

Selbsthilfe bei Brandgefahr.

Überlegungen zu den Rechtsmitteln im Prinzipat¹

Jean-François Gerken
Universität Lüttich, Belgien

1. Brandgefahr in Rom, Feuerwehr und Selbsthilfe
2. Die verschiedenen Rechtsmittel im Edikt des Prätors
3. Das Interdikt *quod vi aut clam* (D.43.24.7.4)
4. Die *actio legis Aquiliae* (D.9.2.49.1)
5. Die *actio de incendio ruinae naufragio rate nave expugnata* (D.47.9.3.7)
6. Schluss

1. Brandgefahr in Rom, Feuerwehr und Selbsthilfe

Es ist allgemein bekannt, dass es in Rom sehr oft brannte. Und zwar nicht nur hin und wieder, sondern täglich.² Während der Blütezeit der Großstadt der Antike soll es jeden Tag 100 Brände gegeben haben, wovon bis zu zwei Großbrände waren. Wie schrecklich diese Brände auch für den einzelnen Betroffenen gewesen sein mussten, sie gehörten zum römischen Alltag. Die innerstädtischen Viertel um das Forum Romanum, das Marsfeld und der Palatin waren besonders gefährdet, da sich dort vor allem *insulae* befanden, deren oberste Stockwerke – oft waren es bis zu sechs oder sieben! – aus Holz bestanden. Die dichte Bebauung des Zentrums von Rom spielte natürlich eine wichtige Rolle in der Häufigkeit der Brände. Jedoch sieht es auch danach aus, dass die Römer ein bisschen zu nachlässig mit den Sicherheitsvorschriften umgingen³ und dadurch die Brandgefahr deutlich erhöhten. Im Gegensatz zu heute gab es damals natürlich noch keine Feuerversicherung. Daher baute der Römer – wenn er ein privates Haus baute – nie im Hinblick darauf, dass dieses ihn überleben würde. Das

¹ Für die Verbesserung des deutschen Textes möchte ich Marlene Peinhopf sehr herzlich danken. Alle übriggebliebenen Fehler sind meine. Dieser Text wurde auch am 21. Januar 2011 an der Karl-Franzens-Universität Graz vorgetragen.

² D.1.15.2 (Ulp., *l.s. de off. praef. vig.*) : *Pluribus uno die incendiis exortis.*

³ D.1.15.3-4 (Paul., *l.s. de off. praef. vig.*) : 3. *Sciendum est autem praefectum vigilum per totam noctem vigilare debere et coerrare calciatum cum hamis et dolabris, ut curam adhibeant omnes inquilinos admonere, ne neglegentia aliqua incendii casus oriat. 4. Praeterea ut aquam unusquisque inquilinus in cenaculo habeat, iubetur admonere.*

Baumaterial war also meistens preiswert und feuergefährlich, so dass ein möglicher Verlust durch einen Brand möglichst gering gehalten wurde.

Allerdings betrafen die Brände nicht nur die *insulae* – und somit die ärmeren Viertel – sondern auch die Villen der reicheren Römer sowie öffentliche Gebäude, wie die Curia und den Jupitertempel (der unter anderem 83 v. Chr. und 69 n. Chr. brannte).

Da es so oft brannte, musste Rom natürlich auch spezifische Maßnahmen dagegen treffen: In praktischer Hinsicht musste man Feuerwehrdienste einrichten und in juristischer musste man eine Lösung für die Auswirkungen eines Brandes – sowie für die Vorfälle, die während eines Brandes üblich waren, – finden.

Um ein Feuer zu löschen, brauchten die Römer – natürlich – Wasser, aber sie verwendeten auch Tücher, Essig... und Achsen. Mit einer Achse konnte man ein brennendes Haus – und sogar ein noch nicht brennendes Haus! – niederreißen, um so die Verbreitung eines Brandes zu vermeiden. In den Texten geht es oft darum, Brände „einzudämmen“. Paulus schreibt zum Beispiel:

D.1.15.1 (Paul., *l.s. de off. praef. vig.*) :

Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt (...)

Für den Kampf gegen Brände waren verschiedene Magistrate zuständig.

Der Jurist Paulus (D.1.15.1⁴) erklärt also, dass in den frühen Jahren ein Triumvirat dafür zuständig war: die *tresviri nocturni*⁵. Später waren es aber hauptsächlich die Ädilen. Doch blieben die anderen Magistrate immer in den Kampf gegen das Feuer involviert. So erwähnt Paulus auch noch die Tribune und die Konsuln. Augustus hat den Ädilen 600 Sklaven gegeben, um ihnen im Kampf gegen Brände zu helfen⁶. Der wichtigste Eingriff Augustus' war jedoch die Einführung der *vigiles*, der Nachtwächter Roms. Diese fungierten sowohl als Polizei als auch als Feuerwehr.

⁴ D.1.15.1 (Paul., *l.s. de off. praef. vig.*) : *Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt: interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis. Erant autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur: fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent, deinde divus Augustus maluit per se huic rei consuli.*

⁵ Laut Olivia Robinson [*Fire Prevention in Rome*, RIDA 24 (1977) 379] sind diese ident mit den *tresviri capitales*.

⁶ Cassius Dio 54.2.

Der Kampf gegen Brände war auf jeden Fall ein sehr schwieriger und wurde nie definitiv gewonnen. So kam es auch sehr oft vor, dass Privatleute sich dazu gezwungen fühlten, selber einzugreifen. Und somit komme ich zu meinem Hauptthema: Selbsthilfe bei Brandgefahr oder gar bei Bränden.

Es gibt einen unter den römischen Juristen vieldiskutierten Fall, den wir in drei Ulpianstellen in den Digesten finden. Der Fall wird der des „*damnum incendii arcendi causa datum*“ genannt und der Sachverhalt ist folgender: Ein Brand nähert sich dem Haus von Primus. Dieser möchte sein Haus schützen und reißt das Haus seines Nachbarn Secundus nieder. Dadurch wird das Haus von Primus gerettet und der Brand eventuell eingedämmt. Jedoch hat Secundus kein Haus mehr. Wie ist dieser Fall nun rechtlich zu lösen?

2. Die verschiedenen Rechtsmittel im Edikt des Prätors

Wie schon angekündigt, gibt es zu diesem Fall drei Digestenstellen. Eine unter dem Titel 9.2 (*Ad legem Aquiliam*), eine unter dem Titel 43.24 (*Quod vi aut clam*) und eine letzte unter dem Titel 47.9 (*De incendio naufragio rate nave expugnata*). Dadurch lässt sich also schon vorwegnehmen, dass im Zusammenhang mit der Selbsthilfe gegen Brände drei verschiedene Rechtsmittel analysiert werden müssen: Die *actio legis Aquiliae*, die *actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata* und das *interdictum quod vi aut clam*. Diese drei Rechtsmittel gilt es jetzt also auseinander zu halten, um zu verstehen, wie die Römer unseren Fall gelöst haben. Beginnen möchte ich mit der *actio legis Aquiliae*.

3. Die *actio legis Aquiliae* – Ulpian, I.9 disp. (D.9.2.49.1):

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia⁷ persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: Nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: Et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.

Wenn gesagt wird, die *Lex Aquilia* handle einen widerrechtlich zugefügten Schaden, muß das so aufgefaßt werden, daß der Schaden dann als widerrechtlich angesehen wird, wenn er zugleich ein Unrecht darstellt, also nicht dann, wenn die Schadenszufügung unter übermächtigem Zwang geschah, wie Celsus hinsichtlich dessen

⁷ In der Haloander Ausgabe steht *Aquiliam* statt *Aquila*.

schreibt, der ein Nachbarhaus abgerissen hat, um einen Brand abzuwehren; in diesem Fall, schreibt er, entfällt nämlich die Klage nach der *Lex Aquilia*. Denn jener hat das Nachbarhaus in berechtigter Furcht, das Feuer werde bis zu ihm gelangen, abgerissen. Und gleich, ob das Feuer ihn noch erreicht hat oder ob es schon vorher gelöscht wurde, entfällt, meint Celsus, die Klage nach der *Lex Aquilia*⁸.

Der Fall ist uns also bekannt: Primus hat das Haus des Secundus niedergelassen, um einen Brand einzudämmen. Secundus verlangt Schadenersatz aus der *actio legis Aquiliae*. Ulpian stimmt jedoch Celsus zu, indem er diese Klage abweist. Sie meinen, es gäbe kein Unrecht (also keine *iniuria*), wenn jemand durch höhere Gewalt dazu gezwungen worden ist, einen Schaden zu verursachen (*magna vi cogente*). Denn im Falle von Primus wurde dieser durch gerechtfertigte Angst zur Schadenszufügung bewegt (*iusto metu ductus*). Und da die *iniuria* ganz fehlt, kann die *actio legis Aquiliae* also nicht erhoben werden.

So einfach, wie ich den Text jetzt kurz dargestellt habe, ist diese Ulpianstelle jedoch nicht.

Wir wollen uns kurz der Textkritik widmen:

Aquila – Aquiliam:

In der Haloander Edition steht *Aquiliam*, statt *Aquila* wie in der Florentina. Grammatikalisch sind beide Versionen korrekt. Der Unterschied wäre, dass in der *Aquila*-Version *Aquila* das Subjekt von *dicitur* ist, wohingegen *Aquiliam* das Subjekt von *persequi* wäre. Da es inhaltlich auch keinen großen Unterschied macht, schlage ich vor, dass wir bei der Florentinischen *lectio* bleiben. Die Haloander Version ist auch eine *lectio faciliior* und dadurch ein bisschen ‚verdächtiger‘ als die Florentina.

Aber besonders kompliziert wäre der Satz „*Nisi magna vi cogente fuerit factum*“ zu erachten, der hier ein bisschen merkwürdig erscheint. Deswegen hatte Theodor Mommsen schon vorgeschlagen, die Worte „*fieri autem non potest, ut damnum iniuriam non attulerit*“ direkt davor einzufügen. Dies erleichtert natürlich das Verständnis der Quelle. Die Ulpianstelle sagt uns, dass die *Lex Aquilia* nur dann angewandt wird, wenn ein Schaden widerrechtlich zugefügt wurde und dass dies nicht der Fall ist, wenn er unter übermächtigem Zwang verursacht wurde. Die von Mommsen eingefügten

⁸ Deutsche Übersetzung: Behrends Okko (Hrsg.); Knütel Rolf (Hrsg.); Kupisch Berthold (Hrsg.); Seiler Hans Hermann (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*. Bd. II. Digesten 1-10. Gemeinschaftlich übersetzt von den Herausgebern, Heidelberg, C.F. Müller, 1995.

Worte würden ein doppeltes Problem lösen. Zuerst einmal das grammatische Problem: Es fehlte ein Hauptsatz vor *Nisi*. Zudem wird auch ein logisches Problem gelöst. Der Satz, der mit *Nisi* beginnt, scheint eine Ausnahme vom vorangehenden Satz einzuführen. Man kann jedoch unmöglich behaupten, dass die *vis maior* eine Ausnahme von der Regel ist, nach der ein *damnum* unbedingt durch *iniuria* zugefügt werden muss, damit die *Lex Aquilia* zur Anwendung kommt. Mit dem Vorschlag von Mommsen ist der *Nisi*-Satz wieder richtig und logisch eingefügt worden. Tatsächlich kann man sagen, dass der *vis maior*-Fall eine Ausnahme vom Prinzip darstellt, nach dem jeder Schaden seine Ursache in einem Unrecht findet.

Diese Ergänzung ist jedoch aus der Luft gegriffen. Und deswegen schlägt Mommsen dies auch nur in einer Fußnote vor und nicht im eigentlichen Text. Es ist aber offensichtlich, dass hier eine Lücke im Text vorliegt. Natürlich haben manche Kollegen den Text deswegen als interpoliert erklärt. So hat unser Freund David Pugsley⁹ den Text ganz neugeschrieben.

“Quod dicitur [damnum iniuria datum] <iniuriam> Aquilia persequi, sic erit accipiendum [ut videatur damnum iniuria datum quod cum damno iniuriam attulerit;] nisi magna vi cogente fuerit fact[um]<a>: ut Celsus scribit circa eum qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit”.

Einen anderen Emendationsvorschlag machen Mitteis und Peters, die Herausgeber des *Index Interpolationum* für die Bücher I bis IX. Sie ersetzen unser *Nisi* durch ein *Non si*. Um diese Emendation zu verstehen, müsste man also annehmen, dass der ganze Hauptsatz, der vor dem *Nisi* fehlte, durch das *non* ersetzt wird. Und dieses *non* wäre also die Verneinung des Satzes, der direkt davor steht und in dem gesagt wird, dass ein Schaden widerrechtlich zugefügt werden muss.

Aus Verzweiflung kann man solch einen Vorschlag bestimmt annehmen. Ich muss jedoch hinzufügen, dass der *Index Interpolationum* angibt, dass in einer Vulgathandschrift - und zwar in jener aus Padua (MS. 941) - *Non si* steht. Das habe ich nachkontrolliert. Aber sowohl im Paduanischen Manuskript wie auch in einer Vatikanischen Handschrift (Vat. Lat. n. 1406) liest man einfach eine Abkürzung, und zwar ein kleines „n“ mit einem kleinen vertikalen Strich. Für mich ist dies ohnehin eine Abkürzung für *Nisi* und nicht für *Non si*. Also haben wir damit bestimmt auch keine Ausnahme zur Florentina.

⁹ Siehe David Pugsley, *Damni iniuria*, TR 36 (1968) 374 f.

In der deutschen Übersetzung von Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler wird dieser *Nisi*-Satz einfach mit „also nicht dann, wenn die Schadenszufügung unter übermächtigem Zwang geschah“ übersetzt. In einer Fußnote schreiben die Übersetzer „Vermutlich ist der Hinweis auf den Grundsatz ausgefallen, daß eine ‚Schadenszufügung‘ ein Unrecht enthält.“

Offensichtlich haben die Übersetzer einfach *Non si* statt *Nisi* übersetzt.

Leider muss ich zugeben, dass ich keine bessere Lösung habe. Es gibt tatsächlich eine Lücke in der Ulpianstelle, und damit muss man sich leider einfach abfinden. Zum Glück kann man den Text trotzdem ganz gut verstehen. Der Inhalt bleibt klar genug.

Wenn jemand durch höhere Gewalt dazu gezwungen wird, einen Schaden zuzufügen, fehlt die *iniuria* und die *actio legis Aquiliae* entfällt.

Nicht so eindeutig ist der letzte Satz „Und gleich, ob das Feuer ihn noch erreicht hat oder ob es schon vorher gelöscht wurde, entfällt (meint Celsus) die Klage nach der *Lex Aquilia*.“ Darauf komme ich aber später noch zurück.

Als zweite Quelle möchte ich nun einen Text vorstellen, der denselben Fall in Bezug auf das *interdictum quod vi aut clam* behandelt:

4. Das *interdictum quod vi aut clam*

Ulp., l. 71 ad ed. (D.43.24.7.4)

Est et alia exceptio, de qua Celsus¹⁰ dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi¹¹ oporteret: “Quod incendii defendendi causa factum non sit”? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli¹² litem aestimandam : si

¹⁰ Mommsen ist der Meinung, “Celsus” könnte durch “Gallus” ersetzt werden.

¹¹ In der Florentinischen Handschrift steht “effici”. In der Vulgata findet man “excipi”. Siehe zum Beispiel die zwei Pariser Handschriften (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455 und Latin n. 4458A), die Bamberger Handschrift (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) sowie die Vatikanische Handschrift (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754). Die *lectio* der Vulgata wird auch von den Kriegel-Brüdern in deren Digestenaufgabe bevorzugt (*Corpus iuris civilis*, 16e édition, Lipsiae s.d.).

¹² Schmidt (*Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig 1853, S. 255 F., FN. 6) schlägt vor, “simpli” durch “simpliciter” zu ersetzen. Mommsen fügt die Worte “eum quocum agatur quod vi aut clam damnum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset” vor “simpli litem aestimandam” ein.

pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.

Es gibt eine andere Einrede, von der Celsus zweifelt, ob sie erhoben werden könne, nämlich wenn ich z.B. das Haus meines Nachbarn abgebrochen habe, um einer Feuersbrunst Einhalt zu gebieten, und dann gewaltsam oder heimlich (*quod vi aut clam*) gegen mich geklagt wird, oder wegen widerrechtlichen Schadens. Gallus zweifelt nämlich, ob hier eine Einrede von Wirksamkeit sei, wenn es nicht geschehen ist, um sich vor einer Feuersbrunst zu verteidigen. Servius sagt aber, wenn es ein Magistrat getan hat, müsse sie erteilt werden, einem Privatmanne hingegen sei dies nicht zu gestatten; wenn jedoch etwas gewaltsam oder heimlich geschehen ist, und das Feuer nicht bis dahin vorgedrungen sei, so dürfe die Streitwürdigung nur einfach geschehen; sei es aber bis dahin gelangt, so müsse der Täter freigesprochen werden. Ebenso verhalte es sich, sagt er, wenn wegen widerrechtlichen Schadens geklagt worden ist, weil nicht angenommen werden könne, dass er eine Ungerechtigkeit oder einen Schaden anrichte, da das Haus ohnehin verloren gehen würde. Wenn du es aber getan hast, ohne dass eine Feuersbrunst vorhanden war, und nachher eine solche entstanden ist, so wird nicht dasselbe gelten, weil, wie Labeo sagt, der Schaden nicht durch das nachherige Ereignis als entstanden betrachtet werden müsse, sondern ob aus dem gegenwärtigen Zustande oder nicht.

Dieser zweite Text ist eigentlich noch viel problematischer als der erste.

Zuerst einmal findet sich darin diese Sequenz: „*Celsus dubitat... Gallus enim dubitat*“. „*Gallus enim dubitat*“ erscheint in der Tat wie eine Wiederholung des zuvor Gesagten. Deswegen haben so manche Autoren vorgeschlagen, den Namen Celsus ganz durch Gallus zu ersetzen. Mommsen¹³ hält es für am besten, die Worte „*Gallus enim dubitat*“ ganz fallen zu lassen. Es bleibt also nur ein „*Gallus dubitat*“. Andere Autoren, nach Antoine Favre und Gerhard Noodt, meinen im Gegenteil, dass Gallus durch Celsus ersetzt werden müsse. Auch ihnen folgten viele Wissenschaftler. Zum Teil stützten sich diese auf unseren ersten Text, in dem Ulpian auch schon Celsus zitiert. Auch in der dritten Parallelstelle (D.47.9.3.7), die ich gleich besprechen möchte, zitiert Ulpian Celsus.

¹³ Theodor Mommsen, *Digesta ad h. l.*

Beide Gruppen von Autoren stützen sich auf dasselbe Sprachargument. Es stimmt schon, dass in den Parallelstellen immer nur Celsus erwähnt wird, und nicht Gallus. Jedoch könnte man auch hinzufügen, dass in diesen Stellen Celsus keinerlei Zweifel zu haben scheint.

Ich meine jedoch auch, dass man hier ganz vorsichtig mit dem Vergleich vorgehen soll. Meines Erachtens kann man aufgrund der klaren Haltung von Celsus gegenüber der *actio legis Aquiliae* nicht mit Gewissheit davon ausgehen, dass er ganz sicher die *exceptio* „*Quod incendii defendendi causa factum non sit*“ gegen das Interdikt *quod vi aut clam* erteilen würde. Anders ausgedrückt: Nichts erlaubt es – *a priori* – zu behaupten, dass die *actio legis Aquiliae* und das Interdikt *q.v.a.c.* unbedingt zum selben Resultat führen müssen.

Es zeigt sich, dass die Parallelstellen uns hier bei der Wahl zwischen Gallus und Celsus leider nicht weiterhelfen.

Mit einigen anderen Autoren – u.a. schon Suarez de Mendoza¹⁴, einem interessanten spanischen Autor aus dem 18. Jahrhundert – bevorzuge ich es also, sowohl Gallus wie auch Celsus stehen zu lassen. Schließlich könnte man auch davon ausgehen, dass Ulpian am Anfang des Fragments die Sache einfach mit einer rhetorischen Frage einführt, indem er eben Gallus und Celsus zitiert. Wenn auch der Text ein bisschen „hinkend“ scheint, ich halte es für unrichtig, einen der beiden Juristen aus diesem Fragment zu entfernen. Das Syntax-Problem erlaubt es uns auf jeden Fall nicht, zu behaupten, Ulpian habe mit Sicherheit nicht beide Juristen zitiert. Inhaltlich sind beide Zitate von der Substanz her ohnehin von geringer Relevanz. Wir können es also dabei belassen.

Das zweite Problem mit unserem Text wäre ein Unterschied zwischen der Florentina (*effici*) und der Vulgata (*excipi*). Dieser Unterschied ändert den Sinn des Fragments allerdings überhaupt nicht. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass fast alle Autoren die Vulgata-Version bevorzugen, da sie technisch präziser ist.

Das dritte – und vorläufig letzte – textkritische Problem dreht sich um die Worte „*simpli litem aestimandam*“, von denen Karl Adolf Schmidt¹⁵ behauptet, sie wären einem Kopisten-Irrtum zuzuschreiben. Er schlägt vor, *simpli* durch *simpliciter* zu ersetzen. Der Kopist habe wahrscheinlich eine Abkürzung schlecht interpretiert. Das inhaltliche Problem ist folgendes:

¹⁴ Joannis Suarez de Mendoza, *Commentarii ad legem Aquiliam*, in Meermani Gerard, *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum, 1751, Bd 2, S.30.

¹⁵ Karl Adolf Schmidt, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig 1853, S. 255 f., FN. 6.

Nachdem Servius die *exceptio* nur dem Magistraten erteilt hat, unterscheidet er für den Privatmann zwei Fälle. Wenn dieser die *exceptio* nie bekommen soll, kann er trotzdem freigesprochen werden, falls der Brand bis zu den Ruinen des Hauses, welches er niedergerissen hat, gelangt. Wenn die Flammen jedoch nicht bis dorthin gelangen und der Brand schon zuvor gelöscht wird, muss der Privatmann zum einfachen Betrag des Schadens verurteilt werden.

Was hier überrascht, ist, dass in diesem Satz anscheinend der einfache Betrag – statt des doppelten – als Strafe vorgesehen ist. Jedoch gibt es eine Verurteilung zum doppelten Betrag sonst nirgendwo für ein *interdictum restitutorium*. Deswegen vertritt Schmidt die Meinung, dass es sich nicht um den einfachen Betrag handle, sondern um eine „einfache“ Verurteilung. Wie eine Verurteilung anders als „einfach“ sein kann, ist mir allerdings nicht ganz klar. Das Wort „*simpliciter*“ hat ja hauptsächlich den Vorteil, dass es in diesem Zusammenhang nur geringe Bedeutung hat. Insofern hätte man das Wort auch einfach als interpoliert erklären können, aber dazu fehlen die Argumente¹⁶. Max Kaser hat – allerdings im Jahr 1935¹⁷ – geschrieben, dieses Wort sei „unheilbar verdorben“. Ubbelohde¹⁸ meint aber richtig, dass man dieses „*simplici*“ aus der Florentina nicht einfach willkürlich fallen lassen kann.

Die Frage, die wir beantworten müssten, sollte eigentlich lauten: Was ist der logische Gegensatz zu „*simplici*“, wenn es nicht „*dupli*“ ist?

Allerdings wage ich zu behaupten, dass es kein *dupli* geben kann, wo einige Autoren meinen, es sei doch ein *duplum* möglich, und zwar im Falle der Litiskreszenz der *Lex Aquilia*. Rudorff schreibt zum Beispiel, dass es bei Notstand einfach nie zur Litiskreszenz käme. Jedoch hat er hier übersehen, dass Servius eben nicht von der *lex Aquilia* spricht, sondern nur vom Interdikt und gerade für das Interdikt ist dieses *duplum* unvorstellbar.

Gerade deswegen hat Mommsen¹⁹ die Worte „*eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset*“ vor „*simplici litem aestimandam*“ eingefügt. So wird natürlich alles einfacher. Die Worte beziehen sich nur auf die *lex Aquilia* und das *simplici* steht als Gegensatz zum *duplum* der Litiskreszenz... Aber natürlich ist dies wieder aus der Luft gegriffen. Dadurch verändert man ja den gan-

¹⁶ Gerard Noodt, *Opera omnia*, Lugduni Batavorum 1724, cap. 19, S. 168. Für Noodt, „*hanc vocem simplici esse spuriam*“.

¹⁷ Max Kaser, *Quanti ea res est*, München 1935, S. 10 FN. 4.

¹⁸ August Ubbelohde, in C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1890, Série 43-44, 2. Teil, S. 143 Text und FN. 46.

¹⁹ Digesta Iustiniani, *ad h.l.*, FN. 4.

zen Text und gebraucht dafür als einziges Argument, dass dieses „*simpli*“ schwierig zu erklären ist.

Aber wie Ubbelohde es richtig gesehen hat, bringt die Mommsensche Emendation ein neues Problem mit sich: Wenn die Worte „*simpli litem aestimandam*“ sich nur auf die *actio legis Aquiliae* beziehen, wie soll man dann die Worte, die unmittelbar danach kommen, verstehen: *idem ait esse, si damni iniuria actum foret...* („Dasselbe gilt, wenn man aus der *Lex Aquilia* klagt“)? Diese müssten dann auch gestrichen werden.

Es wurden noch viele weitere Lösungen vorgeschlagen. Man kann sagen, dass dieses Fragment wirklich zur *Crux* geworden ist. Viele dieser Lösungsansätze versuchen dann noch, einen Vergleich mit der Litiskreszenz einzuführen. Meines Erachtens können wir dieses *duplum* aber ganz bei Seite lassen. Schließlich hat uns das erste Fragment gezeigt, dass die römischen Juristen sich offenbar darüber einig waren und dass die *actio legis Aquiliae* in unserem Fall nie zugelassen werden sollte. Es also auch nie zu einem *duplum* kam.

Suarez de Mendoza und Lenel²⁰ schlagen hier eine andere Lösung vor und diese ist für mich auch die wahrscheinlichste: der Gegensatz zum *simplum* ist die Urteilsfällung durch prozessualen Eid, das *iusiurandum*.

In unserem Fall ist es ja so, dass das *interdictum q.v.a.c.*, also ein restitutorisches Interdikt, nicht mehr zur materiellen Restitution führen kann, da das Haus bereits zerstört ist. Demzufolge, schreibt Ulpian²¹, bekommt der Kläger entweder das *id quod interest* aus einem prozessualen Eid (*iusiurandum*) oder, falls er nicht schwören kann (*si iurare non possit*), bekommt er das *id quod interest*, das der Richter selber schätzt. Man kann natürlich davon ausgehen, dass, wenn der Kläger den Schaden selber einschätzen darf, dieser höher geschätzt werden wird, als er tatsächlich ist. Man kann den Schaden also auf zwei verschiedene Arten schätzen: Der Richter schätzt ihn auf den tatsächlichen Wert oder der Kläger schätzt ihn höher. Andere Fragmente zeigen, dass es zum *iusiurandum* nur dann kommen sollte, wenn der Beklagte sich *dolos* (arglistig) verhalten hat²². Wenn jedoch nur *culpa* – oder nicht einmal *culpa* – vorlag, sollte der Schaden durch den Richter geschätzt werden²³.

²⁰ Otto Lenel, *Edictum perpetuum*, Leipzig 1883, S. 388 FN. 1 (Vergl. 3. Aufl. Leipzig 1927, S. 483 FN. 4 – Siehe auch unten, Text und FN. 41).

²¹ Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 9): *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.*

²² Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 10): *Eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset.*

²³ Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 11): *Culpam quoque in hoc interdicto venire erit probandum: quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.*

Dieses „*simpli litem aestimandam*“ ist also das *id quod interest*, so wie es vom Richter geschätzt wird. Das *iusiurandum* hingegen wird also ausgeschlossen, wenn der Beklagte ‚*incendii arcendi causa*‘ agiert hat, da es für ihn dann wohl allzu ungünstig ausfallen würde.

Meines Erachtens haben Suarez de Mendoza und Lenel also Recht. Obwohl sie mit ihrem Lösungsansatz – um es euphemistisch zu formulieren – kaum Erfolg hatten. Suarez de Mendoza wird fast gar nicht in der Literatur erwähnt (auch von Lenel nicht). Und Otto Lenel selbst hat diese Lösung zwar in der ersten Auflage seines *Edictum perpetuum* vorgeschlagen. Aber in der dritten scheinbar wieder zurückgenommen.

Später fällt diese Diskussion völlig weg. Sie wird nur noch von De Martino²⁴ erwähnt, der kurz auf die italienische Übersetzung von Ubbe-lohde hinweist. Und nach De Martino ist es endgültig aus. Im besten Fall schließen sich die Autoren einfach dem Emendationsversuch Mommsens an oder sie behaupten, der Text sei ganz interpoliert²⁵. Oder sie gestehen ein, diese Worte überhaupt nicht erklären zu können²⁶.

Abschließend möchte ich zur Textkritik bezüglich dieser zweiten Quelle anführen, dass - abgesehen von der Korrektur von *effici* in *excipi* - der Text der Florentina sehr wahrscheinlich dem Text der Kompilatoren entspricht.

Kommen wir nun zum Inhalt des zweiten Textes.

Was sofort auffällt, ist der Widerspruch zum ersten Text. In der ersten Ulpianstelle wurde der Beklagte nie verurteilt und es machte keinen Unterschied, ob das Feuer bis zu den Ruinen des niedergerissenen Hauses gelangt war oder schon früher gelöscht wurde. Im zweiten Text hängt die Lösung allerdings schon von dieser Unterscheidung ab. Wenn das Feuer nicht bis zu den Ruinen gelangt, spricht das erste Fragment den Beklagten frei, und das zweite verurteilt ihn auf das *simplum*.

Kann man diesen – eventuell scheinbaren – Widerspruch lösen? Ich möchte hier nicht den Anschein eines Neo-Glossatoren erwecken, aber ich bin der Ansicht, dass der Widerspruch nur scheinbar ist und sich ziemlich einfach erklären lässt.

Viele Autoren haben versucht, den Unterschied auf der Ebene der Selbsthilfe oder des Notstands zu finden. Accursius zum Beispiel hat gemeint, die Furcht wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das Feuer tatsächlich

²⁴ S. Francesco De Martino, *In tema di stato di necessità*, RISG 14 (1939), S. 43 FN. 2.

²⁵ S. Károly Visky, *La responsabilité en droit romain*, RIDA 3 (1949), S. 479.

²⁶ S. Sandro Schipani, *Responsabilità “ex lege Aquilia”. Criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Torino 1969, S. 158 FN. 10.

bis zu den Ruinen fortgeschritten ist. Wie einfach zu erkennen ist, lässt sich der Widerspruch mit der Selbsthilfe nicht erklären. Diese schließt nämlich die *iniuria* aus, aber das Vorliegen der *iniuria* spielt für das Interdikt überhaupt keine Rolle. Servius stellt nicht darauf ab, ob die Furcht des Beklagten gerechtfertigt war oder nicht. Es zählt alleine, wohin das Feuer gelangt ist.

Viele moderne Autoren haben hier auch eine Kontroverse zwischen den römischen Juristen sehen wollen, und zwar eine Kontroverse über die Selbsthilfe. Aber wie schon erwähnt, ist dies einfach nicht richtig.

Den Unterschied zwischen den beiden Fragmenten kann man ganz einfach – und dies hat auch schon Suarez de Mendoza geschrieben – dadurch erklären, dass Servius nur vom Interdikt und nicht von der *actio legis Aquiliae* spricht.

Der spanische Jurist geht zunächst von Servius' Unterscheidung zwischen Privatmann und Magistrat aus. Nur dem letzteren sollte die *exceptio „quod incendii arcendi causa factum non sit“* zustehen. Dies trifft auch nur für das Interdikt zu, denn für die *actio legis Aquiliae* braucht man ja bekanntlich keine *exceptio*. Beim Interdikt ist das ganz anders. Da kann derjenige, der gewalttätig vorgeht - und obwohl weder *iniuria* noch *dolus* vorliegt - nur durch eine *exceptio* freigesprochen werden²⁷.

Natürlich wirft auch noch die Tatsache ein Problem auf, dass am Anfang der Ulpianstelle die *actio legis Aquiliae* auch schon erwähnt wird (*et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria*). Wenn wir die Ulpianstelle jetzt in drei Teile teilen, könnte man sagen, dass am Beginn die Frage sowohl für das Interdikt (*et quod vi aut clam mecum agatur*) als auch für die *actio* (*aut damni iniuria*) gestellt wird. In einem zweiten Teil haben wir diese Unterscheidungen von Servius, die nur zum Interdikt passen. Und in einem dritten Teil finden sich die Worte: *Idem ait esse, si damni iniuria actum foret*, (...).

Hier sehe ich zwei mögliche Erklärungen: Entweder sind die Worte „*aut damni iniuria*“ interpoliert oder Ulpian wollte von vornherein den Vergleich zwischen *actio* und Interdikt ankündigen. Ich neige eher zur ersten Lösung, denn ich glaube nicht, dass Ulpian den Vergleich anfangs einleiten wollte.

²⁷ Vergl. : Venuleius, lib. 2 interd. (D. 43, 24, 22, 2) : *Si ad ianuam meam tabulas fixeris et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam egerimus: nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut certe exceptionem mihi profuturam "si non vi nec clam nec precario feceris"*.

Das passt einfach nicht so gut zu diesem „*idem ait esse, si damni iniuria actum foret*“. Aber welche Lösung wir auch immer bevorzugen, das aktionenrechtliche Denken wird uns dabei helfen, dieses Fragment besser zu verstehen.

Ich möchte einige Worte zu diesem Magistraten verlieren, der von Servius bevorzugt wird. Hier wurde in der Literatur viel darüber gezweifelt, ob der Magistrat überhaupt eine *exceptio* nötig hatte.

Dass man nach römischem Recht Magistrate anklagen darf, ist allgemein bekannt²⁸. Magistrate sind Bürger wie jeder andere und haben dadurch also keine privilegierte Position²⁹. Man kann einen Magistraten somit problemlos wegen *damnum iniuria datum* anklagen. Wahrscheinlich kam dies während der Republik häufiger vor als im Prinzipat³⁰.

Natürlich darf man auch nicht vergessen, dass der Prätor auch ein Magistrat war und keinen anderen Magistraten dazu zwingen konnte, vor ihm zu erscheinen, wenn es sich um einen Magistraten *cum imperio* handelte³¹. Diese Ausnahme hat aber auch nur für die Mandatszeit des Magistraten *cum imperio* gegolten. Mit dem Ende des Mandats konnten auch die hohen Magistrate wieder angeklagt werden³².

²⁸ Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 3. Aufl., Leipzig 1887, T. 1, S. 698 ff.; Ebenso: Bernhard Kübler, *Magistratus*, RE 27, Stuttgart 1928, col. 428 f.

²⁹ Theodor Mommsen, *op. cit.*, S. 698.

³⁰ Theodor Mommsen, *op. cit.*, S. 698.

³¹ Ulp., *lib. 5 ad Ed.* (D. 2, 4, 2):

In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci: nec pontificem dum sacra facit: nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. Praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat: nec iudicem dum de re cognoscat: nec eum dum quis apud praetorem causam agit: neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem.

Ulp., *lib. 12 ad Ed.* (D. 4, 6, 26, 2):

Ait praetor: "aut cum eum invitum in ius vocare non liceret neque defenderetur" haec clausula ad eos pertinet, quos more maiorum sine fraude in ius vocare non licet, ut consulem praetorem ceterosque, qui imperium potestatemve quam habent. Sed nec ad eos pertinet hoc edictum, quos praetor prohibet sine permissu suo vocari, quoniam aditus potuit permitttere: patronos puta et parentes.

Pomp., *lib. 26 ad Sab.* (D. 46, 7, 12):

Si reus post iudicatum solvi ab eo datum in magistratu sit nec invitum in ius vocari possit, tamen, nisi res boni viri arbitratu defendatur, fideiussores tenentur.

³² Ulp., *lib. 42 ad Sab.* (D. 47, 10, 32):

Nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit magistratus vel quasi privatus vel fiducia magistratus, iniuriarum potest conveniri. Sed utrum posito magistratu an vero et quamdiu est in magistratu? Sed verius est,

In der Einleitung habe ich erwähnt, dass die Brandbekämpfung zu den Aufgabengebieten verschiedener Magistrate zählte. Unter diesen hatten manche das *imperium*, andere wiederum nicht. Zu den Magistraten *sine imperio* zählten z.B. die Ädilen wie auch die *tresviri incendis arcendis*. Es liegt auf der Hand, dass jene während ihres Kampfes gegen einen Brand nicht durch ein Verfahren vor dem Prätor gehemmt werden sollten.

Dass der Privatmann nicht wie ein Magistrat vor einem Interdiktenverfahren geschützt wird, überrascht an und für sich nicht. Aber wie ergeht es dem Privatmann genau?

Wenn das Feuer bis zu den Ruinen des niedergerissenen Hauses reicht, wird er dann freigesprochen? Außerdem stellt sich noch die Frage: Wird er anhand einer *exceptio* freigesprochen oder anders?

Einige Autoren – unter ihnen auch Max Kaser³³ – gehen davon aus, es sei anhand einer *exceptio*. Das Niederreißen des Hauses sei ja ein „*vi factum*“ und nur mit einer *exceptio* hätte der Richter den Notfall in Betracht ziehen können.

Diese Meinung kann einen aber nur überraschen, da Servius ja sehr deutlich die *exceptio* nur dem Magistraten gewährt und dem Privatmann verweigert.

Meine Erklärung wäre hier, dass der Privatmann freigesprochen wird, weil der Kläger kein Interesse bzw. keinen Schaden hat. Es ist kein Schaden eingetreten, weil das Haus ohnehin zerstört worden wäre.

Dass in Ermangelung eines Schadens der in einem Interdikt *q.v.a.c.* Beklagte nur dann restituieren muss, wenn der Kläger auch einen Schaden erlitten hat, erfahren wir aus einem Celsus-Fragment³⁴. Ohne endgültigen Schaden konnte es also nicht zu einer Verurteilung aufgrund des *interdictum q.v.a.c.* kommen³⁵.

si is magistratus est, qui sine fraude in ius vocari non potest, exspectandum esse, quoad magistratu abeat. Quod et si ex minoribus magistratibus erit, id est qui sine imperio aut potestate sunt magistratus, et in ipso magistratu posse eos conveniri. In der Praxis scheint man es bevorzugt zu haben, auch gegen Magistrate *sine imperio* erst nach Amtsende anklagen zu lassen (MommSEN Th., op. cit., S. 707).

³³ Max Kaser, *Quanti ea res est*, München 1935, S. 10 FN. 4: “Da die Demolierung des Hauses in der Tat ein ‘vi factum’ war, ließ sich die *exceptio* nicht entbehren, wenn der Richter die Notstandslage berücksichtigen sollte”.

³⁴ Cels., *lib. 25 digest.* (D. 43, 24, 18 pr.).
Si in maturam silvam caedum cecidit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur: si maturam similiter caedum neque damno dominus adfectus est, nihil praestabit.

³⁵ Schipani erinnert daran, dass schon Berger (*Interdictum*, RE, 9, 2, Stuttgart 1916, 1663) gezeigt hatte, dass ein *damnum* notwendig ist, und zitiert zwei weitere Stellen: Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 7, 7):
Plane si quid agri colendi causa factum sit, interdictum quod vi aut clam locum non

Die Worte „*simpli litem aestimandam*“ und „*absolvi eum oportere*“ sind Anweisungen für den Richter im Rahmen eines *iudicium secutorium*³⁶. Also gibt es entweder einen Schaden, dann muss der Richter den Beklagten zum einfachen Schadenersatz verurteilen, oder es gibt ihn nicht, und dann muss der Richter ihn freisprechen.

Wie müssen wir jetzt die Worte „*idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus*“ verstehen? Sie gelten ja nur für den Fall, dass das Feuer bis zu den Ruinen des vom Privatmann niedergerissenen Hauses gelangt. Also für den Fall, in dem er nicht verurteilt wird. Diese Worte wurden natürlich auch sehr oft als interpoliert abgetan...

Ich verstehe dieses „*quoniam nullam iniuriam aut damnum*“ so, dass in diesem Fall weder *iniuria* noch *damnum* vorhanden ist.

Das Fehlen der *iniuria* spielt ja nur für die *actio legis Aquiliae* eine Rolle. Das Fehlen des *damnum* ist hingegen für beide Rechtsmittel relevant. In diesem Satz vergleicht Servius also beide Rechtsmittel.

Wenn man jetzt die Meinung des Celsus in Betracht zieht, ist es gut möglich, dass er es in Erwägung gezogen hat, die *exceptio* eventuell auch dem Privatmann zuzuerkennen. Man könnte darin einen Ansatz zu etwas sehen, was wir heute „entschuldigenden Notstand“ nennen würden. Wir müssen jedoch erkennen, dass, wenn Celsus dies wirklich gedacht hat, ihm wohl weder Ulpian, noch Justinian, noch die Basiliken³⁷ gefolgt sind! Ein bestimmter Unterschied zwischen der *actio* und dem Interdikt ist beibehalten worden, da in dem Fall, wo das Feuer *ante extinctus est*, das Interdikt doch zu einer Verurteilung führen konnte.

Wie gravierend ist dieser Unterschied? Man darf sich hier von den Ähnlichkeiten zwischen den Rechtsmitteln nicht täuschen lassen. Wenn beide

habet, si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis vi vel clam fecerit.

und Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 11, 4):

Quod ait praetor: “quod vi aut clam factum est”, ad quod tempus referatur, videamus, utrum ad praeteritum an ad praesens. quae species apud Iulianum exposita est: ait enim in hoc interdicto praesentis temporis significationem accipi debere. si tamen, inquit, ex opere damnum datum fuerit aut dominus aut is, cuius fundo nocitum erit, sua impensa id sustulerit, utilius probari, quod Iulianus temptat, ut et damnum sarciaur et impendia restituantur.

³⁶ Zu diesem untechnischen Terminus, S. Ubbelohde A., in Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1890, Serie 43-44, 2. Teil, S. 127 ff. (N. 92).

³⁷ S. Bas. 58, 23, 7.

in unserem Fall benutzt werden können, sind sie dadurch noch lange nicht identisch! Die *actio legis Aquiliae* erfordert ein *damnum* und eine *iniuria*, wohingegen das Interdikt hauptsächlich verlangt, dass der Kläger sich vergebens gegen die Gewalttat des Beklagten zu widersetzen versucht hat³⁸. Es sind also zwei ganz unterschiedliche Rechtsmittel. Das Interdikt dient auch nicht direkt dazu, einen Schadenersatz zu erlangen. Es verfolgt in erster Linie das Ziel, den Kläger auf zielstrebige Weise zu befriedigen.

Man könnte die Sache wie folgt zusammenfassen:

Ein Feuer nähert sich dem Haus des Primus. Dieser will vermeiden, dass sein Haus in Flammen gerät und möchte das Haus des Secundus niederreißen. Secundus möchte dies natürlich verhindern; aber nur, wenn er versucht, Primus davon abzuhalten, und Primus trotz des Widerstandes³⁹ von Secundus das Haus niederreißt, kann Secundus gegen Primus ein Interdikt *q.v.a.c.* erwirken⁴⁰. Wir wissen schon, dass die *actio legis Aquiliae* dem Secundus in diesem Falle nicht zusteht, da keine *iniuria* vorhanden ist. Also kann nur ein Interdikt dem Secundus weiterhelfen, unter der Bedingung, dass ein *vi factum*, eine Gewalttat, vorlag. Aufgrund des Interdikts muss Primus das Haus restituieren. Macht er das nicht, kommt es zu einem *iudicium secutorium*⁴¹. Dieses wird aber nur dann zur Verurteilung des Primus führen, wenn dieser auch einen Schaden zugefügt hat, also wenn das Feuer noch vor dem Erreichen des niedergerissenen Hauses gelöscht wurde.

Man erkennt so also, dass beide Fälle dann doch nicht so identisch sind, wie es auf den ersten Blick scheint.

Kommen wir nun zum dritten zu besprechenden Text:

³⁸ Für das Interdikt *quod clam* muss der Kläger sein Verbot nicht ausdrücklich bekannt gemacht haben, jedoch versteht sich die Heimlichkeit des Beklagten durch das **vermutete** Verbot des Klägers (v. Ulp., *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 3, 7 s.; Venul., *lib. 2 interditorium*: D. 43, 24, 4).

³⁹ So zumindest für das Interdikt *quod vi*. Für das Interdikt *quod clam*, s. FN. 35.

⁴⁰ S. Ulp. *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 1, 5-9, und z.B.: Adolf Berger, *Interdictum*, RE, 9, 2, Stuttgart 1916, 1663 f.

⁴¹ Die Frage, ob die Parteien das Verfahren *per sponsionem* oder *per formulam arbitriariam* gewählt haben, ist hier nicht relevant, da die Lösung in beiden Fällen identisch ist. So schreibt Ubbelohde (in Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1890, Série 43-44, 2. Teil, S. 127 ff), dass im Sponsionenverfahren der Richter im Urteil nur die in der *sponsio* versprochene Summe zuspricht. Durch dieses Urteil erhält der Kläger also noch keinen Schadenersatz. Dazu muss er eine neue Klage einbringen, die den gleichen Grund wie die *actio per formulam arbitriariam* hat: "*Quod opus vi aut clam factum est, si arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit etc.*"

5. Die *actio de incendio ruinae naufragio rate nave expugnata* (D.47.9.3.7)

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo⁴² damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit.

Was der Prätor vom verursachten Schaden sagt, findet nur dann Gültigkeit statt, wenn der Schaden dolos zugefügt wurde; denn wenn *dolus* fehlt, so fällt das Edikt weg. Wie kann also das, was Labeo sagt, zur Anwendung kommen: wenn ich bei einem entstandenen Brande, um mein Haus zu schützen, das Haus meines Nachbarn niedergerissen habe, so könne in meinem und meiner Familie Namen Klage gegen mich erteilt werden? Wenn ich es nämlich zum Schutz meines Gebäudes getan habe, so bin ich ganz außer Arglist (*dolus*); ich halte daher die Behauptung des Labeo für unrichtig. Kann gegen einen solchen aber aus dem Aquilischen Gesetz Klage erhoben werden? Ich glaube nein, denn wer sich hat schützen wollen, der hat dies nicht mit Unrecht getan, da er ja nicht anders konnte; dies sagt Celsus.

Zu diesem Text gibt es diesmal in textkritischer Hinsicht kaum etwas zu sagen. Dass in manchen Handschriften *dolo* steht, in anderen *dolo malo*, spielt keine wirklich große Rolle.

Was den Inhalt betrifft, kann uns die Stellungnahme von Celsus und Ulpian nicht mehr überraschen! Es wird nach wie vor erklärt, dass die *actio legis Aquiliae* nicht erhoben werden kann, wenn jemand ein Haus *incendii arcendi causa* niederreißt. Allerdings ist die Begründung hier ein bisschen anders als in den Parallelstellen. Hier geht es nicht mehr um höhere Gewalt oder gerechtfertigte Angst, sondern um die Unmöglichkeit, anders zu agieren (*cum alias non posset*). Aber der Unterschied bleibt insofern recht gering.

⁴² In der Florentina ist das Wort "*malo*" durch eine spätere Hand eingefügt worden. Die Worte "*dolo malo*" befinden sich auch in den Pariser Handschriften (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455 und Latin n. 4458A), in der Bamberger Handschrift (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) und in der Vatikanischen (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754).

Das Hauptproblem dieses dritten Textes liegt darin, die Stellung von Labeo zu verstehen, da sie - *a priori* - doch recht merkwürdig erscheint. Weshalb verurteilt Labeo unseren Primus auf das Vierfache des Schadens?

Dazu ist ebenso sehr viel geschrieben worden. Natürlich war die Interpolationenkritik heftig. Aber um diese ausführlich darzulegen, fehlt hier der Platz⁴³.

Andere Autoren vertraten die Ansicht, Labeo habe solche Notstandsverletzungen einfach für unerlaubt gehalten. Auch diese Theorien möchte ich an dieser Stelle nicht weiter diskutieren⁴⁴.

Meines Erachtens kann man die Meinung Labeos ganz gut verstehen, wenn man das Edikt sorgfältig liest.

Laut Edikt wird die *actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata* (kurz, *actio de incendio*) bei drei verschiedenen Straftaten erteilt: *rapere*, *recipere* und *damnum dare*⁴⁵. Die Worte *dolo malo* wurden nur in Bezug auf den *recipere*-Fall in das Edikt aufgenommen – also nur dort, wo es am notwendigsten war. Tatsächlich kann man bei einem Brand oder einem Schiffbruch Sachen mit guten oder schlechten Absichten in Besitz nehmen. Anders verhält es sich natürlich mit dem *damnum dare*, denn den Schaden verursacht man fast immer arglistig. So versteht man auch, warum der Prätor die Worte *dolo malo* nur für das *recipere* hinzugefügt hat. Vielleicht hatte er gar nicht daran gedacht, dass ein Schaden auch ohne Arglist erzeugt werden konnte.

Dies könnte auch erklären, warum Labeo in unserem Fall die *actio de incendio* gewährt, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, dass Primus nicht arglistig vorgegangen ist.

Ulpian scheint eine neue Interpretation des Edikts vorgeschlagen zu haben: Arglist soll jetzt nicht nur im Falle des *recipere* erforderlich sein, sondern auch für das *damnum dare*. Mit dieser neuen Interpretation des Edikts musste Ulpian Labeos Lösung widersprechen. Tatsächlich hat Primus, der das Haus des Secundus mit dem Ziel niederreißt, sein eigenes Haus zu schützen, nicht arglistig gehandelt. Die Tatsache, dass der Schaden

⁴³ S. dazu: Jean-François Gerkens, *Aequae perituris... Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège 1997, S. 99-103.

⁴⁴ S. dazu: *Idem*, S. 103-108.

⁴⁵ D.47.9.1pr. (Ulp. 56 ad ed.) : *Praetor ait : In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnum quid in his rebus dedisse dicetur, in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. Item in servum et in familiam iudicium dabo.*

bewusst zugefügt worden ist, bedeutet natürlich nicht, dass er auch arglistig verursacht wurde. Sonst müsste man ja auch annehmen, dass das Edikt *de incendio* auch jedes Mal berücksichtigt werden musste, wenn ein *recipere* absichtlich erfolgte. Dies wäre natürlich widersinnig.

Ein weiteres Argument dafür kann man bei Lenel⁴⁶ finden. Dieser trifft für unser Fragment die Feststellung, dass Ulpian unmöglich, nachdem er die Worte „*recepisse dolo malo*“ (D.47.9.3.3) ausführlich erklärt hat, das „*rapuisse*“ (D.47.9.3.4-6) besprochen habe, bevor er zum „*damnum datum dolo malo*“ zurückgekommen sei (D.47.9.3.7). Lenel ist also der Meinung, dass die Paragraphen 4-6 von den Kompilatoren eingeschoben wurden und eher einen Kommentar zur Formel darstellten als einen Kommentar zum Edikt. Es sieht also danach aus, dass im 56. Buch des Ulpianischen Ediktskommentars die Paragraphen 3 und 7 sofort hintereinander gestanden haben. In § 3⁴⁷ steht eindeutig, dass die Arglist zuerst nur für eine Verurteilung desjenigen Voraussetzung war, der eine Sache bei einem Brand oder einem Schiffbruch *recipit*. Auch die Art und Weise, wie Ulpian dies zum Ausdruck bringt („*Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit*“), lässt vermuten, dass er somit eine zusätzliche Bedingung einfügt, die es zuvor im Edikt noch nicht gab. So wird es auch plausibel, dass in Labeos Zeit das Edikt noch nicht so restriktiv interpretiert wurde.

Wir können also annehmen, dass gemäß Labeo die *actio de incendio* auch ohne Arglist erteilt werden konnte. Für ihn mussten also nur zwei Bedingungen erfüllt sein: Es musste einen Brand (oder einen Schiffbruch bzw. eine *ruina*) geben und bei dieser Gelegenheit musste jemand einen Schaden verursacht haben. In unserem Falle ist die Bedingung des Brandes natürlich erfüllt. Was die Bedingung des eingetretenen Schadens angeht, könnten wir auf unseren zweiten Text zurückgreifen und feststellen, dass nur dann ein Schaden vorliegt, wenn das Feuer schon vor dem Erreichen der Ruinen des niedergerissenen Hauses gelöscht wurde.

⁴⁶ Otto Lenel, *Edictum perpetuum*, 3. Aufl. Leipzig 1927, S. 396 f.; Derselbe Autor auch in: *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, col. 766 FN. 1.

⁴⁷ Ulp. (lib. 56 ad ed.) D. 47, 9, 3, 3: *Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. Sed enim additum est "dolo malo", quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. Quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amisserat? Utique non debet teneri.*

Konsequent könnte man fragen, warum die von Servius vorgenommene Unterscheidung (ob das Feuer bis zu den Ruinen gelangt oder nicht) nicht im dritten Fragment erwähnt wird. Die Antwort ist hier relativ einfach.

Im zweiten Text war die Hauptfrage, ob man im Falle des *damnum incendii arcendi causa datum* eine *exceptio* gegen das Interdikt *q.v.a.c.* erteilen sollte oder nicht, und dies hing vom Vorliegen eines *damnum* ab. Und ein solcher war nur dann vorhanden, wenn das Feuer vorher gelöscht worden war.

Im dritten Fragment ist der Fall des *damnum incendii arcendi causa datum* eigentlich nur nebensächlich. Er wird einfach als Beispiel angewandt, um zu zeigen, dass die Arglist eine notwendige Bedingung für das Erteilen der *actio de incendio* ist. Dazu musste die Bedingung des Schadens natürlich auch erfüllt sein. Deswegen meine ich, dass Labeo das *quadruplum* nur vorsah, wenn das Feuer *ante extinctus est*.

Abschließend möchte ich noch kurz einmal alles zusammenfassen.

Derselbe Fall wurde also im Kontext von drei verschiedenen Rechtsmitteln analysiert: der *actio legis Aquiliae*, der *actio de incendio* und dem Interdikt *q.v.a.c.*

Interessant ist, dass die einzelnen Rechtsmittel sehr unterschiedliche Voraussetzungen aufweisen:

Für die *actio legis Aquiliae* braucht man: *damnum iniuria*

Für die *actio de incendio*: *damnum incendium (dolus*⁴⁸*)*

Für das Interdikt *q.v.a.c.*: *damnum vis (clam)*.

Wenn man jetzt nachprüft, wann diese Voraussetzungen im Falle des *damnum incendii arcendi causa datum* erfüllt sind, bemerkt man folgendes:

Die Bedingung des *damnum* ist allen drei Rechtsmitteln gemein. Sie ist nur dann erfüllt, wenn das Feuer gelöscht wurde, bevor es zu den Ruinen

⁴⁸ Es soll daran erinnert werden, dass die Voraussetzung des *dolus* nur für den Fall des *recipere* explizit im Edikt des Prätors angeführt war – unabhängig davon, ob der Beklagte arglistig oder nicht arglistig agiert hatte. So wurde – zumindest bis zur Zeit Labeos – die *actio de incendio* gegen denjenigen, der bei einer Feuersbrunst einen Schaden verursacht hatte, erteilt.

des niedergerissenen Hauses gelangt, weil es dieses sonst ohnehin zerstört worden wäre (D.43.24.7.4).

Die Bedingungen des Feuers und der Gewalt (*vis* oder *clam*) werden auf jeden Fall erfüllt, da es ja um tatsächliche Bedingungen geht, die jeweils vom *praetor* oder vom *iudex* nachgeprüft werden müssen.

Die Bedingung der *iniuria* ist mit Sicherheit nicht erfüllt. Dies wird in allen drei Fragmenten wiederholt.

Es fehlt auch der *dolus*. Für Ulpian scheint es *e fortiori* so zu sein, da auch die *iniuria* fehlt (D.47.9.3.7).

So versteht man, dass die *actio legis Aquiliae* bei *damnum incendii arcendi causa datum* nie erteilt werden konnte. Die *iniuria* war in diesem Fall ja nie vorhanden, unabhängig davon, ob es ein *damnum* gab oder nicht. So Ulpian im ersten Text (D.9.2.49.1).

Bezüglich der *actio de incendio* hat sich die Lage im Laufe der Zeit geändert. In der Zeit Labeos war die Arglist noch nicht erforderlich und man konnte einer Verurteilung zum *quadruplum* nur dadurch entgehen, dass kein *damnum* vorhanden war, also wenn das Feuer schon vor dem Erreichen des niedergerissenen Hauses gelöscht worden war.

Dies hat sich spätestens in der Zeit Ulpians geändert, denn seitdem wurde die *actio de incendio* nur noch bei arglistigem Handeln erteilt. Ab dann galten für die *actio de incendio* dieselben Voraussetzungen wie für die *actio legis Aquiliae*. Sie konnte in unserem Fall nie mehr erteilt werden.

Beim *interdictum q.v.a.c.* hingegen hat es einem Privatmann⁴⁹ nie genützt, wenn er den Schaden *incendii arcendi causa* zugefügt hat. In diesem Fall konnte nur die Abwesenheit eines *damnum* ihn vor einer Verurteilung schützen.

Zusammengefasst lässt sich sagen: Die Tatsache, dass man *incendii arcendi causa* gehandelt hat, spielte nur dann eine Rolle, wenn es das Rechtsmittel erlaubte. Am Ende der Republik ist dies nur bei der *actio legis Aquiliae* der Fall. In Ulpians' Zeit galt dies außerdem für die *actio de incendio*. Das Interdikt *q.v.a.c.* hat sich nie in diese Richtung entwickelt.

Wie man bemerkt, spielt der Notstand hier überhaupt keine Rolle. Dies erklärt sich ganz einfach dadurch, dass diese pandektistische Kategorie den Römern völlig fremd war.

⁴⁹ Dem Magistraten hätte man in solch einem Fall eine *exceptio* erteilt (S. Ulp. D. 43, 24, 7, 4).

Trotzdem fällt auch eine Entwicklung bei den römischen Juristen auf. Zuerst hat sich die *iniuria* verändert. Von einem objektiven Begriff wurde sie zu einem subjektiven, und so konnte man dann im Fall des *damnum incendii arcendi causa datum* die *iniuria* auf einmal ausschließen.

Es ist natürlich auch denkbar, dass sich durch solche Fortschritte auch die Mentalität der Rechtsgelehrten verändert hat und so Ulpian – oder etwa ein anderer Jurist nach Labeo – zu einer restriktiveren Interpretation des Edikts über die *actio de incendio* gelangt ist. Im Laufe der Zeit empfand man es vermutlich als absurd bzw. irritierend, dass man unter identischen Bedingungen entweder durch die *actio de incendio* zum *quadruplum* verurteilt werden konnte oder über die *actio legis Aquiliae* gar freigesprochen wurde.

Man könnte jetzt fragen, warum das Interdikt sich nicht ähnlich entwickelt hat. Dazu gäbe es mehrere Erklärungen:

- Die Entwicklung der *actio de incendio* konnte sich immerhin auf den Text des Edikts stützen, der in manchen Fällen schon die Arglist verlangte. Für das Interdikt findet man nichts Vergleichbares⁵⁰. Man hätte im Falle des Interdikts die *exceptio* generalisieren müssen, aber das ist ja gerade verneint worden.
- Beim Interdikt ist die Sachlage auch ein bisschen anders, da es eine Gewalttat geben musste⁵¹. Eine solche konnte wahrscheinlich auch nur insofern verziehen werden, als sie zumindest im nachhinein als gerechtfertigt erschien, wenn sich herausgestellt hatte, dass das Haus sowieso zerstört worden wäre.

Allerdings fällt auch auf, dass es selbst im Falle des Interdikts eine Entwicklung gegeben hat. Auch wenn die *exceptio* dem Privatmann letztendlich verweigert wurde, ist die Tatsache, dass diese Frage überhaupt diskutiert wurde, und die *exceptio* dem Magistraten auch gewährt wurde, vielleicht ein Zeichen dafür, dass manche römische Juristen geneigt waren, das Interdikt ähnlich wie die *actio legis Aquiliae* zu entwickeln.

Abschließend kann ich jedoch nur wiederholen, dass das Verneinen der *exceptio* wohl definitiv zeigt, dass die Römer den juristischen Notstand – so wie wir ihn kennen – nicht kannten.

⁵⁰ S. Ulp. (*lib. 71 ad ed.*) D. 43, 24, 1 pr. und 2.

⁵¹ Zur Erinnerung: Beim Interdikt *quod clam* muss der Kläger nicht ausdrücklich sein Verbot geäußert haben; die Heimlichkeit erklärt sich durch das vermutliche Verbot des Klägers (S. Ulp., *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 3, 7 f.; Venul., *lib. 2 interdictorum*: D. 43, 24, 4).