Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung.
Bd. 16 = 29, 1895, S. 7 - 104
Pokrowsky, Joseph v.: ¬Die Actiones in factum des classischen Rechts
Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte
2010-09-05T15:29:20Z

II.

Die Actiones in factum des classischen Rechts.

Von

Herrn Privatdocenten **Joseph v. Pokrowsky**

in Dorpat.

§ 1.

Einleitung. — Der gegenwärtige Stand der Lehre.

1. Allgemeine Bemerkung. — 2. Keller (Litiscontestation und Urtheil). — 3. Savigny. — 4. Puchta. — 5. Buchka. — 6. Keller (Röm. Civilprocess). — 7. Bekker (Proc. Consumtion). — 8. Demelius. — 9. Thon-Krüger (Process. Consumtion). — 10. Bethmann-Hollweg und die Recension Krügers. — 11. Eisele. — 12. Bekker (Actionen). — 13. Schluss. — Methode und Aufgabe der Untersuchung.

---

1. Die Eintheilung der römischen Klagen in actiones in ius und in factum conceptae war niemals Gegenstand einer selbständigen, dieser Frage speciell gewidmeten Untersuchung. Bis jetzt wurde diese Frage entweder in den allgemeinen Lehrbüchern des römischen Civilprocesses behandelt, wo man ihr eine mehr oder minder bescheidene Stellung in den Paragraphen über die Conception der Klagformeln zuwies, oder

---

Es ist mir ein Bedürfniss, den Männern, die meine Arbeit mit Rath und That gefördert haben, meinen aufrichtigsten Dank abzustatten. Die Herren Professoren Eck, Pernice und Dernburg haben während meines Berliner Aufenthaltes meine Studien in ausgezeichneter Weise geleitet, und sie haben im Besonderen bei vorliegender Arbeit mir eine ebenso eindringliche, wie fördernde Kritik nie versagt.

sie wurde in ganz andere Materien behandelnden Monographieen berührt, wo sich die Schriftsteller in der einen oder anderen Weise damit befassen mussten. Unter diesen anderen Materien spielt die Frage von der processualen Consumtion im classischen Recht die Hauptrolle. Die uns überlieferte Thatsache (Gaius IV. 106—107), dass die actio in personam in ius concepta (bei der Voraussetzung eines iudicium legitimum) durch die Litiscontestation ipso iure, die actio in rem und die in personam in factum concepta dagegen nur ope exceptionis rei iudicatae vel in iudicium deductae consumirt wird, bedarf einer Erklärung. Bekanntlich war im laufenden Jahrhunderte — seit der Entdeckung des Gaius — die Lehre von der processualen Consumtion einer der anziehendsten Gegenstände für die Romanisten, — und so haben wir eine ziemlich grosse Masse, wenn nicht durchaus entwickelter Theorien, so doch wenigstens von Meinungsäusserungen auch in Betreff unserer Frage. Namentlich bei dieser Gelegenheit machte unsere Lehre gewisse Schritte vorwärts, welche später in die Lehrbücher des römischen Civilprocesses bloss aufgenommen wurden.

2. Die Entwickelung unserer Lehre — insofern hier überhaupt von einer Entwickelung die Rede sein kann, — beginnt eigentlich mit dem Erscheinen des Keller'schen Buches „Litiscontestation und Urtheil" 1827. Hier war der erste Versuch gemacht, die erwähnte Erscheinung der processualischen Consumtion zu erläutern.

Wie bekannt, findet Keller in der Litiscontestation des classischen Rechts eine novatio necessaria. Von diesem Standpunkte aus ist es natürlich, dass nur die actiones in personam, nicht aber die actiones in rem direct, d. h. ipso iure, consumirt werden können: die novatio setzt für sich voraus, dass das Rechtsverhältniss, welches consumirt werden soll, eine Obligation sei. Das Recht an der Sache, welches die materielle Grundlage der actio in rem bildet, kann nicht novirt werden, und in Folge dessen musste die Regel „bis de eadem re ne sit actio" hier auf dem indirecten Wege der exceptio rei iudicatae verwirklicht werden[1]). Warum aber konnte die directe Consumtion bei den actiones in personam

[1]) l. cit. S. 117.

in factum conceptae nicht stattfinden? Darauf antwortet Keller in folgender Weise: „nur in der actio in ius concepta ist von einer obligatio, einem debitum, einem dare facere oportere die Rede, nur bei dieser kann man daher von dem Untergange einer obligatio, welcher durch L. C. bewirkt werden soll, überhaupt sprechen. Es ist auf der anderen Seite gerade das Charakteristische der formulae in factum conceptae, dass man sich hier weder eine obligatio, noch überhaupt ein Rechtsverhältniss als Grundlage denkt, sondern dass ein bloss factisches Verhältniss als Fundament der Klage und Bedingung der Condemnation erscheint“[1]). — „Bei den actionibus in factum, wiederholt er ein wenig später[2]), macht gar kein Rechtsverhältniss, sondern bloss eine Thatsache den materiellen Grund und den formellen Bestand der actio aus, die Intentio enthält ein blosses Factum. Dass aber eine blosse Thatsache nicht novirt werden kann, versteht sich von selbst“.

Wir sehen also, dass Keller den Unterschied zwischen den actiones in ius und den in factum conceptae nicht nur in der Beschaffenheit der Formeln, sondern auch in der materiellen Grundlage der beiden Klagenkategorien finden will: bei den ersteren erscheine die Obligation als der materielle Klagegrund, bei den letzteren — keine Obligation, sogar kein Rechtsverhältniss überhaupt, sondern blosse Thatsachen.

Das klingt paradox. Freilich kann von einer obligatio civilis, von einem dare facere oportere bei den in factum actiones keine Rede sein, aber es liegt hier doch eine obligatio honoraria, ein debitum unzweifelhaft vor[3]): es dürfte also auch der Novation nichts im Wege stehen, weil, wie die Quellen uns ausdrücklich sagen, „illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria“[4]). — Wenn Keller aber weiter von dem Gedanken ausgeht, dass nur die civile Obligation novirt und direct consumirt werden könne, so müsste er consequenterweise auch alle prätorischen Klagen von der Consumtio ipso iure ausschliessen und gemäss Gaius

---

[1]) S. 86. — [2]) S. 117—118. — [3]) Vgl. z. B. fr. 1 § 8 D. de pec. const. 13. 5. — [4]) Vgl. fr. 1 § 1 D. de novat. 46. 2.

IV. 107 sie alle zu den actiones in factum conceptae rechnen. Diesem Schlusse aber entzieht sich Keller in Bezug auf die sog. Klagen mit subjectiver Umstellung dadurch, dass er erklärt: es sei hier die eigentliche materielle Grundlage der Klage nicht das Verhältniss zwischen dem wirklichen Kläger und dem wirklichen Beklagten, sondern das civile dare facere oportere desjenigen, ex cuius persona intentio sumpta est. Dieses sei der Inhalt der Intentio bei dieser Klage ganz ebenso, wie bei der entsprechenden actio directa gegen den civilrechtlich Verpflichteten selbst. Als Inhalt der Intentio werde dieses dare facere oportere in beiden Fällen in iudicium deducirt und ipso iure consumirt[1]). — Was aber die actiones ficticiae betrifft, so sind diese von Keller vollständig vergessen worden, und es ist schwer zu sagen, wie sich Keller zu diesen Klagen verhalten, ob er sie zu den actiones in factum oder zu den actiones in ius gerechnet hätte, und auf welche Weise er die Consumtio ipso iure für diese Klagen zu rechtfertigen vermocht haben würde, wenn er sie für actiones in ius gehalten hätte.

Uebrigens will Keller, ausser mit dieser Unmöglichkeit der Novation, die bloss indirecte Consumtion der actio in factum noch in anderer Weise begründen: „Wenn wir auch ganz von der Idee der Novation abstrahiren“, sagt er[2]), „so erscheint es doch nicht weniger natürlich, dass im Falle einer actio in factum concepta oder in rem die Peremtion nicht ipso iure geschehen kann. Denn sonst müsste man annehmen, dass durch die L. C. in dem einen Falle das dingliche Recht unterginge, im anderen das Factum, welches die Grundlage der actio ausmacht, unwahr würde“. — Damit beruft sich Keller nicht auf die materielle Grundlage der Klage, sondern vielmehr auf die formelle Seite der Sache, auf die Formel selbst: die einmal vorhandene Thatsache könne in Folge einer L. C. nicht unwahr werden, und so müsste sie ipso iure auch noch in der Formel der zweiten Klage de eadem re zur Condemnation führen.

Die Keller'sche Lehre wurde von den späteren Schrift-

---

[1]) Vgl. z. B. in Bezug auf die actiones adject. qualit. S. 421 ff. — [2]) S. 118, vgl. Anm. 8 ibid.

stellern vielfach angegriffen und schliesslich für völlig unhaltbar erklärt; es ist in der That unmöglich, seine Theorie in dieser Gestalt aufrecht zu erhalten. Am Ende dieser Untersuchung wird es sich ergeben, inwiefern Keller Recht, und inwiefern er Unrecht hat.

3. Savigny[1]) fasst den Gegensatz zwischen den actiones in ius und den in f. conceptae in folgender Weise auf: „Die erste Classe (sc. actiones in ius conc.) hatte eine iuris civilis intentio, d. h. die Behauptung des Daseins eines im ius civile gegründeten Rechtsverhältnisses, in allen Fällen also Dasein eines Eigenthums, einer Obligation oder eines anderen durch ius civile anerkannten strengen Rechts ... Die zweite Classe (actiones in f. c.) hatte zur intentio die blosse Behauptung von Thatsachen, sie war also in ihrer Form ähnlich einer demonstratio". — „Dieser Gegensatz der Klagen, fährt Savigny fort, fällt nun zunächst zusammen mit dem Gegensatz der civilen und prätorischen Klagen. Denn bei den civilen Klagen war stets eine iuris civilis Intentio möglich, so dass die Intentio stets in ius concipirt werden konnte. Bei den prätorischen Klagen war dies nicht möglich, weil sie gar nicht auf einem jetzt schon vorhandenen Recht beruhten, sondern auf der obrigkeitlichen Macht, kraft welcher der Prätor eine Klage gab". Aber von dieser principiellen Identität der beiden Gegensätze (civile und prätorische Klagen, actiones in ius und in f. conceptae) müsse eine zweifache Ausnahme gemacht werden. Erstens: obgleich die civilen Klagen stets zur intentio in ius fähig sind, so können sie doch bisweilen auch in factum concipirt werden: dies sei nämlich bei gewissen wenigen civilen Klagen der Fall, welche Doppelformeln — die formula in ius und daneben die formula in factum concepta — gehabt haben (actio depositi und commodati — Gaius IV. 47). Zweitens gebe es prätorische Klagen, „deren Fassung zwar wesentlich in factum war, aber doch einen Uebergang zu der Fassung in ius in sich schloss; dies waren manche utiles oder ficticiae actiones", z. B. die formula Publiciana. „Das Wesen dieser intentio", sagt Savigny, „ist die rein thatsäch-

[1]) System. Bd. V (1841) § 216 f.

liche Behauptung: Agerius hat den streitigen Sclaven gekauft und tradirt bekommen. Diese hat aber folgenden besonderen Zusatz: der iudex soll zugleich prüfen, ob der durch die Tradition erworbene Besitz so beschaffen war, dass er durch einjährige Fortdauer in römisches Eigenthum übergegangen sein würde. Dadurch bekommt die an sich thatsächliche intentio eine Färbung von ius, spielt also in die in ius concepta hinüber."

Was über die Lehre von Savigny besonders bemerkt werden muss, ist, dass sie nicht klar genug und nicht vollständig ist. Denn erstens ist es unklar, wenn Savigny sagt, dass mit solcher „Färbung von ius" nur „manche" von den actiones ficticiae erscheinen. Welche denn? — Wenn weiter Savigny meint, dass nur manche von den actiones ficticiae „in die in ius conceptae hinüberspielen", so könnte man daraus schliessen, dass die actiones ficticiae in der Regel, weil sie prätorisch sind, actiones in factum seien. Nehmen wir aber z. B. die Formel: „si A^s A^s L^o Titio heres esset, tum si pareret N^m N^m A^o A^o C dare oportere" etc. Würde Savigny diese Formel für eine formula in factum concepta halten? könnte er sagen, dass diese Formel nur „Färbung von ius" hat? Wo ist hier irgend welche „thatsächliche Behauptung des Klägers"?

Zweitens: Die Formeln, welche in derselben Art, wie die formula Publiciana, gefasst sind, erscheinen somit nach Savigny mit gemischtem Charakter: theilweise in factum, theilweise in ius concipirt. Wofür müssen wir aber solche Formeln in Bezug auf die processuale Consumtion halten: für in factum oder für in ius conceptae? Denn hier ist keine mittlere Position zulässig.

Drittens: Von den prätorischen Klagen, als von den actiones in factum conceptae, macht Savigny nur eine einzige Ausnahme für gewisse actiones ficticiae. Es bleiben aber noch die sog. Klagen mit subjectiver Umstellung: sind diese also in factum concipirt? — Wenn Keller in dem oben erwähnten Buche die actiones ficticiae vergessen hat, so ist es bei Savigny ganz ähnlich: er hat die Klagen mit subjectiver Umstellung vergessen.

4. Wie Keller, so geht auch Savigny im Allgemeinen von dem Standpunkte aus, dass bei den formulae in ius conceptae auf das civile Recht des Klägers Bezug genommen wird; beide verstehen also in dem Ausdrucke „formula in ius concepta“ ius im subjectiven Sinne. Ein anderer Standpunkt lässt sich bei Puchta[1]) bemerken: ihm ist ius mehr das civile Recht im objectiven Sinne, im Sinne der civilen Rechtssätze. Bei der Eintheilung der Formeln liegt, nach Puchta, das Entscheidende in der Stellung, welche der Richter bei diesen und bei jenen Formeln erhält: bei den formulae in ius conceptae sei er angewiesen, nach den Sätzen des ius civile zu urtheilen, bei den formulae in factum conceptae dagegen werde sein Urtheil ausschliesslich von dem Befund einer Thatsache abhängig gemacht. Von diesem Standpunkte aus ist es selbstverständlich, dass auch Formeln mit gemischtem Charakter existiren können, bei welchen „das Urtheil des Richters von dem Befund einer Thatsache abhängig gemacht wurde, nur noch ausserdem auch von den Rechtssätzen, welche die Schlüssigkeit der iuris intentio bedingten“.

Dieser Unterschied des Standpunktes lässt sich besonders in der verschiedenen Beurtheilung der actiones ficticiae erkennen. Während nach Savigny die actiones ficticiae principiell zu den actiones in factum gehören sollen, und nur „manche“ von ihnen die „Färbung von ius“ bekommen, — steht nach Puchta die Sache umgekehrt: die actiones ficticiae sind ihm im Allgemeinen actiones in ius conceptae; „durch die Hinzufügung der Fiction“, sagt er, „soll die Natur der Klage nicht verändert werden; der Richter erhält keine andere Stellung, er wird nur angewiesen, unter den in dem Zusatz ausgedrückten Voraussetzungen ebenso zu urtheilen, wie wenn die eigentlichen Voraussetzungen der Klage existirten“. Und nur manche von den formulae ficticiae bekämen einen gemischten Charakter, wie z. B. die formula Publiciana, weil das Urtheil des Richters hier von den Rechtssätzen, aber noch ausserdem von den Thatsachen abhängig gemacht sei.

---

[1]) Institutionen I. § 165 (zuerst erschienen im J. 1841; 10. Aufl. 1893, S. 494, 496).

5. Buchka[1]) adoptirt die Savigny'sche Lehre vollständig und behauptet — sogar mit noch grösserer Entschiedenheit — die Identität der Gegensätze: actiones in ius — in factum conceptae, civile — prätorische Klagen. „Die prätorischen Klagen", führt er aus, „waren nur einer formula in factum fähig. Da der Prätor, nicht im Stande, ein neues, dem ius civile ebenbürtiges Recht zu schaffen, nur die Macht hat, Normen für seine eigene Rechtsprechung, sowie für die Instruirung der von ihm ernannten Richter aufzustellen, so erhalten die Befugnisse, welche für Jemanden aus den Neuerungen des prätorischen Edicts erwachsen, gleichfalls nicht den Charakter von Rechten im Sinne des ius civile, sondern tuitione tantum praetoris continentur. Natürlich kann aber da, wo kein civiles Recht vom Kläger behauptet wird, nicht von der Existenz eines solchen die Entscheidung des Rechtsstreites abhängig gemacht werden"[2]). Die prätorischen Klagen sollen also immer, nach Buchka, in factum conceptae sein; auch eine solche Formel, wie die Formula Publiciana, sei im Grund und Wesen nur eine formula in factum.

Indem Buchka die Keller'sche Novationstheorie verwirft, erklärt er die Unmöglichkeit der consumtio ipso iure bei den actiones in factum eben aus der prätorischen Natur der letzteren. „Als etwas dem reinen ius civile Angehöriges", sagt er[3]), „konnte diese Consumtion nur dann bewirkt werden, wenn die Ordinatio iudicii, aus welcher sie hervorgehen sollte, ihrer ganzen äusseren Gestalt nach den Forderungen des Civilrechts entsprach. Die Instruction des Iudex, welcher eine lediglich dem prätorischen Rechte angehörige Form gegeben war, konnte auch nur prätorische Wirkungen hervorbringen".

6. Ein wichtiges Moment in der Geschichte unserer Lehre bildet „Der römische Civilprocess" von Keller (1852); von ihm nimmt eigentlich die herrschende Lehre ihren Ausgang.

Keller steht hier auf einem wesentlich anderen Standpunkte als früher. — Nachdem er die civilen Klagen und von den prätorischen die actiones ficticiae und die sog. Klagen mit subjectiver Umstellung erläutert hat, sagt er[4]): „Bei den bis-

---

[1]) Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss. 1846. — [2]) l. cit. S. 10—11. — [3]) ibid. S. 14. — [4]) § 33.

her aufgezählten Klaggebilden hatte sich der Prätor immer begnügt, entweder für wirkliche Rechtsverhältnisse des Ius civile die entsprechende Iudicationsvorschrift zu gestalten, oder doch, wo er die Schranken des Ius civile überschritt, das Verhältniss, welchem er neuen Schutz gewähren wollte, unter eine anerkannte civile Regel und unter die ihr gemäss bestehende Klagformel so zu bringen, dass er diese gleichsam analog ausdehnte. Demnächst aber und wo das nicht ausreichte, erhob sich der Prätor zu freier Formelbildung, indem er selbständige Formulae von Grund aus neu construirte und dabei den Rechtspunkt, anstatt ihn den Iudex im Ius civile finden zu lassen, auf sein Imperium nahm, d. h. den Condemnationsbefehl an bestimmte Thatsachen als einzige Bedingung knüpfte. So bekam der Iudex u. dgl. bloss diese Thatsachen (nackte oder juristische) zu untersuchen, und musste, wenn er sie in Richtigkeit fand, in dem ihm aufgetragenen Maasse condemniren, ohne sich um den Rechtsgedanken zu kümmern, nach welchem aus ihnen diese Leistungspflicht folge; — indem für diesen Causalzusammenhang die Autorität des Prätors und seine eigene Unterordnung unter diese für ihn hinreichende Gewähr war.“

Diese Worte sind so bekannt, dass es überflüssig erscheinen könnte, sie anzuführen, wenn wir nicht mit den hervorgehobenen Ausdrücken den Leser auf die neue Tendenz in der Kellerschen Lehre aufmerksam machen wollten. Bei der Eintheilung der Formeln in die in ius und in die in factum conceptae wird hier, wie es schon bei Puchta vorkommt, das Hauptgewicht nicht auf das Recht des Klägers gelegt, sondern vielmehr auf die Stellung des Richters übertragen: bei den formulae in ius conceptae sei der Richter auf die Normen des Ius civile („civile Regel“) angewiesen; bei den in factum conceptae dagegen seien ihm bloss Thatsachen zur Untersuchung gegeben; mit den Rechtsfragen habe der Richter hier nichts zu thun. — Auch Keller versteht also in dem Ausdrucke „in ius concepta“ das Wort ius im Sinne des objectiven civilen Rechts. — Daher auch der verschiedene Gesichtspunkt für die actiones ficticiae. Wenn Keller früher — wenigstens consequenterweise — diese Klagen für actiones in factum gehalten haben muss, so spricht er jetzt ausdrücklich im ent-

gegengesetzten Sinne: sowohl die actiones ficticiae, wie auch die sog. Klagen mit subjectiver Umstellung seien actiones in ius conceptae, denn keine intentio iuris civilis könne ihre Eigenschaft als solche dadurch verlieren, dass ihr eine Fiction beigefügt oder die nachfolgende condemnatio auf eine andere Person umgestellt werde[1]). Die Bezeichnung einer Klage als actio in ius oder als actio in factum weist also jetzt keineswegs hin auf ihre Herkunft aus dem civilen oder prätorischen Rechte, sondern auf den Gegenstand der richterlichen Prüfung.

Bei dieser Annahme wäre es nun für Keller geboten gewesen, auch in Bezug auf die processuale Consumtion irgend eine andere Erklärung zu finden, denn einerseits ist actio in factum jetzt nicht nothwendig eine prätorische, andererseits actio in ius nicht immer eine civile Klage: es könnte also bisweilen auch eine civile Obligation nicht novirt werden, bisweilen aber könnte eine prätorische, d. h. — nach Kellers früherer Meinung — gar kein Rechtsverhältniss, mit voller Giltigkeit novirt werden. — Indess behält Keller in dieser Hinsicht seine frühere Erklärung ganz unverändert bei, indem er auch im „Civilprocesse“[2]) sagt, dass es bei den actiones in factum für die Novation „am Stoffe fehlte“.

7. Auf demselben formellen Standpunkte steht auch Bekker in seinem Buche „Die processuale Consumtion“ (1853). — Diese oder eine andere Fassung der Formel wird, nach seiner Meinung, durch den folgenden Umstand bestimmt: „Wie das sacramentum und die processualische Sponsion“, sagt er[3]), „knüpft die intentio sich unmittelbar an das Dasein des die klägerische Forderung begründenden Rechts; ... dieses ist Bedingung der Condemnatio ... Lässt sich das Recht in einem Satze genügend individualisiren, so begann die Formel mit der Intentio .. Liess sich aber das betreffende Recht nicht so einfach bezeichnen, so setzte man vor die intentio noch eine demonstratio oder praescripta verba, um die res de qua agitur genügend zu bestimmen. Später ging der Prätor einen Schritt weiter. Er knüpft die intentio bisweilen nicht an die Existenz des betreffenden Rechts, sondern an die dies Recht erzeugenden Thatsachen. Dies war nothwendig, wo jenes Recht

---

[1]) Vgl. 6. Ausg. S. 161. — [2]) § 60 S. 303. — [3]) S. 40.

kein gesetzlich anerkanntes war, und wo also jene Thatsachen einen Anspruch erzeugten, dessen klagbare Verfolgung wohl dem Prätor billig erscheinen mochte, in den Gesetzen aber nicht vorgesehen war, und sich auch nicht auf ganz nahe liegende gesetzliche Analogien zurückführen liess. Bequem war es aber auch in vielen anderen Fällen, wo eine formula in ius concepta an sich auch zulässig gewesen wäre, theils um formellen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, so z. B. wo ein filius familias klagen wollte, theils um durch die minder starre Form das betreffende Recht schärfer zu bestimmen."

Ist die betreffende Formel in ius oder in factum concipirt, — darüber soll also nach Bekkers Meinung die Weise entscheiden, in welcher der klägerische Anspruch in der Formel beschrieben ist: ist der Anspruch direct oder durch Analogie „unter eine anerkannte civile Regel (um mit Keller zu sprechen) und unter die ihr gemäss bestehende Klagformel" gebracht, — so ist eine formula in ius concepta da; ist das nicht der Fall, so haben wir eine formula in factum. Es ist selbstverständlich, dass nach dieser Definition auch prätorische Klagen in ius concipirt werden konnten — so namentlich die sog. Klagen mit subjectiver Umstellung und actiones ficticiae. — Auch nach dieser Lehre kann die Bezeichnung der betreffenden Klage als actio in ius oder in factum concepta an sich in keiner Weise auf ihre civile oder prätorische Herkunft hindeuten.

Wie erklärt nun Bekker die bloss indirecte Consumtion der actiones in factum? Bleibt er sich consequent, d. h. sucht er die Ursache dafür auch in irgend einem formellen Umstande? Nein. Er sagt: „Die Formeln in factum waren prätorische, sie bildeten einen Gegensatz zum alten ius, und Klagen, bei denen sie benutzt wurden, waren eben darum keine actiones im Sinne der alten Rechtssprache. Der Prätor aber schützte auch hier wieder das Institut, das er selber ins Leben gerufen hatte, den alten actiones gleich und gab deshalb die Exceptionen"[1]). Aber auch die formulae ficticiae z. B. waren nicht minder prätorisch, auch sie bildeten nicht minder einen Gegensatz zum alten ius, folglich müssten auch sie „keine actiones im Sinne der alten Rechtssprache" sein!

[1]) S. 280.

Und überhaupt, wenn man sich einmal auf den Standpunkt gestellt hat, dass der Unterschied zwischen den actiones in ius und denen in factum lediglich durch die formellen äusseren Merkmale bestimmt wird, so ist es unbedingt geboten, auch für den Unterschied in der processualischen Wirkung eine formelle Erklärung zu suchen. Das haben weder Keller noch Bekker gethan.

8. Gegen die Lehre von der Natur der actiones in factum, welche Keller in seinem Civilprocess aufgestellt hat, wendet sich Demelius (Rechtsfiction. 1858).

Wie oben erwähnt, findet Keller das Charakteristische der actiones in factum conceptae darin, dass der Richter bei ihnen bloss die Thatsachen zur Untersuchung bekomme, dass er bloss mit diesen, nicht aber mit den Rechtsfragen zu thun habe: er dürfe sich nicht um den Causalzusammenhang zwischen diesen Thatsachen und der an sie geknüpften Condemnatio kümmern; denn diesen Causalzusammenhang nehme der Prätor auf sich. — Hierauf erwidert Demelius: „Der Iudex hatte in keinem Falle mehr als die Existenz dessen zu prüfen, worauf hypothetisch die Condemnation gestellt war. Den juristischen Gedanken, auf welchem die hypothetische Verbindung dieser Intentio mit dieser Condemnatio beruht, den hatte der Concipient der Formel zu denken und zu vertreten bei der actio in ius wie bei der in factum concepta“[1]). Der Iudex, fährt Demelius fort, habe in jedem Falle nur die Thatsachen zu prüfen, sogar dann, wenn in der Formel als Bedingung der Condemnation das „rem A^i A^i esse“ oder das „N^m N^m A^o A^o dare oportere“ gestellt sei. Diese letzten Ausdrücke haben für den Richter keinen anderen Sinn, als den der kurzen, technisch-juristischen Bezeichnung eines gewissen Complexes von Thatsachen; der Prätor brauche, indem er diese Ausdrücke in die Formel stelle, die einzelnen Thatsachen nicht mehr aufzuzählen: der Richter selbst werde jetzt wissen, welche Thatsachen er zu untersuchen habe. — „Wohl aber wurde eine Aufzählung nothwendig“, sagt Demelius[2]), „wenn aus Lebensverhältnissen eine Leistungspflicht anerkannt werden sollte, für welche ersteren solche fertige Rechtsbegriffe, wie das „meam esse“ und „dare opor-

[1]) S. 61—62. — [2]) S. 62—63.

ere“ noch nicht vom Rechte producirt waren. Darin nun und nur darin, dass zwischen dem „si — paret“ ganz unmittelbar thatsächliche Voraussetzungen erschienen, während in anderen Fällen typische, ein für alle Mal Umstände einer gewissen, ganz besonderen Natur involvirende, technisch-juristische Ausdrücke in der Intentio standen, liegt die Eigenthümlichkeit der actiones in factum conceptae. Sonst unterscheiden sie sich durch gar nichts von den in ius concipirten Klagformeln ... Die actiones in factum c. verdanken lediglich der Thatsache ihre Entstehung, dass der Vorrath jener juristischen Typen ein sehr begrenzter war, dass man also, sobald Rechtsschutz für gewisse nicht unter die Herrschaft derselben fallende Lebensverhältnisse sich als zeitgemäss und durchs Rechtsbewusstsein geboten herausstellte, zur directen Inserirung der einzelnen thatsächlichen Voraussetzungen schreiten musste.“

Statt solcher Aufzählung der einzelnen Thatsachen konnte, nach Demelius, unter gewissen Umständen ein bequemeres Mittel gebraucht werden — nämlich Fictionen. Der Prätor sagte — um mathematisch zu reden — statt a + b + c u. s. w. einfacher: x — y. „So wird sich“, schliesst Demelius ab, „die Anschauung rechtfertigen lassen, dass die actiones ficticiae gar nichts Anderes waren, als actiones in factum conceptae, bei denen nur der den Inhalt einer intentio in ius concepta bildende Rechtsbegriff als kurze und zugleich ganz treffende Bezeichnung eines Complexes entscheidender Thatsachen gewählt war. Was das Specifische der actio in factum concepta ausmacht, dass der Condemnationsbefehl nicht abhängig gemacht ist von einem meum esse, dare oportere, damnum decidere oportere, das trifft auch bei den actiones ficticiae vollkommen zu ... Die actiones ficticiae unterscheiden sich in dieser Beziehung scharf von den sog. formulae mit subjectiver Umstellung. Letztere sind wirkliche Formeln in ius conceptae. Zwar nimmt auch hier, wie überhaupt bei jeder Klagformel, der Prätor das Folgen gerade dieser Leistung aus gerade diesem „si paret“ auf sich, allein er braucht nicht jene Begrenzung des relevanten factischen Substrats des Rechtsverhältnisses vorzunehmen“[1]).

---

[1]) S. 67—68.

Obgleich aber, sagt Demelius unmittelbar nach diesem Schlusse, die actiones ficticiae in ihrem Wesen nichts Anderes sind, als actiones in factum, so müssen sie doch in Bezug auf die Frage über die processuale Consumtion gleich den wirklichen actiones in ius conceptae betrachtet werden: d. h. die Consumtion soll auch bei ihnen ipso iure geschehen. Der Grund der bloss indirecten Consumtion bei den actiones in factum liege nicht, wie Keller meine, in dem Umstande, dass ihre materielle Grundlage blosse Thatsachen bilden, welche nicht novirt werden können, — dasselbe könne man auch in Betreff der actiones ficticiae mit Recht sagen, — sondern vielmehr in rein formellen Umständen, wie es schon Keller selbst mit seinem zweiten Argumente angedeutet habe. „Und es scheint nach Gaius", sagt Demelius[1]), „dass diese rein formelle Auffassungsweise, das Vorkommen der Worte „dare oportere" in der intentio, das entscheidende Moment gewesen ist."

Wir sehen, dass auch Demelius vollkommen auf dem formellen Standpunkte, auf dem Standpunkte des objectiven ius civile steht. Besonders interessant in seiner Lehre ist das, dass er von diesem formellen Standpunkte zur Anerkennung der actiones ficticiae als actiones in factum gelangt ist, was bis jetzt nur diejenigen zuliessen, welche von dem ganz entgegengesetzten Standpunkte des subjectiven ius ausgingen. Uebrigens nimmt Demelius diesem Resúltate gleich seine Bedeutung, indem er behauptet, dass in Bezug auf die processuale Consumtion die actiones ficticiae für actiones in ius gelten müssen. Andererseits treffen seine Bemerkungen über die Keller'sche Consumtionslehre gerade deren schwache Seite, den logischen Widerspruch, zu welchem Keller seine Theorie im „Civilprocesse" geführt hat. Demelius bleibt nur logisch, indem er für die Consumtionsfrage eine rein formelle Erklärung aufstellt oder wenigstens andeutet.

9. Auf demselben rein formellen Standpunkte stehen auch Rudorff in seiner Rechtsgeschichte (1859) und Thon in seinem Aufsatz über die actiones in factum in der Zeitschrift f. RG. Bd. II (1863), welche im Wesentlichen nur die Keller'sche Theorie wiedergeben. — Thon hebt gegen Demelius ein

---

[1]) S. 70.

nach seiner Meinung wichtiges Unterscheidungsmerkmal zwischen den actiones in ius und in factum hervor, welches dieser, nach Thons Meinung, ausser Acht gelassen hat: nämlich dass „die formula in ius concepta, sowohl die rein civile, als die ficticia und utilis, auf das Dasein eines gegenwärtigen Rechts gehe, die formula in factum auf die Wahrheit einer in der Vergangenheit ruhenden Thatsache.“ Das erscheint als Einleitungsgedanke zu seinen weiteren Ausführungen, deren Hauptaufgabe es ist, zu beweisen, dass bei den actiones in factum conceptae die sog. rechtsvernichtenden Thatsachen nur ope exceptionis und nicht ipso iure, wie bei den actiones in ius, wirken können.

Von der Keller'schen Theorie geht auch Krüger („Processualische Consumtion“. 1864) aus. In Bezug auf die Consumtionsfrage sucht Krüger den oben erwähnten Widerspruch der formellen Theorie mit sich selbst zu corrigiren und zwar in der Richtung, welche schon Demelius angedeutet hat.

Die Frage, auf welche Weise die Regel „bis de eadem re ne sit actio“ verwirklicht werden soll, hängt, wie Krüger meint, einzig und allein davon ab, ob es in jedem concreten Falle für den Iudex klar sein wird, dass bei der zweiten Klage wirklich dasselbe Rechtsverhältniss in Frage steht, über welches schon einmal entschieden worden ist, — oder nicht. Ist es klar, so ist die exceptio überflüssig, supervacua, sonst ist sie nothwendig. Ersteres sei immer bei den actiones directae in ius conceptae der Fall; das zweite hätten wir bei den actiones in factum. „Versetzen wir uns“, sagt Krüger[1]), „in die Anfänge der Formelbildung, so finden wir, dass der Prätor Ansprüchen, welche im ius civile keine Anerkennung fanden, die ihm aber derselben würdig schienen, in der Art rechtlichen Schutz verlieh, dass er die thatsächlichen Grundlagen derselben als alleinige Bedingung des Condemnationsbefehls hinstellte, so dass der jetzige sowohl, wie der spätere iudex gar nicht wissen konnte, welches rechtliche Verhältniss, welche Obligation in das iudicium gekommen war.“

„Aber“, fährt er fort, „Bedenken gegen diese Auffassung wird bei vielen der noch übrig bleibende Fall der Consumtion

---

[1]) S. 38.

durch actio utilis in personam erregen. Dass auch diese eine intentio iuris civilis auf dare facere etc. oportere hatte, gab ihr gerade ihren Charakter gegenüber der actio in factum: sie muss also ipso iure Consumtion des Anspruchs nach Gaius hervorbringen. Und doch haben wir oben gesehen, dass sie demselben Zwecke diente, iure civili nicht anerkannte Rechtsverhältnisse klagbar zu machen; auch hier müsste der Iudex zweifelhaft sein, welchen Anspruch der Prätor habe schützen wollen". — Es sind nun zwei Fälle dieser Art vorhanden: „entweder das dare oportere ist wirklich vorhanden und wird nur auf eine andere Person übertragen, oder einzelne Bedingungen werden erlassen, um aus Verhältnissen, die ein dare oportere nicht erzeugen oder bei denen dasselbe untergegangen ist, ein solches herzuleiten. Gehen wir vom letzteren Falle aus, so wird doch kein Richter zweifeln, ob durch die Formel „si N^{s} capite deminutus non esset, tum si paret N^{m} A^{o} C dare oportere", wenn sie in derselben Form oder ohne dies „si capite deminutus non esset" als directa wiederkehrt, immer die Klage über dieselben C aus einer bestimmten Stipulation u. s. w. vom Kläger angestellt wird. Gehen wir aber auf den ersteren Fall zurück, wo statt des eigentlich Verpflichteten ein Anderer in die Condemnatio gesetzt ist, so wird dieser Fall am wenigsten Schwierigkeiten machen. Die Klage lautet geradezu auf das civile dare oportere, dieses klagt der Kläger ein, dieses überweist der Prätor dem Iudex zur Cognition. Freilich hat sich bei manchen dieser Fälle materiellrechtlich der Gedanke entwickelt, dass es sich um eine nicht civile Obligation des in die Condemnatio gesetzten Beklagten handle; aber formell war es doch immer der Wille des Prätors, dass über jenes dare oportere gestritten werde; will dies der Kläger nicht, so steht es ihm frei, die actio directa gegen den Verpflichteten zu verlangen. Wie nun aber, wenn die Person des Gläubigers in der Condemnatio mit einer anderen vertauscht wird; soll hier auch das dare oportere des Berechtigten untergehen? Wer jedes Abgehen von Gaius' Sätzen für unzulässig hält, muss dies bejahen und wird sich mit dem Gedanken trösten, dass gegen den Willen des Prätors, der dies ja beabsichtigt habe, nichts zu machen sei. Jedem Iudex aber, der mit Verstand an sein

Amt geht, wird es absurd erscheinen, dass ein beliebiger Dritter dem jetzigen Kläger sein Recht auf das dare oportere des Beklagten dadurch nehmen könne, dass er es an seiner Stelle geltend macht; er wird also erwarten, dass, wenn dies wirklich die Meinung des Prätors bei Ertheilung der ersten Klage gewesen wäre, ihm in dieser Beziehung eine besondere Instruction ertheilt werde“ ... So, schliesst Krüger seine Erklärungen ab, müssen wir zu dem Resultate gelangen, dass die Wirkung der litiscontestatio ipso iure oder ope exceptionis „nicht durch die materielle Grundlage der actiones bestimmt werde, dass vielmehr formelle Rücksichten allein massgebend waren“[1]).

Wir müssen Krüger jedenfalls Recht geben, dass er seinem Grundgedanken für die Eintheilung der Klagen in solche in ius und in factum treu bleibt, dass er seine Erklärungen in der Consumtionsfrage wirklich dort sucht, wo sie von diesem Standpunkte aus gesucht werden müssen. Eine andere Frage ist es aber, ob diese Erklärungen zutreffend sind. Es ist in der That nicht zu ersehen, warum der Richter bei der actio ficticia nicht zweifeln wird, dass es sich im zweiten Processe um dieselben 100 aus derselben Stipulation handelt, und dagegen z. B. bei der actio depositi in factum zweifeln wird, ob es sich um dieselbe mensa argentea, welche deponirt und dolo malo nicht zurückgegeben worden war, handelt. Noch mehrere andere Zweifel stehen der Krüger'schen Theorie entgegen, wir halten es aber für besser, diese Theorie hier nicht weiter zu besprechen: im Laufe unserer Untersuchung wird sich ihr richtiger Werth von selbst ergeben.

10. Obgleich durch die Reihe der letzterwähnten Schriften die formelle Anschauung die herrschende Stellung erworben zu haben scheint, erwacht doch in der Lehre von Bethmann-Hollweg (Der römische Civilprocess II. 1865) die Lehre von Savigny wieder. Wie dieser, so identificirt auch Bethmann-Hollweg zunächst die actiones in ius conceptae mit den actiones civiles, die actiones in factum mit den actiones praetoriae[2]). Die von Savigny vergessenen sog. Klagen mit subjectiver Umstellung hält Bethmann-Hollweg jedoch für actiones in

---

[1]) S. 41—42. — [2]) S. 218—219, vgl. S. 314.

ius conceptae, weil ihre intentio, nach seiner Meinung, das im ius civile begründete Recht des Klägers zum Inhalt hat. Schon diese Motivirung weist auf seinen Standpunkt hin: das Entscheidende ist ihm das subjective civile Recht — Standpunkt der Savigny'schen Lehre —, nicht aber das Civilrecht im Sinne der civilen Rechtssätze — Standpunkt der herrschenden Theorie. — Was die actiones ficticiae betrifft, so wiederholt Bethmann-Hollweg die Lehre von Savigny, indem er sie nur etwas ausführlicher entwickelt. „Alle diese Formeln", sagt er[1]), „enthalten vier Theile (partes formularum): 1. die Erwähnung der Thatsache, auf welche die actio utilis sich wirklich gründet (so in der formula Publiciana — „si quem hominum A^{s} emit et is ei traditus est", in der Formel der actio ficticia wegen verweigerter cautio damni infecti — „si ex decreto duumviri ... Q. Licinius eo nomine ... repromittere noluit"), insoweit sie des Beweises in iudicium bedarf; 2. die fingirte rechtliche oder thatsächliche Voraussetzung („si A^{s} A^{s} L^{o} Titio heres esset", „si anno possedisset", „si repromisisset"); 3. die hypothetische rechtliche Folgerung daraus, entsprechend der intentio der actio directa („tum si p. fundum ex I. Q. eius esse oportere", „tum si p. N^{m} A^{o} sest. X m. dare oportere", „tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona"); 4. die gewöhnliche Condemnatio derselben, die durch Vermittelung der beiden hypothetischen Zwischensätze an die im ersten Theil ausgedrückte thatsächliche Bedingung der actio utilis geknüpft ist. Die Formel enthält also regelmässig zwei Behauptungen des Klägers, die auch den Gegenstand seines Beweises im iudicium bilden: die erste unter 1. auf eine Thatsache gerichtet, die zweite unter 3. auf ein Recht. Jene ist die wirkliche intentio der prätorischen actio utilis und diese selbst insofern ... in factum concepta; diese die entlehnte intentio der civilen actio directa und desshalb in ius concepta" ... In ihrem Wesen sollen also die actiones ficticiae actiones in factum sein und als solche nur indirecte processuale Consumtion erwirken (in Bezug auf die processuale Consumtion nimmt Bethmann-Hollweg im Allgemeinen die Keller'sche Novationstheorie an).

[1]) S. 311—312.

Dieser Versuch, die Savigny'sche Lehre wiederherzustellen, stiess aber sogleich auf den heftigen Widerspruch seitens der Vertreter der herrschenden Theorie, namentlich in der Person von Krüger in dessen Recension über das Werk von Bethmann-Hollweg (Zeitschr. f. R.-G. Bd. VII). Den Hauptgegenstand für die Einwände Krügers bildet die Lehre von Bethmann-Hollweg über die actiones ficticiae. Krüger bestreitet entschieden, dass diese Klagen in ihrem Wesen actiones in factum sind. „Vergleicht man", sagt er[1]), „diese Formeln mit den von Gaius als Beispiele der actiones in factum aufgestellten, so wird man sofort erkennen, dass sie eine andere Gattung von Klagformeln bilden, indem sie den Richter ... anweisen nach ius civile zu beurtheilen, ob ein „rem A^i A^i esse" oder ein „dare oportere" vorliege. Auf sie kann also unmöglich die von Gaius gegebene Definition der actiones in factum passen". — „Gaius sagt: „formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus". Hat der Richter zu untersuchen, ob, wenn die Usucapion abgelaufen wäre, Kläger Eigenthümer ex I. Q. sein würde, ob der Beklagte, wenn er Erbe oder nicht capite deminutus wäre, dem Kläger 100 nach ius civile schuldig sei, so ist die gestellte Frage doch nicht nur theilweise, sondern ganz und gar nach den Grundsätzen des ius civile zu beantworten" ... In der formula Publiciana seien nicht die Worte „quem hominem A^s emit" etc. die eigentliche Intentio, wie es Bethmann-Hollweg meine: diese Worte hätten ihre Existenz in der Formel nur dem historischen Ursprung der Klage zu verdanken, und mit der Zeit würden sie ohne Schaden aus der Formel haben wegbleiben können. In der Formel der actio ficticia wegen verweigerter cautio damni infecti (l. Rubria c. 20) seien die Worte „si ex decreto ... repromittere noluit" bloss „eine Restriction der Klage zu Gunsten des Beklagten und nähmen sie ganz dieselbe Stellung ein, wie z. B. die praescriptio „ea res agatur, quod A^s A^s de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N^s N^s sponsor est". Die wirkliche Intentio bleibe in allen diesen Fällen dieselbe: „eius esse oporteret", „dare facere oporteret".

---

[1]) S. 214 f.

So traten die beiden Richtungen zum ersten Male im offenen Kampfe einander gegenüber. Damit war den Vertretern der herrschenden Theorie die Veranlassung gegeben, ihre Grundtendenz und ihren Standpunkt deutlicher auszusprechen, und das thut eben Krüger in den auf der vorigen Seite hervorgehobenen Worten.

11. Eine merkwürdige Verbindung beider Standpunkte stellt die Lehre von Eisele („Materielle Grundlage der Exceptio.“ 1871) dar. Den Ausgangspunkt Eiseles in Bezug auf den Unterschied zwischen den actiones in ius und in factum conceptae bildet folgender Gedanke: bei den formulae in ius conceptae ist der Richter verpflichtet, die Streitsache nach den Rechtssätzen des ius civile zu entscheiden, d. h. er ist verpflichtet, alle diejenigen Thatsachen in Betracht zu nehmen, welche nach ius civile erheblich sind. Dagegen ist, nach Eisele, die Formula in factum concepta „eine formula, in welcher der an den Iudex gerichtete Condemnationsbefehl an bestimmte, nach ius civile unerhebliche Thatsachen, als einzige Bedingung geknüpft ist“[1]). — Wir haben also im Allgemeinen die Formulirung Kellers und der herrschenden Theorie, was übrigens auch Eisele selbst ausdrücklich bekennt[2]). Der einzige Unterschied besteht darin, dass Keller von den Thatsachen schlechthin spricht, Eisele aber von den „nach ius civile unerheblichen“.

Allein einige Seiten weiter sagt Eisele: „Dass die actiones in factum prätorischer Herkunft sind, ist allgemein anerkannt“ (S. 27); es sei weiter nicht minder allgemein anerkannt, dass praetor ius facere non potest. „Was heisst das aber anderes,“ fragt nun Eisele, „als dass er Thatsachen, die das ius als erheblich nicht anerkennt, eine solche Erheblichkeit (so dass der Iudex sie kraft seines Eides berücksichtigen müsste) nicht beilegen kann? Gleichfalls allgemein anerkannt ist aber ferner auch, dass der Prätor für eine Menge Rechtsverhältnisse, die im ius civile keinen Platz hatten, einen Rechtsschutz durch Klagen geschaffen hat. Wie war dies nun anders möglich, als dass er den Iudex anwies, auf Grund der diese Rechtsverhältnisse begründenden Thatsachen, ihrer Unerheblichkeit nach

---

[1]) S. 18, vgl. S. 30. — [2]) S. 22.

ius civile ungeachtet, zu condemniren?“ (S. 30) ... „Hieraus ergiebt sich also unsere Meinung“, schliesst er ab, „dass nicht nur alle prätorischen Klagen in factum concipirt waren, sondern auch umgekehrt alle in factum concipirten formulae nothwendig prätorischer Herkunft sind ...“ (S. 33). Dabei folgt die Hinweisung auf Savigny.

Dieser Schluss kann im Hinblick auf die Ausgangsidee Eisele's nur unerwartet erscheinen. Weder von Keller selbst noch von einem der Anhänger seiner Theorie wurde jemals behauptet, dass alle prätorischen Klagen in factum concipirt gewesen seien. Und es ist sogar unmöglich, dieses zu behaupten: nehmen wir die prätorische Formel „si A^s A^s L. Titio heres esset, tum si p. N^m N^m A^o A^o C dare oportere“ etc., nehmen wir die Formeln mit subjectiver Umstellung, — wo sind in diesen Formeln „nach ius civile unerhebliche“, ja überhaupt irgendwelche Thatsachen genannt? Wie Eisele seinen Schluss bezüglich dieser Formeln rechtfertigen könnte, ist nicht zu errathen.

12. So hatte die formelle Anschauung in unserer Lehre feste Wurzel gefasst. Damit ist auch unsere Aufgabe, die Geschichte dieser Lehre darzustellen, erfüllt. In den letzten zwanzig Jahren ist nichts Neues hinzugekommen: wenn der Eine oder der Andere hie und da gelegentlich über die actiones in ius oder in factum sprach, so wurde immer die Keller'sche Lehre vorausgesetzt. — Zum Schluss möchten wir nur noch eine Lehre hervorheben, nämlich die, welche Bekker in seinen Actionen, Bd. II (1873) entwickelt.

Bekker fängt mit den actiones ficticiae an[1]), wobei er zwei Arten der Fictionen unterscheidet: erstens „negativwirkende“, z. B. die Fiction „si capite deminutus non esset“. „Solche Fictionen“, sagt er, „können etwa als umgekehrte Exceptionen oder als Repliken wider civile Einreden bezeichnet werden, bei denen aber der Prätor die Prüfung des Sachverhalts selber zu übernehmen, und dem Richter eine auf den Resultaten dieser Prüfung beruhende Instruction zu ertheilen pflegte. Das Wesen der Action, der sie zutritt, zu ändern, war solche Fiction wohl ebenso unvermögend, wie Exceptionen

---

[1]) S. 108 f.

und Repliken; eine actio in rem bleibt a. in rem trotz den Zusätzen; Actionen mit formula in ius concepta behalten diese, andere ihre formula in factum concepta desgleichen.“ — Zweitens „positive Fictionen“: hier nehme bisweilen der Prätor die Prüfung des Sachverhalts auf sich, bisweilen aber nicht; im letzteren Falle erhalte die Formel einen in factum concipirten Zusatz, als Mitbedingung der Condemnation. „Trotz der dem Zusatz folgenden oder voraufgehenden Intentio civilis scheinen die Römer derartige Gebilde den actiones in factum zugezählt zu haben.“

Der Inhalt der Fictionen, fährt Bekker fort[1]), das, was fingirt werden soll, sei bald ein allgemeines (absolutes) Verhältniss, z. B. „si civis esset“, bald ein besonderes (relatives) auf ein bestimmtes Individuum bezügliches, z. B. „si Titio heres esset“. „Nahe liegt die Frage, ob mit diesen speciellen Fictionen auch bis dahin vorgegangen worden, geradezu ein „si A^s (oder N^s) Titius esset“ in die Formel zu nehmen. Ob es nie geschehen, möchte schwer zu entscheiden sein, aber dass es in späterer, uns besser bekannter Zeit kaum noch geschehen konnte, wissen wir: dem Prätor stand nun ein bequemeres Mittel zur Erreichung desselben Zwecks zu Gebote. Wenn A^s (oder N^s) Titius wäre, so müsste die übrigens activ oder passiv dem Titius gebührende Condemnation für oder wider den in der Person des Titius hineinzufingirenden Agerius (oder N^s) ergehen. Und da war denn einfacher, die Fiction zu umgehen und nur das Resultat derselben in die Formel zu nehmen, also: „si p. N^m Titio dare oportere, N^m A^o condemna“ ... Und so sind die sog. Formeln mit subjectiver Umstellung mit den formulae ficticiae in Zusammenhang gebracht.

Indem Bekker weiter zu den actiones in factum übergeht, bemerkt er zunächst, dass die Conception in factum keine ausschliessliche Erfindung des Prätors sei, dass wir noch in den Spruchformeln des Legisactionenprocesses einige in factum concipirte Ausdrücke finden, z. B. „quod tu mihi damnatus, iudicatus es“ bei der manus iniectio etc.[2]) — Was die Zeit des Formularprocesses betrifft, so seien

---

[1]) S. 111—112. — [2]) S. 130.

nicht alle prätorischen Klagen actiones in factum conceptae. „Der Gegensatz beruht auf der Fassung der Formel denn auch bei der Fassung in ius werden Thatsachen behauptet und zum Beweis gestellt, aber dort (bei der Fassung in factum) sind die Thatsachen selber namhaft gemacht, hier die aus ihnen erwachsenden Rechte mit typischer Bezeichnung. Uebrigens ist der Gegensatz kein scharf abgegrenzter, so wenig auf dem Felde der civilen, als auf dem Felde der prätorischen Actionen; es giebt Mischbildungen zwischen beiden, und, obschon die Römer sich nicht bemüssigt gefunden haben, dieselben besonders. hervorzuheben, in grosser Zahl“[1]). — „Schon die Formel der condictio triticaria und desgleichen die Vindicationsformel enthalten ein in factum concipirtes Element: quanti ea res est, tantam pecuniam etc.“ — „Man könnte in Versuchung kommen, auch die Demonstrationen und die praescripta verba als in factum concipirte Stücke übrigens in ius concipirter Formeln zu bezeichnen.“ — „Andererseits ist gewiss, dass in den wesentlich in factum gefassten Formeln einzelne Stücke vorkommen, welche Rechtsfragen als solche vor den Iudex bringen: „eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse“, „s. p. servum in potestate N^{i} fuisse“ etc. Hieran schliesst sich, dass auch in den Formeln in factum conceptae viele zu ihrer Auslegung Rechtskenntniss bedingende Ausdrücke gang und gäbe sind: dolus malus, vis, clam, precario, emere, vendere etc.“[2]).

Aber, sagt Bekker, actiones in factum haben in den Quellen noch eine andere Bedeutung: „häufig bezeichnet hier actio in factum ein Etwas, das zur a. ad exhibendum, a. de dolo und anderen, zweifellos in factum concipirten Actionen in Gegensatz gebracht wird. Actio in Beziehung oder im Anschluss an das factum, an das was vorgegangen, die concrete Gestaltung des besonderen Falles, ein Gegensatz zu den Actionen, deren Formular ein für alle Mal gegeben ist“[3]). Solche actiones in factum können sowohl in ius wie in factum concipirt sein. Im ersten Falle haben wir actiones in factum in ius conceptae (solche seien die actiones in factum civiles, actiones praescriptis verbis); im zweiten — actiones in factum in factum conceptae. —

[1]) S. 132—133. — [2]) S. 133—134. — [3]) S. 146 ff.

13. Was können wir nun über die Ausführungen Bekkers sagen? — Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, dass auch Bekker auf dem formellen Standpunkte der Keller'schen und herrschenden Theorie steht: das Entscheidende ist ihm das objective Recht, sind ihm die civilen Rechtssätze gerade so, wie Keller, Krüger und Anderen. Er scheint aber weiter zu gehen, als diese letzteren. Wenn Keller u. A. die Eintheilung in ius und in factum conceptae auf die formulae bezogen haben, so bezieht Bekker diese Eintheilung auf die einzelnen Ausdrücke innerhalb der Formeln. Eben deshalb kommt er zu der Behauptung, dass die Concipirung in ius oder in factum keine ausschliessliche Erscheinung des Formularprocesses, keine Erfindung des Prätors sei, dass vielmehr schon im Legisactionenprocesse beide Arten der Conception zu finden seien. In Bezug auf die Formulae gelangt er mit diesem Maassstabe zu dem Resultate, dass eigentlich nur sehr wenige Formeln existirten, in welchen einerseits nicht diese oder andere Ausdrücke, die den Richter auf die Rechtssätze, auf die „anerkannten civilen Regeln" verwiesen, und andererseits nicht Ausdrücke, welche dem Richter blosse Thatsachen zur Untersuchung überwiesen, zusammen vorkämen. So muss natürlich der Gegensatz zwischen den actiones in ius und denen in factum schliesslich „kein fest abgegrenzter" sein.

Nun fragt es sich, in welcher Beziehung alle diese Behauptungen Bekkers zu der herrschenden Theorie stehen: sind sie bloss Uebertreibungen eines zu eifrigen Anhängers, oder folgen sie logisch und nothwendig aus deren Grundidee?

Wir glauben im letzteren Sinne antworten zu müssen. In der That, wenn wir einmal zum Kriterium für die Eintheilung der Formeln den Umstand gewählt haben, ob der Richter auf die Normen des Ius civile verwiesen war, oder bloss Thatsachen zur Untersuchung bekam, — so müssen wir, nach unserer Meinung, schliesslich zu eben denselben Resultaten gelangen, wie Bekker. Wenn wir die Formeln überblicken, so werden wir in der That finden, dass sehr viele von ihnen — sogar in der Intentio — verschiedene Ausdrücke enthalten, in denen der Richter bald auf civile Rechtssätze, bald auf Thatsachen verwiesen wird. Es bleibt also nichts übrig, als diese beiden Elemente von einander zu scheiden, einzelne Aus-

drücke als in ius oder als in factum concepti zu qualificiren. Das ist eine unbedingte logische Nothwendigkeit, und Derjenige, welcher diese Consequenz nicht anerkennen wollte, würde auf halbem Wege stehen bleiben.

Wenn wir aber, bis zu diesen Consequenzen geführt, für einen Augenblick anhalten und unsere Lage übersehen, so können wir kein anderes Gefühl bekommen als das, dass der feste Boden unter unseren Füssen verschwindet, dass die Lehre sozusagen zerfällt. Es giebt also nichts, als einzelne in ius oder in factum concipirte Ausdrücke, Zusätze; stehen diese oder jene Ausdrücke in einer Formel allein, nicht mit den anderen vermischt, so können wir uns noch leicht zurechtfinden; stehen aber beide Arten zusammen, so haben wir kein festes Princip, nach welchem wir die betreffende Formel dieser oder jener Kategorie zuzählen könnten. „Der Gegensatz ist kein scharf abgegrenzter", und es ist nicht zu begreifen, wie sich die römischen Juristen dabei zurechtfanden, wenn es aus irgend welchen Gründen zu bestimmen galt, ob die betreffende Klage, die betreffende Formel zu der Gattung in ius oder in factum gehörte.

Und wenn Gaius in seinem Berichte über die Wirkung der litiscontestatio die Eintheilung der Formeln in die in ius und in factum heranzieht, so setzt er durchaus nicht voraus, dass diese Eintheilung selbst in jedem concreten Falle klar ist. Der Unterschied in der Consumtionswirkung kann natürlich nicht in dem Wesen der Klage selbst liegen, sondern nur in ganz äusseren Ursachen. Worin diese Ursachen bestehen können, darauf wird die Antwort immer einfacher und einfacher. So z. B. erklärt Kleinschrod („Ueber die processuale Consumtion". 1875): „Warum aber eine wiederholte Anstellung derselben actio in factum auf die exceptio rei iudicatae stösst, liegt einfach darin, dass diese das regelmässige und genügende Mittel zur Geltendmachung der Consumtion ist. Ist wirklich der Gedanke der Consumtion dieser: ein und dasselbe Rechtsverhältniss soll nicht mehrmals durch Klage geltend gemacht werden, der dennoch wiederholten Klaganstellung wird durch exc. rei in iud. deductae begegnet, so ist es nicht abzusehen, warum dies nicht auch für die actio in factum gelten sollte" (S. 107—108). — Von demselben Gedanken geht auch Eisele

aus („Abhandlungen zu dem römischen Civilprocess". 1889). — Wie aber muss man dann die Consumtion ipso iure erklären? Darauf antwortet z. B. Eisele (l. cit. S. 27—28): die Erklärung müsse in irgend einem historischen Umstande liegen. Diesen Umstand will er in der lex Aebutia finden, welche, indem sie den Process per formulam für die actiones in personam mit der intentio iuris civilis einführte, bestimmt haben soll: „qua de re ex hac lege actum fuerit, de ea re actio amplius ne esto". So, schliesst er ab, könne die Sache „auf die denkbar einfachste Weise" erklärt werden. Freilich; an Einfachheit lässt diese Erklärung nichts zu wünschen übrig; sie ist so einfach, dass man unwillkürlich an den deus ex machina der griechischen Tragödien erinnert wird.

Bei solcher Lage der Sache entstehen nun von selbst Zweifel, ob wir uns auf dem richtigen Wege befinden, ob wir die Quellenberichte und diese Eintheilung der Klagen überhaupt nicht zu leicht nehmen, ob die ganze Lehre nicht von Neuem durchgesehen werden müsse.

Soll nun die Lehre auf einen festeren Boden gestellt werden, so kann das, nach unserer Meinung, nur mit einer ganz anderen Methode erreicht werden. Bis jetzt gingen alle Schriftsteller von der Interpretation der berühmten Stelle von Gaius IV. 45 aus. Nachdem dieses oder jenes Klaggebilde gemäss angenommener Interpretation zu der actio in ius oder zu der in factum concepta gezogen worden war, gingen die Schriftsteller zu den anderen Quellenberichten, und vor Allem zu Gaius IV. 107 über: nach der hier gegebenen Regel schloss man ganz deductiv, dass bei der betreffenden Klage die Consumtion ipso iure oder ope exceptionis eintreten sollte. — Wir haben gesehen, dass eine solche Methode zu ganz verschiedenen Antworten geführt hat, wobei die einen von diesen Antworten ebenso richtig und ebenso unrichtig, wie die anderen sein konnten. Wir wollen von einem ganz entgegengesetzten Punkte ausgehen: zuerst ganz positiv festzustellen versuchen, wie die processualische Consumtion bei den verschiedenen Klagenkategorien bewirkt wurde, und danach werden wir die betreffenden Klagen zu den in ius oder zu denen in factum rechnen. Es ist nicht zu ersehen, was gegen diese rein inductive Untersuchungsweise eingewendet werden kann; dass

nur sie zu sicheren Resultaten zu führen im Stande ist, kann keinem Zweifel unterliegen.

Unsere Aufgabe geht also zunächst dahin, die Grenze zwischen den actiones in ius und in factum festzustellen, und zu bestimmen, welche Klagen zu dieser, welche zu jener Kategorie gehören. Dann wird es sich vielleicht ergeben, was für ein Princip dieser Eintheilung zu Grunde liegt.

Bei der Feststellung der Grenze werden wir unsere Aufmerksamkeit natürlich auf das Gebiet richten, welches als streitig angesehen werden kann. Das ist das Gebiet der prätorischen Klagen mit sog. subjectiver Umstellung und der actiones ficticiae. Die erste Klasse wollen wir wieder in zwei Gruppen zerlegen: a) die sog. actiones adiecticiae qualitatis und b) alle übrigen Klagen dieser Art, d. h. alle diejenigen Fälle, wo — um mit den Quellen zu sprechen — ein agere alieno nomine vorliegt.

---

§ 2.

I. Die sog. Klagen mit subjectiver Umstellung.

a) Sog. Actiones adiecticiae qualitatis.

1. Die Frage von der Conception der Formel und von der processualen Consumtion bei den actiones adiect. qualit. in der Litteratur. — 2. Unser Standpunkt. — 3. Die eigentliche materielle Grundlage der actiones adiect. qualit. — Die Obligation des Hauptschuldners wird ipso iure nicht consumirt. — 4. Das Verhältniss zwischen den actiones adi. qualit. und den actiones directae. — 5. Wie wird die Consumtion bei den actiones in solidum bewirkt? — 6. Wie verhält es sich bei den actiones mit dem Zusatz „dumtaxat“? — 7. Schluss und Ergebniss: die actiones adiect. qualit. sind actiones in factum.

---

1. Keller kommt in seiner „Litiscontestation“ bei Erörterung des Baues der adjecticischen Formeln zu dem Ergebnisse, dass hier die Intentio auf die Obligation des Hauptschuldners (magister, institor, filiusfamilias), die Condemnatio aber auf den Namen des adjecticisch Haftenden gestellt wurde. War die Obligation des Hauptschuldners einer Conception in ius

fähig, so wurde auch die Formel der betreffenden actio adiect. qualit. in ius concipirt[1]). Die actiones adiect. qualit., meint Keller, seien nach römischen Begriffen nicht selbständige materielle Klagen, sondern blosse Modificationen, welche die Klagen aus Rechtsgeschäften anzunehmen fähig sind[2]). Die materielle Grundlage der actio adiect. qualit. sei also dieselbe, wie die der entsprechenden actio directa.

Wie steht es nun hier mit der processualischen Consumtion? — Keller antwortet darauf: die Formel der actio adiect. qualitatis wurde nach dem Muster gefasst: „si paret Seium Titio dare facere oportere, Gaium Titio condemna". Bei solcher Conception würde, „mag der T. den S. oder den G. belangen, durch die Litiscontestatio natürlich immer der Inhalt der Intentio, d. h. die Obligation zwischen T. und S. geradezu zerstört, d. h. es würde unwahr, Seium Titio dare facere oportere"[3]). Möge also der Berechtigte die actio directa gegen den Hauptschuldner oder die actio adiect. qualit. gegen den Nebenschuldner anstellen, in beiden Fällen würden die beiden Schuldner ipso iure befreit. Die Richtigkeit dieser Deduction bestätigt, nach Kellers Meinung, in Bezug auf die actio de peculio folgende Quellenstelle:

> fr. 32 pr. D. de pec. 15. 1 (Ulpianus): Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnetur, idque ita Iulianus scripsit. Idemque est et si in alterius rem fuerit versum. Sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.

---

[1]) Litiscont. und Urtheil. S. 424. — [2]) Vgl. S. 425, S. 421. — [3]) Vgl. S. 417.

Aus dieser Stelle, meint Keller, ergebe sich unbedingt, dass die einmal angestellte actio de peculio das dare facere oportere des Hauptschuldners ipso iure consumire, und in Folge dessen seien alle nachher erhobenen Klagen, die sich auf dies dare oportere stützen, kraftlos. Nur die aequitas rufe im gegebenen Falle eine Abweichung von dieser strengen Regel hervor, und dazu sei ein besonderes Eingreifen der prätorischen Macht in Form der Klagenrestitution nothwendig.

Aber schon Bekker hat in seiner „processualischen Consumtion“[1]) dieses von Keller aufgestellte Consumtionsprincip stark angezweifelt. Bekker hat darauf aufmerksam gemacht, dass weitere Quellenzeugnisse — wenigstens in Bezug auf die actio de peculio — nicht nur die Behauptungen Kellers nicht bestätigen, sondern sogar ihnen widersprechen. Bekker hat nämlich folgende Stellen hervorgehoben:

fr. 30 § 4. D. de pec. 15. 1 (Ulpianus): Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.

fr. 47 § 2. D. eod. tit. (Paulus): Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet.

fr. 32 § 3. D. de usur. 22. 1 (Marcianus): Quid ergo: si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium), cuius persona circa moram spectabitur? Et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet: quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit.

Die zwei ersten Stellen, meint Bekker, beweisen unzweifelhaft, dass die actio de peculio mehrmals nach einander angestellt werden kann, wenn sich das peculium später vermehrt; die dritte fügt noch hinzu, dass nach der actio de peculio auch

---

[1]) S. 82 f.

die actio directa gegen den filiusfamilias auf id quod minus a patre actor consecutus est möglich ist. Von einer restitutio actionis ist in allen diesen Stellen nicht die Rede: fr. 47 § 2 cit. sagt dagegen ausdrücklich, dass dabei keine cautiones nothwendig sind, indem der Jurist offenbar von dem Gedanken ausgeht, dass es keiner ausserordentlichen Mittel da bedürfe, wo die gewöhnliche Ordnung ausreiche. Ausserdem spricht das fr. 30 § 4 cit. ohne jeden Vorbehalt: wäre die Restitution der Klage unentbehrlich, so müsste das in der Stelle in der einen oder anderen Weise erwähnt werden. — Ausser diesen drei Stellen führt Bekker noch eine an:

fr. 1 § 10. D. quando de pec. 15. 2 (Ulpianus):
Quaesitum est apud Labeonem, si, cum filius viveret, tu credens eum mortuum annali actione egeris et, quia annus praeterierat, exceptione sis repulsus, an rursus experiri tibi comperto errore permittendum est. Et ait permitti debere dumtaxat de peculio, non etiam de in rem verso: nam priore iudicio de in rem verso recte actum est, quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum pertinet.

Auch hier, sagt Bekker, findet die actio de peculio zwei Mal nach einander statt, doch ist an eine Restitution darum nicht zu denken, weil sonst auch die actio de in rem verso von Neuem zulässig sein müsste.

Auf Grund aller dieser Thatsachen schliesst nun Bekker, dass die Formel der actio de peculio anders concipirt werden müsse, als Keller sie reconstruirt. Der Richter müsse in der Formel ausdrücklich angewiesen worden sein, nur diejenigen Ansprüche zu prüfen, die nach dem Umfange des peculium wider den Vater verfolgt werden können. Dies könne in verschiedener Weise geschehen sein: entweder so, dass sich die Intentio überhaupt nur auf diese Ansprüche bezog, oder mittelst einer Präscription, „vielleicht noch in anderer Art“ [1]).

Von denselben und noch einigen anderen Thatsachen ausgehend, versuchte Dietzel in den „Jahrbüchern des gemeinen deutschen Rechts“ Bd. II. noch einen weiteren Schritt. Das Verhältniss zwischen der actio de peculio und der actio directa,

---

[1]) Vgl. S. 85.

insofern es aus diesen Thatsachen sich ergiebt, bezeichnet Dietzel als Solutionsconcurrenz, und will weiter beweisen, dass solche Solutionsconcurrenz durchaus nicht eine ausschliessliche Eigenthümlichkeit der actio de peculio, sondern die allgemeine Regel für alle actiones adiect. qualit. sei. Auch die Formeln dieser letzteren fasst Dietzel ganz anders auf: ihre Intentio soll nach seiner Meinung auf ein „patrem u. s. w. dare facere oportere“ gerichtet worden sein.

Schon im dritten Bande desselben „Jahrbuchs“ hat Keller selbst die Conception Dietzels vollständig widerlegt, aber die von Bekker angeführten Thatsachen hat er doch unerklärt gelassen. Darum erneuert Bekker in den „Actionen“ (II, S. 331 f.) seine Einwände gegen die Keller'sche Conception und wiederholt, dass der Intentio etwas in der Art der praescriptio pro actore habe vorausgeschickt werden müssen[1]).

Einen anderen Ausweg schlägt Mandry[2]) vor. Vor Allem sammelt er eine ganze Reihe Fälle, für welche die Keller'sche Formelconception, nach seiner Meinung, entweder gar nicht oder nur schwer passt. So sei zunächst die Richtung der Intentio auf das civile dare facere oportere des Hauptschuldners nicht möglich, wenn die Person, welche das Geschäft contrahirt hatte, ein Sclave war, weil dann das civile dare facere oportere gar nicht entstehen konnte; ebenso sei es unmöglich, wenn der Hauptschuldner — z. B. ein filiusfamilias — starb, weil dadurch das dare facere oportere aufgehoben wurde. Das dare facere oportere könne weiter aus den Verträgen des paterfamilias mit dem seiner Gewalt unterworfenen Sohne nicht entstehen; und doch ist in den Quellen die Möglichkeit einer actio adiect. qualit. auch in solchen Fällen anerkannt (vgl. fr. 11 § 8, fr. 12. D. de instit. act. 14. 3). Endlich könne kein civiles dare facere oportere da entstehen, wo als institor z. B. ein impubes sine tutoris auctoritate erscheint: sogar nach dem späteren Rechte hafte der impubes in solchem Falle nur auf seine Bereicherung; auf Grund der fr. 7 §§ 1 und 2, fr. 8. D. de instit. act. 14. 3 hafte aber der dominus tabernae auch hier in solidum. — Freilich, sagt Mandry, für den Fall, dass der Vertrag von einem Sclaven contrahirt ist, vermuthet Keller eine

---

[1]) S. 341. — [2]) Familiengüterrecht II, S. 254 ff.

Fiction „si liber esset“ in der Formel. Mit Hilfe ähnlicher Fictionen (z. B. „si viveret“ etc.) könnten Schwierigkeiten auch in den übrigen Fällen beseitigt werden; das sei an sich denkbar, es scheine aber allerdings auffallend, dass in den Quellen keine Spur von solchen Fictionen zu finden sei.

Mit der Keller'schen Conception, sagt Mandry weiter, sei ausserdem folgende Thatsache nicht zu vereinigen: wir wissen aus den Quellen (fr. 14. D. de instit. act. 14. 3, fr. 7. D. quod cum eo 14. 5), dass nach dem Tode des mit der actio institoria, exercitoria und quod iussu Haftenden seine Erben, wenn er mehrere hinterliess, nicht in solidum, sondern pro rata hafteten. Wie wäre das nun überhaupt möglich, wenn die Formel dieser Klagen auf das dare facere oportere, auf die Obligation des Hauptschuldners gestellt gewesen wäre? In Folge des Todes des adjecticisch Haftenden wurde diese Obligation des Hauptschuldners doch nicht getheilt, und würde sie in die Intentio der Klage wider einen der Erben aufgenommen, so müsste sie zur Condemnation in solidum führen (S. 260)!

Nach alledem, meint Mandry, müsse die Formel der actiones adiect. qualit. in anderer Weise concipirt gewesen sein: als Bedingung der Condemnation müsse nicht die Obligation, nicht das dare facere oportere des Hauptschuldners aufgestellt worden sein, sondern bloss die Thatsache, dass er contrahirt hatte: die Formel müsse also die Fassung in factum gehabt haben.

„Dennoch“, sagt Mandry zum Schluss, „soll für die Annahme einer generellen factischen Conception der Formel bei den adjecticischen Klagen nicht mehr als die Bedeutung einer Hypothese beansprucht werden, für die ebensoviel Gründe, als für die Keller'sche Hypothese sprechen“ (S. 265).

Diese Hypothese ist jedoch von Brinz als erwiesen angenommen[1]). Der Grund, aus dem die Gewalthaber und Geschäftsherren haften, sagt Brinz, sind die Contracte und Quasicontracte ihrer Untergebenen oder Geschäftsführer, nicht etwa deren Obligation. Er wiederholt dabei einige von Mandry angeführte Beispiele und sagt: „Hiernach erscheint es nicht mehr als blosse Hypotheke (wie Mandry diese seine der Keller'schen

---

[1]) Pandekten, Bd. II, 1. Abth., 2. Aufl. 1879. S. 203—204.

und herrschenden Ansicht entgegengesetzte und überzeugend unterstützte Aufstellung nennt), dass die Intentio dieser Actionen auf das Factum des Contractes, Quasicontractes der Gewaltunterworfenen oder Geschäftsführer, nicht auf ein (directes oder ficticisches) dare oportere derselben concipirt gewesen sei".

Noch einen anderen Ausweg glaubt Baron[1]) gefunden zu haben. Der Grund, warum zwischen der actio adiect. qualit. und der actio directa in vielen Fällen ein gegenseitiges Consumtionsverhältniss nicht stattfindet, liege, meint er, darin, dass diese Klagen keine Klagen de eadem re seien: die eine gehe auf Erfüllung, die andere auf Hergabe des peculium zum Zweck der Erfüllung. Sie können also unmöglich eine und dieselbe Intentio haben: vielmehr gehe die Intentio der actio adiect. qualit. direct auf die Obligation des Gewalthabers oder des Geschäftsherrn (insofern habe Dietzel Recht), aber nicht auf deren civile Obligation, nicht auf das dare facere oportere (wie es Dietzel meinte), sondern auf ein prätorisches „praestare oportere"; so sei z. B. die Intentio der actio de peculio folgendermassen wiederherzustellen: „quidquid de peculio filii (servi) ob eam rem N^m N^m patrem (dominum) praestare oportet."

Lenel[2]) verwirft alle diese Hypothesen und kehrt zur Keller'schen Conception zurück. Wir möchten uns bei seiner Kritik der Theorie von Baron nicht aufhalten: die Baron'schen Intentiones iuris honorarii haben in der That keinen Anhalt in den Quellen. — Die Kritik von Mandry will Lenel auf folgende Weise beseitigen: für alle die Fälle, welche Mandry zuerst anführt, seien die Fictionen „si liber esset", „si suae potestatis esset", „si pubes esset" u. s. w. ausreichend; auch seien die Spuren solcher Fictionen in den Quellen in der That vorhanden. — Was aber die Thatsache betrifft, dass nach dem Tode des dominus negotii seine Erben nicht in solidum, sondern pro rata haften, so liege dasselbe Räthsel auch bei der actio Rutiliana vor, wenn der bonorum emptor mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. Das sei aber eigentlich kein Räthsel: es müsse in der Formel der Klage gegen den einzelnen Erben sein Erbverhältniss ausdrücklich angegeben werden; das könne

---

[1]) Adjecticische Klagen. S. 145 ff. — [2]) Edict. S. 209 ff., 226 f.

in der Art geschehen, dass in die Condemnatio ein Zusatz — etwa „pro qua parte L. Titio heres est“ — aufgenommen würde. — So findet Lenel schliesslich keinen zwingenden Anlass zur Annahme der „unnatürlichen und zweckwidrigen“ Conception in factum. — Wie aber erklärt Lenel von dem Standpunkte der Keller'schen Conception die Thatsache, dass die actio de peculio mehrmals nacheinander angestellt werden kann? Die Thatsache selbst bestreitet Lenel nicht; es sei aber, sagt er, eine andere Frage, ob wir wegen dieser Thatsache die Keller'sche Conception verwerfen müssten. Er ist dagegen geneigt zu vermuthen, dass die Wirkung der processualen Consumtion in diesen Fällen von den römischen Juristen bewusst modificirt wurde. Aber auch bei dieser Annahme muss er zum Schluss gestehen, dass dadurch „keineswegs alle Räthsel gelöst sind, die uns die Consumtionslehre bei der actio de peculio aufgibt“ (S. 228).

2. Und in der That bleiben die Räthsel unaufgeklärt. Die Vermuthung Lenels, dass das Institut der processualen Consumtion hier von der römischen Jurisprudenz bewußt modificirt worden sei, klingt uns sehr wenig wahrscheinlich. Die Jurisprudenz hatte zweifellos einen ungeheueren Einfluss. Wir müssen aber die Wege streng unterscheiden, auf welchen ihre Lehren zur Geltung kamen. Einen unmittelbaren Einfluss konnte die Jurisprudenz nur da haben, wo es sich um die Fragen handelte, welche gemäss der Formel der Entscheidung des Richters in iudicio unterlagen, z. B. was „debitum“, „creditores“, „dolus malus“ etc. bedeutete; hier vermochte die Jurisprudenz solche Begriffe weiter oder enger auszulegen, und ihre Theorien kamen unmittelbar, d. h. nur durch den Iudex, in die Praxis hinüber. Ausserhalb dieses Kreises konnte der Einfluss der Jurisprudenz nur ein mittelbarer sein, z. B.: wenn die Juristen sagen „succurrendum est“, „actionem dandam puto“, „actionem denegandam esse“ etc., richten sich ihre Aeusserungen an den Prätor, und gewiss konnten ihre Lehren nur dann zur Anwendung gelangen, wenn der Prätor sie anerkannte und sich aneignete, und nur vermöge der Mittel, über welche der Prätor verfügte. Das Institut der ipso iure Consumtion gehört nun zweifellos zur zweiten Kategorie der Fälle: ist einmal die actio angestellt und dadurch consumirt, so

können keine Auslegungen bewirken, dass die actio nicht angestellt und nicht consumirt sei. Billigen die Juristen dies in dem einen oder anderen Falle nicht, so bleibt ihnen nichts übrig, als sich an den Prätor zu wenden und eine restitutio actionis von ihm zu erlangen. Keller hat vollkommen Recht, wenn er von seinem Standpunkte aus die nochmalige Anstellung der actio de peculio nur durch die Restitutio zu erklären sucht. Lenel selbst aber gibt zu, dass in allen von Bekker angeführten Stellen von einer Klagerestitution keine Rede sein kann (S. 227).

Andererseits ist auch die von Mandry und Brinz vorgeschlagene formula in factum nicht im Stande, den Quellen zu genügen. Wider diese spricht nicht das, dass sie „unnatürlich und zweckwidrig“ ist (warum auch?), nicht die actio utilis in fr. 49 pr. D. de V. O. 45. 1, wie Lenel meint[1]), — sondern folgende Thatsache: Wäre in der Formel der actio adiect. qualit. nicht die Obligation des Hauptschuldners, sondern bloss das Factum des von ihm geschlossenen Vertrags als Bedingung der Condemnation aufgestellt, so müsste die Aufhebung der Obligation durch die solutio, novatio, acceptilatio u. s. w. nicht anders wirken, als mittelst einer in die Formel aufgenommenen exeptio solutionis, novationis, acceptilationis u. s. w.[2]). Das wird aber durch die Quellen direct widerlegt:

fr. 1 § 24. D. de exercit. act. 14. 1 (Ulpianus): .... Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio. sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.

fr. 5 § 3. D. de liber. leg. 34. 3 (Ulpianus): Sed si damnatus sit heres filium liberare, non adicit Iulianus, utrum acceptilatione filius an pacto sit liberandus: sed

---

[1]) Die Bezeichnung der Klage in dieser Stelle als actio utilis sagt an sich noch nicht, dass diese Klage actio utilis de peculio ist: „actio utilis“ ist eine ganz allgemeine Bezeichnung jeder prätorischen Klage. Andererseits können auch die actiones in factum mit gewissen Modificationen als actiones in factum utiles erscheinen. (Man denke z. B. an eine Fiction in der formula in factum.) — [2]) Vgl. dazu Thon, Zeitschr. f. RG. II. 259 ff.

videtur hoc sentire, quasi acceptilatione debeat liberari, quae res patri quoque proderit.

Aus diesen Stellen ergibt es sich zweifellos, dass als Bedingung der Condemnation in der Formel der actio adiect. qualit. eben die Obligation des Hauptschuldners, deren gegenwärtige Existenz aufgestellt wurde. — So erscheint die Keller'sche und herrschende Construction dieser Formel als die einzig richtige.

Aber nicht weniger richtig bleiben auch die Thatsachen, welche uns in den von Bekker angeführten Stellen überliefert sind: es ist ebenso zweifellos, dass in gewissen Fällen die nochmalige Anstellung der actio adiect. qualit. ohne vorgängige Restitution zulässig ist. Wie sollen nun diese Thatsachen erklärt werden?

Nachdem diese Thatsachen bekannt geworden waren, gingen alle erwähnten Schriftsteller davon aus, dass sie die von Keller aufgestellten Principien der processualen Consumtion als richtig anerkannten und nur seine Reconstruction der Formel anzweifelten. Wir sind umgekehrt der Meinung, dass seine und die herrschende Formelfassung richtig, dagegen aber seine und die herrschende Consumtionslehre falsch ist. Befreien wir uns von der allgemeinen Voreingenommenheit in dieser Hinsicht, so fallen alle Räthsel von selbst weg.

3. Was Keller meint, dass die actiones adiect. qualit. nach römischer Auffassung keine selbständigen materiellen Klagen sind, dass sie vielmehr nur Modificationen bilden, zu welchen die Klagen aus Verträgen fähig sind, klingt sehr schön. Man muss aber mit den Consequenzen aus dieser schönen Formel vorsichtig sein. Jener Gedanke hat Keller veranlasst zu behaupten, dass die actiones adiect. qualit. und die actiones directae im Verhältniss gegenseitiger Consumtion zu einander stehen, und doch sehen wir, dass eben das, wenigstens in gewissen Fällen, nicht zutrifft. Wenn aber die Anstellung der adjecticischen Klage in einigen Fällen Wiederholung derselben oder Anstellung der actio directa ausschliesst, in anderen aber nicht, so beweist das unzweifelhaft, dass nicht die Regeln der processualischen Consumtion, welche für alle Fälle gleich sein müssen, sondern ganz andere Gründe die Unmöglichkeit einer zweiten Klage in den ersteren Fällen herbeiführen.

Und war es wirklich die römische Auffassung, dass die actiones adiect. qualit. nur Modificationen der Klagen aus Verträgen und nicht selbständige materielle Klagen sind? Uns scheint es vielmehr, dass die Quellen gerade einen entgegengesetzten Standpunkt vertreten, dass sie die Obligation des Hauptschuldners und die des adjecticisch Haftenden als selbständige, wenn auch mit einander verbundene Rechtsverhältnisse betrachten. Lesen wir z. B. die oben citirte Stelle (S. 41) fr. 1 § 24. D. de exercit. act. 14. 1; hier werden die obligatio honoraria des exercitor und die obligatio civilis des magister von einander streng unterschieden. Die Zahlung des exercitor kann daher zweifache juristische Bedeutung haben: ist sie in der Absicht gemacht, seine (des exercitor) eigene Schuld — die obligatio honoraria — zu tilgen, so ist sie solutio suo nomine; ist sie dagegen auf Tilgung der Schuld des magister gerichtet, so ist sie solutio alieno nomine, Zahlung einer fremden Schuld, dermassen einer fremden, dass die Aufhebung der Obligation hier durch die ganz allgemeine Regel „quoniam et alius pro me solvendo me liberat“ gerechtfertigt wird. — Denselben Gesichtspunkt finden wir noch deutlicher in fr. 57 D. de iur. dot. 23. 3 (Iavolenus) ausgesprochen:

> Nuptura filio familias si socero dotem ita promiserit: „quod filius tuus mihi debet, id doti tibi erit“, interesse puto, utrum filii obligatio an patris persecutio et in rem versum[1]) promissioni contineatur. nam si id quod filium dare oportet significatum est, tota pecunia, in quam filius obligatus est, promissioni dotis continebitur: sin autem id, quod patrem de peculio vel in rem verso praestare oportebit, aestimare debebit quantum sit eo tempore id quod promittitur, ut ea summa dotis esse videatur, qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit. quod si non evidenter apparuit, de cuius mulier obligatione sensit, praesumptionem ad filii debitum spectare verisimile est.

Juristisch sind in den Fällen der adjecticischen Klagen zwei verschiedene Rechtsverhältnisse vorhanden: das eine

---

[1]) Ob diese Worte nicht corrupt und wie sie zu emendiren sind, ist zweifelhaft.

zwischen dem Contrahenten und dem Hauptschuldner, das andere zwischen dem Contrahenten und dem adjecticisch Haftenden. Wie gesagt, sind diese Rechtsverhältnisse eng mit einander verbunden, nämlich in der Weise, dass das erste die unentbehrliche Voraussetzung des zweiten ist. Aber dieses Verbundensein ist keineswegs Identität: auch der Zweig ist mit dem Stamme in dieser Weise verbunden, es wird aber Keinem in den Sinn kommen, zu behaupten, dass der Zweig mit dem Stamme identisch ist; man kann den Zweig abschneiden, doch der Stamm wird dadurch noch nicht abgeschnitten.

Die Existenz der Obligation des Hauptschuldners ist die nothwendige Voraussetzung der actio adiect. qualit., aber nicht die einzige; es sind noch andere juristische Thatsachen nothwendig: praepositio (magistri oder institoris), iussus, concessio peculii, in rem versio. Sie müssen alle in der Formel der actio adiect. qualit. dem Richter in dieser oder anderer Weise angegeben werden; sie bilden alle zusammen denjenigen Complex von Thatsachen, auf welchem die Haftung des Nebenschuldners beruht. Und in diesem Complexe von Thatsachen ist die Existenz der Obligation des Hauptschuldners nichts Anderes, als nur eine der diesen Complex bildenden Thatsachen. Sie spielt dieselbe Rolle, wie jede andere Thatsache, welche als Mitbedingung der Condemnation aufgestellt ist, wie z. B. das „si paret eam pecuniam cum constituebatur debitam fuisse“ in der Formel der actio de pecunia constituta, wie das „deposuisse“ und „dolo malo redditam non esse“ in der Formel der actio depositi. — Wenn man als materielle Grundlage der Klage dasjenige Rechtsverhältniss bezeichnet, welches zwischen diesem Kläger und diesem Beklagten besteht, so erscheint als materielle Grundlage der actio adiect. qualit. nur das zweite Rechtsverhältniss, nur die obligatio honoraria der Quellen, weil zwischen dem Contrahenten und dem adjecticisch Haftenden kein anderes iuris vinculum besteht.

Was bildet nun den Gegenstand der processualen Consumtion, was wird durch die Litiscontestation vernichtet? — „Der Inhalt der Intentio“, antwortet Keller und nach ihm die herrschende Lehre. — Was ist aber der Inhalt der Intentio? Darauf bietet Keller und wiederum nach ihm die herrschende Lehre etwas Unklares, Unpräcises. Zu diesem Inhalte der

Intentio muss, nach Keller, auch die Obligation des Hauptschuldners gehören. Warum nicht auch andere Thatsachen, welche Bedingungen der Condemnation mitbilden? Warum wird die ursprüngliche Obligation, welche den Grund des Constitutum bildet, nicht durch Anstellung der actio de pecunia constituta vernichtet? Nur darum, weil dort die Worte „dare facere oportere“ vorkommen, hier aber nicht? Das müsste aber jedenfalls nur zu verschiedenen Mitteln der processualen Consumtion, nicht aber zur gänzlichen Ausschliessung derselben im letzteren Falle führen!..

Der Inhalt der Intentio ist nicht alles das, was in der Formel dort steht, wo die herrschende Lehre den Sitz der Intentio sehen will, sondern das Rechtsverhältniss, welches in der Formel beschrieben ist, welches die materielle Grundlage der Klage bildet. Nur dieses Rechtsverhältniss wird durch die Klage angezogen; nur dieses iuris vinculum wird intendirt, und nur dieses iuris vinculum kann durch Anstellung der Klage ipso iure consumirt werden. Folglich könnte bei den actiones adiect. qualit. von der ipso iure Consumtion nur in Bezug auf die Obligation des Nebenschuldners die Rede sein. Die Obligation des Hauptschuldners wird dagegen bloss durch die Anstellung der adjecticischen Klage nicht unwahr, ebenso wie die Thatsachen überhaupt, die als Bedingungen der Condemnation aufgestellt sind, bloss dadurch, dass sie einmal in einer Formel benutzt wurden, nicht unwahr werden können. Wie die Thatsachen „deposuisse“ und „dolo malo redditam non esse“ mit voller Giltigkeit in einer zweiten Formel gebraucht werden können, so auch die Thatsache „L. Titium magistrum A° A° C dare oportere“.

Darum erklärt es sich einfach, dass Wiederholung der actio de peculio ipso iure, also ohne vorgängige Restitution. — möglich ist: das „filium A° A° C dare oportere“, welches in der Formel der zweiten Klage als Bedingung der Condemnation aufgestellt wird, bleibt auch jetzt ebenso wahr, wie bei der ersten Klage.

Wir wollen noch an die von Mandry angeführte Thatsache erinnern, dass nach dem Tode des adjecticisch Haftenden seine Erben nicht in solidum, sondern pro rata haften. Mandry hat diese Thatsache von der Seite berührt, dass nach der

Keller'schen Conception der Formel die Verurtheilung jedes einzelnen Erben immer in solidum erfolgen müsste, weil die Obligation des Hauptschuldners ungetheilt bleibt. Wie wir oben erwähnt haben, löst Lenel dieses Räthsel dadurch, dass er einen Zusatz in der Condemnatio vermuthet, etwa „pro qua parte G. Seio heres est, condemna". Von dieser Seite ist freilich das Räthsel gelöst; aber es bleibt ein Räthsel in anderer Beziehung. Wie mochte der Gläubiger des bonorum emptor, nachdem er die Klage gegen den einen von den Miterben des Letzteren angestellt und dessen Kopftheil erhalten hatte, die Klagen gegen die anderen Miterben durchsetzen? Nach der Keller'schen Theorie müsste das „bonorum emptorem A° A° dare facere oportere" schon durch die erste Klage, als Inhalt der Intentio derselben, gänzlich unwahr werden! Will Keller eben auf diese Behauptung seine Erklärung des fr. 32 pr. D. de pecul. cit. gründen? — Wenn in unserem Falle die Anstellung der Klage gegen den zweiten Miterben ipso iure möglich ist, d. h. wenn es möglich ist, sich noch einmal auf das „bonorum emptorem mihi dare facere oportere" zu stützen, so ist es klar, dass nicht diese Ursache in dem Falle des fr. 32 pr. cit. hindernd wirkt, dass also die Unmöglichkeit der zweiten Klage hier durch irgend einen anderen Umstand hervorgerufen ist. Worin dieser Umstand bestehen soll, das muss freilich dahingestellt bleiben[1]).

Dass die Obligation des Hauptschuldners bloss durch Anstellung der actio adiect. qualit. — ipso iure — nicht consumirt wird, das finden wir endlich ganz deutlich in dem fr. 50 § 2. D. de pec. 15. 1. (Papinianus) ausgesprochen:

> Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.

Wie wir sehen, argumentirt der Jurist nicht damit, dass nach der Litiscontestation obligatio naturalis besteht, sondern

---

[1]) Vgl. dazu Lenel, Edict. S. 228, auch Bekker, Actionen II S. 348.

damit, dass durch Anstellung der actio de peculio die Obligation des Hauptschuldners überhaupt nicht berührt wird — in litem translata non est.

4. Wenn also durch Anstellung der actio adiect. qualit. an sich die Wiederholung derselben Klage oder die Anstellung der actio directa nicht ausgeschlossen wird, so muss die Ursache, dass in gewissen Fällen solche Ausschliessung in der That stattfindet, eine andere sein.

Sehen wir uns das gegenseitige Verhältnis zwischen den actiones adiecticiae qualitatis und den actiones directae etwas näher an. Zunächst finden wir in den Quellen folgenden Satz:

> fr. 1 § 24. D. de exercit. act. 14. 1 (Ulpianus): Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest.

Hiernach schliesst also die Anstellung der actio exercitoria die nachträgliche Anstellung der actio directa aus, und umgekehrt. Sodann heisst es aber in dem oben citirten fr. 32 § 3. D. de usur. 22. 1 (Marcianus):

> „..... cuius persona circa moram spectabitur? et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet."

Die herrschende Lehre dehnt den Satz, welcher in der ersten Stelle ausgesprochen ist, auf alle actiones adiect. qualit. aus, und in Folge dessen erscheint die zweite Stelle als unvereinbarer Widerspruch. „Diese Stelle", sagt Mandry[1]), „bietet entschiedene Schwierigkeiten"; er vermuthet, dass hier nach dem Worte „dumtaxat" das Wort „de peculio" weggefallen ist, und dass Marcianus dabei ausschliesslich an das Verhältniss zwischen der actio de peculio und der actio directa gedacht hat. „Ist dies der Fall", sagt er, „so hat die Entscheidung jedenfalls nur Bedeutung für die actio de peculio (und etwa de in rem verso) und ist in dieser Beziehung durch die Supposition entweder einer die Consumtion verhindernden Clausel (praescriptio) oder der in integrum restitutio zu erklären."

---

[1]) Familiengüterrecht II S. 267, vgl. S. 366 f.

Wir wissen, dass für die Möglichkeit der zweiten Klage keine Präscriptionen oder Restitutionen nöthig sind. Wenn der Gläubiger — auf Grund der angeführten Stellen fr. 30 § 4 und fr. 47 § 2. D. de pec. 15. 1 — den Vater auf den Rest der Schuld noch einmal verklagen kann, so müssen wir consequenterweise annehmen, dass er auch den Sohn auf diesen Rest belangen darf. Eine blosse Anwendung dieser Regel enthält nun die Entscheidung von Marcian, indem er sagt „in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet."

Die Thatsache selbst kann also keinem Zweifel unterliegen; uns interessirt mehr das Gebiet, auf welchem diese Thatsache gilt. Hat diese Regel nur für die actio de peculio Geltung? — Mandry selbst gibt zu, dass sie auch für die actio de in rem verso gelten könne. Uns scheint das zweifellos: auch bei dieser letzteren Klage ist es möglich, dass der Gläubiger nur einen Theil seiner Forderung bekommt, auch hier ist es möglich, dass nachträglich noch eine Summe aus der von ihm gegebenen Valuta in rem patris versa fuerit: es muss also auch hier dem Gläubiger gestattet werden, bei der nachträglichen in rem versio den Vater auf das residuum debiti zu belangen, und gegen den Sohn auf id quod minus a patre consecutus est zu klagen. Marcianus sagt: „et si quidem pater dumtaxat convenietur" ..; gewiss hatte er nicht nur die actio de peculio im Sinne, sondern alle diejenigen Fälle, wo der Vater beschränkt haftet, alle diejenigen actiones adiect. qualit., welche nicht in solidum, sondern auf ein „dumtaxat" gehen.

So muss also der im fr. 1 § 24 D. de exerc. act. ausgesprochene Satz auf die actiones in solidum beschränkt werden. Danach aber könnte es auf den ersten Blick scheinen, dass nicht alle actiones adiect. qualit. nach demselben Plane und demselben Principe eingerichtet sind: die actiones in solidum schliessen die nachträgliche Anstellung der actio directa aus, die actiones mit dem Zusatz „dumtaxat" nicht. Das Verhältniss der ersteren zu den actiones directae erscheint also als Electivconcurrenz, das Verhältnis der zweiten sieht dagegen wie eine Solutionsconcurrenz aus.

Sehen wir aber etwas näher zu. Welche Idee beseelte den

Prätor, als er die actiones adiect. qualit. schuf? Eins scheint zweifellos: der Prätor wollte die Lage der Mitcontrahenten des filiusfamilias, magister, institor u. s. w., verbessern, ihnen die Möglichkeit geben, ihre Forderung eher und sicherer einzutreiben. Das war das dringendste Bedürfnis des Verkehrs: sonst hätte keiner mit dem institor, mit dem filiusfamilias u. s. w. contrahirt. Es fragte sich nur, wie die actiones adiect. qualit. in der Weise eingerichtet werden sollten, dass sie den Nutzen, für welchen sie bestimmt wurden, bringen könnten und dabei der anderen Partei nicht schadeten.

Die Lage der Sache stellte sich nun in folgender Weise dar: Bei den in solidum gehenden actiones adiecticiae qualit. erwarb der Gläubiger, sobald er eine von diesen Klagen angestellt hatte, die Möglichkeit, eine actio iudicati auf den vollen Betrag seiner Forderung zu bekommen. Wäre es für ihn zulässig, nach der Anstellung, z. B. der actio exercitoria, noch die actio directa gegen den magister durchzuführen, so könnte er aus derselben Forderung noch eine zweite actio iudicati bekommen: das wäre natürlich für die andere Seite — für den Schuldner — unbillig, und so entsteht die Regel „si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest“.

Ganz anders war es bei den actiones mit dem Zusatze dumtaxat, z. B. bei der actio de peculio. Bei dieser Klage wurde vom Richter in iudicio die Schätzung des in dem Momente vorhandenen peculium vorgenommen; das Urtheil lautete auf einen Betrag, welcher die durch die Schätzung gefundene Summe nicht überstieg; dieser Betrag konnte natürlich zuweilen weniger ausmachen, als die Forderung des Gläubigers. Die vom Gläubiger erworbene actio iudicati lautete in solchen Fällen auch auf diese mindere Summe: wenn die Forderung auf 100 ging, die Schätzung des peculium nur 50 ergab, so lautete auch die actio iudicati nur auf 50. Wäre nun für den Gläubiger die Möglichkeit ausgeschlossen, auf andere 50 nachher den Vater im Falle der Vermehrung des peculium oder den Sohn selbst zu belangen, so hätte ihm die Neuerung des Prätors statt einer Besserung nur Verschlechterung seiner Lage gebracht. Andererseits

konnte auch die Schuldnerseite durch die Zulassung der Klage auf den Restbetrag nicht zu unbilligem Schaden kommen; denn obgleich der Gläubiger dadurch eine zweite actio iudicati bekam, so lautete doch diese actio iudicati nicht auf den vollen Betrag der Forderung, sondern bloss auf den Rest, auf andere 50. So konnte hier der ipso iure möglichen Wiederholung der Klage freier Lauf gegeben werden.

Ist aber dieses Verhältnis zwischen der actio mit dem Zusatz dumtaxat und der actio directa wirklich eine Solutionsconcurrenz? — Unter diesem Namen versteht man ein solches Verhältniss zwischen zwei Klagen, bei welchem nur die Leistung auf die eine zugleich die andere aufhebt, dagegen die Anstellung der einen die nachträgliche Anstellung der zweiten nicht ausschliesst. Dabei ist es von keiner Bedeutung, dass der Kläger die actio iudicati in Folge der ersten Klage schon bekommen hat oder noch bekommen kann. Er kann also, obwohl er schon eine actio iudicati in Händen hat, doch noch die zweite Klage anstellen und zur zweiten actio iudicati gelangen. Ein Beispiel für dies Verhältniss bietet die Concurrenz zwischen der Klage aus der ursprünglichen obligatio und der actio de pecunia constituta.

> fr. 18 § 3 D. h. t. 13. 5 (Ulpianus): Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

Auch hier liegt selbstverständlich die Gefahr nahe, dass der Gläubiger zwei actiones iudicati auf den vollen Betrag bekommt; hier tritt aber der Prätor dieser Gefahr in anderer Weise entgegen: er muss, wenn er die zweite Klage zulässt, die erste actio iudicati in dieser oder anderer Weise paralysiren.

Wenn wir nun dieses Verhältniss mit dem Verhältnisse vergleichen, welches zwischen der actio adiect. qualit. mit dem Zusatz dumtaxat und der actio directa besteht, so werden wir einen wesentlichen Unterschied finden. Bis jetzt haben wir immer vorausgesetzt, dass das peculium den Betrag der Forderung nicht deckte; stellen wir uns jetzt vor, dass dies der Fall ist, dass folglich der Gläubiger die actio iudicati auf den vollen

Betrag bekommen hat. Kann er nun diese actio iudicati unausgeübt lassen und die actio directa anstellen, wie bei der actio de pecunia constituta? Sicherlich nicht: die Quellen sagen, dass er nur „de residuo debiti agere potest“ (fr. 30 § 4 D. de pecul. cit.).

Wenn also das peculium für die Deckung des solidum ausreicht, so gelten auch für die actio de peculio dieselben Regeln, welche für die actiones adiect. qualit. in solidum massgebend sind. Und wenn wir das Verhältniss dieser letzteren Klagen zu den actiones directae als Electivconcurrenz bezeichnet haben, so ist das Verhältniss der actiones mit dem Zusatze dumtaxat zu den actiones directae nicht minder Electivconcurrenz.

5. Da nun, wie wir oben gesagt haben, die Obligation des Hauptschuldners durch die blosse Anstellung der actio adiect. qualit. nicht consumirt, nicht unwahr wird, was bei den actiones mit dem Zusatz dumtaxat die Möglichkeit gibt, dieselbe Klage oder die actio directa auf das residuum debiti noch einmal anzustellen, — so bringt dieselbe Thatsache andererseits bei den actiones in solidum die Gefahr mit sich, dass der Gläubiger auch hier die Klage zum zweiten Male anstelle. Diese Gefahr zu beseitigen war nun die weitere Aufgabe für den Prätor; das war nur die Vollendung der Reform, welche der Prätor mit den actiones adiect. qualit. unternommen hatte.

Er musste jetzt, nachdem er dem Gläubiger eine actio adiect. qualit. gegeben hatte, die Möglichkeit der nachträglichen Anstellung derselben Klage oder der actio directa auf die eine oder andere Weise paralysiren. Mit welchen Mitteln konnte er das erreichen?

Es standen ihm nur zwei solche Mittel zu Gebote: entweder denegatio actionis oder exceptio. Die erste setzte stets die persönliche Untersuchung des Prätors voraus, und war eben darum nicht so bequem, wie die zweite. So dürfen wir a priori annehmen, dass das normale Mittel für die Ausschliessung der zweiten Klage eine exceptio war. Aber welche?

Wir haben oben gesagt, dass die Obligation des Hauptschuldners und die des adjecticisch Haftenden zwei verschiedene Rechtsverhältnisse sind; freilich, wenn die erste auf-

gehoben ist, so fällt auch die zweite weg; doch kann man die zweite vernichten, ohne die erste zu erschüttern. Nichtsdestoweniger sind die beiden Rechtsverhältnisse aus einer und derselben juristischen Thatsache, aus einer in creditum datio entstanden und verfolgen denselben Zweck: der Gläubiger hat nur einmal creditirt und soll jetzt das Gegebene zurückerhalten. In dieser Hinsicht sind die actio directa und die actio adiect. qualit. unzweifelhaft auf ein und dasselbe Ziel gerichtet, sind Klagen de eadem re.

Der Begriff „eadem res" gehörte eben zu der Klasse, auf welche die Jurisprudenz einen ungeheueren unmittelbaren Einfluss gehabt hat; diesen Begriff hatte sie vermittelst ihrer Interpretation entwickelt, welche sogleich unmittelbare Anwendung fand, weil die Frage von der eadem res vom Iudex selbst in iudicio beantwortet werden musste. In Folge dieser freieren Auslegung konnte dieser Begriff mit immer breiterem Inhalte ausgefüllt werden: er wurde nicht durch die Grenzen der streng juristischen Identität — Identität der materiellen Grundlage der Klage — gebunden, sondern strebte vielmehr danach, die praktische Identität der Ziele zum Ausdrucke zu bringen.

So erschien die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae für unseren Zweck vollständig passend: es musste also die zweite Klage des Gläubigers gegen denselben Nebenschuldner oder auch gegen den Hauptschuldner durch diese exceptio entkräftet werden. Nun fragt es sich, ob unsere Vermuthung auch hier durch die Quellen bestätigt wird? Glücklicherweise vollständig.

fr. 21 § 4 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Pomponius):
Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.

Die Stelle war den Schriftstellern, welche über die processualische Consumtion geschrieben haben, nicht unbekannt; aber keiner hat gerade die exceptio rei iudicatae beachtet. Und doch bringt diese exceptio der ganzen Keller'schen und der herrschenden Theorie einen entscheidenden Schlag bei. Wozu ist diese exceptio da? Nach dieser Theorie müsste durch die actio de peculio die Obligation des Hauptschuldners, folglich auch die Obligation seines Bürgen ipso iure consumirt

werden: es wäre dann jede exceptio überflüssig! — Pomponius ist indessen anderer Meinung; er sagt: excipiendum est de re iudicata: folglich bleibt der Bürge ipso iure verpflichtet; der Grund seiner Obligation, das civile dare facere oportere des Hauptschuldners, wird also durch Anstellung der actio de peculio nicht aufgehoben. Und wenn der Bürge dieser exceptio bedarf, so ist es unzweifelhaft, dass auch der Hauptschuldner nur durch dieses Mittel geschützt werden kann, sobald nach der actio adiect. qualit. auch gegen ihn die actio directa erhoben wird[1]).

Wenden wir uns schliesslich zu der Stelle, welche von der herrschenden Lehre immer als Beweis der ipso iure-Consumtion angeführt wird, so werden wir auch hier nicht einen Beweis gegen uns, sondern vielmehr einen für uns finden.

fr. 1 § 24 D. de exercit. act. cit. Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest.

---

[1]) Mit dem fr. 21 § 4 D. cit. steht noch fr. 84 D. de solut. 46. 3 von Proculus in Zusammenhang:

Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit. at si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.

Diese beiden Stellen werden vielfach als eine unvereinbare Antinomie betrachtet. Von unserem Standpunkte löst sich diese Antinomie auf die einfachste Weise. Wir haben gesehen, dass durch Anstellung der actio de peculi der Hauptschuldner ipso iure noch nicht befreit wird: das peculium kann im Moment seiner Schätzung in iudicio für die Deckung der ganzen Forderung unzureichend erscheinen, und dann bleibt gegen ihn noch die actio de residuo möglich. Es müssen folglich auch die Bürgen verpflichtet bleiben: es können sogar neue angenommen werden; vgl. fr. 50 § 2 D. de pecul. 15. 1 cit. Sogar wenn das peculium die ganze Forderung deckt, werden der Hauptschuldner und seine Bürgen nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis befreit. Das Alles eben wollen die zwei citirten Stellen besagen, wobei die eine die andere ergänzt. Proculus will ausdrücken, ipso iure „non esse liberatos fideiuores“; dass dem so ist, beweist die zweite Hälfte der Stelle, wo von der solutio die Rede ist, welche auch die Bürgen ipso iure befreit, indem sie jede Bedeutung des Ausdrucks „filium dare facere oportere“ vernichtet. Pomponius ergänzt nun diese Regel, indem er sagt: wenn auch nicht ipso iure, so doch per exceptionem wird der Bürge befreit, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, welche seine Befreiung verhindern.

Was spricht nun hier für die ipso iure-Consumtion? „Agi non potest“ ist ein zu allgemeiner Ausdruck, welcher wie die Consumtio ipso iure, so auch die Consumtio ope exceptionis in sich fasst. Und dieser allgemeine, unbestimmte Ausdruck ist hier von dem Juristen absichtlich gebraucht: er konnte weder „ipso iure agi non potest“ noch „propter exceptionem agi non potest“ sagen, denn er hat unmittelbar vorher gesagt: „si cum utro eorum actum est“. Dabei sind zwei verschiedene Fälle denkbar. Erstens: es wurde zuerst die actio directa gegen den magister angestellt: dann ist wie die Wiederholung derselben Klage, ebenso auch die Anstellung der actio exercitoria ipso iure unmöglich; denn die Obligation des magister ist durch die erste Klage ipso iure consumirt und damit wird auch der actio exercitoria der Boden entzogen. Zweitens: es wurde zuerst die actio exercitoria angestellt: dann ist immer die exceptio rei iudicatae nöthig. Wollte nun der Jurist beide Fälle zusammenfassen (si cum utro eorum), so konnte er nicht bestimmter schreiben, als eben einfach „agi non potest“, und dabei die Frage nach den Mitteln der Consumtion unberührt lassen. Wenn wir uns dagegen die zweite Hälfte derselben Stelle (s. oben S. 41) ansehen, so heisst es dort: „sed si quid sit solutum (gleichgiltig, ob von dem magister suo nomine, oder von dem exercitor alieno nomine) ipso iure minuitur obligatio.“ Hier spricht der Jurist ganz bestimmt, weil die solutio immer ipso iure wirkt. Stellen wir die beiden Hälften der Stelle zusammen, so können wir, wenn wir auch andere ganz unzweideutige Zeugnisse nicht hätten, schon aus der Allgemeinheit des Ausdruckes in der ersten Hälfte darauf schliessen, dass durch Anstellung der einen von diesen Klagen nicht immer eine ipso iure-Consumtion bewirkt wird.

6. Wenn also bei den actiones in solidum die zweite Klage durch die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae ausgeschlossen ist, so betrachten wir nun, wie sich die Sachlage bei den actiones mit dem Zusatze dumtaxat gestaltet.

Wenn die erste Klage eine actio directa gegen den Hauptschuldner war, so wird die actio adiectic. qualit., z. B. die actio de peculio, ipso iure unmöglich.

Ist aber die actio de peculio zuerst angestellt, so tritt

zunächst Ungewissheit ein, ob zur Zeit des Urtheils — rei iudicandae tempore (vgl. fr. 47 § 2 de pec. cit.) — das peculium zur Deckung der Forderung ausreichen wird oder nicht. Solange das ungewiss bleibt, können weder der Hauptschuldner, noch seine Bürgen definitiv befreit werden. Wenn der Gläubiger während dieser Zeit eine zweite Klage, z. B. gegen den Bürgen, erhebt, so kann der letztere ihm gegenüber die exceptio rei in iudicium deductae als eine exceptio dilatoria vorschützen: du hast schon den Vater belangt: warte jetzt die Entscheidung ab, ob und wie viel du von ihm bekommen wirst.

Ist nun die Sache bis zum Urtheil gekommen, so sind drei Möglichkeiten vorhanden:

a) Das peculium ergibt sich bei der Schätzung als zur Deckung der ganzen Forderung ausreichend. Der Kläger bekommt die actio iudicati gegen den Vater auf die ganze Summe: wie der Vater, so haben auch der Sohn und seine Bürgen jetzt die exceptio rei iudicatae als eine exceptio peremtoria (ganz ebenso wie bei den actiones in solidum).

b) Das peculium ist gleich Null. Der Kläger bekommt nichts, nicht einmal eine actio iudicati, — der Vater wird vielmehr freigesprochen. Der Kläger behält aber die Möglichkeit, den Vater selbst bei nachträglichem Anwachsen des peculium oder den Sohn oder seinen Bürgen auf die ganze Summe von Neuem zu belangen. Wenn der Beklagte bei dieser zweiten Klage eine exceptio rei iudicatae vorschützt, so wird diese entweder einfach vom Prätor denegirt, oder es wird ihr eine Replicatio — etwa „aut si tunc in peculio nihil fuit“ — entgegengestellt.

c) Das peculium reicht nur zum Theil aus: von der ganzen Forderung des Klägers auf 100 deckt es nur 50. Der Kläger erhält die actio iudicati nur auf diese 50. Wie wird es nun demnächst? Wie kann der Gläubiger zu seinem Restbetrage gelangen und andererseits die Schuldnerseite nicht geschädigt werden? Wenn der Gläubiger die zweite Klage erhebt, so werden in die Formel dieselben Worte „si p. filium C adre oportere“ aufgenommen; ipso iure behalten diese Worte ihre volle Geltung, um die Condemnation auf die ganze Summe — 100 — zu bewirken: dann würden aber die Schuldner

geschädigt. Es ist andererseits unmöglich, diesen die exceptio rei iudicatae zu gewähren: damit würde der Gläubiger gänzlich abgewiesen. Am einfachsten konnte hier der Prätor beide Gefahren so vermeiden, dass er den Kläger (wie bei der Compensationseinrede) zwang, seine Intentio von vornherein nur auf den Restbetrag zu beschränken. Das war leicht, wenn seine Forderung eine certa war; bei einem incertum musste der Sachverhalt dem Richter in der einen oder anderen Weise angegeben werden, etwa: „condemnire auf die Summe, welche nach Abzug der 50 übrig bleibt". Alle möglichen Streitigkeiten über den ersten Process mussten natürlich ad separatum verwiesen werden.

7. Ziehen wir jetzt den nothwendigen Schluss aus allen gewonnenen Ergebnissen.

Was für uns hier hauptsächlich in Betracht kommt, ist die Thatsache, dass die Anstellung der actiones adiect. qualit. die actiones directae nur vermittelst der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae ausschliessen kann, dass sie also nur die sog. indirecte Consumtion bewirkt. Vergleichen wir nun diese Thatsache mit dem Berichte von Gaius (IV. 107), dass diese exceptio nur bei den actiones in factum necessaria war, so ist daraus kein anderer Schluss möglich, als der, dass die actiones adiect. qualit. actiones in factum sind.

Es ist in der That nicht zu ersehen, was, wenn man in der alten Vorstellungsweise nicht befangen ist, gegen diesen logisch nothwendigen Schluss eingewendet werden kann. Wenn wir die Formeln dieser Klagen selbst näher betrachten, so sind wir nicht im Stande, irgend einen wesentlichen Unterschied zwischen denselben und den übrigen formulae in factum conceptae zu entdecken. Hätte die Formel der actio exercitoria einen Katalog der Thatsachen enthalten, etwa in der Art: „wenn es erhellt, dass L. Titius, magister N^i N^i, von dem A^s A^s X milia zum Darlehn genommen hat und dass diese Schuld von ihm weder gezahlt, noch novirt, noch ihm acceptoferirt, noch gegen ihn in iudicium deducirt (und so fast ohne Ende weiter) ist, so condemnire den N^s N^s," — wäre die Formel so gefasst, so würde die herrschende Lehre sie ohne jeden Zweifel für eine in factum concepta halten. Was ist

nun dadurch verändert, dass der Prätor statt dieser langwierigen Aufzählung der fast unaufzählbaren Thatsachen einen einfacheren, aber alle diese Thatsachen umfassenden Ausdruck „si p. L. Titium magistrum A° A° X milia dare oportere“ gebraucht hat? Der Prätor hat sich dadurch nur geschickt beim Ausdrücken seiner Gedanken gezeigt, und weiter nichts: der Ausdruck „si p. L. Titium magistrum A° A° X m. dare oportere“ ist an die Stelle jenes langen Thatsachenkataloges getreten, und in Beziehung zur Condemnation blieb er ebenso eine einfache Thatsache, wie früher jede einzelne Thatsache aus jenem Kataloge gewesen war. Für den Condemnationsbefehl spielt er ganz dieselbe Rolle, wie die Thatsache „s. p. A^m A^m apud N^m N^m mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^i N^i A° A° redditam non esse“ in der in factum concipirten Formel der actio depositi, wie das „dolo malo N^i N^i factum esse ut ..“ etc. in der Formel der actio doli u. s. w.

Freilich wird der Richter durch diese Ausdrucksweise des Prätors auf die Normen des ius civile verwiesen, aber, wie wir aus dem Obigen sehen, müssen wir dieses Unterscheidungsmerkmal — wenigstens in Bezug auf die actiones adiect. qualit. — bei Seite lassen; es führt zu ganz falschen Consequenzen.

Wenn Keller das Charakteristische der actiones in factum darin findet, dass der Prätor bei ihnen den Causalzusammenhang zwischen den in der Formel gegebenen Thatsachen und dem Condemnationsbefehle auf sich nimmt[1]), so muss dasselbe auch in Betreff der actiones adiect. qualit. gesagt werden: warum aus der Thatsache, dass L. Titium magistrum A° A° X m. dare oportere, die Nothwendigkeit, den N^s N^s exercitor zu condemniren folgt, das wird dem Richter aus der Formel selbst gar nicht klar; den Causalzusammenhang nimmt der Prätor auch hier auf sich.

Wenn Ihering[2]) — was eigentlich auf dasselbe hinauskommt — den Unterschied zwischen den formulae in ius und den in factum conceptae darin sieht, dass in den ersten nach der Angabe der Thatsachen noch die Angabe des aus diesen

---

[1]) Civilprocess S. 155—156. Vgl. übrigens Anm. 354. — [2]) Geist des römischen Rechts III, 1 S. 61.

Thatsachen fliessenden Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien folgt, bei den formulae in factum dagegen dieses Mittelglied — das Recht — fehlt, so finden wir genau dasselbe auch bei den actiones adiect. qualit.: auch hier wird das Verhältniss zwischen dem Kläger und dem Beklagten, z. B. dem exercitor, gar nicht genannt und gar nicht erwähnt: der Condemnationsbefehl wird bloss mit der Thatsache, dass eine dritte Person dem Kläger schuldet, in Zusammenhang gebracht.

Wenn endlich Eisele[1]) sagt, dass bei den formulae in factum conceptae die nach ius civile unerheblichen Thatsachen als Bedingung der condemnatio gesetzt werden, so ist auch dies bei den formulae der actiones adiect. qualit. der Fall: die Thatsache, dass L. Titium magistrum A° A° X m. dare oportet, ist für die Verurtheilung des exercitor nach ius civile vollkommen unerheblich.

Mögen wir noch so viele charakteristische Züge der formulae in factum finden, wir werden sie alle sicherlich auch bei unseren actiones adiect. qualitatis antreffen.

---

§ 3.

b) Actiones alieno nomine.

1. Allgemeines. — 2. Wenn die Consumtion eintritt, so liegt die Ursache nicht in der Formel. — 3. Der Grund der Consumtion bei den Cognitoren. — 4. Der Grund und das Mittel der Consumtion bei den Procuratoren. — 5. Quellenzeugnisse. — 6. Schluss: alle sog. actiones mit subjektiver Umstellung sind actiones in factum.

---

1. Die actiones adiect. qualit. bilden nur einen engeren Kreis aus der allgemeineren Klasse der sog. Klagen mit subjectiver Umstellung. Die obige Untersuchung ergab, dass die Formel mit subjectiver Umstellung an sich die Consumtion des Rechtsverhältnisses, welches als Bedingung der Condemnation gestellt ist, nicht bewirkt, dass dieses Rechtsverhältniss auch zum zweiten und dritten Male in der Formel mit voller Giltigkeit erscheinen kann. Wenn dieses Rechtsverhältniss nach der ersten Klage zuweilen wirklich paralysirt wird, so wird das nicht durch die Formel selbst, sondern durch gewisse andere — und namentlich materielle — Gründe

---

[1]) Die materielle Grundlage der Exceptio S. 18.

bestimmt und nur mittelst der exceptio rei iudicatae durchgeführt.

Es fragt sich nun, ob diese Erscheinung eine Besonderheit dieses engeren Kreises der Klagen mit subjectiver Umstellung bildet, oder ob sie vielmehr eine allgemeine, auch in Bezug auf andere Arten dieser Klagen geltende, Regel ist. Mit anderen Worten: ob sich die herrschende Lehre, dass die Formel mit subjectiver Umstellung die ipso iure-Consumtion bewirkt, wenigstens ausserhalb der actiones adiect. qualit. bestätigt?

Alle anderen Fälle der Klagen mit subjectiver Umstellung werden als Fälle des „alieno nomine agere“ zusammengefasst („veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio“ — Gaius IV. 82.). „Qui autem alieno nomine agit“, sagt Gaius (IV. 86.), „intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius (pro) P. Maevio agat, ita formula concipitur si paret N^m N^m P. Maevio sest. X m. dare oportere, iudex N^m N^m L. Titio sest. X m. condemna. s. n. p. a.“ — Wenn der Stellvertreter auf der Seite des Beklagten erscheint, so nimmt die Formel folgende Gestalt an: „s. p. P^m Maevium A^o A^o sest. X m. dare oportere, L. Titium A^o A^o condemna“. Die Formeln der actiones adiect. qualit. erscheinen somit genau nach diesem zweiten Muster construirt; darum concentrirt sich unser Interesse hier nur auf den ersten Fall, wo nämlich der Stellvertreter auf der Seite des Klägers erscheint.

Wie steht es nun mit der processualischen Consumtion in diesem Falle?

2. Bekanntlich wurden nach dem Berichte des Gaius (IV. 97, 98) zu seiner Zeit zwei Arten der Stellvertreter unterschieden — cognitores und procuratores.

Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisdatio vel ab ipso vel a domino desideratur. cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. Procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia

de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.

Der Cognitor consumirte also die Klage ganz in derselben Weise, wie der dominus selbst; der Procurator dagegen consumirte sie gar nicht: der dominus behielt die volle Möglichkeit, noch einmal selbst zu klagen. Indessen bedienten sich der Cognitor sowohl als auch der Procurator, wie es in der oben citirten Stelle von demselben Gaius (IV. 82, vgl. auch IV. 86) klar ausgesprochen wird, einer und derselben Formel: wäre es wahr, dass schon die blosse Anstellung der Klage mit einer solchen Formel den ganzen „Inhalt der Intentio" unwahr mache, so würde dieser Unterschied völlig unbegreiflich. Es ergibt sich dagegen auch hier, wie bei den actiones adiect. qualit., dass in einigen Fällen dieser Inhalt der Intentio, das „N^m N^m P. Maevio dare oportere", consumirt und unwahr wird, in anderen aber nicht. Es liegt auf der Hand, dass auch hier, wie dort, die Consumtion in den ersteren Fällen nicht durch die Formel selbst, sondern durch gewisse andere ausserhalb der Formel liegende Umstände erzeugt wird.

Freilich war im späteren Recht die Lage der Procuratoren verändert, es war anerkannt, dass sie rem in iudicium deducere possunt, dass folglich der dominus die Klage nicht mehr seinerseits anstellen kann; dadurch wurden in dieser Beziehung die Procuratoren den Cognitoren gleichgestellt; aber auch in dieser späteren Zeit bleibt der Fall möglich, dass Jemand für den Anderen Klage erhebt, das heisst sich der formula mit subjectiver Umstellung bedient, und doch diesen Anderen des Rechtes, dieselbe Klage anzustellen, nicht beraubt: so z. B. wenn Jemand als negotiorum gestor eines Anderen auftritt. Es bleibt also auch für diese spätere Zeit das oben Gesagte in voller Kraft: ob Consumtion oder Nichtconsumtion eintritt, kann nicht von der Klaganstellung an sich, sondern muss von anderen Ursachen abhängen.

3. Wenden wir uns zuerst zu den Cognitoren. Bekanntlich wurde der cognitor vom dominus selbst „certis et quasi sollemnibus verbis" bestellt; die Bestellungsformel „quod ego tecum agere volo, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do" wurde vom dominus selbst ausgesprochen und unmittelbar

an den anwesenden Gegner „coram adversario“ — gerichtet. Wenn nun der so bestellte cognitor nachher die Klage erhebt und sie bis zur Litiscontestation bringt, so verliert der dominus die Möglichkeit, seine Klage selbst anzustellen — „non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit“. Was dieses letztere bedeutet, ist genauer in fr. 22 § 8 D. rat. r. hab. 46. 8. (Iulianus) bestimmt:

> Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret. plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset.

Dass hier „verus procurator“ an Stelle von „cognitor“ interpolirt ist, steht ausser Zweifel[1]). So wird durch die Litiscontestation des Cognitor die Klage des dominus entweder ipso iure oder durch exceptio rei iudicatae consumirt, je nachdem die Voraussetzungen der ipso iure-Consumtion vorliegen oder nicht. Dass im gegebenen Falle die processuale Consumtion vermittelst der exceptio geschieht, ist selbstverständlich, weil das iudicium de hereditate eine actio in rem ist.

Fragen wir nun, worin der Grund solcher Wirkung der Klage des Cognitor liegen könne, so ist nur eine Antwort möglich: wenn nicht in der Klaganstellung an sich, nicht in der Formel an sich, so muss dieser Grund in dem Acte der cognitoris datio liegen. Und in der That: was ist dieser Act in seinem Wesen? Er ist zunächst eine Willenserklärung des Klägers; diese Willenserklärung wird weiter coram adversario und dem adversarius gegenüber abgegeben: der Gegner muss anwesend sein. Was bedeutet nun diese Anwesenheit, wozu ist sie nothwendig? Wir können darunter nichts Anderes verstehen, als dass der Gegner dadurch seine Zustimmung, seine Annahme ausdrückt. So erscheint die cognitoris datio als ein Vertrag, welcher noch dazu in einer civilen

---

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprocess II S. 433 Note 16; Eisele, Cognitur und Procurator S. 149, Abhandlungen zum römischen Civilprocess S. 57.

Form abgeschlossen wird. Die Willenserklärung des Principals geht nun dahin, dass er auf seine Forderung, auf sein „dari sibi oportere“ verzichtet, wenn sich der Beklagte in den Process mit dem Cognitor einlässt. In dem Momente der Litiscontestation mit diesem letzteren wird die Bedingung dieses Versprechens erfüllt, damit auch das dare oportere aufgehoben.

So liegt also die Ursache der ipso iure-Consumtion der Klage des dominus am letzten Ende in dem Willen des dominus selbst, in dem Vertrage zwischen den Parteien.

4. Fehlt ein solcher civiler Vertrag, so kann natürlich von der Aufhebung, von dem Unwahrwerden des „dare oportere“ keine Rede sein. Das finden wir eben bei den procuratores, tutores, curatores etc. Freilich handelt auch der Procurator in vielen Fällen gemäss dem Willen des Berechtigten, vielleicht sogar gemäss seinem speciellen Auftrag (mandatum ad agendum), dieser Wille bestimmt aber nur Verhältnisse zwischen dem Principal und dem Procurator, und ist weder für dritte Personen, noch für den Berechtigten selbst dritten Personen gegenüber verbindlich.

Wenn also bei dieser Sachlage der Prätor unter gewissen Umständen den Procuratoren u. s. w. eine Klage alieno nomine gibt, so setzt er den Beklagten der Gefahr aus, später noch einmal von dem Berechtigten selbst verklagt zu werden und zweimal zahlen zu müssen. Um diese Gefahr abzuwenden, mussten selbstverständlich gewisse Mittel gefunden werden.

Zur Zeit des Gaius bestand nun das Mittel dazu ganz allgemein darin, dass der Prätor den Procurator, den Tutor u. s. w. zwang, cautio dominum ratam rem habiturum dem Beklagten zu stellen. Damit wurde nicht der Berechtigte der Möglichkeit, die Klage anzustellen, beraubt, sondern es wurde nur eine Deckung für den Beklagten geschaffen. Er musste jedenfalls zweimal zahlen, allein er hatte den Anspruch auf Entschädigung wider den Procurator aus der cautio. Seinerseits konnte der Procurator, wenn er auf Grund gewisser Verhältnisse zwischen ihm und dem Principal gehandelt hatte, diesen letzteren mit den Klagen aus diesen Verhältnissen — also mit der actio tutelae contraria, mandati contraria, negotiorum gestorum contraria — auf Schadloshaltung in Anspruch nehmen.

Bekanntlich war die Lage im späteren Recht verändert: es war nämlich anerkannt, dass tutores, curatores und procuratores, quibus mandatum est, res in iudicium deducunt, d. h. es wurde dem dominus überhaupt nicht mehr gestattet, die Klage zu erheben. Damit sind, nach der herrschenden Lehre, diese Arten von processualischen Stellvertretern den Cognitores gleichgestellt; auch auf sie ist die Regel ausgedehnt, dass der dominus „de eadem re non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit", d. h. dass auch der tutor, curator, procurator cum mandato durch ihre Klage die ipso iure-Consumtion des dare oportere des dominus bewirken können. In Folge dessen wurde die cautio ratam rem haberi überflüssig, und man forderte sie nicht mehr.

Nach unserer Meinung stellt dabei die herrschende Lehre ebenso den Gang wie auch das Wesen dieser Reform in falschem Lichte dar. Wir glauben, dass diese Reform einen entgegengesetzten Ausgangspunkt gehabt hat, dass sie eben aus der Frage der Befreiung gewisser Stellvertreter von der Verpflichtung, Caution zu stellen, erwachsen ist. Das, was nach der herrschenden Lehre als Folge erscheint, war nach unserer Meinung Ursache, Veranlassung zur weiteren Entwickelung.

Das System der Cautionen stellte sich mit der Zeit als praktisch unvollkommen dar. Zunächst liess dieses System auch für den Beklagten viel zu wünschen übrig: es war für ihn natürlich besser, mit dem dominus überhaupt nicht mehr zu processiren, und ihm nicht zahlen zu müssen, als gezahlt zu haben, um dann den Procurator auf Entschädigung zu belangen. Besonders lästig aber war die Verpflichtung, Caution zu stellen, für gewisse Arten der Stellvertreter; so z. B. für den Vormund eines reichen Mündels, welcher viele Processe führen sollte, konnte die Nothwendigkeit, jedesmal Caution zu stellen, wahrlich sehr ernste Schwierigkeiten bereiten: die cautio de rato war eine satisdatio[1]), d. h. sie forderte immer Bürgen, welche zu finden selbstverständlich nicht so leicht war. Es ist darum ganz natürlich, dass der erste Anlass zur Reform gerade von dieser Seite ausgegangen ist.

---

[1]) Vgl. Gaius IV. 97. 98.

Andererseits aber den Stellvertreter, z. B. den tutor oder den curator, von dieser Verpflichtung einfach befreien, hätte geheissen den Beklagten ohne Schutz und Deckung lassen. Es war geboten, wenn man einmal diesen Weg betrat, einen Schritt weiter zu gehen und dem dominus die Möglichkeit wiederholter Klaganstellung abzuschneiden. Damit wurde die Ratihabition des von dem tutor, curator, procurator cum mandato angestellten Processes für den dominus gewissermassen als nothwendig anerkannt, und wenn sich dieser letztere durch die Processführung des Procurators verletzt fühlte, so musste er jetzt selbst mit den directen Klagen aus den zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnissen — also mit der actio tutelae directa, mandati directa u. s. w. — gegen den Procurator vorgehen. Das schien nun billig und zweckmässig natürlich nur beim Vorhandensein gewisser fester Rechtsverhältnisse zwischen dem dominus und dem Stellvertreter: so zunächst bei der tutela und cura, wo eine obrigkeitliche Aufsicht in Bezug auf die Thätigkeit der Vormünder schon bestand, dann aber (wohl erst später) beim Auftrage — mandatum —, wo, falls der dominus durch solche Umdrehung der Rollen zu Schaden kam, er das „sibi imputare debebat". Dagegen wäre es dort, wo der Stellvertreter ohne Wissen und Willen des dominus auftrat, zu hart gewesen, und so musste hier das alte System beibehalten werden.

Mit welchen Mitteln aber konnte der Prätor die Klage des dominus in den Fällen beseitigen, wo es billig schien? Die fehlende cognitoris datio mit ihrer civilen Form konnte der Prätor auf keine Weise ersetzen; es konnte auch jetzt von der ipso iure Unwirksamkeit der Klage keine Rede sein. Wollte der Prätor diese Klage unwirksam machen, so musste er sich zu den Mitteln seines imperium wenden, d. h. zur exceptio, wobei auch hier, wie bei den actiones adiect. qualit., die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae vollkommen passte.

5. Dass eben die Frage nach der Befreiung der Stellvertreter von der Verpflichtung, cautio zu stellen, der Ausgangspunkt der Reform, und dass die Ausschliessung der Klage des dominus mittelst der exceptio rei iudicatae ihr Schluss war, das bestätigen die Quellen in der klarsten Weise.

Zur Zeit des Gaius standen tutores und curatores principiell den procuratores gleich: „tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisdare debere verba edicti faciunt“, sagt Gaius (IV. 99); folglich auch bei ihnen „periculum erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur“. — Unmittelbar nach diesen Worten fügt aber Gaius hinzu: „sed aliquando illis satisdatio remittitur“. Wir sehen also, dass die Sache von der remissio satisdationis in einzelnen Fällen ausgeht, nicht aber etwa von der principiellen Anerkennung, dass tutores et curatores rem in iudicium deducunt. Was folgt nun in diesen einzelnen Fällen nach der remissio satisdationis? Antwort darauf gibt fr. 7 § 2 D. de cur. furioso 27. 10 (Iulianus):

> Cum dementis curatorem, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis aliumque loco eius substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisdedisset, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur...

Die Stelle rührt von Julianus her — also von einem Zeitgenossen des Gaius; Julian setzt aber bei der unbedingten Erwähnung der exceptio rei iudicatae offenbar als normalen Fall voraus, dass den Curatoren bei Anstellung der Klage die satisdatio ratam rem haberi remittirt wurde: dadurch wird auch der zwischen beiden Zeitgenossen scheinbar bestehende Widerspruch einfach gelöst[1]). Wir sehen nun aus dieser Stelle, dass nach der remissio satisdationis die Paralysirung der Klage des dominus eintritt; doch durch welches Mittel? Durch die exceptio rei iudicatae. Indessen ist hier wie die erste, so auch die zweite Klage actio negotiorum gestorum, also eine actio in ius concepta! Keller findet das Auftreten der exceptio rei iudicatae statt der zu erwartenden consumtio ipso iure unerklärlich[2]). Eisele will sie sich dadurch erklären, dass sich der Fall in der Provinz abspiele, und dass wir es hier also mit dem iudicium quod imperio continetur zu thun haben[3]).

---

[1]) Vgl. Eisele, Cognitur und Procuratur S. 147. — [2]) Vgl. Litiscontestation und Urtheil S. 346. — [3]) Abhandlungen zum römischen Civilprocess S. 123.

Es ist natürlich möglich, dass in dieser Stelle von einem iudicium quod imperio continetur die Rede ist, doch nicht nothwendig. Das Vermögen des furiosus liegt freilich in der Provinz, dort vollzieht sich auch die remotio des ersten und Einsetzung des zweiten Curators; damit ist aber noch nicht gesagt, dass auch die Klagen gegen den remotus in der Provinz angestellt waren: es ist vielmehr möglich, dass diese Klagen in Rom erhoben waren. Jedenfalls kann Eisele, wenn er anerkennt[1]), dass tutores und curatores zu der Zeit in der Regel noch nicht rem in iudicium deducirten, dass sie zu den Personen noch nicht gehörten, welche in exceptione rei iudicatae tacite continentur, um so weniger an die Möglichkeit der ipso iure-Consumtion denken.

Nehmen wir noch eine andere Stelle — fr. 25 § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 — von demselben Julianus:

> Si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatae non obstabit: alia enim res facta est interveniente mandatu. idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit[2]).

Aus dieser Stelle folgt, dass interveniente mandatu gegen die zweite Klage des Procurators oder des dominus selbst die exceptio rei iudicatae gilt. Am Schlusse der Stelle wird nun gesagt, dass dasselbe, das heisst die exceptio rei iudicatae, auch dann stattfinde, wenn nicht in rem, sondern in personam geklagt werde. Die Möglichkeit der ipso iure-Consumtion ist dabei gar nicht erwähnt, während in Bezug auf die cognitores derselbe Julian (fr. 22 § 8 D. rat. r. hab. cit.) sagt: „si cognitor [st. verus procurator] egisset, domino ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset".

Wir möchten schliesslich auf den Ausdruck „tutores, cura-

---

[1]) Abhandlungen zum römischen Civilprocess S. 122—123. — [2]) Wie diese Stelle, welche auch von Julian herrührt, mit dem Berichte von Gaius zu vereinigen ist, das mag dahingestellt bleiben. Für uns ist es jedenfalls gleichgiltig, ob der von Gaius geschilderte Zustand noch zu seiner Zeit existirte, oder ob er schon der Vergangenheit angehörte. Ist das letztere der Fall, so fällt damit nur der Anfang der Reform auf einen früheren Zeitpunkt.

tores, procuratores etc. rem in iudicium deducunt“ aufmerksam machen. Dieser Ausdruck selbst scheint nur das Echo der exceptio rei iudicatae zu sein; wäre auch bei diesen Personen Consumtio ipso iure möglich, so würde dieser Ausdruck schlecht passen; man müsste, wenn man genau sein wollte, einen allgemeineren Ausdruck verwenden — z. B. personae, quae actionem consumunt. Von den cognitores wie von dem dominus selbst spricht man in dieser Weise niemals; man sagt von ihnen vielmehr, dass nach der Klaganstellung von ihnen „actio aut ipso iure aut propter exceptionem inutilis est“. Nehmen wir noch folgende Stelle dazu:

> fr. 11 § 7 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Ulpianus): Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum ...

Dass hier nur von der exceptio rei iudicatae die Rede ist, ist klar. In der Reihe der Personen, welche hier als diejenigen, welche rem in iudicium deducunt, aufgezählt werden, finden wir den Cognitor nicht. Freilich behaupten Manche, z. B. Eisele, dass dieses Wort hier von den Compilatoren weggestrichen sei[1]); wir glauben jedoch, dass es niemals dort gestanden hat, da der Cognitor nicht rem in iudicium deducit, sondern loco domini habetur, und es wäre ebenso unnatürlich, ihn hier zu erwähnen, wie den dominus selbst.

Die Frage, welche Personen rem in iudicium deducunt, welche in exceptione rei iudicatae continentur, konnte selbstverständlich nur dann entstehen, wenn die exceptio rei iudicatae in der Formel stand. War sie in die Formel nicht aufgenommen, so musste der Richter nach den Normen des Ius civile urtheilen, ob das dare facere oportere des dominus aufgehoben war; dies zu bewirken waren aber die Procuratoren jetzt, wie zur Zeit des Gaius unfähig: wie damals, so gilt jetzt, dass das „N^{m} N^{m} P. Maevio dare facere oportere“ ipso iure valet.

6. Wir sind damit zu demselben Resultate gelangt, wie bei den actiones adiecticiae qualitatis. Auch hier wird es

---

[1]) Cognitur und Procuratur S. 173. — Abhandlungen S. 119 Note 3.

bestätigt, dass durch Anstellung der sog. Klage mit subjectiver Umstellung das als Bedingung der Condemnatio gestellte „N^m N^m P. Maevio dare facere oportere“ ipso iure nicht aufgehoben wird, dass dagegen, falls seine Paralysirung aus irgend welchen materiellen Gründen nothwendig schien, die exceptio rei iudicatae unentbehrlich war. Diese Thatsache erscheint somit nicht als Eigenthümlichkeit der actiones adiect. qualit., sondern als allgemeines, absolutes Princip.

Damit wird auch unser letzter Schluss von selbst gerechtfertigt, dass alle sog. Klagen mit subjectiver Umstellung actiones in factum sind. Freilich erscheint in ihrer Formel als Bedingung der Condemnatio ein dare facere oportere, aber dieses dare facere oportere besteht zwischen dritten Personen und ist für die Klage eigentlich nicht die materielle Grundlage, sondern eine blosse Thatsache. Das, was wir oben speciell über die Formel der actiones adiect. qualit. gesagt haben, gilt also für die sog. Formel mit subjectiver Umstellung überhaupt.

Wir möchten nur eine Bemerkung hinzufügen. Die allgemein angenommene Benennung dieser Klagen als Klagen mit subjectiver Umstellung ist geeignet, falsche Vorstellungen über die Natur dieser Klagen zu erwecken. Freilich findet diese Bezeichnung einen gewissen Anhalt in den Worten des Gaius selbst, welcher nämlich sagt „intentionem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit“ (IV. 86); es wird aber dadurch nur ein äusseres, praktisches Merkmal erfasst. Eigentlich werden dabei nicht Personen umgetauscht, sondern als Bedingung der condemnatio wird ein zwischen dritten Personen bestehendes Rechtsverhältniss gestellt. Dieses Rechtsverhältniss spielt hier dieselbe Rolle, wie jede andere Thatsache in jeder anderen formula in factum concepta, z. B. die Thatsache „deposuisse“; der Unterschied besteht nur darin, dass die Thatsachen dort mehr factischer Natur, hier mehr juristischer sind. Allein auch dieser Unterschied verschwindet, wenn wir bedenken, dass auch die Thatsachen „deposuisse“ oder „eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse“ keineswegs rein factisch sind.

§ 4.

II. Actiones ficticiae.

1. Actio ficticia des bonor. possessor; die Klage des civilen heres wird nur ope exceptionis ausgeschlossen. — 2. Auch bei der zweiten Klage des bonor. possessor selbst ist die exceptio unentbehrlich. — 3. Verwandtschaft dieser Klagen mit den actiones mit subjectiver Umstellung; formulae Serviana und Rutiliana. — 4. Alle actiones ficticiae sind actiones in factum. — 5. Die actio ficticia wegen verweigerter cautio damni infecti.

---

1. Wir wenden uns nun zu der zweiten streitigen Gruppe der prätorischen Klagen — zu den actiones ficticiae. Wir haben oben gesehen, dass die herrschende Lehre auch diese Klagen für actiones in ius conceptae hält; auch bei ihnen müsse also die processualische Consumtion ipso iure geschehen. Wir wollen nun die herrschende Lehre auch auf diesem Gebiete begleiten; wir wollen uns überzeugen, ob in der That, wie diese Lehre uns angibt, bei den actiones ficticiae die exceptio rei iudicatae supervacua est.

Nehmen wir zu diesem Zwecke eine der wichtigsten actiones ficticiae, deren Formel sicher von allen möglichen „in factum concipirten Zusätzen“ frei ist — die actio ficticia des bonorum possessor:

> Si A^s A^s L. Titio heres esset, tum si pareret N^m N^m A^o A^o sest. X m. dare oportere, N^m N^m A^o A^o condemna, si n. p. a. (Gaius IV. 34).

Wir haben schon oben (§ 1) erwähnt, dass weder von der Kellerschen noch von der Bekkerschen Theorie die ipso iure-Consumtion für unseren Fall gerechtfertigt werden kann, es bleibt also nur die Vermuthung Krügers übrig, dass kein Richter, wenn er dieselbe Formel (mit oder ohne Fiction) zum zweiten Male in die Hände bekäme, zweifeln würde, dass von denselben sest. X m. aus derselben Stipulation u. s. w. die Rede sei, — und dass darum jede exceptio supervacua wäre. Wir werden sofort sehen, dass auch diese Erklärung unzutreffend ist.

Betrachten wir genauer diejenigen Rechtsverhältnisse, welche dadurch entstehen, dass der Prätor die bonorum possessio einer anderen Person, als dem civilen heres, gibt.

Die rechtliche Lage des bonorum possessor fasst Gaius bekanntlich in folgender Weise auf: „quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; ... sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur“ (III. 32). Als praktische Folge dieser Qualität als „loco heredum“ erscheint zuerst die Thatsache, dass der bonorum possessor an den Sachen aus dem Nachlass nicht das Ius Quiritium, sondern nur ein bonitarisches Eigenthum erwirbt („neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt“ — Gaius III. 80). Parallel hiermit wird der bonorum possessor weder civiler Gläubiger aus den erbschaftlichen Forderungen, noch civiler Schuldner aus den erbschaftlichen Obligationen. Gaius drückt das folgendermassen aus: „neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso iure debet aut ipsis debentur“ (III. 81); oder an anderer Stelle: neque id quod defuncti fuit potest (sc. bonorum possessor) intendere „suum esse“ neque id quod ei debebatur potest intendere „dari sibi oportere“ (IV. 34).

So erschöpft also die rechtliche Lage des bonorum possessor nicht Alles, was in dem Rechte des civilen heres enthalten ist: für diesen Letzteren bleibt noch etwas übrig. Dieses „Etwas“ besteht nun im Allgemeinen in seiner Qualität eines civilen Erben; wenn der Prätor heredem facere non potest, so ist es auch umgekehrt: der Prätor kann nicht bewirken, dass der civile Erbe aufhört, ein solcher zu sein; der Prätor kann diese Qualität nur unwirksam, kraftlos, sine effectu, sine re machen. Als praktische Folge dieser Qualität erscheint auch hier zuerst die Thatsache, dass der heres Eigenthümer ex iure Quiritium der Nachlasssachen bleibt; dieses Ius Quiritium hört für ihn nur dann auf, wenn irgend eine civile Thatsache eintritt („si usuceperunt“ ..). Parallel mit diesem nudum ius Quiritium auf die Sachen geht sein nudum ius aus den erbschaftlichen Forderungen: der heres bleibt ipso iure Gläubiger und Schuldner; gemäss den Worten des Gaius kann er ipso iure intendere wie „suum esse“, ebenso auch „dari sibi oportere“ — wiederum bis irgend eine Thatsache eintritt, welche nach ius civile Kraft hat, sein civiles Recht aufzuheben.

Was bedeutet aber dieses „ipso iure potest intendere“ in der Sprache des classischen Rechts? Unzweifelhaft dass der Richter, wenn der heres (G. Seius) in irgend welcher Weise vom Prätor eine Formel bekäme, in welcher stände „si p. N^{m} N^{m} G. Seio sest. X m. dare oportere“, nur mit einem „paret“ in iudicio antworten würde. Wenn der heres ipso iure Eigenthümer bleibt, sogar nachdem der bonorum possessor seine actio ficticia in rem durchgeführt und die Sache in die Hände bekommen hat, so muss Analoges auch in Bezug auf die erbschaftlichen Obligationen gelten. Wenn der Prätor in Bezug auf die actiones in rem des civilen heres zur denegatio actionis oder zu einer exceptio schreiten musste, so kann er auch dessen actio in personam nur durch dieselben Mittel entkräften.

Der Richter wird in der That keinen Augenblick zweifeln, dass von denselben sest. X m. aus derselben Stipulation u. s. w. die Rede ist, aber trotzdem wird er den Beklagten condemniren; denn das „dare sibi oportere“ des heres valet ipso iure, und es ist nicht des Richters Sache, in die Absichten des Prätors einzudringen. Will der Prätor dieses dare oportere ausser Kraft setzen, seine rechtliche Folge — die Condemnation des Beklagten — abwenden, so muss er dem Richter dazu eine besondere Anweisung in Gestalt einer exceptio geben.

2. Gehen wir jetzt einen Schritt weiter und nehmen wir den Fall, dass der bonorum possessor selbst eine zweite actio ficticia de eadem re anstellt. Die Formel dieser zweiten Klage würde (wenn wir die exceptio rei iudicatae nicht annehmen) ganz ebenso lauten, wie die der ersten: „si A^{s} A^{s} L. Titio heres esset, tum si pareret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} sest. X m. dare oportere, condemna“.. Stellen wir uns nun die Lage des Iudex vor, der diese zweite Formel bekommt. Zweifellos konnte er dabei nur in folgender Weise urtheilen: nach dem Befehle des Prätors muss ich den Aulus Agerius so betrachten, als ob er civiler heres des L. Titius, d. h. als ob er z. B. G. Seius wäre; dieser Seius bleibt aber auch jetzt ipso iure berechtigt, er kann auch jetzt ipso iure intendere „dari sibi oportere“; ich weiss freilich, dass Aulus Agerius schon einmal über dieselben X m. aus der Stipulation geklagt hat, jene Klage aber hat für die intentio des civilen heres, d. h. dieses Seius, gar keine Bedeutung; wenn ich also jetzt auf Grund der Formel

den Aulus Agerius als diesen Seius betrachten muss, so kann ich nichts Anderes sagen, als dass seine intentio ipso iure valet, ich muss also den Beklagten condemniren. Wollte der Prätor mich auf die erste Klage de eadem re aufmerksam machen, so musste er das in der einen oder anderen Weise in der Formel selbst ausdrücken. Vielleicht ist das ein Versehen des Prätors — dann ist es jedenfalls nicht meine Sache, dieses Versehen wieder gut zu machen, — vielleicht aber verfolgt der Prätor damit irgend einen besonderen Zweck. — Auf welche andere Weise konnte der Iudex urtheilen, ohne den Befehl des Prätors zu verletzen?

Der bonorum possessor könnte also so oft klagen, wie er wollte; der Richter müsste — ohne exceptio — jedesmal den bonorum possessor als den Seius — den wirklichen civilen heres — betrachten, jedesmal auf die Frage „si pareret“ unvermeidlich mit ja, paret antworten und jedesmal den Beklagten von Neuem condemniren, bis der Letzte ein paar Sesterzen dem heres Seius bezahlte, um diesen zu bewegen, den Act z. B. der acceptilatio zu vollziehen; erst dann wäre der Richter im Stande, auf die Frage „si pareret“ die verneinende Antwort zu geben. Hoffentlich aber war der Prätor nicht so in der jetzt herrschenden Lehre befangen, dass er diesem Missstande nicht mit der exceptio rei iudicatae entgegen getreten wäre.

3. Wenn wir unseren Fall näher betrachten, so finden wir hier genau dieselben Verhältnisse, welche wir in den in den vorigen Paragraphen besprochenen Fällen gesehen haben. Wie dort — also bei den sog. Klagen mit subjectiver Umstellung — die Condemnation des Beklagten von der Existenz einer Obligation zwischen dritten Personen abhängig gemacht wird, ebenso auch hier: die Condemnation zu Gunsten des bonorum possessor wird durch die Existenz der Obligation zwischen dem Beklagten und dem civilen heres bedingt. Freilich wird diese Abhängigkeit in der formula ficticia in anderer Weise ausgedrückt; dadurch wird aber das Wesen der Sache nicht verändert.

Dass beide Fälle einander sehr nahe stehen, zeigt auch folgende Thatsache. Dem bonorum possessor wird von Gaius auch der bonorum emptor immer gleichgestellt; auch dieser

ficto se herede agit (IV. 35); „sed interdum", fügt Gaius unmittelbar hinzu, „et alio modo agere solet. nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam", d. h. er klagt zuweilen auch mit der Formel mit subjectiver Umstellung. So stehen also die beiden Formeln zur Geltendmachung desselben Rechtsverhältnisses neben einander. Natürlich war die erste, fictische Formel — formula Serviana — bei dem Concurse über den erblosen Nachlass am besten am Platze, die formula Rutiliana in allen übrigen Fällen; die Rechtsverhältnisse, welche die beiden Formeln schützen, sind aber in allen Fällen dieselben.

Wir haben oben (§ 1) erwähnt, dass schon Bekker auf diese gegenseitige Verwandtschaft zwischen den Formeln mit subjectiver Umstellung und den formulae ficticiae aufmerksam gemacht hat: er hat nämlich gezeigt, dass alle Formeln mit subjectiver Umstellung mit demselben Erfolg ficticisch — mit der Fiction „si A^s A^s L. Titius esset" — ausgedrückt werden können. Dass Bekker darin unbedingt Recht hat, wird durch die parallele Existenz der formulae Serviana und Rutiliana für die Klage des bonorum emptor vollständig bestätigt.

Aus den vorigen Paragraphen wissen wir, dass die Formula Rutiliana — als eine formula mit subjectiver Umstellung — nicht im Stande ist, das „dare facere oportere" des decoctor aufzuheben, dass alle auf dieses dare facere oportere sich stützenden Klagen nur vermittelst der exceptio rei iudicatae entkräftet werden können. Kann es nun bei der formula Serviana anders sein? Dafür haben wir nicht den geringsten Anhalt in den Quellen: Gaius deutet mit keinem Worte die Möglichkeit irgend eines Unterschiedes in den Wirkungen der einen und der anderen Formel an; wäre ein solcher Unterschied wirklich vorhanden, so hätte ihn Gaius zweifellos erwähnt: wir wollen nur an die Sorgfalt erinnern, mit welcher er an anderen Stellen erläutert, ob die Aufhebung der Obligation ipso iure oder propter exceptionem geschieht.

4. Freilich haben nicht alle actiones ficticiae dieselbe Natur, wie die besprochenen Klagen des bonorum possessor und des bonorum emptor. Diese Klagen setzen die Existenz eines, wenn auch zwischen dritten Personen, so doch wirklich

vorhandenen dare facere oportere voraus. Es gibt aber eine zweite Gruppe von actiones ficticiae, bei welchen nicht ein schon vorhandenes dare facere oportere in seinen Wirkungen auf andere Personen übertragen wird, sondern ein solches dare facere oportere überhaupt erst fingirt werden soll, so z. B. bei der Fiction „si civis esset", „si capite deminutus non esset" etc. Hier ist weder zwischen dritten Personen noch zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein Rechtsverhältniss vorhanden: es ist entweder gar nicht entstanden (wie bei der Fiction „si civis esset") oder schon aufgehoben (wie bei der Fiction „si capite deminutus non esset").

Indessen hat diese Unterscheidung nur die Bedeutung, dass die formulae ficticiae der ersten Gruppe ebenso gut auch mit Umstellung der Subjecte ausgedrückt werden können; die formulae ficticiae der zweiten Gruppe dagegen dazu nicht geeignet waren. Auch die formulae der ersten Gruppe sind nicht minder ficticisch; sie bilden nur einen engeren Kreis, welcher eben die erwähnte Eigenthümlichkeit hat; sie bilden daher das Verbindungsglied zwischen den Fictionen und der Umstellung der Subjecte.

Dass alle actiones ficticiae actiones in factum sind, und eben darum, weil sie ficticiae sind, — das hat, wie wir oben (§ 1) gesehen haben, schon Demelius sehr zutreffend ausgeführt. Er hat vollkommen richtig das Verhältniss zwischen den actiones ficticiae und den actiones in factum im Sinne der herrschenden Theorie charakterisirt: die Fiction ist nur ein Mittel, die Aufzählung der einzelnen Thatsachen zu vermeiden. So bekommen wir schliesslich eine Verkettung von Formelfassungen, die ineinander übergehen: die Fassung mit der Aufzählung der einzelnen Thatsachen dort, wo es möglich und bequem ist, geht in die ficticische Fassung über; diese kann ihrerseits unter Umständen in die Umstellung der Subjecte übergehen. Das letztere hat übrigens Demelius völlig verkannt, indem er die actiones mit subjectiver Umstellung zu den actiones in ius conceptae rechnet. Wäre er mit derselben Logik noch weiter gegangen, so würde er selbst sicher auch in Bezug auf diese letzteren Klagen zu demselben Resultate gelangt sein, wie in Bezug auf die actiones ficticiae. — Als zweite Inconsequenz in der Theorie von Demelius erscheint,

wie wir schon in § 1 erwähnt haben, seine Behauptung, dass die actiones ficticiae, obgleich sie eigentlich in factum sind, in Bezug auf die processualische Consumtion als in ius conceptae angesehen werden müssen, dass also auch bei ihnen die Consumtion ipso iure eintreten soll. Dass das falsch ist, hat die ganze obige Ausführung genügend gezeigt.

Wir könnten noch andere Beispiele der actiones ficticiae nehmen und zeigen, dass die processualische Consumtion überall bei diesen Klagen nicht anders, als propter exceptionem eintreten kann, um dadurch zu dem Schlusse zu gelangen, dass alle actiones ficticiae actiones in factum sind; — indessen ist dieser Umweg für uns glücklicherweise überflüssig: wir haben ein directes Quellenzeugniss, welches der herrschenden Lehre unerklärlich ist, unsere Ansicht aber vollkommen bestätigt.

5. Wenn Jemand sich weigert, cautio damni infecti zu stellen, so ertheilt bekanntlich der Prätor gegen ihn missio in possessionem; lässt jener den missus nicht zu dem Besitze des drohenden Grundstückes zu, so verspricht der Prätor, gegen ihn eine Klage zu geben.

> fr. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2 (Ulpianus): Praetor ait ... in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.

Die hier versprochene Klage wird von den römischen Juristen als actio in factum bezeichnet; so z. B.

> fr. 15 § 36 eod. (Ulpianus): Si quis ex hoc edicto a praetore missus non est admissus, in factum actione uti poterit, ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset[1]).

Die Formel dieser Klage ist uns nun in der lex Rubria cap. 20 vollständig überliefert, freilich mit gewissen Modificationen, welche für die provinzielle Jurisdiction nothwendig sind; die Formel lautet folgendermassen:

---

[1]) Vgl. noch fr. 17 § 3 eod. (Ulpianus), fr. 18 § 13 und § 15 eod. (Paulus), fr. 4 § 2 D. ne vis fiat. 43. 4 (Ulpianus).

„Iudex esto. Si, antequam id iudicium ... factum est, Q. Licinius damni infecti eo nomine .. ea stipulatione quam is, qui Romae inter peregrinos ius dicet in albo propositam habet, L. Seio satisdedisset (repromisisset), tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat HS eius iudex Q. Licinium L. Seio, si ex decreto IIviri, IVviri praefective Mutinensis, quod eius is IIvir, IVvir praefectusve ex lege Rubria, sive id plebiscitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine q. d. r. a. L. Seio damni infecti satisdare (repromittere) noluit, condemnato, s. n. p. a.“[1]).

Wir haben hier also eine formula ficticia (mit der Fiction der geschehenen Cautio) mit einer — nach der herrschenden Lehre — ganz technischen intentio iuris civilis auf quidquid dare facere oporteret ex fide bona. Wie ist nun diese Fassung der Formel mit der Bezeichnung der Klage als actio in factum zu vereinigen?

Zuerst könnte man zweifeln, ob die so bezeichnete Klage mit der Klage, deren Formel in der lex Rubria überliefert ist, identisch ist[2]). Dieser an sich schon schwache Zweifel wird aber durch die folgende Quellenstelle, welche sich noch dazu unmittelbar auf die provinzielle Jurisdiction bezieht, direct widerlegt:

fr. 4 § 2 D. damn. inf. 39. 2 (Ulpianus): An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est.

Hier wird die Klage, deren Formel in der lex Rubria überliefert ist, erstens direct actio in factum genannt, und zweitens mit der Klage, welche der Prätor selbst gibt, identificirt. Aber auch ausserdem sprechen die römischen Juristen, indem sie diese actio in factum erörtern, wiederholt aus, dass ihre intentio dahin gehe, „ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset“; diese Worte

---

[1]) Die gesperrt gedruckten Worte bilden das Gerippe der Formel. — [2]) So z. B. Bekker, Aktionen II S. 110 Anm. 9.

können unzweifelhaft nur auf eine formula ficticia hinweisen. — Und in der That nimmt die herrschende Lehre eine solche an, und in der Gestalt im Allgemeinen, wie sie in der lex Rubria steht[1]). Wie aber will die herrschende Lehre die Bezeichnung actio in factum erklären?

Zuerst hat Huschke[2]) eine solche Erklärung zu geben versucht. Indem er die Formel in der lex Rubria interpretirt, hält er sich an die Worte „quicquid ... dare facere oporteret" und sagt: „Können wir diese Worte die intentio der Formel und die ganze Formel selbst eine utilis actio nennen? Keines von Beiden: wenn man auch die Klage, d. h. die Litiscontestatio mit Recht eine auf den Fall der Verweigerung ausgedehnte Verpflichtung nennen würde. Aber die Formel ist in factum concepta, wie die römischen Juristen auch die ähnliche aus dem Edict des praetor urbanus so oft nennen, und ohne eine auch nur durch Fiction bewirkte iuris intentio. Um sich nämlich nicht zu verwirren, beachte man wohl, dass die eigentliche facti intentio (wenn man das, wovon die condemnatio abhängt, so nennen darf) in dieser Formel in den zunächst vor der condemnatio stehenden oder vielmehr in diese eingeflochtenen Worten „si ex decreto ... repromittere noluit" enthalten ist, alles Vorhergehende aber bis zu den Worten „eius iudex" nur bezweckt, den Richter zu instruieren, auf wieviel er verurtheilen soll." Dasselbe wiederholt auch Bethmann-Hollweg, indem er sagt (vgl. § 1), dass die thatsächliche Behauptung des Klägers — in unserer Formel also „si ex decreto .. repromittere noluit" — „wirkliche intentio der prätorischen actio utilis" sei.

Indessen erscheint diese Erklärung bei näherer Betrachtung nicht zutreffend. Huschke meint, dass die Worte „quidquid ... dare facere oporteret" nicht die Bedingung der condemnatio bilden, sondern nur die Bestimmung haben, den Richter zu instruieren, auf wieviel er verurtheilen soll. Nehmen wir aber z. B. die Formel: „Ea res agatur, quod A° A° de N° N° incertum stipulatus est; quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet, condemna"; auch in Bezug auf

---

[1]) Vgl. Keller, Civilprocess § 31 Note 344; Bethmann-Hollweg, Civilprocess II S. 735 Note 42; Lenel, Edict S. 300. — [2]) Gaius, Beiträge zur Kritik u. s. w., 1855, S. 226—227, vgl. S. 238.

diese Formel könnte man mit ebensoviel Recht behaupten, dass die eigentliche intentio — d. h. das, wovon die condemnatio abhängt — nicht die Worte „quidquid dare facere oportet“ bilden, sondern die Thatsache der Stipulation; dass diese Worte dagegen nur bezwecken, den Richter zu instruieren, auf wieviel er verurtheilen soll. — Zweitens aber haben diese Worte in der Formel der lex Rubria eine weit tiefere Bedeutung, als die der Bestimmung der Condemnationssumme; von ihnen hängt nicht nur die Frage ab, auf wieviel der Richter verurtheilen soll, sondern auch die Frage, ob er überhaupt verurtheilen soll. Wäre der jetzige Beklagte dem Befehle des Prätors gefolgt und hätte er die cautio damni infecti gestellt, so würde er später doch nicht unbedingt condemnirt werden müssen. Der Richter hätte noch viele andere Umstände berücksichtigen müssen, z. B. ob das drohende Gebäude wirklich vitio loci, aedium, operis, und nicht in Folge eigener Culpa des Klägers eingestürzt ist. Alle diese Umstände waren in den Worten der Formel „quidquid ... dare facere oportet“ einbegriffen; dadurch werden diese Worte in der That Bedingung der Condemnatio. Indem nun der Prätor für den Fall der Verweigerung, cautio zu stellen, actio ficticia gibt, hat er die Absicht, den Kläger nur in dieselbe Lage zu setzen, in welcher er sich befunden hätte, wenn die Caution geleistet worden wäre. Auch hier müssen dieselben Umstände berücksichtigt werden; nicht nur von der Thatsache „si ex decreto .. repromittere noluit“ hängt die Condemnatio ab, sondern auch von jenen in den Worten „quidquid ... dare facere oporteret“ inbegriffenen Thatsachen. Auch hier haben also diese Worte dieselbe Bedeutung — der Bedingung der Condemnatio; auch hier müssen sie als intentio formulae angesehen werden, nicht minder, als in allen anderen Formeln, in welchen sie vorkommen.

Und in der That verzichtet Krüger auf die Erklärung; er erkennt an, dass die Worte „quidquid u. s. w.“ wirklich die intentio der Formel bilden, und will die Frage anders erledigen. Er sagt: „Es ist ... ein ungewöhnlicher Sprachgebrauch, wenn z. B. die actio ex stipulatu mit der Fiction der Cautio damni infecti von Ulpian actio in factum genannt wird ..., der sich daraus erklärt, dass sie gleichzeitig auf das

Verweigern der Caution oder auf Nichtachtung der Missio, als Bedingung gestellt ist. Derselbe Grund wird die Benennung der actiones praescriptis verbis als in factum veranlasst haben“[1]). In seiner gegen Bethmann-Hollweg gerichteten Recension[2]) drückt er sich so aus: Hier wird „von actio in factum nur in uneigentlichem Sinne gesprochen ... wegen der vielen Clauseln, welche auf das thatsächliche Verhältniss Bezug nehmen. Wem dies bedenklich erscheint, der sehe nur auf die actiones praescriptis verbis, deren Bezeichnung als actiones in factum gewiss nicht in dem von Gaius in unserm Gegensatz gemeinten Sinn verstanden wird, da sie ja ohne irgend eine Fiction eine intentio auf quidquid dare facere oportet ex fide bona haben und demgemäss auch civiles genannt werden.“

Ein solcher Rückzug auf „einen ungewöhnlichen Sprachgebrauch“ Ulpians (ausser Ulpian spricht ebenso ungewöhnlich noch Paulus — vgl. fr. 18 § 13 und § 15 D. h. t.) ist selbstverständlich keine befriedigende Erklärung; es ist vielmehr der Verzicht darauf, eine solche zu finden. Dass diese Benennung kein ungewöhnlicher, sondern sogar ein nothwendiger Sprachgebrauch ist, zeigt schon die Thatsache, dass die Juristen die Qualität der Klage als actio in factum besonders betonen: „actio ista, quae in factum est“ — sagt z. B. fr. 17 § 3 D. h. t. — Der Hinweis auf die actiones praescriptis verbis hilft auch nichts. Ueber die Bezeichnung dieser Klagen als actiones in factum civiles werden wir im nächsten Paragraphen sprechen; hier ist nur Folgendes zu bemerken: sogar nach der herrschenden Theorie soll die Bezeichnung der actiones praescriptis verbis als actiones in factum civiles dadurch veranlasst worden sein, dass sie keine stehenden Formeln hatten, und dass ihre Formeln nach Bedürfniss und Beschaffenheit des concreten Falles jedesmal neu gebildet wurden. Dieses eben aber finden wir bei unserer actio ficticia nicht.

Zweifellos wird sich die herrschende Lehre vergeblich bemühen, irgend eine befriedigende Erklärung dieser unstreitigen Thatsache zu finden. Für die herrschende Lehre

---

[1]) Processual. Consumtion § 7 Anm. 11. — [2]) Ztschr. f. R.-G. VII. S. 218.

wird diese Thatsache immer ein Räthsel bleiben, wie alle diejenigen Räthsel, welche wir in jedem von den vorigen Paragraphen angetroffen haben.

---

§ 5.

III. Actiones in factum civiles (praescr. verbis).

1. Vorbemerkung. — 2. fr. 5 § 2 D. de pr. v. (19. 5) und fr. 7 § 2 D. de pact. (2. 14): der Ausdruck „a. in factum civiles" enhält eine contradictio in adiecto. — Zwei Ansichten der classischen Zeit über die sog. Innominatverträge. — 4. Vereinigungsabsicht der Compilatoren. — 5. Interpolation „id est praescr. verbis" und die daraus hervorleuchtende Tendenz der Compilatoren. — 6. Interpolation der Bezeichnung der Klage als civilis und die daraus entspringenden Absurditäten. — 7. fr. 1 § 1 und fr. 1 § 2 D. de pr. v.; fr. 17 § 2 eod. — 8. Schluss.

---

1. Auf Grund der vorigen Untersuchung sind wir zu der Ueberzeugung gelangt, dass alle prätorischen Klagen actiones in factum conceptae sind. Doch gibt es, sagt uns die herrschende Lehre, noch eine andere Kategorie der actiones in factum — namentlich die actiones in factum civiles. Savigny, welcher, wie wir gesehen haben, im Principe anerkennt, dass der Gegensatz zwischen den actiones in ius und den in factum conceptae mit dem Gegensatze zwischen den actiones civiles und den actiones praetoriae zusammenfällt, fügt hinzu: „Von der hier behaupteten Identität der actio in factum mit der formula in factum concepta muss jedoch Eine entschiedene Ausnahme behauptet werden. Aus den Contracten, die von den Neueren Innominatcontracte genannt zu werden pflegen, entspringen unstreitig Civilklagen, und diese führen, mit ganz willkührlicher Abwechslung, die ihnen allen gemeinschaftlichen Namen: actio praescriptis verbis und in factum civilis ... Der Name in factum erklärt sich aus der ausführlichen Erzählung der Thatsachen, wodurch diese Art der Klagen mit den formulae in factum conceptae Aehnlichkeit hatte, und zwar insbesondere mit denjenigen unter ihnen, welche nicht schon im Edict speciell aufgestellt waren, sondern für das Bedürfniss vorkommender Fälle jedesmal neu erfunden

wurden“[1]). — Diese Erklärung von Savigny wurde in die herrschende Lehre ohne Veränderung aufgenommen und wird jetzt immer wiederholt, sobald die Frage nach den actiones praescriptis verbis oder in factum civiles entsteht[2]).

Die herrschende Lehre wird also gezwungen, um die Erklärung für die Bezeichnung „actio in factum civilis“ zu gewinnen, ihren Gesichtspunkt zu wechseln: sie darf nicht mehr auf die intentio der Formel sehen, sondern nur auf das, was vor der intentio steht. Indessen wäre es vielleicht besser, jene Bezeichnung selbst vorher zu prüfen, um zu erkennen, ob eine solche Aenderung der Gesichtspunkte überhaupt von Nöthen ist, ob überhaupt die Erscheinung existirt, für welche wir eine Erklärung suchen.

Was die Quellen betrifft, welche diese Benennung „actio in factum civilis“ enthalten, so müssen wir zunächst feststellen, dass es im ganzen Corpus Iuris nur drei (oder eigentlich zwei) solcher Quellenstellen gibt, und zwar fr. 1 § 1 und § 2 und fr. 5 § 2 D. de pr. verb. 19. 5. Wir sehen, dass sie alle aus demselben Titel stammen, und fast unmittelbar aufeinander folgen. Dann verschwindet aber dieser Name ganz und gar aus dem Corpus iuris. Es ist nun allgemein anerkannt, dass eben dieser Titel „de praescriptis verbis et in factum actionibus“ der Gegenstand besonders intensiver Arbeit seitens der Compilatoren gewesen ist; die heutige Wissenschaft hat nicht wenig Kraft und Mühe darauf verwendet, um in diesem Titel die gute Saat von dem Unkraut zu scheiden. Doch seltsam genug: Niemand hat an dem Namen „actio in factum civilis“ zu rühren gewagt: die schon von Savigny gegebene Erklärung schien so schön, dass selbst das kritische Denken dadurch bezaubert wurde. Es bedarf indessen nur eines Blickes, um sich zu überzeugen, dass die Erscheinung, welche wir so schön zu erklären wissen, nichts Reales, sondern nur ein Schatten ist.

2. Die eine Stelle, in welcher wir den Namen „actio in factum civilis“ finden, ist

fr. 5 § 2 D. de pr. v. 19. 5 (Paulus): .... sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manu-

[1]) Savigny, System V. 96—97. — [2]) Vgl. z. B. Keller, Civilprocess § 42; Bekker, Aktionen II. 140—141 (s. oben § 1 S. 29 ff.).

misisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.

Nach diesem Berichte des Paulus soll Julian in dem betreffenden Falle eine actio in factum civilis gegeben haben, d. h. eine civile Klage mit der intentio auf „quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona". Der Meinung von Julian scheint auch Paulus selbst zuzustimmen. Indessen wird im Schlussparagraphen desselben fünften Fragments folgende Entscheidung unseres Falles von demselben Paulus ausgesprochen:

§ 5. ... et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi. an deducendum est, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari.

In Bezug auf diese Entscheidung bemerkt mit vollem Recht Gradenwitz[1]), dass sie allen vorhergehenden Ausführungen des Fragments und unseren Erwartungen von der actio civilis auffallend widerspricht. „Es ist nämlich", sagt er, „nicht das positive Interesse auf Leistung, welches in die Klage kommt, sondern das negative Interesse auf Zurückführung in den früheren Zustand." Daraus schliesst Gradenwitz, dass die actio in factum civilis oder praescriptis verbis, von welcher in diesem Fragmente gesprochen wird, nichts Anderes sei, als die condictio incerti: „daher erreicht", schliesst er, „mit der sogenannten actio praescriptis verbis der Kläger hier nicht mehr, als er nach den Grundsätzen der condictio haben würde".

Dieser Schluss scheint uns aber unbegreiflich. Auf welche Weise können in unserem Falle („dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est") die Grundsätze der condictio angewendet werden? Condictio geht auf Rückgabe der Bereicherung, nicht aber auf Ersatz des negativen Interesses. Was ist hier aus dem Vermögen desjenigen, welcher seinen Sclaven freigelassen hat, in das Vermögen des anderen Contrahenten übergegangen? Jedenfalls nicht der freigelassene Sclave, und doch muss nach

---

[1]) Interpolationen S. 134 f.

der Entscheidung der Werth gerade dieses Sclaven ersetzt werden!

Welche Klage dabei Julian und nach ihm Paulus meint, wenn er seine Entscheidung abgibt, darauf antwortet fr. 7 § 2 D. de pactis 2. 14 (Ulpianus):

> Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio.

Worin besteht nun der Unterschied zwischen der Meinung Julians und der Mauricians? Zweifellos darin, dass der Erste in dem betreffenden Falle nur die prätorische actio in factum, der Zweite dagegen die civile Klage mit der intentio auf quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona für möglich hält. Hätte auch Julian irgend eine civile Klage — etwa die actio in factum civilis der herrschenden Lehre — im Sinne gehabt, so würde er sich diese Klage nicht anders vorgestellt haben, denn als actio incerti mit derselben intentio „quidquid“ etc. Andererseits ist auch die actio civilis incerti des Mauricianus nur mit der der intentio vorangehenden demonstratio oder praescriptio denkbar, — also auch in Gestalt der actio in factum civilis der herrschenden Lehre. Hiernach wäre also kein Streit zwischen beiden möglich. Sind aber die Meinungen der beiden Juristen als Gegensätze aufgeführt, so muss Julian an eine prätorische Klage mit deren gewöhnlicher condemnatio auf quanti ea res est gedacht haben.

Mit dieser condemnatio stimmt die von Paulus in fr. 5 § 5 de pr. v. gegebene Entscheidung unseres Falles vollkommen überein; nur bei dieser condemnatio ist die Geltendmachung des negativen Interesses möglich.

Wenn also in dem fr. 7 § 2 de pactis unter der actio in factum ohne Weiteres die prätorische Klage mit dieser con-

demnatio verstanden ist, und wenn diese Klage als Gegensatz der actio civilis hingestellt ist, so erscheint die Zusammensetzung „actio in factum civilis“ als eine widersinnige contradictio in adiecto, welche alle Vorstellungen der classischen Juristen auf den Kopf stellt. Und wenn in der That eine solche contradictio im fr. 5 § 2 de pr. v. vorkommt, so lässt sich dieses nicht anders erklären, als durch die Arbeit der Compilatoren, welche das Wort „civilis“ hineingeschoben haben.

Das war übrigens schon seit Cujacius[1]) anerkannt, und es wäre überflüssig, diese Beweise noch einmal vorzuführen, wenn wir nicht glaubten, darin schon gewisse Lichtstrahlen erblicken zu können, welche die ganze Arbeit der Compilatoren auf dem Felde der sog. actiones praescriptis verbis in richtiger Beleuchtung erscheinen lassen.

3. Wie wir aus dem fr. 7 § 2 de pactis sehen, waren die Ansichten der classischen Juristen in Betreff der Fälle der sog. Innominatverträge getheilt[2]). Die Einen erkannten in diesen Fällen einen Vertrag an, aus welchem eine civile Obligation entspringt. Die Anderen stellten sich auf einen entgegengesetzten Standpunkt: für sie lag hier kein verbindlicher Vertrag vor, sondern bloss eine Thatsache, aus welcher für eine der dabei betheiligten Personen ein Schaden erwachsen ist. Da nun aus der blossen Thatsache an sich kein civiles dare facere oportere entstehen kann, so konnte hier, wenn es billig erschien, nur der Prätor mit seiner actio in factum helfen. Der Grund der Haftung des zweiten Contrahenten liegt, nach dieser Auffassung, nicht in seinem Versprechen, etwas zu leisten, sondern darin, dass er den Schaden verursacht hat. Seine subjective Beziehung zu diesem Schaden kann unter gewissen Umständen einen besonders acuten Charakter annehmen, den Charakter eines Betruges, welcher auch zur actio doli führen konnte. So ist es ganz begreiflich, wenn Julian sagt: „si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, si ignorans, in factum“.

Der Unterschied in der juristischen Qualification dieser Verträge zog auch wichtige praktische Unterschiede nach sich.

---

[1]) Vgl. Pernice, Parerga III S. 255 Anm. 4. — [2]) ibid. S. 248 ff.

Vom Standpunkte derjenigen, welche hier einen Vertrag, ein *συνάλλαγμα* annahmen, entsteht für den Mitcontrahenten die Pflicht, den Vertrag auch seinerseits zu erfüllen, oder das Interesse dieser Erfüllung — also das positive Interesse — zu ersetzen. Wenn wir unser Beispiel nehmen, so geht die Verpflichtung der Gegenpartei auf den Werth des evincirten Stichus und eventuell auf das Interesse, dass er nicht evincirt worden wäre. Anders verhält es sich vom Standpunkte der Schadenstheorie aus. Der Schade desjenigen Contrahenten, welcher den Vertrag seinerseits erfüllt hat, besteht darin, dass er im Vertrauen auf das Wort des Mitcontrahenten seinen Sclaven Pamphilus freigelassen hat; soll ihm jetzt sein Schade ersetzt werden, so hat der Mitcontrahent den Werth dieses Sclaven Pamphilus in erster Linie zu prästiren und eventuell das Interesse, dass der Sclave nicht freigelassen worden wäre. Wenn im ersteren Falle die Ersatzpflicht auf das Interesse „Stichum habere“ geht, so richtet sie sich im zweiten auf das Interesse „Pamphilum amissum non esse.“ Selbstverständlich brauchen diese beiden Interessen nicht gleich hoch zu sein: im ersteren Falle kann der gegebene Stichus weniger werth sein, als der freigelassene Pamphilus; der Contrahent würde dann vorziehen, den Werth des zweiten zurückzuerlangen, — doch ist dieses für ihn nicht zulässig; umgekehrt darf der Contrahent nach der Schadenstheorie jedenfalls nur den Werth des Pamphilus fordern, obgleich er es eventuell vorziehen würde, den Werth des Stichus zu erhalten.

Die Klagen, welche dem Contrahenten zu diesen Zwecken dienen, sind: nach der Vertragstheorie — actio civilis incerti (id est praescriptis verbis; ob auch hier diese Worte eingeschoben sind, mag dahingestellt bleiben); nach der Schadenstheorie — actio in factum (prätorische Klage).

Neben diesen beiden Mitteln steht dem Contrahenten, der seine Pflicht erfüllt hat, natürlich noch die Condictio incerti zu Gebote, die civile Klage mit der intentio auf quidquid dare facere oportet, aber ohne den Zusatz „ex fide bona“, wodurch sich diese Klage von der erwähnten actio civilis incerti unterscheidet. Allein die condictio war erstens nicht immer möglich, wie wir dies an unserem Beispiele sehen, zweitens aber auch dort, wo sie an sich zulässig war, oft

nicht im Stande, das ganze Interesse des Klägers (das positive oder negative) zu decken: sie ging immer nur auf Rückgabe der übergebenen Valuta. Daher hatten beide erwähnten Klagen, actio civilis incerti und actio in factum, das volle Recht auf Existenz.

4. Um diese zwei Strömungen herum gruppirten sich die classischen Juristen. Wie sie sich dabei vertheilten, welche zu der einen, welche zu der anderen Strömung gehörten, das zu wissen wäre — sogar für das Verständniss der Quellen — nicht unwichtig; dies ist uns aber durch die Compilatoren im höchsten Masse erschwert: wir werden später Beispiele finden, dass sie manchem Juristen gerade das Gegentheil dessen in den Mund gelegt haben, was dieser in der That gesagt hatte. Für uns ist übrigens von Wichtigkeit bloss festzustellen, dass ein solcher Gegensatz in den Meinungen der classischen Juristen bestanden hat.

Man kann nun mit Sicherheit behaupten, dass von diesen beiden Richtungen diejenige, welche in den Fällen unserer Kategorie einen Vertrag anerkannte, jünger ist, als die Schadenstheorie. Das kann man schon aus dem fr. 7 § 2 cit. schliessen, weil hier die Vertragstheorie auf den Aristo zurückgeführt wird, wobei seine Meinung als Neuerung betrachtet wird. Das versteht sich auch von selbst, denn die Anerkennung eines klagbaren Vertrags in den Geschäften unserer Art ist unzweifelhaft ein Fortschritt im Rechte im Vergleich zu der Schadensauffassung. Man hätte daher schon im Voraus sagen können, dass der Vertragstheorie auf dem Gebiete der sog. Innominatverträge die Zukunft gehören würde. Wir sind leider, wie es scheint, nicht im Stande, die weitere Entwickelung zu verfolgen und festzustellen, wie es um die Sache zur Zeit der Compilatoren bestellt war: vielleicht war — wenigstens in der Praxis — bereits eine gewisse Einigung erzielt.

Allerdings aber fanden die Compilatoren, als sie an ihre Arbeit — einen für die Zukunft geltenden Codex zu schaffen — gingen und sich dabei zu den Abhandlungen der classischen Juristen wandten, in diesen die erwähnte Meinungsverschiedenheit vor. Nun entstand für sie die Aufgabe, diese Verschiedenheit auszugleichen: sie mussten diesen

oder jenen Standpunkt ein für alle Mal wählen und den erwählten in allen Entscheidungen consequent durchführen.

Halten wir dieses Problem, das die Compilatoren zu lösen hatten, fest, so wird uns Vieles in ihrer Bearbeitung leicht erklärlich.

5. Wie wir gesehen haben, wird in dem fr. 7 § 2 cit. der Zusatz „id est praescriptis verbis“ zu der actio civilis incerti hinzugefügt. Vergleichen wir jetzt z. B. fr. 13 § 1 D. de pr. v. (Ulpianus): hier werden verschiedene Verträge, welche zu den sog. Innominatverträgen gehören, behandelt, und schliesslich wird die Meinung Julians darüber mitgetheilt:

> „in factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis verbis.“

So wird also derselbe Zusatz mit ganz verschiedenen Klagen verbunden. Wollen wir den Compilatoren nicht vollkommenen Mangel an Verständniss zumuthen (was auch unrichtig wäre: unten werden wir Beispiele ihrer bewussten Thätigkeit sehen), so tritt ihre Vereinigungsabsicht hier deutlich zu Tage. Durch diesen Zusatz lassen sie als ihren Willen erkennen, dass diese beiden Klagen, actio civilis incerti und actio in factum, gleichbedeutend sein sollten. Freilich ist das Mittel, das sie dafür gewählt haben — die einfache Hinzufügung „id est praescriptis verbis“ — gar zu einfach; augenscheinlich aber haben die Compilatoren auch dieses Mittel in gewissen Fällen für vollständig genügend gehalten.

Es stellt sich aber noch Weiteres aus diesem Zusatze heraus: es lässt sich nämlich die Richtung erkennen, in welcher die Compilatoren ihre Ausgleichungsaufgabe zu lösen unternommen haben.

Wenn auch die „actio praescriptis verbis“ in der Sprache der classischen Juristen unmöglich war[1]), so kannten sie jedenfalls ein „praescriptis verbis agere“. Was für eine Klage verstand man nun unter diesem Ausdrucke?

Man kann a priori mit Sicherheit behaupten, dass darunter nur eine civile Klage mit der intentio auf quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona und mit einer voraus-

---

[1]) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen S. 124.

gehenden mehr oder minder ausführlichen demonstratio oder praescriptio begriffen wurde. Nur bei solcher Klage war der Ausdruck „praescriptis verbis agere" am Platze, da er diese Klage gegen andere Klagen mit derselben intentio (also a. emti — venditi, locati — conducti etc.) individualisirte. Und in der That können wir auf Grund einiger angeblich unverdächtiger Stellen schliessen, dass das „praescriptis verbis agere" mit der „civilis incerti actio" identisch ist. So z. B.

fr. 8 D. de pr. v. (i. f.) Papinianus: ... dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

fr. 7 D. eod. Idem: Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

In der letzten Stelle ist natürlich von dem Vertragsinteresse, von dem positiven Interesse die Rede: so ist also praescriptis verbis agere = intentione civili agere[1]).

Wenn nun die Compilatoren diesen Zusatz „id est praescriptis verbis" als Ausgleichungsmittel gebrauchen, so kann man daraus schliessen, dass sie ihre Ausgleichungsaufgabe eben in der Richtung der civilen Klage und der Vertragsauffassung gelöst haben wollten.

Dasselbe Mittel zur Erreichung dieses Ziels — d. h. die einfache Hinzufügung der Worte „id est praescriptis verbis" — gebrauchen die Compilatoren noch in einigen anderen Stellen des Titels de praescriptis verbis et in factum actionibus; vgl. fr. 22 (Gaius — „in factum dandum est iudicium, id est pr. v."), fr. 24 (Africanus, d. h. bekanntlich Iulianus — „quare tutius est praescriptis verbis in factum actionem dari").

6. Diese Tendenz der Compilatoren hat auch die Interpolirung des Wortes „civilis" in dem fr. 5 § 2 de pr. v. ver-

---

[1]) Vgl. noch fr. 13 § 2 D. commod. 13. 6 (Pomponius), fr. 50 D. contr. emt. 18. 1 (Ulpianus—Labeo).

anlasst: das war ein zweites, ebenso einfaches und ebenso ungehobeltes Mittel zur Ausgleichung. Es schien ihnen genügend, dieses Wort hinzuzufügen, um die Klage in ihr Gegentheil zu verändern. Es ist dabei von ihnen nicht bemerkt worden, dass dadurch diese Stelle in Widerspruch mit den anderen gesetzt wird, dass selbst die einige Zeilen später gegebene Entscheidung des Falles mit diesem Zusatze nicht im Einklang steht. Das ist aber noch nicht Alles: sie haben nicht bemerkt, dass durch diesen Zusatz dem Juristen ein Nonsens in den Mund gelegt und in das geltende Recht hineingetragen wird.

Si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.

Das soll also nach dem Willen der Compilatoren geltendes Recht werden. Betrachten wir diese Regel näher. Actio de dolo geht bekanntlich auf Schadensersatz, in unserem Beispiele also auf das Interesse „Pamphilum amissum non esse“. Die actio in factum civilis soll dagegen — nach der Absicht der Compilatoren — auf das Vertragsinteresse, d. h. auf das Interesse „Stichum habere“ gehen. Man kann sich nun leicht Fälle vorstellen, in welchen das zweite Interesse höher als das erste ist; ja noch mehr: in der überwiegenden Mehrheit der Fälle — in normalen Fällen — ist es immer so: denn ich werde meinen Sclaven gewöhnlich nur unter der Bedingung freilassen, wenn ich einen etwas werthvolleren bekomme, z. B. für einen Sclaven, der 100 werth ist, werde ich einen anderen fordern, der 120 kostet. Ist jetzt der gegebene evincirt, so komme ich unter die von den Compilatoren geschaffene Regel, und was geschieht nun? Der dolose Contrahent haftet nur auf 100, der ignorans dagegen auf 120! Das ist aber eine juristische Absurdität, die für das juristische Denken und praktische Gefühl des classischen Juristen unmöglich ist. Die Gerichte hätten bei der Geltung dieser Regel das Schauspiel einer für den gesunden Menschenverstand unerklärlichen gegenseitigen Nachgiebigkeit der Parteien: der Kläger würde versichern, sein Gegner sei ein sehr ehrlicher Mann, der Beklagte würde dagegen von sich aussagen, er sei ein doloser Schwindler!

Dieselbe Absurdität kommt mindestens noch einmal vor, wobei die Compilatoren nicht mehr so naiv handeln, wie im

fr. 5 § 2: die Rede ist nicht mehr von einfacher Hinzufügung des Wortes „civilis“, sondern von der vollständigen Veränderung eines ganzen Satzes in sein Gegentheil.

fr. 15 D. de pr. v. (Ulpianus): Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem. quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.

Dass hier „id est praescriptis verbis“ interpolirt ist, kann man kaum bezweifeln; aber selbst wenn wir dieses Einschiebsel entfernen, haben wir trotzdem dieselbe Absurdität, wie im fr. 5 § 2. Wenn wir erstens anerkennen, dass das Geschäft „habet in se negotium aliquod“, und dass in Folge dessen „civilis actio oriri potest“, so ist die actio doli überflüssig, wie bei anderen negotia — Kauf, Commodat u. s. w. Wenn zweitens Ulpian für den Fall, dass seitens des Eigenthümers des Sclaven irgend ein dolus vorhanden ist, actio doli gibt, für andere Fälle aber eine civilis actio, so entsteht dieselbe Inconsequenz: der dolose Eigenthümer braucht nur die Kosten zu ersetzen, der gutgläubige dagegen soll die versprochene Summe zahlen, die selbstverständlich in der Regel mehr beträgt. Wahrscheinlich meinte Ulpian gerade das Gegentheil: „ex nudo pacto actionem non oriri“, was die Compilatoren veranlasst hat dagegen zu argumentiren: „et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri“ etc.; dann aber machte der Jurist die selbstverständliche Ausnahme für den Fall des dolus, wo die actio doli entstehen konnte.

Die an sich hohe Wahrscheinlichkeit dieser Vermuthung wird noch durch folgende Erwägung bestätigt. Wenn derjenige, welcher den Sclaven anzugeben versprochen hat, sein Versprechen in der That erfüllt hat, so haben wir einen Realvertrag nach dem Schema „facio ut des“: er hat geleistet, damit ihm etwas gegeben werde. Vergleichen wir nun:

fr. 5 § 3 D. de pr. v. (Paulus): Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur,

so finden wir unsere Vermuthung geradezu realisirt.

7. Es bleibt uns noch übrig, den Anfang des Titels, wo der Ausdruck „actio in factum civilis“ zweimal vorkommt, zu betrachten.

fr. 1 (Papinianus l. 8° quaest.): Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam. — § 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. — § 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio,

fr. 2 (Celsus): (nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est),

fr. 3 (Iulianus): in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.

Den allgemeinen Werth dieser Einleitungsstellen hat Pernice[1]) richtig erkannt: „Die ersten vier Fragmente sind nicht bloss zusammengestückt, um eine Einleitung zu gewinnen .., sondern sie sind auch in der bestimmten Absicht ineinandergeschoben und interpolirt, um die drei Ausdrücke a. in factum, praescriptis verbis agere und a. in factum civilis gleichbedeutend erscheinen zu lassen.“ In der That wird im Anfang von der

[1]) Parerga III S. 253.

actio in factum, am Schluss von dem praescriptis verbis agere gesprochen, und in der Mitte als Brücke zwischen diesen beiden erscheint die actio in factum civilis. Damit ist die Absicht der Compilatoren, auf dem Gebiete der sog. Innominatverträge eine Ausgleichung zu erzielen, welche wir bis jetzt nur an einzelnen Stellen bemerken konnten, schon in der Einleitung selbst ganz deutlich ausgesprochen. Die Compilatoren schreiten dabei sofort zur Arbeit, indem sie die erwähnte Brücke bauen, die actio in factum civilis schaffen — einen Ausdruck, welcher dem Papinianus selbst unstreitig nur als contradictio in adiecto erschienen wäre.

Nach allem Gesagten möchten wir im Besonderen nur noch auf Folgendes aufmerksam machen:

Erstens: im § 2 des fr. 1 wird von der actio civilis gesprochen; nach den in Klammern eingeschlossenen Worten von Celsus (fr. 2) folgt (fr. 3) die Erläuterung dieser actio in factum civilis im Sinne der Compilatoren, und diese Erläuterung soll Julian gegeben haben, derselbe Julian, welchem der Ausdruck „a. in f. civilis“ im fr. 5 § 2 in den Mund gelegt wird!

Zweitens: in dem Falle, welcher in dem § 2 behandelt wird, soll also Papinian eine actio in factum civilis geben wollen. Das Citat soll aus dem 8. Buche seiner quaestiones herrühren. Vergleichen wir nun

> fr. 17 § 2 eod. Ulpianus: Papinianus libro octavo quaestionum scripsit: si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere.

Es ist klar, dass der Fall, um welchen es sich hier handelt, derselbe ist, wie im fr. 1 § 2: in dieser Stelle wird nur eine Species des Falles behandelt[1]). Die Klage, welche hier gegeben wird, soll actio praescriptis verbis sein. Dass diese Klagenbezeichnung interpolirt ist, kann nicht bezweifelt werden[2]);

---

[1]) Vgl. fr. 10 § 1 D. commod. 13. 6 (Ulpianus): Si rem inspectori dedi ... et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere ... — [2]) Vgl. Gradenwitz, Interpol. S. 136—137, welcher übrigens, nach unserer Meinung, zu weit geht, wenn er dieses ganze Stück des fr. 17 § 2 für eingeschoben hält.

welche Klage aber hat dabei Papinian wirklich gemeint? Etwa die actio in factum civilis, wie es im fr. 1 § 2 heisst?

Wenn wir das annehmen, so müsste Papinian jedenfalls eine civile Klage, d. h. eine Klage aus dem Vertrag auf dessen Erfüllung gegeben haben. Nach der Entscheidung soll aber diese Vertragsklage nur dann (ita demum) Platz greifen, wenn derjenige, welcher die Sache übergeben hat, nicht weiss, dass sich die Sache bei seinem Contrahenten, dem Empfänger, befindet. Weiss er das, so soll er zu den anderen Klagen schreiten: zur actio furti, zur condictio, zur a. ad exhibendum; die actio praescriptis verbis oder in factum civilis ist ihm dagegen dann nicht gestattet.

Denken wir aber über diese Entscheidung etwas nach. Wenn hier ein Vertrag angenommen und eine daraus entspringende Klage anerkannt wird, ist es dann nicht eine seltsame Anomalie, dass dieser Vertrag und diese Klage nicht geltend gemacht werden können, falls der Geber weiss, dass die Sache bei dem Empfänger vorhanden ist?! Finden wir etwas annähernd Aehnliches bei anderen Verträgen, z. B. beim Commodatum, beim Depositum u. s. w.? Der Commodant, der Deponent kann actio commodati oder depositi immer anstellen, unabhängig davon, ob er weiss oder nicht weiss, wo sich die Sache befindet. Wenn er weiss, dass sich die Sache in den Händen des Contrahenten befindet, so kann er die actio furti, condictio, a. ad exhibendum gegen den Letzteren erheben; er kann aber nichtsdestoweniger den Contrahenten auch mit der Contractsklage belangen. Alle diese Klagen stehen ihm zur Wahl; die im fr. 17 § 2 erwähnte actio praescriptis verbis — oder nach dem fr. 1 § 2 actio in factum civilis — soll aber nur subsidiär gegeben werden!

Wenn in dem fr. 17 § 2 die Worte „praescriptis verbis actio“ gestrichen werden müssen, so müssen sie, nach unserer Meinung, nicht durch eine „actio in factum civilis“ ersetzt werden, wie man eigentlich aus dem fr. 1 § 2 folgern könnte, sondern in beiden Fällen sprach der Jurist von einer prätorischen actio in factum. — Wenn wir das annehmen, so ist die Subsidiarität der Klage von selbst erklärt: zu einem extraordinären, von dem Willen des Prätors abhängigen Mittel darf der Betreffende nur dann greifen, wenn die ordentlichen

Mittel nicht ausreichen. Durch diese Annahme erhalten wir eine vollständige Uebereinstimmung mit dem

fr. 23 D. eod. (Alfenus): Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione[1]).

Es ist also klar, dass die Compilatoren auch in dem fr. 1 § 2 h. t. zu der actio in factum das Prädicat „civilis“ hinzugefügt haben, wie schon in dem fr. 5 § 2 eod.; dann aber haben sie in dem fr. 17 § 2 statt der actio in factum actio praescriptis verbis eingesetzt, was mit der actio in factum civilis nach ihrer Auffassung identisch ist.

8. Damit verschwindet in den Quellen der letzte Anhalt für die Bezeichnung „actio in factum civilis“. Die Ansicht, welche die herrschende Lehre vertritt, ist also die Ansicht der Compilatoren, nicht aber die der classischen Juristen. Für diese letzteren bedeutet actio in factum unbedingt eine prä-

---

[1]) Einen ähnlichen Fall behandelt derselbe Papinian im fr. 8 D. eod.: Si dominus servum, cum furto argueretur, quaestionis habendae causa aestimatum dedisset neque de eo compertum fuisset et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse... Unter diesem allgemeinen Ausdrucke „civiliter agi posse“ meint Papinian offenbar dieselben actio furti, condictio, actio ad exhibendum. Vgl. dazu fr. 15 D. de cond. causa data 12. 4 (Pomponius): Cum servus tuus in suspicionem Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quo minus exhiberet. sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse. — Auch hier ist nur von denselben drei Klagen, und gar nicht von einer Contractsklage die Rede. Wenn nun Papinian in der zweiten Hälfte desselben fr. 8 eod. wirklich von einer actio civilis incerti, von einem praescriptis verbis agere spricht, so ist schon der Fall selbst anders gestaltet: die Rede ist nämlich nicht mehr von der Rückgabe des Sclaven, sondern von der Leistung der verabredeten aestimatio; diese kann der Kläger natürlich nur auf Grund der zwischen den Betheiligten getroffenen Vereinbarung fordern.

torische Klage und also den Gegensatz zur actio civilis. Zur Bezeichnung „actio in factum“ den Zusatz „civilis“ hinzuzufügen, ist in ihrem Sinne ebenso unmöglich, wie zu behaupten, dass ein gewisser Gegenstand zu gleicher Zeit schwarz und weiss ist.

---

§ 6.

Die richtige Bedeutung des Gegensatzes.

1. Gaius IV. 45. — 2. Kritik des von der herrschenden Lehre eingenommenen Gesichtspunktes. — 3. Der richtige Grund der Eintheilung der Klagen in die actiones in ius und die in factum.

---

1. So ist unsere erste Aufgabe — die Grenze zwischen den actiones in ius und in factum festzustellen — gelöst: alle prätorischen Klagen, aber auch nur prätorische Klagen sind actiones in factum; beide Gegensätze: actio in ius — actio in factum, actio civilis — actio praetoria — fallen vollständig, ohne jegliche Ausnahme oder Beschränkung zusammen.

Wenn wir jetzt einen Blick auf den Bericht von Gaius IV. 45 sq. werfen, eine Stelle, die bis jetzt die Hauptquelle für unsere Lehre bildete, so finden wir auch dort nichts Anderes, als das eben Ausgeführte ausgesprochen:

> Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus „nostrum esse aliquid ex iure Quiritium“ aut „nobis dari oportere“ aut „pro fure damnum decidi oportere“; in quibus iuris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est ....

Jeder unbefangene Leser kann aus dieser Stelle nur soviel schliessen, dass das Charakteristische der formulae in ius conceptae darin besteht, dass durch diese Formeln ein (uns zustehendes) civiles Recht geltend gemacht wird, dass in diesen Formeln von einem dem Kläger angehörigen civilen Rechte, von einem „nostrum esse aliquid ex I. Q.“, von einem „nobis dari oportere“ etc. die Rede ist. Ist dies nicht der

Fall — „formulae in quibus nulla talis intentio concepta est“ — so haben wir immer eine formula in factum concepta. Die letzteren werden also in erster Linie negativ bestimmt.

Halten wir an dieser Thatsache fest, so entsteht die weitere Frage, was für eine Bedeutung diese Klageneintheilung hat, warum die actiones civiles immer actiones in ius, die actiones praetoriae dagegen immer actiones in factum sind?

2. Die heutige Doctrin geht von dem Gedanken aus, dass die Eintheilung der Klagen in die in ius und die in factum conceptae durch die Fassung ihrer Formeln bestimmt wird: ist die Formel in ius gefasst, so ist auch die Klage, für welche diese Formel dient, eine actio in ius; ist sie dagegen in factum concipirt, so ist auch die Klage eine actio in factum. So hängt also diese oder jene Qualification der Klage von dieser oder jener Fassung der Formel ab; die Formel bestimmt die Klage, und nur in Beziehung zur Formel kann man von der actio in ius oder actio in factum sprechen; ausserhalb der Formel hat also diese Klageneintheilung keine selbständige Bedeutung, es liegt also da kein Grund vor, von einer gewissen Klage zu sagen, dass sie in ius oder in factum ist.

Wenn wir die heutige Wissenschaft weiter fragen, wodurch nun diese oder jene Qualification der Formel selbst bestimmt wird, so kann von ihrem Standpunkt aus die Antwort nur dahin lauten, dass diese Qualification, diese oder jene Fassung der Formel ganz in dem Belieben des Prätors liegt: will er die Formel ficticisch ausdrücken, so haben wir eine formula — und dadurch auch eine actio — in ius concepta, fasst er sie dagegen so, dass er einzelne Thatsachen aufzählt, so haben wir eine formula und eine actio in factum. So wird am Ende die Frage von der Klageneintheilung zu einer rein technischen Frage der Formelfassung herabgesetzt.

Wir müssen indessen Folgendes erwägen. Soll der Gegensatz der actio in ius und actio in factum durch den Gegensatz der Formeln bestimmt werden, so legt ein Vergleich unserer formula in factum — z. B. derjenigen „si p. L^{m} Titium A° A° C dare oportere, N^{m} N^{m} A° A° condemna“ — mit einer formula in ius concepta — z. B. „si p. N^{m} N^{m} A° A° C dare oportere, N^{m} N^{m} A° A° condemna“ — die Frage nahe: können wir zwischen diesen beiden Formeln in Bezug auf ihre

Fassung irgend einen wesentlichen Unterschied, einen Gegensatz finden? Wenn in der ersten Formel als Bedingung der Condemnatio ein Complex von Thatsachen, welcher in diesem „dare oportere“ inbegriffen ist, aufgestellt wird, dann ist dies auch in der zweiten der Fall; und darin hat Demelius (vgl. § 1 S. 19 f.) vollkommen Recht. Wie aber bei der ersten, so wird auch bei der zweiten Formel der Richter auf die Normen des Ius civile verwiesen; er erhält durch beide ganz dieselbe Stellung; und darin hat die herrschende Lehre vollkommen Recht. Wenn aber die Formeln verschieden qualificirt werden, die eine in factum, die andere in ius concepta ist, so muss der Grund dieser Qualification nothwendig hinter der Formelfassung liegen.

Würde die Qualification der Klage als einer actio in ius oder in factum erst durch die Fassung der Formel bestimmt, so könnte die betreffende Klage diese oder jene Qualification nur in dem Momente erwerben, in welchem die Conception ihrer Formel endgiltig abgeschlossen und unveränderlich wird, d. h. in dem Momente der litiscontestatio. Bis zu dieser Zeit wäre die Klage weder in ius noch in factum. Damit bliebe aber das ganze erste Stadium des Processes — das Verfahren in iure — bei dieser Eintheilung ganz unberücksichtigt; es wäre richtiger, nicht von einer actio in ius oder in factum, sondern von einem iudicium in ius und in factum zu reden. In den Quellen wird indessen von der actio gesprochen; der Ausdruck „actio“ umfasst aber den ganzen Process, in seinen beiden Stadien.

Mit jener massgebenden Bedeutung der Formelfassung wäre ausserdem noch die Thatsache logisch unvereinbar, dass bei der actio in ius das dare facere oportere im Momente der litiscontestatio perimitur. Die Wirkungen, welche mit dieser Qualification der Klage verbunden werden, sind also schon in dem Momente vollendet, in welchem nach der herrschenden Theorie diese Qualification selbst noch zu beginnen hat. Wenn wir logisch sein wollen, müssen wir umgekehrt annehmen, dass schon in iure die betreffende Klage als actio in ius oder als actio in factum auftritt.

So drängt uns Alles zu der Annahme, dass nicht in der Fassung der Formeln der Kern dieses Gegensatzes liegt, sondern

vielmehr in einem materiellen, hinter der Formel liegenden Umstande.

3. Indem Gaius von der Eintheilung der Formeln in die in ius conc. und die in factum conceptae spricht, legt er alles Gewicht auf diese oder jene Eigenschaft der intentio[1]): diese gibt der Formel ihren Charakter. — Was ist nun die intentio?

Gaius definirt sie als „ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit“ (IV. 41); sie ist also pars formulae. Ist aber dies ihre primäre und nicht abgeleitete Bedeutung, oder hat nicht vielmehr das Wort „intentio“, „intendere“ eine andere materielle Bedeutung, welche auch dem betreffenden Theil der Formel seinen Namen gibt? Das Letztere darf man sogar a priori annehmen: wie die Worte demonstrare, condemnare u. dgl. ursprünglich eine gewisse materielle Bedeutung haben, so muss eine solche auch das Wort intendere gehabt haben. Diese materiellen Begriffe sind nicht von den partes formulae abgeleitet, sondern die partes formulae erhalten ihren Namen von dem materiellen Inhalte, welchen sie zum Ausdrucke bringen.

Die Ausdrücke „intentio“, „intendere“ gehören zur Klasse der Begriffe, welche leichter zu verstehen, als zu definiren sind. Im Allgemeinen heisst „intendere“ geltend machen, etwas behaupten zum Zwecke der Anerkennung vor der Person, welche die Macht und die Pflicht zu solcher Anerkennung hat, d. h. vor dem Magistrate und in erster Stelle vor dem Prätor. Wenn wir diesen Begriff mit dem Begriffe „agere“ zusammenstellen, so ergibt sich, dass sich die beiden Begriffe vollständig decken: das intendere bildet den Inhalt, den inneren Sinn der gesammten Thätigkeit des Klägers, welche durch das Wort „agere“ umfasst wird. Intentio bedeutet danach das, was

---

[1]) Es wird zuweilen auch die Meinung ausgesprochen, dass in den formulae in factum überhaupt keine intentio existire, — so z. B. Puchta (Instit. § 165), welcher meint, dass in diesen Formeln „an die Stelle der Demonstratio .. und der Intentio eine Bezeichnung des Factums“ trete. Diese Meinung scheint auf den ersten Blick in dem Berichte von Gaius IV. 45 einen Anhalt zu haben. Indessen ist sie unrichtig: vgl. denselben Gaius IV. 60, wo er von der formula depositi in factum concepta spricht: „in ea vero quae in factum concepta est, statim initio intentionis“ ... „quia in intentione plus pos(uisse videtur)“ ...

geltend gemacht, was behauptet wird, d. h. sie bildet die materielle Grundlage der Klage.

Es ist nun selbstverständlich, dass das „intendere“ in dem Momente beginnt, in welchem der Kläger vor dem Prätor erscheint und etwas als Grund seines Begehrens, iudicium zu bekommen, anführt. Fassen wir diesen Zeitpunkt ins Auge, so finden wir sogleich zwei verschiedene Situationen.

In dem einen Falle fängt der Kläger mit der Behauptung an: „aio fundum Cornelianum meum esse ex iure Quiritium“, „aio N^m N^m C mihi dare oportere“ u. s. w. Im Legisactionenprocesse waren diese Behauptungen in gewisse unabänderliche Spruchformeln gegossen; dies ist im Formularprocesse weggefallen: der Kläger konnte seine Behauptung in beliebige Worte kleiden, — aber auch zu dieser Zeit erscheint als Hauptinhalt der klägerischen Behauptung noch immer weiter dasselbe „aio ius mihi esse“: der Kläger also „ius suum intendit, in ius agit“. Wir haben es mit einer intentio iuris, mit einer actio in ius zu thun. — Die Behauptung des Klägers erscheint sodann für die von ihm geforderte Formel ausschlaggebend: sagt der Kläger „fundum Cornelianum ex I. Q. meum esse aio“, so kann und muss der Prätor nur die Formel geben: „si p. fundum Cornelianum A^i A^i esse“; behauptet der Kläger „N^m N^m C mihi dare oportet“, so bleibt dem Prätor nichts übrig, als zu schreiben „si p. N^m N^m A^o A^o C dare oportere“. — Es versteht sich von selbst, dass solche Behauptungen seitens des Klägers nur dann denkbar sind, wenn er irgend ein civiles Recht für sich anführt; daher auch die Thatsache, dass nur civile Klagen actiones in ius conceptae sind.

Wie aber, wenn der Kläger ein solches ius civile nicht hat: was kann er dem Prätor zur Begründung seiner Bitte um ein iudicium anführen? — Als natürliche Antwort möchte erscheinen „das prätorische Recht“ — wenn also auch nicht ein civiles, so doch immer ein Recht, ein ius. — Betrachten wir aber die Sache näher.

Freilich war die Mehrheit der prätorischen Klagen in dem prätorischen Edicte proponirt, d. h. durch die Clausel „in dem und dem Falle iudicium dabo“ eingeführt und mit der betreffenden Formel ausgestattet; — doch war damit die ganze

Fülle der prätorischen Macht und Thätigkeit noch nicht erschöpft. Der Prätor konnte nach dem Bedürfniss des concreten Falles, wo es ihm billig und zweckmässig schien, ganz neue Klagen geben und ganz neue Formeln bilden. — Stellen wir uns nun die Lage desjenigen vor, welcher eine solche Klage von dem Prätor erlangen wollte: was konnte er diesem zur Begründung seiner Bitte um das iudicium vorbringen? Sicher nichts Anderes, als eine gewisse objective Lage der Verhältnisse, als einen gewissen Complex von Thatsachen, welche ihm — dem Kläger — als eine Verletzung seiner Interessen, als ein Uebelstand erschienen. Diese Thatsachen erzählt er dem Prätor, um ihn zum Eingreifen zu bewegen; diese legt er seinem Begehren zu Grunde; — so ist es auch vollkommen gerechtfertigt, dass er factum intendit, in factum agit.

Es kann freilich auch in dem Falle, wenn der Kläger ein ius civile für sich hat und dieses dem Prätor anführt, vorkommen, dass er zugleich den Prätor auch auf gewisse Thatsachen, aus welchen dieses Recht entstanden ist, aufmerksam macht und ihre Aufnahme in die Formel — als eine praescriptio — fordert —; hier hat aber das Anführen der Thatsachen eine ganz andere Bedeutung. Hier wird es nicht zur Begründung, nicht zur Rechtfertigung der Klage bestimmt, — die Klage ist auch ohne diese Thatsachen gerechtfertigt —, sondern nur dazu, um die Klage auf eine gewisse causa zu beschränken (causa adiecta agere), das streitige Rechtsverhältniss genauer zu individualisiren. Dagegen ist das Anführen der Thatsachen in dem Falle, wenn der Kläger sich auf kein ius civile stützen kann, eben die Begründung, die Rechtfertigung der Klage: diese Thatsachen bilden den Grund der klägerischen Bitte, ihm ein iudicium zu geben; sie bilden die materielle Grundlage der Klage.

So steht es also in dem Falle, wenn die vom Kläger gewünschte Klage im Edicte nicht proponirt ist. Die moderne Wissenschaft ist geneigt, diese — so zu sagen — zufälligen, nach dem Bedürfnisse des concreten Falles gegebenen actiones in factum als etwas Ausserordentliches, in das Rechtssystem von aussen her eintretendes und darum ganz freies Element aufzufassen. Und in der That, wenn wir diese actiones in

factum vereinzelt nehmen, wie sie in dem Corpus iuris vorkommen, können wir zu keinem anderen Resultate gelangen. Indessen vergisst man dabei die wirkliche historische Bedeutung dieser Rechtserscheinungen. Das römische Recht war ein lebendiger Organismus, welcher sich von Innen heraus entwickelte; in jedem Augenblicke befand er sich im Zustande mannigfaltiger verborgener Processe und Bewegungen; in jedem Augenblicke entstanden in diesem Organismus verschiedenartige Neubildungen, welche sich mit der Zeit zu vollkommenen Rechtsinstituten ausbilden konnten. Photographiren wir plötzlich einen solchen inneren Organismus, so wird unsere Photographie nur vereinzelte, unklare, zerstreute Keime wiedergeben, welche zu verstehen, mit dem Ganzen zu verbinden, wir kaum im Stande sein werden. — Und nichts Anderes, als nur eine solche Momentphotographie sind unsere Quellen. Um alle darin angedeuteten Neubildungen richtig zu verstehen, muss man sie als unentwickelte Keime der neuen Rechtsinstitute betrachten, muss man sie beleben.

Unsere zufälligen actiones in factum sind nun eben solche Keime; sie kommen zuerst vereinzelt und zufällig vor, später werden sie zum thatsächlichen Präcedenzfalle, und so sind sie auf dem Wege, in das allgemeine Rechtsbewusstsein überzugehen, sie wären vielleicht sogar in das Edict aufgenommen worden, wenn dessen Fortentwickelung zu ihrer Zeit nicht schon abgeschlossen wäre; sie sind auf demselben Wege, welchen ihre älteren Geschwister — die proponirten prätorischen Klagen — schon durchlaufen haben.

Halten wir diese Auffassung für richtig, so ist damit auch der richtige Gesichtspunkt für die Bestimmung des Edicts gefunden. Welchen Sinn hatten seine Clauseln „in dem und dem Falle iudicium dabo“, wenn der Prätor auch ohnedies die Klagen geben konnte?

Wir können uns die Sache nur in folgender Weise vorstellen. Bei jenen zufälligen actiones in factum musste der Kläger jedesmal alle Thatsachen dem Prätor erzählen; der Prätor musste seinerseits Alles hören, um urtheilen zu können, ob die klägerische Bitte befriedigt werden sollte; er musste jedesmal diese oder jene Entscheidung treffen. Gewisse Thatsachen wiederholen sich aber im rechtlichen Leben der Gesell-

schaft öfters, mit grösserer oder geringerer statistischer Regelmässigkeit; der Prätor musste also sehr oft heute dasselbe hören, was er schon gestern gehört hatte, und was er nach seiner Erfahrung morgen und übermorgen wieder hören würde. Es ist nun für den Prätor nichts natürlicher, als dass er wünschte, in dieser Beziehung sich sein Amt zu erleichtern und seinen ein für alle Mal gefassten Entschluss im Voraus öffentlich zu erklären: wenn Jemand sich auf die und die Thatsachen berufen wird, die und die Thatsachen behaupten wird, iudicium dabo, restituam, ratum non habebo etc. So entsteht das Edict, welches später als Erfahrung des Vorgängers von seinem Nachfolger wiederholt wird und nach und nach als edictum tralaticium erscheint[1]).

Danach besteht also die erste Bestimmung des prätorischen Edicts darin, dass der Prätor in ihm die Kreise der Thatsachen, der rein thatsächlichen Verhältnisse bezeichnet, in welchen er sein Eingreifen verspricht.

In Folge der Aufnahme einer gewissen Klage in das Edict wird die Lage des Klägers nur insofern verändert, als er jetzt, statt alle Thatsachen, auf welchen seine Klage beruht, von Grund aus erzählen zu müssen, dem Prätor bloss sagen kann: gib mir die und die Formel. Somit scheint seine Lage der Lage desjenigen, welcher ein ius civile anführen kann, gleichgestaltet zu sein, denn auch die Formeln der civilen Klagen waren im Edicte aufgestellt. Allein hinter dieser äusseren, praktischen Gleichheit liegt der innere, juristische Unterschied, welcher nicht verkannt werden darf. In der Forderung einer proponirten Formel von Seiten desjenigen, welcher sich auf ein ius civile stützt, liegt die Behauptung eben dieses ius

---

[1]) Auf solche Bedeutung des Edicts weist unter Anderem auch der im Edict häufig vorkommende Ausdruck „si ... dicetur“ hin, so z. B. „quae dolo malo facta esse dicentur .. iudicium dabo“ (fr. 1 § 1 D. de dolo 4. 3), „quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur ... animadvertam“ (fr. 1 § 1 D. de min. 4. 4). Vgl. fr. 2 § 1 D. de cap. min. 4. 5, fr. 1 § 1 D. ex quib. caus. 4. 6, fr. 7 pr. D. 27. 6, fr. 21 § 2 D. 9. 4, und viele andere. — Dernburg (Untersuch. üb. d. Alter u. s. w. in den Festgaben der Berl. Fak. für Heffter. 1873. S. 103) hat diese Fassung „si dicetur“ als Zeichen der jüngsten Edictsepoche aufgefasst.

civile; dagegen dort, wo der Kläger eine prätorische Formel verlangt, behauptet er nichts Anderes, als dass in seiner Person die und die thatsächlichen Bedingungen eingetreten sind, welche im Edicte vorgesehen waren. Grund seiner Bitte, Inhalt seiner intentio bleiben auch jetzt die Thatsachen, das Factum, wie auch in dem Falle, wenn die gewünschte Klage die Aufnahme in das Edict noch nicht gefunden hat.

So wird schliesslich auch das erklärlich, warum alle prätorischen Klagen — sowohl die proponirten, wie die nicht proponirten — actiones in factum sind.

Wie die Formel auf Grund der von dem Kläger angeführten oder im Edicte aufgezählten Thatsachen gefasst wird, das ist eine zweite, zwar für das Iudicium, nicht aber für die Natur der actio wesentliche Frage. Der Lösung nachzusinnen ist mehr Sache des Prätors, als des Klägers: hat der Prätor die Forderung des Klägers als billig anerkannt, so wird er besser als der Kläger wissen, auf welche Weise ihr der beste Erfolg in iudicio zu verschaffen ist. In dem einen Falle wird er in der Formel alle die Thatsachen aufzählen, welche der Kläger vor ihm angeführt hat; in dem anderen wird er eine Fiction oder Umstellung der Subjecte anwenden; dadurch kann aber die ursprüngliche intentio des Klägers — intentio facti — ihren Charakter als solche nicht verlieren und den Charakter der intentio iuris nicht annehmen. — Der Prätor braucht weiter nicht alle Thatsachen, welche für die Begründung der Klage vor ihm nothwendig sind, in die Formel einzufügen; einige von ihnen können durch die persönliche Untersuchung des Prätors als richtig erkannt oder als richtig angenommen werden: mit solchen Thatsachen hat der Iudex nichts mehr zu schaffen; sie können daher in der Formel gänzlich verschwiegen werden. So wird z. B. die formula ficticia des bonorum possessor einfach in der Weise formulirt: „si A° A° L. Titio heres esset, tum si pareret N^m N^m A° A° C dare oportere, condemna“; die Frage nach dem Vorhandensein der edictalen Voraussetzungen der bonorum possessio in der Person des Klägers wird hier mit keinem Worte erwähnt und kommt vor den Richter nicht, während vor dem Prätor vom Kläger als Grund seiner actio zwei Thatsachen angeführt wurden:

erstens, dass er — A^s A^s — nach dem prätorischen Edicte zur bonorum possessio des verstorbenen L. Titius berufen werde, und zweitens, dass N^s N^s dem L. Titius schuldig sei. Von diesen zwei Thatsachen kommt in der Formel nur die zweite zum Vorscheine[1]).

Actio und Formel stehen allerdings in einem gewissen Abhängigkeitsverhältniss zu einander, aber dieses ist das Gegentheil von dem, welches die herrschende Lehre sehen will: nicht die Natur der actio wird durch die Fassung der Formel bestimmt, sondern die Fassung der Formel durch die Natur der actio. Die letzte aber ist durch die materielle Grundlage der Klage von selbst gegeben.

---

[1]) Vgl. dazu Lenel, Edict S. 143: „Wurde von Seiten dessen, gegen den der bonorum possessor klagte, das Vorhandensein der edictalen Voraussetzungen der bonorum possessio bestritten, und war der Streitpunkt nicht ohne Weiteres spruchreif, so wurde dem Beklagten analog der procuratorischen exceptio mangels Vollmacht ... eine exceptio „si Ao Ao ex edicto praetoris bonorum possessio data est“ ertheilt.‘