

ANDRÁS FÖLDI

Zur Frage der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso*

Über die Frage der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso* und die Art der diesbezüglichen Haftung herrscht in der römischrechtlichen Fachliteratur große Uneinigkeit. Obwohl hierüber die Lehrbücher – ja sogar die großen Handbücher – im allgemeinen ein stark vereinfachtes Bild zeigen, begegnet man schon auf der Lehrbücherebene eine bemerkenswerte Deutungsvielfalt. Die Ansichten lassen sich im Grunde genommen in zwei Kategorien einteilen: Während nach Ansicht von einigen Verfassern die Klage gegen den Aushänger (*qui posuit*) vorgesehen wurde, musste sie nach Meinung der anderen Gruppe gegen den Eigentümer bzw. Bewohner (*habitor*)¹ des Gebäudes angestrengt werden.² Auch die Ansichten derjenigen Romanisten, die

¹ Das Wort *habitor* (manchmal *inhabitor*) begegnet auch im quasideliktischen Kontext in den Quellen, siehe Ulp. XXIII *ed.* D. 9, 3, 1, 8f; Paul. XIX *ed.* D. 9, 3, 6, 2; für das Wort *inhabitor* siehe Ulp. XXIII *ed.* D. 9, 3, 5, 12.

² Zu den Vertretern der *qui posuit*-Theorie gehören etwa B. WINDSCHEID [- TH. KIPP]: *Das Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Leipzig 1906⁹, 984⁴, T. VÉCSEY: *A római jog institúciói* (Die Institutionen des römischen Rechts), Budapest 1902⁶, 409, R. SOHM – L. MITTEIS – L. WENGER: *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Berlin 1923¹⁷, 462 und G. PUGLIESE (in collab. F. SITZIA, L. VACCA): *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, 610, nach deren Ansicht die Klage gegen den Aushänger angestrengt werden könne. Von den Anhängern der *habitor*-Theorie sind etwa O. KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1357, G. MARTON: *A római magánjog elemeinek tankönyve. Institúciók* (Institutionen des römischen Privatrechts), Debrecen 1943⁵, 257 und R. BRÓSZ – E. PÓLAY: *Római jog* (Römisches Recht), Budapest 1984³, 468 der Ansicht, dass gegen den Hauseigentümer oder den Bewohner geklagt werden könne; nach H. HAUSMANINGER – W. SELB: *Römisches Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar 2001⁹, 197 richtete sich die Klage gegen den Gebäudeeigentümer, nach K. SZEMÉLYI: *Római jog* (Römisches Recht), II, Kolozsvár 1941², 127, nach TH. MARKY: *Curso elementar de direito romano*, São Paulo 1995⁸, 137 und nach A. BESSENYŐ: *Római magánjog* (Römisches Privatrecht), Budapest-Pécs 2003³, 532 aber gegen den Bewohner. Von denjenigen Lehrbuchverfassern, die sich mit dieser Problematik eingehender befassen, vertritt M. TALAMANCA: *Istituzioni di diritto romano*, Milano

das Problem vertieft behandeln, spiegeln im großen und ganzen den Gegensatz der „*qui posuit*-Theorie“ bzw. der „*habitor*-Theorie“ wider. Die Schlüsselfrage liegt eigentlich darin, ob der Tatbestand des im Edikt als Grundlage für die Passivlegitimation benannten Begriffs *positum habere* durch das – von jeder beliebigen Person verwirklichtbare – tatsächliche Aushängen oder eher durch das Erdulden des Aushängens durch den Eigentümer bzw. Bewohner des Gebäudes verwirklicht wird; oder aber ist zur Feststellung des *positum habere* das bloße Eigentum oder ein anderes, eine tatsächliche Kontrolle ermöglichendes Recht am Gebäude genügend? Aufgrund der *qui posuit*-Theorie kann man also sowohl zu einer engeren als auch zu einer weiteren Auslegung gelangen, wobei beide Varianten zur Begründung einer subjektiven Haftung (bzw. teilweise zu einer Haftung für fremdes Verhalten) führen. Demgegenüber kann man auf der Grundlage der *habitor*-Theorie einerseits zur Begründung einer subjektiven, andererseits aber auch zu einer objektiven Haftung gelangen.

Nach Ansicht von Wołodkiewicz habe das *edictum deposito et suspensio* ursprünglich ausschließlich gegen den tatsächlichen Aushänger eine Klage vorgesehen. Gleichwohl mutmaßt der namhafte Professor aus Warschau, dass Ulpian den Anwendungsbereich des Edikts auf den Eigentümer bzw. Besitzer des Hauses ausgedehnt habe.³ Grundlage hierfür ist die diesbezüglich als Schlüsselstelle geltende (im späteren noch zu analysierende) Ulpianstelle:

...*positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator...* (D. 9, 3, 5, 12).

Die rechtshistorisch ausgerichtete Betrachtungsweise des polnischen Romanisten ist originell und gefällig, ist aber nicht völlig überzeugend. In der erhalten gebliebenen Ediktsstelle ist nämlich nicht von der Haftung des Aushängers, sondern von der des „*positum habens*“ die Rede. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass von der Haftung des Eigentümers und des Besitzers des Gebäudes *expressis verbis* nur in den Ediktskommentaren Bezug genommen wird. Auch ist es m. E. nicht entscheidend, dass der Text des Ediktes sowohl in der Disposition als auch in der

1990, 633, die *qui posuit*-Theorie, insoweit er der Meinung ist, die Beklagte diejenige Person sei, die die Sache ausgehängt hat (also nicht unbedingt der Eigentümer oder *habitor*, sondern jede andere beliebige Person. S. DI MARZO: *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946³, 415, möchte die beiden Theorien miteinander mit der Feststellung versöhnen, dass die *actio* gegen den Aushänger oder die Person, die dies geduldet hat, angestrengt werden könne.

³ W. WOŁODKIEWICZ: *'Deiectum vel effusum' e 'positum aut suspensum' nel diritto romano*, RISG 12 (1968), 382ff. Diese Richtung wird in der jüngeren Literatur auch von J. M. COMA FORT: *El derecho de obligaciones en las «Res cottidianae»*, Madrid 1996, 184, vertreten.

Sanktion⁴ den möglichen Personenkreis der haftungsbewährten Handlungsweise bzw. der Verantwortlichkeit nur mit allgemeingültigem Charakter (*ne quis ... habeat; qui adversus ea fecerit*) bestimmt – diese Bezeichnungen dürfen nämlich nicht aus dem Kontext gerissen werden (beschränkt doch der Begriff *positum habere* als Beschreibung einer Handlungsweise, die von dem tatsächlichen Aushängen scharf getrennt werden muss, schon *ab ovo* den möglichen Personenkreis), und dürfen auch nicht aus dem weiteren Zusammenhang gerissen werden (nämlich davon, dass es Ziel dieser allgemeinen Formulierung ist, je nach Einzelfall entweder gegen den Eigentümer oder gegen den Bewohner vorgehen zu können). Zweifelsohne stellt Ulpian in D. 9, 3, 5, 12 den Aushänger (*qui posuit*) mit dem Bewohner (*qui habitaverit*) gegenüber und impliziert damit, dass die *actio de posito vel suspensio* – im Gegensatz zur *actio de deiectis vel effusis* – nicht gegen den *habitor*, sondern gegen den Aushänger angestrengt werden kann. Gleichwohl wird auch in dieser Digestenstelle auf den Tatbestand des *positum habere* angespielt: und ebendies begründet – wie im späteren zu bewiesen sein wird – auch im Lichte dieser Textstelle die Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspensio*.

Der *qui posuit*-Theorie steht auch Perozzi nahe, nach dessen Ansicht nicht nur gegen den Aushänger, sondern auch gegen den Hauseigentümer oder den Bewohner geklagt werden kann, falls letzterer es geduldet hat, dass die gefährliche Sache ausgehängt werde.⁵

Eine vermittelnde Anschauung vertritt Vacca, wobei sie aber letztlich der *habitor*-Theorie nähersteht. Vacca geht zunächst davon aus, dass die *actio de posito vel suspensio* theoretisch gegen den Aushänger (wer immer dies auch ist) angestrengt werden kann. Sie fügt jedoch hinzu, dass es sich aber im Regelfall nicht um jede beliebige dritte Person handle, sondern grundsätzlich um den Eigentümer bzw. Bewohner, wobei es keine Rolle spiele, ob diese Person dort wohnt oder nicht. Vacca kommt anhand der oben zitierten zentralen Ulpianstelle D. 9, 3, 5, 12 zu dem Schluss, dass die Regelung der Passivlegitimation einerseits den Zweck hatte, dass auch bei einem unbewohnten Gebäude ein „Schuldiger“ gefunden werden könne, und andererseits, dass der (abwesende) Eigentümer nicht für das Verschulden des Bewohners und *vice versa* der Bewohner auch nicht für das Verschulden des Eigentümers einstehen müsse. Vacca stellt aufgrund D. 9, 3, 5, 12 fest, dass das

⁴ Hier ist darauf hinzuweisen, dass diese Ediktstelle das Schulbespiel für die (angeblich) klassische Struktur der Rechtsnorm sein könnte, da hier die Hypothese („... in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum ... cuius casus nocere cui possit“), die Disposition („ne quis habeat“) sowie die Sanktion („qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo“) trefflich voneinander getrennt werden können.

⁵ S. PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928², 388. Unter Bewohner versteht Perozzi eine Person, die zum Wohnen berechtigt ist und dies auch tatsächlich tut.

Eigentums- oder Mietrecht am Gebäude bereits an und für sich die *de posito vel suspenso*-Haftung begründet, was also eine objektive Haftung im modernen Sinne bedeutet. Grundlage hierfür ist die aus der Rechtsposition entspringende Kontrollmöglichkeit der haftbar gemachten Person.⁶ Vacca hebt zudem hervor, dass die Klage auch dann gegen den Eigentümer oder den Bewohner verwendet werden könne, wenn bekannt ist, wer die Sache ausgehängt hat.⁷

In der Darstellung von Vacca ist vieles zutreffend, sie kann aber an mehreren Punkten bestritten werden: Das Scheinzugeständnis an die *qui posuit*-Theorie halte ich für eine unnötige Vorsicht, da dies auf die Theorie der italienischen Romanisten letztlich keine Auswirkungen hat und nur ihre Klarheit trübt. Anfechtbar ist auch die Feststellung, wonach es irrelevant sei, ob die verantwortlich gemachte Person im Gebäude wohnt oder nicht. Aus D. 9, 3, 5, 8 (...*sive inhabitent, sive non...*) folgt m.E. – wie ich hierauf unten noch zurückkehren werde – nicht, dass das Vorliegen des Tatbestandselementes der *inhabitatio* vollkommen unerheblich sei, sondern vielmehr dass der Hauseigentümer – mangels besserer Alternative – auch dann haftbar gemacht werden kann, wenn er nicht im Gebäude wohnt. Sinn dieser Regelung ist es einerseits zu vermeiden, dass die tatsächlich herrenlosen (also vernachlässigten) Gebäude die Sicherheit der Fussgänger gefährden, und andererseits den Hauseigentümer dazu zu bewegen, sich wenigstens in minimalem Maße um das Gebäude zu kümmern.

Die subjektive Variante der „*habitor*-Theorie“ (um diesen vereinfachenden Ausdruck anzuwenden) wurde bereits von Donellus vertreten, als er ausführte, *positum habere* impliziere den Tatbestand, dass der Eigentümer oder Mieter eines Gebäudes selbst die Sache ausgehängt habe oder wenigstens das Aushängen durch eine andere Person geduldet habe.⁸ Ähnliche Auffassungen werden in der neueren Literatur von Longo, Burdese, Watson, Wicke und Wallinga vertreten.⁹

⁶ L. VACCA: *Delitti privati e azioni penali nel principato*, ANRW II. 14, 1982, 715.

⁷ VACCA: a.a.O. 716¹⁹.

⁸ Nach H. DONELLUS: *Commentarii de iure civili*, IX, Norimbergae 1826⁶, 438 (= 15, 43, 4) „[p]ositum habere intelliguntur inquilini aedium sive inhabitent sive non, qui aut posuerunt ipsi, aut ab alio positum patiuntur, cum prohibendi ius esset“.

⁹ A. WATSON: *Liability in the actio de positis ac suspensis*, Mélanges Ph. Meylan, Lausanne 1963, 379, der vom Streit in der Fachliteratur augenscheinlich keine Kenntnis nimmt, hält kategorisch fest: „It is perfectly clear that the *actio de positis ac suspensis* lay against the *habitor* not the person who placed or suspended the dangerous object...“. Ihm zufolge war die Kenntnis und die Eingriffsmöglichkeit des *habitor* gleichermaßen Vorbedingung zur Anwendbarkeit des Edikts (a.a.O. 380). Ähnlich sieht es auch G. LONGO: *I quasi delicta – actio de effusis et deiectis – actio de positis ac suspensis*, Studi C. Sanfilippo, IV, Milano 1983, 459 und A. BURDESE, SDHI 57 (1991), 456. Letzterer betont unter Berufung auf die Formulierung *ab alio positum patitur* in der Ulpianstelle in D. 9, 3, 5, 10, dass die Haftung des Eigentümers bzw.

Die Theorie der objektiven Haftung des *habitor* wird etwa von Stein¹⁰ und Giménez-Candela vertreten. Die spanische Romanistin geht davon aus, dass das Edikt eine Klage nicht gegen den Aushänger, sondern gegen den „*positum habens*“ ermöglichte. Nach ihrer Ansicht weisen die beiden Wendungen im Edikttext *ne quis* und *ad omnes pertinent* auf einen weiten Personenkreis hin, zu dem auch der *habitor* gehört. Giménez-Candela verwirft Wołodkiewicz' Theorie und vertritt statt dessen die Ansicht, dass anhand des Edikts seit den Anfängen gegen den *habitor* geklagt werden konnte, und zwar unabhängig von dessen Verschulden.¹¹ Ähnlich sieht es Guarino, insoweit er meint, dass der Bewohner im klassischen Recht auf objektiver Grundlage haftete, da ihm die Gefahrensituation zugeschrieben wurde; in der nachklassischen Zeit wurde aber sein Haftungsmaßstab auf *culpa* reduziert.¹² Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Gordon, wenn auch mit Rücksicht auf die fragmentarisch erhalten gebliebenen Ediktskommentare mit Vorsicht.¹³

Zur Herausbildung einer fundierten Theorie erscheint es zweckmäßig, unsere Aufmerksamkeit eher auf die Quellen selbst als auf die einzelnen in der Fachliteratur vertretenen, z. T. einander diametral entgegengesetzten Ansichten zu richten. Nach dem einschlägigen Edikttext kann die *actio de posito vel suspenso* gegen diejenige Person angestrengt werden, die das im Edikt bestimmte Verbot missachtet. Das haftungsbewährte Verhalten wird im Edikt mit dem Ausdruck *positum habeat* bestimmt. Demzufolge ist Giménez-Candela in dem Punkt unbedingt zuzustimmen, dass die Klage gegen den „*positum habens*“ angestrengt werden kann.¹⁴ Fraglich ist es freilich weiterhin, was unter *positum habere* zu verstehen ist. Zur Erhellung dieses Tatbestandes bietet Ulpian die folgende Erklärung an:

des Bewohners des Gebäudes grundsätzlich auf der Duldung des gefährvollen Aushangs, also auf Verschuldensgrundlage beruht. Nach H. WICKE: *Respondeat superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Berlin 2000, 101, basierte die Haftung des Eigentümers (Bewohners) wahrscheinlich auf deren Kenntnis über das Aushängen. Siehe ähnlich auch T. WALLINGA: 'Effusa vel deiecta' in *Rome and Glasgow, The Edinburgh Law Review* 6 (2002), 118.

¹⁰ P. STEIN: *The nature of quasi-delictal obligations in Roman law*, RIDA 5 (1958), 563.

¹¹ T. GIMÉNEZ-CANDELA: *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, 117ff.

¹² A. GUARINO: *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², 1005. Der Ansicht Guarinos kann insofern zugestimmt werden, als die nachklassischen Rechtsgelehrten sich zwar im verstärkten Maße auf das Verschuldensmoment beriefen, aber meinerseits setze ich keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen den Beurteilungen in den beiden Zeitaltern voraus.

¹³ W. M. GORDON: *The 'actio de posito' reconsidered*, *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London 1983, 48ff.

¹⁴ Auch Ulpian hebt hinsichtlich der Passivlegitimation das Tatbestandsmerkmal des *positum habere* hervor: „...coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat sive non nocuit“ (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 11).

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 (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 10).

Hiernach wird der Tatbestand des *positum habere* auch dadurch erfüllt, dass jemand nicht selbst eine Sache aushängt, sondern das Aushängen durch eine andere Person duldet. Ulpian fügt hinzu, dass wenn das Aushängen durch einen Sklaven erfolgt und dies von seinem Herrn geduldet wird, dieser nicht noxal, sondern *suo nomine* haftet.

Die Duldung wird vermutlich von derjenigen Person verwirklicht, der es am ehesten möglich gewesen wäre, die tatbestandsmäßig ausgehängte Sache zu entfernen. Ulpian weist in dieser Hinsicht auf den Eigentümer (*dominus aedis*) bzw. den Mieter (*inquilinus*) hin:

... haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 8).

Aufgrund dieser Stelle kann man darauf schließen, dass die Grundlage für die Verwirklichung des *habere aliquid expositum* diejenige tatsächliche Kontrolle¹⁵ ist, die jemand – zumeist verifizierbar aus den Besitzverhältnissen heraus – über dem Gebäude ausübt, wobei es für diese tatsächliche Kontrolle keine Rolle spielt, ob diese Person tatsächlich im Gebäude wohnt oder nicht. Das Bestehen der tatsächlichen Kontrolle wurde offensichtlich fallweise entschieden.

Diese Deutungsweise wird auch von derjenigen – in der Fachliteratur oftmals zitierten – Quellenstelle untermauert, in der Ulpian neben dem *dominus aedis* nicht den *inquilinus*, sondern den *inhabitor* als „*positum habens*“ bezeichnet:

... positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator... (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 12).

¹⁵ In ähnlicher Weise spricht auch R. ZIMMERMANN: *Effusum vel deiectum*, Festschrift H. Lange, Stuttgart–Berlin–Köln 1992, 305 von der „tatsächlichen Verfügungsgewalt“. Siehe ähnlich VACCA: a. a. O., 715; T. PALMIRSKI: *Effusum vel deiectum*, Mélanges W. Wołodkiewicz: II, Warszawa 2000, 676f.; WICKE: a. a. O., 101. Anders hingegen GORDON: a. a. O., 50.

In diesem Textteil weist Ulpian darauf hin, dass als „*positum habens*“ keinesfalls diejenige Person betrachtet werden kann, die die Sache tatsächlich ausgehängt hat (*qui posuit*), dass aber die Person des „*positum habens*“ und des *qui posuit* zusammenfällt, wenn der Aushang durch den Eigentümer oder durch den Bewohner erfolgt ist. Der Begriff *inhabitor* weist auf das tatsächliche Dortwohnen hin, was das wohl häufigste – wenn auch nicht zugleich ein wesentliches – Element der *de posito vel suspenso*-Haftung darstellt.

Das Subjekt der Haftung für die aus den ausgehängten Sachen resultierenden Gefahren ist also im Grunde genommen der Eigentümer des Gebäudes (*dominus aedis*), der Mieter (*inquilinus*) oder der Bewohner (*inhabitor*) als „*positum habens*“. Demzufolge ist die Bedeutung, des Moments des Dortwohnens nuanciert zu beurteilen, während die *qui posuit*-Theorie, die das tatsächliche Aushängen in den Mittelpunkt stellt, auf eine falsche Interpretation der Quellen beruht.

Darüber, aufgrund welcher Kriterien im Einzelfall festgestellt werden kann, ob der Eigentümer oder der Bewohner als „*positum habens*“ gilt, geben die Quellen leider keine eindeutige Auskunft. Immerhin ist ihnen *expressis verbis* zu entnehmen, dass wenn der Eigentümer, der Bewohner oder einer ihrer Sklaven die Sache ausgehängt hat, die *actio* aufgrund dieser Tatsachen gegen den Gebäudeeigentümer bzw. den Bewohner angestrengt werden kann.¹⁶ Offensichtlich erscheint auch, dass wenn der Aushang im Auftrag oder wenigstens in Kenntnis oder unter Duldung des Gebäudeeigentümers bzw. Bewohners erfolgt ist, von diesen Personen diejenige haftet, die den Aushang in Auftrag gegeben, zur Kenntnis genommen bzw. erduldet hat. Falls dieses Wissensmoment bei beiden vorliegt, hafteten sie wahrscheinlich solidarisch.¹⁷

Weitaus schwerer ist es, anhand der Quellen festzustellen, dass wenn der Aushang durch eine *persona extranea* erfolgt ist, wovon weder der Eigentümer noch der Bewohner (bzw. Mieter) nichts gewußt haben, ob und aufgrund welcher Kriterien sie gehaftet haben. Zwar spielt Ulpian darauf an, dass es irrelevant sei, ob der Eigentümer bzw. der Mieter im Gebäude wohnt; nichtsdestoweniger erscheint es offensichtlich, dass wenn einer von beiden –

¹⁶ Wie bekannt, begründete auch das Aushängen *insciente domino* durch einen Sklaven die quasideliktische Haftung des Gewalthabers, welcher sich aber der *exceptio noxalis* bedienen konnte, siehe etwa F. SERRAO: *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, 164; H. ANKUM: *L'édit du préteur « De his qui deiecerint vel effuderint »*, *Studia Iuridica* [Warszawa], 41 (2003), 15.

¹⁷ Diese Schlussfolgerung kann aus der solidarischen Haftung im Bereich der *actio de deiectis vel effusis* gezogen werden, s. hierzu D. 9, 3, 1, 10; eod. 2f., vgl. A. FÖLDI: *A másért való felelősség a római jogban* (Die Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten im römischen Recht), Budapest 2004, 157.

bloß *de iure* oder auch *de facto* – im Gebäude wohnt und so darüber eine rechtliche oder auch eine tatsächliche Kontrollgewalt hat, in erster Linie dann vor allem diese Person haftet, und zwar unabhängig davon, ob er *in concreto* von dem Aushang weiß oder hiervon aus irgendeinem Grund nicht informiert war.

Bei der Festlegung der Person des „*positum habens*“ ist es also unerheblich, durch wen der Aushang tatsächlich erfolgt ist, und es ist eigentlich auch unerheblich, ob die haftbar gemachte Person im Gebäude gewohnt hat. Es spielte auch keine Rolle, ob der Eigentümer seine Schuldlosigkeit beweisen konnte. Der einzige Fall, in dem sich der Eigentümer oder Mieter (Bewohner) auf seine Schuldlosigkeit berufen konnte, war der, dass er von dem Aushang durch seine Sklaven nichts gewußt hat – und auch in diesem Falle wurde er nicht von der Haftung befreit, sondern konnte lediglich wählen, ob er statt der Zahlung der *poena* lieber den Delinquenten *in noxam* geben würde.

Aus den Quellen geht eindeutig die rechtspolitische Bestrebung hervor, dass auf jeden Fall ein „Schuldiger“ gefunden werden muss: falls dies aufgrund der unmittelbaren tatsächlichen Beziehung nicht möglich war (z. B. wenn der aushängende Mieter zwischenzeitlich verzogen ist), so musste letztlich der Eigentümer einstehen. In diesem Falle ist die *de posito vel suspenso*-Haftung gänzlich objektiv ausgerichtet, also sie stellt eine echte Gefährdungshaftung dar.

Demgemäß ist meine – durch die Quellen nur teilweise bzw. auf mittelbare Weise belegbare – Schlussfolgerung, dass die *actio de posito vel suspenso* von den in Betracht kommenden Personen (Gebäudeeigentümer, Mieter bzw. Bewohner) gegen diejenige angestrengt werden konnte, der es – in erster Linie auf subjektiver Grundlage, letztlich aber auch anhand objektiver Umstände (z. B. Eigentumsrecht) – anzulasten ist bzw. der es im Vergleich zu anderen Personen eher anzulasten ist, dass die im Edikt bestimmte Gefahrensituation entstanden ist. Die *de posito vel suspenso*-Haftung gründet daher letzten Endes auf eine Art „relativer Vorwerfbarkeit“.

Zum Schluss möchte ich mich noch mit dem Problem der Passivlegitimation im Falle des Herunterfallens einer ausgehängten Sache beschäftigen. Im Laufe der Darstellung der *actio de posito vel suspenso* befassen sich die Lehrbücher und die Handbücher des römischen Privatrechts im allgemeinen nur mit der aufgrund der Risikosituation anstrengbaren Klage. Nur selten wird auf die Frage eingegangen, welche Klage zur Verfügung stand, wenn die ausgehängte Sache tatsächlich heruntergefallen war. Wenn die tatbestandsmäßig (also eine auf die *suggrunda* oder das *protectum* auf gefährliche Art und Weise) ausgehängte Sache hinunterfällt, ohne Schaden anzurichten, so fällt dieser

Tatbestand – wie die tatsächliche, aber folgenlose Manifestation der Gefahr – noch unter den Geltungsbereich des *edictum de posito et suspensio*.¹⁸ Es ist aber nicht eindeutig, wie der Fall zu behandeln war, wenn die ausgehängte und hinuntergefallene Sache tatsächlich Schaden angerichtet hat. Die sich mit dieser Frage beschäftigenden Romanisten haben diesbezüglich voneinander stark abweichende Ansichten dargelegt. Im Hintergrund des Streites stehen natürlich die spärlichen und widersprüchlichen Quellentexte. Die Antwort hängt sogar auch hier von der Auslegung der bereits oben in einem anderen Kontext zitierten Ulpianstelle in D. 9, 3, 5, 12 ab:

Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, 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... (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 12).

Nach dieser Aussage kann, wenn die ausgehängte Sache herunterfällt und somit Schaden entsteht, gegen den Aushänger und nicht gegen den Bewohner geklagt werden, da in diesem Fall die *actio (actio de deiectis vel effusis?)* nicht „ausreichend“ ist. Der Grund dafür ist, dass als „*positum habens*“ nicht diejenige Person gelten kann, die die Sache ausgehängt hat, es sei denn, es handelt sich um den Eigentümer oder den Bewohner des Gebäudes.

Diese Stelle scheint nicht nur unecht zu sein,¹⁹ sondern ist auch voller logischer Widersprüche. Wenn die mit der Wendung *in eum competit actio* gekennzeichnete *actio* nicht gegen den *habitor*, sondern gegen die aushängende Person (*qui posuit*) angestrengt werden kann, so spricht dies auf den ersten Blick – jedenfalls dann, wenn man zwischen der *actio de deiectis vel effusis* und der *actio de posito vel suspensio* wählen muss – dafür, dass Ulpian die *actio de posito vel suspensio* gemeint hat. Demnach müsste die in der Wendung *quasi haec actio non sufficiat* erwähnte Klage die *actio de deiectis vel effusis* sein. An dieser Stelle stellt sich die Frage, warum die letztere Klage keinen zufriedenstellenden Schutz für die geschädigte Person bietet. Wenn schon eine der beiden Klagen „*non sufficiat*“, so doch eher die *actio de posito*

¹⁸ „...[C]oercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat sive non nocuit“ (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 11).

¹⁹ Nach WATSON: a. a. O., 381 ist die Textstelle – wegen eines unaufmerksamen Abschreibers – derart korrumpiert, dass deren zufriedenstellende Wiederherstellung nicht möglich ist; s. ähnlich auch LONGO: a. a. O., 462.

vel *suspensio*, da die (die Risikosituation sanktionierende) *poena* nicht unbedingt die durch das Hinunterfallen entstandenen Schäden deckt.²⁰

Nicht ganz verständlich ist auch, in welchem logischen Zusammenhang die Wendung *quia...* mit dem vorherigen Gedanken steht. Diejenige Feststellung nämlich, dass die Person des „*positum habens*“ nur dann mit der Person des Aushängers identisch ist, wenn der Aushang vom Eigentümer bzw. Bewohner selbst erfolgt ist, ist lediglich eine Kommentierung der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspensio*, die aber nicht als Argument für den weniger geeigneten Charakter der *haec actio* dienen kann. Denn wenn nämlich Ulpian die Vorteile der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspensio* gegenüber der zur *actio de deiectis vel effusis* hätte aufzeigen wollen, hätte er sich darauf berufen müssen, dass es für die geschädigte Person zweckmäßiger sei, dass er gegen den „*positum habens*“ und nicht gegen den *habitor* vorgehen kann, und umgekehrt.

Die Forscher, die diese Quelle erörtert haben – und bereits die byzantinischen Rechtsgelehrten fallen darunter²¹ – suchten (und suchen noch heute) die Lösung in verschiedene, einander diametral entgegengesetzte Richtungen. Die Deutung als *actio de posito vel suspensio* wird etwa von Vacca vertreten, die der Meinung ist, dass für die Sanktionierung der Schadensverursachung durch Hinunterfallen der ausgehängten Sache die *actio de deiectis vel effusis* nicht unbedingt zweckmäßig sei, weil diese nur gegen den Bewohner angestrengt werden kann (demnach sei also diese Klage die „nicht zufriedenstellende“ *haec actio*); aber es stehe ja auch in diesem Falle die *actio de posito vel suspensio* zur Verfügung, deren Hauptvorteil es sei, dass sie gegen den Gebäudeeigentümer – im Gegensatz zu der *actio de deiectis vel*

²⁰ Die von dem *edictum de posito et suspensio* vorgesehenen Buße in Höhe von 10.000 HS scheint auf den ersten Anblick eine stattliche Summe zu sein und zweifelsohne war sie auch zur vollständigen Deckung der durch die *deiectio* oder *effusio* allgemein entstehenden Kosten (Reinigung der Kleidung, Gesundungskosten, entgangener Arbeitslohn) geeignet. Wenn aber z. B. durch einen Unfall ein wertvoller Sklave umgekommen sein sollte (d. h. wenn der Schaden 100.000 HS übertreffen konnte, vgl. TH. PEKÁRY: *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*, Wiesbaden 1979, 108) oder wenn z. B. ein Rechtsanwalt vorübergehend arbeitsunfähig geworden sein sollte – *nota bene*, im Einklange mit der Verordnung des Kaisers Claudius konnte ein Anwalt für die Erledigung einer Sache sogar (bzw. höchstens) ein Honorar von 10.000 HS verlangen (s. K. VISKY: *Geistige Arbeit und die „artes liberales“ in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest 1977, 60) –, so wurde der Schaden durch die *poena* nicht unbedingt gedeckt.

²¹ Nach einem zur Stelle *Basilica* 60, 4, 5 hinzugefügten Scholion (Schol. Nr. 43. Heimb. V, 333) muss die Unmöglichkeit des Klagens gegen den Bewohner so verstanden werden, dass die *actio* gegen keine Person angestrengt werden könne, die nicht mehr im Haus wohnt.

effusis – auch dann angestrengt werden kann, wenn dieser nicht im Gebäude wohnt.²²

Eine andere Ansicht vertritt Giménez-Candela. Die spanische Romanistin geht davon aus, dass dieser Fall von dem Tatbestand in D. 9, 3, 1, 3 abweiche, wo nämlich die *actio de deiectis vel effusis* bei einem Hinunterfallen im Zuge des Aufhängens Anwendung fand. Auf dieser Grundlage bestreitet sie, dass sich der Geltungsbereich der letzteren Klage auch auf das Hinunterfallen des *suspensum* bzw. des *positum* erstreckt habe. Nach ihrer Ansicht ist auf diesen Tatbestand auch die *actio de posito vel suspensio* nicht anwendbar, da die Klage nicht gegen die tatsächlich aushängende Person (*qui posuit*) angestrengt werden kann, sondern gegen den „*positum habens*“, der ja niemand anderer ist als der Eigentümer bzw. Bewohner. Demzufolge kommt sie zu dem Ergebnis, dass Ulpian von einer *actio in factum* spricht, die gegen den Aushänger (*qui posuit*) angestrengt werden kann, und zwar unabhängig davon, ob er der Eigentümer oder Bewohner des Gebäudes ist oder nicht. Der Meinung der spanischen Romanistin zufolge sei die von Ulpian als „ungenügend“ empfundene *haec actio* nichts anderes als die ordentliche *actio de posito vel suspensio*, deren Nachteil es ist, dass dadurch nicht der tatsächliche Aushänger bestraft wird.²³

Im Gegensatz zu den obigen Deutungsversuchen wird von vielen Romanisten die Interpretation als *actio de deiectis vel effusis* akzeptiert. Der namhafteste Vertreter dieser bis zu den Glossatoren zurückverfolgbaren²⁴ Ansicht ist Cuiacius, der die folgende, in einer mit dem Text vollkommen entgegengesetzte Lesart resultierende Emendation vorschlägt: *in eum competit actio qui <habitaverit>, non in eum qui <posuit>*.²⁵ Demnach hätte Ulpian die Passivlegitimation im Vergleich zum erhalten gebliebenen Text eben gegenteilig, nämlich im Einklang mit den Regeln über die *actio de deiectis vel effusis* bestimmt, hätte also statt der *actio de posito vel suspensio* die *actio de deiectis vel effusis* angeboten. Diese Art der Deutung wird in der jüngeren Literatur von Provera und Talamanca befürwortet; nach ihnen konnte aufgrund des schadenverursachenden Hinunterfallens der ausgehängten Sache die *actio*

²² VACCA: a. a. O., 716¹⁹.

²³ GIMÉNEZ-CANDELA: a. a. O., 124ff. S. bereits ähnlich O. KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 1357. Gegen die These von Giménez-Candela spricht auch eine Äußerung von Ulpian (D. 9, 3, 1, 3: „et quod suspensum decidit, pro deiecto haberi magis est“), vgl. FÖLDI: *Die Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten im römischen Recht* (zit.), 151f.

²⁴ S. GORDON: a. a. O., 53.

²⁵ CUIACIUS: *Observationes*, col. 656 (22, 32): „verius est in habitatorem ex priori parte [scil. edicti – A.F.] competere actionem in duplum, quia id pro deiecto habetur“.

de deiectis vel effusis nach den allgemeinen Regeln angestrengt werden, also gegen den *habitor*.²⁶

Mommsen vertritt eine in gewissem Sinne eklektische Ansicht, da er neben der durchaus vorsichtigen Annahme der Emendation durch Cuiacius die folgende Konjekture vorbringt: *in eum competit actio qui <habitaverit non in eum qui posuit: itaque utilis danda erit in eum qui posuit>*.²⁷ Ihm zufolge konnte also auch gegen den Aushänger selbst mithilfe einer *utilis actio* vorgegangen werden, wobei er hierunter wohl eine der *actio de posito vel suspenso* nachgebildeten Klageart versteht. In der Fachliteratur werden außerdem noch zahlreiche andere Interpretationsweisen vertreten.²⁸

Meiner Ansicht nach steht Mommsen der Wahrheit am nächsten, da in einem Schadensfalle aufgrund Herunterfallens einer ausgehängten Sache die verschiedenen Rechtsbehelfe vermutlich miteinander in alternativer Konkurrenz standen. Zweifelsohne hat die Tatsache, dass die ausgehängte Sache heruntergefallen und eventuell tatsächlichen Schaden angerichtet hat, die Anstrengung der *actio de posito vel suspenso* – falls der Aushang ansonsten dem Tatbestand der *edictum de posito et suspenso* entsprochen hat – nicht gefährden, sondern hat den Erfolg als Manifestation der Gefahrensituation eher geradezu garantiert.²⁹ Es ist sogar nicht auszuschließen, dass die *actio de posito vel suspenso* – wenn eine ausgehängte Sache heruntergefallen und dadurch Schaden entstanden ist – mit Rücksicht auf die unzweifelhafte Verifikation der Gefahr unabhängig davon gewährt wurde, ob der Aushang dem Tatbestand des *edictum de posito et suspenso* entsprochen hat – dies konnte nämlich im Nachhinein ohnehin nicht immer nachgewiesen werden. Jedenfalls kann im Lichte von D. 9, 3, 1, 3 kaum bestritten werden, dass im Falle des Hinunterfallens einer bereits ausgehängten Sache *per analogiam* die *actio de deiectis vel effusis* gewährt wurde. Anfechtbar ist auch kaum die Feststellung,

²⁶ PROVERA: *Actio de effusis et deiectis*, 261; TALAMANCA: a. a. O., 633.

²⁷ S. *Digesta Iustiniani Augusti*, editio maior (ed. TH. MOMMSEN), I, Berolini 1866, 296⁶. Nach WOŁODKIEWICZ: a. a. O., 382 spricht für die Deutung Mommsens der Text in D. 9, 3, 1, 3, in der aber Ulpian unsicher ist, ob die *actio de deiectis vel effusis* auch im Falle des Hinunterfallens des Gegensandes anwendbar ist.

²⁸ Nach WATSON: a. a. O., 381 billigte Ulpian wahrscheinlich auch in diesem Falle die *actio de posito vel suspenso* gegen den *habitor* zu, aber nur dann, wenn dieser von dem gefährlichen Aushang gewußt hat, also nur im Verschuldensfalle. Zu den übrigen Ansichten s. zusammenfassend GIMÉNEZ-CANDELA: a. a. O., 125.

²⁹ Von Ulpian selbst wissen wir, dass von der *actio de posito vel suspenso* auch im Falle des tatsächlichen Schadenseintritts Gebrauch gemacht werden konnte: „...coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat sive non nocuit“ (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 11).

dass die für mittelbare Schädigung ausgearbeitete *in factum actio legis Aquiliae*³⁰ auch gegen den Aushänger angewandt werden konnte.³¹

FÖLDI ANDRÁS

MEGJEGYZÉSEK AZ *ACTIO DE POSITO VEL SUSPENSO* PASSZÍV LEGITIMÁCIÓJÁRÓL

(Összefoglalás)

A szerző tanulmányában egy, a római jogi szakirodalomban igen vitatott problémát tesz elemzés tárgyává. Egyes szerzők (pl. Wolodkiewicz) szerint a praetori edictum az *actio de posito vel suspensio*t eredetileg az ellen a személy ellen irányozta elő, aki egy épületnek az utca fölé kiszögellő részére (*suggrunda, protectum*) veszélyes módon kihelyezett vagy kifüggesztett egy tárgyat, a többségi álláspont szerint azonban ez a kereset eredetileg is a lakó (*habitor*), a bérlő (*inquilinus*), illetve végső soron a háztulajdonos (*dominus aedis*) ellen irányult. De ez utóbbi nézet képviselői is megoszlanak atekintetben, hogy szükséges volt-e a felelősség megállapításához a bérlő (háztulajdonos) vétkessége (így vélekedik pl. Watson és Wacke, míg sokan, pl. Stein és Giménez-Candela objektív felelősségről beszélnek).

A szerző szerint a *de posito vel suspensio* felelősség dogmatikai alapját képező, a forrásokban a *positum habere* kifejezéssel körülírt magatartás nem azonosítható a kifüggesztéssel, másfelől annak nem képezi szükségszerű elemét a bérlő (háztulajdonos) vétkessége sem. Az bizonyos, hogy a veszélyesen kihelyezett, kifüggesztett tárgyakkal kapcsolatban a római jogalkalmazó jogpolitikai szempontból mindenképpen akart egy felelőssé tehető személyt találni, mégpedig lehetőleg annak vétkes magatartása alapján (pl. a kifüggesztés személyes eszközlése vagy annak eltűrése), de végső soron, „jobb híján” felelőssé tették a távollevő vétlen háztulajdonost is. A szerző következtetése ezért az, hogy ez a felelősségi alakzat egyfajta „relatív felróhatóságon” alapuló objektív, többnyire pedig más cselekményéért való felelősség.

³⁰ Vgl. H. HAUSMANINGER: *Das Schadenersatzrecht der „lex Aquilia“*, Wien 1996⁵, 17f.

³¹ S. ähnlich auch MARTON, a. a. O., 257, nach dessen Meinung die *actio legis Aquiliae* gegen den Aushänger angestrengt werden könne), sowie in der älteren Literatur C. FADDA: *L'azione popolare*, Torino 1894, 182² (zitiert in GIMÉNEZ-CANDELA, a. a. O., 125).

A szerző a passzív legitimáció kérdését azzal a tényállással kapcsolatban is vizsgálja, amikor egy veszélyesen kihelyezett vagy kifüggesztett dolog leesése okoz kárt. A szakirodalomban kifejtett sok és sokféle nézet közül Mommsen hipotéziséhez csatlakozik, amely szerint ilyen esetben a károsult választhatott az *actio de deiectis et effusis* és az *actio de posito vel suspenso* között, illetve perelhette a kifüggesztőt.