

**Die prätorischen Edikte**  
*de negotiis gestis und de damno infecto.*  
**Eine Vergleichung der**  
**Entstehungsumstände<sup>1</sup>**

Michaela ŽIDLICKA

*(Université de Brno)*

*1. Die Stellung der prätorischen „Gesetzgebung“*

In seiner Aufzählung der Recht hervorbringenden Subjekte erwähnt Gaius (Inst.1.2-6) das Volk, die Plebejer, mit gewissem Bedenken den Senat und zweifellos den Kaiser. Er erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Responsen der Juristen, denen das Recht gegeben worden ist, Rechtsregeln zu schaffen. Das Bild, das Gaius hier über die Rechtsquellen des römischen Volkes darbietet, ähnelt einem Flußstrom. Es ist ein Strom, der sich in einem breiteren Kulturrahmen entwickelt, jedoch immer im eigenen Flußbett bleibt. Die Worte des Gaius geben mir immer das Gefühl, daß er die Kontinuität der Entwicklung besonders geschätzt habe. Sie sind ein Nachweis für den römischen Traditionalismus und für die römische rechtsphilosophische Auffassung über die Gesetzgebung. Das Recht der Römer besteht auch in der kaiserlichen Epoche aus dem, was das Volk festlegt, was die Plebejer festlegen und was diejenigen, die das *ius edicendi* und das *ius respondendi* haben, festlegen. Gaius informiert uns darüber, daß in der „gesetzgebenden“ Tätigkeiten zwischen der Bildung von Gesetzen, *leges*, und der Bildung von Rechtsregeln (*ius*) unterschieden wurde. Dabei erwähnt der Jurist jedoch die Rechtskraft der einzelnen Rechtsquellen nicht. Erst aus dem

---

<sup>1</sup> Ausgearbeiteter Text eines Vortrags, den ich im September 2002 während der 56. Sitzung der SIHDA in Cagliari-Chia Laguna gehalten habe.

Papiniantext D.1.1.7.1 erfahren wir über die unterstützende, die ergänzende und die korrigierende Rolle des prätorischen Rechts in Bezug auf das *ius civile*.

Das Gesetz (*lex*), in hoher Achtung der Form und auf einer allgemeinen Ebene, sorgt für die Regelung eines noch nicht oder noch nicht einheitlich geregelten Rechtsbereiches. Die Rechtsregeln (*ius*), schaffen dann die Prätores in ihrem Edikt und die Juristen in ihren Gutachten (*responsa prudentium*). Der Prätor war durch sein *imperium* zur Rechtsschaffung berechtigt, während die Juristen durch die Einwilligung des Kaisers das Recht hatten, *responsa* zu geben.

Die Duplizität der Quellen des Privatrechts kommt in der Zeit der Republik vor allem durch die aktive Tätigkeit der Prätores zu Stande. Für die Charakterisierung der prätorischen „Gesetzgebung“ verwendet meine slowakische Kollegin Frau Professor Krsková<sup>2</sup> eine schöne Parallele: „die prätorische Gesetzgebung war eine halbgeöffnete Tür, durch die der Einfluß des natürlichen Rechts in das römische Privatrecht hineinschleichen konnte“.

Im Folgenden versuche ich einige interessante Tatsachen zu analysieren, die mit der Art und Weise der prätorischen „gesetzgebenden“ Tätigkeiten zusammenhängen. Die nachfolgenden Überlegungen sind der Vergleichung zweier Edikte gewidmet, die beide die Frage des Ausgleichs der aus verschiedenen Tatbeständen entstandenen gegenseitigen Ansprüche geregelt haben. Im ersten Fall handelt es sich um das Edikt *De negotiis gestis*, im zweiten um das Edikt *De damno infecto*. Das Thema der Untersuchung soll nicht der konkrete rechtsdogmatische Charakter beider Institute sein, sondern es sollen die Entstehungsumstände beider Edikte aus der Sicht der Entstehungsweise prätorischer Rechtsregeln erforscht werden.

## 2. Die Entstehungsumstände des Edikts *De negotiis gestis*

Die Entstehung beider Edikte hängt gewissermaßen mit der *Lex Aquilia* aus dem dritten vorchristlichen Jahrhundert zusammen. Oder besser gesagt, sie hängt mit dem zusammen, was die *Lex Aquilia* als Grund für einen Schadenersatz nicht geregelt hatte. Die allgemeinen Rechtsnormen der *Lex Aquilia* konnten nicht alle Tatbestände erfassen, die Rechtsschutz erfordert hätten. Das Rechtsbewußtsein jener Zeit stand nicht auf einer so hohen Stufe

---

<sup>2</sup> A. KRŠKOVÁ, *Náčrt dejín európskeho politického a právneho myslenia*, Bratislava 1992, S.59.

der Verallgemeinerung. Die *Lex Aquilia* brachte zweifellos eine bedeutende Verallgemeinerung in die bisher sehr kasuistisch limitierte Klagbarkeit auf Ersatz eines entstandenen Schadens. Sie forderte jedoch, daß dieser Schaden *corpore corpori* zugefügt wurde und zwar durch *urere, rumpere, frangere*<sup>3</sup>. Ein solcher Tatbestand entsprach jedoch einem aktiven und eher dolosem Verhalten.

Wie sollten die Tatbestände behandelt werden, wenn jemand einem anderen einen nicht körperlichen Schaden zufügte oder wenn der Schaden nur drohte? Die *Lex Aquilia* definierte im zweiten Kapitel *expressis verbis* den vielleicht öftesten Tatbestand eines nicht körperlichen Schadens, der des Rechtsschutzes bedürfte, nämlich den Fall des Erlaßes einer Stipulationsschuld durch eine vom *adstipulator* vorgenommene *acceptilatio*. Gerade diese Tatsache beweist überzeugend, daß das römische Privatrecht bis zum Jahre 286 vor Chr. kein klagbares Verhältnis zwischen dem Schuldner aus der Stipulation und dem *adstipulator* kannte. Deshalb wurde dieser sehr konkrete Fall in das Gesetz, das sonst im Falle des *damnum iniuria datum* den Weg zur Verallgemeinerung anstrebt, einbezogen. Zu dieser Zeit gab es noch kein Edikt *De negotiis gestis*. Hätte es nämlich existiert, so wäre das zweite Kapitel der *Lex Aquilia* nicht nötig gewesen.

Der Hauptgrund für den Erlaß des Edikts war nach Wlassak<sup>4</sup> vor allem das Bedürfnis der Einforderung von Ansprüchen aus der Vertretung im Prozeß oder aus der Geschäftsführung für einen Abwesenden. In seiner Verallgemeinerung hätte es jedoch auch die Klagbarkeit in Bezug auf das Verhalten des Adstipulators einbeziehen können.

Die ursprüngliche Fassung des Edikts steht uns nicht zur Verfügung; deshalb können wir über seinen Umfang bloß diskutieren. Nach Wlassak<sup>5</sup> waren in der ursprünglichen Fassung des Edikts alle Fälle von Vertretung einer fremden freien Person einbezogen und zwar sowohl mit Auftrag als auch auf Grund einer realen Gestion, also einer faktischen Handlung ohne Vertragsbasis. Für diese Auslegung spricht auch die Bezeichnung des Edikts: *negotia gerere* bedeutet „Geschäfte führen“<sup>6</sup>. Das Definieren des eigenständigen Tatbestandes der Geschäftsführung ohne Auftrag

<sup>3</sup> Siehe M. KASER, *Das Römische Privatrecht I*<sup>2</sup>, München 1971, S.620.

<sup>4</sup> M. WLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, Jena 1897, S.40.

<sup>5</sup> WLASSAK, *op.cit.*, S.62.

<sup>6</sup> Vgl. dazu M. ŽIDLICKÁ, *Negotiorum Gestio*, Brno 1998, S.33.

entspricht erst dem viel späteren Rechtsdenken. Die Einräumung der Rechtsrelevanz des Konsenses bei dem Vertragsabschluß gehört erst in der Periode der Klassik<sup>7</sup>. Auf keinem Fall darf man eine solche Unterscheidung bei den Prätores in der Zeit der Republik erwarten.

Den historischen Hintergrund der Entstehung des Edikts bildete das Bedürfnis, die Frage der mittelbaren Rechtsvertretung zu lösen. Das Edikt in der Fassung, die in den Digesten vorliegt<sup>8</sup>, bezieht sich auf jede Person, die *negotia aliena gesserit*. Der Eindruck, daß das Edikt über „Geschäftsführung“ von Anfang an für den Tatbestand „Geschäftsführung ohne Auftrag“ geschaffen wurde, entsteht durch dessen Einordnung in den Digesten, wo der Titel *De negotiis gestis* zwischen den Titeln: *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur* (3,4) und *De calumniatoribus* (3,6) steht. Durch die Reihenfolge und die Selektion der Themen kann die Bedeutung jedes beliebigen Textes verschoben werden. Die Juristen Justinians um mehr als 600 Jahre später kannten bereits die Problematik und die Bedeutung der vertraglichen Basis. Durch die Reihenfolge der Texte betonten sie, daß das Institut *negotiorum gestio* „Geschäftsführung ohne Auftrag“ war. Ausgehend von den Texten der Klassiker sollten sie das Zivilrecht ihrer Zeit kodifizieren. Sie hatten im Interesse der Zukunft zu handeln und keine historische Studien abzufassen. Sie wandten also ihre Rechtsüberzeugung und ihr Rechtsbewußtsein an. Sie unterschieden ganz genau zwischen der Geschäftsführung mit Auftrag und der Geschäftsführung ohne Auftrag. Dementsprechend wurde auch die Verbindlichkeit aus der Geschäftsführung ohne Auftrag den *obligationes quasi ex contractu* zugeordnet<sup>9</sup>.

Diese Stufe der Verallgemeinerung und das Bewußtsein, wie wichtig die Willensübereinstimmung ist, entsprachen nicht dem Rechtsdenken der späten Republik. Für die Tatsache, daß in dem ursprünglichen Edikt auch die Tatbestände, die später eigenständig mit der *actio mandati* behandelt wurden, einbezogen waren, spricht auch die Rechtsentwicklung anderer Institute des römischen Rechts,

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante* I, Milano 1930, 123-173, J.A.C. THOMAS, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam etc. 1976, S.225-227 und M. KASER, *Divisio Obligationum*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, S.74-75.

<sup>8</sup> Vgl. dazu O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, S.101.

<sup>9</sup> Vgl. Inst.3.27.1.

wie zum Beispiel der *fiducia*, die später im Laufe der Zeit durch reale Kontrakte ersetzt wurde, und der *permutatio*, an derer Stelle die konsensuelle *emptio venditio* trat. Den Prozeß vom Allgemeinen zum Einzelnen, wie wir ihn bei der *negotiorum gestio* beobachten können, ist eine relativ spezifische Erscheinung in der Rechtsentwicklung. Die Gegenentwicklung, nämlich die vom Konkreten zum Abstrakten, vom Einzelnen zum Allgemeinen kann man als weniger üblich betrachten. Der Erlaß des Edikts *De negotiis gestis* schuf allerdings die Bedingungen dafür, daß sich das Institut der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ in einer völlig eigenständigen Form entwickeln konnte und daß es später zum spezifischen und üblichen Mittel zur Vertretung auf außervertraglicher Basis wurde. Hätte es dieses prätorische Edikt nicht gegeben, so wäre höchstwahrscheinlich der Ausgleich der gegenseitigen Ansprüche in die sich entwickelnde Kasuistik über den Schadenersatz, eventuell über die Aushändigung der ungerechtfertigten Bereicherung einbezogen worden. Genauso wie auch heute dieses Rechtsverhältnis in dem angelsächsischen Recht geregelt wird, nämlich nach dem Prinzip des Ausgleichs der gegenseitigen Ansprüche im Rahmen einer unberechtigten Bereicherung<sup>10</sup>.

### 3. Die Entstehungsumstände des Edikts *De damno infecto*

Auch das Institut der *cautio damni infecti* hat seinen Ursprung im prätorischen Recht. Im Unterschied zu dem hiervor kurz besprochenen Edikt war in diesem Fall die Problematik bestimmter Situationen aus drohendem Schaden bereits im archaischen Recht geregelt und dem Zwölf-Tafelgesetz bekannt. In den heutigen Rechtssystemen ist der drohende Schaden (*damnum infectum*) mit den allgemeinen Regelungen über den bereits entstandenen Schaden (*damnum praeteritum*) verbunden. In der römischen Auffassung findet man jedoch zwischen diesen beiden Situationen keine Parallele. Am Anfang der Entwicklung des Privatrechts ist dieses Phänomen dadurch zu erklären, daß die Kasuistik sehr konkret war.

Im Falle drohenden Schadens kannte das Zwölf-Tafelgesetz Klagen auf den über dem Grundstück des Nachbarn schief wachsenden Baum - *de arboribus caedendis*, auf den drohenden Erdbeben, usw. Ähnlich wie bei den bereits entstandenen Schaden

<sup>10</sup> Vgl. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town etc. 1990 = Deventer 1993 = Oxford 1996, S. 448-450.

(*actio de pastu, actio de arboribus succisis*), handelt es sich um Klagen, die durch kompakte Tatbestände gekennzeichnet sind. Die Tatbestände des entstandenen Schadens wurden allmählich erweitert und die *Lex Aquilia* brachte dann die allgemeine Klagbarkeit in Fällen, in denen Schaden von *urere, frangere, rumpere* zugefügt wurde. Der Ersatz des entstandenen Schadens wurde im Zivilprozeß gefordert, dessen unentbehrlicher Bestandteil es war, daß der Kläger das Verschulden zu beweisen hatte.

Auch im Falle des drohenden Schadens wurden die Ansprüche ursprünglich im Legisaktionenprozess erhoben. Dank dem prätorischen Recht kam es bei drohendem Schaden zu einer wesentlichen Abwendung von diesem Rechtsweg und dem Edikt gemäß fand das ganze Rechtsverfahren bei drohendem Schaden vor dem Prätor im Rahmen seiner außergerichtlichen Verwaltungskompetenzen statt<sup>11</sup>. Die Gründe für diese Änderung in der Rechtsregelung waren das Bedürfnis eines schnellen Eingriffs und auch häufige Bauunfälle bei den Mietshäusern schlechter Qualität, die massenweise gebaut wurden<sup>12</sup>.

Zu der Frage, wann das prätorische Edikt *De damno infecto*, das das Institut bei drohendem Schaden einführte, erlassen wurde, gibt es keinen Konsens. Die Kautio erscheint zum ersten Mal im Kapitel 20 der *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* aus den Jahren 49-42 vor Chr., in dem ausdrücklich auf das Edikt des *praetor peregrinus* Bezug genommen wird. Verschiedene Autoren sind der Meinung<sup>13</sup>, daß der *praetor urbanus* zum ersten Mal eine Klausel über die *cautio damni infecti* in sein Edikt aufgenommen habe. Rainer<sup>14</sup> bestimmt jüngst die Entstehungszeit der *cautio damni infecti* im Edikt des *praetor peregrinus* am Anfang des zweiten Jahrhunderts vor Chr. und hält eine sukzessive Aufnahme in das Edikt des *praetor urbanus* für wahrscheinlich.

Aus dem Charakter der prätorischen „Gesetzgebung“ schließe ich, daß das prätorische Edikt keine einmalige Erfindung war, die

---

<sup>11</sup> Siehe dazu M. ŽIDLICKA, *Kauce při hrozící škode v římském právu*, Brno 2000, S.24.

<sup>12</sup> Vgl. über die Mängel der insulae und die daraus hervorgehenden Katastrofen, nämlich Einstürze und Brand, L. HOMO, *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité*, Paris 1971, S.506.

<sup>13</sup> Siehe O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II,I, Privatrecht, Leipzig 1901, S.1241 und P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* I, *La Proprietà*, Milano 1966, S.394.

<sup>14</sup> J.M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz 1987, S.145-146.

bei Nacht am Tisch geschaffen wurde. Möglicherweise wurden die Prätores von dem Leben selbst überholt. Denn sie nutzten oft die Bräuche aus, die in der Praxis entstanden waren. Sie gingen von den möglichst gangbaren Wegen *intra legem* aus. Man kann sich gut vorstellen, daß man begann, die Kautio auf Vorschlag einer der Parteien zu fordern im Rahmen der allgemeinen prätorischen außergerichtlichen Mittel. Die Gewährung von Kautionen war im römischen Rechtsleben üblich, genauso wie auch die prätorischen Stipulationen üblich waren. Es war ein außerordentliches Mittel, durch das der Prätor verschiedenen Gemeininteressen schützte. Durch den Erlaß des Edikts *De damno infecto* wurde eindeutig der Standard eingeführt, das bestgeeignete Verfahren vereinheitlicht. Ein solcher Prozeß würde auch mit dem Gedanken der Entwicklung vom Allgemeinen zum Einzelnen, die wir oben bei der *negotiorum gestio* haben beobachten können, übereinstimmen. Aus dem allgemeinen Mittel wurde wieder ein spezielles Mittel für das Zusammentreffen verschiedener außerordentlicher Verwaltungsverfahren geschaffen. Das Ergebnis waren zwei Typen der Besitzeinführung *ex decreto*. Durch die *missio in possessionem ex primo decreto* erwarb der Nachbar die Detention des Hauses, das für ihn zu Schaden führen konnte. *Ex secundo decreto* wurde dann der Besitz erteilt, der zur *usucapio* führte. Der Bürger konnte seine Widerwilligkeit, an dem Verfahren teilzunehmen, mit dem Verlust seiner Besitzberechtigung büßen.

Im Hinblick auf das Recht schaffende Verhalten des Prätors stellt der Text von Gaius, Inst.4.30-31 ein interessantes Problem dar. In IV,30 schreibt Gaius, daß die *legis actiones* wegen zu großer *subtilitas* aufgehoben wurden und daß durch die *Lex Aebutia* und zwei *Leges Iuliae* ein neues Verfahren eingeführt wurde, das *per concepta verba* geführt wird. Nach G.4.31 sind die *legis actiones* nur bei drohendem Schaden und bei Gerichtshandlungen vor dem Zentumviralgericht einzusetzen. Gaius fügt jedoch hinzu, daß bei drohendem Schaden keiner mittels *legis actiones* prozessieren will; man klagt gegen seinen Gegner lieber auf der Grundlage einer Stipulation, die im Edikt vorgeschlagen wird, was sowohl rechtlich bequemer als auch effizienter ist.

Warum ließ der Gesetzgeber die *legis actiones* gerade bei dem drohenden Schaden wirksam bleiben, wenn bereits in der Zeit, in der diese Gesetze erlassen wurden, auch schon das prätorische Edikt *De damno infecto* vorhanden war, in dem die Möglichkeit

von Ausnutzung der Kautio angeboten wurde<sup>15</sup>? Die Begründung dafür ist in den unterschiedlichen Tatbeständen, in denen die verschiedenen Rechtsmittel angewendet wurden, zu suchen. Die ursprünglichen *legis actiones* wurden für das ländliche Milieu vorgeschlagen, wo der Schaden vor allem den Grundstücken drohte. Später - und dieser Prozeß begann im Zusammenhang mit dem Städtebau nach dem verheerenden Einfall der Gallier - tauchte die Frage des drohenden Schadens im Zusammenhang mit dem Bau von Mietshäusern (*insulae*) von ungenügender Qualität auf. Diese neuen und zweifellos oft drohenden Schäden erweckten den Bedarf nach einem wirklich effizienten Verfahren unter der Teilnahme des Magistrats. Dagegen blieben die Naturbedingungen auf dem Lande immer die gleichen. Darüber hinaus hält Erfahrungsweise die Landbevölkerung an ihren Traditionen und uralten Bräuchen fest. Das Leben auf dem Lande ändert sich mit der Zeit nur wenig. Die Streitigkeiten zwischen den Nachbarn wurden immer auf die uralte Weise gelöst. Deshalb berücksichtigte auch der Gesetzgeber den *status quo* und ließ die *legis actiones* wirksam bleiben. Sie wurden jedoch nur für die ursprünglichen Zwecke benutzt. In der Stadt wendete man bereits neue Mittel an, die zu einer relativ viel effizienteren Rechtsschutz führten.

Die beiden oben erörterten Edikte geben Zeugnis von dem Charakter der prätorischen Rechtsschaffung. Diese beruhte auf andauernder und mit dem alltäglichen Leben verbundener Arbeit der Magistrate. Gewiß brachten viele prätorische Edikte nichts Neues. Einige von ihnen beeinflussten aber die Rechtsentwicklung bis zur heutigen Zeit. Sie zeugen von dem Pragmatismus, der Schlagfertigkeit und der Effizienz bei der Schaffung von rechtlichen Normen - *ius*. In der Unterscheidung zwischen *ius* und *leges* liegt die schöpferische Kraft des römischen Privatrechts.

---

<sup>15</sup> Siehe dazu zum Beispiel, G. FALCONE, *Sulle tracce del 'lege agere damni infecti'*, in *Ann. del Sem. Giur. dell'Università di Palermo*, XLIII (1995), S. 521-534.