



GERHARD THÜR

OPERA OMNIA

<http://epub.oeaw.ac.at/gerhard-thuer>

Nr. 153 (Aufsatz / *Essay*, 1999)

Stipulation und Bauvertrag

Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire I, hg. v. Jean-François Gerkens u.a., 1999, 477–492

© Editions Juridiques de l'Université de Liège mit freundlicher Genehmigung (http://www.droit.ulg.ac.be/cms/c_280578/fr/anciennes-publications-des-editions-juridiques-de-l-ulg)

Schlagwörter: FIRA III² 153 – Puteoli – *locatio conductio* – *stipulatio poenae* – Stipulationsklausel

Key Words: FIRA III² 153 – Puteoli – *locatio conductio* – *stipulatio poenae* – stipulation-clause

gerhard.thuer@oeaw.ac.at

<http://www.oeaw.ac.at/antike/index.php?id=292>

Dieses Dokument darf ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt werden (Lizenz CC BY-NC-ND), gewerbliche Nutzung wird urheberrechtlich verfolgt.

This document is for scientific use only (license CC BY-NC-ND), commercial use of copyrighted material will be prosecuted.

STIPULATION UND BAUVERTRAG

Gerhard THÜR

Im Rahmen dieses kleinen Beitrags kann ich nur einige Gedanken zur Funktion der *stipulatio* im römischen Vertragsrecht skizzieren, die sich bei der Betrachtung der Quellen zum Bauvertrag geradezu aufdrängen. Vermutlich ließen sie sich über diesen engen Bereich hinaus noch vertiefen. Mit dem reichen Œuvre des durch diesen Band Geehrten sind die folgenden Zeilen durch eine herrschenden Lehren gegenüber kritische Grundeinstellung verbunden.

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, daß die Errichtung oder Reparatur eines Gebäudes in zwei verschiedenen Verträgen ausbedungen werden konnte, in Form der *locatio conductio* oder der *stipulatio* (1). Die *stipulatio* sei bis zu der minimalen Formulierung « *insulam fieri spondes?* » geschrumpft und habe wegen ihres unbestimmten Inhalts bei ihrer Durchsetzung erhebliche Diskussion hervorgerufen. Doch gehörte der Bau eines Hauses in der Antike, wie auch heute, gewiß nicht zu den kleinen Geschäften des täglichen Lebens. Welcher Unternehmer wird sich einer strengrechtlichen Haftung derart unbestimmten Inhalts ausgesetzt haben? Welcher Bauherr wird andererseits eine bestimmte Summe Geldes – gleichfalls (so wäre wohl zu vermuten) mit *stipulatio* – versprochen haben, ohne daß die Gegenleistung des Unternehmers hinreichend präzisiert worden wäre. Schon diese einfache Überlegung spricht dagegen, die häufig überlieferten « Baustipulationen » als « Bauverträge » zu deuten. Der römische Bauvertrag ist jedenfalls die *locatio conductio*. Die *stipulatio* ist, wie im folgenden gezeigt wird, lediglich ein Anhängsel des Werkvertrags, womit der Unternehmer dem Besteller die rechtzeitige Fertigstellung des

(1) Von neueren Arbeiten seien hier nur genannt S. D. MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, Latomus 204(1989) 20-28; P. RIES, *Bauverträge im römischen Recht* (Diss. iur.), München 1989, 40-42; M. RAINER, *Der Bauvertrag in Stipulationsform*, in *Questions de responsabilité. XLV^e Sess. SIHDA 1991*, Miskolc 1993, 261-267.

Baues garantiert. Alle Texte, welche die Baustipulation etwas näher behandeln, gehen auf die Frage des Termins ein (2). Sie lassen sich nur in Verbindung mit einer Bauausschreibung sinnvoll erklären, welche die Leistungen, das Entgelt und in der Regel auch die Termine detailliert festlegt.

Wenig Aufschluß in dieser Frage gibt Gaius in seinen Ausführungen zum Verbalkontrakt, Gai.3.92-127. Von größter Wichtigkeit sind ihm die beim Abschluß zu sprechenden formelhaften Worte. Vom Inhalt der *stipulatio* ist, einige Sonderfälle ausgenommen, nicht die Rede. Kann man daraus schließen, jedes erlaubte Geschäft könne in Form einer *stipulatio* klagbar gemacht werden (3)? Die Frage mag auf sich beruhen. Über die Praxis der *stipulatio* im Bereich der klassischen Vertragstypen macht Gaius keine unmittelbaren Aussagen. Er sagt weder, daß jeder Kontrakt « auch » in Form einer *stipulatio* abgeschlossen werden könne, noch, daß die *stipulatio* an Verträge « angehängt » werde. Hier sind wir auf die wenigen überlieferten Geschäftsurkunden angewiesen.

Auszugehen ist im Bauwesen von dem auf einer Marmortafel vollständig erhaltenen Vertrag zwischen der Colonia Puteoli und einem C. Blossius über den Bau einer Mauer im dortigen Serapisheiligtum (FIRA, III².153) (4) aus dem Jahr 105 v.Chr. und den von Cato, *de agri cultura* 14 und 15 für den Bau einer *villa* allgemein empfohlenen Vertragsklauseln (5). Beide Male wird der umfangreiche Vertragstext, die *lex*, vom Bauherrn ausgeschrieben und der Bau durch Versteigerung dem günstigsten Unternehmer zugeschlagen (6). Daß ein Tempelbau und der Bau einer *villa* im Text der Ausschreibung sich in den technischen Anforderungen unterscheiden, liegt auf der Hand. Nur der inschriftlich erhaltene Vertrag ist so konkret ausformuliert, daß er am Ende der Ausschreibung auch die Fertigstellungs- und Zahlungstermine enthält

(2) Allein zum Termin (ad 1) bietet RAINER (oben Fn.1) 261-64 Quellen, zur Haftung (2) nur allgemeine Erwägungen, 264f.

(3) JÖRS/KUNKEL, *Römisches Privatrecht*², Berlin 1935, 96, KASER, *Römisches Privatrecht* I², 538f., KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht*⁴, Berlin etc. 1987, 294.

(4) Zu diesem auch für die Frage der *stipulatio* wichtigen Bauvertrag s. MARTIN (oben Fn.1) 131, RIES (oben Fn.1) 7-12. 81. Keine Bauverträge, sondern nur Listen über vom Staat vergebene Straßenbauten sind CIL I².2.1.808 (= FIRA III².152) und 809 (vgl. nunmehr Addenda Tertia, 954).

(5) MARTIN (oben Fn.1) 31.

(6) MARTIN (oben Fn.1) 21.

(col. III, 12-15). Diese Ausschreibung wurde dadurch zum Vertragstext, daß am Schluß noch der Ersteigerer (*manceps* oder *redemptor*), der Werklohn und die Namen von vier Bürgen (*praedes*) angefügt worden waren (col. III, 16-18) : *C. Blossius Q. f. (sestertiis) MD idem praes. Q. Fuficius Q. f., Cn. Tetteius Q. f., C. Granus C. f., Ti. Crassicius*. Nach Festus s.v. *praes* (L 249) waren die vier zuletzt genannten dadurch Bürgen für den Ersteigerer Blossius geworden, daß sie auf die Frage des Magistrats *si praes sit* mit « *praes* » geantwortet hatten. Erst im Anschluß daran war vermutlich auch Blossius vom Magistrat gefragt worden, ob er für dasselbe einstehe wie die Bürgen (Festus, s.v. *manceps*, L 137). Auf diesem Umweg war die strenge persönliche Haftung des Unternehmers selbst geschaffen (7). Auch wenn die Details nicht restlos aufzuklären sind, wird das Modell dieses Bauvertrags klar : Der Text der Ausschreibung wird mit allen seinen technischen Bestimmungen Vertragsinhalt, die Haftung des Unternehmers wird durch einen speziellen Rechtsakt begründet. Ganz ähnlich werden Bauverträge in den griechischen und hellenistischen Rechtsordnungen abgeschlossen (8). Die Entwicklung zum römischen Konsensualkontrakt kann hier nicht diskutiert werden (9).

(7) Vgl. auch *qui pro se praes stat lex municip.* Tarent. (FIRA I².18.IX.2) und Varro, *l.l.*6.74. Zur « Selbstverbürgung » des *idem praes* s. KASER/HACKL, *Römisches Zivilprozessrecht*², München 1996, 390 Fn.14, M. R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981, 67 ; zur Etymologie s. R. CARDILLI, *L'obbligazione di « praestare » e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 109ff. Der Vorgang erinnert (ohne Einflüsse behaupten zu wollen) an die « Selbstverbürgung » des Verkäufers für den Fall der Eviktion, die in den Papyri des 2. Jh. v. Chr. an die Stelle dritter *βεβαιωταί* tritt, s. F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 439. Den Zusammenhang von *praedes dare* und *praedia subsignare* (FIRA III².153.I.6) mit den *leges municipales* macht deutlich Xavier D'ORS, *Las relaciones contractuales con la administración pública a la luz de las leyes municipales en derecho romano*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli 1997, 108f., der 111 auch auf die Parallele von öffentlicher und privater Bauvergabe hinweist.

(8) S. G. THÜR, *Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag*, in *St. Biscardi V*, Milano 1984, 471-514 ; der « Vertrag » kommt nach Zuschlag durch Zahlung der ersten Rate des Werklohns gegen Bürgenstellung zustande, die gegenseitigen Haftungsbeziehungen zwischen Unternehmer und Bauherrn werden durch Teilzahlungen und abschnittsweise Leistungen begründet, die wie « Zahnräder » ineinandergreifen (S. 509ff.). Auch in Puteoli wird der Werklohn in zwei Raten, nach Bürgenstellung und bei Abnahme, bezahlt (col. III 12-14). Weiteres Material s. A. WITTENBURG, *Texte und Bemerkungen zum Werkvertrag bei den Griechen*, in *FS Lauffer III*, Rom 1986, 1078-1088.

(9) Die Diskussion geht vor allem um den Kauf ; s. die « Klassiker » Ph. MEYLAN, *Scr. Ferrini IV*, 1949, 176ff., DERS. *IVRA* 4(1953) 369ff. und *TR* 38(1970)

Welche Klauseln Bauverträge zur Zeit der klassischen römischen Juristen enthalten haben, könnte allenfalls aus den beiläufigen Erwähnungen in deren Schriften und der sonstigen Literatur rekonstruiert werden. Im gegebenen Zusammenhang bedeutsam sind zunächst lediglich die Hinweise darauf, daß es immer noch den Abschluß des Bauvertrags durch Ausschreibung und Versteigerung an den günstigsten Unternehmer gab : Paulus überliefert in seiner Epitome aus Alfenus (*l.3 dig.*) D.19.2.30.3 den Text einer Vertragsklausel, die den Unternehmer als *redemptor* bezeichnet. Nur selten drücken sich auch die Juristen selbst so konkret aus : Marcellus (*l.20 dig.*) D.45.1.98.1 spricht vom *redemptor* der Reparaturarbeiten an einer vom Einsturz bedrohten *insula*. Daß es vom bloßen Zufall abhängt, ob die Juristen die – für sie unerheblichen – Modalitäten beim Abschluß eines Bauvertrags erwähnen oder nicht, beweist die parallele Überlieferung des Falles durch Ulpian (*l.20 ed.*) D.45.1.72.2 ; in der verkürzten Argumentation (10) ist auch der *redemptor* entfallen. Sonst gibt es keine Hinweise. Vermutlich sind Ausschreibung und Versteigerung auch in klassischer Zeit die übliche Form, einen Bauvertrag abzuschließen.

Der bereits erwähnte Marcellustext (D.45.1.98.1) zeigt uns auch das Zusammenspiel von Versteigerung und Baustipulation. Der *redemptor* hatte zusätzlich noch eine *stipulatio* geleistet « *insulam fulciri spondes ?* ». Der Inhalt dieses Versprechens war aber keineswegs völlig unbestimmt. Die konkreten Leistungen waren in einer *lex* aufgezählt, denn sonst könnte man den Handwerker nicht als *redemptor* bezeichnen. In gleicher Weise geht aus Labeo (*l.4 post. a Iav. epit.*) D.19.2.58.1 hervor, daß sich an eine *operis locatio* (vermutlich eines Baues) eine *stipulatio* (auf das Interesse des *locator*)

72f. ; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², Napoli 1954, 57ff. ; U. v. LÜBTOW, in *Symbolae Taubenschlag*, Breslau-Warschau 1957, 227ff.

(10) Die Kürzung könnte zwar bereits von Ulpian herrühren, doch spricht der etwas harte Anschluß des Falles « *insulam fieri* » an das « *insulam fulciri* » eher für die Schere der Kompilatoren. Mommsen ist aufgefallen, daß der Fall « *fulciri* » nicht gelöst ist, weshalb er am Schluß *mora* <*fulciendae vel*> *faciendae* konjiziert. Das scheint mir unnötig, wenn man annimmt, daß die Kompilatoren Ulpians Argumentation zum *fulcire* gestrichen und eine an Marcellus angelehnte Lösung (*tempus*), *quo fulcire potuerit redemptor* in Ulpians *mora* hätten aufgehen lassen. Zur *mora* s.u. Fn.14.

anschloß (*deinde*) (11). Auch in Ulpian (*l.20 ed.*) D.45.1.72.1 stehen Konsensualkontrakt (*locatum est*) und Stipulation (auf *quanti id opus erit*) nebeneinander. Bei der in einem ähnlichen Fall ausdrücklich eine *poena* betreffenden Stipulation, Proculus (2 epist.) D.45.1.113pr. liegt die Kombination von *locatio conductio* und *stipulatio* auf der Hand (12).

Noch zur Zeit der klassischen Juristen wurden also Bauverträge nach dem Muster der *lex* aus Puteoli (FIRA, III².153) abgeschlossen. Die *locatio conductio* legte die technischen Details der vereinbarten Bauleistungen, das Entgelt und üblicherweise die Termine fest. Selbstverständlich hafteten die Parteien einander hieraus mit *actiones bonae fidei*. Üblich waren daneben noch Stipulationen, in welchen die Unternehmer den Bauherren zusätzliche Sicherheit boten. Nach den bisher betrachteten Belegen konnten solche Garantiestipulationen ganz allgemein, eingliedrig, abgefaßt sein (« *insulam fulciri* » D.45.1.98.1 und 72.2) oder zweigliedrig, in ein Konditionalgefüge gekleidet : « *si ita factum non esset, ...* » D.19.2.58.1 und « *si ... opus perfectum non erit, ...* » D.45.1.72.1 mit Versprechen des Interesses oder « *si opus ... effectum non sit, ...* » D.45.1.113pr. mit Versprechen einer *poena*. Die beiden zuletzt genannten Stipulationsformulare (D.45.1.72.1 und 113pr.) setzen als Bedingung des Verfalls ausdrücklich fest, daß das Werk bis zu einem bestimmten Termin nicht fertiggestellt sei. In gleicher Weise geht es in allen übrigen soeben zitierten Fällen um Fragen des schleppenden Baufortschritts oder der Terminüberschreitung. Diese Beobachtung ist wichtig für die folgende Untersuchung. In einer weiteren Reihe von Fällen sind nämlich Baustipulationen erwähnt, nicht aber eine davor abgeschlossene *locatio conductio*. Wenn es darin so wie bisher um die Frage der zeitlichen Abwicklung des Bauvertrags geht, besteht eine starke Vermutung dafür, daß auch diese Stipulationen keine selbständigen Bauverträge sind, sondern den Bauherrn lediglich zusätzliche Garantie für die rechtzeitige Fertigstellung bieten sollen. Wie bereits der Vergleich von

(11) R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976, 133 weist auf die « zweigliedrige Struktur » hin, « die Stipulation knüpft an den *bonae fidei*-Kontrakt an ». RAINER (oben Fn.1) 263 übersieht diesen Zusammenhang. Auf diesen Schlüsseltext zur Baustipulation ist noch ausführlich zurückzukommen (s.u. nach Fn.16). Ganz ähnlich (*deinde*) folgt eine *stipulatio* in Paulus (*l.3 epit. Alf. dig.*) D.17.2.71pr. auf eine *societas*.

(12) S. wieder Knütel (oben Fn.11) 104. Zu dieser Stelle s.u. bei Fn.13.

D.45.1.98.1 (Marcellus) und D.45.1.72.2 (Ulpian) gezeigt hat, hängt es vom literarischen Zufall ab, ob ein Text, der die Baustipulation erörtert, auch den davor abgeschlossenen Werkvertrag erwähnt.

Die Baustipulation kann man, die bisherigen Fälle mit eingeschlossen, in zwei Gruppen einteilen: Einige *stipulationes* enthalten in ihrem Wortlaut eine Zeitbestimmung, andere nicht. Dieses inhaltliche Kriterium überlagert das vorhin genannte formale, ob das Versprechen allgemein (eingliedrig) oder kondizional (zweigliedrig) abgefaßt ist. Papinian (*l.2 def.*) behandelt die klassische eingliedrige Formulierung mit Terminangabe in D.45.1.124pr.: « *insulam intra biennium illo loco aedificari spondes?* » Der Unternehmer verzögert den Baubeginn. Auch wenn es völlig klar ist, daß der Termin nicht mehr eingehalten werden kann, hat der Bauherr vor Ablauf der Zweijahresfrist keine Klage aus der *stipulatio*. Das Bauvolumen der *insula*, die Grundfläche und die Zahl der Geschoße und der hierfür nötige Zeitaufwand ergäben sich aus einer zusätzlich abgeschlossenen *locatio conductio*. Doch hat der Jurist im vorliegenden Fall keinerlei Anlaß, diese auch nur zu erwähnen. Daß aus einer ähnlichen *stipulatio* erst nach Ablauf des hierin gesetzten Termins geklagt werden kann, sagt Papinian nebenbei auch in D.5.1.43 (*l.21 quaest.*).

Ulpian (*l.20 ed.*) D.45.1.72.1 kommt für die oben bereits erwähnte zweigliedrige Stipulation « *si ante kalendas Martias primas opus perfectum non sit, ...* » zum selben Ergebnis wie Papinian: Vor dem Termin kann nicht geklagt werden. In diesem Fall geht es aber nicht darum, daß der Unternehmer so spät zu bauen begonnen hat, daß er gar nicht mehr rechtzeitig fertig werden kann, sondern um zwei mögliche Termine zu klagen: ... *diem promissionis cedere non ex quo locatus est opus, sed post kal. Mart.* Der erste Termin kann nicht das Abschlußdatum der *locatio conductio* sein, denn niemand wird auf den Gedanken kommen, den durch *stipulatio* festgelegten Termin derart unsachgemäß zu korrigieren. Wenn ich richtig sehe, sagt Ulpian: « ..., so tritt der Termin des Versprechens nicht (schon) nach dem Termin ein, zu dem das Werk bestellt war, ... ». Fallen also – beabsichtigt oder irrtümlich – der im Bauvertrag vereinbarte und der in der Garantiestipulation genannte Termin der Fertigstellung auseinander, so gilt für die *actio ex stipulatu* selbstverständlich der zweite.

Wie sorgsam die Juristen jedes Wort der Garantiestipulation interpretieren, zeigt Proculus (*l.2 epist.*) D.45.1.113pr. : *cum stipulatus sim mihi, Procule, si opus arbitrato meo ante kalendas Iunias effectum non sit, poenam ...* (13). Mit dem (in der Stelle geistreich variierten) Zusatz zum Fertigstellungstermin « *arbitrato meo* » hat der Bauherr ein subjektives Element in die *stipulatio* hineingebracht. Um der Vertragsstrafe zu entgehen, müßte nicht nur der Unternehmer den Bau zum Termin als fertig übergeben, sondern auch der Bauherr müßte ihn als vertragsgemäß abnehmen. Ganz ähnlich spricht der Bauvertrag aus Puteoli (FIRA III².153 col. III 7-12) von der Abnahme (*probaverint*) des Werkes *arbitrato duovirum*; doch steht dort keine Strafsumme auf dem Spiel, sondern nur die verzögerte Auszahlung der zweiten Rate des Werklohns (15 f.). Die harte Sanktion der *stipulatio* tritt in der Proculus-Stelle also nicht nur, wie sonst üblich, bei Nichterfüllung, sondern auch bei jeder Art von Schlechterfüllung ein – eine höchst gefährliche Klausel. Wenn der Unternehmer in der Garantiezusage sich dem subjektiven Urteil des Bauherrn unterwirft, ist es nur konsequent, die Strafsumme schon dann verfallen zu lassen, wenn der Bau so sehr in Verzug geraten ist, daß eine fristgerechte Abnahme gar nicht mehr möglich ist. In diesem Sonderfall ist also die Klage aus der *stipulatio* schon vor dem hierin gesetzten Termin möglich.

Die beiden zuletzt – im gegebenen Rahmen nur cursorisch – behandelten Stellen von Ulpian und Proculus betrafen eindeutig Garantiestipulationen, die zu Bauverträgen hinzugefügt worden waren. Die beiden davor betrachteten Papinian-Texte nehmen hingegen auf keinen separaten Bauvertrag Bezug. Wenn die Juristen ein Stipulationsformular besprechen, das einen Termin enthält, geht es stets um den Verfallstermin dieser *stipulatio*. Ob eine dahinter stehende *locatio conductio* ausdrücklich erwähnt wird, hängt von der Besonderheit des einzelnen Falles ab. Aus diesen Gründen sind alle diese « Baustipulationen » mit Terminzusage als Garantie, nicht aber als selbständige Bauverträge zu deuten.

(13) Die Stelle hat KNÜTEL (oben Fn.11) 103-106 ausführlich behandelt. Ich weiche von seiner Deutung insofern ab, als ich am Schluß *propemodum* nicht mit « gleichsam », sondern mit « jedenfalls » übersetze. Wegen des speziellen Wortlauts der Stipulation löst Proculus die Frage des Verfalls anders als die bis jetzt zitierten Juristen; Knütel sucht mit « gleichsam » zu harmonisieren.

Bevor die Stipulationsformulare untersucht werden, die keinen Fertigstellungstermin enthalten, ist noch ein Blick auf ein zweites Element der Baustipulation zu werfen, auf den Ort, an dem das Bauwerk zu errichten ist. Papinian (*l.2 quaest.*) D.45.1.115pr. schreibt von einer *imperfecta stipulatio* ... « *insulam aedificari* » *non demonstrato loco*. In der Tat enthalten die beiden von ihm zitierten Baustipulationen (D.45.1.124pr. und D.5.1.43 ; s.o.) stets auch den Ort. Sonst findet sich dieser Zusatz nicht, was überwiegend wohl auf die Vertragspraxis, nicht auf die Redaktion der Klauseln durch die Juristen zurückgehen dürfte. Lediglich Venuleius (*l.1 stip.*) D.45.1.137.3 stellt bei der Diskussion des Fertigstellungstermins auf die Beschaffenheit des Bauplatzes ab, ohne daß er den *locus* in der Stipulation erwähnt. Nach dem oben Gesagten kann man davon ausgehen, daß auch die bloße Angabe eines Bauplatzes eine Baustipulation noch nicht zum « Bauvertrag » macht. Eher spricht das von Papinian aufgestellte Erfordernis dafür, daß Bauvertrag und Garantieverprechen zwei formal getrennte, aber inhaltlich zusammengehörige Rechtsakte sind. Die Angabe des Ortes in der *stipulatio* ermöglicht deren Zuordnung zu einem konkreten Bauvertrag. Das mag bei mehreren parallel laufenden Bauverträgen zwischen denselben Partnern nötig sein, sonst aber nicht.

Auch von den Baustipulationen, die keinen Termin festsetzen, sollen die eingliedrigen vor den in Konditionalsätze gekleideten, zweigliedrigen, besprochen werden. In allen Fällen geht es wieder, das sei vorweg gesagt, um Säumnis oder Säumnisfolgen. Das schlichte, wegen des Auftretens eines *redemptor* schon oben als Garantiestipulation gedeutete Versprechen « *insulam fulciri spondes?* » (Marcellus, *l.20 dig.*, D.45.1.98.1 und Ulpian, *l.20 ed.*, D.45.1.72.2) enthält keinen Leistungstermin. Marcellus erweckt den Eindruck, als ob auch die *lex*, wonach die Reparatur vergeben worden war, keinen Termin enthalten habe. Der Besteller war angesichts der Einsturzgefahr sicher davon ausgegangen, daß der Bauunternehmer sofort ans Werk gehen würde. Dieser läßt sich aber Zeit. Der Bauherr kann aus der Garantiestipulation erst klagen, nachdem diejenige Zeit verstrichen ist, in der dem Ersteigerer das Abstützen möglich gewesen wäre : *quo fulcire potuerit redemptor*. Diese Zeit richtet sich nach dem in der *lex* festgehaltenen Arbeitsaufwand. Ulpian bespricht das Abstützen gemeinsam mit einer anderen Stipulation, wegen der Parallele zum *fulciri* kann

auch diese nur ein Garantieverprechen sein : « *insulam fieri* ». Wieder nennen die *stipulatio* und vermutlich auch die *lex* keinen Termin. Der Unternehmer beginnt nicht zu bauen. Doch verfällt hier die *stipulatio* nicht erst zu der Zeit, in der die ganze *insula* fertig erbaut sein könnte, wie das die Parallele zum *fulcire* erwarten ließe, sondern bereits in dem Augenblick, in der der Unternehmer « in Verzug gerät », *sed ubi iam coepit mora faciendae insulae fieri* ... Diese *mora* könnte sich auf einen ersten, in der *lex* genau beschriebenen Bauabschnitt beziehen (14).

Die inhaltlichen Probleme vier weiterer Stellen mit eingliedrigem Baustipulationen sind bereits ausführlich genug besprochen (15), sodaß ich mich hier kurzfassen kann. Es sind dies : Celsus-Pomponius (*l.5 ad Sab.*) D.45.1.14 « *domum aedificari* », Venuleius (*l.1 stip.*) D.45.1.137.3 « *insulam fieri* » und Paulus (*l.24 ed.*) D.45.1.73pr. « *domum aedificari* » sowie (*l.74 ed.*) D.45.1.84 « *insulam fieri* ». Es geht um Säumnis des Bauunternehmers : Er beginnt nicht zu bauen, er baut zu langsam oder er wird nicht rechtzeitig fertig. Im gegebenen Zusammenhang reicht die Feststellung, daß die differenzierten Erwägungen der Juristen völlig ins Leere gingen, wenn nicht hinter den « Baustipulationen » konkrete Abmachungen stünden, wonach die in einer bestimmten Zeit zumutbare Bauleistung sich bemessen ließe. Das in allen Stellen durchgehend herangezogene, wenn auch unterschiedlich ermittelte « Leistenkönnen » (*posse*) des Unternehmers kann sich nur an einem konkreten Bauvorhaben, nicht aber am vagen Inhalt der *stipulatio* orientieren. Nichts spricht dagegen, daß der Maßstab, wonach der Termin oder der Leistungsinhalt der *stipulatio* bestimmt wurden, einem dahinterstehenden Bauvertrag in Gestalt einer *locatio con-*

(14) Wenn der Unternehmer, wie manchmal belegt (s.oben Fn.8 und MARTIN, oben Fn.1, 114, Fn.3), eine Anzahlung erhalten hatte, könnte die *mora* sich an den dadurch gedeckten Leistungen orientiert haben. KNÜTEL (oben Fn.11) 133 Fn.51 geht nicht auf den hinter dieser *stipulatio* stehenden Konsensalkontrakt ein. Ulpian steht mit seiner Entscheidung, die Klage aus der *stipulatio* bereits vor einem möglichen Fertigstellungstermin zuzulassen, keineswegs im Widerspruch zu den sogleich folgenden Stellen, welche die *actio* erst nach dem Termin geben, zu dem der ganze Bau vollendet sein könnte. Diese Stellen scheinen mir (wie Labeo D.19.2.58.1 – s. weiter unten) einen im Werkvertrag bereits festgelegten Termin zu erstrecken, Ulpian dürfte eine *locatio conductio* ohne Termin vor sich gehabt zu haben. Zur Textkritik s. oben Fn.10.

(15) RAINER (oben Fn.1) 262ff., ausgehend von KNÜTEL (oben Fn.11) und C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per la colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969.

ductio entnommen wurde. Kein Argument dagegen ist das von Celsus-Pomponius (D.45.1.14) neben der Baustipulation erwähnte eigenartige Damnationslegat « *insulam aedificare* ». An die Stelle des Bauvertrags tritt hier der Wille des Erblassers. Für Celsus standen offenbar Größe und Beschaffenheit der zu errichtenden *insula* außer Streit. Aus dem Umfang der Baumaßnahme ließ sich die erforderliche Bauzeit ohne Schwierigkeit ermitteln.

Nur eine einzige Stelle überliefert eine zweigliedrige *stipulatio*, die keinen Termin enthält, Labeo (*l.4 post. a Iav. epit.*) D.19.2.58.1 (16). Es handelt sich, wie schon eingangs gezeigt, um eine Garantiestipulation, die im Anschluß an eine *locatio conductio* geleistet wurde. Die Textüberlieferung (*non?*) *erat dictum* läßt leider die Frage offen, ob wenigstens der Bauvertrag einen Termin der Fertigstellung enthalten hatte. Es empfiehlt sich, beide Varianten durchzuspielen. Weniger wahrscheinlich, aber nicht auszuschließen (17) ist der Fall, daß der Bauherr übersehen hätte, einen Termin in die Ausschreibung aufzunehmen. Der Unternehmer scheint ihm zu langsam zu bauen. Die Klage aus der Garantiestipulation stünde dem Bauherrn jedoch erst dann zu, wenn jene Frist verstrichen ist, die ein *vir bonus* für die geschuldete Bauleistung veranschlagte. In dieser Variante wäre also der Erfüllungstermin erst zu ermitteln.

Geht man von der Lesung aus *in operis locatione erat dictum*, hatte zwar die Ausschreibung einen Termin enthalten, aber der Unternehmer konnte ihn nicht einhalten. Er beruft sich vielleicht auf unvorhersehbare technische Schwierigkeiten (18). Labeo beurteilt den Verfall der Garantiestipulation nicht automatisch nach dem im Bauvertrag gesetzten Erfüllungstermin, sondern läßt die-

(16) D.19.2.58.1 : *In operis locatione (non?) erat dictum, ante quam diem effici deberet : deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset, quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit. (locatione onerat dictum F ; οὐκ/μή Bas., Schol. Bas., dort ausdrücklich auf einen Bauvertrag bezogen ; locatione hoc erat V ; locatione erat P 2. Hand, U – dem letzten ist aus sachlichen Gründen gegen KNÜTEL [oben Fn.11] 132 zu folgen). Nach der Palingenesie ist die Stelle unter *venditiones* eingeordnet, was für eine Vergabe durch Versteigerung spricht.*

(17) Vgl. o. vor Fn.14 zum *fulcire* (D.45.1.98.1 und 72.2).

(18) Vgl. Venuleius (*l.1 stip.*) D.45.1.137.3 : ..., *sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque*. S. dazu ausführlich KNÜTEL (oben Fn.11) 265 ff.

sen nach der Schätzung eines *vir bonus* korrigieren. Damit hat er, was den Verfallstermin betrifft, Maßstäbe des Werkvertrags in die Haftung aus der damit verbundenen Garantiestipulation übertragen. Dieser Linie scheinen alle späteren Juristen zu folgen, wenn sie Baustipulationen interpretieren, die als *pura stipulatio* (D.45.1.73pr. und die drei weiteren o. nach Fn. 15 zitierten Texte) abgegeben wurden. Nur ein Termin, der (ohne Potestativklausel) in die *stipulatio* aufgenommen wurde, war (auch bei abweichendem Termin der *locatio conductio*, D.45.1.72.1) absolut verbindlich.

Ob mit oder ohne Termin, ob eingliedrig oder zweigliedrig, eine Baustipulation hatte zur Zeit der klassischen Juristen stets den Charakter einer Garantiezusage, die zu einer *locatio conductio* hinzutrat. Das macht bereits der Frühklassiker Labeo deutlich. Seine Leistung liegt – wenn wir der zweiten Lesung folgen – darin, die Garantiehaftung aus der *stipulatio* mit der Elastizität der *locatio conductio* zu harmonisieren.

Bevor wir die soeben bevorzugte Lesung der Labeo-Stelle textkritisch zu erhärten suchen, sei ein Seitenblick auf einen Sonderfall, eine « doppelte Baustipulation », gestattet, Paulus (l.74 ed.) D.44.7.44.6 (19). Auf den ersten Blick scheint es sich hier – endlich – um einen « Bauvertrag » in Stipulationsform zu handeln, der durch eine « Garantiestipulation » mit fester Vertragsstrafe gesichert ist. Große Schwierigkeiten bereitet dem jedoch die Lösung, welcher Paulus sich zuneigt : Die zweite *stipulatio* noviere die erste. Nirgends sonst wird nämlich das zu sichernde Grundgeschäft durch eine *stipulatio poenae* beseitigt. Doch sind wir nach den bisherigen Überlegungen keineswegs gezwungen, dem Juristen eine derart unpraktikable Lösung zuzumuten. Schon vom technischen Aufwand her wird der Bau eines Schiffes, wie auch der eines Hauses, aufgrund einer detaillierten *locatio conductio* vergeben worden sein. Der übervorsichtige Besteller sicherte die Fertigstellung des Werkes nicht nur mit einer generellen, eingliedrigen Stipulation « *navem fieri* » ab, sondern zusätzlich noch mit einer zweigliedrigen « *si non feceris, centum* ». Der Bau wäre somit durch

(19) D.44.7.44.6 : *Sed si « navem fieri » stipulatus sum et, « si non feceris, centum », videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem ? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat ? quod magis verum est.* S. dazu ausführlich KNÜTTEL (oben Fn.11) 265ff., der hier einen zusätzlich abgeschlossenen Werkvertrag gar nicht in Betracht zieht.

zwei Stipulationsklagen gesichert, die erste ginge auf das Interesse, die zweite auf eine fixe *poena*. Mit erstaunlicher Vorsicht sucht Paulus dieses Übermaß an Garantie zuzückzuschneiden : Neben der *poena* scheint ihm vielleicht die – selbstverständlich mitgedachte – *actio locati*, nicht aber eine zweite strengrechtliche Klage auf das Interesse angebracht. Auch ein Schiff wird also aller Wahrscheinlichkeit nach nicht aufgrund eines bloßen Versprechens « *navem fieri* » gebaut.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann ich mich mit dem Ergebnis begnügen, daß der Bauvertrag als Werkvertrag abgeschlossen und durch eine Garantiestipulation abgesichert wurde. Über den Umfang der Garantiehafung wird selten gesprochen. In D.44.7.44.6 und D.45.1.113pr. werden im Formular der Stipulation feste Strafsummen versprochen, in D.19.2.58.1 und D.45.1.72.2 ausdrücklich das Interesse (oder *quanti id opus erit*), worauf der Unternehmer nach D.5.1.43 aus der eingliedrigen *stipulatio* auch ohne nähere Zusicherung haftet (20). Eigenartigerweise tritt bei den Juristen das Problem des Haftungsumfangs hinter dem des Beginns der Haftung aus der *stipulatio* fast vollständig zurück. Vielleicht waren brauchbare Kriterien im üblichen Formular des Werkvertrags enthalten. Sie konnten, wie das schon Labeo getan hat, in die strengrechtliche Haftung übertragen werden.

Das bescheidene negative Ergebnis der bis jetzt angestellten Überlegungen liegt darin, daß es den « Bauvertrag in Stipulationsform » in Rom nicht gab. Doch sollte man sich damit nicht begnügen. Die Praxis des zusätzlichen Garantieverprechens, die hinter den Diskussionen der klassischen Juristen zu erkennen ist, berührt ein grundsätzliches Problem des römischen Vertragsrechts. Man muß sich nämlich fragen, ob die ab 220 n. Chr. in den Papyrusurkunden Ägyptens hundertfach überlieferte « Stipulationsklausel » (21) lediglich Randerscheinung einer entlegenen Provinz war oder – im Gegenteil – ein spezifisches Charakteristikum der im Imperium verwendeten genuin römischen Urkunde. Außer Zweifel steht, daß das plötzliche und massenhafte Auftreten der Klausel ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα (« befragt habe ich zugestimmt ») in

(20) D. MEDICUS, *Id quod interest*, Köln-Graz 1962, 212f.

(21) Zum folgenden s. D. SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München 1964. Die Bedeutung dieser kleinen Schrift für das römische Recht wurde bisher noch nicht erkannt.

Ägypten mit der Verleihung des römischen Bürgerrechts an praktisch alle Provinzialen im Jahr 212 n. Chr. zusammenhängt (22). Vereinzelt waren aber griechische Urkunden mit Stipulationsklauseln bereits aus der Zeit vor der Constitutio Antoniniana bekannt, alle von außerhalb Ägyptens; das Material ist durch den Fund der Babatha-Papyri (P.Yadin) entscheidend vermehrt worden (23). Bekannt ist die entsprechende Klausel (*fide*) *roganti ... (fide) promisit ...* oder ähnlich auch in lateinischen Urkunden des 1. und 2. Jahrhunderts n. Chr. (24). Auch die klassischen Juristen überliefern einige solcher Urkundenklauseln wörtlich (25). Angesichts der geringen Zahl der außerhalb Ägyptens erhaltenen Urkunden aus dieser Zeit ist der Befund erheblich.

Die « Baustipulationen » fügen sich bestens in dieses neu zu gewinnende Bild. Schon der Vertrag aus Puteoli (105 v. Chr.) zeigt, daß zusätzlich zur Bauvergabe mit dem Unternehmer ein eigenes Haftungsgeschäft abgeschlossen wurde. Das Wörtchen *idem praes* (col. III 17) kann man als direkten Vorläufer der genuin römischen Stipulationsklausel ansehen. Dokumentiert wurde zwar nur die Antwort des Unternehmers, doch wissen wir über die förmliche Frage des Magistrats aus Festus (L 249) Bescheid. Private Bauverträge sind nicht überliefert. Vor der Folie

(22) Simon (oben Fn.21) 25 nimmt an, daß die *stipulatio* und ihre Beurkundung als bewußter Akt der Romanisierung durch Edikt eines Praefectus vorgeschrieben worden war; spontane Erfindung eines Schreibers, der eine Vereinbarung vor römischen Gerichten durchsetzbar machen wollte, ist unwahrscheinlich, s. a. H.-A. RUPPRECHT, *Einführung in die Papyruskunde*, Darmstadt 1994, 106f.

(23) Simon (oben Fn.21) 49 nennt BGU III 887 (= MChr.272, FIRA III².133) Side, 151 n. Chr. und P.Dura 31, 204 n. Chr. Hinzugekommen sind seither P.Turner 22, Side 142 n. Chr. und P.Yadin 17, 18, 20, 21, 22, 37, Maoza/Zoara (Arabia), 128-131 n. Chr. Bereits die Urkunden aus Side (Sklavenkäufe) vermitteln das Bild, daß ein lateinisches Formular ins Griechische übersetzt wurde, SIMON 49, E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf*, München 1997, 177-182; dasselbe gilt für die Babatha-Urkunden.

(24) Von den TH und TP sind vielleicht die Darlehensurkunden mit Stipulationsprotokoll am interessantesten (z.B. ... *quae supra, scripta sunt proba recte dari stipulatus est Sex. G. N., sponondi P. V. A.*, TPSulp. 55; G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpici I*, Napoli 1992, 167). Zu den in FIRA III² enthaltenen Urkunden s. SIMON (oben Fn.21) 28 Fn.6 (zu knapp abgehandelt). Die von Gai.3.92 streng unterschiedenen Formulierungen *spondeo* oder *fidepromitto* für römische Bürger oder Nichtbürger wurden in der Praxis genau eingehalten. In Ägypten, wo die Stipulationsklausel erst nach 212 n. Chr. einsetzt, tritt *πίστει* verständlicherweise nicht mehr auf.

(25) D.2.14.7.12; D.17.2.71pr.; D.45.1.122.1; D.45.1.140pr.; SIMON (oben Fn.21) 14. 26f.

der urkundlich erhaltenen Stipulationsklauseln kann man sich den Abschluß und die Dokumentation einer « Baustipulation » folgendermaßen vorstellen. In der einfachsten Variante fragt der Bauherr den Unternehmer nach dem Zuschlag « *aedem (domum/insulam/navem) fieri (aedificari) spondes?* ». Die Diskussion unter den Juristen zeigt, daß der genaue Wortlaut der Frage festgehalten wurde und für die Haftung wegen Verzugs erheblich war. Ein beigefügter Fertigstellungstermin, eine Konditionalfügung mit Versprechen des Interesses oder einer *poena* konnten, wie oben gezeigt, die Haftung modifizieren. Da kein Bauvertrag als Urkunde erhalten ist, wissen wir nicht, wie eine derartige *stipulatio* hierin dokumentiert wurde. Nach den überlieferten Beispielen ist zu vermuten, daß die Urkundenschreiber die Standardklausel wählten: *ea sic recte fieri (fide) roganti... promisit...* (vgl. D.45.1.122.1; D.17.2.71pr.); deren genaue Übersetzung lautet in P.Yadin 17.16 πίστει ἐπηρωτήθη καὶ ἀνωμολογήθη ταῦτα οὕτως καλῶς γείνεσθαι (vgl. a. 37.13/14) (26).

Es wäre reizvoll zu prüfen, ob die Parteien einer *stipulatio* im gesamten Imperium Romanum einander tatsächlich in formelhaften Worten Rede und Antwort standen. Die klassischen Juristen gehen jedenfalls davon aus (27). War das Stipulationsformular individuell gestaltet, dürften hinter den Urkundenklauseln der oben erwähnten Art reale mündliche Fragen und Antworten zu suchen sein. Wenn ein Jurist das Formular « *aedem fieri* » bespricht, habe ich Zweifel, ob er sich nicht – ohne lange zu prüfen – mit der schlichten Stipulationsklausel des Bauvertrages begnügt hat. Doch mag diese Frage hier auf sich beruhen.

Ob mündlich oder nur schriftlich, das « *(insulam) fieri* » der Garantiestipulation und ein allenfalls paralleles *ea sic recte fieri* (oder das entsprechende οὕτως καλῶς γείνεσθαι) einer Stipulationsklausel beziehen sich nach der Interpretation der Juristen auf eine zukünftige Leistung (28). Selbstverständlich gewähren die

(26) Falsch übersetzt in P. YADIN: « In good faith the formal question was asked and it was agreed in reply that this is thus rightly done. » Das *fide rogare* hat mit « gutem » Glauben nichts zu tun; von Nichtbürgern wird « auf Treue » versprochen. Weiters weisen die Präsensformen *fieri/γ(ε)ίνεσθαι* nicht in die Vergangenheit, sondern nach dem Sinn der *stipulatio* in die Zukunft.

(27) Ebenso SIMON (oben Fn.21) 29, der für diesen Standpunkt auch noch Diokletian C.4.2.5.1 (293 n. Chr.) anführt.

(28) SIMON (oben Fn.21) 89 spricht von einer « promissorischen Schlußklausel ».

Juristen dem Besteller aus einem durch Garantiestipulation gesicherten Bauvertrag zwei Klagen, eine aus dem Konsensualvertrag und eine aus der *stipulatio*. Daß die Sicherung des Vertrages durch *stipulatio* über den engen Bereich des Bauwesens hinausreicht, zeigen zwei programmatische Äußerungen zur Einteilung der *stipulationes*, auf die hier nur hingewiesen sei, Pomponius (*l.26 ad Sab.*) D.45.1.5pr. : *conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quorum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum*, und Ulpian (*l.70 ad ed.*) D.46.5.1.4 : *et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse ; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione*. Fragen der Konkurrenz, aber auch Probleme der Novation können hier nicht vertieft werden. Geht man von generell angewendeten Garantiestipulationen und einer genuin römischen Stipulationsklausel aus, müssen auch diese Themen neu aufgerollt werden.

Kehren wir nach diesen kursorischen Bemerkungen über die römische Vertragspraxis in einer Schlußbemerkung zu Labeo und damit zur frühesten Äußerung über eine Baustipulation zurück. Noch fehlen die textkritischen Argumente dafür, die Stelle gegen Mommsen-Krüger ohne *non* zu lesen (29). Die oben vorgetragene Lösung, Labeo habe den im Bauvertrag festgesetzten Termin in einer Klage des Bauherrn aus der Garantiestipulation nur korrigiert gelten lassen, geht vom voll entwickelten Aktionensystem aus. Dem Bauherrn standen grundsätzlich sowohl die *actio locati* als auch die *ex stipulatu* zur Verfügung ; nach Labeo gelten die Haftungsmaßstäbe der ersten möglichst auch für die zweite *actio*. Doch könnte man mit denselben Argumenten auch das *non* rechtfertigen : Ist kein Termin im Bauauftrag festgesetzt, müßte dieser auch in einer *actio ex stipulatu* nach den Grundsätzen des Werkvertrags ermittelt werden. Wir wissen aber aus den Papyri Ägyptens, daß die Stipulationsklausel gegen Ende des 3. Jh. n. Chr. sich grundsätzlich geändert hat : Aus einer « promissorischen Schlußklausel », die mit dem Gedanken eines zusätzlichen Garantieversprechens und zweier *actiones* bestens vereinbar ist, wurde allmählich eine « confirmatorische Sanktionsklausel » (30). Mit den Worten « dies alles sei rechtens geschehen » (γεγονέναι) (31) bestätigt

(29) S. oben Fn.16.

(30) SIMON (oben Fn.21) 89f.

(31) Belege bei SIMON (oben Fn.21) 46f.

der Schuldner nunmehr lediglich, daß die vorliegende Urkunde ordnungsgemäß errichtet wurde. In dieser Zeit war auch das klassische Aktionensystem bereits verschwunden. Ein Leser des 4. Jh., der die Parallelität von Vertrags- und Garantieklage nicht mehr in Fleisch und Blut hatte, war deshalb wohl eher geneigt, die Ausführungen Labeos zum Fertigstellungstermin auf den Bauvertrag selbst zu beziehen. Auch die Kompilatoren nahmen das Fragment nicht unter die *stipulatio* (D.45.1), sondern unter die *locatio conductio* (D.19.2) auf. Aus diesem Blickwinkel konnte der Text nur mit einem *non* verstanden werden : Der Bauvertrag durfte « keinen » Termin enthalten haben.

Den Kompilatoren lag nach dem Befund der Basiliken und deren Scholien bereits ein Text *non erat dictum* vor. Die Florentina überliefert unsinnig *onerat dictum*. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatte in der Vorlage der Florentina ein Korrektor den Versuch gemacht, das *non erat dictum* aus einem älteren, besseren Text in *erat dictum* zu emendieren. Er strich dabei den ersten Buchstaben des *non* – leider ergibt aber auch *on* mit *erat* ein Wort, wenn auch keinen Sinn. Das *onerat* der Florentina ist der Beweis dafür, daß Labeo den auch sachlich näherliegenden Fall behandelt hat, der Bauvertrag habe einen Termin enthalten, die Garantiestipulation hingegen nicht.