

Festschrift

HERBERT
HAUSMANINGER

Id quod actum est beim römischen Gesellschaftsvertrag

Franz-Stefan Meissel, Wien

I. Einleitung

Nichts entspricht Treu und Glauben mehr, als dass geleistet wird, *quod inter contrahentes actum est*.¹⁾ Nach Ulpian's Formulierung soll für die Konkretisierung des *oportere ex fide bona*, die der *iudex* bei einem *bonae fidei iudicium* vorzunehmen hat, primär das von den Parteien Vereinbarte – das *id quod actum est* – maßgeblich sein. Die für den jeweiligen Vertrag dispositiven Normen, die sog. *naturalia negotii* sind dagegen bloß subsidiär heranzuziehen, wenn sich das *id quod actum est* nicht feststellen lässt.²⁾

Id quod actum est bezeichnet hier die individuell-konkrete Vereinbarung der Parteien. Diese zu ermitteln ist Gegenstand der Auslegung des Vertrages. Auch wenn das römische Recht grundsätzlich die Willensübereinstimmung und nicht die Übereinstimmung der Erklärungen der Kontrahenten in den Vordergrund stellt, ist für die Vertragsauslegung zunächst einmal auf den spezifischen Kontext der Vertragsverhandlungen und die dabei gemachten Erklärungen zu achten. Dieser „Kontext“ inkludiert die individuellen, persönlichen Umstände der Vertragschließenden und ihre beim Vertragschluss zu Tage tretenden Erwartungen. Die wörtliche Bedeutung der von den Parteien verwendeten Worte und andere objektive Standards sind dabei insofern beachtlich, als diese dazu dienen, das *id quod actum est* zu ermitteln.³⁾ Neben dem ausdrücklich Vereinbarten wird von den römischen Juristen aber auch der von den Parteien beabsichtigte Zweck des Vertrages berücksichtigt. In diesem Sinn stellt die Wendung *id quod actum* in einer Reihe von Texten die „Frage nach dem Sinn und Zweck der Vereinbarung, um eine Rechtsfrage zu lösen, die in

1) Ulpian (32 ad ed) D 19.1.11.1; vgl auch Javolen's Responsum (11 epist) in D 19.2.21: . . . *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* . . . – Treu und Glauben erfordern, dass das Vereinbarte geschieht.

2) Vgl D 19.1.11.1: *quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate* – wurde aber nichts vereinbart, dann muss das geleistet werden, was ihrer Natur nach in dieser Klage enthalten ist.

3) Vgl etwa Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 633.

dem Wortlaut der Abmachung nicht ausdrücklich von den Parteien geregelt ist“.⁴⁾

Sofern individuell-konkrete Absichten und Erwartungen nicht fest gemacht werden können, wird zuweilen auf einen typischen Parteienwillen abgestellt. Damit nähert sich die Ermittlung des *id quod actum est* dem, was wir heute als ergänzende Vertragsauslegung bezeichnen. § 914 ABGB spricht dabei von der Auslegung nach der „Übung des redlichen Verkehrs“, für die insb auch dem hypothetischen Parteienwillen und der Verkehrssitte besondere Bedeutung zukommt.

In der Romanistik wurde die Wendung *id quod actum est* in den letzten Jahrzehnten va unter methodischem Gesichtspunkt untersucht. Pringsheim⁵⁾, Wunner⁶⁾, Gandolfi⁷⁾ und nicht zuletzt Hausmaninger⁸⁾ beschäftigten sich va mit der Frage, in welcher Weise bei der Ermittlung des *id quod actum* auf die individuell-konkrete Vereinbarung einerseits oder auf den hypothetisch-typischen Willen andererseits eingegangen wird, und ob sich diesbezüglich signifikante Unterschiede bei einzelnen römischen Juristen feststellen lassen. Im Folgenden geht es aber weniger um diese Differenzierungen des Rekurses auf *id quod actum* auf unterschiedlichen Stufen der römischen Rechtsentwicklung, als vielmehr um die Rolle, die dem *id quod actum* beim römischen Gesellschaftsvertrag zugekommen ist. Im Mittelpunkt stehen dabei jene Texte aus dem Bereich der *societas*, in denen explizit auf die Wendung *id quod actum* Bezug genommen wird.

Für das Zustandekommen einer *societas* muss der Konsens der Gesellschaft darauf gerichtet sein, ein gemeinsames wirtschaftliches Ziel – ein *negotium*

4) Wunner, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht (1964) 179.

5) Pringsheim, *Id quod actum est*, SZ 78 (1961) 1ff. Pringsheim betont die Funktion des *id quod actum* als „Auslegungsmittel“; nach ihm hätten die römischen Juristen dabei das *actum* entweder durch eine objektiv-typische Auslegung oder durch eine Ermittlung der individuellen Parteienabsicht bestimmt. Dabei seien die Römer in erster Linie um eine Feststellung der individuellen Meinung der Parteien bemüht gewesen (Pringsheim 57). Wenn diese nicht zu beweisen gewesen sei (*si non appareat*), sei aber auf den typischen Sinn zurückgegriffen worden. Zum wissenschaftsgeschichtlichen Kontext des Pringsheimschen Aufsatzes s Simon, Die „animusbesessene Spätzeit“, Rechtshistorisches Journal 14 (1995) 253 ff.

6) Wunner, Contractus 179 ff, folgt weitgehend Pringsheim, sieht aber durchaus einen Zusammenhang zwischen *id quod actum* und der *voluntas* der Parteien: „Es geht bei der Frage nach dem *id quod actum est* also um die Bemühung, den rechtlichen Gehalt der vertraglichen Abmachung vom Willen der Parteien her zu verstehen.“ (Wunner, Contractus 181).

7) Gandolfi, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali (1966) 116 ff. Für Gandolfi 135 ist der Bezug auf das *id quod actum* darauf gerichtet, das Rechtsgeschäft in seiner Konkretheit („nella sua concretezza“) zu erfassen, wobei insb die von den Parteien verwendeten Worte und parteienspezifische Gewohnheiten als „elementi oggettivi ed esternamente riconoscibili“ heranzuziehen sind. Dabei trete häufig die „typische“ Interpretation gegenüber der „individuellen“ Interpretation in den Hintergrund.

8) Hausmaninger, *Id quod actum est* als Argumentationsfigur bei Celsus, FS Wesener (1992) 159 ff. Hausmaninger betont, dass für Celsus die Wendung *id quod actum* „so gut wie ausschließlich als Bezeichnung des individuell-konkreten Parteienwillens“ vorkommt (ibid 173).

commune – zu verfolgen. Worin dieses besteht, ergibt sich aus der konkreten Abmachung der Parteien. Der Gegenstand der *societas* kann ein umfassender (Universalgesellschaft) oder ein beschränkter (Partikulargesellschaft) sein. So unterteilt etwa Ulpian D 17.2.5 pr die Gesellschaften im Hinblick auf ihren Umfang in Gesellschaften hinsichtlich des gesamten Vermögens (*societates universorum bonorum*), Gesellschaften zum Betrieb einer Geschäftstätigkeit (*societates negotiationis*) und die Gelegenheitsgesellschaft zur Vornahme eines einzelnen Geschäftes (*societas unius rei*).⁹⁾ Als eigene Kategorie wird von ihm auch die *societas vectigalis*, dh die Gesellschaft zum Zweck der Steuerpacht genannt, die bekanntlich eine Sonderstellung einnimmt, da sie im Gegensatz zu den anderen Gesellschaftsformen in enger Beziehung zum *ius publicum* steht und – ähnlich einer modernen juristischen Person – eine körperschaftliche Struktur mit eigenen Organen, die für sie handeln, aufweist.¹⁰⁾ Die anderen Arten der Gesellschaft sind im römischen Recht dagegen als reines Vertragsverhältnis zwischen den Gesellschaftern zu charakterisieren, wobei nach außen hin nicht die *societas* als solche, sondern die Gesellschafter im jeweils eigenen Namen als Rechtssubjekte auftreten.

Bezüglich der von Ulpian genannten Kategorien ist anzumerken, dass auch innerhalb der genannten Arten in der Vertragspraxis die unterschiedlichsten Gestaltungsmöglichkeiten bestanden. So finden sich bei den *societates universorum bonorum*¹¹⁾ nicht nur die *specialiter* als *societas omnium bonorum* geschlossene Gesellschaft, bei der das gesamte gegenwärtige und zukünftige Vermögen vergemeinschaftet werden soll, sondern auch Vereinbarungen, dass etwa bloß das gesamte gegenwärtige Vermögen gemeinschaftlich bewirtschaftet wird, bezüglich des später Erworbenen dagegen keine umfassende Vergemeinschaftung stattfinden soll.¹²⁾ Bei der *societas universorum quae ex quaestu veniunt* wiederum soll nur jeglicher zukünftiger Erwerb, der im weiteren Sinn auf Arbeitsleistung zurückgeht, gemeinschaftlich sein, nicht hingegen zB der Erwerb aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen.¹³⁾

Welche Beiträge von den Gesellschaftern zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes einzubringen waren, seien es Kapitaleinlagen (*pecunia*) oder Beiträge in Form von Arbeitsleistungen (*opera*), ergab sich ebenfalls aus der konkreten Abmachung. Bei Sacheinlagen konnte dabei vereinbart sein, dass diese bloß zum Zweck des Gebrauches (*quoad usum*) eingebracht wurden, oder aber, dass sie als gemeinsames Vermögen der Gesellschafter behandelt wurden. Bei letzterem war weiters zu unterscheiden, ob die eingebrachte Sache bloß schuldrechtlich als gemeinschaftlich behandelt wurde (also bezüglich darauf zu täti-

9) Zur Vielfalt der *societates* vgl Meissel, Plura negotia quam vocabula, in Kalss/Meissel, Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa (2003) 13 ff; ders, Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags (2004) 61 ff.

10) Zu den *societates publicanorum* nun va Malmendier, Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer (2002).

11) Zu den unterschiedlichen Ausgestaltungen der Universalgesellschaften s Meissel, Societas 105 ff.

12) Scaevola D 26.7.47.6; dazu Meissel, Societas 120 f.

13) Vgl D 17.2.7–12.

gender **Aufwendungen** und **hinsichtlich** der **Gefahrtragung** als **gemeinsame Sache angesehen wurde**) oder **aber**, dass sie **sachenrechtlich** im **Miteigentum** stand.

Aus der konkreten Vereinbarung konnte aber auch hervorgehen, ob die *societas* als unbefristetes Dauerschuldverhältnis – dh auf unbestimmte Zeit (*in perpetuum*) – eingegangen wurde, oder ob von vornherein eine bestimmte Dauer (*societas in tempus coita*) vereinbart war¹⁴), wofür sich zahlreiche Belege aus der Praxis finden. So etwa die dakische *societas danistariae*¹⁵), welche am 28. März 167 für die Dauer vom 23. Dezember 166 bis zum 12. April 167 abgeschlossen wurde, sowie der Gesellschaftsvertragsentwurf für eine auf ein Jahr konzipierte Gesellschaft zweier Tischler¹⁶) aus dem 6. Jh, welcher für eine vorzeitige Kündigung eine hohe Konventionalstrafe vorsah.¹⁷)

Als Beispiel einer konkreten Vertragsgestaltung lässt sich auch eine „Transportgesellschaft in der Großen Oase“ nennen, welche durch Papyri aus 319 und 320 n Chr belegt ist¹⁸) und vermutlich jeweils auf ein Jahr angelegt war.¹⁹) Bei dieser *societas* steuerte der eine Gesellschafter Kapital bei, der andere aber seine Arbeitskraft. Der Geschäftszweck bestand darin, entgeltliche Transporte von Handelsreisenden von und zur Großen Oase zu übernehmen. Der nach Abzug des von dem einen *socius* beigebrachten Kapitals verbleibende Gewinn sollte zwischen den Gesellschaftern zu gleichen Teilen geteilt werden. Die beiden Verträge wurden zwischen denselben Personen in den Jahren 319 und 320 abgeschlossen, was eine intendierte Dauer von jeweils einem Jahr vermuten lässt. Dass die Laufzeit nicht ausdrücklich erwähnt wird, ließe sich damit erklären, dass eine solche Befristung so üblich war, dass sie vorausgesetzt wurde.²⁰)

14) Vgl Paulus 32 ad edictum D 17.2.1; zur Diskussion der Befristung von *societates* bei den klassischen Juristen s Meissel, *Societas* 67 ff.

15) FIRA III² Nr 156; dazu ausführlicher Meissel, *Societas* 171 ff.

16) P. Cair. Masp. 67159; dazu Taubenschlag, *Die societas negotiationis* im Rechte der Papyri, SZ 52 (1932) 77; Steinwenter, *Aus dem Gesellschaftsrechte der Papyri*, St. Riccobono I (1936) 503 f.

17) Der Gesellschaftsvertragsentwurf zwischen dem Schwiegervater und Schwiegersohn hinsichtlich einer Tischlerei aus Antinoupolis (P. Cairo 67158 = FIRA III² Nr 157) setzt dagegen nur ein Anfangsdatum und geht auf unbestimmte Zeit. Bei den Pacht-Gesellschaftsverträgen finden wir ebenfalls Befristungen auf eine bestimmte Zeit, zB fünf Jahre (P. Amh. II 94 Z. 4 aus 204 n Chr). Auf ein Jahr befristet ist die Gesellschaft zweier Obsthändler in P. London V 1794 aus 487 n Chr.

18) Amelotti (mit Migliardi Zingale), *Una società di trasporto nella Grandi Oasi*, St. Luca De Regibus (1969) 167–176 = Amelotti, Scritti Giuridici (1996) 87–98; die Papyri finden sich ediert in Amelotti/Migliardi Zingale, *Papiri dell'Università di Genova I* (1974) Nr 20 und 21 sowie *Aegyptus* 54 (1974) 87 f und 138 f; eine revidierte Fassung findet sich im Appendix bei Migliardi Zingale, *Papiri dell'Università di Genova II* (1980).

19) Hingegen meint Amelotti, Scritti 87, dass der Vertrag als *societas unius rei* bloß für die Organisation von jeweils einem Transport gedacht war.

20) Gofas, *Quelques observations sur un papyrus contenant un contrat de société*, St. Biscardi II (1982) 504, geht aufgrund seiner eigenen Ergänzung der Lücken des Textes allerdings davon aus, dass der Arbeitsgesellschafter auch eine Sacheinlage (und zwar die Transporttiere) erbracht habe.

II. *Id quod actum* bei der Festlegung der Gesellschaftsanteile durch einen Dritten

Im Fall der Transportgesellschaft kamen die beiden *socii* überein, an Gewinn und Verlust jeweils zur Hälfte beteiligt zu sein. Eine solche Beteiligung zu gleichen Teilen galt auch dann, wenn die Parteien keine andere Verteilung vereinbarten. Nach der auf den republikanischen Juristen Servius Sulpicius Rufus zurückgehenden Auffassung war auch eine Vereinbarung zulässig, der zufolge ein *socius* zu einem größeren Teil an einem allfälligen Gewinn, aber zu einem kleineren Teil an einem allfälligen Verlust beteiligt war.²¹⁾

Die Anteilsfestlegung konnte auch dem *arbitrium* eines Dritten überlassen werden. Dieser durfte bei der Schätzung keine willkürliche Entscheidung treffen, sondern es bestand die Möglichkeit, im Rahmen der *actio pro socio* die Schätzung daraufhin zu überprüfen, ob sie als ein *arbitrium viri boni* anzusehen war.²²⁾ Im Zusammenhang mit einer solchen Vereinbarung, dass ein Dritter die Anteile der Gesellschafter – entsprechend dem Wert ihrer Beiträge – festlegen soll, steht Celsus (15 dig) D 17.2.75.

*Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit.*²³⁾

Die *socii* haben sich offenbar über den Gegenstand einer Gesellschaft und die von beiden zu erbringenden Beiträge geeinigt; bezüglich der Festlegung der Anteile haben sie vereinbart, dass diese durch Titius, also einen Dritten, erfolgen soll. Bevor Titius sein *arbitrium* abgegeben hat, stirbt er. Der Hochklassiker Celsus entscheidet, dass der Gesellschaftsvertrag unwirksam ist (*nihil agitur*) und begründet dies damit, dass die Vereinbarung dahingehend zu verstehen ist, dass die Gesellschaft nur so bestehen soll, wie sie von Titius hinsichtlich der Anteile festgelegt werde (*nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit*).

Nach Auffassung von Celsus war es für die Parteien wesentlich, dass Titius (und nicht ein beliebiger *vir bonus*) die Festlegung vornahm. Der Nebenabrede kommt damit nach Celsus der Charakter einer aufschiebenden Bedingung zu. Die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages hängt von einem zukünftigen ungewissen Ereignis ab, nämlich davon, dass Titius sein *arbitrium* hinsichtlich der Anteile abgibt; erst wenn sich diese Bedingung erfüllt, entfaltet der Gesellschafts-

21) Dagegen verneinte Quintus Mucius Scaevola die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung, da er sie als *contra naturam societatis* qualifizierte. Zur *magna quaestio* (vgl. D 17.2.30, Gai Inst 3.149, I 3.25.2) s etwa Santucci, Il socio d'opera in diritto romano (1997) 39 ff; Hingst, Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte (2003) 93 ff.

22) Vgl Proculus D 17.2.76, 78.

23) Übersetzung (Misera in Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis III, 1999, 435): Wenn eine Gesellschaft zu den Anteilen eingegangen worden ist, die Titius nach seinem Ermessen festsetzen wird, und Titius vor Ausübung des Ermessens stirbt, tritt keine Rechtswirkung ein. Denn es ist nun einmal vereinbart worden, dass die Gesellschaft nur so bestehen solle, wie Titius sie nach seinem Ermessen festgesetzt haben würde.

vertrag seine Wirksamkeit. Unterbleibt die Festlegung, so wird auch der Vertrag nicht wirksam. Die Wendung *id quod actum* bezieht sich dabei auf die Auslegung der konkreten Vereinbarung²⁴⁾, welcher der Sinn entnommen wird, dass bei Unterbleiben der Festlegung (gerade) durch Titius der Vertrag nicht gültig zustande kommt.²⁵⁾

III. *Id quod actum* und der Gegenstand der *societas*

Ein weiterer Text, in dem auf *id quod actum* im Zusammenhang mit einem Gesellschaftsvertrag rekurriert wird, ist der bekannte Quadriga-Fall, Celsus in Ulpian (31 ad ed) D 17.2.58 pr²⁶⁾. Ausgehend von der Frage, welche Bedeutung es für die Gesellschaft hat, wenn das, was jemand in die Gesellschaft eingebracht hat, untergegangen ist, wird von Ulpian ein von Celsus behandelter Fall erörtert, dem offenbar eine briefliche Anfrage an den Juristen zugrunde lag:

*Cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem.*²⁷⁾

Ego bringt also ein Pferd und Tu bringst drei Pferde ein, um eine *quadriga* zu bilden. Diese soll Tu gewinnbringend verkaufen und dem Ego ein Viertel des Erlöses herausgeben. Vor dem Verkauf stirbt das Pferd des Ego. Celsus entscheidet, dass Tu aus dem Erlös seiner drei Pferde dem Ego nichts herauszugeben habe; die Gefahr des zufälligen Untergangs des Pferdes trägt also der Eigentümer Ego. Begründet wird dies mit dem spezifischen Gesellschaftszweck, der nicht auf ein längerfristiges gemeinsames Haben der *Quadriga*, sondern auf den sofortigen Verkauf gerichtet war (*non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem*).

- 24) *Hernando Lera*, El contrato de sociedad (1992) 165, nimmt dagegen an, dass hier zwei Abmachungen bestehen: zum einen, dass Titius die Gesellschaftsanteile festlegen soll, zum anderen aber eine zweite (ausdrückliche?) *conventio*, dass keine andere Gesellschaft existieren soll, als jene, die durch Titius festgelegt werden soll.
- 25) Etwas anders *Hausmaninger*, *Id quod actum* est 164 f, demzufolge *id quod actum* hier die konkret-individuelle Parteiabsicht bezeichnet, die „ausdrücklich formuliert und klar erkennbar“ sei. Ausdrücklich formuliert ist allerdings nicht die Parteiabsicht, sondern Celsus deutet die ausdrücklich formulierte Nebenabrede, dass Titius die Anteile festlegen soll, restriktiv, sodass eine Festlegung durch einen anderen *vir bonus* nicht in Frage kommt.
- 26) Vgl dazu ausführlich *Misera*, Zur Gefahrtragung bei der römischen *societas*, FG Kaser (1986) 205 ff sowie jüngst *Drosowski*, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* (1998) 152 mwN.
- 27) Übersetzung (*Hausmaninger*, Casebook zum römischen Vertragsrecht⁶, 2002, Case 196): Da du drei Pferde hast und ich eines, haben wir eine Gesellschaft gegründet, wonach du dein Pferd in Empfang nehmen, ein Viergespann verkaufen und mir vom Kaufpreis ein Viertel geben solltest. Wenn nun mein Pferd vor dem Verkauf gestorben ist, sagt Celsus, er glaube nicht, dass die Gesellschaft aufrecht bleibe, und auch nicht, dass du einen Teil des Kaufpreises deiner Pferde schuldest. Die Gesellschaft sei nämlich nicht gegründet worden, um ein Viergespann zu haben, sondern um es zu verkaufen.

E contrario lässt sich daraus bereits schließen, dass Celsus bei einem Gesellschaftsvertrag, der das gemeinsame Halten einer *quadriga* beinhaltet, eine gemeinsame Gefahrtragung hinsichtlich des verstorbenen Pferdes bejahen würde, sodass Ego aus der *actio pro socio* ein Viertel des Erlöses der überlebenden drei Pferde verlangen könnte.

Daran schließt nun eine Variante an:

*ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie ad huc socii sumus.*²⁸⁾

Hier wird offenbar der in der Begründung zur ersten Variante angesprochene Differenzfall des *quadrigam habere* ausgeführt. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob mit der Wendung *ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam* eine sachenrechtliche Vergemeinschaftung (also eine Einbringung *quoad dominium* unter Bildung von Miteigentum) oder aber bloß eine schuldrechtliche Vergemeinschaftung mit einer Einbringung *quoad sortem* gemeint ist.

Unter einer bloß schuldrechtlichen Vergemeinschaftung wäre zu verstehen, dass intern unter den Gesellschaftern hinsichtlich der *quadriga* so verfahren wird, als ob sie zu einem Viertel dem einen und zu drei Viertel dem anderen gehöre (mit den entsprechenden Konsequenzen für die Risikotragung des zufälligen Untergangs etc), ohne dass sich an der sachenrechtlichen Zuordnung der Pferde (des einen an Ego, der drei anderen an Tu) etwas ändern würde.

Die hM²⁹⁾ deutet die Stelle freilich im Sinne der Bildung von Miteigentum, dh einer Einbringung der Pferde *quoad dominium*. Dagegen führte *Misera* als Argument ins Treffen, dass die Art des Einbringens (*conferre*) wohl in beiden Varianten des Fragments dieselbe sei und sich der Unterschied der Rechtsfolgen allein aus dem jeweils anderen Zweck der Gesellschaft ergebe³⁰⁾.

Das hat sicher viel für sich. Dennoch zeigt sich bei genauerer Analyse des Textes, dass dieser noch differenzierter ist, als bislang angenommen wurde.

Betrachtet man den auf *id quod actum* bezüglichen Textteil, so scheint *id quod actum est* nicht bloß einen (durch Interpretation erschließbaren) Sinn und Zweck der Vereinbarung zu meinen, sondern mit *tu in ea tres partes haberes, ego quartam* eher die konkrete Formulierung der Partner wiederzugeben. Dann unterscheiden sich die beiden Varianten aber nicht nur durch das von den Parteien jeweils Gewollte (*quadrigam vendere* oder *quadrigam habere*), sondern eben sehr wohl in dem, was nachweislich ausgemacht wurde. Dass mit einer solchen anderen Vereinbarung („an der Quadriga sollst Du drei Viertelanteile haben, ich ein Viertel“) auf die Begründung von Miteigentum abgezielt wurde, erscheint damit durchaus plausibel.

28) Übersetzung (*Misera* in Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis III, 1999, 421): Wenn jedoch vorgetragen wird, die Vereinbarung sei dahin gegangen, dass ein Viergespann gebildet und gemeinschaftlich gehalten werden sollte und du an ihm drei Anteile haben solltest und ich den vierten, so sind wir ohne Zweifel weiterhin Gesellschafter.

29) Nachweise bei *Misera*, Gefahrtragung 206 FN 22.

30) *Misera*, Gefahrtragung 207.

Folgt man dieser Deutung, dass in der zweiten Variante Miteigentum an der Quadriga begründet werden sollte, so stellt sich die Frage nach der Konstruktion des Eigentumserwerbs. Kaser sah hier einen Fall der Akzession, durch die Bildung einer *quadriga* als Sachgesamtheit (*universitas rerum*)³¹⁾ komme es notwendigerweise zu einer *communio pro indiviso*³²⁾. Dies trifft im Ergebnis für die mit *id quod actum* angesprochene Variante zwar zu³³⁾; wäre die Aussage Kasers aber richtig, so müsste es auch in der ersten Variante, in der ja auch eine Quadriga gebildet wird (wenngleich zum Zweck des baldigen Verkaufs) zu einer *communio pro indiviso* kommen. Dass dem nicht so ist, geht aber aus der klaren Unterscheidung vom Tod „meines Pferdes“ (*equus meus mortuus est*) und dem Erlös aus dem Verkauf „deiner Pferde“ (*ex pretio equorum tuorum partem*) hervor³⁴⁾. Überzeugender lässt sich die *quadriga* deshalb als eine aus körperlich und rechtlich selbstständigen Teilen zusammengesetzte Einheit begreifen, an deren einzelnen Teilen verschiedene Personen Eigentum haben können.³⁵⁾ Für den Zweck des Verkaufs der *quadriga* ist jedenfalls ein einheitliches sachenrechtliches Schicksal nicht Voraussetzung: Tu kann zB an seinen drei Pferden Eigentum als *dominus* übertragen, bezüglich des vierten Pferdes mag er veräußerungsbefugter Nichteigentümer sein.

Demnach ist in der ersten Variante mit dem Gesellschaftszweck des *quadrigam vendere* jeweils getrenntes Eigentum des Ego an einem, des Tu an drei Pferden gegeben, im Fall des *quadrigam habere* aufgrund der konkreten Vereinbarung aber entweder an eine Einbringung *quoad sortem* oder aber eine solche *quoad dominium* zu denken. Im Textteil *ceterum si id actum est* wird letztere Variante ins Spiel gebracht, sodass uns hier quotenmäßig geteiltes Miteigentum an der *quadriga* begegnet, wobei Ego ein Viertel und Tu drei Viertel Anteile halten.³⁶⁾ Die Logik des Textes besteht dabei darin, dass bei einer Einbringung ohne Eigentumsübertragung in der Variante des auf *quadrigam habere* gerichteten Gesellschaftszweckes eine gemeinsame Gefahrtragung bejaht wird (und die Einbringung damit als eine solche *quoad sortem* erscheint); dieselbe Lösung hinsichtlich der Gefahrtragung gilt aber auch insb in dem Fall, in dem nicht nur die gemeinsame dauernde Bewirtschaftung der *quadriga* vereinbart wird, sondern dieser Zweck von den Parteien auch durch die sachenrechtliche Vergemeinschaftung (im Verhältnis $\frac{1}{4}$ zu $\frac{3}{4}$) deutlich wird. Mit *id quod actum* wird dabei in D 17.2.58 pr auf diese konkrete Vereinbarung hinsichtlich des Miteigentums Bezug genommen.

31) Zur *universitas rerum* s. Daubermann, Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts (1993); zum Quadriga-Fall 127 ff, sowie Drosdowski, Verhältnis 152 ff.

32) Kaser, Neue Literatur zur *societas*, SDHI (1975) 294 FN 60.

33) Allerdings tritt die sachenrechtliche Folge des Miteigentums nicht „notwendigerweise“ auf, sondern deshalb, weil die Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben.

34) Überzeugend Misera, Gefahrtragung 206; Daubermann, Sachgesamtheit 136.

35) Siehe nur Kaser, Römisches Privatrecht I² (1971) 383.

36) Offen bleibt, ob in dieser Variante die Quadriga als Sachgesamtheit anzusehen ist, die im *condominium* steht, oder ob an den die Quadriga bildenden Pferden jeweils das Miteigentum besteht; mE werden beide Varianten von der getroffenen Entscheidung zur Gefahrtragung erfasst, die Frage des Miteigentums ist also für Letztere nicht das Entscheidende.

Drosdowski hat dagegen vertreten, dass hier in keiner der Varianten Miteigentum an den Pferden begründet worden sei.³⁷⁾ Richtig an seinen Ausführungen ist, dass die Bildung von Miteigentum für die Lösung der Frage der Gefahrtragung nicht wesentlich ist: Auch wenn kein Miteigentum an den Pferden gebildet worden sein sollte, der Gesellschaftszweck aber auf das gemeinsame Betreiben der *quadriga* gerichtet war, erscheint eine gemeinsame Gefahrtragung im Rahmen der *societas* sachgerecht. Eine solche Lösung gilt für den Fall der Einbringung *quoad sortem* (als Gegensatz zu einer Einbringung *quoad dominium*), bei der schuldrechtlich eine Beitragsleistung als gemeinsame (im Hinblick auf Gefahr, Lasten und Nutzen etc) betrachtet wird, obwohl sie sachenrechtlich einem der Gesellschafter alleine zugeordnet bleibt. Das allein schließt aber nicht aus, dass in einer der Varianten sehr wohl Miteigentum gebildet wird – und zwar in der mit *ceterum si id actum dicatur* eingeleiteten Variante³⁸⁾.

Drosdowski argumentiert weiters, dass für den Fall des Miteigentums für einen Ausgleich über die *actio pro socio* gar kein Raum bliebe: Sollte das eine (gemeinschaftliche) Pferd gestorben sein, so stünden eben die drei anderen Pferde (im Verhältnis $\frac{1}{4}$ zu $\frac{3}{4}$) im Miteigentum; ein von einem der beiden *socii* dem anderen zu leistender Ausgleich bestehe dabei nicht. Die Aufteilung der drei überlebenden Pferde hätte vielmehr mit der Teilungsklage, der *actio communi dividundo*, zu erfolgen, eine *actio pro socio* sei in diesem Fall „funktionslos“.³⁹⁾ Demgegenüber ist aber anzuführen, dass sich die von Celsus für den Fall des *quadrigam habere* ins Auge gefasste Klagemöglichkeit aus der *actio pro socio* trotz Untergang des einen Pferdes nicht auf den Fortbestand der Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt des Weiterverfolgens des Gesellschaftszweckes beziehen muss (sodass man sich etwa die Frage stellen müsste, ob ein anderes viertes Pferd gemeinsam anzuschaffen sei etc)⁴⁰⁾, son-

37) Drosdowski, Verhältnis 152 ff.

38) Nach der hier vertretenen Deutung diskutiert Celsus nicht nur die beiden unterschiedlichen Gesellschaftszwecke *quadrigam vendere* und *quadrigam habere*, sondern bei der Vereinbarung *quadrigam habere* neben dem Fall, bei dem so wie unter der Variante des *quadrigam vendere* kein Miteigentum (wohl aber ein weitergehender Gesellschaftszweck) vorliegt, auch jenen (nunmehr sachenrechtlich anders gelagerten) Fall, dass der konkreten Abrede zufolge Miteigentum an den Pferden im Verhältnis $\frac{1}{4}$ zu $\frac{3}{4}$ gebildet wurde (*ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes*).

39) Drosdowski, Verhältnis 156.

40) So aber Mayer-Maly, *Quadriga*, Estudios d'Ors II (1987) 856 und Drosdowski, Verhältnis 154. Auch die Aussage, Celsus habe sich primär der Frage des Fortbestands der Gesellschaft, Ulpian hingegen der Frage der Gefahrtragung gewidmet, sie hätten mithin das Problem „aus verschiedenen Blickwinkeln“ betrachtet (Drosdowski, Verhältnis 154 FN 414), erscheint mir nicht zutreffend: Nach dem Bericht des Ulpian beschäftigte Celsus nicht nur die Frage des Fortbestandes der Gesellschaft, sondern sehr wohl auch die Frage der Aufteilung des Erlöses der übrigen Pferde (*non putare se Celsus ait societatem manere . . . nec ex pretio equorum tuorum partem deberi*). Ulpian wiederum stellt eingangs die Frage der Klagemöglichkeit trotz Untergangs des Gesellschafterbeitrags, was ebenfalls sowohl die Frage des Andauerns der Gesellschaft als Schuldverhältnis als auch die Gefahrtragungsfrage umfassen kann. Da Ulpian sich in der Folge auf das Referat des celsinischen Traktats beschränkt, ist meines Erachtens eine echte Divergenz der Gesichtspunkte schwerlich auszumachen.

dern auf die – von Celsus ja ausdrücklich angesprochene – Frage, ob denn der Tu aus dem Erlös der allenfalls verkauften überlebenden drei Pferde ein Viertel dem Ego zu leisten habe. Hat Tu aber an diesen Pferden (als verfügungsbefugter Miteigentümer) wirksam Eigentum an einen Dritten übertragen, so stellt sich nicht mehr die Frage einer *actio communi dividundo*, sondern nur mehr jene nach dem Ausgleich über das Gesellschafterverhältnis.

IV. *Id quod actum* und die Abgrenzung der *societas* von anderen Vereinbarungen

Die folgenden beiden zu besprechenden Texte des Spätklassikers Ulpian (D 17.2.52 pr und D 17.2.44) haben gemeinsam, dass dabei jeweils auf das *id quod actum* abgestellt wird, um zu eruieren, ob ein Gesellschaftsvertrag oder aber ein anderer Vertrag vorliegt.

A. Der Kauf eines *fundus coniunctus* in D 17.2.52 pr

Betrachten wir zunächst die Sachverhaltsschilderung von Ulpian (31 ad ed) D 17.2.52 pr:

Cum duobus vicinis fundus coniunctus venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo iuncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit: quaeritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat.

Als ein Grundstück, das an die Grundstücke zweier Nachbarn angrenzte, zum Verkauf anstand, bat der eine Nachbar den anderen, dieses Grundstück zu kaufen, und zwar zu dem Zweck, dass ihm der Teil, der an sein Grundstück angrenzt, übertragen werden sollte. Bald darauf kaufte er ohne Wissen des anderen Nachbarn selbst dieses Grundstück. Gefragt wird, ob der andere Nachbar irgendeine Klage gegen ihn hat.

Ulpian berichtet nun von Julians Entscheidung dieser Frage; dieser habe dazu geschrieben, dass es sich um eine *facti quaestio* handle:

Julianus scripsit implicitam esse facti quaestionem: nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret et mecum communicaret, adversus me qui emi nullam actionem vicino competere: si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur, societatis iudicio tenebor, ut tibi deducta parte quam mandaveram reliquas partes praestem.

Die von Julian geortete Sachverhaltsfrage bezieht sich auf das *actum* der Parteien. Wenn bloß *id actum est*, dass der Nachbar das Grundstück des Lucius Titius kaufen und dann dem Ego einen Teil übertragen sollte, dann stehe dem Nachbarn gegen Ego, der das Grundstück selbst gekauft hat, keine Klage zu. Wenn aber *id actum est*, dass der Kauf gleichsam als gemeinschaftliches Geschäft geführt werden sollte, so hafte Ego mit der Gesellschafterklage darauf, mit Ausnahme des Teiles, den sein „Auftrag“ betraf, die übrigen Teile zu leisten.

Wie hier die Vereinbarung vertragsrechtlich einzuordnen ist, wird von Julian nicht gesagt. Es lässt sich annehmen, dass (zumindest für die Variante, in der nach Julian letztlich keine Klagemöglichkeit des Nachbarn gegen Ego besteht)

im Auftrag⁴¹⁾ des Ego an den Nachbarn ein Mandat⁴²⁾ zu sehen ist, bei dem Ego Auftraggeber, der Nachbar Auftragnehmer ist. Das zu besorgende Geschäft könnte allenfalls als ein gemischtes Geschäft qualifiziert werden.⁴³⁾ Insoweit es aber um den Erwerb jenes Teils des Grundstücks geht, den der Nachbar erwerben und für sich behalten soll, läge ein *mandatum tua gratia* vor. Ein solcher Auftrag im eigenen Interesse des Auftragnehmers wird von den römischen Juristen aber in der Regel nicht als verbindlicher Vertrag, sondern als unverbindlicher Ratschlag (*consilium*) behandelt, aus dem keine vertraglichen Ansprüche abgeleitet werden können.⁴⁴⁾ Folglich läge bloß bezüglich jenes Teils, den der Nachbar dem Ego vereinbarungsgemäß hätte übertragen sollen, ein verbindlicher Auftragsvertrag vor.⁴⁵⁾ Da freilich der Nachbar als Auftragnehmer mangels Erwerbs gar keine Aufwendungen getätigt hat, kommt aus diesem Grund eine *actio mandati contraria* nicht in Betracht. Ein Anspruch des Auftragnehmers, den Auftrag ausführen zu können, besteht ebenfalls nicht.⁴⁶⁾

Anderes soll laut Julian jedenfalls gelten, wenn sich aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Vereinbarung (*quaestio facti* hinsichtlich des *id quod actum*) ergibt, dass *quasi* ein *negotium commune* geführt wurde, also nicht bloß von vornherein abgegrenzte partikuläre Interessen der Parteien vorlagen. Ein gemeinschaftliches

41) Der Ausdruck *mandare* ist freilich insofern untechnisch zu verstehen, als in der zweiten Variante, in der eine *actio pro socio* bejaht wird, kein Mandat vorliegt.

42) Vgl etwa Poggi, *Il contratto di società in diritto romano classico* I (1930) 148, 152; Arnò, *Il contratto di società* (1938) 122 f; Szlechter, *Contrat de société* (1947) 279; Gandolfi, *Studi sull'interpretazione* 128 f.

43) Misera, Iul.-Ulp. D. 17, 2, 52 pr.: Nachbarschaftliche Abreden zwischen rechtlicher Bindung und rechtsfreiem Raum, FS Weitnauer (1980) 105, 107, bejaht hier das Vorliegen eines *mandatum mea et tua gratia*, meint aber, dass mangels Rechtsbindungswillens der Ego keiner Klage des Nachbarn ausgesetzt sei.

44) Denkbar, aber von Julian offenbar nicht erwogen, wäre, bei einem Mandat, welches bloß teilweise im Eigeninteresse des Mandatars liegt, das gesamte Geschäft als Einheit zu betrachten und dementsprechend eine Klagemöglichkeit des Tu zu eröffnen. Vgl dazu die Alternative von „Trennungsthese“ und „Einheitsthese“ beim Auftrag zum Ankauf einer in Miteigentum stehenden Liegenschaft an einen Mandatar, der selbst Miteigentümer ist, bei Klingenberg, *Das mandatum zum Kauf eines fundus communis*, Mél. Wołodkiewicz (2000) 371 ff.

45) Vgl dazu Ulpian (31 ad ed) D 17.1.8.6: *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. Ut puta mandavi tibi, ut fundum emeress; si intereat mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio . . .* Die Auftragsklage steht zu, sobald ein Interesse dessen gegeben ist, der den Auftrag erteilt hat; ansonsten entfällt die Auftragsklage, wenn mein Interesse nicht gegeben ist und sie ist auch nur insoweit gegeben, wie das Interesse reicht. Zum Beispiel habe ich dir den Auftrag erteilt, ein Grundstück zu kaufen: Habe ich ein Interesse daran, dass es gekauft wird, so haftest du; im Übrigen, wenn ich es selbst gekauft habe oder ein Dritter für mich und auch kein weiteres Interesse gegeben ist, so entfällt die Auftragsklage . . .

46) Ein Teil der Literatur (zB Arnò, *Il contratto di società*, 123) meint hingegen, dass die Klagemöglichkeit des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber daran scheitere, dass Letzterer durch den selbst vorgenommenen Ankauf des *fundus* das Mandat aufgekündigt habe; dazu skeptisch Misera, *Nachbarschaftliche Abreden* 106 f.

Interesse könnte etwa bejaht werden, wenn nicht bloß jeweils die Arrondierung des eigenen Grundstücks beabsichtigt war, sondern eine gemeinschaftliche wirtschaftliche Nutzung des zu erwerbenden Grundstücks; für das Vorliegen eines *negotium commune* könnte auch eine vereinbarte gemeinsame Gefahrtragung⁴⁷⁾ sprechen. Dann läge ein gemeinsamer wirtschaftlicher Zweck vor und die Vereinbarung könnte als *societas* qualifiziert werden, sodass der Nachbar den Ego aus einer *actio pro socio* auf Übertragung eines Teils des Grundstücks klagen könnte.

B. Der Trödelvertrag als *societas* in D 17.2.44

Der zweite Abgrenzungsfall, bei dem auf das *id quod actum* für die Frage des Vorliegens einer *societas* rekurriert wird, betrifft einen sog Trödelvertrag (heute § 1086 ABGB). Ähnlich wie beim handelsrechtlichen Kommissionsgeschäft (§ 383 HGB) übergibt dabei jemand einem anderen eine Sache, damit sie dieser im eigenen Namen verkaufe. Der Übergeber vereinbart dabei, dass ihm entweder ein *certum* bezahlt werden oder aber die Sache zurückgegeben werden soll.⁴⁸⁾ Gelingt der Verkauf zu einem höheren Preis, so darf der Verkäufer beim Trödelvertrag (anders als der Kommissionär gem § 384 Abs 2 HGB) den Mehrerlös behalten, sodass beide vom Verkauf profitieren. Bezüglich der Einordnung dieses Trödelvertrags (*aestimatum*) als Kontrakt wird von Ulpian (31 ad ed) D 17.2.44 alternativ zur Einordnung als Innominatkontrakt auch eine *societas* erwogen und bejaht, sofern die Vereinbarung mit *animus contrahendae societatis* geschlossen worden war:

*Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si plures, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.*⁴⁹⁾

Wenn Ego dem Tu Perlen zum Verkauf gegeben hat mit der Abrede, dass Tu, wenn er sie für zehn verkauft, dem Ego zehn zahlt, und wenn Tu sie für mehr verkauft, den Überschuss behalten darf, so spricht sich Ulpian dafür aus, die Gesellschaftserklage zu geben, wenn der Vertrag in der Absicht geschlossen wurde, eine Gesellschaft einzugehen; wenn nicht, sei *praescriptis verbis* zu klagen.

Allerdings findet sich in den Digesten auch ein anderer Ulpiantext (30 ad Sab) D 19.5.13 pr, der für den Trödelvertrag nur eine *actio in factum* aus einem Innominatkontrakt bejaht und eine *societas* ausdrücklich verneint:

47) Vgl Backhaus, Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht, SZ 121 (2004) 233 ff, 245 (zu D 17.2.52 pr).

48) Vgl D 19.3.1.1: *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscipit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit* – Die Schätzung der Sache bewirkt aber den Übergang der Gefahr auf denjenigen, der den Auftrag übernommen hat; er muss also entweder die Sache unbeschädigt zurückgeben oder die vereinbarte Schätzungssumme leisten.

49) Übersetzung (Hausmaninger, FN 27, Case 195): Wenn ich dir Perlen zum Verkauf gegeben habe, daß du, wenn du sie um zehn verkaufst, mir zehn gibst, wenn du sie um mehr verkaufst, den Mehrerlös behalten sollst, so scheint mir eine *actio pro socio* zu gewähren zu sein, wenn die Vereinbarung in der Absicht getroffen wurde, eine Gesellschaft zu gründen. Ansonsten steht eine *actio praescriptis verbis* zur Verfügung.

*Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto.*⁵⁰⁾

Für eine im Sachverhalt mit D 17.2.44 durchaus übereinstimmende Konstellation⁵¹⁾ schreibt Ulpian hier, dass es anerkannt sei, dass weder die Auftrags- noch die Gesellschafterklage, sondern eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage zu gewähren ist, weil eine andere Art von Geschäft geführt worden ist. Zur Begründung der Entscheidung wird angegeben:

quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excipit.

Einerseits müsse ein Auftrag unentgeltlich sein, und andererseits könne man nicht annehmen, dass eine Gesellschaft mit jemandem eingegangen wird, der den anderen nicht zum Partner des Verkaufs gemacht hat, sondern sich einen bestimmten Mindestpreis ausbedungen hat.

Die scheinbar klare Antinomie von D 17.2.44 und D 19.5.13 pr wurde von der textkritisch ausgerichteten Romanistik als eindeutige Interpolation diagnostiziert: Nicht nur, dass der *animus societatis contrahendae* in D 17.2.44 auf das lange Zeit als exklusiv byzantinisch geltende Animuskonzept⁵²⁾ verweist, der klare Widerspruch zwischen zwei Texten, die unter dem Namen desselben Juristen überliefert sind, schien eine andere Annahme als die einer nachklassischen Textveränderung eines der beiden Texte (und zwar von D 17.2.44)⁵³⁾ auszuschließen. Selbst Arangio-Ruiz, der an sich durchaus von der Authentizität des Erfordernisses der *affectio societatis*, also der Absicht, eine Gesellschaft einzugehen, ausging⁵⁴⁾, hielt D 17.2.44 für interpoliert⁵⁵⁾. Erstens sei die Erwähnung der *actio praescriptis verbis* in D 17.2.44 verdächtig, weil diese nachklassisch sei (eine inzwischen überholte Behauptung⁵⁶⁾, die damals hL der Romanistik war). Zweitens aber sei juristisch das Abstellen auf den Willen der Parteien völlig unsinnig („*idea cerebrina*“), da die Vereinbarung als solche den Gegenstand der juristischen Qualifikation bilden muss und nicht die subjektive Etikettierung, etwa

50) Übersetzung (Hausmaninger, FN 27, Case 208): Wenn ich dir eine Sache mit der Vereinbarung gegeben habe, dass du sie . . . um einen bestimmten Preis verkaufen und den Mehrerlös für dich behalten sollst, wird nach herrschender Lehre weder eine *actio mandati* noch eine *actio pro socio* gegeben, sondern eine *actio in factum*, weil gleichsam ein anderes Geschäft geführt worden ist.

51) Anderer Ansicht Artner, *Agere praescriptis verbis* (2002) 206, der meint, dass aus dem „*sibi certum pretium excipere*“ in D 19.5.13 pr sich ergebe, dass es am Willen eine Gesellschaft zu schließen fehle und es deshalb keinen Widerspruch zu D 17.2.44 gebe. Tatsächlich geht aber auch D 17.2.44 von einem bestimmten Preis aus und es besteht diesbezüglich eben kein Unterschied.

52) Vgl Simon, Die „animusbesessene Spätzeit“ 253 ff.

53) Siehe nur die Hinweise im Index Interpolationum; weiters etwa auch Pringsheim, *Id quod actum est* 69.

54) Arangio-Ruiz, *Società* (1950) 63 ff.

55) Arangio-Ruiz, *Società* 69.

56) Zur geschichtlichen Entwicklung der *actio praescriptis verbis* und ihrer Terminologie vgl va Kranjc, Die *actio praescriptis verbis* als Formelaufbauprobblem, SZ 106 (1989) 434 ff.

nach der Art: „Wir vereinbaren einen Trödelvertrag (der inhaltlich objektiv keine *societas* ist), wollen aber, dass es sich um eine *societas* handelt.“

Sind aber D 17.2.44 und D 19.5.13 pr wirklich unvereinbar? Zunächst ist festzuhalten, dass der Ausgangsfall in beiden Fällen grundsätzlich übereinstimmt. Beide Male behält sich der Kommittent für den Fall des erfolgreichen Verkaufs ein *certum* vor; beide Male soll der Kommissionär einen über dieses *certum* hinausgehenden Betrag für sich behalten können.⁵⁷⁾ Nach der von Ulpian in D 19.5.13 pr angeführten Auffassung handelt es sich dabei weder um einen Auftrag, noch um eine Gesellschaft: *placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum*. Während Ulpian hier mit *placet* auf eine etablierte Meinung verweist, drückt er sich in D 17.2.44 bei der gegenteiligen Auffassung deutlich zurückhaltender aus: *mihī videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis*. Umgekehrt könnte man die Art und Weise, wie Ulpian in D 19.5.13 pr die Ablehnung des Vorliegens einer *societas* begründet, als leicht distanziert empfinden: *societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*.

Man gewinnt aus der Lektüre den Eindruck, dass Ulpian in seinem Sabinuskommentar die traditionelle Auffassung referiert, derzufolge in *in factum* (aus einem Innominatkontrakt) zu klagen sei, während er im Ediktskommentar vorsichtig abwägend auch eine *actio pro socio* bejaht, sofern aus der Vereinbarung ein *animus contrahendae societatis* hervorgeht. Dabei mag eine Rolle gespielt haben, dass Ulpian für die beiden (zeitlich allerdings in relativ kurzem Abstand zueinander liegenden⁵⁸⁾) Werke möglicherweise unterschiedliches Material als Grundlage verwendet hat. Dies könnte auch erklären, dass er im einen Fall für die Klage aus dem Innominatkontrakt die (vermutlich ältere)⁵⁹⁾ Bezeichnung *in factum*, im anderen Fall aber die (erst ab Pomponius begegnende) Form *praescriptis verbis* verwendet. Die Begründung der Entscheidung in D 19.5.13 pr *societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit* könnte demgemäß ebenfalls eine traditionelle, vorulpanische Sentenz darstellen, die möglicherweise auf Sabinus selbst zurückgeht.

In welcher Weise aus dem *id quod actum ein animus societatis contrahendae* hervorgehen kann, darüber lassen sich bloß Vermutungen anstellen. So könnte etwa ein *negotium commune* dann bejaht werden, wenn die Gefahr für den zufälligen Untergang der zum Verkauf bestimmten Sache nicht beim Trödler allein liegt⁶⁰⁾,

57) Dagegen versucht Hernando Lera, El contrato de sociedad 36f, durch eine Sachverhaltsdifferenzierung die beiden Texte zu harmonisieren, indem er unzutreffenderweise behauptet, dass im einen Fall (D 19.5.13 pr) ein Mindestverkaufspreis vereinbart sei, unter dem nicht verkauft werden darf, im anderen Fall (D 17.2.44) aber nicht: Dass in der einen Version abstrakt von einem *certum pretium* gesprochen, im anderen Fall aber eine bestimmte Summe (*decem*) genannt wird, macht keinen juristischen Unterschied.

58) Honoré, Ulpian (1982) 158 uö, kommt aufgrund sprachstilistischer Untersuchungen zum Ergebnis, dass das 31. Buch *ad edictum* im Jahr 215, das 30. Buch *ad Sabinum* aber im darauf folgenden Jahr entstanden sein dürfte.

59) Kranjc, SZ 106 (1989) 465f; s auch ebenda 458–460.

60) Zur Gefahrtragung beim *aestimatum* vgl D 19.3.1.1; dazu Angerer, Die Gefahrtragung bei den sogenannten Innominatkontrakten, FS Wesener (1992) 16 mwN.

sondern aufgrund der getroffenen Vereinbarung von beiden gemeinsam getragen werden soll.⁶¹⁾

Dass der Umstand, dass sich der Kommittent ein *certum* vorbehält, in der Spätclassik nicht als zwingender Grund gegen einen Gesellschaftsvertrag angesehen werden musste, erfährt Bestätigung durch ein Responsum des Papinian (3 respos), welches bei Ulpian (31 ad ed) D 17.2.52.7 überliefert ist:

Inter Flavium Victorem et Bellicum Asianum placuerat, ut locis emptis pecunia Victoris monumenta fierent opera et peritia Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit: erit pro socio actio.

Flavius Victor und Bellicus Asianus waren übereingekommen, mit dem Geld des Victor Grundstücke zu kaufen, auf denen Asianus mit seiner Arbeit und Fachkunde Grabanlagen (*monumenta*) errichten sollte. Nach deren Verkauf sollte Victor das Geld zuzüglich einer bestimmten Summe zurückerhalten, den Überschuss sollte Asianus bekommen, der seine Arbeit als Beitrag in die Gesellschaft eingebracht hatte. In diesem Fall sei nach Ulpian die Gesellschafterklage gegeben.

Der Victor gebührende Teil am Verkaufserlös wurde von manchen Interpreten der Stelle als ein bestimmter Prozentsatz des Gewinnes (der Differenz zwischen der von Victor eingebrachten *pecunia* und dem Verkaufserlös der *monumenta*) verstanden;⁶²⁾ die Formulierung, dass der Kapitalgeber Victor *pecunia cum certa quantitate* erhalten soll, Asianus hingegen das *superfluum*, spricht aber dafür, dass sich Victor einen bestimmten Betrag vom Verkaufserlös ausbedingt, und nicht einen bestimmten Prozentsatz.⁶³⁾ Damit stellt sich aber die Frage, wie Papinian die Vereinbarung als eine *societas* qualifizieren kann, obwohl im Falle des erfolgreichen Verkaufs der Gewinn des Victor im Vorhinein festgelegt ist.

Meines Erachtens ist D 17.2.52.7 als Beleg dafür zu werten, dass es bei den Spätclassikern umstritten war, ob die Vorbehaltung eines bestimmten Erlöses für den einen Partner dem Wesen des gemeinsamen Gesellschaftszwecks entspricht. Ulpian findet jedenfalls den von Papinian entschiedenen Fall bemerkens- bzw. erinnerenswert (D 17.2.52.7) und scheint selbst (D 17.2.44) eine umfassende Berücksichtigung der konkreten Parteienvereinbarung und eines darin sich manifestierenden *animus societatis contrahendae* vertreten zu haben. Worin sich ein solcher *animus societatis* bzw. die gegenseitige Behandlung als *socii* und nicht als Vertragspartner eines reinen Austauschvertrages zeigt, berichtet Ulpian leider nicht. Aus der allgemeinen Vorstellung der *natura* oder *imago societatis* wird man an eine gemeinsame Risikotragung, vielleicht auch eine gemeinsame Vorgehensweise (zB indem beim Trödelvertrag auch der Kommittent Arbeit einbringt, um den Verkauf zu fördern) und Ähnliches denken können.

61) Zur Konzeption der *societas* als Gefahrengemeinschaft s. jüngst Backhaus, Gefahrtragung 233 ff.

62) Etwa Hernando Lera, El contrato de sociedad 114.

63) So auch Arangio-Ruiz, Società 148 und 148 FN 1 aE.

Die Zuordnung von „Grenzfällen“ zur *societas* bei entsprechender Parteienabsicht lässt sich jedenfalls als eine Manifestation des Grundsatzes der Parteienautonomie deuten, welcher für das römische Gesellschaftsrecht insgesamt charakteristisch ist.⁶⁴⁾ Der Sache nach kann man die Rechtfertigung der Subsumtion von Vereinbarungen der Art von D 17.2.44 oder D 17.2.52.7 als *societas* darin sehen, dass die Gesellschafter ungleiche Beiträge leisten. Während der Beitrag des Kommittenten beim Trödelvertrag bzw des Kapitalgebers bei der Grabdenkmälergesellschaft von vornherein feststeht und als solcher auch *a priori* bewertbar erscheint, lässt sich der Wert des Beitrags des Arbeitsgesellschafters in gewisser Weise erst *ex post* feststellen: Ob der Kommissionär ein tüchtiger Verkäufer bzw Asianus ein tüchtiger Grabanlagenbauer ist, erweist sich letztlich darin, wie hoch jeweils der erzielte Verkaufserlös ausfällt.⁶⁵⁾ Zwar findet in der Regel bei einer *societas* die Bewertung der Beiträge der Gesellschafter *a priori* bei der Festlegung der Gewinnanteile im Zuge der Begründung der *societas* statt; insb bei Arbeitsgesellschaftern scheinen römische Juristen aber – wie sich aus anderen Texten zeigen ließe – auch eine *ex-post*-Betrachtung angestellt zu haben.

So wird bei Ulpian (30 Sab) D 17.2.29.1 etwa die Auffassung des Sabinus zustimmend referiert, wonach eine Abrede, dass einer der *socii* nur eine Gewinnbeteiligung haben, aber keinen Verlustanteil tragen soll, mit dem *Societas*-Recht vereinbar ist, aber nur für den Fall, *si tanti sit opera, quanti damnum est*. Ob der Beitrag durch *opera* dem Wert des *damnum* entspricht oder nicht, lässt sich aber in der Regel erst nach dem eingetretenen Misserfolg des Geschäftes endgültig beurteilen.⁶⁶⁾

V. Schluss

Aus dem weiten Bereich der Vertragsklauseln, welche für die römischen Gesellschaftsverträge charakteristisch sind, bilden die vier Texte, in denen explizit auf *id quod actum est*⁶⁷⁾ Bezug genommen wird, bloß einen kleinen Ausschnitt. Dennoch lassen sich aus der Analyse dieser Texte Einsichten in das Recht der *societas* und in die Vorgangsweise der römischen Juristen bei der Vertragsauslegung gewinnen. Deutlich wird, welche große Rolle die individuell-konkreten Vereinbarungen für Gesellschaftsrechtsverhältnisse hatten und wie stark sich

64) In ähnlichem Sinn auch Santucci, Socio d'opera 10 ff FN 21.

65) So auch Artner, Agere praescriptis verbis 207 FN 163.

66) Bona, Studi sulla società consensuale in diritto romano (1973) 30 ff; Santucci, Socio d'opera 84 f. Auch bei der Anteilsfestsetzung durch einen Dritten sowie der nachprüfenden Kontrolle (im Rahmen einer *actio pro socio*), ob diese im konkreten Fall den Anforderungen eines *arbitrium viri boni* gerecht wird (vgl die Katene D 17.2.76–80 bestehend aus Texten aus Proculus 5 epist und Paul 4 quaest), könnte an eine *ex post*-Beurteilung gedacht sein. Celsus 15 dig D 17.2.75 hat aber eine *ex ante*-Perspektive vor Augen, da er davon ausgeht, dass die *societas* als unter der aufschiebenden Bedingung der Festsetzung der Anteile durch die konkrete, als *arbitr*er nominierte Person geschlossen anzusehen ist.

67) Zum gesamten Fragenkomplex des *id quod actum* s nun die umfassende Studie von Babusiaux, *Id quod actum est*. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß (2006), welche nach Fertigstellung dieses Manuskripts erschienen ist.

die römischen Juristen in ihrer Beschäftigung mit Anfragen in diesem Bereich auch mit konkreten Vertragsklauseln auseinander gesetzt haben. Unsere heutige Betrachtung der römischen Rechtsquellen, bei der wir das *Corpus iuris* nicht mehr gleichsam als Gesetzbuch, sondern als Sammlung unterschiedlichster Arten von Rechtsliteratur lesen, ermöglicht es, aus diesen Texten Einblicke in die Vertragspraxis zu gewinnen und den differenzierten Umgang der Juristen mit den aus konkreten Vereinbarungen hervorgehenden Absichten und Interessen der Parteien zu beobachten. Dabei erweist sich, dass das klassische römische Recht nicht als ein abgeschlossenes System starrer Regeln anzusehen ist, sondern die Qualität der römischen Jurisprudenz gerade in der Flexibilität der juristischen Analyse liegt. Diese Flexibilität zeigt sich etwa darin, dass in der literarischen Produktion eines Ulpian die Wiedergabe einer etablierten Auffassung einerseits und die aufgrund besonderer Umstände in Erwägung gezogene Differenzierung dieser Auffassung andererseits durchaus nebeneinander stehen können.

Wenn wir heute in Europa vor der Situation stehen, wiederum im Nebeneinander der Rechtsordnungen und in der Verquickung von supranationalem und nationalem Recht Konvergenzen und Divergenzen zu suchen, so mag es eine tröstliche Entdeckung sein, dass auch das, die Basis des europäischen Privatrechts bildende, römische Recht eine größere Bandbreite an Meinungen und Modellen aufweist, als von manchen erwartet würde. Dies zu vermitteln, war auch stets ein besonderes Anliegen *Herbert Hausmaningers*.