

EIN LEIHVERTRAG UNTER *CONTUBERNALES* UND SEINE FOLGEN – ANMERKUNGEN ZU AFR. (8 *QUAEST.*) D. 13.6.21.1

Martin Pennitz*

1. Einleitung

In den Untersuchungen des Jubilars zu Bedeutung und philosophischem Hintergrund des *ius gentium* bildet gerade das römische *postliminium* einen wichtigen Bezugspunkt¹. Insofern steht zu hoffen, dass der zwischen *milites contubernales*² geschlossene Vertrag, der Afrikan nicht zuletzt wegen des *ius postliminii* zu seiner Entscheidung inspiriert, auf *Laurens Winkel*'s wohlwollendes Interesse trifft. Es ist dabei das Verdienst eines fundierten Beitrags von *Lucio Parenti*³, die Quästionenstelle D. 13.6.21.1 in ihrem Gesamtkontext interpretiert und einer zu engen Fokusierung auf das Problem der Gesamtobligationen entzogen zu haben: *Parenti* betont zu Recht, man müsse die Entscheidungen von Grundsachverhalt und der (bloß auf einen Schuldner bezogenen) Fallvariante in ihrem Wechselbezug erfassen. Obwohl man sich also maßgeblich auf die so vorgelegte Exegese des Belegs stützen darf, wird im Folgenden doch ein von *Parenti* abweichender Lösungsansatz vorgeschlagen, der von einem anderen Verständnis

1 Vgl. z.B. *L. Winkel*, Einige Bemerkungen zu *ius civile* und *ius gentium*, in: *Ars aequi et boni*. Festschrift W. Waldstein, Stuttgart 1993, 443ff., 445f.; *ders.*, *Mandatum im öffentlichen römischen Recht?*, in: D. Nörr/S. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin u.a. 1993, 53ff., 62f.

2 Vgl. zum Begriff der Zeltkameraden während des Militärdienstes etwa Cic. *Planc.* 27 (*fuit in Creta postea contubernalis Saturnini, propinquí sui, miles huius Q. Metelli*); Cic. *Lig.* 21 (*haec ego novi propter omnis necessitudines, quae mihi sunt cum L. Tuberone; domi una eruditii, militiae contubernales, post adfines, in omni vita familiares*); Tac. *hist.* 1.23 (... *in itinere, in agmine, in stationibus vetustissimum quemque militum nomine vocans ac memoria Neroniani comitatus contubernalis appellando*) oder *Hist. Aug.* (Lampr.), *Alex.* 53.7 (, ..., *milites Romani, vestri socii, mei contubernales et commilitones amant, potant, ...*).

3 *L. Parenti*, D. 13.6.21.1 (Afr. 8 *quaest.*): su un caso di furto della res *commodata* „*periculo tuo*“ da parte del servo del *commodato*, in: *Fides – humanitas – ius*. *Studii L. Labruna VI*, Napoli 2007, 3982ff. (mit umfassender Behandlung der Literatur zum Beleg); vgl. nun auch *ders.*, „*In solidum obligari*“. Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito, Napoli 2012, 408ff.

* Universitätsprofessor, Professor ordinarius, Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte, Leopold-Franzens-Universität, Innsbrück.

des zweimaligen Hinweises auf *periculum* getragen ist und die Konsequenzen der Afrikanentscheidung für das ins Auge gefasste Noxalverfahren mitberücksichtigen möchte. Zudem könnte sich hieraus ableiten lassen, dass unser Text einen wichtigen Aspekt des *commodatum* anspricht und auch insoweit größere Beachtung verdient⁴.

2. Welche *quaestio* wird entschieden?

In Afr. (8 *quaest.*) D. 13.6.21.1 wendet sich der Hochklassiker einem offenbar aus dem Leben gegriffenen Fall zu, doch stellt sich vorrangig die Frage, worin überhaupt die *quaestio* liegt:

In exercitu contubernibus vasa utenda communi periculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernibus constat pro cuiusque parte: sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine.

2.1 Die Ausgangslage und eine überraschende Fallvariante

Im Zuge des Militärdienstes händigt ein Soldat Gefäße oder auch sonstige Ausrüstungsgegenstände⁵ an seine Zeltkameraden zum unentgeltlichen Gebrauch aus⁶, wobei im Text angemerkt ist, dass diese Objekte dem gemeinsamen Risiko (*communi periculo*) unterliegen. Der Hinweis scheint vorerst dafür zu sprechen, dass weder geklärt ist noch weiter interessiert, welchen *contubernales* nun der Gebrauch welcher *vasa* zugeordnet ist, vielmehr kommt es dem Verleiher bloß darauf an, letztlich die Gesamtanzahl *uno actu* zurückzuerhalten; ansonsten hätte er ja Einzelverträge abschließen können⁷. In weiterer Folge entwendet nun ein Sklave des Verleiher die

4 So findet die Entscheidung in einschlägigen Handbüchern (z.B. *M. Kaser, Das römische Privatrecht I*, München 1971, 806; *H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Römisches Recht*⁴, Berlin u.a. 1987, 594; *R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town u.a. 1990, 1153) keine Erwähnung und dient etwa auch *F. Pastori, Il commodato in diritto romano*, Bologna 1995, 59 Fn. 23 einzlig zur terminologischen Verweisung.

5 In speziell militärischem Sinn werden hier die *vasa* („le armi e, in generale, l’equipaggiamento militare“) von *Parenti* 2012 (Fn. 3) 408f. u. Fn. 199; 417 u. Fn. 225 unter Hinweis auf Cic. *Verr.* II. 4.40 u. *Liv.* 21.47.2 verstanden. Allerdings steht diese Interpretation in einem gewissen Spannungsverhältnis zu *sine vasis receptus* im Text, da *arma* (*/vestis*) nicht dem *postliminium* unterliegen; vgl. nur *Marcell.* (39 *dig.*) D. 49.14.2.2: *Non idem in armis iuris est, quippe nec sine flagitio amittuntur arma enim postliminio reverti negatur, quod turpiter amittuntur: . . .*

6 Zum Sprachgebrauch *utendum dare* vgl. nur *Ulp.* (28 *ad ed.*) D. 13.6.1.1: *... inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli.* S. auch die Hinweise bei *B. Berndt, Das Commodatum*, Frankfurt/Main 2005, 45ff., bes. 50ff.; 64ff., bes. 69f.

7 Auch insoweit (s.o. Fn. 5) weicht der Erklärungsansatz von *Parenti* 2012 (Fn. 3) 417 leicht von dieser Grundkonzeption ab, wenn er – allerdings für die Entscheidung von Afrikan – darauf abstellt, dass „*ciasuno, di fatto, avrebbe usato un’arma che un altro in quel momento non avrebbe potuto usare*“.

Objekte und setzt sich mit diesen zu den Feinden ab, wird aber später – freilich ohne *vasa* – ergriffen und *iure postliminii* an seinen Herrn ausgefolgt (*receptus*)⁸.

Gemäß Afrikan⁹ steht es unter diesen Umständen außer jedem Zweifel (arg. *constat*), dass die Entleiher mittels Vertragsklage für den Sachverlust einzustehen haben, wobei angefügt wird: „jeder zu seinem (ideellen) Anteil“. Aus der Sicht der überwiegenden Lehre bedarf vor allem diese Anfügung *pro cuiusque parte* einer Erklärung, da sich der erste Teil der Aussage ja konsequent aus der *custodia*-Haftung beim *commodatum* ableite¹⁰. Und ebenso folgerichtig erscheint der zweite Teil der Entscheidung: Denn der Verleiher ist eben nicht als Täter des *furtum* anzusehen¹¹, das von einer anderen, wenn auch unfreien *persona* verübt wird¹²; insofern muss ihm als Gewalthaber, weil den „interessierten“ Entleihern unzweifelhaft die Aktivlegitimation zur Deliktsklage zukommt¹³, auch die Möglichkeit der *noxae deditio* eingeräumt sein¹⁴. Zudem braucht hier der begründende Hinweis auf die Regel *noxia caput sequitur* nicht weiter zu irritieren¹⁵, da den Entleihern erst angesichts der *iure postliminii* wiedererlangten *potestas* über den Sklaven die (noxale) Klagebefugnis gegen den *dominus* zustehen kann¹⁶.

Allerdings wird dieser schlüssig erscheinende Interpretationsansatz durch eine vom Hochklassiker nachgereichte Fallvariante konterkariert: Ist nämlich ein Objekt an eine einzige Person verliehen, und zwar wiederum auf deren Risiko (*tuo periculo*), und wird die *res* erneut vom Sklaven des Verleiher gestohlen, so stehe gleichfalls die *actio furti noxalis* zu. Misst man dieser „an sich“ nicht weniger naheliegenden Entscheidung

- 8 Fest. p. 244 s.v. *postliminium receptum* (ed. Lindsay): ... *item qui servos a nobis in hostium potestatem pervenit, postea ad nos redit in eius potestatem, cuius ante fuit, iure postlimii*; vgl. auch Paul. Fest. p. 245: *Postliminium receptus dicitur is, qui extra limina, hoc est terminos provinciae, captus fuerat, rursus ad propria revertitur*.
- 9 B. Biondi, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, Cortona 1925 (= Annali Palermo 10/1925), 135; 286 geht demgegenüber von einer Julianentscheidung aus.
- 10 Vgl. aus neuerer Zeit nur G. Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, 60f.; Ph. Schmieder, *Duo rei. Gesamtobligationen im römischen Recht*, Berlin 2007, 180 Fn. 749; A. Steiner, *Die römischen Solidarobligationen*, München 2009, 240f.
- 11 Dann wäre einem Entleiher die Aktivlegitimation zur *actio furti* nämlich zu versagen, sofern ihm kein Retentionsrecht zusteht, wie sich etwa aus Paul. (5 *ad Sab.*) D. 47.2.15.2 oder Iul. (3 *ex Min.*) D. 47.2.60 ergibt; vgl. zu dieser Fallkonstellation insbes. P. Apathy, *Commodatum und furtum*, in: *Festschrift H. Hausmaninger*, Wien 2006, 15ff.
- 12 Vgl. R. Knittel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, ZRG RA 100 (1983), 340ff., 378f.; allg. ferner Ulp. (18 *ad ed.*) D. 9.4.2 pr.: ... *si autem insciente (sc. domino), noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*.
- 13 Vgl. etwa D. 47.2.10ff., insbes. Ulp. (29 *ad Sab.*) D. 47.2.14.8; 15f.; auch der Untergang des Diebsgutes oder dessen Übergang in *potestatem hostium* ändert daran nichts, wie sich Ulp. (42 *ad Sab.*) D. 47.2.46 pr. entnehmen lässt.
- 14 S. schon oben Fn. 12; allg. ferner Gai. 4.75; Gai. (2 *ad ed prov.*) D. 9.4.1 und im Besonderen die Hinweise *servi nomine* in D. 13.6.21.1 bzw. in Paul. (39 *ad ed.*) D. 47.2.54.1.
- 15 Vgl. dazu Ulp. (41 *ad Sab.*) D. 47.2.41.2-3, wo sich ebenfalls die Begründung findet: ... *et hoc est quod dicitur „noxia caput sequitur“*. Anders O. Lenel, *Afrikans Quästionen*, ZRG RA 51 (1931), 46 Fn. 4, der ein Glossem vermutet; dagegen schon zu Recht A. D'Ors, *Las quaestiones de Africano*, Rom 1997, 405 u. Fn. 1008.
- 16 In diesem Sinn etwa auch Ulp. (37 *ad ed.*) D. 11.1.16 pr.; vgl. W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, 107 u. Fn. 3.

irgendeinen begründenden Wert für die offenbar zu behandelnde *quaestio* zu, so ergibt sich daraus – wie *Parenti* zu Recht betont¹⁷ – die unabweisbare Schlussfolgerung, dass Afrikans Problemstellung jedenfalls „auch“ mit der Gewährung der Noxalklage(n) zu tun haben muss: Denn in der Fallvariante fehlt es auf Schuldnerseite an der Personenmehrheit, weshalb hier der Frage nach einer Haftung *pro cuiusque parte* keinerlei Relevanz zukommen kann.

2.2 Die Bedeutung von *periculo communi* sowie *periculo tuo*

Bei der vorangehenden Skizzierung der Afrikanentscheidung blieb allerdings eine genauere Analyse der beiden Hinweise auf das *periculum* bewusst ausgespart, doch liegt die Vermutung nahe, dass gerade hierin das Bindeglied zwischen dem Ausgangsfall und der im letzten Satz der Stelle angefügten Variante liegen dürfte. Nun steht es zwar außer Zweifel, dass der Terminus *periculum* in den römischen Quellen in einer Reihe von Bedeutungen Verwendung findet, angefangen von der alltagssprachlichen „(Lebens-)Gefahr“ über den juristisch-technischen Verweis: „possibility of loss“ durch Gefahrtragung bzw. Verschulden bis hin zur – wie zu zeigen war – spezifischen Thematisierung eines „besonderen Prozessrisikos“, worin zugleich die actionenrechtliche Orientierung vieler Juristenaussagen zu Tage tritt¹⁸, doch ist man bei unserem konkreten Beleg mit einem zusätzlichen Aspekt konfrontiert: Der Terminus wird hier nämlich nicht nur durch ein Adjektiv bzw. Possessivpronomen ergänzt, sondern bezieht sich zugleich auf ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Agieren: (*periculo communi*) *utendum dare* / (*periculo tuo*) *utendum commodare*¹⁹. Da sich kein anderer ähnlich gelagerter Text unter Bezugnahme auf *periculum commune* findet²⁰, hat sich der Blick somit auf Quellen zu richten, in denen ein entsprechendes Handeln *periculo tuo, meo* bzw. *suo* thematisiert wird: Dabei zeigt sich, dass solche Formulierungen in aller Regel Klauseln bezeichnen²¹, mit denen die jeweilige Partei ein besonderes Risiko entweder ihrem

17 *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3995f.

18 Vgl. dazu die Hinweise bei *M. Pennitz*, Das *periculum rei venditae*, Wien u.a. 2000, 50ff.; 350ff.; 361ff.

19 Insofern sind die von *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3999 u. Fn. 38f.; *ders.* 2012 (Fn. 3) 415f. u. Fn. 223f. zitierten Belege, wonach *periculum* hier auf die (regelmäßige) Haftung bis zur *custodia* verweise, wegen ihrer abweichenden Sprachstruktur in unserem Kontext nicht aussagekräftig: Bei Gai. D. 40.12.13.1 (*periculo nostro esse*); Ulp. D. 47.2.14.16 (*quorum periculo esse*) bzw. Paul. D. 4.9.4 pr. (*cuius periculo esse*) wird nämlich durch das *esse* bloß auf vorgegebene Zurechnungskriterien Bezug genommen, was in bestimmten Konstellationen natürlich auch ein „Haftungsrisiko unter Einschluss von *custodia*“ ansprechen kann; zur ebenso herangezogenen Stelle D. 16.3.1.35 s. unten bei Fn. 21.

20 Vgl. auch die bei *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3988 u. Fn. 16 angesprochenen Quellen, wo etwa in Herm. D. 14.2.5 pr. (*in communi periculo*) bloß auf das gemeinsame Risiko hingewiesen wird, bei einem Sammeltransport in Seenot zu geraten.

21 Selbstverständlich finden sich aber auch Umschreibungen für die Vereinbarung derartiger Klauseln unter expliziter Verwendung von Verben wie *convenire*, *subicere*, *pacisci* etc.: Zu Abreden, die im Interesse des Hinterlegers erfolgen, vgl. etwa Ulp. (30 *ad ed.*) D.16.3.1.35: *Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur ut puta si hoc nominatim convenit*; ferner Ulp. D. 2.14.7.15 (*si quis pactus sit*) und Ner. D. 17.1.39 (*hac condicione*). Im Zusammenhang mit der *emptio venditio* etwa auch Ulp. D. 18.6.1 pr. (*se periculo subiecit*); Ulp. D. 18.6.10 (*hoc convenisset*) bzw. I. 3.24.3 (*nihil de periculo rei pactum*).

Geschäftspartner auferlegt²², es selbst auf sich nimmt²³ oder sich hiervon eben freispillet (sog. Freizeichnungsklausel)²⁴.

Mit anderen Worten lässt sich davon ausgehen, dass der Verleiher in beiden von Afrikan geschilderten Fällen ein „besonderes Risiko“ abredeweise auf die oder den Vertragspartner überwälzt. Schon sprachliche Erwägungen lassen sich also gegen die These von *Parenti* anführen, mit diesen Worten solle darauf hingewiesen werden, dass hier keine Klausel vorliege und dass die Entleiher bloß standardmäßig bis zur *custodia* einzustehen hätten²⁵. Aber auch seine inhaltliche Begründung überzeugt m.E. nicht so recht: Wenn nämlich *pericolo communi* dadurch zu erklären wäre, dass bei solchen (im Zuge des Militärdienstes geschlossenen) Leihverträgen häufig haftungsbegrenzende Abreden getroffen würden, und der Jurist deshalb im konkreten Fall ausnahmsweise das übliche Haftungsrisiko der Entleiher betonen wollte, so passt eine solche Interpretation gerade nicht zur Variante, bei der auch *Parenti* selbst davon ausgeht, dass hier keinerlei Zusammenhang zum Sachverhalt des Ausgangsfalls besteht²⁶.

Damit bleibt nun zu überlegen, welche Funktion diesen Abreden zukommen könnte: Da der Verleiher die *vasa* seinen *contubernales* unentgeltlich zur Verfügung stellt und das Verlustrisiko während eines Einsatzes im Felde (*in exercitu*) zweifellos besonders hoch einzustufen ist, hat der vertragliche Hinweis auf *pericolo communi utendum dare* wohl den Zweck einer Haftungserweiterung: Die Entleiher sollen insofern über *custodia* hinaus auch für *casus* und *vis maior* einstehen, damit dem Kommodanten unter allen Umständen der Wert der verliehenen Objekte erhalten bleibt²⁷. Allerdings könnten die Worte *communi pericolo* dennoch missverständlich erscheinen, wie auch die Überlegungen von *Antje Steiner* zeigen: Um die von Afrikan vertretene Haftung *pro cuiusque parte* zu erklären, sei die Wendung „bei lebensnaher Betrachtung“ so zu verstehen, dass alle *contubernales*, also Verleiher und Entleiher gemeinsam, das Verlustrisiko tragen sollten, weshalb die Kommodatare nur *pro parte*, nicht *in totum* für

22 S. Ner. (3 membr.) D. 19.1.31 pr. (*actiones pericolo tuo tibi praestare debebo*).

23 Darauf nimmt die überwiegende Zahl dieser Belege Bezug: Vgl. etwa Ulp. D. 15.4.1.1 (*negotium gere pericolo meo*); Ulp. D. 17.1.12.13 (*et „pericolo meo crede“ dicat*); Marcell. D. 46.1.24 (*peto des ei nummos fide et pericolo meo*); Ulp. D. 16.3.1.14 (*pericolo tuo apud eum deponam*); Paul. D. 17.1.45.7 (*stipulatus sum pericolo tuo*); Ulp. D. 13.6.7 pr. (*pericolo suo conveniri alterum*) oder Ulp. D. 17.1.6.6 (*faenerare pericolo suo*).

24 So v.a. Ulp. D. 9.2.27.29 (*non pericolo suo se facere*) bzw. Lab. D. 19.2.60.6 (*non recipere suo pericolo*).

25 *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3999; *ders.* 2012 (Fn. 3) 41 f. u. Fn. 222-224.

26 *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3995 u. Fn. 34; 4000; *ders.* 2012 (Fn. 3) 416: Die Idee, dass Afrikan selbst die Wendung *pericolo communi* für missverständlich ansah und deshalb die Fallvariante benötigt habe, um seine eigene Wortwahl zu verdeutlichen, trifft zudem auf den Einwand, dass sich der Hochklassiker dann im ersten Satz wohl einer anderen, nämlich eindeutigen Formulierung bedient hätte. Anders verhält es sich hingegen, wenn diese Worte „als Klausel“ von den Vertragsparteien selbst stammen.

27 Von Interesse erscheinen in diesem Zusammenhang die juristischen Überlegungen bei (Pomp.-)Ulp. (4 ad ed.) D. 2.14.7.15; Ulp. (30 ad ed.) D. 16.3.1.35 init. und Ner. (7 membr.) D. 17.1.39, ob derartige Klauseln beim *depositum* bzw. *mandatum* (angesichts der Interessenlage) überhaupt zulässig sind; vgl. auch den Hinweis bei *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 1987 (Fn. 4) 302 u. Fn. 10. Beim *commodatum* dürften sich dieses Problem – und auch jenes des Umfangs der vereinbarten Risikoübernahme – hingegen gar nicht gestellt haben.

den Schaden einzustehen hätten²⁸. In diese Richtung könnten die mittels *actio commodati directa* in Anspruch genommenen Entleiher durchaus argumentiert haben, doch ist Afrikan offensichtlich anderer Ansicht. Zwar hatten wohl auch der Verleiher und dessen Sklave Zugang zum Leihgut im Mannschaftszelt, doch seien die *vasa* eben *communi periculo* den Kommodataren „ausgehändigt“ worden (arg. *utenda dedi*), weshalb sich die Klausel nur auf letztere bezieht. Das verdeutlicht dann m.E. auch die Fallvariante (*rem periculo tuo utenduam commodare*), wo sich das Risiko ebenfalls allein auf den Vertragspartner bezieht.

2.3 „Constat“ und das *ius controversum*

Der vorstehende Interpretationsansatz könnte auch eine Erklärung für Afrikans selbstbewusstes *constat* bieten, das der älteren Lehre angesichts des anschließenden *pro cuiusque parte* äußerst verdächtig erschien²⁹ und bis heute die Diskussion zur Stelle belebt: Denn warum sollte die anteilmäßige Haftung der Entleiher „feststehen“, wenn aufgrund einer bei Ulp. (28 *ad ed.*) D. 13.6.15.5 überlieferten Celsusentscheidung diesbezüglich doch eine Juristenkontroverse naheliegt³⁰:

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alias uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio, ...

Denn aus der Sicht von Celsus stellt sich die Frage (arg. *quaeri*), ob man zur Gänze oder *pro parte* hafte, wenn ein Wagen an mehrere verliehen wurde, was „an sich“ schon für *ius controversum* sprechen dürfte³¹. Außerdem vertritt er selbst die Auffassung, dass die Kommodatare in einem solchen Fall *in solidum* einzustehen haben, weshalb jedem von ihnen – freilich elektiv (Pomp. D. 13.6.6) – die Aktivlegitimation zur *actio furti* zukomme. Da aber – wie ausgeführt – der Entscheidung Afrikans eine besondere Abrede

28 Steiner 2009 (Fn. 10) 241 u. Fn. 874. Denn der Verleiher sei „vom *usus* nicht ausgeschlossen“ und komme „ebenso mit den Gefäßen in Berührung ... wie die *contubernales*“, mit denen er ja das Mannschaftszelt teile.

29 Eine Interpolation nimmt – um ein Beispiel zu nennen – Lenel 1931 (Fn. 15) 46 u. Fn. 3 an; vgl. dazu Parenti 2012 (Fn. 3) 409 u. Fn. 202-204 (mit weiteren Hinweisen); 411 u. Fn. 211; an ein Glossem denkt E. Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I, Berlin 1918, 215 u. Fn. 1. Anders freilich Schmieder 2007 (Fn. 10) 180 Fn. 749 bzw. Parenti 2012 (Fn. 3) 412 u. Fn. 214f., die das *constat* der Afrikanentscheidung inhaltlich vom folgenden *pro cuiusque parte* trennen.

30 Zum Beleg zuletzt Schmieder 2007 (Fn. 10) 174-180; Steiner 2009 (Fn. 10) 239f.; Parenti 2012 (Fn. 3) 374-382. Vgl. auch ergänzend Pomp. (5 *ad Sab.*) D. 13.6.6 und Ulp. (28 *ad ed.*) D. 13.6.7 pr.

31 Ferner das *sed esse verius* im Schlussteil des Belegs. Für *ius controversum* auch Parenti 2012 (Fn. 3) 550 u. Fn. 29, freilich unter Einschluss von D. 13.6.21.1.

zugrundeliegt, könnte genau dieser Umstand seine von Celsus abweichende Stellungnahme erklären. Man hat also zu überlegen, ob die vertragliche Gefahrenübernahme das *constat* zu rechtfertigen vermag. Auch D. 13.6.15.5 bietet hierfür einen wichtigen Anhalt, was nahelegt, dass sich Afrikans Quästionenstelle auf Celsus‘ Argumentationsgang bezieht.

Denn Celsus stellt eingangs außer Streit, dass Miteigentümern ihr Objekt selbstverständlich *pro parte* zukomme³²; bei einem von mehreren zum Privatgebrauch entliehenen Gegenstand verhalte es sich hingegen anders, weil die vertragskonforme Sorgfalt nicht teilbar sei, sondern das Leihobjekt insgesamt betreffe: Deshalb habe jeder Kommodatar *in solidum* einzustehen. Wenn aber die Entleihers im Afrikanfall zusätzlich das Risiko eines zufälligen Sachuntergangs „gemeinsam“ übernehmen, dann stehen sie sozusagen Miteigentümern gleich³³, die – insoweit unstreitig – jeglichen Schaden *pro parte* zu tragen haben.

2.4 *Furti agere posse*: Zur Funktion der Fallvariante

Damit stellt sich als weitere Frage, welche Auswirkung eine derartige juristische Einschätzung auf die Aktivlegitimation zur *actio furti* haben könnte: Im Ausgangsfall betont Afrikan, dass den Parteien unter- und gegeneinander einerseits die Vertragsklage sowie andererseits die Noxalklagen zustehen, was angesichts des Sachverlusts *apud hostes* und der Rückführung des Überläufers *iure postliminii* zum *dominus* durchaus Aussagewert hat. Allerdings könnte dabei das von der Vertragsklage losgelöste *sed et* des Folgesatzes ebenso von Interesse erscheinen wie der Umstand, dass – anders als in vergleichbaren Texten³⁴ – auf die erforderliche Solvenz der Kommodatare nicht Bezug genommen wird. Das ist m.E. keine notwendige Folge des hier vorliegenden noxalen Kontextes: Vielmehr lässt sich beides im Sinn von Gai inst. 3.203 wohl darauf zurückführen, dass ein Verleiher – selbst wenn ein außenstehender Dritter die Objekte gestohlen hätte – mangels „Interesses“ gar nicht zur *actio furti* legitimiert ist, wenn das Untergangsrisiko auf Seiten des Entleihers liegt³⁵:

Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.

Für diese Überlegung spricht des Weiteren, dass in der Fallvariante bloß noch festgehalten wird, das bloße Delikt des Sklaven berechtige denjenigen zur *actio furti*, der *periculo suo* entliehen hat: Hier fehlt also jeglicher Hinweis auf die Klageerhebung des Verleiher,

32 Zum „tastende(n)“ Argumentationsgang, bei dem es sich „um die verkürzte Wiedergabe früherer Ansichten“ handeln dürfte, s. Steiner 2009 (Fn. 10) 239.

33 In eine ähnliche Richtung geht eine Julianentscheidung, die uns Ulp. (31 *ad ed.*) D.17.1.6.6 überliefert: Soll ein *procurator „periculo suo“* Geld des Mandanten nehmen und als Geschäftsdarlehen vergeben, wobei er dem Auftraggeber in weiterer Folge – unabhängig von einer konkret erzielten (höheren) Verzinsung – nur den vorher festgelegten, fixen Zinssatz auszuhändigen braucht, so hat man den Geldempfang des *procurator* als *pecunia credita* anzusehen, womit also ebenfalls der Eigentumserwerb bei Vertragsabschluss (hier aufgrund einer Mandatsklausel) angenommen wird.

34 Neben D. 47.2.51.1 (dazu sofort im Text) auch Gai inst. 3.205f. bzw. Mod. coll. 10.2.6 und indirekt wohl Afr. D. 13.6.21 pr. sowie Ulp. D. 47.2.14.16; vgl. ferner Ulp. D. 47.2.12 pr.; 14.17 *i.f.*; 52.9.

35 S. ferner I. 4.1.13, aber auch die justinianischen Neuerungen gemäß I. 4.1.16.

obwohl Paul. (39 *ad ed.*) D. 47.2.51.1 unter Berufung auf Sabinus für Leihverträge (ohne Zusatzklausel) gerade diesen Zusammenhang hervorhebt³⁶:

Si servus commodatoris rem subripuerit et solvendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse et commodati agi cum eo et contra dominum furti servi nomine: sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, evanescere furti actionem: idem et si remittat commodati actionem.

Afrikans Fallvariante hätte demnach den Sinn, im Gesamtkontext klarzustellen, dass Entleiher, die einer solchen *periculum*-Klausel zustimmen, im Gegenzug – ohne Einschränkung – zur *actio furti* aktivlegitimiert sind, weil das Interesse am Leihgut während der Vertragsdauer ihnen allein zuzuordnen ist³⁷. Insofern käme dem Beleg auch generelle Bedeutung für die Lehre vom *commodatum* zu.

3. Folgerungen für das prozessuale Vorgehen *servi nomine*

Klarheit bringt der hier vertretene Interpretationsansatz zudem für das anstehende Noxalverfahren, wobei sich diesbezüglich erneut zeigt, dass Afrikans Quästionensstelle eine wegweisende Entscheidung von Celsus berücksichtigt: Denn das grundsätzliche Problem besteht hier darin, dass mehrere Personen (*contubernales*) zur Deliktsklage aktivlegitimiert sind (arg. *agere possunt*), der diebische Sklave aber nur einmal mittels *noxae deditio* ausgeliefert werden kann. Sollte sich das Vergehen allerdings auf eine *res communis* beziehen, findet sich bei Ulp. (18 *ad ed.*) D. 9.2.27.2 für den Fall, dass ein Miteigentümer allein die Noxalklage erhebt³⁸, ein entsprechender Lösungsansatz:

Item si servus communis meus et tuus sit occisus a servo Titii, Celsus scribit alterum ex dominis agentem aut litis aestimationem consecuturum pro parte aut noxae dedi ei in solidum oportere, quia haec res divisionem non recipit.

Nach Celsus kann also jeder einzelne *socius* mittels *actio legis Aquiliae noxalis* vom Gewalthaber seinen ideellen Anteil am Höchstwert des getöteten *servus communis* einfordern³⁹, doch darf das dem Beklagten keinesfalls die Befugnis nehmen, den unfreien Täter auszuliefern. Vielmehr entlastet der unteilbare Akt der *noxae deditio* den beklagten

36 Vgl. dazu *Buckland* 1908 (Fn. 16), 123f.; *Knütel* 1983 (Fn. 12) 379f.; in ähnlichem Sinn auch (Cels.-) Ulp. D. 13.6.7 pr.

37 Damit erübrigt sich für D. 13.6.21.1 zugleich die Frage, ob man bei *custodia* während der gesamten klassischen Zeit von einem objektiven Haftungsmaßstab auszugehen hat, wie das etwa *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3981f. u. Fn. 1 (mit umfassenden Literaturhinweisen) vertritt, oder ob man das eher bezweifelt; vgl. etwa den *culpa*-Hinweis in Ulp. D. 47.2.14.12, der auch *quorum periculo* (14.16 *h.t.*) betrifft. S. zur Frage auch *F-St. Meissel*, Zur Haftung für Furtum beim römischen Leihvertrag, JAP 4 (1993/94), 212ff., 213f.

38 Natürlich ist es ebenfalls möglich, dass die *socii* gemeinsam klagen; dazu Paul. (22 *ad ed.*) D. 9.4.19 pr. *init.*: *Si in re communi mea et tua damnum nobis dederit Titii servus, si cum eo agemus, erit noxali Aquiliae actioni locus, ne damnatus in solidum singulis noxae dedere cogatur: sed potest dici, quasi unius damnum sit et una obligatio, aut utrisque pecuniam sufferendam aut officio iudicis simul utrisque noxae dedendum: ...*.

39 Vgl. dazu auch Ulp. D. 47.2.45; 46.5.

dominus allen Klageberechtigten gegenüber⁴⁰, wie bei Gai. (7 *ad ed. prov.*) D. 9.4.20 anhand einer ähnlichen Fallkonstellation – ebenfalls unter Bezugnahme auf die Regel *noxa caput sequitur*⁴¹ – belegt ist:

Qui ex pluribus noxis diversis temporibus experitur, ex una noxia servi dominium nanctus nullam amplius actionem habet adversus eum, qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur: at si maluit dominus priori iudicio litis aestimationem sufferre, vel eidem vel alii ex alio maleficio agenti nihilo minus tenetur.

Mit anderen Worten wird der Erstkläger zum neuen Gewalthaber⁴², doch bleibt der Anspruch der anderen Tatopfer selbstverständlich aufrecht, da ihnen der ausgelieferte Sklave ja nicht mit-übereignet wurde. Ein Ausgleich unter den *contubernales* kann – zur Vermeidung einer Noxalklagenkette – nur im Innenverhältnis erfolgen; in vergleichbarem Kontext verweist Paul. (22 *ad ed.*) D. 9.4.19 pr. *i.f.*⁴³ auf ein Vorgehen mittels *actio communi dividundo*, um den ausgelieferten Sklaven (nun allenfalls) ins Miteigentum der *socii* zu übertragen:

... sed et si alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit et ob id ab utroque dominus sit absolutus, recte dicitur eum, cui noxae deditus sit, alteri teneri communi dividundo iudicio, ut communicet servum noxae sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.

Ob Afrikan in D. 13.6.21.1 gleichfalls die *actio communi dividundo* in Betracht gezogen hätte oder den Teilungsanspruch der anderen Tatopfer etwa im Wege von *actiones in factum* bejaht wollte, muss an dieser Stelle – mangels expliziter Quellenzeugnisse – allerdings offen bleiben. Zusammenfassend ergibt sich m.E. jedoch, dass der Hochklassiker aufgrund der *communi periculo utendum dare*-Klausel und unter gleichzeitiger Bezugnahme auf zeitgenössische Entscheidungen – vor allem von Celsus⁴⁴, aber auch von Julian⁴⁵ sowie der von Gaius referierten Rechtslage⁴⁶ – die *contubernales* als *socii* ansieht und daher hinsichtlich der verlorengegangenen *vasa* auf die Rechtslage beim Miteigentum verweist. Damit gelingt es ihm, die anspruchsvollen Fragen rechtlicher und prozessualer Natur, die ein komplexer Fall der Praxis mit sich bringt, einer adäquaten Lösung zuzuführen.

40 Zur Möglichkeit einer paralleler Klageneinbringung Ulp. D. 9.4.14 pr.

41 S. oben bei Fn. 15.

42 Vgl. dazu auch *G.L. Falchi*, Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali, Milano 1976, 53f.

43 Zum ersten Teil der Paulusentscheidung oben Fn. 38.

44 S. oben bei Fn. 30; Fn. 36 und Fn. 38.

45 S. oben Fn. 33.

46 S. oben im Text (bei Fn. 41).

Abstract

In Afr. D. 13.6.21.1 the expression *vasa utenda periculo communi dedi* means that the parties to *commodatum* have added a pact to the contract. The borrowers are then not only liable for *dolus*, *culpa* and *custodia* (safe-keeping), but bear the risk of *vis maior* too. Because of this contractual provision, African assumes that the legal situation of the borrowers is similar to that of co-owners of a *res communis*. This is why the borrowers are liable *pro parte*, when the borrowed objects have been stolen by the lender's slave. On the other hand (and according to Cels.-Ulp. D. 9.2.27.2), each of the borrowers is allowed to sue the *dominus* by an *actio furti noxalis*. If the lender decides to escape his liability by surrendering the offender, the slave has to be shared among the *socii*; for this reason the other borrowers will probably be entitled to an *actio communi dividundo* or a similar *actio in factum* against the plaintiff.