

Service Contracts

Herausgegeben von
REINHARD ZIMMERMANN

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

15

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

Herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

15



Service Contracts

Herausgegeben von
Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

Reinhard Zimmermann, geboren 1952; Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und historische Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg; Affiliate Professor, Bucerius Law School in Hamburg; Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

ISBN 978-3-16-150594-2 / eISBN 978-3-16-160921-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Im Februar 2008 ist eine *Interim Outline Edition* des sogenannten Draft Common Frame of Reference (DCFR) publiziert worden, im Februar 2009 eine *Outline Edition* und im Herbst 2009 schließlich die definitive *Full Edition* in sechs Bänden. Dabei handelt es sich um ein Dokument von erheblicher wissenschaftlicher und möglicherweise auch politischer Bedeutung (näher dazu *Nils Jansen, Reinhard Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401 ff.). In ihm enthalten sind Textmassen ganz unterschiedlichen Charakters. Denn während die Bücher II. und III. (zum Vertragsrecht und zum allgemeinen Schuldrecht) und IV.A (zum Kaufrecht) auf intensiven und jahrzehntelangen wissenschaftlichen Vorarbeiten beruhen, die zuvor bereits in den *Principles of European Contract Law*, den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* und vor allem natürlich im UN-Kaufrecht ihren Niederschlag gefunden hatten, betritt der DCFR in anderen Bereichen Neuland. Das gilt unter anderem für Buch IV.C, das sich mit *Service Contracts* befasst. *Service Contracts* (Dienstleistungsverträge) haben in der internationalen Diskussion, ungeachtet ihrer großen Bedeutung für die moderne Dienstleistungsgesellschaft, stets im Schatten des Kaufvertrages gestanden. Das gilt zum einen für die vergleichende, historisch-vergleichende und dogmatische Beschäftigung mit den Eigenheiten dieses Vertragstyps an sich, es gilt zum anderen aber auch für die Ausgestaltung des allgemeinen Vertragsrechts, das traditionell vorwiegend vom Kaufvertrag her gedacht wird.

Während die umfangreichen Regelungen zu *Service Contracts* im DCFR damit nicht den Anspruch erheben können, latent bereits vorhandene, europäische Regelungsstrukturen, Wertungen und Begriffe nur gleichsam abzubilden, bieten sie doch einen willkommenen und anregenden Ausgangspunkt für die (überfällige) transnationale Diskussion über solche Regelungsstrukturen, Wertungen und Begriffe. Diese Anregung hat die Fachgruppe Zivilrechtsvergleichung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf ihrer Tagung in Köln am 18. September 2009 aufgegriffen, indem sie sich der Frage gewidmet hat, wie die Regelung der *Service Contracts* im DCFR vor dem Hintergrund verschiedener nationaler Rechtsereferenzen in vergleichender Perspektive zu bewerten ist. Das erschien umso reizvoller, als bereits die ersten Reaktionen zu dem sog. Basis-

aktivitätenmodell in Buch IV.C DCFR ausgesprochen gegensätzlich ausgefallen sind. Denn während Christiane Wendehorst von einem „geradezu genialen Wurf“ spricht (AcP 206 (2006), 292), charakterisiert Hannes Unberath die Regelung als „schwerfällig, redundant und gerade weil konkret und spezifisch, gleichwohl lückenhaft“ (ZEuP 16 (2008), 764).

Der hier vorgelegte Band enthält die teilweise erweiterten Vorträge, die auf dieser Tagung gehalten worden sind. Sehr herzlich danken möchte ich den Referenten und allen Teilnehmern an der sehr lebhaften Diskussion, Herrn Professor Dr. Peter Huber (Mainz) für seine Unterstützung bei der Vorbereitung und Organisation der Tagung sowie Thomas Führich und Ingeborg Stahl (Hamburg) für ihre Hilfe bei der Vorbereitung dieser Publikation. Herrn Dr. Franz-Peter Gillig vom Verlag Mohr Siebeck danke ich für die wie immer reibungslose und angenehme Zusammenarbeit.

Die Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Köln stand unter dem Gesamthema „Die Ordnung der Wirtschaft zwischen rationaler Gestaltung und internationaler Zusammenarbeit“. Ein zweiter Tagungsband, der die Beiträge in den Fachgruppen Arbeits- und Sozialrecht sowie Europarecht zusammenfasst (Herausgeber Ulrich Becker und Jürgen Schwarze) ist in Vorbereitung.

Hamburg, im März 2010

Reinhard Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Filippo Ranieri</i> Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung	1
<i>Chris Jansen</i> Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method	43
<i>Thomas Kadner Graziano</i> Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference	59
<i>Jean-Sébastien Borghetti</i> Service Contracts: The French Experience	99
<i>Simon Whittaker</i> Contracts for Services in English Law and in the DCFR	115
<i>Harry M. Flechtner</i> Service Contracts in the United States (and from an Economic Perspective): A Comparative View of the DCFR's Service Contract Provisions and their Application to <i>Hawkins v McGee</i>	149
<i>T.F.E. Tjong Tjin Tai</i> Service Contracts in the Dutch Civil Code	167
<i>Jan Peter Schmidt</i> Dienstleistungsverträge im brasilianischen Recht	181

Knut Benjamin Pißler

Der Dienstleistungsvertrag im chinesischen Vertragsgesetz 193

Autorenverzeichnis 227

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft; Advocate General
AGZR	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der Volksrepublik China
All ER	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
App.	(Corte d') Appello (Italien)
Art.	Artikel; Article
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BG	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
Blackstone W	William Blackstone's King's Bench Reports
BLR	The Business Law Reports
BR	Baurecht
BT	Besonderer Teil
Bull. civ.	Bulletin civil
Burr	Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
BW/1838	Burgerlijk Wetboek von 1838
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustiniani
c.	contra
ca.	circa
cap.	capitulum; capitolo
Cassazione civ.	Cassazione civile (Italien)
CB	Chief Baron
cf.	confer (vergleiche)
CFR	Common Frame of Reference
Ch	Law Reports, Chancery Division
ch. civ.	chambre civile (Zivilkammer)
chap./chaps.	chapter/chapters
Cir.	Circuit

CJ	Chief Justice
Co.	Company
Com	Commission
Cro Jac	Croke's King's Bench Reports tempore James I
D.	Digesten
DCFR	Draft Common Frame of Reference
d.h.	das heißt
diss. jur.	juristische Dissertation
DJ	Diário da Justiça
East	East's Term Reports, King's Bench
ebd.	ebenda
EC	European Community
ECHR	European Court of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Reports
ed./eds.	edition; editor/editors
EEC	European Economic Community
e.g.	for example (zum Beispiel)
Einf.	Einführung
ERPL	European Review of Private Law
esp.	especially
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera
et seq.	et sequentes (und folgende)
f./ff.	folgende; following
f.	folio
Fn.	Fußnote
gen. ed.	general editor (Haupterausgeber)
ggf.	gegebenenfalls
Hg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	Law Reports, House of Lords
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HR	Hoge Raad (Niederlande)
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
ibid.	ibidem
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.	id est (das heißt)
insb.	insbesondere
Inst.	Institutiones Iustitiani
i.S.d.	im Sinne des/der
it.	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
IVRA	Rivista internazionale di diritto romano e antico
J	Judge
JCP	Juris Classeur Périodique

Jh.	Jahrhundert
Jr.	Junior
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench
Law Com.	Law Commission
LGLR	Local Government Law Reports
lib.	liber; libro (Buch)
Lit.	Literatur
LJ	Lord Justice
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
loc. cit.	loco citato (am angegebenen Ort)
LQR	Law Quarterly Review
LR CP	Law Reports, Common Pleas
LR CPD	Law Reports, Common Pleas Division
LR QB	Law Reports, Queen's Bench
Ltd.	Limited (company)
m.E.	meines Erachtens
Mich. S.C.	Supreme Court of Michigan
MR	Master of the Rolls
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	numero
Nachw.	Nachweise
N.F.	Neue Folge
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
no.	number
n°	numéro
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnliche(r,s)
OJ	Official Journal of the European Union
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
op. cit.	opere citato (in dem angegebenen Werk)
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht
OVG	Oberstes Volksgericht der Volksrepublik China
p./pp.	page/pages
para.	paragraph
PECL	Principles of European Contract Law
PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
PEL S	Principles of European Law on Sales
PEL SC	Principles of European Law on Service Contracts
pr.	principium
QB	Law Reports, Queen's Bench
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
REsp	Recurso Especial
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung

Rz.	Randziffer
S.	Seite; Satz
s./ss.	section/sections
SA	Société Anonyme
S.C.N.H.	New Hampshire Supreme Court
SE	Societas Europaea
seq.	sequentes (folgende)
sez.	sezione (Abteilung/Kammer)
SGEEC	Study Group on a European Civil Code
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r,s)
Sp.	Spalte
s.p.a.	società per azioni (Aktiengesellschaft)
s.r.l.	società a responsabilità limitata (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasilien)
str.	streitig
TCLR	Technology and Construction Law Reports
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
tit.	titolo; titre (Titel)
Tulane LR	Tulane Law Review
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und andere
u.a.	und andere
UCC	Uniform Commercial Code
UN	United Nations
un.	uno
Urt.	Urteil
U.S.	United States (Reports)
u.U.	unter Umständen
v	versus
v.	von; vom; vor
v.a.	vor allem
VAT	Value Added Tax (Mehrwertsteuer)
verm.	vermehrte
vgl.	vergleiche
VOB/B	Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B
vol.	volume (Band)
Vorbem.	Vorbemerkung
Wils KB	Wilson's King's Bench and Common Pleas Reports
WLR	Weekly Law Reports
z.B.	zum Beispiel
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die italienische Erfahrung

FILIPPO RANIERI

I.	Einleitung	2
II.	Von der <i>locatio conductio</i> zu den modernen Dienstleistungsverträgen: Geschichte einer Ausdifferenzierung.....	2
1.	Die <i>locatio conductio</i> in der Überlieferung der römischen Rechtsquellen	2
a)	Die Einordnung in der modernen romanistischen Forschung	4
b)	Interpretation der römischen Quellen in der gemeinrechtlichen Tradition.....	5
c)	Die Sonderstellung der <i>operae liberales</i>	10
2.	Die <i>locatio conductio</i> in den historischen Zivilrechtskodifikationen	13
a)	Von Domat und Pothier zum französischen Code civil und zur Tradition des französischen Rechts.....	13
b)	Die Dreiteilung der <i>locatio conductio</i> im deutschen <i>usus modernus</i> und in der Pandektistik	14
3.	Die exemplarische Entwicklung im italienischen Recht	17
a)	Der Codice civile von 1865 und die Übernahme des französischen Rechts.....	17
b)	Die einzelnen Dienstleistungsverträge in der älteren italienischen Doktrin und Justizpraxis	18
c)	Der Codice civile von 1942	20
d)	Der <i>contratto d'opera intellettuale</i>	23
III.	Von der Regel <i>imperitia culpa adnumeratur</i> zu den modernen <i>obligations des moyens</i> und <i>obligations of skill and care</i> (Art. IV.C.-2:105 DCFR)	26
4.	Die ausdifferenzierten Haftungskriterien im Rahmen der <i>actio locati</i> und der <i>actio conducti</i>	26
a)	Das Haftungskriterium der <i>culpa-imperitia</i>	26
b)	Die gemeinrechtliche Interpretation der römischen Rechtsquellen.....	28
5.	Die Entwicklung der Kategorie der <i>obligations des moyens</i> im französischen Recht	30
6.	Die europäische Rezeption dieser Kategoriebildung	31
7.	Das italienische Recht und die Berufshaftung im <i>contratto d'opera intellettuale</i>	32
IV.	Zusammenfassung.....	40

I. Einleitung

Dieser Beitrag gilt dem historischen Strukturwandel, der im kontinentalen Zivilrecht von der römischen *locatio conductio* zu den einzelnen modernen Dienstleistungsverträgen geführt hat. Aus dieser Aufgabenbeschreibung ergibt sich der Gang der nachfolgenden Ausführungen. Ein erster Teil gilt zunächst den römischen Rechtsquellen und ihrer neuzeitlichen Interpretation bis zur Kodifikation des modernen Vertragsrechts seit dem 18. Jahrhundert. Die römischen Quellen gehen noch von der einheitlichen Vertragsfigur der *locatio conductio* aus, erfahren jedoch in der gemeinrechtlichen Wissenschaft einen Verständniswandel, der bereits im 16.–17. Jahrhundert zur Unterscheidung zwischen Mietvertrag (*locatio rei*), Werkvertrag (*locatio operis*) und Dienstvertrag (*locatio operarum*) führt. Wir werden sehen, dass diese ausdifferenzierte Kategoriebildung den Normen der modernen Kodifikationen zugrunde liegt, die historisch eine zunehmende Anzahl von spezifischen und unterschiedlichen Dienstleistungsverträgen kennen. Exemplarisch hierfür steht der italienische Codice civile von 1942, der zwischen dem *contratto di lavoro* und dem *contratto d'appalto* unterscheidet und darüber hinaus auch noch den *contratto d'opera* (Art. 2222 Codice civile) und den *contratto d'opera intellettuale* (Art. 2230–2238 Codice civile) kennt. Ein zweiter Teil des Beitrags wird dann auf die spezifischen und ausdifferenzierten Haftungskriterien bei Dienstleistungen eingehen. Hier soll im Einzelnen die Entwicklung im europäischen Zivilrecht analysiert werden, die von der römischen Regel *imperitia culpa adnumeratur* zu der modernen Kategoriebildung der *obligations des moyens*, der Sorgfaltspflichten und der *obligations of skill and care* (Art. IV.C-2:105 DCFR) geführt hat. Verdeutlicht wird dies anhand einer Analyse der italienischen Rechtsprechung zur Haftung der freien Berufe.

II. Von der *locatio conductio* zu den modernen Dienstleistungsverträgen: Geschichte einer Ausdifferenzierung

I. Die *locatio conductio* in der Überlieferung der römischen Rechtsquellen

Ausgangspunkt unserer Analyse ist die römische Vertragsfigur der *locatio conductio*.¹ Es handelt es sich um einen Vertragstyp, dem wir bereits zum

¹ Allgemein dazu F. M. De Robertis, I rapporti di lavoro nel diritto romano (Milano, 1946); J. Macqueron, Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine (Aix-en-Provence, 1958); R. Martini, „Mercennarius“: Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano (Milano, 1958); F. M. De Robertis, Lavoro e lavoratori nel

Anfang der klassischen Zeit der römischen Rechtsquellen begegnen. Im Rahmen desselben verpflichtete sich jemand (*locator*), etwas – u.U. sogar sich selbst oder die eigene Arbeitskraft (*operas suas*) –, einem anderen (*conductor*) während einer gewissen Zeit und gegen einen bestimmten Preis (*merces*) zur Verfügung zu stellen, so dass dieser daraus die vertraglich verabredete Nutzung oder Arbeit sowie deren Ergebnis (*opus*) ziehen konnte (*uti frui*).² Ebenso wie beim Kauf (*emptio venditio*) reichte auch bei einem solchen Vertrag eine formlose Einigung beider Parteien, so dass die diesbezüglichen Verpflichtungen als Konsensualobligationen bezeichnet wurden. So heißt es etwa in den Institutionen des Gaius (III, 135): „Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, ...“.³ Historisch scheinen in der Tat beide Vertragsfiguren zahlreiche Berührungspunkte gehabt zu haben.⁴ Beide Vertragstypen unterlagen insbesondere den *bonae fidei iudicia*, so dass die inhaltliche Konkretisierung der jeweiligen Pflichten der Parteien bei der *actio locati* und bei der *actio conducti* dem allgemeinen Grundsatz der vertraglichen *bona fides* überlassen blieb. In diesem prozessualen Rahmen lagen der *locatio conductio* vielfältige synallagmatische Verpflichtungen zugrunde, deren Inhalt recht verschieden sein konnte, je nachdem zu welchem wirtschaftlichen Zweck der *locator* eine Sache, oder sich selbst oder die eigene Arbeitskraft, zur Verfügung des *conductor* stellte. Dieser Vertragstyp deckte deshalb in der Praxis recht unterschiedliche wirtschaftliche Sachverhalte ab. So zeigt uns die vielfältige Kasuistik der römischen Digesten, dass sich im Rahmen einer *locatio conductio* ganz verschiedene praktische Zwecke verwirklichen ließen: die Vermietung eines Grundstücks, die zeitliche Überlassung von Sklaven oder Tieren, oder auch die Verschiffung

mondo romano (Bari, 1963); I. Molnár, Verantwortung und Gefahrtragung bei der *locatio conductio* zur Zeit des Prinzipats, in: H. Temporini/W. Haase (Hg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt: Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung, Bd. II/14 (Berlin/New York, 1982), 583–680; R. Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition (Cape Town, 1990), 338 ff.; G. Pugliese, *Locatio-conductio*, in: J. Paricio (Hg.), Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener (Madrid, 1994), 597 ff.; M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht (18. Aufl., 2005), § 42, 219 ff.; grundlegend zuletzt, mit umfassenden bibliographischen Angaben zur weiteren Literatur, R. Fiori, La definizione della „*locatio conductio*.“ *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica* (Napoli, 1999).

² Dazu zusammenfassend Pugliese (oben Fn. 1), 600.

³ Historisch zusammenfassend und mit weiteren Nachweisen siehe zuletzt Fiori (oben Fn. 1), 11 ff.; zur Fortwirkung des römischen Vertragssystems in der kontinentalen Rechtstradition vgl. allgemein und mit weiteren Nachweisen F. Ranieri, Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien (3. Aufl., Wien/New York, 2009), 19–48.

⁴ Dazu zuletzt und mit weiteren Nachweisen Fiori (oben Fn. 1), 65 ff. und 190 ff.

von Waren oder deren Transport zu Lande. Dazu gehörte auch etwa die Übernahme der Aufgabe, Kleider zu waschen, zu reparieren oder anzufertigen.⁵

a) *Die Einordnung in der modernen romanistischen Forschung*

Diese inhaltliche Vielfalt hat in der modernen romanistischen Forschung die Frage aufkommen lassen, ob die *locatio conductio* in den Augen der römischen Juristen eine einheitliche Vertragsform darstellte oder ob darin bereits unterschiedliche Vertragstypen gesehen wurden. Es handelt sich um eine Fragestellung der modernen Romanistik des 20. Jahrhunderts.⁶ Die deutsche Pandektistik hat sie noch ignoriert. Ihre Erörterung beginnt erst im Jahre 1921 mit der ersten Auflage des berühmten Lehrbuchs zum Römischen Recht des italienischen Romanisten Vincenzo Arangio Ruiz.⁷ Auf ihn geht auch die Ansicht zurück, dass in römischer Zeit die *locatio conductio* als einheitlicher Vertragstypus angesehen wurde. Trotz der vielfältigen Einwände, die seitdem gegen diese Rekonstruktion der römischen Rechtsquellen formuliert wurden, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass diese These bis heute die herrschende Ansicht in der modernen Romanistik darstellt.⁸ Die Dreiteilung in *locatio rei*, *locatio operis* und *locatio operarum* ist in der Tat in keinem römischen Text nachweisbar, weder aus der klassischen Zeit noch aus der justinianischen Überlieferung. Wir werden sehen, dass eine solche Dreiteilung erst bei den gemeinrechtlichen Autoren des 16. und 17. Jahrhunderts erscheint und sich durchsetzt. Im späteren europäischen *ius commune* wurde sie allerdings so unumstritten und evident, dass sie am Ende, etwa in der deutschen Pandektistik, unhistorisch auf die römischen Rechtsquellen rückprojiziert wurde. Exemplarisch hierfür ist die in den damaligen Pandektenlehrbüchern, beispielsweise bei Heinrich Dernburg, missverständliche Heranziehung von D. 50, 16, 5, 1, um den vermeintlichen Unterschied zwischen der *locatio operis* und der *locatio operarum* zu untermauern.⁹ Heute ist aller-

⁵ Zusammenfassend *Pugliese* (oben Fn. 1), 601.

⁶ Historisch zusammenfassend und mit weiteren Nachweisen zum umfangreichen Schrifttum siehe zuletzt *Fiori* (oben Fn. 1), 1–10.

⁷ Vgl. *V. Arangio Ruiz*, *Istituzioni di diritto romano* (1. Aufl., Napoli, 1921), 235 ff.; zuletzt 14. Aufl. (Napoli, 1960), 345 ff.; zur Rezeption seiner These vgl. *Fiori* (oben Fn. 1), 2 ff.

⁸ Siehe etwa *Zimmermann* (oben Fn. 1), 340 ff.; *Fiori* (oben Fn. 1), 285 ff.; *Kaser/Knützel* (oben Fn. 1), 219 (Rz. 3).

⁹ Siehe D. 50, 16, 5, 1 (*Paulus libro secundo ad edictum*): „Opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum“; dazu *Fiori* (oben Fn. 1), 155–166, insb. 156–157 zu der missverständlichen Interpretation der Stelle bei *H. Dernburg*, *System des römischen Rechts: Pandekten*, Bd. II (4. Aufl., Berlin, 1894), 308 (§ 113), Fn. 2, der

dings weitgehend unumstritten, dass die römischen Juristen seit der klassischen Zeit sich zwar über den Unterschied zwischen *opus* und *operae* völlig im Klaren waren, jedoch nicht die Konsequenz daraus zogen, darin zwei ganz verschiedene Verträge zu sehen.¹⁰

b) Interpretation der römischen Quellen in der gemeinrechtlichen Tradition

Bekanntlich erfahren die römischen Rechtsquellen in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft eine neue Interpretation und einen Verständniswandel. Dies gilt auch hinsichtlich der Digestenfragmente zur *locatio conductio*.¹¹ Der Rechtsgedanke einer Dreiteilung dieser Vertragsfigur erscheint in der damaligen Kommentarliteratur allerdings nicht sofort. Die ersten Vertreter der mittelalterlichen Rechtswissenschaft orientieren sich in ihren Definitionen noch an den römischen Texten. So definiert Azo in seiner *Summa* die *locatio conductio* als „personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda, et conventa“.¹² Neue Akzente werden freilich bereits in dieser frühen Epoche sichtbar. In der *Lectura* von Odofredus wird das *facere*, also die Durchführung einer bestimmten Tätigkeit, als Qualifikationsmerkmal der *locatio conductio* genannt, in Abgrenzung zum *tradere*, also zur Verschaffung einer Sache bei der *emptio venditio*. „Contractus locationis“, schreibt Odofredus¹³, „similis est emptioni. Differunt

darin die Erklärung des Gegensatzes zwischen *opus* und *operae* sehen wollte. Die Dreiteilung ergibt sich auch nicht aus D. 7, 8, 12, 6; die Stelle liefert vielmehr eine reine Exemplifikation der wirtschaftlichen Verwendungsmöglichkeiten eines Sklaven; dazu *Fiori* (oben Fn. 1), 166–177.

¹⁰ Dazu zusammenfassend *Pugliese* (oben Fn. 1), 602, der allerdings hinzufügt, „deve riconoscersi che la tripartizione ... in quanto non travisa, ma semplicemente schematizza la realtà giuridica classica può riuscire utile a fini descrittivi e espositivi ... ma rimane ugualmente vero che essa non rispecchia esattamente nè il pensiero dei giuristi classici, nè il diritto al loro tempo effettivamente applicato“; ebenso zuletzt *Fiori* (oben Fn. 1), 285–303.

¹¹ Dazu allgemein und mit ausführlichen Nachweisen, *F. Olivier-Martin*, Des divisions du louage en droit romain, *Revue historique de droit français et étranger* 15 (1936), 419–475; *J. La Mendola*, Aspetti del lavoro subordinato nel basso medioevo: La locatio operarum nella dottrina giuridica dei secoli XII–XIV, *Jus: Rivista di scienze giuridiche* 53 (2006), 77–125; *H. Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1. *Älteres Gemeines Recht* (1500–1800) (1985), 456–460; *Zimmermann* (oben Fn. 1), 338 ff.

¹² Dazu *Fiori* (oben Fn. 1), 305 mit weiteren Nachweisen; das Zitat liest man bei [*Azo Portius* († um 1220)], *Summa Asonis, locuples iuris civilis thesaurus, hactenus depravatissima, nunc autem iugi sedulitate et exquisito studio D. Henrici Draesii ... recens restituta* (Nicolaum Beuilacquam, Venetiis, 1572), ad C. 4, 65, Nr. 1 [f. 453].

¹³ Siehe *Odofredus de Denariis* († 1265), *Lectura super Digesto Veteri*, zu D. 19, 2, 1 (*Locati conducti*), ad legem „locatio“ (ed. Lugduni, 1552) [Nachdruck, *Opera iuridica rariora*, Bd. II, 2 (Bologna, 1968)] f. 114r; dazu *La Mendola* (oben Fn. 11), 81–82.

tamen quia in emptione et venditione principaliter venit traditio, in locatione et conductione principaliter venit factum.“ Ähnlich argumentiert ein Jahrhundert später Bartolus de Saxoferrato. „Promittis mihi facere et ego promitto tibi dare“, schreibt er in seinen *Commentaria* zum *Digestum Vetus*, „tunc esset idem quod in contractu locationis et conductionis ... aut principaliter venit factum, secundario illa traditio, et tunc erit locatio.“¹⁴

Zu dieser Zeit werden die Termini *locator* und *conductor* offenbar bereits in einem neuen, den römischen Quellen unbekanntem Sinne verwendet. Bartolus definiert nämlich den *conductor* als denjenigen, der den Preis zahlt und den *locator* als denjenigen, der seine eigene Arbeitskraft zur Verfügung stellt oder eine Sache zur Nutzung überlässt. „Et in tota ista materia“, schreibt Bartolus, „appello conductorem illum qui dat pretium, locatorem illum qui dat operas vel praestat patientiam fruenti.“¹⁵ Aus dieser Perspektive spricht Bartolus auch bei einem Arbeitnehmer von einem *locator*: „Conductor vero appellatur ille qui debet operas, proprie ergo diceretur locator operarum suarum.“¹⁶ Einen ähnlichen Wortgebrauch finden wir bei dem berühmtesten Schüler von Bartolus, Baldus de Ubaldis. „In contractu locationis et conductionis“, schreibt dieser, „unus debet operas, vel rem et operas, et alius debet pecuniam.“¹⁷ Die mittelalterlichen und spätmittelalterlichen Autoren bleiben allerdings den römischen Quellen insoweit treu als sie, wohl bis in das 16. Jahrhundert hinein, die *locatio operis* der *locatio operarum* gleichstellen.¹⁸ Bereits die *Glossa ordinaria* erklärt z.B. in der *Glossa* „personis“ zu D. 19, 2, 15, 6, dass „locat quis

¹⁴ Siehe *Bartolus a Saxoferrato* (1313/14–1357), In secundam Digesti veteris partem *Commentaria* ..., zu D. 19, 2, 15, 6 [ed. ... Nunc recens summa diligentia et fide emendatus, et suo candori restitutus. Cui, praeter solitas adnotationes insignium doctorum ... novissime accesserunt Additiones Iacobi Menochii (Giunta, Venetiis, 1585), f. 125r]; dazu *La Mendola* (oben Fn. 11), 81–82; zu Autor und Werk vgl. die Nachweise bei *Ranieri* (oben Fn. 3), 1415, Fn. 12.

¹⁵ Vgl. *Bartolus a Saxoferrato* (oben Fn. 14), f. 124v.; dazu *La Mendola* (oben Fn. 11), 83; *Fiori* (oben Fn. 1), 12, Fn. 3. Diese Sprachregelung bleibt in der italienischen gemeinrechtlichen Doktrin bis zu ihrem Ende erhalten, vgl. etwa *A. Zuanelli* († 1772), *Concordanza del diritto comune col veneto*, esposta in IV Libri secondo l'ordine delle Istituzioni di Giustiniano ... (Battifoco, Venezia, 1772), Libro III, Tit. XXV (De locatione et conductione), S. 182: „nella locazione e conduzione delle opere il locatore è quello che fa l'opera e riceve la mercede; il conduttore quello che lo conduce e lo paga“.

¹⁶ Vgl. *Bartolus a Saxoferrato* (oben Fn. 14), f. 127v.; dazu *La Mendola* (oben Fn. 11), 83.

¹⁷ Siehe *Baldus de Ubaldis* (1327–1400), *Commentaria* ..., zu D. 19, 2, 15, 6 [ed. In primam digesti veteris partem *commentaria*. Doctiss. hominum aliis omnibus hactenus impressis adnotationibus illustrata ... (Iuntas, Venetiis, 1599), f. 148r.]; dazu *La Mendola* (oben Fn. 11), 83; *Fiori* (oben Fn. 1), 306; zu Autor und Werk vgl. die Nachweise bei *Ranieri* (oben Fn. 3), 1048, Fn. 6.

¹⁸ Dazu *Fiori* (oben Fn. 1), 306–307 mit weiteren Nachweisen.

quandoque res, quandoque operas, quandoque rem et operam.“¹⁹ Seit den Kommentaren aus der Rechtsschule der Konsiliatoren werden also durchaus bereits drei Aspekte bei der *locatio conductio* gesehen. Zugleich wird aber die *locatio operarum* noch als eine Unterart der *locatio operis* eingeordnet. Man spricht deshalb üblicherweise von *locare operas* auch im Zusammenhang mit einer *locatio operis faciendi*. Diese Betrachtungsweise findet man seit Baldus gesamteuropäisch in der damaligen gemeinrechtlichen Consilien- und Traktatenliteratur.²⁰ Hier seien exemplarisch der Digestenkommentar von Hugo Donellus²¹ und die Institutionen von Hugo Grotius²² genannt. Dieselbe Ansicht besteht nachweislich vor allem bei den italienischen und, wie wir später sehen werden, auch französischen²³ gemeinrechtlichen Autoren bis in das 17. und 18. Jahrhundert hinein fort.²⁴

¹⁹ Zur mittelalterlichen *Magna Glossa* oder *Glossa Accursiana* (ca. 1234/1235) vgl. die Nachweise bei *Ranieri* (oben Fn. 3), 24–25. Die Digestenstelle D. 19, 2, 15, 6 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*): „Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est“, stellt offenbar seit den Anfängen der mittelalterlichen Kommentierungen die *sedes materiae* unseres Themas dar; zur Stelle *Fiori* (oben Fn. 1), 146, Fn. 64.

²⁰ Siehe die Nachweise bei *Fiori* (oben Fn. 1), 307, Fn. 7; vgl. insb. Digestum vetus. Digestorum seu Pandectarum ... tomus primus ... Adiecimus pluribus locis annotationes ex doctissimorum virorum commentariis, ... (Hugo a Porta, Lugduni, 1558), 1253, wo neben der *Glossa* „personis“ zu D. 19, 2, 15, 6, die Erklärung hinzugefügt wird, *locationis genus triplex*; ebenso *Jacobus Butrigarius* (1274–1348), In primam et secundam Veteris Digesti partem ..., ad. D. 19, 2, 15, 6 (ed. Romae, 1606) [Nachdruck (Bologna, 1978), II], f. 263 „in locatione dic, quod aut locatur res tantum, aut opera tantum, aut utrumque“.

²¹ Vgl. *H. Donellus* (1527–1591), *Commentariorum de iure civili Liber XIII*, in: *Opera omnia cum notis* O. Hilliger, Bd. III (Florentiae, 1841), Kap. 6, § 6, S. 844: „Res locationis propria est rei corporalis usus, aut praestatio operae, quae et ipsa quasi quidem usus est operae“; siehe auch ebd., § 5, 843 „Interest, utrum is, qui facit quid nostro nomine certa mercede constituta, praestet nobis in eo solum operam suam sine suo sumptu, quem in opus faciendum adhibeat, an vero id factum quod exercet, exerceat sua impensa. Si quis solam operam nobis praestat in re aliqua, dum scilicet opus exercemus nostro sumptu; is qui operam dat, dicitur locarem operam suam; nos qui pecuniam damus pro opera, dicimur operam conducere“; zu Autor und Werk vgl. die Nachweise bei *Ranieri* (oben Fn. 3), 29, Fn. 23.

²² Vgl. *Hugo Grotius* (1583–1645), *Institutiones iuris hollandici, e belgico in latinum sermonem translatae* a J. van der Linden, [H.F.W.D. Fischer (Hg.) (Haarlem, 1962)], Lib. III, tit. XIX, § 1, S. 128: „Locatio conductio est conventio, qua quis se obligat ad operas suas, vel operas alterius hominis vel animalis, alteri praestandas, vel usum alicuius rei alteri praestandum, alter vero ad mercedem solvendam“; zu Autor und Werk vgl. die Nachweise bei *Ranieri* (oben Fn. 3), 1416, Fn. 16.

²³ Zur Sicht des Problems in den Werken von J. Domat und R. Pothier siehe unten II. 2. a).

Die kontinentale gemeinrechtliche Doktrin war allerdings in dieser Hinsicht keineswegs einheitlich. Bereits im soeben zitierten Digestenkommentar von Hugo Donellus scheint die Uneinheitlichkeit unserer Vertragsfigur gesehen worden zu sein. „*Contrahitur locatio non uno modo*“, schreibt nämlich der französische Humanist²⁵, „*quod pro conditione rei subiectae accidit. Alia enim rerum locatio est, alia factorum.*“ Und er erläutert: „*Est enim hoc discrimen duplex.*“²⁶ Und weiter: „*Nam res privatis usibus subjectae, omnes locationem recipiunt: et in harum ipsarum locatione semper una et certa persona locatoris, una et certa conductoris. In factis utrumque contra. Nam neque omnia facta locari possunt; et quae possunt, variatur in his pro qualitate facti, locatoris et conductoris appellatio*“²⁷ Die Schlussfolgerung von Donellus lautet: „*Quae cum appareat una definitione non contineri, de his separatim dicendum est.*“²⁸ Ein weiterer Schritt im Verständniswandel der römischen Quellen und insoweit auch bei der Ausdifferenzierung der Rechtsfigur der *locatio conductio* ist ein Jahrhundert später vor allem in der niederländischen und in der deutschen Doktrin zum *usus modernus pandectarum* nachweisbar. Die dreifache Ausgestaltung der *locatio conductio* wird nämlich erstmals deutlich formuliert im *Commentarius ad Pandectas* des berühmten niederländischen Rechtsgelehrten Johannes Voet, Rechtslehrer an der Universität Leiden Ende des 17. Jahrhunderts.²⁹ „*Praeter usum et operas, praecipua locationis objecta*“, schreibt Voet³⁰, „*etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit sed redimit faciendum*

²⁴ Siehe etwa vom 16. bis zum 18. Jh. *Vincenzo Carocci* (16./17. Jh.), *Tractatus locati et conducti: in quo de pensionibus, fructibus, caducitatibus, remissionibus, salariis et similibus, nova, quotidiana et practicabilis materia pertractatur* (Hieronymum Bartolum, Papiae, 1586), cap. III. *Substantia locationis*, 2–4; zu diesem Werk vgl. *Olivier-Martin* (oben Fn. 11), 464–465; *Francesco Mantica* (1534–1614), *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros viginti septem dispartitae ...* (Lorenzini, Roma, 1613), V, 1, 12, Bd. I, S. 318; *Giovanni Battista De Luca* (1614–1683), *Il dottor volgare, ovvero Il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, e municipale, nelle cose più riceute in pratica ...*, [1. Aufl., Corvo, Roma, 1673], (Batelli, Firenze, 1839), Lib. IV, Kap. 10, 625 „*Della locazione e della conduzione delle opere personali degli uomini*“; siehe noch aus dem Ende des 18. Jhs. *Zuanelli* (oben Fn. 15), 182: „[la locazione] si definisce essere una convenzione di godere, e di fare alcuna cosa colla corrispondenza d’una certa e determinata mercede“.

²⁵ Siehe *Donellus* (oben Fn. 21), *loc. cit.*, § 2, S. 834.

²⁶ *Loc. cit.*

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ Siehe *J. Voet* (1647–1714), *Commentarius Ad Pandectas, in Quo Praeter Romani Juris Principia Ac Controversias Illustriores Jus Etiam Hodiernum Et Praecipuae Fori Quaestiones Excutiuntur* [1. Aufl., Leiden, 1698–1704], (De Tournes, Genf, 1778).

³⁰ Siehe *Voet* (oben Fn. 29), zu D. 19, 2. *De locati conducti*, § 33 (ed. Genf, 1778, Bd. I, S. 678); siehe dazu *Olivier-Martin* (oben Fn. 11), 467; *Fiori* (oben Fn. 1), 310.

....“ Der niederländische Autor sieht zwar auch bei der *locatio operis faciendi* noch die menschliche Arbeitskraft (*opera*). Er unterscheidet allerdings deutlich diese beiden möglichen Leistungsobjekte. So heißt es an der zitierten Stelle: „Ac in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor praestet. Quamvis et illum verum sit, conductorem operis simul dici posse locatorem operae, in quantum artifex, qui insulam aedificandam aut quid simile faciendum conduxit, operam suam elocat, id est faciendi necessitatem.“³¹ „On retrouve ici tous les éléments de la doctrine moderne“, kommentiert dazu der französische Rechtshistoriker Felix Olivier-Martin, der bereits vor vielen Jahrzehnten als erster auf diese konstruktive Leistung des niederländischen Rechtsgelehrten aufmerksam gemacht hat.³²

Johannes Voet steht hier allerdings nicht allein. Denselben Rechtsgedanken beobachtet man Ende des 17. Jahrhunderts auch bei vielen Vertretern des deutschen *usus modernus*. Erwähnt sei etwa der Jenaer Rechtslehrer Andreas Wege und dessen Traktat *De locatione et conductione* aus dem Jahre 1696. „Locatio conductio autem est“, schreibt er³³, „vel rei vel facti sive operae. Non tantum res sed etiam operae officiales et artificiales, quae honestae et locari solitae sunt, recte objectum locationis conductionis constituunt.“ Am Ende der gemeinrechtlichen Zeit hat die juristische Einordnung der römischen Rechtsfigur der *locatio conductio* sich insoweit tiefgreifend verändert. Anstelle einer einheitlichen Vertragsform sehen die kontinentalen Juristen nunmehr unterschiedliche Verträge. Ein derartiger Wandel im Verständnis der römischen Digestenfragmente ist, wie kürzlich in einer romanistischen Studie zutreffend herausgestellt wurde,³⁴ als Folge der endgültigen Durchsetzung der allgemeinen Rechtskategorie des Schuldvertrages als Willenseinigung zu sehen. In der ursprünglichen Perspektive der römischen Juristen stand nicht der Vertrag als eine allgemeine Rechtsfigur im Vordergrund sondern vielmehr die prozessuale Perspektive der jeweiligen *obligatio*, die *aut re ... aut verbis aut litteris aut consensu* ent-

³¹ *Loc. cit.*

³² So Olivier-Martin (oben Fn. 11), 468.

³³ Siehe A. Wege (17./18. Jh.), *De locatione et conductione*: Tractatus non solum in theoria sed et praxi perutilis, in quo materia haecce secundum seriem causarum dilucide traditur, plurima cautela et pro locatore et conductore annotantur, ... (Boetius, Lipsiae, 1696), II. 2, S. 13 und vor allem IV. 48, S. 115; siehe dazu Fiori (oben Fn. 1), 330–331 mit weiteren Hinweisen zur deutschen gemeinrechtlichen Literatur dieser Zeit.

³⁴ Grundlegend R. Fiori, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in: R. Cardilli u.a. (Hg.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: Obbligazioni e diritti reali* (Napoli, 2003), 169 ff., insb. 194–228; Fiori (oben Fn. 1), 355–359.

stehen konnte.³⁵ Gerade deshalb haben die römischen Juristen nie die Notwendigkeit gesehen, bei der *locatio conductio* formal verschiedene und spezifische Vertragsformen zu unterscheiden (etwa: *locare servum* und *locare operas servi*).³⁶ Erst der moderne Rechtsgedanke, dass der beiderseitige Konsens an sich ausreicht, um die Vertragspartien zu verpflichten,³⁷ führt dazu, bei einer Veränderung des Leistungsgegenstands auch einen neuen Vertragstypus zu sehen.³⁸ Die *locatio conductio operis* wird erst in dieser, den römischen Rechtsquellen eigentlich fremden Perspektive, nunmehr ein ganz anderer Vertrag als die *locatio conductio operarum*.

c) Die Sonderstellung der operae liberales

Die gemeinrechtliche Rechtswissenschaft bleibt den römischen Quellen auch darin treu, dass sie an der Sonderstellung der *operae liberales* außerhalb der *locatio operarum* festhält. Im römischen Recht galten Dienste höherer Art, etwa die Tätigkeit eines Gerichtsbeistands, wenn sie von Angehörigen der obersten Schichten erbracht wurden, nicht als denkbarer Gegenstand einer *locatio operarum*.³⁹ Sich gegen Entgelt zu verdingen galt nämlich in der römischen Gesellschaftsverfassung als ein Verstoß gegen die guten Sitten (*boni mores*). Die *locatio operarum* blieb deshalb auf die handwerklichen, gewerblichen, insbesondere körperlichen Tätigkeiten von Sklaven und Freigelassenen beschränkt. Wer als Angehöriger der höheren Stände für einen anderen, etwa als Gerichtsbeistand, tätig wurde, pflegte gegebenenfalls im Rahmen eines Auftrags (*mandatum*) unentgeltlich zu handeln. Dieser war zwar unentgeltlich, begründete jedoch nach dem Herkommen für den Empfänger einer solchen Gefälligkeit die *moralis obligatio*, dem Helfer eine Ehrengabe (*honorarium, salarium*) zu gewähren. Es handelte sich allerdings nicht um eine rechtliche Verpflichtung, die mit einer *actio locati* prozessual durchsetzbar gewesen wäre. Erst in der postklassischen und justinianischen Zeit gewähren die römischen Rechtsquellen im Rahmen der *extraordinaria cognitio* hierfür einen prozessualen Rechtsschutz.⁴⁰

³⁵ Siehe *Fiori* (oben Fn. 1), 358 f.

³⁶ Siehe *Fiori* (oben Fn. 1), 359.

³⁷ Allgemein vgl. die Nachweise bei *Ranieri* (oben Fn. 3), 28–35.

³⁸ Siehe *Fiori* (oben Fn. 1), 359.

³⁹ Siehe dazu die Nachweise bei *P. Amann*, Abgrenzung und Anwendungsbereich von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, (Diss. jur. Bielefeld, 1987), insb. 120–128; *Zimmermann* (oben Fn. 1), 388–389; *Kaser/Knütel* (oben Fn. 1), 223 (Rz. 20); *Fiori* (oben Fn. 1), 263–275, insbesondere zur Abgrenzung in den römischen Quellen zwischen einem unentgeltlichen *mandatum* und einer *locatio operarum*.

⁴⁰ Dazu im Einzelnen *Fiori* (oben Fn. 1), 266–267.

Die mittelalterlichen und neuzeitlichen Vertreter des europäischen *ius commune* hielten an diesen Regeln fest. Höhere, vor allem intellektuelle Tätigkeiten, wie die eines Anwalts, Arztes, Lehrers, wurden als Mandat aufgefasst. Die Einzelheiten blieben allerdings streitig, und die Eindeutigkeit der römischen Unterscheidung ging teilweise verloren. Odofredus ordnet zum Beispiel auch die Tätigkeit eines *advocatus* als *locatio operarum* ein. Unter Verweis auf D. 19, 2, 38 gewährt Odofredus ihm einen Anspruch auf die vereinbarte Besoldung, selbst wenn er die *opera* aus Gründen, die er nicht zu vertreten hatte, nicht zu Ende führte.⁴¹ Ebenso als *locatio operarum* qualifiziert Cujacius die Tätigkeit eines Rechtslehrers beim Erteilen des Rechtsunterrichts.⁴² Es handelt sich hier allerdings um Mindermeinungen. Nach der herrschenden Ansicht wurde die Dienstleistung eines Rechtsbeistands als anwaltlicher Vertreter oder die Tätigkeit eines Rechtskonsulenten bei der Erteilung eines Rechtsgutachtens nicht als *locatio operarum*, sondern als Mandat angesehen.⁴³ So bezieht sich Johannes Voet an der zitierten Stelle seines *Commentarius* nur auf die *operae, tam liberorum hominum quam servorum, mercenariae, non aliae*. „Non liberales advocatorum similiumque“, präzisiert er, „quibus salaria, non mercedes, praestari solunt.“⁴⁴ Nach Ansicht des niederländischen

⁴¹ Siehe *Odofredus de Denariis* (oben Fn. 13), zu D. 19, 2, 38 (*Locati conducti*), ad legem „qui operas“ [f. 119v]: „secundo dicitur, si aliquis convenit esse tuum advocatum, et non stet per eum, quominus advocet, totius salarii assequitur mercedem“; dazu *La Mendola* (oben Fn. 11), 111; zu dieser Digestenstelle vgl. die Nachweise bei *Zimmermann* (oben Fn. 1), 385–386.

⁴² Siehe dazu *Jacques Cujas [Cujacius] (1522–1590), Observationes et emendationes* [ed. Opera omnia in decem tomos distributa ... (Neapoli, 1758), Bd. II], Liber II, Kap. 28, De locatoris et conductoris nominum differentia, wo es heißt: „Et juris professor, si ad docendum suas operas exhibeat, ac de mercede paciscatur, locator est, discipuli sunt conductores. Quod si juris professor complures in ejus disciplinam se dantes edocendos suscipias, conductor est, discipuli sunt locatores“; siehe dazu *Olivier-Martin* (oben Fn. 11), 456–457.

⁴³ Siehe als exemplarisch für die herrschende Meinung in der gemeinrechtlichen Literatur *Carocci* (oben Fn. 24), Kap. VII. Praescriptis verbis: „... inter medicum et infirmum, advocatum et clientulum, non esse proprie locationem sed agi praescriptis verbis, et certe honorarium dicitur ...“; *De Luca* (oben Fn. 24), Lib. IV, Kap. 10, S. 625: „altre sono quelle opere, le quali consistono nella mera fatica, e nell’opera personale meccanica ... altre sono quelle opere, nelle quali la maggior parte dell’operazione consiste nell’ingegno, ovvero nella virtù, come sono i professori delle scienze, cioè i giudici, i lettori, gli avvocati e i procuratori, i medici, e simili ...“. Allgemein dazu siehe *Coing* (oben Fn. 11), 458–459; *Zimmermann* (oben Fn. 1), 419–420; zu den rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergründen der Dienstleistungen der damaligen Rechtskonsulenten vgl. zuletzt *U. Falk, Consilia: Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit* (2006), insb. 35–41 zur Legitimation des Honoraranspruchs.

⁴⁴ Siehe *Voet* (oben Fn. 29), Bd. I, S. 668; siehe dazu *Olivier-Martin* (oben Fn. 11), 467.