

Zur Noxalhaftung bei den sog. *actiones de deiectis vel effusis* und *de posito (aut suspenso)*

Martin PENNITZ
(Universität de Graz)

1. Problemstellung

Im Digestentitel D.9.3 finden sich bei Ulpian (23 *ad ed.*) D.9.3.1.1; 5.7 die *laudationes edicti* zu zwei Tatbeständen, die der Prätor – wohl angesichts anhaltender Missstände¹ – eingeführt hat und die spätestens seit der späten Republik im städtischen Bereich in Geltung stehen²:

Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.

¹Die Gefahren des Stadtlebens und das Treiben auf den Straßen Roms werden insbesondere in Juvenals dritter Satire sehr plastisch dargestellt, wobei auf den Tatbestand *de deiectis vel effusis* etwa in Iuv.3.268-277 Bezug genommen wird; vgl. ferner Iuv.3.6-9 bzw. Mart.7.61 sowie R.ZIMMERMANN, *Effusum vel deiectum*, in *FS für H.Lange*, Stuttgart u.a. 1992, S.301-303 u. Fn.5 oder D.ROSSI, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D.9.3.5.12*, Index 27 (1999), S.409f.

²Das ergibt sich schon daraus, dass uns in diesem Titel Kommentare von Servius (§ 5.12), Trebatius (§ 5.1) und Labeo (§ 5.4) überliefert sind. Zur Frage der Datierung vgl. W.WOLODKIEWICZ, «*Deiectum vel effusum*» e «*positum aut suspensum*» nel *dritto Romano*, RISG 95 (1968), S.371 und T.GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos*, Madrid 1990, S.91-93. Die Ediktsbestimmungen stehen zweifellos mit der zunehmenden Gebäudehöhe und der Entstehung mehrstöckiger *insulae* in Rom in Zusammenhang: S. etwa T.PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W.Wolodkiewicz II*, Varsovie 2000, S.668-671 und grundlegend schon R.PÖHLMANN, *Die Überbevölkerung der antiken Grossstädte im Zusammenhange mit der Gesamtentwicklung städtischer Civilisation*, Leipzig 1884, S.73ff., bes. S.90-92.

*Hoc edictum superioris portio est: consequens etenim fuit praetorem etiam in hunc casum prospicere, ut, si quid in his partibus aedium periculose positum esset, non noceret*³.

Niemand kann, so hält der Spätklassiker fest, den eminenten gesellschaftlichen Nutzen, die *summa utilitas* der beiden äußerst strengen Maßnahmen bestreiten, die im Dienste der Verkehrssicherheit stehen und vor allem den Schutz von Passanten, Händlern und Flaneuren in den belebten und geschäftigen Straßen Roms bezweckten⁴. Bekanntlich hat zum einen der Inhaber einer Wohneinheit, der sog. *habitor* (arg. *in eum, qui ibi habitaverit*) dafür einzustehen, wenn etwas von dort hinuntergeworfen oder hinausgegossen wird und auf diese Weise ein Unglück eintritt, sei es nun in Form einer Sachbeschädigung, einer Verletzung oder gar der Tötung von freien Personen. Der darauf bezogene Edikswortlaut ist bei Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.1*pr.* überliefert:

Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: „Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo.

*si eo ictu homo liber perisse dicetur, [quingenta aureorum] <? milia sesterti(or)um>*⁵ *iudicium dabo.*

³ Der Hinweis auf die *superioris portio* deutet an, dass sich die beiden überlieferten Ediktswortlaute nicht nur vom Regelungszweck her nahestehen, sondern sich – jedenfalls aus der Sicht der spätklassischen Jurisprudenz sowie der justinianischen Kompilation – inhaltlich gleichsam ergänzen und insofern als Einheit anzusehen sind; vgl. auch ROSSI, *In tema di tutela pretoria della viabilità* cit., S.416 Fn.7 sowie F.MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna 2010, S.156f. u. Fn.7.

⁴ Abgesehen vom präventiven Charakter der Anordnungen, der durch die angedrohten Bußen sowie die Ausgestaltung einzelner Klagen als *actiones populares* sichergestellt ist, verbessert sich natürlich auch die Beweislage der Betroffenen erheblich, wenn nicht der konkret Handelnde namhaft zu machen ist; vgl. dazu GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.76; 119 bzw. S.96; 97 f. u.121.

⁵ Üblicherweise geht man davon aus, dass der Bußbetrag in *aurei* erst aus späterer Zeit stammt, während ursprünglich, also während der Republik *quingenta milia sestertium* (bzw. *sestertium quingenta milium nummorum*) festgelegt waren; vgl. etwa WOŁODKIEWICZ, «*Deiectum vel effusum*» e «*positum aut suspensum*» nel *drutto Romano* cit., S.364f. Fn.1-2 oder M.TALAMANCA, *Rez. zu GIMENEZ-CANDELA, Los llamados Cuasidelitos* cit., BIDR 94/95 (1991/92), S.618. Dabei stützt sich die herrschende Lehre auf O.LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3.Aufl., Leipzig 1927, S.173 u. Fn.12, der sich seinerseits – unter Hinweis auf Ulp. (9 *de off. procons.*) Coll.14.3.4 – auf eine Bestimmung der *lex Fabia* beruft. Darin einen Anhalt für die

si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo.

si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: «aut <eum> noxa[m]<e> dedere»⁶“.

Zum anderen haftet aber auch derjenige, der die Kontrolle über ein Gebäude hat, wenn etwas gefährlich auf dessen Vorbauten oder Schutzdächern aufgestellt sein sollte, und zwar unabhängig davon, ob dieser Gegenstand in weiterer Folge mit üblen Folgen hinabfällt oder nicht. Bei diesem *positum habens*, wie er gemäß Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.5.6 im Edikt bezeichnet wird (arg. *ne quis ... positum habeat*), kann es sich im Übrigen um den selbständigen Bewohner des Gebäudes, aber auch um dessen Eigentümer oder um einen kontrollbefugten Verwalter (z.B. eines Speichers) handeln⁷:

Übertragbarkeit von *quinguinta* zu sehen, erscheint mir allerdings weder aus inhaltlichen Gründen noch unter dem Gesichtspunkt der Wertrelationen überzeugend: Am Ausgang der Republik entsprechen 50 *aurei* vielmehr 5.000 HS, wenn man den sich im Lauf der Zeit verändernden Geldwert von Republik bis in die nachklassische Epoche einmal außer Acht lässt.

⁶ Die Bezeichnung *noxam dedere* für den unfreien Täter entspricht dem justinianischen Sprachgebrauch, wie sich aus der Definition in I.4.8.1 ergibt (arg. *noxam autem est corpus quod nocuit, id est servus*); dazu z.B. O.LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, SZ 47 (1927), 11f.: Daher erscheinen mir die von G.LONGO, *I quasi delicta – actio de effusis et deiectis – actio de posito ac suspensis*, in *Studi C.Sanfilippo IV*, Milano 1983, S.428 in Erwägung gezogenen Schlussworte *noxam eum dedere* plausibel, weil solche geringfügigen Texteingriffe – wie auch etwa D.9.1.1pr.-1 bzw. D.9.4.19.2 unterstreichen – durchaus dem kompilatorischen Vorgehen entsprechen.

⁷ Vgl. W.M.GORDON, *The Roman class of quasi-delicts*, in *Estudios de Derecho romano. Homenaje C.Sánchez del Rio y Peguero*, Zaragoza 1967, S.306f.; ID., *The Actio de Posito Reconsidered*, in *Studies in Justinian's Institutes (in memory of J.A.C. Thomas)*, London 1983, S.47-50f.; 54f. und zustimmend MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti cit.*, S.159f, u. Fn.10f.; 161f. u. Fn.13f.; 163f. u. Fn.17; in diesem Sinn auch Ulp. D.9.3.5.8 (arg. ... *haec verba „ne quis“ ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis*) sowie §5.9 (arg. ... *accipere debemus „positum“ sive in habitationis vel cenaculi, sive etiam in horrei vel cuius alterius aedificii*). M.E. zu Recht weist dabei W.M.Gordon – insbes. bezogen auf die Noxalklauseln – auf den engen Zusammenhang mit der *actio de deiectis vel effusis* hin und grenzt sich insofern vorsichtig von A.WATSON, *Liability in the actio de positis ac suspensis*, in *Mélanges Ph.Meylan*, Lausanne 1963, S.379f. ab, der für die Haftung des *positum habens* sowohl (individuelle) Kenntnis vom *ponere* als auch eine konkrete Kontrollmöglichkeit für nötig hält, die er letztlich nur beim *habitor* für gegeben erachtet. Noch weitergehend zuletzt freilich T.PALMIRSKI, *Some remarks on „Ne quis in suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit“*

Praetor ait: „Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum [decem solidorum] <? milia sesterti(or)um>⁸ in factum iudicium dabo.

si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo⁹.

Ganz offensichtlich erscheint es angesichts des bestehenden öffentlichen Interesses (arg. *publice enim utile est*) in beiden Fällen gerechtfertigt, dass man pönalen *actiones in factum*¹⁰ ausgesetzt ist, selbst wenn ein anderer im Sinn der ediktalen Bestimmungen agiert hat¹¹. Daher kann auch Gaius diesbezüglich anfügen, man habe hier

praetor's edict, RIDA 3.sér 50 (2003), S.297-299; ID., *How the commentaries to ,de his qui deiecerint vel effuderint' and the ,ne quis in suggrunda' edicts could be used on the ground of edictum ,de feris'*, RIDA 3.sér. 53 (2006), S.331f., der die Haftung der oben erwähnten Personen „as only ancillary one“ betrachtet, während „the one who hung the thing“ als primär verantwortlich anzusehen sei; doch weicht m.E. *habent ... expositum* in §5.8 nicht vom Kriterium *positum habere* ab.

⁸ Der Überlieferung von *decem solidi* spricht m.E. dafür, dass den Kompilatoren dieser Teil von Ulpian's Ediktcommentar mit einer entsprechenden nachklassischen Korrektur vorgelegen sein dürfte, was die Vermutung nahelegt, dass die Bußsummen im Verlauf der Zeit dem aktuellen Kaufwert angepasst wurden; vgl. oben Fn.5.

⁹ Zum Teil wird hinsichtlich des letzten Satzes von §5.6 vermutet, er dürfte ursprünglich mit dem Schlusssatz von §1*pr.* übereingestimmt haben; vgl. schon LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit., S.174 Fn.10 (arg. <*in iudicio adiciam*> aut *noxae <dedere>*): „Ich halte heute für das wahrscheinlichste, daß hier nichts anderes stand als im Edikt *de deiectis*. Die Kompilatoren werden dies letztere Edikt gedankenlos wortgetreu übernommen haben; bei unserem Edikt aber fiel ihnen ein, daß das <*in iudicio adiciam*> für ihre Zeit keinen Sinn mehr habe, und so ersetzten sie es durch ihr <*aut noxae dedi iubebo*>“; dem folgend H.ANKUM, *L'édit du préteur ,de his qui deiecerint vel effuderint'*, *Studia Iuridica* 41, Warszawa 2003, S.17 u. Fn.71. TH. MOMMSEN, *Digesta I*, Berlin 1866), S.296 Fn.1 hat in der *Editio maior* demgegenüber die Lesung „□*aut idem dari*□ *aut noxae dedi iubebo*“ vorgeschlagen; so zuletzt auch MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.156.

¹⁰ Vgl. insbes. P.GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klagen-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, S.282-290 sowie im Speziellen S.79-84.

¹¹ Neben der präventiven Wirkung dieser Bestimmungen, die so auf indirektem Weg der Verkehrssicherheit dient, ergibt sich daraus für den Fall, dass einer der ediktalen Tatbestände erfüllt wird, zugleich eine erhebliche prozessuale Entlastung für jeden potentiellen Kläger, da dieser weder die Person ausfindig machen muss, die ein entsprechendes *facere/ponere* gesetzt hat, noch ein konkretes Verschulden des *habitor* oder *positum habens* zu beweisen hat; vgl. auch M.F.CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: Il problema della cosiddetta 'exceptio noxalis'*, in *φιλία. Scritti G.Franciosi I*, Napoli 2007, S.662f. u. Fn.26 (mit weiteren Hinweisen).

„meistens“ (arg. *plerumque*) für das Verschulden Dritter einzustehen, seien es nun Sklaven oder freie Personen¹². Die Verantwortlichkeit gründet sich also allein auf das *factum*, dass derartige das Verkehrsleben gefährdende Situationen bzw. die typischerweise daraus resultierende Unfälle vom eigenen „Einflussbereich“ her ihren Ausgang nehmen¹³, wer auch immer dann etwas konkret hinunterwirft (*deicere*), hinausgeschüttet (*effundere*) oder entsprechend aufstellt (*ponere*).

Allerdings ergibt sich aus dem Umstand, dass hier für das Verhalten freier wie unfreier Dritter einzustehen ist, nun das grundsätzliche Problem, wie sich die im Anschluss überlieferten Noxalklauseln (D.9.3.1*pr. i.f.*; 5.6 *i.f.*) näher begründen lassen: Es stellt sich also die Frage, wieso gerade die „eigenen“ Sklaven ausgeliefert werden dürfen, sofern sie ohne Wissen ihrer Herren eine tatbestandmäßige Handlung gesetzt haben (arg. *si servus insciente domino fecisse dicitur*). Anders als es auf den ersten Blick erscheinen

¹² Gai. (3 *aur.*) D.44.7.5.5: *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi. cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. ...* (zum Fortgang der Stelle unten Fn.36). Der Gaiustext – dazu zuletzt A. ARNESE, *Maleficio. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari 2011, S.81ff. – wird mit geringfügigen Änderungen auch in I.4.5.1 überliefert. Anders als im Titel D.9.3, wo nur auf *id positum* Bezug genommen wird, spricht Gaius von *id positum aut suspensum*: Angesichts dieser Quellenlage erscheint es – z.B. im Einklang mit GORDON, *The Actio de Posito Reconsidered* cit., S.45f. – unverfänglicher, hier bloß von einer *actio de positio* zu sprechen; die Frage, ob *id suspensum* – allenfalls im Wege einer analogen Klage – vom prätorischen Tatbestand miterfasst ist, scheint Gegenstand der juristischen Diskussion gewesen zu sein, wie sich m.E. aus den Ulpianentscheidungen D.9.3.1.3; 5.12 ergibt. PALMIRSKI, *Some remarks on 'Ne quis in suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit' praetor's edict* cit., S.288 Fn.6 vermutet sogar, dass *suspensum* von „*positum* in its broader sense“ mit-umfasst gewesen sei.

¹³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town u.a. 1990, S.16-18; A. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, in *Iuris vincula. Studi M.Talamanca III*, Napoli 2001, S.411ff., bes. S.425f. sowie zuletzt (mit umfassenden Hinweisen) MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.265ff., bes. S.301ff., wo insbes. auf die Herausbildung von Haftungskriterien Bezug genommen wird, die dann für die justinianische „Kategorie“ der später so genannten „Quasidelikte“ insgesamt kennzeichnend sein könnten; zum Sprachgebrauch s. ferner die Anmerkungen von D. NÖRR, *Prólogo*, in GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.xiiiif.

könnte, entspricht eine solche Befugnis nicht so ohne Weiteres der üblichen Ausgestaltung des Noxalrechts, was m.E. auch gegen eine bloße Analogielösung spricht¹⁴: Denn das Auslieferungsrecht setzt im Allgemeinen voraus, dass der *dominus* in keiner Weise am Delikt seines Sklaven beteiligt ist: Er haftet also ausschließlich als Gewalthaber des „wahren“ Täters¹⁵. Hiervon weicht die in D.9.3 behandelte „quasi-deliktische“ Materie jedoch insofern ab, als der Herr – als *habitor* oder als *positum habens* – eben selbst verantwortlich und somit „wahrer“ Täter ist, auch wenn ein eigener Sklave den Unfall bzw. die Gefahr durch sein Agieren herbeiführt.

2. Interpolationistische und textbewahrende Ansätze in der Lehre

Die hier interessierende Frage, wie eine so umfassende Haftung für das Verhalten Dritter mit dem Noxalrecht in Einklang zu bringen ist, war für einen Teil der älteren Lehre hingegen deutliches Indiz für Interpolationen: So folgerte etwa Biondo Biondi aufgrund des „byzantinischen“ Stils ihrer Verheißungen¹⁶ sowie ihres „offensichtlichen“ Widerspruchs zu anderen Belegen des Titels D.9.3¹⁷, dass die Noxalklauseln erst von den Kompilatoren in den Ediktstext eingefügt worden seien und löste das Problem für das klassische Recht insofern auf nachhaltige Weise. Ein weniger radikaler Eingriff findet sich zuletzt bei Teresa Giménez Candela, wonach das in D.9.3.1*pr. i.f.*; 5.6 *i.f.* hervorgehobene *facere* des eigenen Sklaven in dem Sinn zu verstehen sei, dass der Unfreie selbst

¹⁴ So schon LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit., S.174: „Der habitator sollte, wenn er selbst nachwies, daß einer seiner Sklaven der Schuldige war, hier nicht härter gestellt sein, als bei Aktionen ex delicto servi“; ebenso ebd., 174 Fn.10 (zur *actio de posito*); in diesem Sinn auch F.SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, BIDR 73 (1970), S.125ff.; 128; 131 [= ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, S.161ff.]; ANKUM, *L'édit du prêteur ,de his qui deiecerint vel effuderint'* cit., S.16 oder zuletzt MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.137f. u. Fn.92f.

¹⁵ Vgl. nur Gai.4.75 sowie Ulp. D.9.4.2*pr.*

¹⁶ B.BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, AUPA 10 (1925) [= *Actiones noxales*, Cortona 1925], S.25 u. Fn.3-4; „Il passo è sostanzialmente compilatorio“ (dort bezogen auf D.9.3.1*pr.*) sowie im Detail ebd., S.266 i.V.m. S.274f.; dagegen eingehend O.LENEL, *Die Formeln der actiones noxales* cit., S.20-25 u. ergänzend F.DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, S.417f. u. Fn.18.

¹⁷ BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico* cit., S.267 u. Fn.1; zu diesen Belegen (D.9.3.1.8; 5.10) dann unten bei den Pkt.3-4.

die Position eines *habitor* oder – z.B. als Verwalter des betreffenden Gebäudes – jene eines *positum habens* innehat und dadurch selbst in Sinn des Ausgangstatbestandes (also des „Quasi-Delikts“) verantwortlich werde¹⁸; mit diesem Ansatz geht freilich einher¹⁹, dass die auf den Schlussteil der Edikte bezogenen Juristenkommentare insoweit als nachklassisch verändert anzusehen sind²⁰.

Demgegenüber vertritt bereits Otto Lenel die Auffassung, dass die überlieferten Texte in ihrem wesentlichen Gehalt klassisch sind: Allerdings habe man diese ediktalen Noxalklauseln als Sonderregelungen anzusehen²¹, als sog. *exceptiones noxales*, die dem beklagten *habitor* oder *positum habens* eine „Entschuldigungsbehauptung“ eröffnen. Lenel fügt freilich selbst an, dass sich darunter keine *exceptiones* im technischen Sinn verstehen lassen, da die dem Beklagten eröffnete Argumentation keinesfalls „die *condemnatio* schlichtweg verhindern kann“, sondern nur, „wenn bewiesen, die *facultas noxae dedendi* gewährt“²²; gegen die gewählte Terminologie spricht zudem, dass Juristenentscheidungen in diesem Kontext explizit auf eine *actio noxalis* Bezug nehmen²³. Feliciano Serrao, der

¹⁸ GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.100f.; 103f. u. Fn.189; 122 u. Fn.65; die Noxalklauseln seien daher in ihrem Kern, d.h. in einer Wendung „*noxali actione agere iubebo*“ (aber bezogen auf den *servus habitator* bzw. *positum habens*) als klassisch anzusehen (ebd., 102f. u. Fn.185-187). Kritisch schon TALAMANCA, *Rez. Giménez-Candela* cit., S.617f. sowie explizit gegen eine solche Interpretation ANKUM, *L'édit du prêteur, de his qui deiecerint vel effuderint* cit., S.15 f.

¹⁹ Das wird auch von der überwiegenden Lehre in Bezug auf den entsprechenden Beleg zur *actio de deiectis vel effusis* (D.9.3.1.8) vertreten, während sich die Diskussion hinsichtlich der *actio de posito* (D.9.3.5.10) im Wesentlichen auf die Frage der Klassizität der dort behandelten *scientia domini* beschränkt; vgl. etwa WOŁODKIEWICZ, «*Deiectum vel effusum*» e «*positum aut suspensum*» nel *drutto Romano* cit., S.375f. u. Fn. 46; S.381 Fn. 68; 383 oder LONGO, *I quasi delicta – actio de effusis et deiectis – actio de posito ac suspensis* cit., S.449f.; 454f.

²⁰ GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.102f.

²¹ Von „il caso speciale“ im Rahmen der „responsabilità extra-contrattuale per fatto altrui“ spricht C.A.CANNATA, *Sul problema della responsabilità ne diritto privato Romano*, Iura 43 (1992), 23f., von „una nossalità, se vogliamo chiamarla così, «straordinaria»“ auch TALAMANCA, *Rez. Giménez-Candela* cit., S.617f.

²² LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit. 174; vgl. auch ebd., S.334 u. Fn.6; zustimmend ANKUM, *L'édit du prêteur, de his qui deiecerint vel effuderint* cit., S.15.

²³ So auch R.FERCIA, *Il mistero delle „formulae in dominum habitatoris“*, in *Studi G.Nicosia III*, Milano 2007, S.320f. u. Fn.10; vgl. Gai. (3 *aur.*) D.44.7.5.5 (arg. ... *Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum*; zum Text unten Fn.36) oder Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.1.8 (arg.

sich Lenel grundsätzlich anschließt²⁴, hebt zudem besonders hervor, dass man angesichts der Quellenlage strikt zwischen jenem Sklaven zu unterscheiden habe, der als sog. *servus habitator* selbständig wohnt, und demjenigen, der etwas aus der Wohneinheit seines Herrn hinunterwirft, wobei bloß bei letzterem eine Noxalklage zur Anwendung kommen könne²⁵. Zudem systematisiert Serrao Lenel's Anmerkungen und baut sie vor allem dadurch aus, dass er eine Reihe von Texten zur Haftung der *nautae*, *caupones* und *stabularii* für die Delikte „ihrer Leute“ zur Erläuterung eines solchen alternativen prätorischen Instruments im Rahmen des „regime, arcaico e classico, della nossalità“ miteinbezieht²⁶.

Vor allem gegen einen derart generalisierenden Interpretationsansatz richtet sich jüngst detaillierte Kritik in den zeitgleich veröffentlichten Beiträgen von Floriana Cursi²⁷ und Riccardo Fercia²⁸:

cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? – zum Text unten bei Fn.34).

²⁴ SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità* cit., S.126f, allerdings unter Bezugnahme auf „questo istituto pretorio che d'ora in avanti, solo per comodità espressiva, chiamerò talvolta *exceptio noxalis*“.

²⁵ SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità* cit., S.129 u. Fn.11; 195f. i.V.m. S.192; 193f. Fn.196.

²⁶ Vgl. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità* cit., insbes. S.127; 131-133f.; 196; d.h.: Neben „la funzione di diminuire il sacrificio patrimoniale del conventuto ... il mezzo escogitato dal pretore tendeva a correggere le deviazioni dal sistema, che la rigida applicazione del criterio della responsabilità oggettiva avrebbe comportato, e a salvare il salvabile del principio della personalità della pena“ (ebd., S.131). Hingegen wird die *actio de posito* in diesem Kontext nicht näher behandelt (ebd., S.129 Fn.10). Der weiter gefasste Ansatz zieht dann freilich Ausführungen zur *actio de deiectis vel effusis* nach sich, etwa hinsichtlich der Anwendbarkeit der *nox caput sequitur*-Regel oder der verfahrensrechtlichen Position des Beklagten (ebd., S.133), für die sich in den hierzu überlieferten Texten kein Anhalt findet.

²⁷ CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità* cit., S.680f. i.V.m. S.664f.; 676f., die hinsichtlich der *actio de effusis vel deiectis* allerdings von einer „*intentio*, per così dire, *in rem scripta* ... senza individuazione del responsabile“ ausgeht (ebd., S.663 u. Fn.29); m.E. ist der verantwortliche *habitor* (arg. *in eum, qui ibi habitaverit* in D.9.3.1pr.) vom Kläger namhaft zu machen, während ein *servus (deiector)* nicht als „Verantwortlicher“ im Sinn der ediktalen Anordnung gelten kann; dasselbe Problem stellt sich, wenn hinsichtlich der *actio de posito* bei bloßem *ponere* von Seiten des Unfreien ausgeführt wird, dass „sia stato lo schiavo ad aver realizzato materialmente l'illicito“ (ebd., S.678).

²⁸ FERCIA, *Il mistero delle 'formulae in dominum habitatoris'* cit., S.346 i.V.m. S.321f. u. Fn.12; S.317f. Fn.4; allerdings wird bezogen auf die Haftung der *nautae*, *caupones* und *stabularii* das Bestehen vergleichbarer Noxalklagen verneint (ebd.,

Als kurzes Resümee lässt sich diesbezüglich festhalten, dass beide Arbeiten davon ausgehen, dass die Anwendung des Noxalrechts schon in klassischer Zeit – abhängig vom jeweiligen Tatbestand – flexibel erfolgt ist²⁹; mit dieser These sind dann zugleich Noxalklagen in technischen Sinn vereinbar³⁰, die der Prätor auf Initiative des Beklagten hin gewährt, wobei sich – etwa im Anschluss an die Überlegungen bei *Fercia* – an eine solche oder ähnliche Formelgestaltung denken lässt³¹:

C.AQUILIUS IUDEX ESTO.
 SI PARET IN EUM LOCUM ... / SI PARET IN SUGGRUNDA
 PROTECTOVE ...
 ... PECUNIAM DUPLAM / ? MILIA SESTERTI(OR)UM
 C.AQUILIUS IUDEX N^M N^M A^O A^O CONDEMNATO AUT (STICHUM
 ?) SERVUM N^I N^I QUI INSCIENTE EO FECERIT [/ POSUERIT]
 NOXAE DEDERE³²;
 SI NON PARET ABSOLVITO.

Aber gerade wenn man im Einklang mit der neueren Lehre von der Klassizität der überlieferten Quellen ausgehen möchte und zugleich das Bestehen von besonders ausgestalteten Noxalklagen im obigen Sinn für plausibel erachtet, stellt sich erneut das eingangs skizzierte

S.320 u. Fn.8); kritisch hierzu CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità* cit., S.661f. Fn.25.

²⁹ Vgl. schon W.W.BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, S.100 u. Fn.10. In diesem Sinn lässt sich im Übrigen auch D.39.4.1.6 (arg. *hoc proprium est huius edicti*) zitieren, wo auf die Ausgestaltung der Noxalhaftung im Publikanenedikt Bezug genommen wird; zum möglichen Zusammenhang dieses Tatbestandes mit den anderen „Quasidelikte“ vgl. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti* cit., S.431 od. O.ROBINSON, *Gaius and the category of quasi-delict*, in *Iuris vincula. Studi M.Talamanca VII*, Napoli 2001, S.126f.

³⁰ Im Hinblick auf die *actio de deiectis vel effusis* vermutet CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità* cit., S. 666 etwa generell eine unpersönlich formulierte *intentio*, während sie sich bezüglich der *actio de posito* der Position Lenel's nähert (ebd., S.678; 680).

³¹ FERCIA, *Il mistero delle 'formulae in dominum habitatoris'* cit., S.323-326 u. Fn.21; Fn.23.

³² Mit G.PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi E.Albertario I*, Milano 1953, S.237 u. Fn.1 ist m.E. nicht nur in diesem Zusammenhang, sondern im Hinblick auf alle Noxalklagen zu vermuten, dass die Befugnis zur *noxae deditio* allein in der *condemnatio* der Formel verankert ist.

Problem³³: Wodurch rechtfertigen sich in diesem Kontext überhaupt Noxalklauseln, also das Recht zur Auslieferung eigener Sklaven? Denn die Unfreien haben zwar ohne Zweifel ein *facere* gesetzt, indem sie etwas hinuntergeworfen oder gefährlich aufstellt heben, doch handelt es sich dabei eben nicht um den unter Sanktion stehenden (quasideliktischen) Ediktstatbestand eines *habitare* oder *positum habere*.

3. Zur Noxalklage gemäß dem Edikt „de his, qui deiecerint vel effuderint“

Angesichts dieser Fragestellung liegt es auf der Hand, jene Passagen aus den Ediktskommentaren näher zu betrachten, die zu den beiden Noxalklagen Stellung beziehen. Freilich werden die Erwartungen bereits angesichts der Quellenlage zur *actio de deictis vel effusis*, unserer Ausgangsbasis für eine derartige Untersuchung, erheblich gedämpft³⁴: Denn zum Sklaven ist uns nur eine einzige Entscheidung in Gestalt von Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.1.8 überliefert:

Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit.

sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.

Das bedeutet nicht nur, dass der Beleg aus einer relativ späten Phase stammt, erschwerend kommt auch der Interpolationenverdacht hinzu, der von einem Großteil der Lehre bezogen auf den letzten Satz des Spätclassikers gehegt wird³⁵, und zudem ist die Aussage der

³³ Denn auch CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità* cit., S.662f. und FERCIA, *Il mistero delle ‚formulae in dominum habitatoris‘* cit., S.321 berufen sich diesbezüglich auf eine „analoge“ Anwendung des Noxalrechts. S. dazu schon oben bei Fn.14f.

³⁴ S. auch das etwas verhaltene Resümee von FERCIA, *Il mistero delle ‚formulae in dominum habitatoris‘* cit., S.346 bezüglich seiner eigenen, freilich etwas spezielleren Fragestellung: „Il mistero, in fin dei conti, sembra destinato a permanere: può rivelarsi, però, meno arcano di quanto possa apparire ad un primo esame, ...“.

³⁵ Vgl. z.B. BIONDI, *Le acciones noxales nel diritto romano classico* cit. S.193 u. Fn.3; SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità* cit., S.194f.; WOŁODKIEWICZ, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto Romano* cit., S.373f.; 376 u. Fn.49; LONGO, *I quasi delicta – actio de effusis et deiectis – actio de posito ac suspensis* cit., S.430f.; 449; 454f.; GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.102 u. Fn.183; oder zuletzt FERCIA, *Il mistero delle ‚formulae in dominum habitatoris‘* cit., S.328; 330 u. Fn.33.

Quelle verneinender Natur. Denn der Text bezieht sich auf einen *servus habitator*, also auf den Sklaven, der selbständig in jener Wohneinheit lebt, aus der etwas (von dritter Seite) hinuntergeworfen oder hinausgeschüttet wird. Da jedoch ein solcher Fall nicht von der ediktalen Verheißung in D.9.3.1*pr. i.f.* erfasst ist, kann auch keine Noxalklage zur Verfügung stehen. Ein ähnliches Problem stellte sich den römischen Juristen freilich schon zuvor, wenn es sich beim *habitor* um einen Haussohn handelt; seit dem Hochklassiker Julian steht diesbezüglich fest³⁶, dass die Klage gegen den *filius familias* selbst erhoben werden kann, sollte dieser getrennt von seinem Gewalthaber wohnen.

Da freilich eine derartige Lösung bei Sklaven – mangels Parteifähigkeit – nicht in Betracht kommt³⁷, wird im letzten Satz von §1.8 mit *ego puto* vorgeschlagen, den Unfreien einer Bestrafung *extra ordinem* zu unterziehen: Serrao meint zwar, dass eine solche Schlussfolgerung nicht plausibel sei und daher nicht von Ulpian stammen könne; denn der Spätklassiker verneine unmittelbar davor explizit ein Delikt des *servus habitator*³⁸. Aber eine solche Argumentation lässt außer Acht, dass der *habitor* aufgrund des prätorischen Edikts haftet, obwohl er selbst nichts hinuntergeworfen oder hinausgegossen und insofern auch das Unglück nicht mit eigener Hand hervorgerufen hat; insofern ist m.E. mit Ankum von der Klassizität des letzten Satzes von §1.8 auszugehen³⁹: Die

³⁶ S. Gai. (3 *aur.*) D.44.7.5.5: ... *ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum*; ebenso I.4.5.2; vgl. ferner Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.1.7: *Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit*. Vgl. dazu zuletzt MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.140-143 u. Fn.96-98.

³⁷ S. M.KASER/K.HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.Aufl., München 1996, S. 205.

³⁸ SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità* cit., S.194f.; s. auch PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum* cit., S.682 Fn.70.

³⁹ ANKUM, *L'édit du prêteur 'de his qui deiecerint vel effuderint'* cit., S.21 sowie FERCIA, *Il mistero delle 'formulae in dominum habitatoris'* cit., S.338; für Klassizität zuvor schon E.LOZANO Y CORBI, *Popularidad y regimen de legitimacion en la 'actio de effusis et deiectis'*, in *Studi A.Biscardi V*, Milano 1984, S.326, allerdings ohne Begründung. Abwägend zuletzt MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.146 u. Fn.105: Die Klassizität des Schlusssatzes sei

Entscheidung erscheint inhaltlich nämlich völlig konsequent, da diese Strafmaßnahme zum einen – wohl schon aus spätklassischer Sicht – aufgrund der Verletzung der *publica utilitas* durchaus gerechtfertigt erscheint⁴⁰, während zum anderen weder eine *actio de peculio* noch eine *actio noxalis* zur Verfügung stehen: Zwar wird der Sklave wohl über ein Sondergut verfügen, wenn er selbständig wohnt, doch fällt das Hinunterwerfen oder Hinausgießen von Gegenständen aus einer allenfalls gemieteten Wohnung jedenfalls nicht unter das *negotium gestum*⁴¹.

In unserem Zusammenhang ist freilich in erster Linie die Begründung Ulpians von Relevanz, mit der hier die Zulässigkeit der *actio noxalis* ausgeschlossen wird. Denn der Jurist interpretiert an dieser Stelle ganz offensichtlich den letzten Satz des Edikts (D.9.3.1*pr. i.f.*): Sollte also der Sklave bloß Bewohner sein und hat daher ein anderer etwas mit üblen Folgen hinuntergeworfen oder hinausgegossen, dann verübt der *servus habitator* im Sinn der Noxalklausel „kein“ Delikt (arg. *quia non ex delicto servi venit*). Weder lässt sich dann – wie Ulpian betont – von *noxa* im Sinn einer verübten

jedenfalls nicht auszuschließen, obwohl er „risulta confliggente con quanto detto in precedenza a proposito dei motivi dell’esclusione della possibilità di concedere l’azione come nossale“ (ebd., S.144f. u. Fn.102).

⁴⁰ Auch der manchmal als Interpolationenindiz angeführte Verweis auf das *officium iudicis* – vgl. z.B. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità* cit., S.194 – hat m.E. wenig Gewicht; vielmehr mag es sich hierbei um eine bewusste Anlehnung an das etablierte (Sonder-)Verfahren bei der *actio iniuriarum noxalis* handeln; dazu nur M.KASER, *Das römische Privatrecht I*, 2.Aufl., München 1971, S.632 u. Fn.22.

⁴¹ Ein solcher Interpretationsansatz führt freilich in weiterer Folge zur Frage, was wohl im Hinblick auf den selbständig wohnenden *filius familias* bzw. den *servus* gegolten haben mag, bevor sich die Klageerhebung bzw. eine Bestrafung *extra ordinem* etabliert haben. Obwohl man darüber angesichts der Quellenlagen bloß spekulieren kann, lässt sich m.E. von folgender Entwicklung ausgehen: Noch in der Frühklassik wird ein *pater familias* bzw. *dominus*, der ein selbständiges Wohnen seines „Organs“ ermöglicht und zulässt, weiterhin als *habitor* angesehen und haftet dementsprechend im Sinn des Edikts. Als sich jedoch in hochklassischer Zeit die Passivlegitimation des Haussohns unter Julians Einfluss durchsetzt, erhält der Begriff *habitare* einen engeren, auf das Organ selbst bezogenen Sinn, der es in weiterer Folge auch nicht mehr passend erscheinen lässt (arg. *ego puto*), von einem *habitare* des *dominus* zu sprechen, wenn ein Sklave selbständig wohnt. Insofern ist Ulpians Hinweis auf den *servus habitator* bereits Ausdruck jenes terminologischen Wandels und führt letztlich zur Verweigerung der *actio de deiectis vel effusis*; an deren Stelle tritt die vom Spätklassiker vorgeschlagene Bestrafung *extra ordinem*; anders vermutet etwa PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum* cit., S.682, dass „situations concerning a *servus habitator* were relatively rare“ und daher nicht regelungsbedürftig.

Schadenstat sprechen noch von *nocere*, also von einem schädigenden Verhalten. Angesichts dieser Argumentation ergibt sich die Schlussfolgerung, dass für das Vorliegen von *facere* gemäß dem Ediktswortlaut ein bloßes *habitare* gerade nicht ausreicht; vielmehr hat man *facere* hier im Sinn von *nocere*, also als „Schädigen“ durch einen Akt des Hinunterwerfens oder Hinausgießens zu verstehen.

4. Zur Noxalklage gemäß dem Edikt „*ne quis in suggrunda*“

Im Anschluss und ergänzend ist nun auf Kommentare zur sog. *actio de posito* einzugehen, soweit darin auf die überlieferte Noxalklausel Bezug genommen wird, doch stellt sich hier die Rechtslage grundsätzlich um einiges komplizierter dar als soeben; der Themenkomplex kann an dieser Stelle allerdings nur kurz – und anhand einiger, weniger Textfragmente – skizziert werden. Auszugehen ist m.E. davon, dass der – bereits eingangs zitierte⁴² – Ediktswortlaut nur einen Teil der ursprünglichen prätorischen Regelung wiedergibt⁴³; auf diesen beziehen sich dann auch die Erläuterungen von Ulpian in (23 *ad ed.*) D.9.3.5.11:

Praetor ait „cuius casus nocere posset“: ...⁴⁴ nec <ex>spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit⁴⁵.

Wie der Spätklassiker ausführt, ist der *positum habens* – also derjenige, zu dessen Kontrollbereich ein Gebäude mit Vorbauten und

⁴² S. zu Ulp. D.9.3.5.6 oben bei Fn.7.

⁴³ Über die Gründe einer solchen Kürzung lässt sich nur spekulieren; möglicherweise erschien den späteren Juristen – seien sie nun der nachklassischen oder justinianischen Epoche zuzuordnen – der Hinweis, dass sich der hier überlieferte Ediktsteil als *superioris portio* (§5.7; s. oben bei Fn.3) verstehen lässt als ausreichend, um die entsprechenden Rechtsfolgen daraus – allenfalls interpretativ – abzuleiten; vgl. in diesem Sinn dann auch die Überlegung unten Fn.49.

⁴⁴ Der Formulierung „*cuius casus nocere posset*“ lässt sich freilich noch eine weitere Aussage entnehmen, wie Ulpian im selben Paragraphen betont: ... *non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere. ...*; vgl. dazu auch GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.118f.

⁴⁵ Die letzten Worte (*sive non nocuit*) des §5.11 sind uns freilich wegen eines offensichtlichen Schreiberversehens in der *Florentina* – anders als in Vulgathandschriften – nicht überliefert, und ebenso der Beginn von §5.12; dazu etwa GORDON, *The Actio de Posito Reconsidered* cit., S.52f. u. Fn.17. Aber selbst LONGO, *I quasi delicta – actio de effusis et deiectis – actio de posito ac suspensis* cit., S.459f., der den Text zum Teil verdächtigt, schreibt den hier relevanten Schlusssatz Ulpian zu.

Schutzdächern gehört – für das gefährlich Aufgestellte verantwortlich, und zwar unabhängig davon, ob er es nun selbst aufgestellt hat oder ein anderer. Im Anschluss wird noch zusätzlich betont, dass dies – sozusagen als präventive Maßnahme – unabhängig davon der Fall ist, ob hierdurch Schaden angerichtet wird oder nicht⁴⁶.

Dieser Zusatz hat insofern Bedeutung, als der anschließende §5.12 auf eine zweite Klage Bezug nimmt, die zu Ulpian's Zeit offenbar ebenfalls im Edikt gestanden sein dürfte (arg. *in eum competit actio*)⁴⁷:

Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, ...

Sollte der gefährlich aufgestellte Gegenstand nämlich herunterfallen und ein Unglück nach sich ziehen, kann man mit dieser Klage gegen denjenigen vorgehen, der die Sache mit eigener Hand so positioniert hat (arg. *in eum ... qui posuit*). Man etabliert hier also eine zusätzliche *actio*⁴⁸ gegen den unmittelbaren Schädiger, über die wir ansonsten wenig Kenntnis besitzen⁴⁹: Im weiteren Verlauf von

⁴⁶ Vgl. ANKUM, *L'édit du préteur 'de his qui deiecerint vel effuderint'* cit., S.17 u. Fn.75f.; MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.162; 184 und auch die entsprechende Wendung in Gai. D.44.7.5.5 [= I.4.5.1]: ... *cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. ...*

⁴⁷ Vgl. dazu schon die Ausführungen bei TALAMANCA, *Rez. Giménez-Candela* cit., S.618.

⁴⁸ S. dazu den Fortgang des ersten Sinnabschnitts von D.9.3.5.12 (... *non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator*): Die Formulierung *quasi haec actio non sufficiat* spricht m.E. dafür, dass die oben im Text erwähnte Klage „zusätzlich“ zur sog. *actio de posito* des §5.6 zusteht; von einer *actio utilis* spricht diesbezüglich GORDON, *The Actio de Posito Reconsidered* cit., S.54, auf „una acción decretal“ verweist GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados Cuasidelitos* cit., S.125. Das unmittelbar anschließende ... *non in eum qui habitaverit* bringt dann jedenfalls nichts anderes zum Ausdruck, als dass die *actio de deiectis vel effusis* in einem solchen Fall gerade nicht zur Verfügung stehen kann; vgl. zuletzt auch MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.179-183; 185f., die allerdings davon ausgeht, dass sich im Lauf der Entwicklung von Republik zu Spätklassik die Anwendbarkeit der sog. *actio de posito* selbst entsprechend gewandelt hat.

⁴⁹ Ob diese Klage dann eventuell – angesichts der Art des eingetretenen Unglücks – auch die Dreiteilung der Klageziele kennt, die uns für die *actio de deiectis vel effusis* überliefert sind (vgl. oben bei Fn.5f.), lässt sich angesichts der Überlieferungslage nicht entscheiden; freilich wären dadurch eine Reihe offener Probleme gelöst, auf die

Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.5.12 wird dann nur ergänzend ausgeführt, dass schon Servius eine *actio ad exemplum*⁵⁰ gegen einen Schädiger (einen Maler) befürwortet hat, obwohl das entsprechende Objekt, hier ein hinausfallendes Tafelbild – entgegen dem in §5.6 festgelegten (wohl gemeinsamen) Ediktstatbestand – gar nicht auf dem Vorbau oder Schutzdach eines Gebäudes aufgestellt war⁵¹:

... Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita.

Sucht man nun vor diesem Hintergrund nach Kommentaren zur Noxalklausel gemäß dem Edikt „*ne quis in suggrunda*“, findet sich erneut⁵² nur ein einziger Beleg, nämlich Ulp. (23 *ad ed.*) D.9.3.5.12, und auch in dieser Entscheidung wird eine Anwendbarkeit der *actio noxalis* verneint:

Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.

Ein Sklave hat also ein Objekt gefährlich aufgestellt und sein *dominus* duldet es. Dadurch wird der Herr zum *positum habens*, und ist nach dem Edikt direkt für das Tun seines Sklaven verantwortlich, was Ulpian bereits im ersten Satz unterstreicht, wo er *ponere* und *positum habere* einander gegenüberstellt⁵³. Allerdings ist das Problem damit noch nicht erledigt, wie der zweite Satz deutlich macht: Da der Sklave das Objekt nämlich mit eigener Hand aufgestellt hat, ist zu fragen, ob eine Noxalklage in Betracht kommt. Daraus lässt sich

etwa PALMIRSKI, *Some remarks on ‚Ne quis in suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit‘ praetor’s edict* cit., S.295 hinweist.

⁵⁰ Vgl. dazu etwa GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klagen-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich* cit., S.28f. u. Fn.11f.; 83f.

⁵¹ Zum konkreten Anlass dieser Serviusentscheidung s. den Beginn des zweiten Sinnabschnitts von D.9.3.5.12: *nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, ...*; der geschilderte Sachverhalt wird in der Lehre freilich ganz unterschiedlich gedeutet; vgl. als ein markantes Beispiel nur J.B.M. VAN HOEK, *D.9,3,5,4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, SZ 117 (2000), S.467-471.

⁵² Vgl. schon zur *actio de deiectis vel effusis* oben bei Fn.34.

⁵³ Dass diese Entscheidung als Einheit zu interpretieren ist, hat sich in der neueren Lehre zu Recht durchgesetzt; vgl. zuletzt MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti* cit., S.165 u. Fn.19.

zugleich ableiten, dass das *facere* im letzten Satz des Edikts (D.9.3.5.6 *i.f.*) als aktives Handeln, also als *ponere* zu interpretieren ist; ob dieser Akt – wie vorhin bei der *actio de deiectis vel effusis* – auch ein *nocere* im Sinn eines Schädigens miteinschließen muss, wird freilich nicht explizit behandelt.

Das ist in diesem Kontext aber gar nicht erforderlich, weil das *ponere* des Sklaven sowieso nicht ausreicht, um die Noxalklage zu rechtfertigen. Denn es fehlt hier ein weiteres, entscheidendes Element: Das Aufstellen erfolgte nämlich nicht *insciente domino*, d.h. ohne Wissen des Herrn, wie das von den beiden Edikten vorgeschrieben wird⁵⁴. Unter *scientia domini* versteht man im Noxalrecht ganz generell, wie das etwa Ulp. (3 *ad ed.*) D.9.4.3 belegt⁵⁵, dass der Herr von einer Untat seines Sklaven weiß und sie nicht verhindert, obwohl er dies könnte. Schon durch das bloße Dulden der jeweiligen Tat, also durch das in D.9.4.3 ebenso wie in §5.10 angesprochene *pati*, wird der *dominus* somit selbst zum Täter und haftet hierfür in eigener Person (*suo nomine*); wie der Spätklassiker bezogen auf den hier dargelegten

⁵⁴ Arg. *si servus insciente domino fecisse dicitur, ...* in D.9.3.1pr. sowie D.9.3.5.6; vgl. schon B.ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, BIDR 70 (1967), S.157.

⁵⁵ Ulp. D.9.4.3: *In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere*. Dafür, dass es sich an dieser Stelle – schon für die klassische Zeit – um eine grundsätzliche, verallgemeinere Aussage handelt, spricht die Palingenesie der Stelle: Ebenso wie beim ähnlich gelagerten Text Paul. (3 *ad ed.*) D.9.4.4pr. dürfte sich die Ulpianentscheidung ursprünglich auf die *actio de albo corrupto* beziehen: Da es sich dabei um den ersten Ediktstitel handelt, bei dem Sklavendelikte zu kommentieren waren, lässt sich die generelle Bedeutung der Aussagen ableiten; vgl. in diesem Sinn schon E.LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I*, Berlin 1918, S.159. Die Bedeutung des *pati delinquere* im zweiten Satz von D.9.4.3 wird von der Lehre allerdings nicht einheitlich ausgelegt: So geht etwa die neue deutsche Übersetzung davon aus, der letzte Satz stelle den verantwortlichen *auctor* demjenigen gegenüber, der „das Delikt nur machtlos zuzulassen“ gezwungen sei und daher nicht hafte; vgl. O.BEHRENDTS U.A. (HG.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II*, Heidelberg 1995, S.778. M.E. wird an dieser Stelle hingegen die aktive Mittäterschaft, insbes. als „Anstifter“ der Untat, von der „bloßen“ *scientia* abgegrenzt, doch hat man als *dominus* für beides einzustehen. Für jemanden, der nicht Gewalthaber des Täters ist, gilt das allerdings nicht im selben Sinn, wie sich dann folgerichtig Paul. D.9.4.4.1 im Anschluss entnehmen lässt.

Sachverhalt hervorhebt, schließt das den Ausnahmetatbestand des §5.6 *i.f.* aus⁵⁶.

5. Zu Bedeutung und Zweck der beiden Noxalklauseln

Es bietet sich nun bereits ein erstes Fazit an: Trotz ihres verneinenden Charakters geben die beiden Kommentare Ulpian in D.9.3.1.8 und D.9.3.5.10 doch präzise Hinweise darauf, unter welchen Voraussetzungen die im Edikt verheißenen *actiones noxales* zur Verfügung stehen könnten. Dabei orientiert sich der Jurist – was sich von selbst versteht – am Wortlaut der prätorischen Bestimmungen, er bezieht aber zugleich auch die allgemeinen Grundsätze des Noxalrechts in seine Argumentation mit ein.

Das hat sich soeben – bei der Ulpianentscheidung D.9.3.5.10 – anhand der Wendungen *insciente domino* und *positum habere* gezeigt, wo der Spätklassiker das Dulden des Herrn (*arg. positum pati*) sowohl im Besonderen wie auch im Sinn des allgemein etablierten juristischen Sprachgebrauchs prüft. Von noch größerer Relevanz erweist sich in unserem Zusammenhang jedoch die Interpretation des Begriffs *facere*, der das Tun der eigenen Sklaven umschreibt: Damit wird nämlich weder das bloße „Wohnen“ (*habitare*) noch die Kontrollkompetenz hinsichtlich eines Gebäudes im Sinn des *positum habere* angesprochen, denn dann verübt der Sklave – wie aus Ulp. D.9.3.1.8 explizit hervorgeht – ja kein „Delikt“⁵⁷.

Mit anderen Worten ist das *facere* der Noxalklausel⁵⁸ im Einklang mit dem anschließenden Begriff *noxa*, also unter Bezugnahme auf „Schadenstat“ auszulegen, was bedeutet, dass hier nur ein *nocere* im Sinn des Noxalrechts – also etwa ein Hinunterwerfen des Objekts mit Schadensfolgen – vom Edikt gemeint ist⁵⁹. Denn eine Auslieferung des Sklaven als Schädiger bzw. wegen einer Schadenstat, also eine *noxae deditio*, erscheint nur möglich, wenn es tatsächlich zu einem

⁵⁶ Insofern merkt CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità* cit., S.678 m.E. zu Recht an, dass es sich dabei nicht um eine „bloße“ Anwendung der etablierten *scientia domini* handelt, doch ändert das nichts daran, dass Ulpian in seiner Argumentation hier ganz bewusst auf die parallele Struktur hinweist.

⁵⁷ Arg. ..., *quia non ex delicto servi venit* in D.9.3.1.8; s. oben bei Fn.34.

⁵⁸ Vgl. oben bei den Fn.6; 9 u.32.

⁵⁹ So auch ausdrücklich Ulpian in D.9.3.1.8 (*arg. neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit*).

„Delikt“ kommt⁶⁰. Und gerade dieses Argument gilt – angesichts der nahezu identischen Ediktsklauseln – auch für die Auslieferungsbefugnis im Rahmen der sog. *actio de posito*: Nur wenn der Sklave etwas aufgestellt hat, wie das Ulp. D.9.3.5.10 belegt⁶¹, und sich daraus eine *noxa* ergibt, worauf etwa auch der Beginn von D.9.3.5.12 Bezug nimmt⁶², lässt sich eine Noxalklage beantragen.

Dieses Resümee zieht nun zwei Konsequenzen nach sich, nämlich einerseits bezogen auf die Anwendbarkeit der Noxalklagen im Rahmen der beiden Edikte und andererseits im Hinblick auf den bislang noch nicht so eindeutig geklärten Zweck dieser prätorischen Anordnungen:

a) Wenn der Prätor die Gewährung der Noxalklauseln und damit die Auslieferungsbefugnis, die er zu Gunsten des *dominus insciens* vorsieht, vom Vorliegen einer „Schadenstat“ abhängig macht, so steht die Noxalklage bezogen auf die sog. *actio de posito* bei bloßer Gefährdung jedenfalls nicht zur Verfügung. Und dasselbe trifft auch auf einzelne Tatbestände im Rahmen der *actio de deiectis vel effusis* zu: Man denke nur etwa an die fahrlässige Tötung⁶³ und – unter Berücksichtigung des (freilich umstrittenen) historischen Entwicklungsgangs⁶⁴ – an die fahrlässige Körperverletzung einer freien Person; denn in solchen Fällen fehlt es an einem zu ahndenden *delictum privatum*. Demzufolge haben dann ein *habitor* oder ein *positum habens* nicht nur für das Verhalten freier und unfreier Dritter, sondern eben auch für ihre eigenen Sklaven (ohne Möglichkeit zur *noxae deditio*) einzustehen. Im Sinn der beiden Edikte ist hier jeder der beiden für den ihm zugeordneten Bereich verantwortlich, von dem das Unglück beziehungsweise die Gefahr ihren Ausgang nehmen.

⁶⁰ Vgl. FERCIA, *Il mistero delle ‚formulae in dominum habitatoris‘* cit., S.338, der zu Recht betont, dass dementsprechend die Argumentation in D.9.3.1.8 nicht widersprüchlich ist; ferner oben bei Fn.38f.

⁶¹ Arg. ... *quare si servus posuerit*, ... in D.9.3.5.10; s. oben bei Fn.52.

⁶² Arg. *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit*, ... in D.9.3.5.12; s. oben bei Fn.47.

⁶³ Vgl. etwa A.WACKE, *Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, in ID., *Unius poena – metus multorum*, Napoli 2008, S.535ff.; 551f.

⁶⁴ Zur diesbezüglichen Diskussion in der Lehre vgl. R.WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, bes. S.115f. und etwa H.HONSELL/W.KUNKEL, *Römisches Recht*, 4.Aufl., Berlin u.a. 1987, S.367 u. Fn.30 bzw. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., S.1014-1017 u. Fn.121.

Dieses Ergebnis bestätigt letztlich auch die Worte von Gaius in (3 *aur.*) D.44.7.5.5⁶⁵, dass man diesbezüglich *plerumque (!) ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi*, wobei es eben offen bleiben kann, ob es sich um Sklaven des eigenen Haushalts handelt oder nicht.

b) Damit bleibt noch kurz darauf einzugehen, wodurch sich das Bestehen von Noxalklauseln bei den sog. *actiones de deiectis vel effusis* sowie *de posito* überhaupt rechtfertigt, noch dazu unter Berücksichtigung des soeben skizzierten, relativ eingeschränkten Anwendungsbereichs. Hier ist m.E. auf ein zentrales Prinzip des Noxalrechts zu verweisen: Hat nämlich der eigene Sklave durch sein selbständiges *facere* eine Schadenstat verübt, etwa ein *damnum iniuria datum* oder eine *iniuria*, dann haftet sein Herr zum einen als *habitor* oder *positum habens* gemäß den in D.9.3 überlieferten Edikten, zum anderen ist er aber als Gewalthaber auch selbst einer Noxalklage ausgesetzt, beispielsweise im Rahmen der *lex Aquilia*.

Nun gilt im Noxalrecht jedoch der Grundsatz, dass ein *dominus* durch Auslieferung des „wahren“ Täters dem Opfer wie auch der Öffentlichkeit im Hinblick auf alle Buß- und Ersatzansprüche Genüge tut. Das lässt sich etwa anhand der Ulpianentscheidung (41 *ad Sab.*) D.13.1.4 verdeutlichen⁶⁶:

Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest.

Hat ein Sklave einen Diebstahl begangen, erspart sich sein Herr durch die Auslieferung des Täters nicht nur die Deliktsbuße aufgrund einer *actio furti noxalis*, sondern er entgeht auch dem Anspruch des Bestohlenen hinsichtlich des verlorengegangenen Diebsguts, das ansonsten mittels sachverfolgender *condictio (ex causa furtiva)* geltend gemacht werden könnte. Anhand einer Konstitution von Kaiser Gordian III. (*Quintiliano et aliis*; a.239) C.3.41.2 gewinnt dieses Prinzip sogar noch klarere Konturen⁶⁷:

⁶⁵ Zum Text s. schon oben Fn.12.

⁶⁶ Vgl. hierzu insbes. D.LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, S.115f.

⁶⁷ Vgl. ergänzend Ulp. (38 *ad ed.*) D.47.7.7.4-5 und etwa BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., S.100 Fn.2.

Si servi vestri inscientibus vobis vel etiam prohibentibus furtim arbores ceciderunt, quibus etiam propria poena iuxta legem saltui datam fuerat praestituta, frustra veremini, ne ex persona eorum ultra noxae deditio sitis obstricti, cum ex delictis servorum domini ignorantes vel prohibentes, si noxali actione conveniantur, ita condemnari debeant, ut aut noxae dedere aut condemnationem sufferre habeant in sua potestate.

Wenn Sklaven durch das heimliche Fällen von Bäumen Schaden zugefügt haben, ist der Gewalthaber – wie der kaiserliche Jurist hier ausführt⁶⁸ – nach deren *noxae deditio*, die im Rahmen des Verfahrens aufgrund der *actio arborum furtim caesarum noxalis* erfolgen kann, im Anschluss sogar vor jener *poena* sicher, die ein Waldschutzgesetz im öffentlichen Interesse auferlegt.

Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes wird der Prätor also auch bei den hier zu diskutierenden Edikten Noxalklauseln vorgesehen haben: Sie dienen insofern dem Zweck, den auslieferungsbereiten *dominus* vor einer ansonsten allenfalls drohenden zweiten Verurteilung zu bewahren⁶⁹, wenn das *facere* seines Sklaven zugleich als klagbares Delikt zu qualifizieren ist⁷⁰.

⁶⁸ S. dazu T.HONORE, *Emperors and lawyers*, 2.ed., Oxford 1994, S.114f.; 119f.

⁶⁹ An elektive Konkurrenz ist in diesem Fall m.E. nicht zu denken, einerseits wegen der unterschiedlichen Klagziele und andererseits auch deshalb, weil der *dominus* als *habitor* oder *positum habens* gemäß dem bestehenden öffentlichen Interesse ja „quasi-deliktisch“ haftet, während er als Gewalthaber desjenigen, der ein Delikt im eigentlichen Sinn begangen hat, aufgrund der entsprechenden *actio noxalis* einzustehen hat; es mangelt insoweit an der *eadem res*. Vgl. ferner LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I* cit., S.328f.

⁷⁰ Natürlich könnte es angesichts dieser Überlegungen reizvoll erscheinen, weitere Fallkonstellationen ins Auge zu fassen, obwohl es diesbezüglich an überlieferten Quellen fehlt; einige Beispiele mögen das verdeutlichen: 1) So fragt sich z.B. FERCIA, *Il mistero delle ‚formulae in dominum habitatoris‘* cit., S.327ff., was wohl rechtens sei, wenn ein *servus vicarius* des *servus habitator* (im Sinn von D.9.3.1.8) einen Schaden hervorruft: m.E. kann dann der *dominus* den *servus vicarius* im entsprechenden Noxalverfahren (z.B. gemäß der *lex Aquilia*) ausliefern, während der *servus habitator* gemäß Ulp. §1.8 *i.f. extra ordinem* zu bestrafen ist; vgl. dazu oben bei Fn.39ff. – 2) Hat hingegen ein fremder Sklave durch entsprechendes *facere* den Schaden hervorgerufen, steht m.E. gegen den freien *habitor* bzw. *positum habens* die jeweilige Ediktsklage zu, während gegen den Gewalthaber des unmittelbaren Täters – sofern die entsprechenden Voraussetzungen zu bejahen sind – mittels *actio legis Aquiliae noxalis*, mittels analoger Klage oder allenfalls mittels *actio in eum qui posuit* gemäß §5.12 *init.* (s. oben bei Fn.47ff.) vorgegangen werden kann. – 3) Handelt es sich schließlich bei Kläger, der sich einer vom Edikt verheißenen Popularklage – s. schon oben bei Fn.4 – bedient, nicht um das Tatopfer selbst, etwa bei einer durch das Hinunterwerfen mit Verletzungsfolge zugleich gegebenen *iniuria*,

Freilich lässt sich im Anschluss daran noch eine weitere, indirekte Zielsetzung anführen: Auch das entwickelte römische Deliktsrecht ist nämlich immer noch von dem seit alters geltenden Gedanken beeinflusst⁷¹, dass Sklaven, die eine Schadenstat begangen haben, von ihren Gewalthabern ausgeliefert werden sollen⁷².

so wird durch die *noxae deditio* der Popularkläger zum neuen Gewalthaber des Täters und wäre nunmehr m.E. – im Sinn der *noxæ caput sequitur*-Regel – seinerseits der noxalen Deliktsklage ausgesetzt.

⁷¹ Zu XII-Tab. 12.2 vgl. nur M.H.CRAWFORD (ED.), *Roman Statutes II*, London 1996, S.716-718.

⁷² S. dazu auch M.PENNITZ, *Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven*, in *FS für R.Knütel*, Heidelberg 2009, S.872; ID., *Obligatio domini und obligatio servi. Drittbeteiligung am Schuldverhältnis bei Sklavendelikten*, in J. D.HARKE (HG.), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis*, Heidelberg u.a. 2010, S.85f.