelesen. Nirgends ist er auf eine Anwendung gestoßen, die einem derart verflüchtigten Begriff entspräche, wie es unsere Abnahme ist. Das gilt in gleichem Maße vom simplex, wie von seinen bestärkenden (*adprobare*, *comprobare*) und umkehrenden (*improbare*, *reprobare*) compositis, vom Zeitwort wie vom Hauptwort. Wo ein auffallender Gebrauch des Wortes vorliegt, da findet die Abweichung immer nur nach der entgegengesetzten Richtung statt, indem die abschließende, ein Definitivum wirkende Kraft des Ausdrucks noch schärfer hervortritt<sup>1)</sup>, niemals aber nach der Richtung einer Abschwächung, Verflüchtigung des Begriffs. Auch die Tatsache, daß die beiden Bedeutungen beweisen und billigen infolge der einheitlichen Benennung oft hinüber- und herüberspielen<sup>2)</sup>, so fremdartig uns diese Erscheinung bei unserem unterschiedlicheren Sprachvermögen berühren mag, ändert nichts daran, daß das Gesamtwort nach außen hin fest und klar sich abhebt, keine Neigung zeigt, zu verschwimmen oder zu verkümmern. Die sprachliche Seltsamkeit ist aber nicht das einzig Anstoß Erregende an der *probatio operis*. Nicht minder befremdlich ist das Vorkommen der Klausel: *ut*

<sup>1)</sup> In l. 32 D. 4, 4 wird von einem *minor* gesagt, daß er beim *praeses provinciae* „falso probavit perfectam aetatem“. Wir würden nicht beweisen sagen, es zeigt aber, wie sehr die abschließende Bedeutung in dem Wort vorwiegt. In l. 13 D. 5, 2 wird es geradezu in dem Sinne von entscheiden gebraucht. Beide Stellen stammen von Paulus. — <sup>2)</sup> Vgl. l. 37 h. t. und hauptsächlich gelegentlich der *causae probatio* gemäß der *lex Aelia Sentia*: l. 6, l. 16, l. 25 D. 40, 2 (Wortspiel in l. 25!).

arbitratu domini opus adprobetur (l. 24 pr. h. t. 19, 2 Paul.), anders gefaßt: ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset (l. 60 § 3 Lab.). Die Klausel ist bekanntlich aus den öffentlichen in die privaten Verdingungen übernommen worden. Aber dort ist sie der adäquate Ausdruck der Allgewalt der Gemeinde, deren Beamter, sei es mit<sup>1)</sup>, sei es ohne Zuziehung der Gemeindevertreter selbstherrlich unter Ausschluß des Rechtsweges entscheidet. Hier dagegen ist die Klausel frühe anscheinend gegenstandslos geworden, indem man dem arbitrium ein boni viri arbitrium subintelligierte. Ward damit die Klausel nicht zur Floskel? Hatte es einen Sinn, in der Parteiberedung noch einmal hervorzuheben, was schon von Rechts wegen durch die Natur des Vertrages feststand? Ein Geding, das in das Belieben des Bestellers legt, ob er das herzustellende opus, die Vorleistung, zu der der Partner verpflichtet ist, abnimmt oder nicht, wirft das Synallagma um; ein Geding aber, das dem Besteller das Recht gibt, die Abnahme nach rechtschaffenem Ermessen zu verweigern, ist im Rahmen des bonae fidei-Kontrakts eine juristische Tautologie.

Vielleicht gibt uns den Schlüssel zum Verständnis der Schlußsatz der zuerst genannten Stelle: quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit. Da das Eigenschaftswort irritus nur von rechtlicher Wirkungen fähigen Akten gebraucht wird (Hellmann, Zeitschrift XXIII S. 419) so folgt daraus, daß die hier in Rede stehende adprobatio ein solcher Akt, ein Rechtsakt sein muß. Ja, noch mehr: aus dem Konsekutivsatz ut ex locato agi possit erfahren wir die Bedeutung dieses Rechtsakts; er bezweckt die actio locati zum Erlöschen zu bringen. Denn wenn die Ungiltigkeit der adprobatio Ursache ist, daß die Klage ex locato offen bleibt, so ist das arg. e contrario zwingend, daß sie, giltig, die a. locati schließen würde. So wird uns auch sofort klar, was im vorhergehenden Satz mit dem tempus quod lege finitum sit gemeint sei. An die Herstellungszeit zu denken, wäre Widersinn, es kann ja dem conductor nur lieb sein, wenn

<sup>1)</sup> Lex Ursonensis cap. LXIX, vgl. lex parieti faciendo (Puteoli) i. f.

ihm ein längerer Zeitraum zur Herstellung als der ursprünglich festgesetzte gewährt wird. Nach dem eben Gesagten ergibt sich der Sinn von selbst: das *tempus quod lege finitum* sit ist nichts anderes als das *tempus probationis*. Auf dieses, sagt der Jurist, erstreckt sich der *arbitratus* des *locator* oder des Sachverständigen in keinem Falle; es steht unverrückbar fest. Bis es abläuft, kann der *locator* seine Entscheidung hinauszögern, darüber nicht. Zum Überfluß wird uns die Existenz des *tempus probationis* von dem berufensten Schriftsteller, Vitruv, bezeugt.<sup>1)</sup> In seinem standard work über Architektur schreibt er (II, 8): *de ipsa autem testa si sit optima seu vitiosa ad structuram statim nemo potest iudicare, quod in tempestatibus, et aetate, in tecto cum est conlocata, tunc si est firma probatur.* Vor der *probatio* muß das Mauerwerk Sturm und Wetter lange widerstanden haben, m. a. W. es können Jahre vergehen, ehe der *dominus* seine *probatio* erteilt. Wäre die herrschende Ansicht richtig, so bliebe Vitruv völlig unverständlich; kein Bauherr kann bei der Abnahme dem Hause ansehen, ob das Gemäuer firm ist. Nicht minder deutlich wie hier tritt die Tatsache, daß der *locator* nach der Fertigstellung noch einen recht beträchtlichen Zeitraum, das *tempus probationis*, vor sich hatte, innerhalb dessen seine Entscheidung in der Schwebe bleiben konnte, in II, 3 hervor: *Uticenses latere si sit aridus et ante quinquennium ductus, cum arbitrio magistratus fuerit ita probatus, tunc utuntur in parietum structura.* Hier sind der Zeitablauf und die *probatio* in besonders engen Zusammenhang miteinander gebracht: „vor 5 Jahren aufgeführt, demgemäß *arbitrio magistratus* approbiert.“ Endlich sei aus II, 7 eine Stelle angeführt, die dem Baumeister nur Winke während des Bauens geben will, aber durch die darin vorkommende Metapher außerordentlich lehrreich für uns ist: *Cum aedificandum fuerit, ante biennium ea saxa non hieme sed aestate eximantur, et iacentia permaneant in locis patentibus. Quae autem eo*

<sup>1)</sup> Auf das Latein der im Text folgenden Zitate muß ich den Leser schonend vorbereiten. Vitruv bat im prooemium seines Werks (I, 1) um Nachsicht, wenn er sich in der Grammatik nicht beschlagen zeigen sollte. Gewähren wir sie ihm!

biennio tempestatibus tacta laesa fuerint, ea in fundamenta coiciantur. Cetera quae non erunt vitia, ab natura rerum probata durare poterunt supra terram aedificata. Mutter Natur als probatrix, der Gedanke ist nicht übel. Das Gleichnis beweist, wie sehr dem fachmännischen Autor der Gedanke, daß zwischen Herstellung und probatio ein längerer Zeitraum liegt, in Fleisch und Blut übergegangen ist. — Probiert oder improbiert der locator in der festgesetzten Zeit nicht, so wird die probatio als erfolgt wohl schon in der lex locationis fingiert gewesen sein, wie wir das bei der ganz analogen<sup>1)</sup> degustatio aus den catonischen Formularen kennen: In triduo proxumo boni viri arbitrato degustato. Si non ita fecerit, vinum pro degustato erit (c. 148). Freilich, bei der öffentlichen Verdingung wird diese Klausel, ja auch die Festnagelung des locator auf ein bestimmtes tempus probationis überhaupt, der Würde des Magistrats nicht allerwärts angemessen erschienen sein, in der lex Puteolana ist von beiden nicht die Rede. Dagegen das Bindende der einmal getroffenen Entscheidung ist auch in ihr so bestimmt, so wuchtig zum Ausdruck gelangt, daß ein leises Verwundern nicht zu unterdrücken ist, wie diese schwerwiegenden Worte so gänzlich unbeachtet bleiben konnten: Quod eorum viginti iurati probaverint, probum esto; quod ieiis improbarint, improbum esto. Das ist kein juristisch irrelevanter Akt, der mit solcher Feierlichkeit genannt wird, das ist der Schlußstein, die Krönung des ganzen rechtlichen Gebäudes! Darum fehlt die Erwähnung der probatio in den auf die Errichtung öffentlicher Bauwerke sich beziehenden Inschriften nie<sup>2)</sup>, darum spricht selbst der Laie Frontin von einem negotium consummandum (de aqu. 7). So erklärt es sich auch, daß es in Rom üblich war, den abgehenden Zensoren eigens zu dem Zweck, damit sie die von ihnen verdungenen opera probieren können, die Amtszeit zu prorogieren und gar um anderthalb Jahre zu prorogieren (Liv. 45, 15). Ganz natürlich! ein so folgenreicher Akt durfte nicht überhastet werden. Endlich ver-

<sup>1)</sup> Vgl. l. 16 D. 18, 6: — sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet. — <sup>2)</sup> C. I. L. I 571, 577, 1216, 1223, 1227, 1245, 1247.

dient Erwähnung, daß erst nach erfolgter probatio laut ausdrücklicher Gesetzesbestimmung<sup>1)</sup> der Unternehmer öffentlicher Bauten rechnungsbuchmäßig justifiziert werden durfte.

Wir haben bisher nur das *opus quod arbitrato locatoris probatur aut improbatur* im Auge gehabt. Nicht so einfach gestaltet sich die Deduktion auf dem Gebiet der gewöhnlichen *l. c. operis*, die jene Klausel nicht enthält. Ein bündiges Quellenzeugnis nämlich, wie der letzte Satz der *l. 24 pr.* für den eben behandelten Spezialfall, existiert für den Regelfall nicht. Nur so viel springt aus der bisherigen Erörterung auch für die gewöhnliche *l. c. operis* heraus, daß auch hier probatio nun und nimmermehr Abnahme sein kann. Ein Wort, das im ganzen Umkreis des Rechts von prägnanter Bedeutung ist, das auf dem bisher geschilderten Teilgebiet der *l. c. operis* dieselbe Kraft und Bestimmtheit aufweist, kann nicht plötzlich für den Rest der *l. c. op.* zu einer ziemlich nichtssagenden Bedeutung mehr tatsächlicher als rechtlicher Natur verblassen. Die oben berührte Schwierigkeit des Mangels einer ausdrücklichen, der *l. 24 cit.* ebenbürtigen Quellenstelle ist aber nicht die einzige, die uns auf dem Gebiet der schlichten *l. c. op.* begegnet. Vielmehr tritt gerade hier jenes Hinüber- und Herüberspielen der beiden Bedeutungen beweisen und billigen störend auf, von dem schon die Rede war. Wenn Javolen in *l. 37 h. t.* sagt: *Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet, so*

---

<sup>1)</sup> *Lex Iulia repetundarum*; *l. 7 § 2 D. 48, 11*: *Illud quoque caveatur, ne in acceptum feratur opus publicum faciendum, frumentum publice dandum praebendum adpraehendendum, sarta tecta tuenda, antequam perfecta probata praestita lege erunt.* Hier sind perfecta, probata, praestita nicht kumulativ, sondern respektiv zu verstehen; perfecta bezieht sich auf die sarta tecta tuenda, probata auf die opera publica facienda, praestita auf die frumenta praebenda. Die Wortstellung war ursprünglich chiasmisch gedacht, wie es in der blühenden Gesetzessprache schon der XII Tafeln (tab. 8) vorkam: *Qui se sieri testatier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobis (disqualifiziert) intestabilisque esto.* Der Gesetzesredaktor stockte bei der Wahl eines gemeinsamen Ausdrucks für dandum, praebendum, adpraehendendum und setzte probata vor praestita. Vgl. S. 143 Anm. 1.

ist klar, daß im Anfang probare beweisen, am Schluß billigen bedeutet. Was von beiden ist denn aber die eigentliche probatio operis? Der Nachweis seitens des conductor oder die Billigung seitens des locator? Darauf ist keine andere Antwort zu geben möglich als diese: Wir müssen hier gar nicht in den deutschen Ausdrücken denken, sondern zum Verständnis des Römerworts auf dem Wege der Anschauung zu gelangen suchen. Dort stehen zwei Männer, der eine hat das Werk seiner oder ihm dienstbarer Hände erläutert und befürwortet, der andere erteilt sein placet. Dieser zweiseitige Vorgang, dieses ultro citroque, für das mir das Wort fehlt, dem Römer aber nicht, weil er für die beiden Einzelvorgänge nur ein und dasselbe Wort hat, das er mit Leichtigkeit auch auf ihrer beider Zusammenfassung anwendet, das ist die probatio oder adprobatio (differt tantum nominis sonus) bei der l. c. operis simplex. Der Unterschied gegen die l. c. op. qualificata besteht eben darin, daß bei dieser der zweiseitige Vorgang zu einem einseitigen zusammenschrumpft. Arbitratu locatoris probatur opus, müssen die Römer sagen, um auszudrücken, daß nur Billigung des dominus, sei es die tatsächliche, sei es die nach Ablauf der dafür festgesetzten Zeit vertragsmäßig fingierte, ohne ein Mittätigwerden des conductor gemeint sei; sie müssen sich so umständlich ausdrücken, weil ihre Sprache ein Wort, das nur billigen, nicht zugleich beweisen bedeutet, nicht besitzt.<sup>1)</sup>

Es handelt sich jetzt darum, zu untersuchen, ob trotz des fehlenden ausdrücklichen Quellenzeugnisses die Unwandelbarkeit der probatio bei der einfachen l. c. op. ebenso anzunehmen sein möchte wie bei der qualifizierten. Hören wir, was Ulpian im ersten Buch seines Kommentars zum Ädilenedikt schreibt: Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere —. cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur: haec tamen ratio redditur vel quia numquam istorum de ea re fuerat iurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt (l. 63 D. 21, 1). Es

<sup>1)</sup> Wohl aber besitzt sie ein gesondertes Wort für mißbilligen. Darum ist die Hinzufügung von: „aut improbatio“ in l. 60 cit. ein anderer Behelf um auszudrücken, daß man nur an billigen nicht zugleich beweisen denkt.

kann dahingestellt bleiben, ob Ulpian hier an Verdingung und Sachmiete gedacht hat; daß er an die Verdingung jedenfalls dachte, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Steht doch die Verdingung dem Kauf unendlich näher als die Miete, ist doch die Grenznachbarschaft beider durch die bekannte Frage, wann Kauf herzustellender Sachen, wann Verdingung anzunehmen sei, hinlänglich erwiesen! Wenn nun Ulpian mit als Grund für die mangelnde magistratische Regelung anführt, daß die *locationes* (*operum*) anders vor sich gehen als die Käufe, so muß er nach Lage der Sache auf ein Moment anspielen, das dem Geschäft als solchem integriert und dem Zweck des *Ädilenedikts* ähnliche, d. h. die Rechtslage fixierende, gleichsam verjährende Wirkungen ausübt. Daß dieses Moment die *probatio operis* war, ergibt ein Vergleich mit einer anderen Klage, die mit der *a. locati* die *Perpetuität* gemein hat, mit der *a. negotiorum gestorum*. Im ersten Buch seiner *Quaestiones* schreibt Scaevola: *Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possum semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit? nam utique mandatum non est. erit igitur et post *ratihabitionem* negotiorum gestorum actio (l. 8 D. 3, 5). Scaevola widerspricht Pomponius nur insoweit, als er das Weiterbestehen der *a. neg. gest.* nach der *probatio* für andere Zwecke als die durch die *ratihabition* gegenstandslos gewordenen mit Recht behauptet. Daß es aber für die letzteren bei der *probatio* sein Bewenden behalten muß, gibt auch Scaevola rückhaltlos zu: *reprobare non possum semel probatum*, und: *quem-**



admodum quod utiliter gestum necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Durch die Gleichstellung mit der auctoritas rei iudicatae ist hier die probatio aufs glücklichste gekennzeichnet. Nur muß — gegen diese Mahnung des Pomponius wird auch Scaevola nichts einzuwenden gehabt haben — der gestor sorgen, daß sie nach außen hin, ihm gegenüber, in unzweideutiger Form erklärt werde, stillschweigend geschieht sie nicht. Sollten diese überzeugenden Sätze, die von den Meistern des Rechts lediglich aus den „drei Worten inhaltsschwer“ der formula herausentwickelt worden waren, nicht auch für unser b. f. iudicium Geltung gehabt haben? Sollte die Perpetuität der Klagen nicht hier so gut wie dort als ein Schraubstock für den Verkehr empfunden worden sein, dessen Lockerung dringend geboten war? Sollte der wie ein roter Faden das römische Recht durchziehende Grundsatz des Vollgewichts der offen, rundheraus erklärten Willensmeinung, jenes *uti lingua nuncupassit, ita ius esto* bloß auf diesem einen Gebiet versagt haben? Die Antwort, meine ich, dürfte nicht zweifelhaft sein. Blicken wir auf das ganze Rechtsgebiet, das die Quellen uns erschließen, so finden wir, daß die *paenitentia* ihre Stätte nur in Rechtsvorgängen *mortis causa* hat. *Sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum*, ruft Ulpian an einer Stelle aus, wo er von der konkreten Erörterung aufsteigend weit Umschau hält (l. 32 § 3 D. 24, 1). Der Erblasser soll freie Hand behalten. Ja, selbst sein Erbe noch bis zum Ablauf der Kretionsfrist (Gai. II, 168). Dann aber sind feste Verhältnisse gegeben. Es greift die Regel ein, die das gesamte Verkehrsleben beherrscht. Wem immer ein Wahlrecht zusteht, der überlege reiflich, denn mit dem ersten Gebrauch erlischt<sup>1)</sup>; wer Rechnungsbücher prüft, sehe zu, daß ihm ja kein Fehler entgehe, denn sind *rationes reditae*, ist der Sklave frei<sup>2)</sup>; der *socius* wird zu spät durch

<sup>1)</sup> *degustatio* l. 16 D. 18, 6; *lex commissoria* l. 4 § 2 D. 18, 3; *optio legata* tit. 33, 5; Bedingung *nisi heres meus noluerit* l. 11 § 5 de leg. III (post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse). Die abweichende Regelung bei der Stipulation *illud aut illud* (l. 138 § 1 D. 45, 1) beherrscht der rigor, der nach dem Wortlaut geht. —

<sup>2)</sup> l. 32 D. 35, 1, vgl. l. 50 eod. Natürlich nur, si fraude caret, l. 32 cit.

Schaden klug, der einmal ja gesagt<sup>1)</sup>; die separierten Gläubiger kommen von dem Isolierschemel, auf den sie sich selbst gesetzt, nicht mehr herab<sup>2)</sup> u. s. f. Nur im Verfahren extra ordinem wird der Kernsatz allen römischen Geschäftslebens, wenn's dringend not tut, *coniventibus oculis* außer acht gelassen, aber nur zögernd<sup>3)</sup> und nie, ohne daß die Regelwidrigkeit gebührend unterstrichen wird.<sup>4)</sup> Daß dem schlichten iudex der gleiche Spielraum gewährt gewesen sein sollte, ist ganz undenkbar, vollends, daß er, selbst wenn er die Möglichkeit rechtlich gehabt hätte, jemals als Mann des praktischen Lebens davon Gebrauch gemacht hätte.

Ist demnach als sicher anzunehmen, daß auch bei der einfachen l. c. op. die *citra fraudem conductoris* erfolgte *probatio* eine unverrückbare rechtliche Grundlage schuf, so erhebt sich weiter die Frage, wann sie vorzunehmen war, bis zu welchem spätesten Zeitpunkt der locator der vom conductor angetragenen *adprobatio* ausweichen konnte, ohne der mora mit ihren bald zu erörternden Folgen anheimzufallen. Auch hierfür sind wir nur auf indirekte Quellenzeugnisse angewiesen und zwar auf die für die *cautio damni infecti* gegebenen Bestimmungen, die gleichmäßig bei der op. n. n. wie den Interdikten *de aqua cottidiana et aestiva*, *de rivis*, *de cloacis* galten.<sup>5)</sup> In l. 13 § 15 D. 39, 2 wird die Frage aufgeworfen, welcher dies *ad quem* der *cautio*

<sup>1)</sup> l. 28 D. 10, 3 (Pap.): — *etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem.* — <sup>2)</sup> l. 1 § 10 D. 42, 6, l. 5 eod. — <sup>3)</sup> l. 8 D. 37, 6 (Pap.): *nonnumquam praetor variantem non repellit et consilium mutantis non aspernatur.* (Wie Papinian nach dieser Einleitung in der Behandlung der als Illustration dienenden Rechtsfrage vorschreitet, dann zurückweicht, dann wieder vorschreitet und endlich mit Vorbehalt sich die Entscheidung abringt, das muß man lesend genießen!) Leichter wird der Entschluß, wenn ein Respektsverhältnis vorliegt, z. B. zugunsten des Patrons: l. 8 pr. D. de bonis libertorum 38, 2. — <sup>4)</sup> l. 6 § 6 D. 27, 1 (Mod.) — *reprobari medicum posse a re publica, quamvis semel probatus sit, imperator cum patre Laelio Basso rescripsit.* — <sup>5)</sup> l. 1 § 38 D. 43, 20, vgl. auch Edict. Aug. de aquaeduct. Venafrano: *dum ob eas res promittant*, l. 3 § 9 D. 43, 21, l. 1 pr. D. 43, 23.

wegen „operis vitium“ (vgl. l. 24 pr. i. f. D. 39, 2, l. 1 pr. D. 43, 23) eingefügt werden sollte, und dahin beantwortet, das richte sich ganz nach der Art und Weise des aus dem jeweiligen opus zu erwartenden Schadens. Eine andere Antwort wird auch auf die uns beschäftigende Frage nicht erteilt werden können. Gerade hierbei wird es nützlich sein daran zu erinnern, daß die b. f. iudicia gelegentlich geradezu arbitria genannt wurden (Cic. de off. III § 66, 70). Ebenso wenig aber wie feste Fristen werden Willkürzahlen gegolten haben.<sup>1)</sup> Beispiele, wie vielmehr der iudex im konkreten Fall zu ganz bestimmten Normen gelangte, bieten sich gerade in Anknüpfung an die c. d. i. dar. Will ich auf meinem Grundstück eine Wasserleitung oder eine cloaca anlegen und hat mein Nachbar c. d. i. erwirkt, so liegt es nahe, anzunehmen, daß mein conductor mir gegenüber so lange für vitium operis einzustehen habe, wie ich meinem Nachbar. Denn wenn der Prätor durch die Fixierung des dies der cautio zu erkennen gegeben hat, jenseits welcher Zeitgrenze er einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Schadenswerden der Anlage und dem Grad der Güte des opus qua opus als nicht erweisbar oder als nicht beachtlich (neque enim in infinitum obligatus esse debet l. 13 cit.) aufgefaßt wissen will, so wird dieser obrigkeitlichen Wegweisung auch der iudex in der Kontraktsklage für die Regel sich nicht entziehen können. Ja, sollte selbst es zur c. d. i. gar nicht gekommen sein, so wäre es doch nur zu billigen, wenn der iudex gleichwohl die bei einer solchen sach- und ortsüblich vom Jurisdiktionsmagistrat angewandten Fristen seiner Entscheidung zugrunde legte. So mögen Handhaben genug, aus dem mos regionis und der Praxis der

<sup>1)</sup> Nichts charakterisiert die Zeit des Verfalls besser, als die Sucht des Gesetzgebers mit Zahlen zu reglementieren. So setzten Gratian, Valentinian, Theodosius und Arcadius i. J. 385 die fünfzehnjährige Garantiefrist des Unternehmers öffentlicher Bauten fest, genau so wie Constantin 319 an die Stelle des tempus utile bei der a. doli das biennium continuum (l. un. C. Th. 2, 15, l. 8 C. 2, 20) gesetzt hatte: l. 8 C. 38, 11. (Für den Ersatz des tempus utile durch tempus continuum mag immerhin das Nebeneinander der heidnischen und der christlichen Feiertage einen Entschuldigungsgrund abgeben, Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß III S. 191.)

Magistrate geschöpft, bestanden haben, die zur Entscheidung der Frage geeignet erschienen: wann vom locator gesagt werden könne, daß *per eum stat quominus opus adprobetur*.

Die soeben angeführten Worte leiten zu der Frage über, in deren Beantwortung der *probatio op.* gemeinhin die Hauptrolle zufällt, zu der Frage nach der Einwirkung der *probatio* auf das *periculum operis*. Sie sind entnommen jener Florentinusstelle (36 h. t.), die als *sedes materiae* gilt und vollständig lautet:

*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, quominus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius intercederit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*

Der Leser ist geneigt, 2 Fragezeichen herzusetzen, ein kleines und ein großes. Die geringere Schwierigkeit behebt sich durch den Hinweis auf l. 51 § 1 eod. einerseits und die ziemlich bis auf den heutigen Tag sich gleich bleibenden Formen des Bauwesens andererseits. Der Gegensatz zwischen Bau in eigener Regie und *Entreprise* ist es, der sich in den Florentinischen Ausdrücken: (*opus*) *quod ita conductum est ut in pedes mensurasve praestetur* und: *opus quod aversione locatur* widerspiegelt. Ob bei der ersteren Art die Entlohnung nach Zeitabschnitten oder, wie hier, nach Maßen erfolgt, ist einerlei. Das juristisch allein Entscheidende ist, daß im Gegensatz zur *Entreprise*, bei der das Entstehen für die Güte des *opus*, die Haftung über den Tag der Vollen- dung hinaus wesentlich ist, bei ihr der *conductor* nur das Werkzeug in der Hand des *dominus* ist, nur Fleiß, Folgsamkeit und Achtsamkeit in seiner Person sowie seiner Gehilfen<sup>1)</sup> zu prästieren hat, und somit in dem Augenblick,

<sup>1)</sup> Es wird mit der herrschenden Meinung gegen Windscheid II, 401 n. 5 angenommen, daß l. 25 § 7 h. t. die unbeschränkte Haftung wegen der Gehilfen zwingend beweist.

wo das opus fertig dasteht, nicht nur den Abschluß seiner Tätigkeit, sondern auch das Ende seiner Verbindlichkeit erblickt. So gelangen wir hier zu einer Abart des opus arbitrato alicuius efficiendum<sup>1)</sup> (im Gegensatz zu dem im Anfang behandelten opus arbitrato locatoris probandum), welche mit der reinen Dienstmiete diese beiden Züge gemein hat, daß das opus vor den Augen des Bauherrn oder seines Vertreters vonstatten geht<sup>2)</sup> und das obligatorische Soll des mercennarius in lauter kleine Partikel zerfällt, die, wie sie Stück für Stück sich abrollen, auch den Gegenanspruch bruchstückweise erzeugen<sup>3)</sup>, hinwiederum insoweit von der Dienstmiete sich entfernt, als die Parteiberedung von vornherein nicht auf eine Zeitspanne, in der die zunächst unbestimmten Dienste bereit zu halten, gerichtet ist, sondern die Beziehung auf ein bestimmtes herzustellendes opus enthält.<sup>4)</sup>

Stärkeren Widerstand als diese mehr technische setzt eine juristische Schwierigkeit dem Verständnis unserer Stelle entgegen. Denn erscheint nicht durch den Schluß alles zurückgenommen, was der Anfang behauptete? Und wunderbar! eine ganz ähnliche Überraschung widerfährt dem Leser

<sup>1)</sup> Eine Abart. Denn das opus arbitrato alicuius efficiendum greift weiter als die loc. cond. von dieser Form. Man denke an die letztwillige Auflage an den Erben, dem testator arbitrato Titii ein Denkmal zu setzen. Eine feste Terminologie besitzen übrigens die Römer nicht; insbesondere heißt es auch vom opus arbitr. locator. probandum, daß das opus fit oder efficitur arbitr. loc. Vgl. l. 77 D. 17, 2, lex Put., Cic. in Verr. I, 50 fg. Doch gibt es ein sachliches Unterscheidungsmerkmal. Wo von lex locationis, lex operi data oder dicta die Rede ist, liegt stets jenes vor, denn das Wesen des Baues in eigener Regie besteht ja gerade darin, daß die Parteien, unter Verzicht auf einen im vorhinein festgelegten Bauplan, alles auf die fort und fort ergehende Weisung des Bauherrn abstellen. — <sup>2)</sup> Vgl. l. 6 pr. D. 35, 1 (Pomp.): — vel adesse non possit. — <sup>3)</sup> l. 30 § 3 h. t. (Alf.) — quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. respondit etiam imperfectum. — <sup>4)</sup> Das schließt nicht aus, daß im Strafgeding ein äußerster Zeitpunkt angegeben ist: si opus arbitrato meo ante kal. Iun. effectum non erit — dari spondes? (l. 113 pr. D. 45, 1). Die Klage über die Unpünktlichkeit der Handwerker, von denen die Auftraggeber just in dem Augenblick sich im Stich gelassen sehen, wenn sie ihrer am dringendsten bedürfen, wird nicht bloß uns geläufig gewesen sein!

einer Gesetzesstelle, die dieselbe Frage weit über ein Jahrtausend später behandelte, dem Leser des § 644<sup>1</sup> BGB., der überhaupt eine merkwürdige Ähnlichkeit im Aufbau mit unserer l. 36 zeigt. Daß hier mit den tralatizischen Sätzen ein tralatizisches Mißverständnis mit übergegangen, scheint nach den Motiven (II, 498 a. E.) sicher. Es wäre vermieden, wenn man 1. aus l. 62 h. t. sich die Gewißheit verschafft hätte, daß *periculum operis* von den römischen Juristen in einem technischen Sinne gebraucht wurde, 2. die Partizipialkonstruktion *nociturum* richtig gefaßt hätte. Um mit Nr. 2 zu beginnen, so ergibt der Zusammenhang, daß *oratio directa*, nicht *obliqua* vorliegt, mithin *est*, nicht *esse* zu ergänzen ist. *Nociturum est* aber ist durchaus konditional. *Nociturum esse* könnte sowohl heißen: daß es schaden wird, wie: daß es schaden dürfte; *nociturum est* muß heißen: es dürfte schaden. Schon hieraus folgt, daß der Übergang der Gefahr in der landläufigen Bedeutung nicht gemeint sein kann, denn für einen solchen Sinn wäre die assertorische, nicht die hypothetische Form geboten. Es müßte nicht heißen: die Gefahr geht wahrscheinlich über, sondern: sie geht über. Was die technische Bedeutung von *periculum operis* betrifft, so gibt darüber l. 62 h. t. genügende Auskunft. *Labeo libro primo pithanorum. 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.* Wenn hier Paulus in der Polemik gegen Labeo ohne Stocken die Haftung für den durch *vitium operis* erfolgten Zusammenbruch der Wasseranlage mit unter das *periculum* subsumiert, so geht so viel klar daraus hervor, daß die Juristen bei *periculum operis* an das objektive Moment, an das Bangen um die körperliche Unversehrtheit als solche dachten, ohne daß durch den Ausdruck an sich das subjektive Moment, die Unerweislichkeit einer Verschuldung, mit getroffen würde.<sup>1)</sup> Ist das aber der Fall, dann besteht

---

<sup>1)</sup> Daß dieser aus l. 62 so klar hervorleuchtende Sachverhalt in der jüngeren Literatur gänzlich verkannt wurde, liegt an der zu abstrakten Vorstellung, die wir mit dem deutschen Rechtsausdruck Ge-

kein Widerspruch zwischen dem Anfang und dem Schluß unserer Florentinusstelle. Nur die überlieferte Vorstellung der Identität der probatio mit unserer Abnahme verhinderte die mittelst der l. 62 zu gewinnende Erkenntnis, daß der Anfang und die Mitte, was die Entreprise betrifft, durchaus im Rahmen des vertraglichen praestare sich bewegen und erst der Schluß die Frage des casus in die Erörterung wirft. Bis zur probatio steht oder fällt das Bauwerk periculo conductoris, es sei denn, es fiele vi maiore (oder, wie wir aus l. 62 ergänzen können, vitio soli). Nur muß locator nicht in mora sein, conductor nicht von ihm sagen können: Er ist schuld, daß in dem angemessenen Zeitraum ich zu der von mir angetragenen adprobatio, sei es vor ihm oder vor einem vereinbarten oder vom Prätor bestellten arbiter nicht gelangt bin. Das dürfte ihm schaden — nociturum! Es ist höchst bezeichnend, daß im b. f. iudicium, wo keine positive Gesetzesschranke den tüchtigen iudex behindert, keine Kasuistik eines Gesetzesparagraphen dem untüchtigen zu Hilfe kommt, für Präklusivfristen in unserm Sinne kein Raum bleibt. Nociturum est, nicht nocebit! Findet der Richter, daß doch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und der Fehlerhaftigkeit des opus eine allzu vernehmliche Sprache spricht, so wird er trotz der mora locatoris entscheiden, wie ihn die Stimme des Gewissens heißt; nur für die (in der Praxis wohl die Regel bildenden) Fälle, wo das Tatsächliche minder klar zutage liegt, da allerdings hat der locator es sich selbst zuzuschreiben, wenn er mit der Behauptung eines vitium operis nicht mehr gehört wird, nachdem er die bindende, nötigen-

fahr verknüpfen und in die Quellen hineinübersetzen. Die Bedeutung von periculum muß für jeden besonderen Zusammenhang besonders festgestellt werden. — So, wie die Schriftsteller, sprechen die Reskripte: [Imperatores Antoninus et Verus] rescripserunt operum periculum etiam ad heredes curatorum pertinere (l. 11 § 1 D. 50, 8). Soll umgekehrt zum Ausdruck gelangen, was wir als Gefahr bezeichnen, so fehlt der Hinweis auf fortuitus casus u. dgl. nicht: l. 1 § 6 D. 50, 12. Ein deutscher Jurist schriebe einfach: Der Stifter trägt die Gefahr des opus bis zur adsignatio. Vgl. noch über den Sprachgebrauch *κίνδυνος* = Haftung im griechischen Kontraktsstyl Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 179.

falls vor dem Unparteiischen des praetor vorzunehmende Feststellung des Sachverhalts über die angemessene Zeit hintanzuhalten für richtig befunden hat.

Wie bei der *Entreprise* die *adprobatio*, so bedeutet beim Bau in eigener Regie das *admetiri*, d. h. die Ablieferung jedes der *Quanta*, nach denen das Entgelt berechnet wird, einen Einschnitt, eine juristische Cäsar der konduktorisches Haftung. Jeder Bauunfall, der die aufgewendete Mühe zunichte macht, läßt den *conductor* kalt, soweit er sich auf die abgelieferten *Quanta* oder diejenigen bezieht, hinsichtlich deren der *locator* im Verzuge der Abnahme ist. (Endlich, endlich stoßen wir auf einen der unglückseligen Abnahme wirklich korrelierten römischen Begriff!) Nur was zwischen einem bis zum nächstfolgenden Ausschreiten des Werks dem *conductor* mißglückt, ist sein Schade. Und hier, bei diesem an sich schon winzigen Risiko, wird mit Recht auf *vis maior* keine Rücksicht genommen, wie der Schlußsatz lehrt, der die Doppelung („*vel*“) fallen läßt und nur mit der *adprobatio*, also dem *opus quod aversione locabatur*, sich befaßt.

Es erübrigt, die rechtliche und wirtschaftliche Natur der *probatio operis* in zusammenfassendem Rückblick darzustellen und in einem Schlußabschnitt die der *probatio op.* verwandten Fälle zu besprechen.

Die *prob. op.* kann, was ihre rechtliche Wirkung betrifft, mit einem einzigen Schlagwort bezeichnet werden, das wir der im Anfang zitierten Labeostelle 60 § 3 h. t. entnehmen: *absolutio*.<sup>1)</sup> Für ein *vitium operis* kann der *conductor* nicht mehr in Anspruch genommen werden, sondern

<sup>1)</sup> Der Zusammenhang und die ganze *species facti* von l. 60 § 3 fordern zu einer genaueren Betrachtung heraus. Die Binsenwahrheit, daß im b. f. iudicium der *locator* nichts gegen seine eigenen Worte ausrichtet, spricht ein Klassiker nicht aus. Den Schlüssel zum Verständnis geben die Worte *aut heredis eius*. Der *locator* starb. Um sich gegen die Gefahr einer in *integrum restitutio* des auf eigenes *arbitrium* hin probierenden minderjährigen Erben zu schützen, ging der *conductor* mit ihm zum Prätor, um unter dessen Ägide (cf. *Edict. perpet. c. X*: „*animadvertam*“) die *probatio* vornehmen zu lassen. Den Prätor beriet Labeo.



nur noch *ex dolo suo* (l. 24 cit.). Für dieses Klageziel bleibt die *a. locati* bestehen<sup>1)</sup>, im übrigen ist sie erloschen. Die rechtlichen Formen, in denen die *probatio* vor sich gehe, sind gleichfalls schon aus der bisherigen Erörterung zu erkennen. Allen Formen gemeinsam ist das *palam dicere*, die ausdrückliche Erklärung, denn sie allein ist kräftig genug, die *Scaevolische* Gleichung (l. 8 D. 3, 5 cit.): *probatio inter partes* = *probatio apud iudicem* zustande zu bringen. Darum ist auch das Verstreichenlassen des festgesetzten *tempus probationis* (beim *opus arbitrato locatoris* *probandum* aut *improbandum*) nicht als stillschweigend erfolgte, sondern vertragsmäßig fingierte *probatio* anzusehen.<sup>2)</sup> Im übrigen unterscheiden sich die *probationes* bei den beiden Formen der *loc. cond. operis* (*qualificata* und *simplex*) darin, daß die eine einseitige Willenserklärung, die andere Vertrag ist. Scheitert das Zustandekommen des letzteren, so tritt an seine Stelle der *private* oder vom Prätor vermittelte Schiedsspruch; ermangelt auch dieser, so erscheint über kurz oder lang die *mora locatoris* auf dem Plan. Was die wirtschaftliche Natur der *prob.* betrifft, so läßt sie sich kurz dahin charakterisieren, daß sie die Funktion der Verjährung (wenn sie versäumt wird) mit den handelsrechtlichen Einrichtungen der Genehmigung (wenn sie vorgenommen wird und befriedigend verläuft) und des Zurverfügungstellens (wenn sie unbefriedigend verläuft) in sich vereinigt. Im letztgenannten Fall braucht sie nicht notwendig einem Prozeß zu präjudizieren. Vielmehr kann es auch geschehen, daß der *conductor*

<sup>1)</sup> Wie aber erklärt sich dann l. 7 § 3 D. 11, 6? Warum mußte zur ausdehnenden Anwendung der *Agrimensorenklage* durch kaiserliches Dekret gegriffen werden, wenn die *a. locati* gegen den *redemptor qui fefellit* für immer fortbestand? Antwort gibt l. 3 § 1 eod.: — *competit* — *haec actio ei cuius interfuit falsum modum renuntiatum non esse* —. Deshalb scheint mir auch, daß die von Lenel (Edikt 172) offen gelassene Frage, ob diese Worte im Edikt selbst gestanden haben, bejaht werden muß. — <sup>2)</sup> Wie aber, wenn die *clausula ficticia* dem Vertrage einzufügen vergessen wurde? Dann werden wir uns eben der alten Rechtsregel zu erinnern haben: *pactionem obscuram vel ambiguam venditori et, qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*, l. 39 D. 2, 14. Vgl. auch l. 4 pr. D. 18, 6.

— natürlich nur *superante* oder *prolato* die *operis* — die Fehler verbessert und in nochmaliger *adprobatio* vor dem Besteller dessen Zufriedenheit erringt (Vitruv VII, 5). Endlich bedarf es noch einiger Worte über das Verhältnis der *probatio* zu dem klingenden Abschluß der *loc. cond.*, der Bezahlung. Es könnte scheinen, als ob nach der hier vertretenen Auffassung über das Wesen der *pr.* anzunehmen wäre, daß die Bezahlung erst nach geschehener *probatio* erfolgte, weil erst dann die Sachlage rechtlich gefestigt erscheint. Das hätte dem wirtschaftlichen Sinn der Römer wenig entsprochen. Alle größeren *opera* scheinen vielmehr nach dem Vorbild der öffentlichen Verdingung überhaupt nicht anders verdingungen gewesen zu sein als gegen Sicherheitsleistung — meist durch Bürgen — auf Seite des *conductor* (l. 14 D. 45, 1, l. 44 D. 46, 1, l. 31 D. 46, 3, vgl. l. 58 § 2 h. t. 19, 2). Unter solchen Umständen aber stand der alsbaldigen Bezahlung des fertigen *opus* nichts im Wege; es scheint, daß das Drängen auf *adprobatio* weniger dem Wunsch nach Klarheit in der Sache selbst entsprang als dem Bestreben, die *sponsores* frei zu bekommen.<sup>1)</sup>

Den Schluß dieses Aufsatzes soll eine Betrachtung der der *probatio* verwandten Fälle bilden. Es handelt sich um diejenigen Werkverträge, die nicht ein *opus* zum Gegenstand haben. Wie nämlich unsere zu Verallgemeinerungen neigende deutsche Rechtssprache, wie wir sahen, aus dem *periculum* beim *opus* eine quellenwidrige Abstraktion schuf, so hat sie auch dem *opus* selbst eine zu weitgehende Bedeutung zuerteilt, indem sie dafür das schlechthin allgemeine deutsche „Werk“ einsetzte. Das *opus locatum* (*conductum*)<sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> In der *lex Puteolana* allerdings ist festgesetzt, daß der *redemptor* die zweite Hälfte der *merces* erst *opere effecto probatoque* erhalten soll; dafür bekam er die erste schon bei der Sicherheitsstellung. Aber die *lex P.* kennt auch das *tempus probationis* nicht. Wir werden annehmen müssen, daß die Stellung des privaten *locator* wie hier so dort eine andere war als die der verdingenden Gemeinde. — <sup>2)</sup> Dagegen *opus facere* (ohne Hinzufügung von *locare*) wird von den *operae servi*, *liberti* u. a. gebraucht statt: z. B. l. 26 pr. D. 38, 1. Dagegen die untechnische Ausdrucksweise in l. 12 i. f. D. 7, 8 erklärt sich durch das Bestreben, gegensätzlich zu reden.

der Römer ist aber, technisch gebraucht, nicht Werkvertrag schlechthin, sondern entgeltlicher Vertrag über ein zu errichtendes Bauwerk. Es scheiden nicht bloß die Fälle aus, wo bewegliche Sachen hingegeben sind (*vestimenta polienda, columna transportanda, puer docendus*), sondern auch die, wo Bauwerke nicht errichtet, sondern nur instand gehalten werden sollen (*sarta tecta tuenda*). Nur für das eigentliche *opus* aber wird der Ausdruck *probare* technisch gebraucht.<sup>1)</sup> Es fragt sich: Hat die der *probatio* zugrundeliegende Rechtsidee auch bei den übrigen Arten des Werkvertrages Geltung sich zu verschaffen vermocht? Für die *sarta tecta* ist die Frage mit völliger Sicherheit zu bejahen.<sup>2)</sup> Aber auch hinsichtlich der Verträge über gewerbliche an Mobilien vorzunehmende Leistungen muß, scheint es, angenommen werden, daß der *locator*, sobald er einmal für befriedigt sich erklärt hatte, der *actio locati* — *dolus* immer ausgenommen — verlustig gegangen war. Wenigstens wüßte ich nicht, wie I. 27 § 35 D. ad leg. Aqu. 9, 2 anders zu deuten sei: — *si tectori locaveris laccum vino plenum curandum et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, Labeo scribit in factum agendum*. Warum *agendum*? Stand dem *locator* nicht die *a. locati* zu, wenn der Handwerker die Tonne beim Hantieren verletzte, so daß der Inhalt ausfloß? In ähnlichen Fällen wird gesagt, daß mit der *Aquilia* wahlweise geklagt werden kann (im vorhergehenden Paragraphen, ferner I. 13 pr., I. 43 D. h. t. 19, 2), hier aber heißt es, daß mit einer *a. in factum concepta* geklagt werden muß. Das scheint doch stark darauf hinzuweisen, daß die Kontraktsklage nicht mehr zur Verfügung stand, was sich nach der hier vertretenen Auffassung vollauf erklären würde, da nachträgliche Entdeckung innerer Schäden bei

---

<sup>1)</sup> Insbesondere wurde, worauf Mommsen, Staatsrecht II, S. 451 Anm. 3 hinweist, bei den *sarta tecta* der Ausdruck *probare* vermieden. Auch in der *lex Iulia repetundarum* wurde *probare* für das *exigere* der *sarta tecta tuenda* nicht angewendet. (S. o. S. 130 Anm.) — <sup>2)</sup> Liv. 45, 15. Vgl. Mommsen a. a. O. Der Ausdruck, den hier Mommsen wiederholt gebraucht (Abnahme der Instandhaltungsverträge), nähert sich der hier vertretenen Anschauung, die in dem Vorgang eine *absolutio conductoris* sieht, ganz entschieden.

solchen Werkverträgen, wo Sachen zur lediglich äußeren Behandlung hingegeben waren, auch heute nichts Seltenes ist.<sup>1)</sup>

## VII.

### Beitrag zur *accessio temporis* bei der Ersitzung.

Von

**Paul Krüger**

in Bonn.

In Justinians Konstitution über die Umgestaltung der Usukapion Cod. 7, 31 hat der Text des § 3, welcher über die Anrechnung der Besitzzeit des Vorgängers handelt, vielfach Schwierigkeiten bereitet. In meiner kritischen Ausgabe 1877 ist an der bisher üblichen Lesung und Satzabteilung festgehalten; neuere Arbeiten gaben mir Anlaß zu einer Nachprüfung der Überlieferung; daraus ergab sich eine wesentliche Umgestaltung des Textes, welche in die neueren Auflagen der Stereotyp-Ausgabe eingefügt worden, dort aber von den Bearbeitern der Konstitution bisher übersehen worden ist.

<sup>1)</sup> Trifft der Aufsatz das Richtige, so lichtet sich vielleicht das Dunkel über Cic. in Verr. I § 149: *opus in acceptum rettulit quadriennio post, quam diem operi dixerat*. Verres war in Verlegenheit. Wenn er seinen Spießgesellen nicht sofort justifizierte, so kam ihm das für die schwebende Anklage zugute, setzte ihn aber der Gefahr aus, von jenem verraten zu werden. Verres zog sich aus der Sache, indem er ihm *absolutio* erteilte, aber — über 4 Jahre. Natürlich wird die Zeitbestimmung zur Farce, wenn der Unternehmer seiner *absolutio* im vorhinein gewiß ist. Es scheint aber, daß das in der weitherzigen Praxis der sinkenden Republik häufig vorkam. Die *lex Iulia repetund.* (Anm. S. 130) erscheint gerade durch unsere Verrinenstelle in besonderem Licht.