14-C-123a

999/I.

UEBER DEN

KONKURS DER AKTIONEN

I dce 38

NACH ROEMISCHEM PRIVATRECHT.

HABILITATIONSSCHRIFT

Inv. čís.: 356
Sign: 263

VON

DR. JUR. JOHANNES MERKEL.

HALLE A/S.
MAX NIEMEYER
1877.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND
Č. inv.: 04491

I.

Begriff der Konkurrenz.

§ 1.

Der Ausdruck : *concurrunt actiones* : ist schon der römischen Jurisprudenz als ein technischer geläufig. Das Wort *actio* hat in demselben seine privatrechtliche, nicht seine processualische Bedeutung; denn das *consumi, perimi, finiri* oder *tolli actionem*, von welchem in den einschlägigen Stellen und namentlich in der dem *liber singularis de concurrentibus actionibus* des Paulus entnommenen l 34 D 44,7 die Rede ist, kann sich nur auf die Befugniss, Ertheilung der Formula zu verlangen, beziehen. Was unter einer Konkurrenz zu verstehen sei, möchte man aus dem vulgären Sinne, in welchem im socialen Leben von Konkurrenten gesprochen zu werden pflegt, zu entnehmen geneigt sein und also die Definition darauf stellen, dass ein zu Gunsten des einen Konkurrenten eintretendes Ereigniss den andern ausschliesse und so die Konkurrenz auflöse. Allein noch der gegenwärtige Stand der Lehre vom Aktionenkonkurse veranlasst dazu, sich über die Frage schlüssig zu machen, ob auch dann ein *concurrere* vorliege, wenn von den die eine Aktio alterirenden Vorgängen, namentlich Litiskontestation, Urtheil und Zahlung, die Integrität der anderen nicht berührt wird.

Die Bejahung dieser Frage führte zu der Eintheilung in elektiven, kumulativen und successiven Aktionenkonkurs, je nachdem die zweite Aktio nach der ersten ausgeschlossen oder, sei es ganz, sei es theilweise, zulässig war oder nur nicht

gleichzeitig mit der ersten geltend gemacht werden konnte, sondern durch dieselbe vorbereitet wurde. Von dieser früher allgemein üblichen[1]) Dreitheilung hat man später nur den successiven Konkurs aufgegeben und mit ihm den zuweilen davon unterschiedenen *concursus subsidiarius* d. h. den Fall, wo die zweite Aktio nur als Nothbehelf erschien z. B. die *actio communi dividundo* nach dem *judicium familiae erciscundae*, falls beim letzteren etwas ungetheilt geblieben war.[2]) Denn in diesen Fällen war nicht einmal die Voraussetzung der Koexistenz erfüllt, welche doch zum Mindesten für die Möglichkeit einer Konkurrenz aufzustellen war. Dagegen blieb die Unterscheidung in elektiven und kumulativen Aktionenkonkurs zum Theil wörtlich,[3]) zum Theil der Sache nach, indem z. B. Keller noch eine Reihe von Fällen, wo jeder Anspruch „ganz und besonders" geltend gemacht werden kann, dem Konkurse der Aktionen beizählt,[4]) stehen, obwohl längst Savigny Widerspruch dagegen erhoben hatte, den Begriff der Konkurrenz auf den der Koexistenz zu erweitern.[5]) Ja die neueste Bearbeitung der Lehre von der Klagenkonkurrenz bezeichnet mit „Concurrenz" gerade ein derartiges Nebeneinanderstehen der Aktionen, bei welchem die eine neben oder nach der andern unbeschränkt durchgeführt werden kann, und wählt für die Fälle der Beschränkung den bereits von Böcking gebrauchten, von Windscheid gebilligten Ausdruck „Collision" oder „Conflict" der Aktionen.[6]) Gegen den letzteren Sprachgebrauch lässt sich der der Quellen anführen, welche des Wortes *concurrere*

---

[1]) S. z. B. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen (1833) § 29. Göschen Vorlesungen I. § 156. Mühlenbruch Pandectenrecht § 140, 6. 7.

[2]) Brackenhöft die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse (1839) 286. 288 fasst diese Fälle unter dem Gesichtspunkte der „uneigentlichen Klagenkonkurrenz" von Nebenklagen unter einander und mit Hauptklagen d. h. den das Rechtsverhältniss auflösenden (252) zusammen.

[3]) Puchta Vorlesungen § 87 Nr. 2 (I. 197). Brinz Pandekten (1. Aufl.) I. 128.

[4]) v. Keller Pandekten § 82 unter *α*.

[5]) v. Savigny System V. 212. 213.

[6]) Martens über Concurrenz und Collision der römischen Civilklagen (1856). § 1. Böcking Pandekten § 131, 59. Windscheid die Actio 33.

in einem offenbar technischen Sinne sich da bedienen, wo die Wirkung des Konkurses in einer Schmälerung des Umfanges der konkurrenten Substanzen besteht. Freilich ist diese Terminologie bei Ulpian nicht durchgängig festgehalten; derselbe stellt zwar die Regel auf: *Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet* (l 43 § 1 D 50, 17) und bestimmt das Verhältniss der *actio legis Aquiliae* und *actio injuriarum*, welche beide Aktionen sich gerade manchmal schmälern (l 34 pr. D 44, 7), mit den Worten: *interdum utraque actio concurrit* (l 5 § 1 D 9, 2). Dagegen scheint schon in der letzterwähnten Stelle Ulpian mit dem *concurrere* einen weniger prägnanten Begriff verbunden zu haben, da er die Thatsache des Konkurses auf den sowohl *damnum culpa datum* als *contumelia* umfassenden und daher in den beiden Aktionen zur Geltung kommenden Begriff der *injuria* begründet. An anderem Orte stellt er hin: *Nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit* (l 130 D 50, 17), wo allerdings eine einengende Interpretation sich als geboten und auch als durch den Sprachgebrauch der Quellen gerechtfertigt herausstellt, indem mit *consumere* nur der gänzliche Ausschluss, nicht aber die theilweise Schmälerung der Aktionen gemeint ist.[7]) In l 5 § 1 D 9, 2 und l 130 D 50, 17 bedeutet also der Konkurs ein Uebereinkommen der Aktionen in einem gewissen Punkte, der *injuria* und der *eadem res;* ähnlich allgemein ist in Ulpian's l 10 D 19, 1 von *concurrentes actiones* die Rede, womit nichts Anderes bezeichnet sein soll als die Vereinigung der Aktionen in einer einzigen Person in Folge Erbganges. In letzterem Sinne heisst es in den Quellen: *concurrunt obligationes*: (l 5 D 46, 1), ohne dass eine Aufreibung unter den Konkurrenten gedacht ist, vielmehr besteht die vom *correus* ererbte Obligation als neue *species obligationis* neben der eigenen fort.

Es ist zuzugeben, dass die Präposition *cum* in : Konkurrenz : sich, wie in : Koexistenz : als blosses Nebeneinander auffassen lässt und nicht nur im Sinne von Gegeneinander, und es bedarf keines Belegs, dass die Quellen von *concurrere* häufig in der Bedeutung zeitlichen Zusammentreffens oder einer Uebereinstimmung von Thatsachen reden. Aber bezüglich des Konkurses

---

[7]) S. unten § 8, vor 1.

von Rechten ist doch aus den Quellen hervorzuheben, dass *concurrere* vielfach in dem prägnanten Sinne eines Zusammenbestehens mehrerer auf dasselbe sachliche Objekt sich beziehender Berechtigungen verschiedener Personen, deren Verhältniss zu einander nicht durch Theilbestimmung geregelt ist, gebraucht wird, wobei die Regel Platz greift: *concursu partes fiunt.* Dies findet sich für Legat, Usus und Ususfruktus, Erbschaft, Pfand, für die Masse, in welche eine *missio in possessionem* gewährt wird.[8]) Namentlich aber steht dem unbestimmten Sprachgebrauch Ulpian's bezüglich des Ausdrucks : *concurrunt actiones* : die Thatsache gegenüber, dass in den beiden in l 34 D 44, 7 und l 89 D 47, 2 erhaltenen Fragmenten aus dem *liber singularis de concurrentibus actionibus* des Paulus lediglich die Frage nach der Schmälerung der konkurrenten Aktio behandelt wird.

Man wird anerkennen müssen, dass die blose Koexistenz mehrerer Aktionen nicht genug juristisches Interesse bietet, um den Stoff einer besonderen Lehre zu bilden, und dass es nicht sowohl darauf ankommt, eine Norm dafür zu finden, wann mehrere Aktionen neben einander entstehen, als darauf, zu bestimmen, welchen Einfluss das gleichzeitige Vorhandensein derselben auf die Wirksamkeit einer jeden hat; und hiefür ist zuerst zu untersuchen, wann ein derartiger Einfluss wirklich vorliegt, ehe festgesetzt wird, dass derselbe in allen anderen Fällen nicht begründet sei. Es handelt sich also um einen positiven Rechtssatz, dessen Gegensatz sich von selbst versteht.

Die neuere Doktrin scheint bei Beurtheilung der Frage, ob kumulative oder elektive Konkurrenz oder Kollision vorliege, immer nur von der Auffassung ausgegangen zu sein, dass die eine Aktio „durch die andere" nicht aufgehoben oder aufgehoben werde; die Quellen selbst sagen in Kürze : *altera*

[8]) l 80 D 32 : *Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari, hoc est : totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri* (*Celsus*) cf. l 1 § 3 l 3 pr. D 7, 2 l 34 § 10 D 30 (*Julian*). *Ulp. frag.* XXIV, 12, wo ebenfalls der Ausdruck : *concursu partes fiunt* : für Legate; ferner s. l 84 § 12 D 30 (*Julian.*) l 2 pr. D 7, 4 (*Papin.*) — l 14 § 2 D 7, 8 (*Pompon.*) *Paul. r. s.* III, 6, 25 — über *ususfructus per concursum divisus* s. l 1 § 4 D 7, 2 *frag. Vat.* 87 (*Julian.*) — l 16 pr. D 5, 2 (*Papin.*) l 2 § 2 D 37, 11 (*Ulp.*) — l 7 D 20, 4 (*Ulp.*) — l 15 § 18 D 39, 2: *aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt* (*Ulp.*)

actio alteram consumit (l 28 § 4 D 12, 2 l 2 § 1 D 47, 1 *Paul.* l 130 D 50, 17 *Ulp.*), *altera actio perimit alteram* (l 34 § 1 D 44, 7 *Paul.*). Man könnte dies so konstruiren, wie in den oben erwähnten Fällen, wo der Konkurs Theile macht z. B. beim Legat an *conjuncti*, dessen Theile *ab initio* d. h. vom Beginn des Konkurses, dem konstituirenden letztwilligen Akt, an, wenngleich nur interimistisch, vorhanden sind, so dass selbst der des Erwerbes Unfähige „einen Theil ausmacht" (l 34 § 9 D 30 l 16 *pr.* l 84 § 8 D 30 l 7 D 31). Auch die Aktionen möchten in dieser Art vom Augenblick ihrer einen Konkurs in sich tragenden Existenz an als sich gegenseitig schmälernd oder aufreibend betrachtet werden können. Allein, obwohl den Römern der Begriff einer getheilten Aktio wenigstens im juristischen Sprachgebrauche nicht unbekannt war[9]), so wenig wie der der getheilten Obligatio, so ist doch an eine Anwendung des Satzes : *partes concursu fiunt* : in dem Sinne der obigen Beispiele, in welchen das Objekt jedes einzelnen der konkurrenten Rechte sich verminderte, nicht gedacht worden. Vielmehr trat beim Konkurs der Aktionen deren öffentlichrechtlicher Charakter darin hervor, dass das Recht, zu agiren, im *judicium* völlig ausgenützt werden musste und dass nur ein *amplius* der zweiten Aktio noch in ein neues *judicium* kommen konnte; es lässt sich in Frage stellen, ob nicht die bei Gajus erwähnte *exceptio litis dividuae* auch diesem *amplius* entgegenstand, da nach der römischen Behandlung des Aktionenkonkurses das Objekt der weniger ergiebigen Aktio als *pars ejusdem rei* erscheinen musste.

Ebensowenig als von einer Theilung konnte selbstverständlich von gänzlicher Konsumtion beider Aktionen von Anfang ihrer Koexistenz an die Rede sein, so dass jeder derselben von vornherein, soweit sie konkurrirten, das: *non est actio:* entgegengestanden haben würde. Die irgendwie qualificirte Koexistenz der Aktionen bestimmt nicht schon die Zulässigkeit oder die Aufhebung derselben, sondern es greift eine andere Thatsache als die entscheidende ein, nämlich die Befriedigung des mit der einzelnen Aktio geltend gemachten Anspruchs, wie unten zu erörtern sein wird. Also ein völlig

[9]) S. das *agere divisis actionibus* gegen mehrere Bürgen unten § 13, nach 17.

ausserhalb des Entstehens und Bestehens der Aktionen, scheinbar ganz ausserhalb des Konkurses selbst gelegener Akt ist es, wodurch die Aktio aufgehoben wird, und einige Schriftsteller haben deshalb auch das Merkmal der Vernichtung der Aktio, die Kollision, völlig ausgeschieden.[10]) Das Letztere ist insofern richtig, als *concurrere* auch ohne Rücksicht auf seine endliche Einwirkung sich auffassen lässt als die Thatsache der durch die Koexistenz noch nicht gehinderten Bewegungmehrerer Substanzen nach Einem Ziele hin. Aber die Gemeinsamkeit des Zieles einerseits und die Unmöglichkeit oder doch Unzulässigkeit, dass das von dem einen Konkurrenten erreichte Ziel von dem andern noch einmal erreicht werde, andererseits veranlasst doch schon während des *currere* eine gegeneinander strebende Richtung und ein gegenseitiges Sich-negieren beider Aktionen, und man kann bei dem Wetteifer um das Ziel, welcher sich auch in dem römischen *concurrere* wie im vulgären Sprachgebrauch des Wortes Konkurrenz ausprägt, gewiss nicht mit Unger sagen: „die Klagen treffen in ihrem Endziel zusammen, sie widerstreiten einander aber nicht.“ Die Konkurrenz ist vielmehr die Koexistenz, welche die Nothwendigkeit ihrer Lösung zu Gunsten des einen Konkurrenten und zum Nachtheil des andern in sich trägt, und bei Aktionen hat sich diese Lösung, da die Aktio ihr ganzes Wesen in der Erreichung des ihr mit der andern gemeinsamen Zieles findet, als Verlust ihrer Wirksamkeit und so als Untergang der Aktio zu gestalten.

Gegen diese Auffassung des Konkurses lässt sich nicht geltend machen, dass die Befriedigung auch ohne processualische Verwendung der einen Aktio, nämlich schon durch freiwillige Leistung seitens des Schuldners erfolgen kann und dann jede der beiden Aktionen aufhebt; denn auch hier konkurriren die Aktionen, sobald sie *natae* sind, bis zur erfolgten Befriedigung. Nur kommt in diesem Falle der Konkurs processualisch nicht zur Geltung, und deshalb wohl pflegt man als Aufhebungsgrund der Aktio die auf erfolgreichen Gebrauch der konkurrenten Aktio geleistete Befriedigung zu bezeichnen, also Anstellung der einen vorauszusetzen. Deshalb kann man

[10]) Unger System des österr. allgem. Privatr. (1859) II. § 117, 22. Förster Theorie und Praxis des preuss. Privatr. I. § 52, 1.

die Lehre vom Untergange der konkurrenten Aktio als eine Lehre vom Erlöschen der Aktio durch indirekte Befriedigung betrachten, und dieselbe verhält sich zu der Lehre von Aufhebung der Aktio durch Anspruchserfüllung, einer Lehre, welche seit dem Durchdringen des Grundsatzes: *omnia judicia absolutoria esse:* der Erwähnung im System des Civilrechts gelegentlich der Endigungsgründe der Aktionen wohl verdiente, — wie die Lehre vom Erlöschen der Obligation durch Leistung ihres speciellen Objekts zu der von der Tilgung derselben durch Leistung des Objekts einer andern. Es empfiehlt sich daher für die Doktrin die Festhaltung des Savigny'schen Sprachgebrauches, unter konkurrenten Aktionen nur diejenigen zu verstehen, bei welchen der Erfolg der einen Aktio auf die andere absorbirend wirkt.[11]) Man kann dies in der älteren Terminologie so ausdrücken, nur der elektive Konkurs,[12]) aber auch der „theilweis kumulative“ sei ein wahrer Konkurs der Aktionen.

Nach dem Gesagten erledigt sich denn auch die Frage, ob der Konkurs der Aktionen eine Aufhebung der Aktio „sei“, etwa die „Aufhebung einer Klage durch Nichtanstellung in Concurrenzfällen“, wie W. H. Puchta sich ausdrückt, — eine Frage, welche von der Mehrzahl der Schriftsteller bejaht wird.[13]) Es handelt sich dabei lediglich darum, dass man mit dem Ausdruck „Konkurrenz“ die Wirkung und nicht, wie es sprachlich genauer wäre, den Zustand bezeichnete, denn es wird von denen, welche den Aktionenkonkurs zur Aufhebung der Klagerechte stellen, Niemand verkannt haben, hier liege „eine Vielfältigkeit des Daseins

[11]) Die bei Kleinschrod zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen (1849) 8 gegen Savigny gerichtete Bemerkung läuft auf einen blosen Wortstreit hinaus, weil v. Savigny System V. 215 von Absorbirung der zweiten Klage durch den „schon eingetretenen Erfolg“ der ersten spricht, was Kleinschrod als gegen das Erforderniss der „Nochexistenz beider Klagen“ verstossend erachtet.

[12]) So Brackenhöft Identität 287. v. Holzschuher Theorie und Casuistik I. 168 zu 2. Sintenis Civilrecht I. 274, 18 a. E. Unger österr. P. R. II. 387. Förster preuss. P. R. I. 250 (§ 52).

[13]) W. H. Puchta gerichtl. Klagen 80. v. Savigny System V. 204. Puchta Pand. § 87. v. Vangerow Pand. § 153. Arndts Pand. § 105. Sintenis Civilr. § 30. III. B.

von Klagen[14])" vor. Nur dies liess sich bezweifeln, ob der Konkurs wirklich immer die Nothwendigkeit einer Entkräftung der einen Aktio in sich trage. Nach der hier vertretenen Bejahung der letzteren Frage erscheint es als unzulässig, die Wirkung des Aktionenkonkurses von dessen Begriff zu unterscheiden, wonach Förster die systematische Stellung der Lehre beurtheilt wissen wollte.[15]) Es fällt die Frage, wann indirekte Befriedigung einer Aktio durch den Erfolg einer anderen Aktio vorliege, mit der nach dem Konkurse der Aktionen zusammen. Nur, wenn man nicht berücksichtigen wollte, dass auch dingliche Aktionen konkurriren, könnte man im Zweifel sein, ob sich die Lehre vom Aktionenkonkurse nicht mit der vom Untergang der Obligationen verschmelzen lasse.[16]) Wenn es sich auch von selbst versteht, dass Wiederherstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes die dingliche Klage aufhebt, so bedarf es doch, so lange man ein Aktionenrecht behandelt, der Hervorhebung dieser Thatsache, und es dürfte nicht zweckmässig sein, während der Tod der Parteien und die Verjährung als besondere Aufhebungsgründe der Aktionen im System des Civilrechts dargestellt werden, die Einwirkung der beseitigten Rechtsverletzung auf die dingliche Klage zu verschweigen und die auf die persönliche Klage sich beziehende, getrennt vom Aktionenrecht, in's Obligationenrecht zu versetzen.[17])

---

[14]) Dies hält Brinz Pand. (1. Aufl.) § 40 jenem Sprachgebrauche entgegen.

[15]) Förster preuss. P. R. § 52, nach 4.

[16]) Zu dieser Bemerkung gab Unger österr. P. R. § 117, 14 (II. 390) Veranlassung, indem er diese Verschmelzung befürwortet.

[17]) A. M. scheint G. Hartmann die Obligation (1875) 69.

II.

Die Thatsache, durch welche die konkurrente Aktio entkräftet wird.

§ 2.

Das *consumi, tolli, perimi, finiri, extingui, inter se misceri, cessare* der Aktionen, wovon in den Quellen die Rede ist[1]), erinnert im Ausdruck zunächst an die Aufhebung der Aktio, welche nach dem alten Satze des strengen Rechts: *Bis ne de eadem re sit actio:* schon durch die Litiskontestation erfolgte. Zwar wird nicht zu leugnen sein, dass diese processualische Konsumtion im Aktionenkonkurse eine Rolle spielte, allein die Begründung des *consumi* mit den Worten: *quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit:* in l 34 pr D 44, 7, die Identificirung des *tolli* mit: *puto sufficere alterutram actionem:* in l 5 § 1 D 3,6 zeigt, dass es sich hier nicht um eine Einwirkung streng-civilrechtlicher Regeln handelt. Auch sonst sind bekanntlich die Ausdrücke *perimi, extingui actionem* zur Bezeichnung des Einflusses anderer rechtlicher Vorgänge, z. B. der Novation, der Konfusion durch Erbgang, der Befreiung durch Schiedseid, nicht selten.[2]) Vielmehr erfolgt das tolli der *rei vindicatio* und *condictio furtiva* nach l 55 § 3 D 47, 2 (*Gajus*) durch *recepta res,* die „Peremtion" der mit einander konkurrenten *actio legis Aquiliae* und *condictio furtiva* durch die nach Anstellung der einen Aktio erfolgte *noxae datio* (l 2 § 3 D 47, 1 Ulp.). In vielen Stellen wird das *consecutum, nactum esse* des mit der ersten Aktio verlangten Gegenstands betont, um auf die Unzulässigkeit der zweiten Aktio zu schliessen; hat man z. B. mit einer andern Aktio das Interesse wegen *opus in solo factum* „erlangt", so kann man

---

[1]) *Consumi* in l 14 § 13 D 4, 2, l 28 § 4 D 12, 2, l 7 § 1 D 13, 1, l 34 pr. l 60 D 44, 7, l 2 § 1 D 47, 1, l 130 D 50, 17 (= § 1 J. 4, 9); *tolli* in l 5 § 1 D 3, 6, l 18 § 1 D 13, 6, l 38 § 1 l 45 D 17, 2, l 2 § 1 D 27, 3, l 55 § 3 D 47, 2 c 12 C 6, 2; *perimi* in l 1 § 21 D 27, 3, l 66 § 2 D 31, l 34 § 1 D 44, 7, l 2 § 3 D 47, 1; *finiri* in l 9 § 6 D 4, 2 l 34 § 2 D 44, 7; *extingui* in l 72 pr. D 47, 2, l 66 § 1 D 31; *misceri* in l 34 § 2 D 44, 7; *cessare* in l 47 pr. D 17, 2.

[2]) S. l 9 pr. D 46, 2, l 2 § 1 D 2, 9, l 26 § 6 D 9, 4. l 52 § 27 D 47, 2.

mit dem *interdictum quod vi aut clam* in dieser Angelegenheit Nichts mehr erreichen.[3]) Im Falle des von manchen Schriftstellern aus dem Aktionenkonkurse ausgeschiedenen[4]) *concursus causarum lucrativarum* heisst es l 66 § 1 § 2 D 31: *probatum est ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem optingere, neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam. Sed si pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legetur, solutio prior non peremit alteram actionem* — eine Stelle, welche direkt für die schon von Huschke und neuerdings von Hartmann anerkannte[5]) Verwandtschaft des *conc. caus. lucrat.* mit dem Aktionenkonkurse beweist. Auch die Solidarobligation und nach Justinianischem Recht die Korrealobligation auf passiver Seite, in welchen beiden Fällen Aktionen konkurriren, sind so konstruirt, dass in der Regel erst die Zahlung des Klagobjekts die Aktio gegen den andern Schuldner oder die des andern Gläubigers beseitigt.

Man nennt daher die Konsumtion der konkurrenten Aktio, welche in Folge Restitution oder Zahlung des Klagobjekts geschieht, zum Unterschied von der processualischen eine „materielle Konsumtion“[6]) und ist im Allgemeinen darüber einverstanden, dass nicht durch die in der Geltendmachung liegende Wahl der einen Aktio, sondern erst durch die in Folge der Geltendmachung eintretende „Befriedigung“ des Klägers die zweite Aktio erlösche.[7]) Der Ausdruck Befriedigung legt hier die Frage nahe, ob nicht schon das verurtheilende Erkenntniss aus der ersten Aktio eine derartige Satisfaktion enthalte, dass wenigstens eine Hemmung der zweiten Aktio, wenn auch nicht ein tolli derselben eintreten müsse.

[3]) l 15 § 12 D 43, 24. S. ferner das *consecutum, nactum esse* in l 7 § 1 D 13, 6, l 43 D 17, 2, l 28 D 19, 1, l 2 § 1 D 27, 3, l 1 D 47, 7, in Fällen des *concursus causarum lucrativarum:* § 6 J. 2, 20, l 34 § 1 D 30, l 83 § 6 D 45, 1.

[4]) So Kierulff Civilrecht I. 241, **, dessen Ansicht auf einer ungerechtfertigten Unterscheidung von „Recht“ und Klagerecht (verletztem Recht) beruht. Sintenis Civilrecht I. 273, 15 (§ 30) beruft sich darauf, dass der *conc. caus. lucr.* „ein besonderer Erlöschungsgrund der Obligationen“ sei, was längst widerlegt ist (siehe Hartmann Obligation 4 fg.).

[5]) Huschke Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 190. Hartmann Obligation 68.

[6]) v. Savigny System V. 242. Buchka die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss (1846) I. 72. 90. Unger österr. P. R. II. 394, 24 (§ 117).

[7]) Wächter württ. P. R. II. 462 (§ 67) Unger österr. P. R. II. 393 Nr. 4. Förster P. P. R. § 52, 5. Windscheid Pand. § 121, 9.

Nach römischem Recht schuf das Urtheil eine neue Aktio und man durfte auf die abgeurtheilte nicht mehr zurückgreifen, es war also die *actio judicati* an Stelle der verbrauchten Aktio und daher nunmehr mit der nicht verbrauchten in Konkurrenz getreten, falls letztere nicht, wie beim Korrealverhältniss, mit der *deductio in judicium* der ersten processualisch konsumirt war. Wurden dann der *actio judicati* von Seiten des Verurtheilten Einreden entgegengestellt, so erfolgte die Ertheilung einer neuen Formel und erst diese brachte das Verfahren zum Abschluss.[8]) Die Umständlichkeit dieses Apparats zur Zeit des Formularprocesses mochte es gewiss in manchen Fällen wünschenswerth erscheinen lassen, anstatt der *actio judicati* die konkurrente Aktio anzustellen, z. B. wenn bei der ersteren etwa Einreden hinsichtlich der formellen Gültigkeit des Urtheils zu befürchten waren. Andererseits lag es selbstverständlich im Interesse des Verurtheilten, nicht mit einer zweiten Aktio, welche wiederum eine *actio judicati* zur Folge haben konnte, belangt zu werden. Freilich bestand dieses Interesse des Beklagten, so lange die Processkosten noch keine Rolle spielten, blos in Rücksicht auf seine Berufsgeschäfte, seine Behaglichkeit und seine Ehre, aber dieses Interesse wurde von den Römern als begründetes anerkannt, wie ihre Massregeln gegen das *vexari singulis judiciis* erweisen.[9])

In den Quellen gibt es nur eine einzige Stelle, welche sich für die schon von Donellus, von diesem aber ohne weitere Begründung vertretene Annahme,[10]) dass ein kondemnatorisches

[8]) v. Bethmann-Hollweg der römische Civilprocess § 111, 26 fg. (II. 634. 635.)

[9]) Vergl. die gegen den Erbschaftskäufer zustehende *hereditatis petitio utilis: ne singulis judiciis vexaretur* (l 13 § 4 D 5, 3), auch das *calumniae judicium* gegen denjenigen, welcher *vexandi adversarii gratia actionem instituit* (*Gaj. inst.* IV, 178).

[10]) Dieser sagt *comment. jur. civ.* XXI, 3 (*ed Francofurti ap. A. Wecheli heredes.* 1595. IV. p. 474 *vers.* 46—50): *Sive enim jam judicatum solvit, bona fides non patitur ut bis idem ab eo exigatur — sive nondum solvit, tamen hoc perinde haben-*

Urtheil bereits die konkurrente Aktio entkräfte, anführen liesse. Dies ist l 11 D 47, 7 (*Paul.*): *si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatio gravaverit reum;* aber auch sie ergibt keinen völligen Beweis, da in ihr das *consecutum esse* des im früheren Judikat Zuerkannten stillschweigend vorausgesetzt sein kann. Der Ausdruck *consecutum esse altera actione* selbst lässt sich in allen Stellen vom wirklichen Empfang des Klaggegenstandes verstehen, und nicht bestimmter ist das *servasse rem* in l 35 § 1 D 19, 2, welches den Konkurs der *actio communi dividundo* mit der *actio locati* auflöst. Dass einige Stellen das tolli der Aktio schon an *actum* oder *condictum esse* anknüpfen (l 18 § 1 D 13, 6 l 47 pr. D 17, 2 l 5 § 1 D 3, 6) ist ebensowenig ein Beleg für jene Ansicht, als wenn es in l 27 § 11 D 9, 2 (Collatio XII, 7, 9) heisst: *colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri et si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum (Proculus);* denn diese Aeusserungen sind auf das kondemnatorische Urtheil, wenn man das *consecutum esse* in ihnen nicht ergänzen will, nicht zu beschränken und beweisen, von jedem Judikat verstanden, für den Aktionenkonkurs zu viel.[11])

Die Stellen, welche man für das Erforderniss wirklicher Leistung des Klagobjekts anführt, handeln von Aufhebung der gegen mehrere Mitschuldner und der gegen einen Schuldner in Folge des *constitutum debiti proprii* begründeten Aktionen und heben nur hervor, dass nicht schon die Litiskontestation, sondern erst die Perception des Streitgegenstandes die Befreiung von der konkurrenten Aktio zur Folge habe.[12]) Wegen dieses Gegensatzes von processualischer Konsumtion und Zahlung sind diese Stellen für die Frage nach der Satisfaktionswirkung des Judikats weniger sicher zu gebrauchen. Dagegen scheint eine von Savigny benützte Stelle einen hierher gehö-

---

dum est, cum actione judicati id omnimodo facere cogatur. l 4 § 1 D. *de re jud. Et valde stultum sit novam actionem quaerere ad id obtinendum, in quo jam exsecutionem judicati partam habeas.*

[11]) Vorstehendes namentlich gegen Martens Concurrenz 56—58, welcher die angegebenen Ausdrücke für entscheidend hält.

[12]) So die bei Puchta Pandekten § 87, d citirten: l 1 § 10 — l 4 D 9, 3, l 7 § 4 D 27, 6, l 18 § 3 D 13, 5, welchen v. Savigny System V. 254, b noch l 32 pr. D 15, 1 beifügt.

irgen Gedanken auszudrücken, obwohl dieselbe sich auf einen speciellen Fall bezieht. In l 13 § 4 D 20, 1 heisst es nämlich, dass die Hypothek und folglich die *actio hypothecaria* erst durch Befriedigung der Pfandforderung, nicht schon durch Urtheil über die letztere beendigt werde: *nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem.* Wenn es nun auch erklärlich ist, dass in diesem Falle das Judikat weniger zur Genugthuung geeignet ist, als es dies gegenüber einer konkurrenten Aktio sein könnte, weil bei letzterer doch nur eine zweite *actio judicati,* durch die Pfandklage aber eine auch den Judikatsanspruch deckende Sicherung zu erwarten ist, so dürfte der citirte Schlusssatz obiger Stelle Marcian's doch in einer Beziehung für den Aktionenkonkurs zu verwerthen sein. Enthält nämlich die *actio judicati* keine Satisfaktion, so ist das Verlangen der konkurrenten Aktio seitens des Klägers kein unbilliges, und nur der Massstab der Billigkeit ist es, welcher bei der Frage über Zulässigkeit oder Ausschliessung der zweiten Aktio in Betracht kommt. Von einem tolli der konkurrenten Aktio konnte also keinesfalls die Rede sein, es stand im Belieben des Beklagten, dasselbe durch Erfüllung des Judikats herbeizuführen, und dann wirkte die Aufhebung nicht nur *in jure* der zweiten Aktio, sondern auch *in judicio* nach dem Grundsatze: *omnia judicia absolutoria esse.* Eine Vexirung war es nach römischer Ansicht nicht und der Beklagte konnte sich darüber nicht beschweren, wenn durch Rechtssatz oder in Folge Mehrheit der Verpflichteten, noch weniger, wenn durch eigenes Rechtsgeschäft dem Kläger mehrere Aktionen zustanden und dieser sie geltend machte. Freilich war es härter, dass wegen *abores furtim caesae* der Thäter nicht blos nach der *lex Aquilia,* sondern auch noch nach dem alten Civilrecht, angeblich den zwölf Tafeln, zu haften hatte, als seine mehrfache Haftung, wenn er durch Deteriorirung des Grundstücks seine Pflicht als Miteigenthümer und zugleich die als Pächter verletzte (Fall der l 35 § 1 D 19, 2) oder an einem Delikte Mehrerer theilnahm. Aber vom Standpunkt des Rechts aus, welches die Aktionen schuf, war deren Vorhandensein nicht wider die Billigkeit, wie die Begründungen beweisen, mit denen auch die vom prätorischen Rechte erzeugten Konkurrenzen gelegentlich als berechtigte erklärt werden.[13])

---

[13]) S. unten § 14, nach 1.

Auch in dem oben erwähnten Falle der l 11 D 47, 7 ertheilte der Prätor das Interdikt trotz erfolgter Kondemnation, und Paulus erklärt es für die Pflicht des Richters, zu absolviren, wenn mit dem Interdikt nicht Mehr zu erreichen sei. Auch an eine bedingte Absolution, etwa: *nisi ex prima condemnatione rem restituas:* wurde also nicht gedacht, sondern dieselbe musste eine definitive sein, welche zweifellos von dem Vorhandensein einer Satisfaktion für den Kläger abhing (cf. Gaj. *inst.* IV, 114). Dass eine Befriedigung des Klägers in der *actio judicati* nicht enthalten sei, beweisen auch die Stellen, welche die Unwirksamkeit des Judikats bei Sicherungsobligationen ausdrücken z. B. l 60 pr. D 17, 1: *Creditor mandatorem convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. respondi (Scaevola) posse.* l 116 D 45, 1: *Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis — et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit.* — Die letzte Stelle beweist überdies noch, dass *consecutum esse* in den Quellen im Sinne der Leistung genommen sei, eine Bedeutung, welche durch andere vom *consecutum esse* handelnde Fragmente nicht widerlegt wird.

Das Resultat des Vorstehenden ist also dieses, dass die Erfüllung der mit den konkurrenten Aktionen geforderten Leistung allein als das regelmässig den Konkurs lösende Moment zu betrachten sei. Dies gilt nicht blos für die Zeit des Formularprocesses, sondern auch Justinian lässt in einer zum Aktionenkonkurs, wenigstens der Konstruktion nach, gehörigen Vorschrift (c 22 § 2 C. 6, 2) die *actio furti* gegen den Dieb, falls der Kläger von dem Abhandenkommen der Sache nichts wusste und daher nicht schon durch die Erhebung der *actio commodati* gegen den Entleiher die Diebstahlsklage konsumirte, erst erlöschen: *si domino ab eo* (dem Kommodatar) *satisfactum est.*

Die Frage, ob nicht auch andere Thatsachen, welche auf die Integrität der einen Aktio einwirken, die konkurrente alteriren, ist einem späteren Abschnitte, nach Erörterung des Verhältnisses der in beiden Aktionen geltend gemachten Ansprüche zu einander, vorzubehalten. Hier handelte es sich zunächst um die Feststellung dessen, was die römischen Juristen unter der Aufhebung konkurrenter Aktionen verstanden haben.

III.

Processualische Vermittelung des Konkurses.

§ 3.

Die Konsumtion der Aktio bedeutet nach römischem Rechte, der Magistrat habe dieselbe zu denegiren, da sie nicht mehr *integra* ist. Gegen die Denegation konnte jedoch das Gewissen des Magistrats zwei Bedenken finden: das eine in dem Umstande, dass der Prätor über das Vorhandensein der Leistung und über die Frage, ob dieselbe auch die konkurrente Aktio betreffe, sich nicht genügend instruirt sah; das zweite in der Nothwendigkeit, die Aktio völlig zu denegiren, falls Kläger seinen Antrag nicht auf einen Theil des Inhaltes derselben beschränkte. Dass, wenn diese Fälle nicht vorlagen, der Prätor zur Denegation befugt war, ergibt sich aus l 1 D 47, 8: *si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti,* und, dass die Aktio *de jure* zustand, war also nicht entgegen.[1]) Konnte aber die Denegation nicht erfolgeu, so mussten zu Gunsten des Beklagten Mittel gewährt werden, die konkurrente Aktio zu entkräften.

Die Quellen machen einen Unterschied zwischen *ipso jure* und *ope exceptionis* erfolgender Aufhebung, welcher eine vorwiegend processualische Bedeutung hat. Javolenus bestimmt l 72 pr D 47, 2: wenn die Unterschlagung der entliehenen Sache Anstellung der *actio furti* zur Folge gehabt habe, so erlösche die *actio commodati,* während nach Erhebung der letzteren der *actio furti* eine *exceptio* entgegenstehe. Nach Julians l 28 D 19, 1 kann die *actio venditi „ipso jure“* nicht angestellt werden, wenn die für den Fall unterbliebener Erfüllung eines Nebenvertrags ausgemachte Konventionalstrafe durch *actio ex stipulatu* erlangt worden ist und das Interesse an der Nichterfüllung des *pactum* sich mit dem Betrag der Konventionalstrafe deckte. Die *actio ex stipulatu* aber ist, nachdem mit *actio venditi* der Betrag der Strafe erlangt wurde, durch *doli mali exceptio* ausgeschlossen.

---

[1]) A. M. *A. O. Krug selecta de condictione furtiva capita* (*diss. Lips.* 1830) 53, 2. 54. 69.

Es stand also dem Beklagten zu, eine *exceptio* in die Formel aufnehmen zu lassen, wenn Kläger aus der ersten der konkurrenten Aktionen bereits befriedigt worden war, und zwar nennt sie Julian *exceptio doli*. Die Verwendung gerade dieser Einrede in den vorliegenden Fällen war erklärlich, da der Empfang einer bereits erfolgten Leistung das wiederholte Fordern derselben als doloses erscheinen lassen musste: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur* (l 57 D 50, 17 Gaj.). Die *exceptio doli* wurde auch bei nicht konkurrenten Aktionen angewendet, um ein mehrfaches Fordern derselben Leistung auszuschliessen, z. B. wenn wegen Verwundung eines Sklaven die *actio legis Aquiliae* erfolgreich durchgeführt worden und nachher der Sklave gestorben war. Hier ging die Aquilische Klage auf den höchsten Werth, welchen der Sklave während des letzten Jahres gehabt hatte, aber (l 47 D 9, 2): *exceptione doli mali opposita compelletur (dominus), ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.* Die Funktion der *doli mali exceptio* in l 28 D 19, 1 ist wie die in der zuletzt citirten, gleichfalls Julians Schriften entnommenen Stelle und in Javolen's l 72 pr D 47, 2, falls dort die *exceptio doli* gemeint sein sollte, eine die zweite Aktio vollständig ausschliessende. Man kann aus l 28 D 19, 1 folgern, dass die Einrede nur dann stattfand, wenn durch die *actio venditi* der volle Betrag der Konventionalstrafe erreicht worden war[2]) und dass sie also dann nicht eingerückt werden konnte, wenn die Konventionalstrafe das mit der ersten Aktio Erlangte überstieg. In der angeführten Javolenischen Stelle ist von einer Abrechnung zwischen dem Ergebniss der *actio commodati* und *furti* gar nicht die Rede, so dass die *exceptio* immer eine totale Absolution des Beklagten bezweckte. Die in der zweiten Julianischen Stelle endlich (l 47 D 9, 2) genannte *exceptio doli* ist als eine *in jure* eingewendete zu denken, welche den Kläger nöthigte, seinen Anspruch, um nicht ganz abgewiesen zu werden, gehörig zu ermässigen.[3]) So erscheint auch noch bei Ulpian in einem dem Aktionenkonkurse beizuzählenden und der Entscheidung des Javolenus in l 72 pr D

[2]) Es heisst: *si consecutus fuerit quantum poenae nomine stipulatus esset agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit.*

[3]) Vergl. Eisele die Compensation (1876) 86.

47, 2 gleichzustellenden Falle die *exceptio doli* als Mittel, die zweite Aktio völlig wirkungslos zu machen: l 3 § 5 D 4, 9 *Novissime videndum an ejusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio judicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.*

Eine nur mindernde Wirkung ist also auch beim Aktionenkonkurse für die *exceptio doli* nicht erweislich, und es ergibt sich hieraus die Unrichtigkeit der bisher verbreiteten Meinung, dass die *exceptio doli* als der allgemeine Regulator des Aktionenkonkurses anzusehen sei. Denn, wenn schon Trebatius anerkannte: *ita utramque (actionem arborum furtim caesarum vel legis Aquiliae) dandam, ut judex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet:* (l 1 D 47, 7): so kann hier unmöglich angenommen werden, die Formula habe mit inserirter *exceptio doli* ertheilt werden müssen, um die zweite Aktio auf ihr *amplius* zu beschränken. Es wäre nicht römisch gedacht, den Worten: *si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat:* die Wirkung beizumessen, dass der Richter einen Abzug von dem Resultat der zweiten Aktio zu machen habe. Ueberdies nennt eine andere Stelle Ulpian's als Mittel, die „Konsumtion" zwischen *actio quod metus causa* und *actio doli* zur Geltung zu bringen, eine *exceptio in factum* (l 14 § 13 D 4, 2). Hier schien freilich nicht nur die Bezeichnung, sondern auch die Anwendung der *exceptio* für *arbitrariae actiones* auffallend zu sein, da man eine *ipso jure* eintretende Unwirksamkeit der konkurrenten Aktio erwartet hatte, und man wollte deshalb eine blose Räthlichkeit, nicht Nothwendigkeit der *exceptio* bei konkurrenten *actiones arbitrariae* oder eine *exceptio rei judicatae* respektive *in judicium deductae* aus der angeführten Stelle entnehmen.[4]) Allein die hier in Rede stehende *exceptio* ist keine nur gegen das *arbitrium judicis*, sondern eine gegen die Klageerhebung selbst gerichtete; daher musste sie schon *in jure* eingewendet werden. Das Faktum, welches sie geltend machte, war die erfolgte Leistung und die dadurch erzielte Konsumtion der Aktio.

[4]) Jenes: Martens Concurrenz 56. Sintenis Civilrecht I. 276, 21 (§ 30); dieses Buchka Einfluss I. 68. Puchta Instit. § 172, f. Wetzell Civilprocess (3. Aufl.) § 14, 49. Krüger proc. Consumtion (1864) 103.

Es ist zu bemerken, dass auch die soeben besprochene *exceptio in factum* in der citirten Ulpianischen Stelle nur zum völligen Ausschluss der zweiten Aktio dient;[5]) dasselbe gilt von einer Aeusserung des Paulus, welche noch der *exceptio* bei konkurrenten Aktionen erwähnt: l 34 § 1 D 44, 7 *Si is cui rem commodavero eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram peremit aut ipso jure aut per exceptionem, quod est tutius.* Paulus berücksichtigt hier die von Ulpian in l 47 pr D 17, 2 hervorgehobene Möglichkeit, dass die Vertragsklage die Geltendmachung eines höheren Interesses erlaube als die *condictio*, nicht und stellt deshalb eine völlige Peremtion der einen Aktio durch die andere *ope exceptionis* auf. So findet sich also die *exceptio*, wo sie beim Aktionenkonkurse vorkommt, nur in total ausschliessender, nirgends in mindernder Funktion und die Anwendung derselben, um das *amplius* der zweiten Aktio geltend zu machen, ist nicht bezeugt. Die Gestalt der *exceptio in factum*, welche hier, wie häufig,[6]) die *exceptio doli* vertreten konnte, mochte etwa folgende sein: *si eo nomine apud judicem* — (z. B. *commodati, ex lege Aquilia*) *aestimatio facta eaque soluta non est.*[7]) Die Rücksichtnahme auf die *aestimatio* ist durch l 34 pr D 44, 7 wahrscheinlich gemacht, wo Paulus die Meinung, dass durch die *actio legis Aquiliae* die *actio injuriarum* konsumirt werde, ohne Rücksicht auf die Quantität nur mit der Prästation der *aestimatio* begründet: *quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum qui aestimationem praestitit.* Diese *exceptio* hatte der Prätor zu ertheilen, und dieselbe war von total befreiender Wirkung, wenn sich der Kläger nicht *in jure* dazu verstand, seinen Anspruch als einen auf das Mehr der zweiten Aktio beschränkten in die Formula aufnehmen zu lassen. So wenigstens möchte die Aeusserung des Paulus in

---

[5]) Es heisst nämlich: *consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita:* und *consumere* bezeichnet nur völlige Ausschliessung.

[6]) Cf. l 14 D 46, 1: *in factum replicatio-aut doli mali- (Julian.)* l 4 D 46, 2: *exceptione doli vel in factum (Ulp.)*

[7]) Nachgebildet der l 10 D 27, 9: *Illicite post senatusconsultum pupilli vel adolescentis praedio venumdato, si eo nomine apud judicem tutelae vel utilis actionis aestimatio facta est eaque soluta, vindicatio praedii ex aequitate inhibetur. (Ulp.)*

der zuletzt citirten Stelle aufzufassen sein: die Ansicht derjenigen, welche die *actio legis Aquiliae* nach Durchführung der *actio injuriarum* noch für unbeschränkt zulässig erklären, sei: *per praetorem inhibenda — nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit agatur.*

Dass der Kläger nur die Wahl hatte, entweder die konkurrente Aktio nur auf das *amplius* zu impetriren oder eine völlige Absolution des Beklagten zu gewärtigen, ist sogar für das *bonae fidei judicium* anzunehmen. Das *officium judicis*, welches nach l 3 § 5 D 4, 9 in der zweiten Aktio zu absolviren gebot und auf welches das oben erwähnte: *ipso jure ex vendito agere non poteris:* in l 28 D 19, 1 sowie das der *exceptio* entgegengesetzte: *commodati actio extinguitur:* in l 72 pr D 47, 2 sich beziehen mag, bewirkte hier nach den eben erwähnten Stellen gänzliche Entkräftung der konkurrenten Aktio. Zwei Fragmente von Paulus noch erweisen dies, das eine, wo es heisst: *post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur* (l 34 § 2 D 44, 7), das andere, in welchem es als vom *officium* des *judex ex locato* abhängig betrachtet wird, dass Kläger mit *actio legis Aquiliae* sich begnüge (l 43 D 19, 2). Auch der Richter im *bonae fidei judicium* scheint also nach gezahlter Aestimation der ersten Aktio den Beklagten nicht blos theilweise, sondern nur total absolviren zu müssen, falls nicht der Kläger seinen Anspruch *ex altera actione* nur auf das *amplius* gerichtet hatte. Julianus fährt nach den oben citirten Worten der l 28 D 19, 1 fort: *nisi in id, quod pluris ejus interfuerit id fieri,* d. h. man konnte, nachdem mit *actio ex stipulatu* der Betrag der Konventionalstrafe erreicht worden, die *actio venditi* nur noch auf den Mehrbetrag des Interesse verlangen. Die Entbehrlichkeit jedes Formelzusatzes aber, um den Richter *ex bono et aequo* zur Partialabsolution zu ermächtigen, ist durch das *ipso jure* nicht bewiesen, dasselbe bedeutet nur die Entbehrlichkeit der *exceptio.* Zwar nicht für das *bonae fidei judicium,* sondern für Deliktsaktionen wird in den Quellen auf eine nicht als Ertheilung einer *exceptio* bezeichnete Thätigkeit des Prätors hingewiesen, welche ihm bei Ertheilung der Formula oblag. So heisst es in der oben citirten l 1 D 47, 7 von der *actio legis Aquiliae* und der *actio arborum furtim caesarum: ita utramque dandam, ut judex in posteriore deducat id, quod ex prima consecutus sit et reliquo*

condemnet, und in l 1 D 47, 8: *si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur* — beide Stellen haben Paulus zum Urheber, der sich in der ersten auf Trebatius beruft. Hieraus lässt sich schliessen, dass der Prätor nach der *in jure* erfolgten Einwendung geschehener Leistung die Formel auch nur auf einen Theil des mit der konkurrenten Aktio zu Erreichenden gewähren konnte, vielleicht mittelst Einfügung eines: *duntaxat deducto eo, quod ex causa — (prioris actionis) consecutus est.*

Dass auch ohne eine derartige *condemnatio cum taxatione* der Richter zu einer Partialabsolution berechtigt war, ist selbst für das *bonae fidei judicium* nicht nachzuweisen; vielmehr wurde das Ausreichen des *officium judicis* gerade hier gelegentlich bezweifelt. Paulus erklärt es für „sicherer" (*tutius*), dass *commodati actio* und *condictio furtiva* sich nicht „*ipso jure*", sondern „*per exceptionem*" „perimiren" (l 34 § 1 D 44, 7). Das *tutius* d. h. *tutius dicere*, eine wissenschaftliche Bemerkung, nicht blos ein praktischer Wink gegen die Unachtsamkeit des Richters,[8]) bezieht sich hier freilich auch auf die nach der *bonae fidei actio* angestellte *condictio furtiva*, wo man doch die *exceptio* für eine nothwendige halten möchte, und es ist nicht unerklärlich, wenn vielleicht für die Nothwendigkeit der Absolution in der konkurrenten Kondiktion sich gewohnheitsrechtlich das *ipso jure* festgesetzt hatte. Denn auch die *condictio* kann ein *incertum* zum Gegenstand haben und ist dann insofern *ex aequo et bono*, wie die *actio injuriarum* (l 11 § 1 D 47, 10) welche nach l 34 pr D 44, 7 aus Gründen der Billigkeit durch die *actio legis Aquiliae* völlig konsumirt wird. Das Schwanken zwischen der Aufhebung durch *exceptio* oder *officio judicis* findet sich auch in einer Stelle Ulpian's in Beziehung auf die *actio de recepto* und die *actio furti*, indem es heisst: *vel officio judicis vol doli exceptione alterutra esse contentus debeat* (l 3 § 5 D 4, 9).

Dass dem Richter übrigens da, wo sein *officium* walten konnte, die Befugniss vollständiger Absolution in Konkursfällen, auch ohne Bemerkung in der Formula, regelmässig zugestanden wurde, ist kaum zu bezweifeln. Die in l 11 D 47, 7

[8]) Von der blosen Nützlichkeit versteht das Wort v. Savigny System V. 262, f. Dagegen vergl. v. Keller Civilprocess § 35, 382. Bekker Aktionen II. 283.

geforderte Absolution vom *interdictum quod vi aut clam: si satis prima condemnatio gravaverit reum:* die dem *judex ex locato* aufliegende Pflicht, dass der Kläger mit *actio legis Aquiliae* „*contentus*" sei (l 43 D 19, 2), endlich die in l 9 § 1 D 47, 2 von Pomponius für zulässig anerkannte Absolution des mit der *condictio furtiva* Verurtheilten im Vindikationsprocess dienen zum Beleg. Von einer Partialabsolution, ohne dass der Kläger sein Petitum auch nur auf das *amplius* beschränkt hätte, was doch wahrscheinlich eine Bemerkung in der Formula veranlasste, ist nicht die Rede. Auch l 41 § 1 D 44, 7 macht die Annahme derselben nicht unumgänglich: *Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius* (*judicantis* liest Mommsen) *partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur* (*Paul.*). Denn, wann diese *partes judicis* und dass sie etwa von selbst eintreten, ist nicht gesagt, wenn man nicht das, durch Mommsen's Konjektur übrigens verschwindende, *potius* als Bezeichnung eines Gegensatzes zum Prätor urgiren will. Aeltere Schriftsteller haben aus dem soeben angeführten Fragment nicht ein *officium* des in der zweiten konkurrenten Aktio urtheilenden Richters, sondern ein solches des *judex prioris actionis* entnehmen zu dürfen geglaubt. Es sollte nämlich der Richter, wenn Kläger ihm alle für den vorzunehmenden Process zuständigen Aktionen vorgetragen hatte, auf das dem Kläger günstigste Resultat erkennen müssen,[9]) so dass also z. B. im römischrechtlichen Sinne der *judex ex locato* in das Gebiet der Aquilischen Aktio würde übergreifen können. Diese Ermächtigung des Richters, welche man übrigens konsequent auch mangels ausdrücklicher Kumulation anzunehmen haben würde, enthielte die einzige Erklärung, mit welcher die Schlussworte der l 41 § 1 D 44, 7 nach der oben mitgetheilten florentinischen Lesart zu vereinigen wären. Denn, angenommen, die *reliqua actio* der Stelle sei die noch nicht geltend gemachte, so müsste Kläger doch in der ersten wenigstens das *tantundem aut minus* der zweiten erreichen und die von den meisten Autoren in den Schlusssatz eingeschobene Negation wäre unpassend. Allein ein solches Resultat, abgesehen davon, dass eine derartige Kumulation konkurrenter Aktionen auch durch l 1 § 4 D 43, 3,

[9]) Glück Commentar IV. 3, 8. *Krug de condict. furt.* 58. 59.

worauf man sich zu berufen pflegt, nicht als zulässig erkannt wird,[10]) ist gänzlich unrömisch, da der Richter über das wirkliche Zustehen von anderen als den Aktionen, in welchen er als *judex* aufgestellt ist, nicht zu erkennen hat. Auch eine von den angeführten Autoren nicht beachtete Bestimmung, welche allein als Analogie für deren Annahme aufgeführt werden könnte, gewährt keinen Anhaltspunkt, nämlich die Bestimmung, dass „in die *hereditatis petitio*“ der volle Betrag der *actio servi corrupti*, also anstatt des einfachen Schadenersatzes der doppelte „komme“ (l 13 § 1 l 14 pr D 11, 3). Denn die Erbschaftsklage vertritt hinsichtlich des von processualischen Vorgängen, z. B. Infitiation, unabhängigen Inhalts vollständig die Einzelklagen (l 20 § 4 D 5, 3). Unter dem *postea judicans* der l 41 § 1 D 44, 7 ist also der in der konkurrenten zweiten Aktio erkennende Richter zu verstehen[11]), dann aber kann es am Schlusse der Stelle nicht heissen: *si tantundem aut minus, id consequatur,* sondern eine Negation ist unentbehrlich.[12])

Die im Vorstehenden aufgestellte Annahme, dass der Richter im Formularprocesse zu einer Partialabsolution nur befugt war, wenn der Kläger *in jure* seine Aktio auf das mit der ersten Aktio nicht erreichte *amplius* beschränkte, enthält für den Kläger keine Unbilligkeit und Härte. Denn das römische Processrecht muthete ihm noch mehr zu, indem es dem in der zuerst angestellten Aktio urtheilenden Judex zur Pflicht machte, ihn zum Verzicht auf die konkurrente Aktio zu veranlassen.

Am Bestimmtesten betont diesen Verzicht Gajus für den Fall, wenn der Pächter die Bäume des Pachtgrundstücks heimlich umhieb, so dass seine Handlung ausser der *actio locati* auch die *actio legis Aquiliae*, die *actio arborum furtim caesarum* und das *interdictum quod vi aut clam* nach sich zog: *sed utique*

[10]) S. über diese Stelle unten § 12, nach 19.

[11]) Windscheid Pandekten § 326, 9 schlägt deshalb vor, *posterioris* statt *postea* zu lesen.

[12]) Cujacius emendirte *nihil*, was Huschke Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 180 mit der Aehnlichkeit der Sigle von *id* und *nil* zu rechtfertigen sucht. Pagenstecher liest *id non sequatur*. Citate für Beides bei Brackenhöft Identität 295, 43. 44. — v. Savigny System V. 224, e schlägt unter Annahme einer Gemination vor: *id non consequatur*.

judicis, qui ex locato judicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat (remittat?) (l 25 § 5 D 19, 2). Pomponius äussert sich gelegentlich des Konkurses von *rei vindicatio* und *condictio furtiva* in l 9 § 1 D 47, 2: *potest dici, officio judicis qui de proprietate cognoscit contineri, ut non aliter jubeat restitui quam si condictionem petitor remitteret.* Bei Ulpian in l 7 § 1 D 13, 6 aber heisst es nur noch: *aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem (legis Aquiliae), nisi forte quis dixerit agendo eum lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.*

Während so die Vorschrift, dass Kläger einen Verzicht auf die konkurrente Aktio ausstellen müsse, um eine Verurtheilung des Beklagten in der ersten zu erlangen, allmählich nicht mehr als „*utique judicis officio*“ betrachtet worden zu sein scheint, so findet sich doch bei Ulpian noch die Meinung des Labeo recipirt: *cavere petitorem (in rei vindicatione) oportere (se) lege Aquilia non acturum* (l 13 D 6, 1), welche als Beantwortung der vorher aufgeworfenen Frage erscheint: *an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae.* Die rechtliche Gestaltung des Verzichtes war also die einer *cautio se non acturum altera actione*, und so erhellt die Uebereinstimmung der noch von Paulus vertretenen Meinung des Pomponius mit jener *remissio*, indem verlangt wird, der mit *hereditatis petitio* Klagende müsse auswählen, ob er gegen *cautio se non acturum lege Aquilia* Verurtheilung des Erbschaftsbesitzers wegen der zur Zeit der ruhenden Erbschaft erfolgten Tödtung eines Erbschaftssklaven wolle oder ob er auf dieses Interesse verzichte, um sich die *actio legis Aquiliae* vorzubehalten (l 36 § 2 D 5, 3). Ganz entsprechend entscheidet Paulus für den Konkurs der *rei vindicatio* und der *actio legis Aquiliae: quodsi malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor . itaque electio actori danda est, non ut triplum sed duplum* (d. h. höchstens das Doppelte, nämlich im Falle der Infitiation) *consequatur* (l 14 D 6, 1.[13])

Von den vorstehenden, die *remissio actionis* vorschreibenden

[13]) Nicht hierher gehört das *cavere amplius non agi* in l 27 § 14 D 9, 2, obwohl es sich dort um Aktionenkonkurs (*interdictum quod vi aut clam* und *actio legis Aquiliae*) handelt, denn die *cautio* bezieht sich, wie durch den Beisatz : *scilicet ne dominus amplius inquietet* : bewiesen

Stellen sind die auf den Erlass der Deliktsklage im *bonae fidei judicium* bezüglichen, insoferne die Deliktsklage ein *amplius* ergibt, als veraltet zu betrachten. In Ulpian's l 7 § 1 D 13, 6 ist es ersichtlich, dass derselbe zu einer neueren Meinung, welche die Zulässigkeit der Nachklage auf das *amplius* anerkennt, sich wenden. Aber auch der von Gajus in l 25 § 5 D 19, 2 im *judicium locati* verlangte Verzicht auf die *actio legis Aquiliae* und die *actio arborum furtim caesarum* ist als von der späteren Rechtsentwicklung überholt zu betrachten, obwohl Paulus in l 43 D 19, 2 es als Pflicht des *judex ex locato* bezeichnet, dass der Kläger beim Konkurs der *actio locati* und *legis Aquiliae* mit einer von beiden Aktionen, „sich zufrieden gebe“: was kaum anders als von dem von Gajus hervorgehobenen *officium judicis* verstanden werden zu können scheint. Allein andererseits stellt Paulus selbst in seinem *liber de concurrentibus actionibus* (l 34 § 2 D 44, 7) die Ansicht auf, dass nach durchgeführter *actio commodati* die Aquilische Klage hinsichtlich ihres *amplius* noch geltend gemacht werden könne, und es ist nicht einzusehen, weshalb für den Konkurs der *actio locati* mit der *actio legis Aquiliae* etwas Anderes gelten sollte. Ebenso ist für den Konkurs der *actio arborum furtim caesarum* mit der Aquilischen Klage von Paulus die dem Trebatius zugeschriebene Meinung, dass Nachklage auf das *amplius* der einen gerechtfertigt sei, angenommen worden (l 1 D 47, 7). Diesen Entscheidungen gegenüber ist die erwähnte l 43 D 19, 2 in Verbindung mit anderen anscheinend ebenfalls das Klagen auf *amplius* ausschliessenden Fragmenten einschränkend zu interpretiren. Die Stelle lautet: *Si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur.* Daneben ist l 47 § 1 — l 50 D 17, 2 aufzuführen: *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum — sed nihilo minus et pro socio tenetur. — Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat.* — Der in seiner Monographie *de concurrentibus actionibus* niedergelegten Ansicht gegenüber sind diese Stellen des Paulus auf die Pflicht des Richters zu totaler Absolution in dem an zweiter Stelle

wird, auf den Ausschluss der Klage des *dominus fundi* nach der des Pächters und gehört zu der in l 14. 15. 23 D 46, 8 besprochenen *cautio procuratoria.*

angestellten *bonae fidei judicium* zu beziehen, oder man müsste annehmen, dass bei Paulus die Ansicht von der Unnöthigkeit eines Verzichtes sich erst allmählich feststellte, worauf die Ausdrucksweise in l 34 § 2 D 44, 7 allerdings hindeutet.[14]) Dann würde der neueren Auffassung, weil sie an massgebender Stelle vorgetragen ist, zweifellos der Vorzug zu geben sein. Auch l 18 D 9, 2 ist hiernach nicht mehr wörtlich zu nehmen: *Sed et si is qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debebit actor.*

Dagegen für die *rei vindicatio* und *hereditatis petitio* blieb die Vorschrift bestehen, dass Kläger die Wahl habe, ob er die in diesen Aktionen geltend gemachte Ersatzforderung im angestellten *judicium* eingerechnet haben oder ob er auf die Aestimation jener jetzt verzichten und die Aquilische Klage, welche durch ihre besondere Schätzung eine höhere Ersatzsumme verschaffen konnte, sich ungeschmälert erhalten wollte. Der Grund, weshalb dies bei anderen Aktionen ausser Anwendung kam, mochte der sein: weil die nur auf den Schadenersatz-Anspruch gerichteten Aktionen im Falle der Weigerung des Klägers, die *cautio de non amplius agendo* zu leisten, die völlige Absolution des Beklagten zur Folge haben mussten, während bei den dinglichen Aktionen vor dem Zwecke der Sachrestitution das Interesse an einer strafähnlichen Erhöhung des nur accessorisch in Betracht kommenden Anspruchs wegen Beschädigung zurücktrat.[15]) Jene Weigerung des Klägers aber musste als begründete anerkannt werden, sobald man das Recht der Nachklage auf das *amplius* zugestand, und man durfte ihn deshalb nicht benachtheiligen lassen. Doch hat in einem Falle, wo es sich um Restitution oder Ersatz der Sache selbst handelt, Pomponius angedeutet, dass die *rei vindicatio* gegen den Dieb erfolglos war, wenn Kläger sich nicht bereit zeigte, auf die *condictio* zu verzichten. Er äussert sich l 9 § 1 D 47, 2: *si eam*

[14]) *post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere.*

[15]) Aus gleichem Grunde verlangt Paulus in l 6 § 4 D 4, 9 nach *egisse* mit dem *exercitor* das *praestare actionem legis Aquiliae* und setzt dabei erfolgreiche *actio de recepto* voraus, denn bei Absolution des *exercitor* hätte diesem wegen der hier stattfindenden Wirkung der *res judicata* zu Gunsten des *nauta* (l 6 § 4 D 4, 9) die Cession nichts helfen können.

(rem subreptam) a fure vindicassem, condictio mihi manebit, sed potest dici officio judicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter jubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret. — Allein Pomponius hat offenbar nur den Fall im Auge, dass mit der *condictio* nur der Werth der Sache selbst, nicht das Interesse an deren Entziehung verfolgt werde,[16]) und da, wo die Aktionen ihrem Inhalt nach sich völlig decken, ist es gerechtfertigt, den Erfolg der ersten Aktio an einen Verzicht auf die zweite zu binden. Daher ist der bei Gajus l 25 § 5 D 19, 2 geforderte Verzicht auf das *interdictum quod vi aut clam* beim *judicium locati* unbedenklich[17]) und in den Quellen so wenig durch spätere Entscheidungen abgeändert als die citirte Ansicht des Pomponius.

Der Richter hatte also, wie es scheint, im *bonae fidei judicium* und bei den dinglichen Hauptklagen, *rei vindicatio* und *hereditatis petitio*, die Pflicht, sein Urtheil resp. das *arbitrium de restituendo* nicht eher zu erlassen, als bis die *cautio de non amplius agendo* geleistet worden war,[18]) oder vielleicht konnte er ein von dem Verzicht bedingtes Urtheil fällen, wie ein bedingtes *arbitrium* nach l 57 D 6, 1: *ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.* Jedenfalls aber musste bei hartnäckiger Verweigerung der Beklagte das Recht haben, Absolution zu verlangen. Wo es sich um Einrechnung des Schadenersatzes in die dingliche Klage handelte, da unterblieb Mangels Verzichtes einfach die Einrechnung: *non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae* (l 13 D 6, 1). Ein derartiges *officium judicis,* den Kläger zum Aufgeben eines Rechts zu veranlassen, wenn die Ausübung desselben nach der Kondemnation als ungerechtfertigt erschienen wäre, ist nicht beispiellos. Wetzell macht auf einen solchen Fall aufmerksam, welchen er nur unzulässiger Weise vollständig mit der *remissio actionis* identificirt; derselbe ist in l 9 pr. D 46, 2 enthalten: *Si pupillus sine tutoris auctoritate rem salvam fore stipulatus pubes factus ratam stipulationem habuerit novandi causa,*

[16]) S. unten § 7.

[17]) l 15 § 12 D 43, 24: *si quis alia actione fuerit consecutus id quod interfuit opus non esse factum, consequens erit dicere ex interdicto nihil eum consequi oportere.*

[18]) Wie in den Fällen der l 58 D 6, 1, l 29 D 23, 3.

tollitur tutelae actio. si non habuerit ratum, licet tutelae egisset, habet tamen adhuc ex stipulatu actionem: sed judex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret. Die Liberation hier soll nach Wetzell's Annahme den Verzicht auf die *actio ex stipulatu* bedeuten;[19]) allein der Erlass geht in diesem Falle offenbar noch weiter als eine blose *cautio de non amplius agendo,* nämlich auf vollständige Aufhebung der *obligatio ex stipulatu* selbst, durch Acceptilation. Das Wort *remittere,* obwohl in dieser Bedeutung des Obligationserlasses in c 8 pr. C 8, 41 gebraucht,[20]) ist doch für einen derartigen Sinn der klassischen *remissio actionis* nicht massgebend, denn in § 16 J. 4, 1 z. B. ist unter *remissio actionis* nur das Fallenlassen der angestellten Aktio zu verstehen. Vielmehr liegt in der *cautio se non acturum altera actione* nicht, wie beim *pactum de non petendo* wegen Injurie und Diebstahls (l 27 § 3 l 7 § 14 i. f. D 2, 14), eine völlige Beseitigung der Aktio vor, sondern sie wirkte wie jede *cautio judicialis* (im Sinne des Pomponius l 5 pr. D 45, 1). Je nachdem sie in Gestalt einer einfachen Repromission oder mit realer Sicherheitsbestellung erfolgt war, entstand eine *actio ex stipulatu* oder es verfiel die Sicherheitsleistung, sobald das *judicium* wider das Versprechen *coeptum* war.[21]) Als *nudum pactum de non petendo* kann die Remission in dem hier besprochenen Sinne nicht eingegangen worden sein,[22]) da sie als *stipulatio judicialis* zu betrachten ist.

Die *cautio de non amplius agendo* hatte also nicht die Wirkung des *tolli actionem,* wie die Liberation in l 9 pr D 46, 2, welcher letzteren Stelle noch eine entsprechende Bestimmung beizufügen ist zum Beleg dafür, dass der Richter den Kläger manchmal zu einer viel wirksameren Verzichtleistung, als sie in der *cautio* lag, zu veranlassen hatte. Es sollte nämlich, wenn einem *pactum* eine Konventionalstrafe beigefügt worden war, die *exceptio pacti* nicht anders zur Wirksamkeit gelangen, als nach erfolgter Acceptilation der Stipulation: was Ulpian

[19]) Wetzell der röm. Vindicationsprocess (1845) 244, 2.

[20]) Wetzell Vindicationsprocess 245, 1 setzt daher diese Stelle mit den von der *remissio actionis* handelnden in Beziehung.

[21]) Dieser Zeitpunkt, welcher mit der *satisdatio judicio sistendi causa* nicht, also wohl erst mit der *litis contestatio* eintrat, ist nach Analogie von l 15 D 46, 8 der entscheidende.

[22]) Wie *Krug de condict. furt.* 56 annimmt.

mit „*aequum erit*“ einführt (l 10 § 1 D 2, 14), während Paulus ein „*alterutro contentum esse debere*“, nämlich *excipiendo* oder *ex stipulatu agendo,* vorschreibt (l 12 § 2 D 23, 4).

Anderer Meinung hinsichtlich der Wirkung des auf die konkurrente Aktio geleisteten Verzichtes ist Wetzell, indem er in der *remissio* einen völligen materiellen Untergang der Aktio durch Novation findet. Um die Novation zu rechtfertigen, nimmt er an, auch in den Fällen der l 9 § 1 D 47, 2 und l 36 § 2 D 5, 3 (s. oben S. 23.) sei, wie in der besprochenen l 9 pr D 46, 2 „eine bestehende Obligation ohne die Absicht der Novation seitens des Gläubigers, und daher ohne Tilgung der älteren Obligation in eine Stipulation aufgenommen“, indem die *cautio judicatum solvi* geleistet und von dieser die Delikts- oder Bereicherungs-Obligation absorbirt worden sei. Der Kläger müsse zwischen alter und neuer Forderung vor Realisirung der Stipulation wählen und auf die nicht gewählte verzichten: „nunmehr sei eine wahre Novation vorhanden.“ [23]) Die Remission stellt sich also hiernach als die nothwendige Folge einer unvollendeten Novation dar, und vollendet die letztere. Abgesehen nun davon, dass die *cautio judicatum solvi* beim Konkurs persönlicher Aktionen und also in den Fällen der l 7 § 1 D 13, 6 l 25 § 5 D 19, 2 (s. oben S. 23.) nicht vorauszusetzen ist, und dass die *stipulatio rem pupilli salvam fore* die *obligatio tutelae* meist nicht vollständig decken würde, [24]) ist schon die Anwendung dieser Theorie auf die für dieselbe in Anspruch genommenen Stellen zweifelhaft. In l 9 pr D 46, 2 wäre die ältere Obligation die *obligatio tutelae,* die jüngere die *obligatio ex stipulatu rem pupilli salvam fore;* wenn nun auf die zweite verzichtet wird, so ist doch keine Novation derselben in die erste vorhanden, sondern die erste bestand neben der zweiten blos accessorischen fort. In den beiden anderen Fällen, wäre die zu novirende Obligation die Deliktsobligation, für deren Geltendmachung hier zwei Aktionen zustehen, *actio legis Aquiliae* und *hereditatis petitio,* oder die Obligation aus ungerechter Bereicherung, welche mit *rei vindicatio* und mit *condictio* geltend gemacht werden kann. Die jüngere Obligation wäre die Obligation aus der bei der dinglichen Klage geleisteten *cautio judicatum solvi,* und nach Analogie der l 9 pr D 46, 2 müsste diese es sein, auf welche Verzicht geleistet wird, allein der Verzicht erfolgt für die eine der konkurrenten Aktionen. Nur wenn sich erweisen liesse, dass der Verzicht auf die *actio legis Aquiliae* und auf die *condictio* die ganze Obligation aus dem Delikt oder der Bereicherung aufhebe, könnte angenommen werden, dass die *stipulatio judicatum solvi* als an Stelle jenes Anspruchs getreten zu betrachten sei, und ähnlich liesse sich denken, dass durch einen Verzicht auf die *actio tutelae* der ganze Anspruch zu Gunsten der *stipulatio* aufgehoben werde. Allein dieser Beweis ist nach römischem Rechte nicht erbracht; auch ist es keine Novation zu nennen, wenn ein Rechtsgeschäft eine neue Obligation, offenbar accessorisch, begründet und ein ganz anderes Rechtsgeschäft die erste Obligation aufhebt.

[23]) Wetzell Vindicationsprocess 242—245. Auch Buchka Einfluss I. 63, 1 sagt, ohne weitere Begründung: „Die praktische Bedeutung des Verzichtes ist diese, dass die Klage in Folge dessen schon vor dem Erkenntniss und nicht erst in Folge der späteren Zahlung untergeht.“

[24]) Dies wendet Schirmer Ueber die prätorischen Judicialstipulationen (1853) 174—178 gegen Wetzell ein.

Schliesslich ist noch einer besonderen processualischen Gestaltung zu gedenken, welche sich in l 10 D 19, 1 für konkurrente Aktionen findet, indem es heisst: dieselben bildeten eine einzige Aktio, enthaltend das *commodum* einer jeden der konkurrenten Aktionen. Diese Bestimmung erinnert an die Formulirung der *actio de peculio deque eo quod in rem domini versum sit,* von welcher es heisst: *licet enim una est actio — tamen duas habet condemnationes* (§ 4[b] J. 4, 7). Jedoch handelt es sich in jenem Falle nicht um die Verbindung verschiedenartiger Ansprüche in einer Formula, sondern um einen einzigen Anspruch *ex emto,* welchen mangels Lieferung des Kaufobjekts Jemand geltend macht, weil dadurch sein eigenes Interesse als Käufer und sein Interesse als Erbe eines anderen Käufers derselben Sache verletzt worden ist. In der genannten Stelle ist nämlich ein mehrfacher Verkauf des nämlichen Gegenstandes an Erblasser und Erben vorausgesetzt, so dass der Erbe vor dem Erbschaftsantritt seine eigene Aktio besonders geltend machen könnte. Nach dem Erbschaftsantritt sind die beiden Obligationen und Aktionen „*in ejusdem persona de eadem re concurrentes*“, wie Ulpian sich ausdrückt, obwohl *eadem res* hier nur im Kaufobjekt vorliegt, um welches es sich bei

den hier konkurrenten Aktionen gar nicht handelt, und trotz des Konkurses eine materielle Schmälerung der Aktionen nicht eintritt.[25]) Es ist schon oben erwähnt worden, dass in l 10 D 19, 1 der Aktionenkonkurs nicht im eigentlich technischen Sinne, sondern als ein Ausdruck für das Zusammentreffen mehrer Obligationen in Einer Person durch Erbgang erscheint (s. oben S. 3); *eadem res* ist dabei im eigentlichen Sinne, nämlich ohne Rücksicht darauf, ob an Stelle der *res* bei Realisirung der einen Obligation deren Werth-Aequivalent in die andere Obligation trete, als Gegenstand der Obligationen vorausgesetzt. So erklärt sich denn auch die *una actio* in l 10 D 19, 1 daraus, dass der Fall dieser Stelle als zur Gruppe: *duae obligationes in unius persona concurrentes:* und zwar der *duae ejusdem potestatis,* von denen man nicht sagen kann: *cur altera potius quam altera consumeretur* (l 5 D 46, 1): gehörig betrachtet und deshalb wie die durch Vererbung erfolgte Koncentrirung korrealer Obligationen behandelt wurde. Eine ähnliche Behandlung ungleichnamiger, wirklich konkurrenter Aktionen ist nicht erweislich, z. B. nicht im Falle der l 5 D 27, 3, wonach die vom Mündel ererbte *actio depositi* oder *commodati* mit der ihm von selbst zustehenden *actio tutelae* oder *condictio ob turpem causam* konkurrirt.

IV.

Kasuistik des Aktionenkonkurses in den römischen Rechtsquellen.

§ 4.

Als Resultat stellte sich im Bisherigen heraus, dass der Aktionenkonkurs eine gänzliche oder theilweise Beseitigung der Aktio durch Erfüllung der mit der andern Aktio begehrten Leistung sei. Die Möglichkeit solcher indirekten Befriedigung

[25]) Erfolgte die Leistung des Kaufobjekts, so könnte vom *commodum utriusque contractus* nicht die Rede sein. S. Hartmann Obligation 106 fg. Ueber die mögliche Verschiedenheit des *commodum* bei Erblasser und Erben gibt Sintenis Civilrecht I. 275, 20 (§ 30) gewählte Beispiele.

setzt eine Verwandtschaft oder sogar Identität des Petitums (*condemnatio*) derselben voraus und weist daher von selbst auf den Inhalt der Aktionen hin. Man möchte deshalb den Satz aufstellen: wenn die Aktionen dieselbe Leistung zum Inhalte haben, decken sie sich, und die Befriedigung der einen ist die Befriedigung der andern. Mit Rücksicht auf die Eintheilung in *actiones quibus rem persequimur* und *actiones poenales,* welche für die vermögensrechtlichen Aktionen des römischen Rechts die deren Inhalt erschöpfende ist, sobald man nur nicht jene als blosen Schadenersatz, diese als nur Gewinn erzielende erklärt,[1]) liessen sich folgende, keines Belegs bedürftige[2]) Regeln erwarten: 1. Handelt es sich um ein Delikt, so kann die Privatstrafe (*poena*) für dasselbe ausser dem Ersatze des Schadens (*res*) beansprucht werden, und, so lange beide Ansprüche nicht befriedigt sind, ist keine der Aktionen ausgeschlossen. 2. Handelt es sich um einen nicht durch Delikt begründeten Anspruch, so kann dessen Erfüllung (*res*) so weit, als jede der konkurrenten Aktionen es für sich allein ermöglichen würde, begehrt werden, und, so lange der abzurechnende Mehrbetrag der einen nicht erreicht ist, ist diese Aktio nicht erloschen. Allein die Misslichkeit des Versuches, solche Regeln für das römische Recht festzustellen, tritt den Entscheidungen der Quellen gegenüber allzu greifbar hervor, als dass man es unterlassen könnte, der Kasuistik der Quellen nachzugehen und die Abweichungen von obigen natürlichen Grundsätzen zu ergründen. Dabei drängt sich die Bemerkung auf, dass auch hier an die Durchführbarkeit einer chronologischen Entwickelung für die Meinungen der römischen Juristen im Einzelnen nicht zu denken ist.

1. Konkurs der reipersekutorischen Aktio mit der actio legis Aquiliae.

§ 5.

Schon Labeo war der Ansicht, dass eine *cautio lege Aquilia se non acturum* geleistet werden müsse, wenn man im

[1]) Vergl. Brinz Pandekten (2. Aufl.) § 85.

[2]) Vergl. übrigens *schol. 2 (Stephani) ad Bas.* XII. 1, 48: *Ὅτι αἱ καθαρῶς οὖσαι ποιναλίαε ἀγωγαὶ οὐκ ἀναιροῦσι τὰς ἀδ ῥέι περσεκουτιόνεμ, ἀλλὰ μόναι αἱ ἀδ ῥέι περσεκουτιόνεμ καὶ αἱ μίξται.*

Eigenthumsstreit neben dem Restitutionsbefehl auch eine Einschätzung der vom Besitzer zu verantwortenden Schäden haben wolle (l 13 D 6, 1). Dies war bestimmt, obwohl die Aquilische Aktio wegen ihrer besonderen Berechnungsweise nach dem höchsten Werth, welchen der beschädigte Gegenstand zu einer bestimmten Zeit hatte, eine dem Kläger vortheilhaftere Ersatzsumme ergeben konnte als die nach der Zeit der Litiskontestation bemessene Schätzung in der *rei vindicatio*. Der Ansicht des Labeo folgte Prokulus, indem er nach dem Berichte Ulpians in l 7 § 8[1]) l 27 § 11 D 9, 2 annahm, es könne wegen Verschuldung des Miethers, wo *actio locati* und *legis Aquiliae* begründet sei, nach *res judicata* über die eine dieser Aktionen die andere nicht mehr gebraucht werden. Also auch hier schloss die Erlangung des einfachen Schadenersatzes, welcher im *judicium locati* in Rechnung kam, die Verfolgung des Mehrbetrages aus. Aber auch Sabinianer erkannten in diesen Fällen die Nothwendigkeit des Verzichts auf die *actio legis Aquiliae* an, so Pomponius bei der Erbschaftsklage (l 36 § 2 D 5, 3), Gajus bei der *actio locati* (l 25 § 5 D 19, 2). Letzterer lässt in l 18 § 1 D 13, 6 schon durch den Process (*actum esse*) über Kommodat, Pfand oder Depositum die *actio legis Aquiliae* aufgehoben werden.

Diese Entscheidungen widersprechen den beiden oben aufgestellten Regeln, je nachdem man das *amplius* der *actio legis Aquiliae* als fixirtes Interesse oder gemäss § 9 J. 4, 3 l 11 § 2 D 9, 2 als Privatstrafe betrachtet. Dagegen hat Pomponius selbst für den Konkurs mit der *condictio furtiva* angenommen, dass die Aquilische Aktio noch gebraucht werden könne, nachdem mit der *condictio* das Interesse wegen Tödtung des geraubten Sklaven geltend gemacht worden sei. Als Motiv dieser Meinung berichtet Ulpian l 2 § 3 D 47, 1: *quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.* Von einer Beschränkung der zweiten Aktio auf das *amplius* ist freilich nicht die

[1]) Hier heisst es blos : *vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem* : wie bei Alfenus Varus *(lib. 3 Dig. a Paulo epitom.)* l 30 § 2 D 19, 2: *vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere.*

Rede und man könnte auch annehmen, zumal da es sich um zwei Delikte, Raub und Tödtung eines Sklaven, handelt, dass Pomponius beide Aktionen habe unbeschränkt zulassen wollen und die Begründung mit dem Unterschied der Aestimation in beiden Aktionen ein Zusatz Ulpian's sei. Allein dann würde diese Motivirung entweder für die Ansicht des Pomponius nichts erklären oder man müsste dem Ulpian eine unrichtige Auffassung derselben zur Last legen, denn der Hinweis auf verschiedene Aestimation kann nicht anders als auf Abrechnung zwischen beiden Aktionen bezogen werden.[2]) Ulpian selbst erklärt es noch für das Billigste, bei der Kommodatsklage auf die Aquilische zu verzichten, er kann aber nicht umhin, der Meinung eine *ratio* zuzumessen, dass die *actio legis Aquiliae* zulässig sei und nur in ihr das aus dem ersteren *judicium* Erlangte abgezogen werde (l 7 § 1 D 13, 6).

Hier zeigt sich also offenbar ein Wendepunkt in der Behandlung der Aquilischen Aktio, und zwar scheint es so, als liege dies an der Ausscheidung eines reipersekutorischen Theils von dem pönalen Inhalt. Denn Paulus äussert sich über *actio pro socio* und *legis Aquiliae* in l 50 D 17, 2: *utraque actio ad reipersecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat*, und in l 34 § 2 D 44, 7: die Aquilische Aktio „vermische sich", anders als die *poena furti*, mit der Kommodatsklage: *utraeque enim actiones rei persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simplo accedit: et simplo subducto locum non habet.* Die hier mitgetheilte Florentinische Lesart der l 34 § 2 D 44, 7 ist vielfachen Anfechtungen ausgesetzt worden. Man las: *verius est non remanere*[3]) und verkehrte so die als einen schon von Ulpian gethanen Fortschritt bezeichnete Meinung des Paulus in ihr Gegentheil; die Schlussworte wurden dann so erklärt: weil das

[2]) A. M. Brackenhöft Identität 331, 11: „Da hier keine Aufrechnung erwähnt wird, so darf man auf diesen Grund wohl kein Gewicht legen".

[3]) Citate dafür bei Glück Commentar IV. 25, 74. Thibaut civil. Abhdl. (1814) 192, 82. 83. Klüpfel Arch. f. d. civ. Prax. II. 254, 1. Dazu: Huschke Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 185. vergl. v. Savigny System V. 229, q. v. Keller Pand. § 82, 18.

amplius der *actio legis Aquiliae* ein Accessorium des einfachen Sachwerthes sei und nicht für sich allein eingeklagt werden könne. Die Auffassung des *amplius* als eines Accessoriums, aus welcher übrigens Brackenhöft gerade umgekehrt auf die Richtigkeit der Lesart *remanere* schliessen will, wird jedoch weder dadurch bewiesen, dass die Berücksichtigung einer dem Kläger günstigeren Zeit bei der ohnehin schon gerichtlicher Abschätzung unterliegenden Werthbestimmung der Sache „eine blos qualitative Affection des durch sie darzustellenden einfachen Betrags" sei, noch dadurch, dass das *amplius* „ursprünglich gar nicht *in obligatione* war, sondern nur *officio judicis* bei der *aestimatio* berücksichtigt wurde."[4]) Denn eine qualitative Steigerung wird nicht als eine Accession erscheinen und die Trennung einer ursprünglichen Obligation *ex lege Aquilia* von deren processualischer Erscheinung ist unzulässig. Vielmehr ist in l 34 pr D 44, 7 gerade von einem *agi in id quod amplius ex lege Aquilia competit* die Rede; jene ganze Auffassung möchte überhaupt auf einer unrichtigen Verwendung des alten Schulbegriffes der Accession beruhen.

Richtig ist aber, dass die Worte: *quia simplo accedit*: sich auf das *amplius* beziehen, und nicht, wie einmal aufgestellt wurde,[5]) auf die *actio legis Aquiliae*. Denn es ist zu *verius est remanere* zu ergänzen *actionem legis Aquiliae in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, quia simplo accedit.* Paulus findet in der *condemnatio ex lege Aquilia* den einfachen Sachwerth zur Zeit der Beschädigung, wie er bei der *actio commodati* in Rechnung kommt, enthalten, das *amplius* erscheint ihm als hierzu addirt (*accedit*[6]) und es bildet daher mit dem *simplum* ein Ganzes als Summe. Gegen das *non remanere* ist überdies zu bemerken, dass die Wiedergabe der l 34 § 2 D 44, 7 in den Basiliken LII, 1, 33 die Lesart *remanere* voraussetzt.

---

[4]) Ersteres sagt Huschke Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 186, Letzteres Brackenhöft Identität 321. Die Entgegnung bei Thibaut Abhdl. 193 Kleinschrod Conkurrenz 24, dass Accessionen unter Umständen separatim klagbar seien, ist nicht bewiesen.

[5]) Klüpfel A. f. d. civ. Prax. II. 255 nach Merillius.

[6]) In anderem Sinne heisst es bei *Gaj. inst.* III, 214: *Quod autem adiectum (adistum?* s. Studemund 183 Z. 20. 21) *est in hac lege ‚quanti in eo anno plurimi ea res fuerit'.*

Auch den Schlusssatz der l 34 § 2 D 44, 7: *et simplo subducto locum non habet:* hat man meist auf das *amplius* bezogen und es für misslich erklärt, in diesem Satze ein anderes Subjekt als in dem vorhergehenden: *quia simplo accedit:* anzunehmen.[7]) In Folge dessen stimmte das *non* vor *habet* mit dem angenommenen Sinne der Stelle nicht überein, da kurz vorher gesagt war, die Aquilische Aktio bleibe hinsichtlich des *amplius* bestehen. Man strich deshalb das *non;* Martens liest: *ut simplo subducto locum habeat.*[8]) Allein der Ausdruck *locum habere,* vom *amplius* einer *actio* gebraucht, ist mindestens ungewöhnlich, er passt viel eher auf die *actio legis Aquiliae,* und, dies annehmend, erklärte Krug, es sei gemeint, dass für die Aquilische Aktio nur als ganze und nicht als auf das *amplius* ermässigte (*simplo subducto*) eine Formel bestehe, dass es vielmehr erst einer *exceptio doli* bedürfe, um die wiederholte Erreichung des *simplum* zu verhindern.[9]) Letzteres ist gewiss unrichtig (s. oben S. 20); viel ungezwungener ist die bei Glück angeführte, von Thibaut angenommene Meinung älterer Schriftsteller, wonach jene Schlussworte bedeuten, hinsichtlich des schon in der *actio commodati* eingerechneten *simplum* finde die Aquilische Aktio nicht mehr statt.[10]) *Subducere* heisst hiernach: einen Strich unter die Rechnung ziehen, also zusammenrechnen, und ist nicht mit *deducere,* abziehen, identisch.[11]) Nur dies möchte an der älteren Auffassung zu ändern sein, dass die Worte *simplo subducto* nicht als *ablativus absolutus* aufgefasst und auf die *actio commodati* bezogen werden, sondern als *dativus* zu erklären sind. Der Schlusssatz bedeutet

---

[7]) Brackenhöft Identität 321. Martens Concurrenz 108.

[8]) Citate bei Glück Commentar IV. 25, 74 und Thibaut civ. Abhdl. 191, 77—79, wozu aber v. Savigny System V. 229, r. Ferner v. Savigny a. O. 230. Kleinschrod Conkurrenz 22. 23. — Martens Concurrenz 48.

[9]) *Krug de condict. furt.* 65, 3 und nach ihm v. Savigny System V. 230. 231. Der erstere hat jedoch schon *Donellus comm.* XXI., 3 (*ed. Frcf.* 1595. IV. 479 *vers.* 8—27) zum Vorgänger.

[10]) Glück Commentar IV. 25. 26, 74. Thibaut civ. Abhdl. 192, 80. 81. Citate für die Bedeutung von *subducere* = „*computare, numerare, summam colligere, seu addendo deducendoque videre, quae summa fiat*" gibt *Averanius interpretationum jur. libri V.* III, 15, 8 (*Lugd.* 1751 *tom.* I. p. 427).

[11]) Vergl. Mommsen *Dig. ad* l 34 § 2 D 44, 7 *s. h. v.*, jedoch *Pauli sent.* IV, 14, 4 *subductis igitur duobus* = zwei abgerechnet.

dann: für das mit dem *amplius* zusammengerechnete Einfache hat die Aquilische Aktio keinen Raum. Der Wechsel des Subjekts in den beiden mit *et* verbundenen Sätzen: *quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet:* verliert alles Anstössige, wenn man mit Mommsen nach *accedit* ein Kolon setzt und das *et* weglässt.

Somit ist die oben als die des Paulus bezeichnete Meinung auch durch die Florentinische Lesart bestätigt. Die durch die scheinbare Unerklärlichkeit dieser Lesart hervorgerufenen Zweifel wurden jedoch durch das Vorhandensein anderer Stellen unterstützt, in welchen Paulus beim Konkurse anderer Kontraktsklagen mit der Aquilischen die Ineinanderrechnung beider zu verwerfen scheint. So heisst es in l 18 D 9, 2 l 50 D 17, 2 l 43 D 19, 2, der Kläger müsse mit *actio pigneraticia, pro socio, locati* einerseits oder mit *actio legis Aquiliae* andrerseits sich begnügen; und diese Stellen lassen sich weder durch die Annahme beseitigen, dass sie „von den gewöhnlichsten Fällen, worin die Aquilische Klage gerade keinen höheren Ertrag giebt," handelten, noch durch die Erklärung, es sei in diesen Stellen nur die Erlangung des Vertragsgegenstandes selbst, nicht die Werthminderung desselben berücksichtigt und in l 18 D 9, 2 werde nur die gleichzeitige Anstellung der Aktionen verwehrt.[12]) Die Willkürlichkeit beider Annahmen liegt auf der Hand, und, dass die *actio legis Aquiliae* in den meisten Fällen keine höhere Schätzung ergebe, als die Vertragsklage, wird sich deshalb nicht festhalten lassen, weil die in den *bonae fidei judicia* zuzuerkennenden Verzugszinsen in den zunächst hier in Betracht kommenden Fällen, wo durch Beschädigung der Gegenstand des Vertragsverhältnisses während der Dauer dieses Verhältnisses und vor dem Termin der Rückgabe verletzt ist, nicht einzurechnen sind. Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, wie die erwähnten Stellen mit der in l 34 D 44, 7 vorgetragenen Meinung des Paulus in Einklang zu setzen seien, wenn man sie nur auf das *officium* des im *bonae fidei judicium* erkennenden Richters bezieht oder für Zeugnisse einer von Paulus im *liber de concurrentibus actionibus* aufgegebenen Meinung hält (s. oben S. 24).

[12]) Ersteres nimmt an v. Savigny System V. 227, Letzteres Kleinschrod Conkurrenz 25. 26.

Für die Justinianische Kompilation, in welcher durch die eingehenden Aussprüche bei Ulpian und Paulus (l 7 § 1 D 13, 6 l 2 § 3 D 47, 1 l 34 § 2 D 44, 7) das Recht des Klägers auf das *amplius quod ex lege Aquilia competit* zweifellos anerkannt ist, muss aber auch noch die Aufnahme einiger Stellen des Prokulus und Gajus berücksichtigt werden. In l 27 § 11 D 9, 2 l 18 § 1 D 13, 6 l 25 § 5 D 19, 2 nämlich äussern sich diese Autoren, dass durch *res judicata* oder *actum esse* aus dem Kontrakt die *actio legis Aquiliae* beseitigt sei. Die Gajanische l 25 § 5 D 19, 2 kann zwar nicht, wie die vorhin besprochenen Stellen des Paulus, von dem Falle verstanden werden, wenn das *bonae fidei judicium* als zweites vom Kläger veranlasst worden ist. Sie lautet, so weit hierher gehörig: *Ipse quoque (sc. colonus) si exciderit (sc. arbores), non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia — sed utique judicis, qui ex locato judicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.* Aber es ist bereits bemerkt worden, dass sie wenigstens hinsichtlich einer Bestimmung nicht als veraltet erscheint (s. oben S. 26, 17); das Verlangen der Remission der Aquilischen Aktio freilich ist mit l 7 § 1 D 13, 6[13]) l 34 § 2 D 44, 7 nicht zu vereinigen, es scheint sich die in den letzteren Stellen zu Tage tretende Unsicherheit, welche die Neuerung mit sich brachte, auf die Kompilatoren der Digesten übertragen zu haben. Die beiden anderen Stellen von Prokulus und Gajus sind wohl als Vorschriften über processualische Konsumtion verstanden worden und mögen in diesem Sinne von ihren Verfassern geschrieben worden sein.[14]) Von verschwindender Bedeutung endlich ist das in einer Stelle des Alfenus Varus und in einer des Prokulus sich findende

[13]) *si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam* (Bekker Aktionen I. 320: *quod*) *ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.*

[14]) l 27 § 11 D 9, 2 (Coll. XII, 7, 9) lautet: *Proculus ait: cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum.* — l 18 § 1 D 13, 6: *Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.*

vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem, recte eum agere (l 7 § 8 D 9, 2 l 30 § 2 D 19, 2) was man von einer die Nachklage auf *amplius* ausschliessenden Alternative verstehen kann.

Nur für die dinglichen Aktionen hat das Justinianische Recht keine die Nothwendigkeit der *remissio* aufhebende Bestimmung getroffen, sondern dem Kläger zur Wahl gestellt, ob er Einrechnung des Schadens gegen Verzicht auf die *actio legis Aquiliae* erlangen oder ob er auf jene Einrechnung verzichten und die Aquilische Aktio sich erhalten wolle. Der vermuthliche Grund dieser Abweichnung von dem für Kontraktsklagen und *condictio furtiva* ausdrücklich bestätigten neueren Princip der Einrechnung ist bereits angegeben worden als der der Annahme mangelnden Interesse's (s. oben S. 25). Für die übrigen reipersekutorischen Aktionen wird als Resultat der späteren und im Justinianischen Recht namentlich durch die Aufnahme von l 34 D 44, 7 zur Regel gemachten Entwickelung das von Paulus in l 41 § 1 D 44, 7 bezeichnete zu betrachten sein: wenn mit der einen Aktio weniger erreicht worden ist, als mit der andern erreicht werden konnte, so ist die letztere hinsichtlich dieses Restes noch zulässig.

2. Konkurs der reipersekutorischen Aktio mit actio poenalis.

§ 6.

Wie das *amplius* der *actio legis Aquiliae* allmählich als das Objekt eines besonderen Anspruchs Anerkennung fand, so lässt sich eine Spur ähnlicher Entwickelung auch für die zweifellos pönalen Aktionen nachweisen. Es heisst bei Javolenus l 72 pr D 47, 2: *Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio objicitur.* Es soll also die wenigstens auf das Doppelte des Sachwerthes und des Interesse gehende und nur *poena* enthaltende[1]) *actio furti* von der auf einfache *res* anzu-

[1]) *Gaj. inst.* IV, 8: *Poenam tantum consequimur velut actione furti*- l 50 D 17, 2: *utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.* l 34 § 2 D 44, 7: *poena-furti non confunditur (sc. cum rei persecutione).*

stellenden Vertragsklage ausgeschlossen werden und diese von jener. Diese Entscheidung war zu auffallend, als dass man nicht ihr auszuweichen versucht hätte; es wurde daher angenommen, unter *actio furti* sei einem häufiger wiederkehrenden Sprachgebrauch gemäss die *condictio ex causa furtiva* von Javolenus verstanden worden,[2]) für deren Ausschluss durch die reipersekutorische Aktio Zeugnisse vorliegen. Aber, so wenig diese Auffassung zu § 1 der Stelle passt,[3]) wo nur die wirkliche *actio furti* gemeint sein kann, so wenig passt sie für das pr. selbst, da die *condictio furtiva* nicht jedem Kommodanten, sondern nur dem dinglich berechtigten zusteht. Die uneingeschränkte Aufstellung: *agi cum eo et furti et commodati potest:* wird daher viel sachgemässer auf die dem Kommodanten jedenfalls zustehende *actio furti* bezogen, da die Vorbedingung dieser Aktio, Interesse des Klägers, vorhanden ist.

Eine besondere Auffassung der l 72 pr D 47, 2 findet sich bei Brackenhöft, welcher aus derselben den Satz entnimmt, die *actio commodati* könne nach der *actio furti* deshalb nicht mehr angestellt werden, weil die mit der letzteren erlangte Vergütung die mit der ersteren zu erlangende jedenfalls decke, die gegen die spätere *actio furti* zustehende *exceptio* aber mache geltend, dass das mit der *actio commodati* Erlangte vom Betrag der Diebstahlsklage abzurechnen sei. Wo diese Regel verlassen und die Vertragsklage auch nach der *actio furti* noch für zulässig erklärt sei, da habe man an den Fall zu denken, dass die erstere Aktio noch die Rückgabe des unterschlagenen Gegenstandes selbst bezwecke.[4]) Demnach hätte also Javolenus der *actio furti* eine reipersekutorische Natur zuerkannt — denn *poena* und *res* lassen sich nicht ineinander rechnen — und diese Abrechnung wäre sogar zur Regel zu erheben. Allein eine derartige Vermischung der *actio furti* mit einer reipersekutorischen Aktio wird nirgends anerkannt, auch nicht in l 42 D 19, 2: *Si locatum tibi servum subripias,*

[2]) So schon *gl. ad h. l.*, *Krug de condict. furt.* 41, 1. v. Savigny System V. 218, h. Windscheid Pandekten §. 453, 13 und die bei Glück Commentar IV. 12, 30 Brackenhöft Identität 310, 18 citirten Aelteren, auch Göschen Vorles. I. § 159, 7. Man beruft sich auf l 14 § 16 l 81 § 7 D 47, 2, l 3 § 5 l 6 § 4 D 4, 9, l 9 D 12, 3, *Paul. sent.* II, 31, 34, c 1 C. 9, 31.

[3]) Dies bemerkt Martens Concurrenz 101.

[4]) Brackenhöft Identität 312—315.

utrumque judicium adversus te est exercendum, locati actionis et furti (*Paul.*): worauf sich Brackenhöft „bei dem bekannten Doppelsinn des *utrumque*“ beruft. Denn, hiesse *utrumque* hier: eines oder das andere: wie es in den Quellen ja nicht selten ist, so wäre nicht *et* sondern *aut furti* zu erwarten; überdies widerspräche sich bei derartiger Auffassung der Verfasser obiger Stelle selbst in l 34 § 2 D 44, 7: *si (sc. colonus) aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur.* Obwohl nicht zu leugnen ist, dass die *actio furti* denselben Gegenstand wie die Vertragsklage, das Interesse, vervielfacht umfasst und obwohl dieses Vielfache zugleich den Ersatz für die während des furtiven Zustandes fällig gewordenen Nutzungen bietet, so ist sie doch nicht einmal „im weiteren Sinne reipersekutorisch.“ Denn die Quellen betonen ihre pönale Natur ausschliesslich[5]), und daher verbietet sich die Zusammenrechnung mit reipersekutorischen Aktionen, welche auch in l 72 pr D 47, 2 nicht vorliegt.

So bestätigt denn auch Ulpian von allen *bonae fidei judicia* dass sie und die wegen Unterschlagung begründete *actio furti* sich nicht berühren[6]) l 45 D 17, 2: *Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera alteram tollet. idemque in omnibus bonae fidei judiciis dicendum est.* Dem entsprechend und der Regel, dass jedes Delikt besonders zu bestrafen sei, gemäss findet zwischen *actio de rationibus distrahendis* und *actio furti* kein Konkurs statt, denn von ersterer Aktio heisst es: *licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet: non tota dupli poena est* (l 2 § 2 D 27, 3 *Paul.*). Dies geht aus den Aeusserungen von Ulpian und Paulus in l 1 § 22 l 2 § 1 D 27, 3 hervor, und es ist völlig unbegründet, ein Ineinanderrechnen der *poena furti* und der *vindicta* der *actio de rationibus*

---

[5]) S. oben Note 1 und § 19 J. 4, 1 § 18 J. 4, 6 l 7 § 1 D 13, 1 l 55 § 3 D 47, 2 c 12 C 6, 2.

[6]) Anwendungen dieser Regel bei dem vom gemietheten Sklaven ausgeführten Diebstahl l 22 D 13, 6, l 31 D 13, 7, l 45 § 1 D 19, 2, bei unrechtmässigem Gebrauch anvertrauter Sachen l 29 pr. D 16, 3, l 22 § 7 D 17, 1 *Paul. r. s.* II, 12, 5. *Coll.* X, 7, 5.

distrahendis, so dass also im Ganzen nur das Dreifache erreicht werden könnte, anzunehmen.[7]) Selbst die Worte der l 57 § 1 D 47, 2: *si — recepta est pecunia sublata, in simplum videtur furti quaestio sublata:* weisen nicht auf die Möglichkeit einer theilweisen Schmälerung der *actio furti* hin, da nach der richtigen, bei Mommsen sich findenden Interpunktion das Komma nach den Worten *in simplum* und vor *videtur* zu setzen ist und die ganze Stelle sich auf die Zulässigkeit krimineller Verfolgung des Diebstahls bezieht.

Mit ausdrücklicher Angabe des Grundes, weil die eine *rem*, die andere *poenam* verfolge, ist schon seit Gajus anerkannt, dass die *condictio ex causa furtiva* oder *rei vindicatio* und die *actio furti* nicht konkurriren.[8]) Aus gleichem Grunde wird von Ulpian die Selbstständigkeit der Diebstahlsklage neben der *actio servi corrupti*, insofern beide dasselbe Interesse wegen der vom Sklaven auf Anstiften eines Dritten gestohlenen Kleider betreffen (l 11 § 2 D 11, 3[9]), und von Paulus die Unbeschränktheit jener Aktio neben der *condictio ob causam datorum*, wenn ein falscher Stellvertreter Zahlung angenommen hatte (l 14 D 12, 4 cf. c 19 C. 6, 2), anerkannt worden sein.

Die Ansicht des Javolenus steht also für die *actio furti* als eine vereinzelte da und widerspricht geradezu der angeführten l 45 D 17, 2 Ulpian's, man wird daher nicht umhin können, sie als eine aus Versehen in ihrem ganzen Umfange aufgenommene Stelle zu betrachten. Dagegen steht sie nicht allein hinsichtlich ihres Princips, dass *poena* und *res* nicht beide zusammen sollten beansprucht werden können. Denn für die *actio arborum furtim caesarum*, welche auf das Doppelte des Schadenersatzes geht, bestimmt Gajus ein *contentum esse debere* nach der *actio ex locato* (l 9 D 47, 7 l 25 § 5 D 19, 2), während schon Trebatius das reipersekutorische Element in jener Aktio erkannt haben soll, indem er Ineinanderrechnung

---

[7]) Wie Kleinschrod, Conkurrenz 36 will.

[8]) l 55 § 3 D 47, 2 (*Gaj.*) l 7 § 1 D 13, 1 (*Ulp.*) c 12 C. 6, 2 (*Diocl. et Maxim.*).

[9]) Im zweiten Theile dieser Stelle handelt es sich jedoch, wie in l 16 D 11, 3 c 20 C 6, 2 (§ 8 J. 4, 1), um verschiedene Objekte in beiden Aktionen, nämlich Ersatz der Verschlechterung des Sklaven einerseits, Busse für den Diebstahl andererseits, also nicht um Konkurs. Ebenso beim Diebstahl am Sklaven selbst in l 2 § 5 D 47, 1 c 4 C 6, 2.

derselben mit der *actio legis Aquiliae* vorschrieb (l 1 D 47, 7.) Aber noch Ulpian hat für das Verhältniss zwischen der auf das Vierfache gehenden *actio calumniae* und der *condictio ob turpem causam* die Analogie der *actio furti* und *condictio furtiva* ausdrücklich abgelehnt und angenommen, es genüge eine von beiden allein (l 5 § 1 D 3, 6). Gegen ihren Wortlaut und ohne weitere Rechtfertigung hat man auch diese Stelle so auffassen wollen, als sei Abzug des mit der *condictio* Erlangten vom Ergebniss der *actio calumniae* gemeint.[10]) Endlich wird nach Ulpian's Ansicht durch die *actio tutelae,* nach der des Paulus durch die *condictio ex causa furtiva* die *actio de rationibus distrahendis* ausgeschlossen, obwohl letztere in dem *alterum tantum* eine Strafe enthält (l 1 § 21 l 2 § 1 D 27, 3). Dass auch in l 15 pr D 6, 1 wegen des Zusammenhanges mit l. 13 *ib.* bei Anstellung der *rei vindicatio* auf einen *servus verberatus* ein völliger Verzicht auf die Injurienklage gefordert werde,[11]) ist nicht wahrscheinlich, da sonst Ulpian eine derartige Meinung des Labeo vermuthlich nicht verschwiegen haben würde. Vielmehr deutet die Stelle auf unbeschränkte Zulässigkeit der *actio injuriarum* hin.

Von den hier erwähnten Abweichungen von der Regel, dass *poena* und *res* ungeschmälert neben einander beansprucht werden können, bestehen nur die beiden auf *actio calumniae* und *actio de rationibus distrahendis* bezüglichen ohne entgegengesetzte Entscheidungen in den Quellen. Denn vor den angeführten Gajanischen Stellen dürfte doch wohl die an die Spitze des Titels *arborum furtim caesarum* gestellte, von Paulus recipirte Ansicht des Trebatius den Vorzug verdienen wegen l 41 § 1 D 44, 7.[12])

Auch nur die zweite dieser noch geltenden Ausnahmen, für welche es ebenfalls nicht an der Auslegung gefehlt hat, es

---

[10]) Glück Commentar V. 389, 81. v. Wening-Ingenheim Civilrecht § 337, o. Dagegen v. Vangerow Pandekten III. §. 694 und schon *schol.* 15 *Bas.* LX. 1, 5.

[11]) Wie Wetzell Vindicationsprocess 242, Schirmer Judicialstipulationen 174 anzunehmen scheinen.

[12]) S. unten § 8. Ueberdies bezeichnet Hermogenian l 32 D 44, 7 diesen Fall gerade als einen von denen, wo die Zulässigkeit aller Aktionen sich allmählich feststellte.

sei Ineinanderrechnung zu subintelligiren,[13]) ist von ihren Vertretern mit Begründung versehen worden. Ulpian äussert sich l 1 § 21 D 27, 3: *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est;* Paulus in l 2 § 1 D 27, 3: *qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit, — si furandi animo fecit — et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium, quia nihil absit pupillo.* Der letztere Grund, welchen man aus der Formula der *actio de rationibus distrahendis* zu erklären versuchte,[14]) bedeutet, es sei kein positiver Nachtheil für den Kläger mehr vorhanden[15]) und Kläger solle sich damit begnügen, diesen ersetzt erhalten zu haben. Die Motivirung Ulpian's mit der Identität der der *actio tutelae* und *de rationibus distrahendis* zu Grunde liegenden Obligation, welcher die Herleitung des Nichtkonkurrirens der Diebstahlsklage mit dieser Aktio aus der Mehrheit der Obligationen in l 1 § 22 D 27, 3 gegenübersteht,[16]) hat vielfach zu der Meinung Veranlassung gegeben, es handle sich in vorliegender Stelle um die processualische Konsumtion, indem die ganze Obligation *in judicium deducta* sei.[17]) Allein diese Annahme ist bei dem mehrfachen Vorkommen ähnlicher Entscheidungen nicht nothwendig und die Stelle lässt sich auch ohne dieselbe im Sinne des Aktionenkonkurses erklären. Die *una obligatio,* deren Bedeutung als

---

[13]) Citate bei Thibaut civ. Abhdl. 197, 94, aber auch noch Kleinschrod Conkurrenz 33—35 bezüglich des Konkurses mit *actio tutelae,* während er l 2 § 1 D 27, 3 für singulär erklärt.

[14]) Thibaut civ. Abhdl. 200. Brackenhöft Identität 311.

[15]) Ebenso wie das *abesse* beim Konkurs einer *onerosa* und *lucrativa causa* z. B. l 34 § 8 l 108 § 4 D 30. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht (1853) I. 256.

[16]) Dieser § heisst: *Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait: qui etsi furti teneatur, hac actione conventus furti actione non liberatur: nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes: nam et tutelae et furti obligatur.*

[17]) Francke A. f. d. civ. Prax. XXIII. 423. v. Savigny System V. 219, l. 255, g. Buchka Einfluss I. 67. Kleinschrod Conkurrenz 33. Martens Concurrenz 72. Krüger process. Consumtion 105.

Verpflichtungsakt später zu erörtern ist (s. unten § 8, bei 16), ist die *obligatio tutelae*, die *plures obligationes* bestehen aus dieser und der *obligatio furti*. Die ohne *animus furandi* vorgenommene Unterschlagung von Mündelgut erscheint nun freilich eigentlich nicht blos als Verletzung des vormundschaftlichen Quasikontraktverhältnisses, sondern zugleich als ein besonderes Delikt nach dem diese Unterschlagung mit *poena dupli* bedrohenden Gesetz. Dennoch steht dieses Vergehen der *obligatio tutelae* näher als der *obligatio furti : in aliis furibus ejusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno jam exacta est. sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere* (l 55 § 1 D 26, 7 *Tryphoninus*). Daher konnte die nach dem Gesichtspunkt der *rationes distrahendae* hin bestehende Obligation als untergeordnet der umfassenderen *obligatio tutelae* erscheinen, und so trat die *actio tutelae* zu jener *actio* in dasselbe Verhältniss, in welchem *rei vindicatio* oder *hereditatis petitio* zur Aquilischen Aktio stand. Daher nennt auch Ulpian die *actio tutelae* nur „*quod ad speciem istam perempta*", nämlich nur hinsichtlich der Prästation der unterschlagenen Sache; im Uebrigen ist sie nicht gehindert. Die Identität der Obligation ist also hier nicht eine materielle, wie sie für die Erzeugung processualischer Konsumtion vorauszusetzen ist, sondern eine formelle, indem zwei Verpflichtungsakte als einer aufgefasst werden. Auf das *unum factum* gründet sich aber bei Delikten Aktionenkonkurs (s. unten § 10, nach 10). Als innerer Grund, weshalb die Strafe nach der *res* nicht mehr sollte gefordert werden können, lässt sich nur der für die Unzulässigkeit der Nachklage *ex lege Aquilia* nach der dinglichen Aktio angegebene vermuthen, es sei vom Standpunkte der Billigkeit nicht mehr im Interesse des Pupillen, nach Erlangung dessen *quod abest*, der *res*,[18]) noch die Strafe zu beanspruchen. Dasselbe gilt für Ulpian's Entscheidung bezüglich des zur *actio calumniae* Berechtigten.

Den bisher aufgeführten Ausnahmen, in welchen die Privatstrafe nicht ausser der *res* nachgefordert werden sollte, stehen andere gegenüber, in welchen die *poena* neben der *res* nicht

[18]) Cf. *illae autem (actiones) rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest* (l 35 D 44, 7 *Paul.*).

voll zur Geltung kam. So schon nach der in l 1 D 47, 7 genannten Ansicht des Trebatius, wo man erwarten sollte, dass das *alterum tantum* der *actio arborum furtim caesarum* nicht geschmälert werden dürfe; indess soll zwischen ihm und dem *amplius ex lege Aquilia* ein Ineinanderrechnen stattfinden und einfach das Ergebniss der einen Aktio von dem der andern abgezogen werden, um das Objekt der noch zulässigen konkurrenten Aktio festzustellen. Hierher gehört ferner die Entscheidung des Paulus über den Konkurs von *actio injuriarum* und *legis Aquiliae* in l 34 pr. D 44, 7: *liceat ei, quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc* (*postea* fügt Mommsen ein) *exsequi*. Zwar wäre hier nicht, wie bei der *actio furti*, ein vollständiger Ausschluss des Konkurses aus dem Grunde zu erwarten, weil die Injurienklage nur *poena* verfolgt (*Gaj. inst.* IV, 8); denn in dem vorliegenden Falle des *servus verberatus* handelt es sich um eine *atrox injuria*, (*Gaj. inst.* III, 225), von welcher es heisst: *Dominum pro atroci injuria, quam servus ejus passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit* (c 8 C 9, 35 *Diocl. et Maxim.*). Die Injurienklage hatte also hier den Charakter einer *actio mixta*. Aber, da doch diese Aktio ausser dem *damnum* noch, und in der Regel: nur, *contumelia* verfolgt (l 5 § 1 D 9, 2 l 15 § 46 D 47, 10), so müsste nach allgemeinen Grundsätzen die Ahndung der intellektuellen Schädigung von der der materiellen unabhängig sein, und für die Fälle, wo die Injurienklage kein *damnum* enthält, ist auch nirgends ein Konkurs dieser Aktio mit der Schädenklage aufgestellt. Der Konkurs entstand hier lediglich in Folge eines Ineinandergreifens der Rechtsquellen, indem das prätorische Edikt für denselben Fall eine besondere *actio injuriarum aestimatoria* gab (l 15 § 34 D 47, 10), für welchen die Aquilische Klage als anwendbar anerkannt war.

Der Entscheidung des Paulus schien l 15 § 46 D 47, 10 entgegenzustehen: *Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam:* und man hielt die erstere daher für unpassend, ja für eine „verwerfliche Gegenmeinung".[19])

[19]) v. Keller Pandekten § 82, 6. v. Savigny System V. 233, b. Buchka Einfluss I. 82. 93.

Allein Labeo behauptet nicht mehr, als dass der Inhalt beider Aktionen nicht derselbe sei, und daraus lässt sich entnehmen, dass er die Ausschliessung der einen Aktio durch die andere, wie sie Paulus als erste Meinung in l 34 pr. D 44, 7 berichtet, verwarf, nicht aber, dass er unbeschränkte Zulässigkeit beider Aktionen annahm. Die Begründung der *non eadem res* mit dem Unterschiede von *damnum* und *contumelia* bezieht sich vermuthlich nur auf die Regeln der processualischen Konsumtion,[20]) welche hier Labeo für unanwendbar hält.

Bedenklicher ist nicht blos für die Haltbarkeit der Meinung des Paulus, sondern für das Verhältniss der einem Delikt entsprungenen *mixtae actiones* überhaupt eine Stelle Papinians l 6 pr. D 48, 5: *Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Julia locum habet. quod autem ad servas pertinet, et legis Aquiliae actio facile* (nämlich wenn die Stuprirte *immatura* ist: *Paul. r. s.* I, 13 A, 6 l 25 D 47, 10) *tenebit et injuriarum quoque competit nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto : nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo.* Die Schlussworte dieser Stelle schienen anzudeuten, dass jede dieser Aktionen unbeschränkt neben der andern geltend gemacht werden könne, wie es in l 1 § 1 D 47, 3 von der *actio ad exhibendum* nach angestellter *actio de tigno juncto* heisst: *Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve.* Daher wurde jene Stelle entweder für ganz singulär oder für einen Ausfluss der strengen Moralität Papinian's, indem dieser zwei ganz selbstständige Delikte annehme, erklärt.[21]) Wollte jedoch Papinian die unbeschränkte Häufung, so wäre im Schlusssatze jener Stelle viel eher zu erwarten: *nec in pluribus actionibus parcendum erit propter hujus modi crimen reo.* Dagegen bezieht sich nach dem Wortlaut: auch darf deshalb, weil mehrere Aktionen gegeben sind, bei einem derartigen *crimen* der Schuldige nicht geschont werden: die Schonung auf das *crimen* und nicht auf die Aktionen. Ein *crimen* im Sinne

[20]) Uebereinstimmend Keller Litiscontestation 489, 10. v. Vangerow Pandekten III. 57 (§ 572).

[21]) *Krug de condict. furt.* 63, 28. Göschen Vorles. § 159, nach 29 (I. 459). Huschke Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 197. v. Savigny System V. 241, q.

der *lex Julia* liegt nun in dem Falle des Stuprirens einer Sklavin allerdings nicht vor, wie die Stelle selbst sagt, nur in der Provinz fand eine *extraordinaria cognitio* statt.[22]) Aber es war möglich, dass ein anderes, öffentlich zu bestrafendes Verbrechen mit dem *stuprum* verbunden war, wie denn auch l 2 § 5 D 47, 1 l 25 D 47, 10 mit demselben das *furtum* an der Sklavin, vermuthlich als die regelmässige Erscheinungsform des Verbrechens, in Zusammenhang bringen. So liessen sich Fälle denken, in welchen ein *crimen* im Sinne von öffentlich zu rügendem Delikte vorlag und für welche die Schlussworte obiger Stelle bedeuten konnten: *criminali poena adversus eum servata* (l 14 § 1 D 19, 5). Aber auch wenn man unter dem der Schonung unwürdig erklärten *crimen* ein Privatdelikt versteht, wie es sprachlich unbedenklich ist,[23]) so müssen nicht nothwendig alle in l 6 pr D 48, 5 als zuständig bezeichneten Aktionen als unbeschränkt neben einander anwendbar aufgefasst werden, sondern man kann den fraglichen Ausdruck Papinian's erklären, es sei damit die ältere Annahme der Aufhebung einer Aktio durch die andere z. B. der Aquilischen und Injurien-Klage (l 34 pr D 44, 7) als ausgeschlossen bezeichnet. Es würde daher zwischen dem Resultat der *actio injuriarum,* die auch in diesem Falle eine *atrox injuria* betrifft (l 9 § 4 D 47, 10), und der Aquilischen Aktio abzurechnen sein, die *actio servi corrupti* käme daneben nach dem Paulinischen Grundsatz in l 41 § 1 D 44, 7 nur, wenn ihr *duplum* einen Ueberschuss über den Inhalt jener Aktionen ergibt, zur Geltung.

Den bisher betrachteten Entscheidungen über die Schmälerung der Strafe des Baumfrevels und der Injurie durch die Aquilische Aktio ist eine Vorschrift an die Seite zu stellen, wonach auch die *poena furti* mit einer andern pönalen Aktio zusammengerechnet wird. Doch entbehrt dieser Fall der Singularität deshalb, weil es sich in demselben nicht um zwei besondere Delikte, sondern um eine Thatsache handelt, welche sich als Qualifikation eines in ihr enthaltenen geringeren Delikts darstellt. Paulus erwähnt nämlich in seinem *liber de con-*

[22]) Rein, Criminalrecht der Römer (1844) 861, *. Nach einem konstantinischen Gesetz wurden auch Dekurionen in diesem Falle kriminell bestraft.

[23]) Rein, Criminalrecht 96, *.

currentibus actionibus (l 89 D 47, 2 cf. l 1 D 47, 8) eines derartigen Konkurses der *actio furti nec manifesti* mit der *actio vi bonorum raptorum,* dass nach der ersteren Aktio noch die zweite auf das *plus,* also bis zur Erreichung des Vierfachen angestellt werden könne. Der Raub war ein durch das Moment der *vis* qualificirter Diebstahl, welcher mit dem *furtum* früher vollständig zusammenfiel, wie mit dem *damnum injuria datum;*[24]) nur das höhere Delikt war daher zu ahnden, und es versteht sich von selbst, dass die *poena furti* nicht neben der des Raubes gefordert werden konnte. Die nämliche Entscheidung wäre daher für das Verhältniss der *actio legis Aquiliae* zur *actio vi bonorum raptorum* zu erwarten, und dieselbe lässt sich in der That aus der Gleichstellung der Aquilischen mit der Diebstahls-Klage in l 2 § 10 D 47, 8 entnehmen: *neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto: nam Julianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem, et si quid damni coactis hominibus dederit utique etiam Aquilia poterit teneri (Ulp.).* Denn in dieser Stelle ist nicht mit Savigny, welcher den Konkurs beider Aktionen leugnet, der Ausdruck: *contributae (non) sunt:* zu betonen,[25]) welcher nur bedeutet, dass die *actio furti* und *legis Aquiliae* dem Edikt nicht einverleibt, nicht in dessen Aktio aufgegangen seien: sondern der Ausdruck: *communes sint cum hoc edicto.* Aber auch dies heisst nicht Kumulation, vielmehr will Ulpian sagen: manchmal fielen beide Aktionen mit der Ediktsklage zusammen, nämlich dann, wenn der Diebstahl ein gewaltsamer, das *damnum* ein *coactis hominibus datum* sei.

Ob dasselbe auch bei der aus dem prätorischen Edikt zuständigen, auf *duplum* gehenden Aktio wegen der durch die Publikanen und ihre Untergebenen angerichteten Beschädigungen und vollführten Räubereien anzunehmen sei, ob also von der *actio vi bonorum raptorum* oder *furti manifesti* jenes *duplum* oder vom *duplum* der Ertrag der Aquilischen Aktio abgerechnet werden müsse,[26]) hängt von der Auslegung folgen-

[24]) Rein, Criminalrecht 327.

[25]) v. Savigny System V. 244, z.

[26]) Dies nehmen an Buchka Einfluss I. 88. 89, 18. Martens Concurrenz 10.

der Stelle ab l 1 § 2—4 D 39, 4: *Dixerit aliquis: quid utique hoc edictum propositum est, quasi non et alibi praetor providerit furtis damnis vi raptis? sed e re putavit et specialiter adversus publicanos edictum proponere. Quod quidem edictum in aliqua parte mitius est, quippe cum in duplum datur, cum vi bonorum raptorum in quadruplum sit et furti manifesti aeque in quadruplum, et restituendi facultas publicano vi abreptum datur, quod si fecerit, omni onere exuitur et poenali actione ex hac parte edicti liberatur. unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc edicto, sed ex generali vi bonorum, damni injuriae vel furti agere an possit? et placet posse idque Pomponius quoque scribit: est enim absurdum meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectam opinari.* Aus dieser Stelle und namentlich deren hervorgehobenen Worten ergibt sich jedoch nur die Gewährung einer Alternative für den Kläger, ob er den Publikanen mit der milderen Aktio aus dem Edikt oder mit der strengeren Deliktsklage belangen wolle. Eine Häufung beider Aktionen, sei es auch mit Ineinanderrechnung des Betrags, ist nicht bestätigt.

Als Abweichungen von der Regel, dass die Privatstrafe nach erlangter *res* noch unbeschränkt verfolgt werden könne, ergaben sich also als durch andere Entscheidungen nicht widerlegt die Sätze, dass die *actio calumniae* und *de rationibus distrahendis* nach dem Erfolg der reipersekutorischen Aktio nicht mehr angestellt werden könne, und dass die *actio* wegen *injuria atrox* sowie die *actio arborum furtim caesarum,* wahrscheinlich auch die *actio vi bonorum raptorum* in ihrem pönalen Theil durch das *amplius* der *actio legis Aquiliae* geschmälert werde. Aus dem Letzteren wird man auf das Bestehen des Grundsatzes, das *amplius* der *actio legis Aquiliae* sei mit dem Strafzusatze von *actiones mixtae* ineinanderzurechnen, schliessen dürfen, ja es wird sich das Princip der Zusammenrechnung auch für den Konkurs der *mixtae actiones* unter einander als das richtige herausstellen (s. unten § 9, vor 11).

3. Konkurs der reipersekutorischen Aktionen untereinander.

§ 7.

Unter den Fällen des Konkurses reipersekutorischer Aktionen ist zunächst die Entscheidung des Pomponius hervorzuheben, dass der mit *rei vindicatio* klagende Bestohlene

zum Verzicht auf die *condictio furtiva* veranlasst werden solle (l 9 § 1 D 47, 2), obwohl die letztere Aktio auch den Ersatz des vollen Interesse, z. B. wegen verspäteter Herausgabe, umfassen würde. Dieselbe Ansicht in der Gajanischen l 55 § 3 D 47, 2 zu finden, wo es heisst: *recepta re—vindicationem et condictionem tolli*[1]), erscheint deshalb als unbegründet, weil es dem Verfasser dieser Stelle nur auf das Verhältniss der beiden reipersekutorischen Aktionen zur Diebstahlsklage und nur auf die allgemeine Bedeutung der *res* gegenüber *poena* ankam, wie dies auch in anderen Stellen (z. B. § 19 J 4, 1 c 5 C 3, 41 c 12 C 6, 2) der Fall ist. Aber auch die Meinung des Pomponius lässt sich daraus erklären, dass dieser die Möglichkeit eines *amplius* in der *condictio* nicht bedacht oder nicht anerkannt hat. Denn so stellt z. B. Ulpian den Inhalt der *condictio* gegenüber der *actio servi corrupti* in l 11 § 2 D 11, 3 dar: *Quamvis enim condictione hominem, poenam autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest debebit consequi actione servi corrupti.*

Das Verhältniss der *condictio furtiva* zu andern Aktionen bestimmt (l 34 § 1 § 2 D 44, 7) Paulus für den Fall, dass Entleiher oder Miether den Vertragsgegenstand unterschlagen, dahin, dass sich die Vertragsklage und jene untereinander „perimiren" oder „vermischen". Dies erklärt sich daraus, weil beide auf das Interesse gehen, und Ulpian sagt daher ausdrücklich, dass die Societätsklage auch nach der *condictio* angestellt werden könne, wenn das mit derselben zu erreichende Interesse ein höheres sei (l 47 pr D 17, 2). Es ist bezweifelt worden, ob die nach Ulpian vorhandene, nach dem Zusammenhang der l 47 pr. mit l 45 D 17, 2 für alle *bonae fidei judicia* anzunehmende Möglichkeit einer Nachforderung des *plus* auch im Sinne der erwähnten Stelle des Paulus liege, und da dort die *condictio* des Kommodanten oder Lokators nicht näher bezeichnet ist, so wurde vorgeschlagen, dieselbe als blose *condictio possessionis* seitens des Nichteigenthümers aufzufassen.[2]) Allein neben der *actio furti* in der l 34 § 2 D 44, 7, welche aus der Thatsache der Unterschlagung hergeleitet wird, erscheint es am natürlichsten und, da eine „Vermischung" der *actio locati* mit der *condictio possessionis* kaum anzunehmen wäre, sogar als

[1]) So will Brackenhöft Identität 326.
[2]) Brackenhöft Identität 307. 309.

geboten, die *condictio* von der *ex causa furtiva* zu verstehen. Es ist vielmehr als der regelmässige Fall zu betrachten, dass bei der *condictio* das Interesse in vollem Umfang zur Sprache kommt und der Darstellung des Paulus gemäss für die andere Aktio nichts mehr übrig bleibt, während Ulpian den Ausnahmsfall berücksichtigt, wo in der *condictio* nicht dem vollen Interesse genügt worden ist. Dies Interesse mochte in Beziehung auf die im *bonae fidei judicium* zuzuerkennenden Verzugszinsen, vielleicht auch hinsichtlich des den Sachwerth nicht erhöhenden *lucrum cessans*,[3]) begründet sein. Gegenüber den meisten Klagen auf das Interesse könnte die *condictio furtiva* nur die weniger umfassende sein, und daher erklärt es sich, dass sie als Nachklage auf das *amplius* nirgends erwähnt wird; andererseits wird an der von Pomponius freilich mit blosem „*potest dici*" eingeführten Nothwendigkeit einer *remissio condictionis* bei der dinglichen Klage festzuhalten sein, da sich nirgends eine andere Entscheidung in den Quellen findet.

Dasselbe, was von dem Verhältniss der *condictio furtiva* zu Kontraktsklagen, sagt Paulus von der *condictio certi* gegenüber *actio mandati, negotiorum gestorum, pro socio* „und ähnlichen" d. h. also *bonae fidei judicia* in l 28 § 4 D 12, 2: *per alteram actionem altera quoque consumitur.* Wäre die *condictio certi* so, wie es l 9 pr D 12, 1 zu bestätigen scheint und von mehreren Schriftstellern vertheidigt worden ist,[4]) aus allen möglichen *causae actionum*, sobald nur „die Forderung ihrem Gehalte nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit ist, die Gefahr des *Certum* auf sich zu nehmen", begründet, so würde sich für diese gewiss umfangreichste Klasse von Konkursfällen aus obiger Stelle die bemerkenswerthe Bestimmung ergeben, dass nach der *condictio* die *actio bonae fidei*, obwohl sie möglicherweise ein höheres Interesse als das vom Kläger bei der *petitio certi* geschätzte geltend machen könnte, hinsichtlich dieses *amplius* ausge-

[3]) Siehe Krug *de condict. furt.* 72, 3.
[4]) v. Keller, röm. Civilprocess § 88, 1107. Krüger, process. Consumtion 108. 109. So schon *schol.* 2 *Bas.* XXIII, 1, 9 des Stephanus, von welchem Theophilus insofern abwich, als er alle ihrer Natur nach, nicht aber die wegen subjektiver Ungewissheit der Parteien (z. B. Stipulation der *pecunia in arca*) ein *incertum* enthaltenden Kontrakte von der *condictio certi* ausschloss.

schlossen sei. Es handelt sich bei dieser Frage um die Bedeutung von *incertus contractus* in l 9 pr D 12, 1: *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto.* Die Vertreter der Meinung, dass Kläger jedes *incertum* in ein *certum* verwandeln könne, mussten annehmen, das *incertum* beziehe sich auf den Gegenstand des Vertrages; von der anderen Seite sind für *incerti* diejenigen Kontrakte erklärt worden, welche „entweder gar keinen individuellen Namen führen, oder, wegen ihrer zweideutigen Natur, zwischen mehreren bestimmten Contracten in der Mitte schweben", aber einen bestimmten Gegenstand enthalten.[5]) Die erstere Meinung trägt jedoch in die Stelle einen Widerspruch hinein, da es ausdrücklich heisst: *causa* und *obligatio ex qua certum petitur:* und dieses *certum* nichts Anderes sein kann, als der Gegenstand der Obligation. Der Jurist ist so zu verstehen: die *condictio certi* steht aus jeder *causa* und jeder *obligatio,* welche im konkreten Falle ein *certum* zum Gegenstande hat, zu, mag nun ein *certus contractus* oder ein *incertus* zu Grunde liegen. Diese Auslegung scheint natürlicher zu sein, als die von Savigny gegebene, dass die Worte: *ex qua certum petitur:* die allgemeinen Voraussetzungen einer *condictio certi* bezeichneten und *petitur* so viel sei als *peti potest.*[6]) Es bleibt nur der Ausdruck *certus* und *incertus contractus* zu erklären. Derselbe findet sich noch in l 18 pr D 46, 4: *Et uno ex pluribus contractibus vel certis vel incertis vel, quibusdam exceptis, ceteris et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest;* hier aber ist in der That kein Grund vorhanden, auf eine Qualifikation der Verträge selbst hinzudeuten, sondern *certus* und *incertus* könnten sich dem Zusammenhange nach eher auf die bestimmte oder unbestimmte, in Bausch und Bogen angegebene, Anzahl der von der Acceptilation betroffenen Kontrakte beziehen, und daher ist der Mommsen'schen Konjektur beizustimmen, durch welche das *incertus* ganz verschwindet. Danach wäre zu lesen nach *contractibus: vel certis vel, certis quibusdam exceptis, ceteris.* Ein anderer in l 1

[5]) S. einerseits Krüger, process. Consumtion 107, andererseits *Heffter observationum liber ad Gaj. inst.* IV. p. 68, v. Savigny System V. 580. 581.

[6]) v. Savigny System V. 580, a.

§ 6 D 13, 5 gebrauchter Ausdruck: *ex quocumque contractu sive certi sive incerti:* ist zweifellos, wie die *certa* und *incerta stipulatio* der l 74. 75 D 45, 1 und das *certum vel incertum debitum* in *nov. Theodos.* I, 1 § 1 i. f.,[7]) mit Beziehung auf die Eigenschaft des Vertragsgegenstandes gebraucht.

Hinsichtlich der Bedeutung des *incertus contractus* in l 9 pr D 12, 1 ist vollständig der oben mit Savigny's Worten angeführten Meinung beizustimmen, zu deren Bestätigung noch Folgendes geltend gemacht werden kann. In l 1 § 1 D 19, 5 wird als Grundlage der *actio in factum praescriptis verbis* genannt: *si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit (sc. dominus mercium).* In dem hier vorliegenden Vertrage ist also ungewiss, ob derselbe als Sachmiethe oder als Dienstmiethe beabsichtigt worden sei, er war *incertus contractus,* aber nicht im Sinne eines civilrechtlich namenlosen Vertrags, noch weniger eines Vertrags ungewissen Inhalts, sondern das *incertum* bezog sich auf die juristische Qualifikation des Rechtsgeschäfts. Anstatt sich zwischen beiden Arten des Konsensualkontrakts zu entscheiden, zog es Labeo im angegebenen Falle vor, eine *actio in factum* aufzustellen. Ganz dasselbe Verhältniss begegnet nun auch in den von § 4 an aufgeführten Beispielen der l 9 D 12, 1, für welche die Anwendbarkeit der *condictio* untersucht wird, nicht, weil ein der Bestimmtheit ermangelnder Vertragsgegenstand vorliegt, sondern weil die Species des Rechtsgeschäfts eine ungewisse ist. So handelt es sich in l 9 § 4—7 um eine Verbindlichkeit aus bloser *numeratio,* in § 9 um ein durch nachträgliches Gestatten des Verbrauchs dem *mutuum* genähertes Depositum. Durch diese Erklärung also liesse sich der *incertus contractus,* aus welchem doch *condictio certi* angestellt werden kann, mit der *obligatio ex qua certum petitur* in Einklang setzen, und l 9 D12, 1 auf die Fälle des *certum* beschränken. Auch beim Konkurs der *condictio certi sine causa*[8]) mit der *actio rerum amotarum,* dessen

[7]) Dafür, dass auch *incerti stipulationes* mit *condictio certi* verfolgbar seien, beweist diese Stelle nicht, welche, soweit hierher gehörig, lautet: *liquido pateat-quibus verbis stipulatio colligatur, ut certum vel incertum debitum sit exigendum.* Denn die Stipulation erscheint hier als die Einkleidung eines *incertum debitum* in ein *certum.* A. M. Krüger, process. Consumtion 109, 27.

[8]) Windscheid, Pand. § 454, 24 hält die *condictio* für die *ex causa furtiva.* S. aber v. Savigny System V. 555, d.

in den Quellen gedacht ist (l 17 § 2 l 24 D 25, 2), wird nur die Möglichkeit berücksichtigt sein, dass ein *certum* den Gegenstand beider Aktionen bilde.

Dagegen wird gerade l 28 § 4 D 12, 2, von welcher die Untersuchung über den Konkurs der *condictio certi* ausgegangen ist, als ein Beleg für die Meinung angeführt, dass auch aus Kontrakten mit unbestimmtem Objekt die *condictio certi* angestellt werden könne,[9]) denn das *quantum dare facere oportet* der dort genannten *bonae fidei contractus* enthält unbestritten ein *incertum*. Allein ein *certum* war auch in diesen Kontrakten zu finden, z. B. wenn man dem Mandatar zum Zweck der Ausführung des Auftrags Geld gegeben, wenn der *negotiorum gestor* die für den Geschäftsherrn bestimmten Sachen in eignen Nutzen verwendet hat, und es bedarf nicht erst der künstlichen Interpretation, dass in jener Stelle die Kontraktsforderungen als in einen Verbal- oder Literal-Kontrakt novirt zu denken seien.[10]) Hinsichtlich des incerten Theiles jener Obligationen würde also nach den oben angeführten Schlussworten der l 28 § 4 D 12, 2 die *bonae fidei actio* nach der *condictio certi* ausgeschlossen sein. Dies anzunehmen ist jedoch so wenig ein Grund vorhanden als beim Verhältniss der auch als *condictio certi* möglichen *condictio ex furtiva causa* zur *actio bonae fidei*, wo l 47 pr D 17, 2 die Nachforderung des *amplius* gestattet. Ferner ist in den Quellen bestätigt, dass nach Einklagung der stipulirten Konventionalstrafe, welche mit *condictio certi* erfolgen konnte, die Anstellung der Kontraktsklage auf das eventuell höhere Interesse des Nebenvertrags statthaft sei (l 28 D 19, 1 l 41. 42 D 17, 2). Endlich wird in l 28 § 4 D 12, 2 selbst der Ausdruck: *per alteram actionem altera quoque consumitur:* auch auf § 6 derselben Stelle anwendbar sein, wonach der auf die *actio locati* bezogene Eid zugleich der *actio legis Aquiliae* gilt; aber gerade für den Konkurs dieser Aktionen hat Paulus selbst in l 43 D 19, 2 die Abrechnung anerkannt.

Da nun das Wort *consumi* in den Quellen nicht im Sinne einer blos theilweisen Beseitigung der Aktio gebraucht wird,

---

[9]) *Cujacius ad Paul. lib.* 28 *ad ed.* l 6 D 12, 1. Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II § 40, 7 (S. 142), Krüger. proc. Consumtion 108.

[10]) Wie Liebe die Stipulation (1840) 174, Puchta, Instit. § 165, kk. annehmen.

so bleibt für den soeben citirten Schlusssatz der l 28 § 4 D 12, 2 nur die Erklärung übrig, dass die Peremtion der Vertragsklage durch processualische Konsumtion gemeint sei. Die Erwähnung dieser Wirkung lag in der Stelle nahe, da von der Beziehung des für eine gewisse Aktio geleisteten Schiedseides auf die dieselbe *quaestio* enthaltende Aktio die Rede ist: *Exceptio jurisjurandi non tantum si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet sed etiam si alia si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur, forte si ob actionem mandati negotiorum gestorum societatis ceterasque similes jusjurandum exactum sit, deinde ex isdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.* Aber es hätte auch für den Aktionenkonkurs gerade in dem nach dem Zusammenhang in der Stelle vorausgesetzten Falle, wenn der Schuldner die Schuld abschwur, das unbedingte *consumi* gar nicht gepasst, denn dann „erreichte" ja der Kläger nichts.[11]) Dass in l 34 § 1 D 44, 7 „unter ganz gleichen Voraussetzungen" processualische Konsumtion der *actio commodati* und *condictio* nicht angenommen sei,[12]) beeinträchtigt die obige Erklärung der letzteren Stelle nicht, da Paulus an jenem Orte gerade *de concurrentibus actionibus* ausschliesslich handelt und nur die Möglichkeit eines *amplius* der einen Aktio nicht berücksichtigt (s. oben S. 51).

Es ist also anzunehmen, dass, sobald die übrigen Voraussetzungen einer *condictio certi* vorlagen, diese mit reipersekutorischen Aktionen konkurriren konnte,[13]) die konkurrente Aktio aber hinsichtlich ihres *amplius* nicht ausgeschlossen wird.

Ein weiterer Fall, in welchem die Lösung des Konkurses reipersekutorischer Aktionen in den Quellen zweifelhaft erschien, war der Konkurs der *actio communi dividundo* und *actio pro socio*. Diese Aktionen verfolgen gemeinsam die Theilung

---

[11]) Uebereinstimmend Keller, Litiscontestation 242, 4. Krüger, process. Consumtion 108. A. M. Buchka, Einfluss I. 70—72. Römer, bedingte Novation (1863) 292, 4.

[12]) Dies wendet ein Buchka, Einfluss I. 71. Andere finden in l 34 § 1 D 44, 7 gerade die processualische Konsumtion ausgesprochen: Bekker, process. Consumtion (1853) 277. Rudorff, röm. R. G. II § 79, 4 (S. 266). Römer, bed. Novation 292, 4.

[13]) Hierauf führt auch Bekker, Aktionen I. 136—140 die l 9 D 12, 1 zurück.

der gemeinschaftlichen körperlichen Sachen und die Regulirung der damit verbundenen persönlichen Prästationen. Daher sagt Ulpian l 43 D 17, 2: *Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit. sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.* Die Societätsklage kann also z. B. zum Zweck der Entlastung von den im Interesse der Gemeinschaft seitens des einen Gesellschafters eingegangenen Obligationen noch nach der Theilungsklage geltend gemacht werden. Der Auffassung Ulpian's schien nun aber die von Paulus in l 38 § 1 D 17, 2 berichtete Meinung des Prokulus entgegenzustehen: *Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli.* Allein hier ist nur auf das beiden Aktionen gemeinsame Objekt Rücksicht genommen, und das Wort *consecuturum* zeigt, dass an ein erfolgreiches *agere* mit der ersten Aktio zu denken ist, wodurch die zweite total ausgeschlossen werden muss.[14]) Entsprechend geht die schon dem Servius zugeschriebene Meinung dahin, dass das *servasse rem* mit der *actio locati* oder *communi dividundo* die zweite dieser Aktionen „perimire" (l 35 § 1 D 19, 2).

Von der Regel, dass die *res* durch reipersekutorische Aktionen soweit erlangt werden könne, als sie mit der ergiebigsten derselben zu erreichen sei, fand sich also nur die Ausnahme, dass bei der *rei vindicatio* der Bestohlene auf die *condictio furtiva* verzichten müsse. Die übrigen zahlreichen Fälle des Konkurses reipersekutorischer Aktionen, welche in den Quellen erwähnt sind, ergeben keine Abweichungen.

4. Principielle Aeusserungen über Aktionenkonkurs in den Quellen.

§ 8.

Am meisten Anstoss für die Interpretation haben von jeher diejenigen Quellenzeugnisse erregt, welche allgemeine Grundsätze über den Aktionenkonkurs enthalten. Diese Aeusserungen

[14]) Im Resultat übereinstimmend gl. *tolli* ad l. 38 § 1 D 17, 2 Brackenhöft Identität 304, 8a. Buchka, Einfluss I. 74. 75. Kleinschrod, Conkurrenz 45. v. Bethmann-Hollweg, röm. Civilproc. II § 103, 67. Dagegen bezieht Keller, Litiscontestation 242, 3 sowohl l 38 § 1 als l 43 D 17, 2 auf processualische Konsumtion, und bezüglich der letzteren Stelle theilt seine Meinung Buchka, Einfluss I. 75.

sind folgende: Ulpian stellt l 130 D 50, 17 die Regel auf: *Nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit*, welche wörtlich in § 1 J 4, 9 reproducirt ist, während Ulpian selbst dieselbe l 60 D 44, 7 auf Pönalklagen beschränkt: *Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.* Dagegen lautet l 43 § 1 D 50, 17 von dem nämlichen Verfasser: *Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.*

Paulus stellt vom Gesichtspunkt des *idem factum* ausgehend in l 41 § 1 D 44, 7 auf: *Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur.* Ebenso heisst es bei Hermogenian l 32 D 44, 7: *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates optinuit.* Aber scheinbar gegen diese Regeln sagt Modestinus l 53 D 44, 7: *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est: nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.* Auch Ulpian beruft sich in l 1 § 22 D 27, 3 (s. oben S. 43, 16) auf *plures actiones ejusdem facti* in dem Sinne, dass es dabei Regel sei, nur Eine Aktio zuzulassen.

Von der ersten der hier angeführten Regeln und der allgemeinsten derselben (l 130 D 50, 17) ist es unzweifelhaft, dass sie nicht an jeder Entscheidung der Quellen die Probe besteht; und wie rechtfertigt sich auch logisch die Hervorhebung der Pönalklagen (*praesertim poenales*), wenn schon feststeht: *Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit?* Die Regel würde den Aktionenkonkurs *de eadem re* geradezu beseitigen. Sie widerspricht aber z. B. einer Stelle Ulpian's selbst, in welcher sich dieser gerade auf *eadem res* bezieht, l 3 § 5 D 4, 9: *ejusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum-sed magis est, ut-alterutra esse contentus debeat.* Nur in Beziehung auf Pönalklagen lässt sich eine der Ulpianischen Regel widersprechende Ent-

scheidung nicht anführen, denn ein theilweiser Konkurs, wie ihn z. B. Paulus für die *actio furti* und *vi bonorum raptorum* oder für die *actio legis Aquiliae* und die Injurienklage aufstellt, ist durch den Wortlaut derselben nicht ausgeschlossen. *Nunquam — consumit* heisst nach dem öfter erwähnten Sprachgebrauch der Quellen nur: Niemals verbraucht eine Aktio die andere gänzlich. In § 1 J 4, 9 ist die Ulpianische Regel auf den Fall angewendet, wenn ausser der *actio ex edicto aedilicio* l 40 § 1 — l 42 D 21, 1 noch die *actio de pauperie* begründet ist: hier zweifellos im Sinne vollständiger Unbeschränktheit beider Aktionen. Dagegen wird dieselbe nicht bestätigt durch l 14 § 1 D 19, 5 und l 11 § 2 D 11, 3,[1]) denn die Kumulation der *actio furti* und *legis Aquiliae* gegen denjenigen, welcher einem fremden Sklaven die Kleider weggenommen und dadurch dessen Tod herbeigeführt hat, sowie die der Diebstahlsklage mit der *actio servi corrupti* gegen den *qui servum recepit et celavit et deteriorem fecit* ist wegen des ganz verschiedenen Objekts beider Aktionen und der Mehrheit der denselben zu Grunde liegenden Delikte von selbst verständlich. Es kann, da deshalb zwei wesentliche Requisite des Aktionenkonkurses fehlen, von einem solchen gar nicht die Rede sein. Der Kläger hat in dem einen Falle wegen Diebstahls die Kleider, wegen Entkleidens des Sklaven das Interesse an den schädlichen Folgen dieser Handlung, im andern Falle wegen Diebstahls den Sklaven und wegen Verschlechterung desselben das Interesse an dessen Integrität zu beanspruchen. Auch die *condictio furtiva* könnte in diesen Fällen mit der zweiten Aktio nicht konkurriren, was wohl Ulpian in l 11 § 2 D 11, 3 sagen will (s. oben S. 50), wenn er mit dem *id quod interest* das Interesse an der Deterioration des Sklaven, nicht das an dessen Entführung bezeichnet.

Aus gleichem Grunde ist Justinian's Entscheidung in c 20 C 6, 2 (§ 8 J 4, 1) über unbeschränkte Zulässigkeit der Aktionen nicht eine Anwendung der Regel Ulpian's[2]), da die *actio furti* hier sich auf die dem *sollicitator* des Sklaven zugetragenen Sachen, die *actio servi corrupti* auf das Interesse

[1]) Wie v. Savigny, System V. 245, aa. bb. annimmt.

[2]) Wie v. Savigny. System V. 247 annimmt. Ueber die ferner von diesem Schriftsteller V. 244, y. z. unter die Ulpianische Regel gestellten l 2 § 10 D 47, 8 l 15 § 46 D 47, 10 s. oben S. 48. 45. 46.

wegen versuchter Verderbung des Sklaven bezieht, ein Fall, welchem der in l 16 D 11, 3 enthaltene einer wirklichen Korruption und wirklicher Entwendung entspricht. In allen diesen Fällen fehlt der Begriff der *eadem res*, in welchem die Aktionen konkurriren müssen, und welcher in der Ulpianischen Regel zunächst wohl die Identität des Klagobjekts bezeichnet. Diese Identität ist wenigstens in Einer Hinsicht vorhanden in der Institutionenstelle, welche jene Regel anwendet, denn hier hat die Strafe des ädilicischen Edikts für Unterlassung der gehörigen Verwahrung gefährlicher Thiere und die *actio de pauperie* denselben Schadenersatz zur Grundlage, und eine andere Identität, wenn nicht *de eadem re* ganz allgemein: bei derselben Gelegenheit: bedeuten soll, ist in dem Falle dieser Stelle nicht vorhanden.

Auch das für Pönalklagen in die l 130 D 50, 17 hineinzutragende[3]) Postulat der Identität der Thatsache, aus welcher die Aktionen entspringen (s. unten § 10, nach 10), ist in obigen ausgeschiedenen Stellen nicht vorhanden und eigentlich auch nicht in § 1 J 4, 9; doch könnte an letzterem Orte die Schadenzufügung durch das Thier als naturgemässe Folge der ungenügenden Verwahrung gedacht sein.

Nach dem Vorstehenden ist also die Ulpianische Regel auf Pönalklagen, welche dasselbe Objekt und zwar, da Strafen in reinen Strafklagen nicht *eadem res* sind,[4]) Schadenersatz betreffen und einem einzigen Delikt entsprungen sind, zu beschränken. Aber auch dann noch ist das *Nunquam* zu weit gehend, denn bei gleicher Grösse des Objekts muss nach Erreichung desselben mit der einen Aktio die andere konsumirt werden. Da nun Ulpian in der enger gefassten und richtigeren Regel l 60 D 44, 7 gerade von Pönalklagen mit gleicher Ersatzsumme (*de eadem pecunia*) sagt: *Nunquam alia*

[3]) Die entgegengesetzte Ansicht von Martens, Concurrenz 18—20 beruht nur auf der Identität der Inskription von l 27 pr D 9, 2 mit l 130 D 50, 17 und wird daher schon durch § 11 § 14 derselben Stelle, sowie durch die ebenfalls dem lib. 18 ad ed. entnommenen l 5 § 1 D 9, 2 l 25 D 47, 10 widerlegt.

[4]) Insofern wendet Justinian in § 1 J 4, 9 die Ulpianische Regel unrichtig an, da die *actio popularis* aus dem ädilicischen Edikte nur eine Polizeistrafe verfolgt. Daher rechtfertigt sich in der That die Annahme, Justinian habe die *eadem res* jener Regel in dem weiteren Sinne, welchen der Ausdruck bei der processualischen Konsumtion hat, verstanden.

aliam consumit, so liegt es nahe, an eine weitergehende Konsumtion als die durch Zahlung erfolgende zu denken, und es scheint auch die processualische Konsumtion mitverstanden zu sein. Aber die letztere allein als von Ulpian verneint zu betrachten,[5]) begegnet denselben Bedenken wegen des *nunquam* wie die Beziehung auf die materielle Konsumtion. Am richtigsten wird man die Ulpianische Regel auffassen, wenn man sie als eine Opposition gegen die bis in die klassische Zeit der römischen Rechtswissenschaft herein vertretene Theorie, dass nach *actum esse* mit der einen Aktio die konkurrente ausgeschlossen sei, ansieht. Ulpian will, nach dieser Erklärung, sagen: wenn aus einem Delikte sich mehrere Aktionen ergeben, so hindert das *agi* mit der einen niemals das *agi* mit der andern. Nothwendig aber ist die Ergänzung: *sed si altera actione rem servaverim altera amplius non agendum.* Es fragt sich nur, wie sich mit dieser Regel die Aeusserung Ulpian's in l 43 § 1 D 50, 17 vereinigen lasse: so oft mehrere Aktionen *ejusdem rei nomine* konkurriren, dürfe man es nur mit einer derselben versuchen. Für Deliktsklagen war dieser Satz nicht richtig, wie Ulpian selbst in l 11 § 2 D 11, 3 bestätigt: *Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus — nec sufficit alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit.* Durch Annahme einer verschiedenen Bedeutung von *res* in l 130 und l 43 § 1 D 50, 17, indem dieser Ausdruck dort dasselbe Rechtsverhältniss, hier denselben Vermögensgegenstand bezeichne,[6]) lässt sich die Schwierigkeit der Vereinigung beider Stellen nicht entfernen, da es immer etwas Missliches hat, den Regeln desselben Schriftstellers über dasselbe Thema einen verschiedenartigen Sprachgebrauch zu Grunde zu legen. Man kann dem Widerspruche beider Stellen so ausweichen, dass man die zweite auf die nicht aus Delikten entsprungenen reipersekutorischen Aktionen beschränkt,[7]) die l 130 als eine das Verhältniss der Pönalklagen unter sich regelnde auffasst. Aber befriedigender dürfte die Erklärung

[5]) So wollen K. A. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen (1834) 173. Buchka, Einfl. I. 90. Keller, Litiscontestation 494, 19 Pand. § 82, 21. Zweifelnd äussert sich v. Savigny, System V. 242, s. 243, u.

[6]) Nur so wäre es richtig, nicht umgekehrt, wie Brackenhöft, Identität 256, 15. 259, 21 will. Vgl. auch v. Savigny, System V. 243, v.

[7]) So gl. *plures actiones ad* l 43 § 1 D 50, 17.

der l 43 § 1 aus ihrem Zusammenhange mit pr. dieser Stelle sich gestalten. Hier heisst es nämlich in Uebereinstimmung mit l 5 l 8 D 44, 1, der Beklagte könne sich verschiedenartiger Vertheidigungsmittel bedienen, und im Gegensatz dazu stellt § 1 auf, dass der Kläger es nur mit einem einzigen Angriffsmittel auf einmal versuchen dürfe. So musste auch, wo Kumulirung mehrerer Aktionen ausnahmsweise zulässig war (s. unten § 12, nach 19), nach l 1 § 4 D 43, 3 im Diktat die Erklärung abgegeben werden, dass man nur mit Einer Aktio das Gebührende zu erlangen beabsichtige. Die Vorschrift der l 43 § 1 D 50, 17 erscheint also als eine rein processualische und verbietet die unnöthige Kumulirung der konkurrenten Aktionen. Dem Falle, dass die angestellte Aktio keinen oder nicht den mit der zweiten erreichbaren Erfolg hat, ist von Ulpian nicht präjudicirt worden. Dies ist die Erklärung, welche man der Stelle in ihrer Bedeutung für die Justinianische Kompilation als *regula juris* zu geben hat. Nach ihrem ursprünglichen Sinne und Zusammenhange wird sie aber noch mehr zu beschränken sein und hier in der That als eine den definitiven Ausschluss der zweiten Aktio *de eadem re* feststellende aufgefasst werden müssen. Denn Ulpian handelt im 28. Buch zum Edikte von den adjekticischen Aktionen, und für diese galt, wie später hervorzuheben ist (s. unten § 13), der Grundsatz, dass nach dem Verbrauch der einen die andere Species zum Zwecke der Geltendmachung derselben Forderung ausgeschlossen sei.

Ulpian ging in seinen allgemeinen Sätzen über den Aktionenkonkurs vom Begriffe der *eadem res* aus, die Regeln des Paulus und Hermogenian stellen *idem factum* und *idem delictum* an die Spitze, woraus sich nach dem schon erwähnten Postulat die Beschränkung dieser Aussprüche auf Delikts-Aktionen, d. h. die einem Delikt entsprungenen Aktionen ergibt. Man hat nun namentlich die Hermogenianische Regel so auffassen wollen, als ob in ihr die unbeschränkte Zulässigkeit aller im konkreten Falle an ein Delikt sich knüpfenden Aktionen vorgeschrieben sei,[8]) allein die Unrichtigkeit dieser Ansicht erweist sich an dem in der Stelle selbst angeführten Beispiel der *arbores furtim caesae.*

[8]) v. Savigny, System V. 245.

Die Handlung des Baumfällens stellt sich als Delikt nach den zwölf Tafeln und nach der *lex Aquilia* und als verbotene Einwirkung auf ein fremdes Grundstück dar, ja sie enthält, wenn der Beschädiger durch ein Vertragsverhältniss zur Erhaltung der Bäume verpflichtet war, auch noch eine Verletzung dieser Vertragspflicht. Sie zieht daher die *actio arborum furtim caesarum, actio legis Aquiliae*, das *interdictum quod vi aut clam* und etwa die *actio locati* nach sich (l 25 § 5 D 19, 2 l 28 § 6 D 12, 2 l 13 pr D 43, 24 l 1 l 11 D 47, 7). Nach jener Annahme würde der Kläger, nachdem sich die einfache Strafe der zwölf Tafeln (25 Asse) im prätorischen Edikt in das Doppelte des Schadenersatzes umgewandelt hatte, fünfmal den Schadenersatz und dazu den Ueberschuss *ex lege Aquilia* erhalten müssen. Allein die Quellen bezeugen, dass nicht blos durch Erlangung des Schadenersatzes mit der Aquilischen Aktio das Interdikt und durch erstere die Vertragsklage ausgeschlossen sei (l 11 D 47, 7 l 34 § 2 D 44, 7), sondern dass auch die *actio arborum furtim caesarum* mit der *actio legis Aquiliae* zusammengerechnet werden müsse (l 1 D 47, 7[9]). Man könnte demnach in der Regel, nämlich wenn die *actio legis Aquiliae* nicht einen ungewöhnlich hohen Betrag ergäbe, höchstens das Doppelte des Schadenersatzes erreichen. Wenn dennoch Hermogenian sagt: *omnibus experiri permitti:* und von grosser Mannigfaltigkeit der bisher vorgebrachten Meinungen berichtet, so scheint er damit auf Ansichten hinzudeuten, wie sie Gajus gerade für den Fall der *arbores furtim caesae* in l 25 § 5 D 19, 2 äussert: es sei *officium* des *judex ex locato*, dass der Kläger auf die übrigen Aktionen verzichte. Hermogenian bestätigt also das Durchdringen des Rechtssatzes, dass bei Deliktsobligationen nicht mehr ein Verzicht auf die vortheilhaftere Aktio erfordert werde, sondern dass man es mit jeder nach der andern versuchen dürfe, soweit nicht das mit der späteren Aktio geforderte Objekt mit dem durch die früher angestellte erreichten identisch sei. Noch Ulpian erklärte es für das Billigste, die Aquilische Aktio bei Anstellung der *actio commodati* zu erlassen, während sich schon die Ansicht von der Zulässigkeit beider Aktionen und zwar der *actio legis Aquiliae* hinsichtlich ihres *amplius* geltend zu machen begann (l 7 § 1 D 13, 6).

[9]) Das Letztere widerlegt die Ansicht v. Savigny's, System V. 248, welcher eine Beschränkung der Hermogenianischen Regel nur hinsichtlich des in den *actiones mixtae* zur Geltung kommenden Schadenersatzes, nicht aber hinsichtlich der darin enthaltenen „reinen Strafe" anerkennt.

Der Regel Hermogenian's muss demnach gegenüber der älteren Rechtsauffassung dieselbe Bedeutung zugeschrieben werden, in welcher Ulpian seine Regel zunächst nur für Pönalklagen aufstellte. Denn das Beispiel der *arbores furtim caesae* in l 32 D 44, 7 ist nicht der einzige in den Quellen erwähnte Fall, in welchem aus einem einzigen Delikte mehrere Aktionen entstehen,[10]) sondern hierher gehört auch der Konkurs der Aquilischen Aktio mit der Vertragsklage, welcher von Paulus ebenfalls im Gegensatz zu älteren Ansichten im Sinne der Ineinanderrechnung der Aktionen entschieden wurde. Wenn dagegen bei den dinglichen Hauptklagen die Verzichtleistung auf die vortheilhaftere Aquilische Aktio verlangt wird, so verstösst dies nicht gegen die Hermogenianische Regel, weil jene Klagen nicht als *ex uno delicto* mit der *actio legis Aquiliae* entsprungen betrachtet worden sein mögen. Wenn man l 32 D 44, 7 „gleichsam als das letzte Wort der Justinianischen Gesetzgebung" ansah, wonach aus einem einzigen Delikt die in den daraus entsprungenen Aktionen enthaltenen Strafen unbeschränkt nebeneinander gefordert werden könnten: so ist zu entgegnen, dass die Quellen kein einziges Beispiel derartiger Strafenhäufung enthalten dürften. Die Ineinanderrechnung der *actio arborum furtim caesarum* mit der *actio legis Aquiliae*, der *actio furti* und *vi bonorum raptorum*, sowie andere Beispiele der vorigen Abschnitte beweisen gegen diese Ansicht Savigny's, während die für dieselbe angeführten Stellen Ulpian's bereits als irrelevant zurückgewiesen wurden.[11]) Auch die von Justinian in c 20 C 6, 2 gegebene Vorschrift bezieht sich auf Straf- und Ersatz-Klagen aus mehreren Delikten, welche natürlich so wenig konkurriren als die Aktionen in § 1 J 4, 9, da hier die eine lediglich die Privat-

[10]) Wie Martens, Concurrenz 31 meint.

[11]) v. Savigny, System V. 241—247 citirt für seine hier und schon von Vangerow Pand. III § 572 bestrittene Auffassung der l 32 D 44, 7: l 60 D 44, 7 l 130 D 50, 17 l 15 § 46 l 25 D 47, 10 l 2 § 10 D 47, 8 l 14 § 1 D 19, 5 l 11 § 2 D 11, 3. vgl. auch schon Glück, Commentar IV. 7, 17.

strafe des ädilicischen Edikts, die andere nur Schadenersatz verfolgt. Vielmehr hat sich ergeben, dass die Regel, nur Ersatz und Strafe, Strafe und Strafe aber sei nur bei Mehrheit der Delikte zu kumuliren, von den Römern nicht verlassen wurde, und dass die abweichenden Entscheidungen blos das Zusammenrechnen von Strafen mit der *res* der konkurrenten Aktio und den Ausschluss der Nachforderung einer Strafe nach dem Ersatz oder des Interesse nach der Sachrestitution betreffen.

Mit dem Bisherigen stimmt auch die von Paulus in l 41 § 1 D 44, 7 gegebene Regel überein, indem dieser aus der Identität des den Aktionen zu Grunde liegenden Faktum Ineinanderrechnung des Resultats derselben, also Abzug des mit der einen Erreichten bei der andern vorschreibt. Damit widerspricht er weder seiner eigenen Entscheidung über den Ausschluss der *actio de rationibus distrahendis* durch die *condictio furtiva* und die Kumulation der ersten Aktio mit der *actio furti,* noch der über die Unbeschränktheit der *bonae fidei actio* und der *condictio furtiva* neben der *actio furti.*[12]) Denn *factum* bezeichnet in der Paulinischen Regel den juristischen Thatbestand, welcher sich zur Bildung einer besonderen Aktio eignet, und in diesem Sinne lehnt Ulpian für das *intercipere pecuniam pupillarem* einerseits, das *furtum* andererseits die Identität des Faktum ausdrücklich ab, indem ihm die Verletzung der vormundschaftlichen Erhaltungspflicht als eine andere Thatsache erscheint, als die Unterschlagung (l 1 § 22 D 27, 3 s. oben S. 43, 16). Obwohl nämlich äusserlich nur die einzige Handlung des *auferre, intercipere* vorliegt, fehlt zum *furtum* doch der *animus furandi* und die *contrectatio invito domino* (l 55 § 1 D 26, 7). Dasselbe muss vom Falle der Vertragsverletzung durch Unterschlagung angenommen werden und vom Falle der Bereicherung (*condictio furtiva*): überall bildete das *furtum* ein besonders zur Geltung kommendes Delikt. Paulus selbst hat ja, wenn der *falsus procurator* wissentlich ein *indebitum* empfing, sich für Häufung der Bereicherungsklage (*condictio ob causam datorum*) und der *actio furti* entschieden (l 14 D 12, 4). So lässt sich durch Trennung der Bereicherung von

---

[12]) Wie Buchka, Einfluss I. 82 annimmt.

dem die *actio de rationibus distrahendis* begründenden Akt auch für den von Paulus in l 2 § 1 D 27, 3 behaupteten völligen Konkurs der letzteren Aktio mit der *condictio furtiva* mangelnde Identität des Faktum annehmen. Die Regel des Paulus könnte nur als der in den Quellen geltend gebliebenen Nothwendigkeit des Verzichtes auf *actio legis Aquiliae* und *condictio furtiva* bei dinglichen Aktionen, sowie der Ulpianischen Entscheidung über den Ausschluss der *actio de rationibus distrahendis* nach der *actio tutelae* widersprechend betrachtet werden, da man doch im letzteren Falle aus dem Gegensatze des § 22 in § 21 l 1 D 27, 3 (s. oben S. 43) Identität des Faktum als vorhanden entnehmen muss. Dem gegenüber ist zu berücksichtigen, dass Paulus in l 41 D 44, 7 den Fall des in Folge neuer Gesetze eintretenden Konkurses obligatorischer Ansprüche im Auge hat, namentlich also den Konkurs dinglicher Aktionen nicht berührt, für welchen er bekanntlich selbst die Nothwendigkeit des Verzichtes auf die *actio legis Aquiliae* anerkennt. Der Ansicht Ulpian's in l 1 § 21 D 27, 3 würde Paulus, nach seiner Begründung: *quia nihil absit pupillo:* in l 2 § 1 ib. zu schliessen, ausnahmsweise beigestimmt haben.

Sind von den bisher besprochenen Regeln des Ulpian, Paulus und Hermogenian auch einzelne Abweichungen zu konstatiren und war namentlich der in l 130 D 50, 17 enthaltenen der Vorwurf ungerechtfertigter Allgemeinheit der Fassung zu machen, so trat doch, abgesehen von der als formelle Vorschrift erklärten l 43 § 1 D 50, 17, unter ihnen kein Widerspruch hervor. Sie beziehen sich alle auf Deliktsobligationen und stehen zu einander im Verhältniss zunehmender Bestimmtheit. Ulpian sagt: Strafklagen konsumiren sich nicht; Hermogenian genauer: von mehreren auf Ein Delikt bezüglichen Aktionen kann nicht blos eine einzige angestellt werden; endlich Paulus: bei den auf Einem Faktum beruhenden Aktionen findet Ineinanderrechnung statt. Dagegen schien nun die Aeusserung des Modestinus in l 53 D 44, 7, wonach mehrere Delikte *in una re* zwar mehrere Aktionen erzeugen, aber ohne dass deren Gebrauch nach einander zulässig wäre, einen Widerspruch zu enthalten. Man erklärte die Stelle daher für antiquirt wegen Hermogenian's l 32 D 44, 7, oder man nahm an, dass sie nur die gleichzeitige Anstellung oder die ganz unbeschränkte Zulässigkeit sämmtlicher Aktionen ver-

neine.[13]) Der dritten dieser Ansichten stehen die Worte: *una tantummodo non omnibus utendum est:* direkt entgegen. Ueberhaupt aber bilden die *plura delicta in una re* offenbar einen Gegensatz zum *idem factum* und *unum delictum* in der Regel des Paulus und Hermogenian[14]) und nur der Umstand, dass sie sich *in una re* vereinigen, liesse es gerechtfertigt erscheinen, sie mit den von *actiones de eadem re* handelnden Aeusserungen Ulpian's in Beziehung zu setzen. In der That können sie nicht dieselbe Bedeutung haben wie die *plura delicta concurrentia* in l 2 D 47, 1, deren verbindendes Glied zwar ebenfalls dasselbe körperliche Objekt ist, welche aber, weil auf verschiedenartigen Handlungen beruhend, den Konkurs der sie verfolgenden Aktionen ausschliessen. Vielmehr ist es die Begründung der vollständigen Beseitigung der zweiten Aktio mit den *plures actiones ex una obligatione,*[15]) welche die *plura delicta in una re* in einer gewissen Verbindung, als *una obligatio,* erscheinen lässt. Geht man von diesem Begründungssatze aus: *si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est:* so möchte man die Ulpianische Stelle, in welcher vollständiger Konkurs der *actio tutelae* und *de rationibus distrahendis* bestimmt ist (l 1 § 21 D 27, 3), für eine Anwendung dieser Regel halten, denn auch Ulpian belegt seine Ansicht mit dem Satze: *in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat.* Allein die *una obligatio* bedeutet hier, wie l 1 § 22 D 27, 3 ergibt (s. oben S. 43, 16), *idem factum,* es wird als ein einziges Delikt aufgefasst, dass der Vormund mit der Unterschlagung seine Vormundschaftspflicht und zugleich seine Pflicht *de rationibus distrahendis* verletzt; *obligatio* ist also im Sinne des Obligirungsaktes gebraucht, und dessen Einheit tritt im vorliegenden Falle dem *furtum*

---

[13]) Thibaut, civ. Abhdl. 166. 167. Brackenhöft, Identität 337. Kleinschrod, Conkurrenz 19. vgl. auch Glück, Commentar IV. 10, 27.

[14]) A. M. Viele, welche die Worte: *in una re:* hier ohne Weiteres mit: *ex eodem facto:* identificiren. S. Glück, Commentar IV. 11, 27 a. E. Martens, Concurrenz 67. Diese Ansicht theilen Göschen, Vorles. I. 461, v. Savigny, System V. 239. Dagegen Huschke, Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 183, Martens, a. O. 66. 67.

[15]) Dass der zweite Satz der l 53 D 44, 7 nicht ein Gegensatz, wie Martens, Concurrenz 26 annimmt, sondern eine Begründung des ersten sei, bestätigt auch die Auffassung der Bas. LII, 1, 52.

gegenüber, welches immer eine besondere verpflichtende Handlung bildet, zu Tage. Dagegen repräsentiren in l 53 D 44, 7 *plura delicta* nur *unam obligationem,* obwohl man nicht umhin können wird, anzunehmen, dass in der Regel mehrere Delikte auch mehrere durch verschiedene Aktionen geltend zu machende Handlungen enthalten. Mit den *plura delicta,* welche nur Eine Obligation bilden, muss es also eine besondere Bewandtniss haben, und zwar dürfte auch hier *obligatio* im Sinne des einheitlichen Verpflichtungsaktes aufzufassen sein, da in anderem Sinne gewiss wie im Falle der *arbores furtim caesae*[16]) wo doch nur *unum delictum* vorhanden ist (l 32 D 44, 7), mehrere Obligationen vorlagen. Vielleicht sind die *plura delicta in una re,* welche an sich mehrere Aktionen zu begründen geeignet wären, als mehrere gleichartige, möglicherweise *uno impetu,* begangene Schädigungen derselben körperlichen Sache aufzufassen, und diese sollen zusammengefasst als eine einzige verbrecherische That betrachtet werden. Eine Analogie fände sich für eine solche Bestimmung in l 7 § 5 D 47, 10: *Si mihi plures injurias feceris, puta turba et coetu facto domum alicujus introeas et hoc facto efficiatur, et simul et convicium patiar et verberer: an possim separatim tecum experiri de singulis injuriis quaeritur. et Marcellus secundum Neratii sententiam hoc probat cogendum injurias quas simul passus est conjungere.* Wie hier an einer Person, so wäre in l 53 D 44, 7 an einer Sache mehrfache Begehung desselben Verbrechens gedacht, und als ein derartiger Fall erschien z. B. die fortgesetzte Kontrektation der gestohlenen Sache, worüber Paulus in l 9 pr D 47, 2 sagt: *Ei qui furti actionem habet, adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta.* Ferner begründete die Tödtung eines Sklaven durch mehrfache Verwundung nur einmal *actio legis Aquiliae,* während absolut betrachtet die nicht tödtliche und die tödtliche Verwundung zwei verschiedene Delikte bildeten.[17]) Unter den *plures actiones* der l 53 würden bei dieser

---

[16]) Die *lex Aquilia* führte hier zu der aus den zwölf Tafeln bestehenden eine neue Obligation ein (l 41 pr D 44, 7).

[17]) l 32 § 1 D 9, 2: *Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso: duo enim sunt delicta. aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim una erit actio de occiso (Gaj.).*

Auslegung nur gleichnamige, also Wiederholungen derselben Aktio zu verstehen sein; denn dass z. B. wenn ein Gartengrundstück durch Niederreissen der Einfriedigung demolirt, dann durch Umhauen der Bäume geschädigt ist, etwa nur die *actio legis Aquiliae* nicht auch die *actio arborum furtim caesarum* für zulässig erklärt werden sollte, ist nicht anzunehmen, obwohl beide Delikte *uno impetu* geschehen sein könnten.

Die Auslegung, dass l 53 von dem Verhältniss des Raubes zum *furtum* oder von Fällen wie den in l 46. 47 D 9, 2 enthaltenen, wo aus der Verwundung des Sklaven später dessen Tod erfolgte, zu verstehen sei,[18]) ist nicht zu billigen. Denn der Raub ist vom Diebstahl nicht als besonderes Delikt zu trennen, er erscheint nur als ein qualificirter Diebstahl und, würde man den Diebstahl von ihm ausscheiden, so bliebe nicht Raub, sondern *crimen vis* übrig. Im zweiten der genannten Fälle ist ebensowenig der Tod des Sklaven ein neues Delikt, welches der Verletzende begeht, vielmehr liegt, wenn der Tod in unmittelbarem Kausalzusammenhange mit der Verwundung steht, nur Ein Delikt, Tödtung, vor: *verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit* (l 15 § 1 D 9, 2 *Ulp.*).

V.

Geschichtliche Entwickelung des Aktionenkonkurses.

§ 9.

Die rechtsgeschichtliche Entwickelung der römischen Grundsätze über den Aktionenkonkurs wurden von dem neuesten Monographen dieser Lehre auf zwei Modifikationen einer Regel zurückgeführt. Die Regel nämlich sei gewesen, dass reine Strafklagen unter sich und gemischte Strafklagen unter sich, ferner reine Strafklagen gegenüber gemischten und reipersekutorischen Aktionen sich gegenseitig gar nicht beschränkten, dass aber reipersekutorische Klagen unter sich und gegenüber gemischten sich gegenseitig ganz ausschlössen. Bei der Anwendung dieser Regel finde sich in den Quellen ein „Reductionssystem“ für die erste Klasse, welches die gänzliche Unbeschränktheit der Aktionen modificire, und ein „Amplificationssystem“ für die zweite Klasse, indem die eine Aktio auch nach der andern noch wenigstens theilweise Erfolg haben solle. Das Reduktionssystem, vertreten durch Trebatius und Paulus in l 1 D 47, 7 und l 34 pr D 44, 7, sei nur auf den Konkurs gemischter Strafklagen unter sich (*act. l. Aquil.* — *a. arb. furt. caes.*) und den von gemischten mit reinen Strafklagen (*a. l. Aquil.* — *a. injur.*) angewendet worden, und Justinian scheine durch Aufnahme der l 34 pr D 44, 7 sowie der l 41 § 1 *ib.* „einer durchgehenden Annahme des Reductionssystems bei Pönalklagen geneigt gewesen zu sein.“ Das Amplifikationssystem finde sich bei Ulpian und Paulus in l 7 § 1 D 13, 6 l 47 pr D 17, 2 und l 34 § 2 D 44, 7, also in Beziehung auf das Verhältniss reipersekutorischer und gemischter Aktionen (*a. commod.* — *a. l. Aquil.*) und reipersekutorischer Klagen unter sich (*condict. furt.* — *a. pro soc.*[1]).

Die Anfechtbarkeit dieses Systems ist dessen Urheber selbst nicht entgangen, so dass er mit Beziehung auf l 2 § 1 D 27, 3, wonach *condictio furtiva* und *actio de rat. distr.*, also reipersekutorische und gemischte Aktio sich ausschliessen, dem Paulus den Vorwurf machen muss, dieser „scheine seine modificirenden Ansichten nur nach Gelegenheit und versuchsweise vorgebracht zu haben.“[2]) Vor Allem aber stellt sich die erste Prämisse, von welcher diese Theorie ausging, als unrichtig heraus: die Römer hätten zu irgend einer Zeit Aktionen derartig kumuliren lassen, dass dieselbe Strafe desselben Delikts und dieselbe *res*, Schadenersatz oder Bereicherung, mehrfach mit mehreren Rechtsmitteln hätte privatrechtlich verfolgt werden können. Die Veranlassung zu solcher Annahme scheint darin zu liegen, dass man Stellen, welche blos von Koexistenz han-

---

[18]) So Martens, Concurrenz 8. 27 nach Rosshirt, Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts (1828) 124. 126, *.

[1]) Martens, Concurrenz 17. 18. 45—52.

[2]) Martens, Concurrenz 51.

deln, wie die Papinianische l 6 pr D 48, 5 (s. oben S. 46), als Vorschriften der unbeschränkten Häufung auffasste. Dies Verfahren musste z. B. bei l 66 D 7, 1: *usufructuario non solum legis Aquiliae actio competere potest, sed et servi corrupti et injuriarum, si servum torquendo deteriorem fecerit (Paul.):* zu einem offenen Widerspruche mit l 34 pr D 44, 7 führen, wonach im gleichen Falle (vgl. l 15 § 34 D 47, 10) die Aquilische mit der Injurien-Klage ineinandergerechnet werden soll. Auch in l 1 D 47, 7 würde es nicht angehen, neben der älteren Meinung des Trebatius die des Labeo von unbeschränkter Zulässigkeit der Aktionen zu verstehen.

Vielmehr haben die vorstehenden Quellenerörterungen gezeigt, dass der Fortschritt von der älteren zur jüngeren Meinung regelmässig darin besteht, dass die Statthaftigkeit der zweiten Aktio neben der anderen anerkannt wurde, während man früher nur Eine Klage gestattete. So wird auch in der „Kardinalstelle" l 34 D 44, 7 nicht die Auffassung, die Aktionen beschränkten sich nicht, sondern die in den Worten *altera alteram consumi* ausgedrückte bestritten. Ja es lassen viele Aeusserungen in den Quellen darauf schliessen, dass man früher in der Anerkennung der Zuständigkeit mehrerer Aktionen *de eadem re* zurückhaltend war. Freilich mochte die Verneinung der Koexistenz hier lediglich auf der Annahme eines Mangels in den Requisiten der konkurrenten Aktio liegen, wie es z. B. in l 23 D 10, 3 und l 5 § 3 D 9, 2 der Fall ist, wo der Konkurs der *actio communi dividundo* mit der *actio locati* verneint und der der letzteren mit der *actio legis Aquiliae* bezweifelt zu sein scheint. Denn beiden Stellen steht die Bejahung des Konkurses bei scheinbar gleicher Sachlage in l 35 § 1 D 19, 2 l 13 § 4 D 19, 2 gegenüber, aber es stellt sich heraus, dass die ersteren Entscheidungen auf dem Mangel einer für die Begründung der *actio locati* nothwendigen Voraussetzung beruhen. In einem Falle ist wegen unterlassener Festsetzung des Pachtzinses keine *locatio conductio* vorhanden, im zweiten handelt es sich um die Frage, ob die empfindlichere Züchtigung eines Lehrjungen einen Verstoss gegen das Dienstmiethverhältniss enthalte. Namentlich lag die Veranlassung zu solchen Entscheidungen wohl in der älteren Begrenzung des Umfanges der Aktionen, welche die Verfolgbarkeit mancher Prästationen erst allmählich in sich aufnahmen. Trebatius und Labeo

waren z. B. noch der Meinung, dass gewisse Nebenverträge beim Verkauf nicht mit der *actio venditi* geltend gemacht werden könnten, während Javolenus das Gegentheil feststellte (l 79 D 18, 1), woraus sich dann der Konkurs der *actio venditi* mit der *actio praescriptis verbis* in diesen Fällen ergab (c 2 C 4, 54). Den Zweifel, ob die Vertragsklage auch den mit der *actio legis Aquiliae* geltend zu machenden Schaden betreffe, bekundet Coll. XII, 7, 9: Sabinus habe wegen der durch die Sklaven des Pächters erfolgten Einäscherung der Villa nur die Aquilische Klage, nicht aber die *actio locati* als gegen den Pächter zulässig anerkannt, während Prokulus den Konkurs beider Aktionen aufstelle. Umgekehrt mochte die Koexistenz der Aquilischen Aktio neben der *actio pro socio* in Folge Beschädigung der gemeinsamen Sache zweifelhaft sein, da sich Ulpian hiefür auf drei Autoritäten beruft (l 47 § 1 D 17, 2). Die Anführung besonderer Gewährsmänner für die Annahme, dass ausser der einen noch die andere Aktio begründet sei, findet sich in vielen Stellen und in einer auch für Ulpian, in dessen kompilatorischer Thätigkeit die Fülle der Citate ihre Erklärung finden möchte, auffallenden Weise.[3])

Diese Beobachtungen im Zusammenhalt mit den in den vorigen Abschnitten besprochenen Entscheidungen der vor Ulpian und Paulus schreibenden Juristen bestätigen die Annahme, dass die römischen Rechtslehrer einer unbeschränkten Geltendmachung aller koexistenten Aktionen weniger geneigt waren, als deren völligem Konkurse. So wenigstens für die Aktionen des Privatrechts; denn während bezüglich der kriminellen Strafverfolgungen, unter Titus und durch einen von Paulus erwähnten Senatsbeschluss, erst festgestellt werden musste, dass Niemand wegen Eines Verbrechens nach mehreren Gesetzen gestraft werden sollte,[4]) fand Paulus für Privatklagen sich zur Aufstellung der Regel veranlasst:

---

[3]) Ulpian citirt namentlich den Julianus, so für den Konkurs der *a. fam. ercisc.* und *a. l. Aquil.* (l 16 § 5 D 10, 2), der *condict. furt.* und *a. vi bon. rapt.* (l 10 § 1 D 13, 1), des *interd. quod vi a. cl.* und des *interd. ex o. n. n.* (l 7 § 2 D 43, 24); ferner den Pomponius für den Konkurs der *a. doli* und *a. quod metus c.* (l 14 § 13 D 4, 2) u. s. w.

[4]) *Sueton. Titus c.* 8 i. f.: *vetuit inter cetera de eadem re plurimis legibus agi.* l 14 D 48, 2: *Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret.*

Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere (l 41 pr D 44, 7).

Gewiss musste der altrömische Grundsatz: *Bis de eadem re ne sit actio:* mochte er sich nun auf die Unzulässigkeit eines zweiten Processes oder das Nicht-begründet-sein eines zweiten Klagrechts beziehen, auch die konkurrente Aktio treffen. Denn es heisst: *De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. recteque ita definietur eum demum, de ea re 'non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur: ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur, de ea re' agere* (l 5 D 44, 2 *Ulp.*[5]). Diese formalistische Auffassung lässt sich auch aus den Worten, mit welchen Paulus die erste Meinung über das Verhältniss der *actio injuriarum* zur *actio legis Aquiliae* berichtet, entnehmen: *altera electa alteram consumi* (l 34 pr D 44, 7); denn *eligere* bedeutet in der Regel, mit *actio* verbunden, die in der Litiskontestation liegende Auswahl, welche hier ausser der ersten auch die zweite verzehrt. Es lag also, da es sich in beiden Aktionen um dasselbe *damnum injuria datum* handelte, im Sinne jener Ansicht *eadem res* vor. Dieselbe Anschauung ist aus l 27 § 11 D 9, 2 für das Verhältniss der *actio locati* zur *actio legis Aquiliae* zu entnehmen, obwohl Prokulus erst auf die erfolgte *res judicata* Rücksicht nimmt (s. oben S. 37, 14), und aus l 28 § 4 § 6 D 12, 2 ergibt sich, dass die *bonae fidei actiones* und die *condictio certi* sowie die *actio locati* und die aus *arbores a colono furtim caesae* entstandenen Aktionen als in einem Verhältnisse gegenseitiger processualischer Konsumtion stehend angesehen werden konnten. In der That waren in diesen Fällen die Requisite der *eadem res* vorhanden: dieselben Personen, dieselbe *causa agendi,* nämlich Sachbeschädigung,

[5]) Obwohl diese Stelle sich zunächst auf die Wirkung des bestellten *vadimonium,* die spätere *cautio judicio sisti,* bezieht (Buchka, Einfluss I. 97. Römer bedingte Novation 295), so ist sie doch für die Bedeutung von *eadem res,* und zwar nicht blos im Sinne des Justinianischen Rechts, massgebend.

auch qualitativ dasselbe Objekt, Schadenersatz in Geld, nicht aber gleichhohe Summen, ja bei der *actio injuriarum* und der *actio arborum furtim caesarum* enthielt die Aestimation zugleich eine qualitativ andere Summe, eine *poena.* An dieses letztere Moment lässt sich nun zugleich anknüpfen, da dasselbe für die entgegengesetzte Ansicht, dass die eine Aktio nach der anderen zulässig sei, ein leitender Gesichtspunkt geworden ist. Labeo erklärt es nämlich für *non eadem res,* wenn nach *actio injuriarum* wegen des *servus verberatus* die *actio legis Aquiliae* angestellt werde: *quia altera ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam* (l 15 § 46 D 47, 10). So heisst es auch später bei Ulpian l 7 § 1 D 13, 1: *Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam ea res facit, ut neque furti actio per condictionem neque condictio per furti actionem consumatur,* und in einem Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian über den Konkurs derselben Aktionen: *altera poenam continens alterius electione minime tolli — Nam extra poenam rei persecutionem esse nulla juris quaestio est* (c 12 C 6, 2). Man gelangte also zu der Auffassung: wenn auch dasselbe Rechtsverhältniss beiden Aktionen zu Grunde liege, die eine derselben aber *poenam,* die andere *rem* verfolge, so sei nicht *eadem res* vorhanden. Dies musste, wie es für das Verhältniss der *actio furti* zur *condictio furtiva* keiner Erörterung bedarf, zu einer unbeschränkten Zulassung der die *res* und der die *poena* enthaltenden Aktio führen, und dieser Ansicht scheint in der That Labeo nach l 15 § 46 D 47, 10 gewesen zu sein. Denn auch die offenbar eine Weiterentwickelung bezeichnende, als zweite in l 34 pr D 44, 7 mitgetheilte Meinung geht dahin: *si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia.* Dagegen besteht der Fortschritt dieser Meinung, wenn nach dem unbedingten *consumi* die Zwischenstufe des unbedingten *non consumi* dazwischen lag, darin, dass sie aufstellt: *per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum qui aestimationem praestitit.* Auch die Vertreter dieser Meinung kannten nur die Alternative zwischen gänzlichem Auschlusse oder unbeschränkter Zulassung der zweiten Aktio, aber sie fanden in der *actio injuriarum* nicht blos die *poena,* sondern die *aestimatio damni,* welche sie mit jener gemeinsam hatte. Auch dieser zweite Theil jener Ansicht setzt übrigens die Anerkennung voraus, es sei zwischen *actio*

injuriarum und *legis Aquiliae* nicht *eadem res* vorhanden und processualische Konsumtion finde nicht statt, denn, beruhte der Ausschluss ersterer Aktio auf der Annahme processualischer Konsumtion, so würde die ausdrückliche Berufung auf das *bonum* und *aequum* als ganz überflüssig, ja unrichtig erscheinen. Es trat vielmehr, nachdem einmal anerkannt worden war, Strafklage und reipersekutorische Aktio seien nicht *de eadem re,* der Grundsatz ein: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur* (l 57 D 50, 17 *Gaj.*). Derselbe nöthigte zur Vergleichung der *de alia re* zustehenden Aktionen darauf hin, ob sie nicht doch ein *idem* enthielten. Diese Betrachtung konnte zunächst nur in den Aktionen zur Geltung kommen, welche der *bona fides* und dem *aequum* d. h. der Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles Raum liessen; daher ward nur die Injurienklage, deren Inhalt sich *ex aequo et bono* bemass (l 11 § 1 D 47, 10) und welche also nach richterlichem Ermessen auch gänzlich *inanis* sein konnte, konsumirt, nicht die Aktio, bei welcher der Richter blos das *dare oportere ex jure civili* zu bejahen oder zu verneinen hatte. Dieselbe Erwägung der Billigkeit aber war es wohl, welche zur Ertheilung eines auch gegen die *stricti juris actio* wirksamen Mittels, und zwar eines zwiefachen Mittels, führte, nämlich einmal zur Gewährung einer *exceptio* in der Formel der zweiten, dann zur Nöthigung des Klägers, *cautio se non acturum altera actione* zu leisten, bei der ersten Klage. Aber auch nach Einführung dieser Rechtsmittel blieb man, wie es scheint, bei der Alternative: entweder keine oder gänzliche Konsumtion: stehen. Abgesehen von dem Ausschlusse der Partialabsolution, welche sowohl für die *exceptio* als für das *bonae fidei judicium* angenommen wurde (s. oben S. 16 flg.), verlangen auch die sämmtlichen Quellenzeugnisse über die *remissio actionis* völligen Verzicht auf die ganze, ein *amplius* enthaltende Aktio, und die Nothwendigkeit des Verzichtes zeigt, dass in allen hierher gehörigen Fällen eine processualische Konsumtion der Aktionen nicht angenommen wurde.

Die Abweichung von der Annahme processualischer Konsumtion der konkurrenten Aktio bestand also zunächst in einer Unterscheidung von reipersekutorischen und Pönal-Aktionen, dann in der weiteren Ausscheidung solcher Pönalklagen, welche einen reipersekutorischen Bestandtheil hatten. Die erste

Distinktion hatte unbeschränkte Zulassung, die zweite gänzlichen Ausschluss der zweiten Aktio zur Folge. Es ist daher nicht völlig in Abrede zu stellen, dass Papinian in l 6 pr D 48, 5 eine Häufung wenigstens der *actio legis Aquiliae* mit der *actio injuriarum* oder mit der *actio servi corrupti* meinen könnte. Für die Entscheidungen des Ulpian und Paulus über den Ausschluss gewisser Pönalklagen (*actio calumniae* und *de rat. distr.*) nach den reipersekutorischen aber lässt sich jene formalistische Anschauungsweise, wonach schon ein nicht völliges *idem* in beiden Aktionen genügte, um den Ausschluss der zweiten vom Standpunkt der *bona fides* aus zu rechtfertigen, nicht annehmen. Denn diese Autoren verkannten nicht, dass die ausgeschlossenen Pönalklagen ausser der *res* noch eine nachzufordernde *poena* enthielten;[6]) es schien ihnen wohl nur wider die *aequitas* zu sein, in diesen Fällen nach erlangter *res* noch die *poena* zu fordern.

Bisher ist nur davon die Rede gewesen, dass man *actiones,* welche im Sinne der processualischen Konsumtion *de eadem re* waren, als nicht *de eadem re* hinsichtlich der pönalen oder reipersekutorischen Natur ihres Inhaltes betrachtete. Dennoch weisen Aeusserungen Cicero's auf die Zulässigkeit mehrerer Aktionen *de eadem re,* wenn dieselben einen verschiedenen *modus agendi* enthielten, hin. Cicero erwähnt nämlich an zwei Stellen einer *praescriptio de eadem re alio modo* und zwar im Sinne einer *praescriptio pro actore,* nicht einer *pro reo.*[7]) Dieser *alius modus* bezog sich vielleicht ursprünglich auf die *genera* der Legisaktionen, also auf verschiedene Processarten über völlig *eadem res,* denn: *de eo quod nobis dari oportet, potuerit aut sacramento aut per judicis postulationem agere* (*Gaj. inst.* IV, 20 Studemund 195 Z. 12—14), und auch die *formula petitoria* konkurrirte mit der *in rem actio per sponsionem* (*Gaj.* IV, 91). In Cicero's Sinne bedeutet aber der Ausdruck: dasselbe mit andern Worten:[8]) so dass die Be-

---

[6]) Vgl. für die *a. calum.* l 5 § 1 D 3, 6: *an vero in triplum danda sit?*: für die *a. de rat. distr.* l 2 § 2 D 27, 3.

[7]) Letzteres nahmen an: Liebe, Stipulation 173. Rudorff zu Puchta Instit. § 171, h. Dagegen v. Savigny, System VI. 526, p. Buchka, Einfluss I. 102. Bekker, process. Consumtion 265.

[8]) So wenigstens in *de finibus bonor. et mal.* V, 29, 88 (*Cic. opp. ex rec. Orelli* IV. 203): *Quae cum Zeno didicisset a nostris, ut in actionibus*

ziehung auf die Verschiedenheit der Formelkonception am nächsten liegt. Auch Ulpian spricht sich in seiner bekannten Regel dahin aus, dass *actiones de eadem re* sich nicht konsumiren. Eine mit der Ciceronianischen Präskription zu schützende *eadem res* liesse sich nun namentlich in den Fällen denken, wo die Schätzung der einen Aktio nicht qualitativ, sondern quantitativ von der der andern verschieden ist. Oben schon sind Stellen angeführt worden, aus welchen sich die Annahme processualischer Konsumtion für die mit der einfachen Kontraktsklage gleichzeitig begründete Aquilische Aktio ergab (l 27 § 11 D 9, 2 l 28 § 6 D 12, 2), es gehört hierher auch noch die Aeusserung des Gajus über den Konkurs der *bonae fidei actiones* und der *actio legis Aquiliae: si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur* (l 18 § 1 D 13, 6).

Das *amplius* einer Aktio gegenüber einer andern war also nicht geeignet, den Begriff der *eadem res* zu alteriren. Dasselbe konnte sich in verschiedener Art ergeben, entweder wie bei der Aquilischen Aktio dadurch, dass die konkurrente Aktio durch die auf Rechtssatz beruhende bestimmte Berechnungsweise ihrer *aestimatio* oder, wie bei der Konventionalstrafe, dadurch, dass sie in Folge der von den Parteien ausgehenden Fixirung ihres Klagobjekts einen höheren Ertrag bot, oder es konnte auch der Umfang der mit der einen Aktio geltend zu machenden Ansprüche ein geringerer sein, indem in die eine, wie die Quellen sagen, weniger „*venit*“ als in die andere. In den beiden letzteren Fällen griff wohl die processualische Konsumtion nicht ein, denn, beruhte die Mehr bietende Aktio auf Kreation durch die Parteien, so lagen verschiedene *causae*

praescribi solet, De eadem re (fecit) alio modo. Hoc tu nunc in illo probas. Scilicet vocabulis rerum mutatis inconstantiae crimen ille effugit, nos effugere non possumus! Ille Metelli vitam negat beatiorem quam Reguli, praeponendam tamen, nec magis expetendam, sed magis sumendam etc. In der zweiten Stelle handelt es sich um einen neuen Empfehlungsbrief, also nicht blos um andere Worte, sondern auch um einen neuen Thatbestand und nur um einen ähnlichen Fall, aber die formelle Beziehung der *eadem res* tritt auch hier zu Tage: *epist. ad fam.* XIII, 27, 1 (Orelli III. 245): *Licet eodem exemplo saepius tibi hujus generis litteras mittam, cum gratias agam, quod meas commendationes tam diligenter observes — quod feci in aliis et faciam, ut vides, saepius — sed tamen non parcam operae et ut vos soletis in formulis, sic ego in epistolis De eadem re alio modo.*

actionis vor,[9]) und, gewährte z. B. die eine Aktio Berücksichtigung eines geringeren Grades von *culpa* als die andere (z. B. l 3 § 1 D 4, 9 l 16 D 13, 1), so griff nach l 13 pr D 40, 12[10]) der processualische Verbrauch der einen die andere so wenig an, als dies gemäss l 43 D 17, 2 (s. oben S. 56) für das Verhältniss der *actio pro socio* zur *actio communi dividundo*, obwohl diese Stelle einen Grundsatz materieller Konsumtion enthält, der Fall gewesen sein wird. Dagegen war, nachdem in diesen Fällen das Princip: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur:* Eingang gefunden hatte, die Zulässigkeit der Nachklage auf das nur durch Höherberechnung der Aestimation sich ergebende *amplius* gegenüber der Konsumtionsregel besonders festzustellen, und für solche Fälle konnte die *praescriptio de eadem re alio modo* eine angemessene Verwendung finden. Die Begründung dieser Zulässigkeit bei Paulus hinsichtlich des *amplius quod ex lege Aquilia competit* zeigt, dass man nur auf dem Wege einfacher Subtraktion zur Anerkennung der Selbstständigkeit solcher Ueberschüsse gelangte: *quia amplius simplo accedit* (l 34 i. f. D 44, 7). Dasselbe findet sich schon bei Pomponius, welcher nach dem Berichte Ulpian's die *actio legis Aquiliae* noch nach der *condictio furtiva* für zulässig erklärt: *quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva* (l 2 § 3 D 47, 1). So stellte sich schliesslich die in einzelnen Anwendungen genugsam bezeugte Regel fest, man könne mit der zweiten konkurrenten Aktio erlangen, was mit der ersten nicht erlangt worden sei (l 42. 43 D 17, 2 l 7 § 1 D 13, 6 l 41 § 1 D 44, 7). Auffällig aber war bei dieser Methode, dass nun nicht blos in reipersekutorischen Aktionen das *amplius* durch Ineinanderrechnen der Klagesummen gefunden wurde, sondern dass auch bei Strafklagen ohne Weiteres Subtraktion des Ergebnisses derselben von dem der konkurrenten Aktio stattfand. Ein Beispiel hiefür enthält die dem Trebatius zugeschriebene Ent-

[9]) Vgl. l 28 D 19, 1 mit l 18 D 44, 7, auch l 18 § 3 D 13, 5. Bekker, process. Consumtion 249.

[10]) *Illud certum est damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit. ideoque licet absolutus hoc judicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur.*

scheidung über das Verhältniss zwischen *actio legis Aquiliae* und *actio arborum furtim caesarum* (l 1 D 47, 7) und die des Paulus über erstere Aktio und die Injurienklage (l 34 § 2 D 44, 7). Es lässt sich also auch hier die Beobachtung machen, welche oben bei Gelegenheit der Unterscheidung von *res* und *poena* sich darbot: dass die römischen Juristen der in den sogenannten *actiones mixtae* enthaltenen *poena* beim Aktionenkonkurse nicht völlig gerecht wurden. Hier hätte der Ersatz der *contumelia,* zumal Ulpian in l 5 § 1 D 9, 2 im Gegensatz zu der Einen *aestimatio* der zweiten Meinung in l 34 pr D 44, 7 die *duae aestimationes alia damni alia contumeliae* so sicher unterscheidet, als ein nicht zu schmälernder Bestandtheil der *actio injuriarum* und ebenso das *alterum tantum* des Schadenersatzes in der *actio arborum furtim caesarum* als pönaler Zusatz dieser Aktio unberührt bleiben sollen.

Der Umstand, dass so in zwei verschiedenen Stadien der Rechtsentwickelung im Aktionenkonkurse das Verschwinden der *poena* vor der *aestimatio rei* in gemischten Strafklagen erkennbar war, zeigt, wie wenig die Römer geneigt waren, reipersekutorischen Aktionen gegenüber eine Analyse des Inhalts jener vorzunehmen, und man wird nicht fehl gehen, wenn man als Resultat der späteren Jurisprudenz dies betrachtet, dass, sobald ein *idem* zwischen reipersekutorischen und pönalen Aktionen gefunden wurde, die Ineinanderrechnung stattfand. Dabei mochte es freilich besondere Gründe geben, in Ausnahmefällen die Nachforderung des *amplius* zu versagen, wie bei *actio calumniae* und *de rationibus distrahendis.* Nur Eine Aktio hat erweislich, ausser vielleicht von Javolenus (s. oben S. 38), nirgends die Beurtheilung als *rei persecutionem continens* erfahren, die *actio furti.* Das *furtum* galt als ein besonderes, ausserhalb des Zusammenhanges mit allen andern stehendes Delikt (l 1 § 22 l 2 § 1 D 27, 3), welches sich von den übrigen immer noch durch eine Mehrzahl von Erfordernissen im Thatbestande unterschied (l 13 § 1 D 16, 3 l 51 pr D 17, 2 l 7 § 1 l 8 § 2 D 47, 7) und daher nach der Regel: *nunquam plura delicta concurrentia faciünt ut ullius impunitas detur* (l 2 pr D 47, 1): besonders klagbar sein musste. Auch die *actio injuriarum,* welche doch Gajus (*inst.* IV, 8) neben der *actio furti* als reine Pönalklage aufführt, nahm den reipersekutorischen Bestandtheil in sich auf, so dass § 18 J 4, 6 sie nicht mehr nennt.

Aus diesem völligen Zurücktreten des Strafzusatzes in *actiones mixtae* ergibt sich dann auch, dass es nicht nothwendig ist, ein römisches Princip zu vermuthen, wonach die *poena* in der Regel nach erlangter *res* nicht mehr habe verlangt werden können. Eine solche Annahme würde sich vielleicht auf die noch von Paulus vertretene Nothwendigkeit einer *remissio* der Aquilischen Aktio nach der dinglichen Hauptklage gründen lassen, allein Paulus brachte das *amplius* dieser Klage gegenüber andern Aktionen nicht als Pönalzusatz in Rechnung, wie seine Begründungen der Ineinanderrechnung mit der reipersekutorischen Natur der *actio legis Aquiliae* beweisen (s. oben S. 33). Für die Aquilische Klage ist es denn auch anerkannt worden, dass in Folge der Betonung jener Eigenschaft Paulus sie habe wegfallen lassen[11]), aber man bedarf deshalb nicht der Annahme, er habe dabei einen pönalen Bestandtheil gestrichen, vielmehr hat er ihn beim Aktionenkonkurse nicht ausgeschieden. Es ist in den Quellen nirgends bestritten, dass die *poena* nach der *res* solle gefordert werden können, und Stellen, wie l 56 § 1 D 47, 2, wonach die einfache Restitution der gestohlenen Sache in der *extraordinaria cognitio* die private *actio furti* beseitigt, sind natürlich nicht massgebend. Vielmehr würde die Sicherheit überraschen, mit welcher die Quellen die Häufung der *condictio furtiva* und *actio furti* immer mit dem Satze begründen: weil die eine *ad poenae persecutionem pertineat,* die andere *ad rei reciperationem* (s. die Stellen oben S. 41, 8); ja in c 12 C 6, 2 heisst es geradezu: *Nam extra poenam rei persecutionem esse nulla juris quaestio est.*

Die geschichtliche Entwickelung des Aktionenkonkurses möchte sich nach dem Vorstehenden in folgende Grundzüge zusammenfassen lassen: Von der processualischen Konsumtion jeder dasselbe konkrete Rechtsverhältniss betreffenden Aktio schritt man zur Anerkennung eines Unterschiedes zwischen den *res* und den *poena* enthaltenden Aktionen und liess beide neben und nach einander zu. Dann verbot aber die *aequitas,* bei *stricti juris actiones* in der *exceptio doli* oder *in factum* zur Geltung gebracht, die zweite Aktio, sobald sie einen mit dem Inhalt der ersten auch nur theilweise identischen Bestandtheil zu haben schien. Schliesslich rechnete man den Betrag der

---

[11]) Kleinschrod, Conkurrenz 25. Martens, Concurrenz 35.

Aktionen, falls nicht die eine derselben lediglich *poena* enthielt, in einander, um zu bemessen, wie weit und ob die zweite Aktio noch nach der ersten zulässig sei. Die letzte Auffassung erscheint als die Regel des Justinianischen Rechts, da Stellen wie l 41 D 44, 7 und die beiden die Ineinanderrechnung sanktionirenden Hauptstellen *de concurrentibus actionibus* (l 34 D 44, 7 und l 89 D 47, 2) in den Digesten recipirt sind. Wenn dennoch die Entscheidung, dass bei den dinglichen Hauptklagen auf die *actio legis Aquiliae* verzichtet werden müsse, stehen geblieben ist (l 13. 14 D 6, 1 l 36 § 2 D 5, 3), so war dies in der That eine Eigenthümlichkeit der dinglichen Klage, welche jedoch in Folge der weiteren Vorschrift, dass Kläger durch Verzicht auf Einrechnung des *amplius* sich die Aquilische Aktio reserviren könne, den Kläger in seinem Recht auf das *amplius* nicht beeinträchtigte. Aber es gibt auch andere positive Ausnahmen von obiger Regel, welche in den Quellen keine anderweitige Bestimmung gegen sich haben, nämlich den Ausschluss der *actio calumniae* und *de rationibus distrahendis* nach erlangter *res: quia nihil absit* (l 5 § 1 D 3, 6 l 1 § 21 l 2 § 1 D 27, 3) und die gegenseitige Konsumtion der *actio furti* oder *legis Aquiliae* gegen den wirklichen Dieb und Beschädiger und der *actio de recepto* gegen Wirth und Schiffer (l 3 § 5 l 6 § 4 D 4, 9), endlich die gegenseitige Konsumtion der *actio furti* und *commodati* nach c 22 C 6, 2 (s. unten § 13, nach 2). Mit diesen Vorschriften möchte der Kreis der Ausnahmen von obiger Regel erschöpft sein. Denn die vollständige Konsumtion der *actio quod metus causa* durch die *rei vindicatio* und *actio doli* (l 9 § 6 l 14 § 13 D 4, 2) gehört so wenig hierher, als die Möglichkeit, dass die *actio legis Aquiliae* durch Infitiation aufs Doppelte erwachsen könne, beim Aktionenkonkurse zu berücksichtigen ist. In beiden Fällen ist es lediglich ein processualischer Nachtheil, welcher unter Umständen den Beklagten trifft und für die civilrechtliche Gestaltung der Aktio nicht in Betracht kommt, wie es denn z. B. von der *actio quod metus causa* heisst: *non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur* (l 14 § 3 i. f. D 4, 2).

VI.

Das über Vorhandensein des Aktionenkonkurses entscheidende Princip.

1. Identität der Thatsache? des Zweckes?

§ 10.

Die Frage, wie es komme, dass die Erfüllung des in einer Aktio liegenden Anspruchs den Gebrauch einer anderen Aktio, soweit sie denselben Anspruch geltend mache, ausschliesse, ist nach der oben vertretenen Auffassung des Konkurses gleichbedeutend mit der Frage: wann konkurriren Aktionen? Es handelt sich also um Auffinden des Punktes, in welchem mehrere Aktionen übereinkommen können und in dessen Erledigung durch die eine Aktio der Ausschluss der andern begründet ist.

Die Beantwortungen, welche obige Fragen erfuhren, sind folgende: Nach der einen Meinung liegt die Veranlassung eines solchen Verhältnisses in der Identität des mit jeder Aktio verfolgten Zweckes, indem die Erreichung des Zweckes der einen die des Zweckes der andern sei.[1]) Nach Anderen konkurriren Aktionen, wenn sie dasselbe sie erzeugende Rechtsverhältniss oder denselben mit ihnen geltend zu machenden Anspruch „nach Grund, Art, Gegenstand und Zweck“ gemeinsam haben.[2]) Dagegen kommt es nach der Savigny'schen Theorie auf den „juristischen Gegenstand der mehreren Klagen“ an[3]), eine Bezeichnung, welche durchaus nicht so unbestimmt

---

[1]) Arndts, Pand. § 105. Windscheid, Pand. § 121, 9. 10. Vgl. auch W. H. Puchta, gerichtl. Klagen 82 Nr. 1. Puchta, Vorles. § 87 Nr. 2. Wächter, Württemb. P. R. II. 461 Nr. 2.

[2]) Huschke, Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 183. Kleinschrod, Conkurrenz 10. Brackenhöft, Identität 289—333, namentlich 295. 296. Letzterer theilt die „eigentliche Klagenconcurrenz im weitern Sinne“ gegenüber der „uneigentlichen“ der Nebenklagen ein in die Konkurrenz mehrerer Hauptklagen bei Einem Rechtsverhältniss und bei Mehrheit der Rechtsverhältnisse, in letzterem Falle wieder, je nachdem die Objekte der Rechtsverhältnisse nur konnex oder identisch sind.

[3]) v. Savigny, System V. 208. IV. Unger, österr. P. R. II. 388. vergl. auch Puchta, Pand. § 87.

ist, um missbilligt werden zu müssen; denn sie bedeutet, dass es nicht blos auf die mit der Aktio geforderte Leistung, sondern auch auf die Absicht ankomme, welche die Parteien oder die Rechtsregel in dieselbe hineinlegen. Sowohl Savigny als Unger nennen anstatt dieses Klagobjekts auch den „Zweck", aber ihr Begriff ist doch präciser als der der zuerst angeführten Meinung, von welchem Windscheid selbst sagt: „ein viel zu unbestimmter Begriff, als dass man sich damit zufrieden geben möchte".[4]) Wesentlich verschieden von den bisherigen ist die Auffassung Keller's, welche Martens entwickelt hat: Aktionen konkurriren dann, wenn sie aus einer und derselben Thatsache hervorgehen, welche unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten eine und dieselbe oder doch eine nur quantitativ, nicht qualitativ verschiedene Forderung begründet.[5]) Die Vertreter dieser Ansicht betonen zwar, wie die zweite der angegebenen Meinungen, die Identität der Forderung oder des Anspruchs, aber sie führen es doch als unentbehrliches Moment auf, dass Identität der Handlung oder des Ereignisses, woraus die mehreren Aktionen entstehen, vorhanden sei.

Von diesen Theorien geben nur zwei eine genügende Erklärung der Thatsache, dass die Befriedigung der einen Aktio die der andern sei; nämlich die den „Zweck" und die den „juristischen Gegenstand" für massgebend erachtende Ansicht, Denn wenn mit dem Zwecke der einen Aktio der der andern, mit Zweck und Objekt der einen beides für die andere erreicht ist, so ist an der rechtlichen Nothwendigkeit des Erlöschens der zweiten Aktio nicht zu zweifeln. Dagegen ist es nicht ebenso selbstverständlich, dass aus demselben Rechtsverhältnisse und aus derselben Thatsache nicht nochmals geklagt werden könne, denn Ersteres liesse sich in dieser Allgemeinheit höchstens für das Institut der processualischen Konsumtion aufstellen und Letzteres wird nur für eine gewisse Art des Konkurses festgehalten werden können.

---

[4]) Windscheid, Actio 36.

[5]) Keller, Pand. § 82. *β. γ.* Martens, Concurrenz 4. 7. 65. 66. Letzterer nennt statt verschiedener rechtlicher Gesichtspunkte „mehrere getrennte Verpflichtungsgründe". Der von Martens als Vorgänger in dieser Meinung citirte *Gothofredus ad* c 1 C. Th. 9, 20 wirft nur die Bemerkung hin: *„id enim est concursus actionum, quotiens ex uno eodemque facto plures actiones competunt."*

Man kann unter der zu einer Aktio Grund legenden Thatsache Zweierlei verstehen, entweder das Rechtsverhältniss, aus welchem die Legitimation zur Aktio hervorgeht, oder das thatsächliche Verhältniss, welches ein Recht begründet oder ein bestehendes verletzt.[6]) So hat die *condictio furtiva* mit der *actio furti*, die *rei vindicatio* mit der *actio legis Aquiliae* nur das letztere gemein, nicht das erstere; jene Aktionen entspringen aus dem Diebstahl, diese aus der Sachbeschädigung, aber in anderem Sinne (früher s. g. *causa actionis remota*) entspringt die *condictio* aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung auf Kosten eines Andern, die *actio furti* aus dem Faktum der eine Privatstrafe begründenden Interesseverletzung des Bestohlenen, die *rei vindicatio* aus dem Eigenthum, die *actio legis Aquiliae* aus dem Anspruch des Beschädigten auf Schadenersatz. Daher widerlegen Beispiele des Konkurses von *actio legis Aquiliae* mit *actio locati* oder *condictio furtiva*, von *actio depositi* mit *condictio furtiva*, von *rei vindicatio* mit *actio commodati* jene Theorie nicht[7]); denn, soweit diese Aktionen konkurriren, ruhen sie in der That auf derselben Rechtsverletzung. Nur an Fällen, wo ein Deliktsanspruch sich nicht einmischt, ist daher die Theorie von der Identität der Thatsache zu widerlegen, so durch den Konkurs der Konventionalstrafe mit dem aus der Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Ersatzanspruch (l 41. 42 D 17, 2 l 28 D 19, 1). Hier beruht jede der beiden Aktionen auf einer verschiedenen *causa*, nämlich die *actio ex stipulatu* auf der Stipulation, die *actio ex vendito, pro socio* etc. auf dem Kauf- oder Gesellschafts-Vertrag. Die Erklärung mit „besonderen Gründen", indem hier nur Eine Handlung als klageerzeugendes Moment aufgefasst sein und nur eine ganz, die andere höchstens theilweise zur Geltung kommen soll[8]), ist nicht ausreichend. Denn es konkurrirt z. B. beim *legatum debiti* die Darlehnsklage mit der Vermächtnissklage (l 93 § 1 D 32 l 28 § 13 § 14 D 34, 3) und in allen Fällen des *concursus causarum lucrativarum* werden verschie-

---

[6]) Die Verwirrung dieser „Gründe" der Aktionen tritt namentlich in Thibaut's Darstellung (civ. Abhdl. 163—201) hervor.

[7]) Diese Beispiele gegen die Keller'sche Theorie s. bei v. Savigny, System V. 206, a. 207, d. Buchka, Einfluss I. 60. Windscheid, Actio 36. Pand. § 121, 10.

[8]) Martens, Concurrenz 4. 5.

dene Rechtsgeschäfte den Aktionen zu Grunde liegen, ohne dass man sagen kann, es sei in der Absicht der Parteien gelegen, das eine Geschäft nur theilweise zur Geltung zu bringen. Auch l 10 D 19, 1 lässt sich nicht, selbst nicht als „indirekte Bestätigung" jener Theorie betrachten[9]), da hier der Konkurs nur in einer äusserlich durch Erbgang vermittelten Verschmelzung von rein processualischer Bedeutung und ohne Schmälerung der materiellen Aktio besteht. Wie nun einerseits Aktionen konkurriren, welche aus verschiedenen Thatsachen hervorgehen, so gibt es andererseits, wenn man den Begriff der Thatsache mit dem einer physischen Handlung identificirt, auch Beispiele, wo aus Einer Handlung nicht konkurrente Aktionen entstehen, wie bei der indirekten Injurie, beim Diebstahl.[10]) Vom juristischen Gesichtspunkt aus betrachtet liegen hier aber eben verschiedene Thatsachen, nämlich verschiedene injuriirende Handlungen, Bereicherung und Delikt oder Vertragsverletzung und Delikt vor.

Nur für die aus Delikten entsprungenen Ansprüche ist das Erforderniss der Identität der Thatsache festzuhalten, damit die Aktionen konkurriren, und zwar ist Faktum hier im Sinne der mit den Aktionen verfolgten Thatsache zu nehmen, so dass auch der *rei vindicatio* und der *actio legis Aquiliae* in der Beschädigung *idem factum* zu Grunde liegt. Mehrere widerrechtliche Handlungen erzeugen dagegen eben so viele von einander unabhängige Ersatz- und Straf-Aktionen, wie dies im Sinne eines Zusammentreffens in demselben Objekt principiell von Ulpian mit den Worten: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur* (l 2 pr D 47, 1): anerkannt wird. Daher haben die *diversa facta* verschiedener Personen in l 77 § 1 D 47, 2, die *diversa maleficia* derselben Person in l 11 § 2 D 11, 3 mehrere nicht konkurrente Deliktsaktionen zur Folge, und nach l 48 D 9, 2 konkurrirt die prätorische Strafklage des tit. D 47, 4 mit der Aquilischen Aktio nicht: *quia alterius et alterius facti hae res sunt* (nämlich das *damnum datum* des *servus liber esse jussus* vor dem Erbschaftsantritt und das spätere *damnum datum* des *liber factus* nach der Adition). Auch Paulus stellt in l 34 pr D 44, 7 das *unum factum* der ungerechtfertigten Züchtigung eines Sklaven als gemeinsamen Entstehungsgrund der nach seiner Ansicht konkurrenten *actio injuriarum* und *legis Aquiliae* hin.[11]) Vergleicht man mit dem Bisherigen den Ausspruch Hermogenian's l 32 D 44, 7: *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti etc.*, dessen Restriktion oben vertheidigt worden ist (s. oben S. 61 fg.), so scheint die Bedeutung des für konkurrente Deliktsaktionen vorauszusetzenden *idem factum* die der Identität der physischen Handlung zu sein. In diesem Sinne ist das *unum factum* auch von Paulus in der citirten l 34 pr D 44, 7 verstanden worden, denn er selbst erkennt an, dass der Injurienklage und der Aquilischen nicht eine und dieselbe juristische Thatsache zu Grunde liege: *injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa,* wie denn auch andere Stellen die Notwendigkeit eines besonderen Thatbestandes der Injurie zur Begründung der *actio injuriarum* neben andern Aktionen verlangen.[12]) Weshalb Paulus trotz dieser Verschiedenheit der zu rügenden Thatsachen völligen Konkurs beider Aktionen annimmt, ist schon oben daraus erklärt worden, weil er die Substanz des Inhalts der Injurienklage nicht analysirt. Dennoch geht für den Konkurs der Deliktsaktionen das Erforderniss der Identität des Faktum über den Begriff der physischen Handlung hinaus. Ulpian nämlich äussert sich in l 1 § 22 D 27, 3, man könne nicht sagen, dass die *actio furti* und *de rationibus distrahendis „ejusdem facti"* seien und dass deshalb diese Aktionen sich gegenseitig vernichten müssten; als Gegensatz zu dieser Verneinung der Identität ergibt sich deren Bejahung für *actio de rationibus distrahendis* und *tutelae.* Aber es ist im ersten Falle nur Eine Handlung, das *auferre ex bonis pupilli,* äusserlich vorhanden und der Mangel der Identität beruht nur auf dem Hinzutritt des *animus furandi* und der *con-*

[9]) Wie Martinius, der mehrfache Verkauf derselben Sache (1873) 7, 17 annimmt.

[10]) Auch die Thatsache der unehelichen Schwängerung könnte man anführen, wenn die aus derselben hervorgegangenen Ansprüche Deliktsansprüche wären.

[11]) Cf. *Si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est.* l 43 D 19, 2 Paul.

[12]) l 15 § 35 § 38 § 45 D 47, 10 l 41 pr D 9, 2 l 1 § 38 D 16, 3. Dass l 66 D 7, 1 l 25 D 47, 10 l 6 pr D 48, 5 das besondere Erforderniss des *injuriose agere* nicht hervorheben, ist bei dem Inhalt der beiden letzten, *stuprum,* leicht erklärlich. cf. l 9 § 4 l 10 D 47, 10.

trectatio invito domino für die Begründung der *actio furti* (s. oben S. 64. 44). So stellt sich also heraus, es müsse auch juristisch betrachtet Einheit der Thatsache bei Deliktsobligationen vorliegen, damit die Deliktsaktionen konkurriren; diese Identität fehlt, wo rein strafverfolgende Klagen entstehen.

Eine weitere Limitation des *unum factum,* indem trotz Einheit der Handlung die Deliktsklagen nicht konkurriren, findet sich darin, dass der Delinquirende nicht blos für die unmittelbare Folge seines Delikts, sondern auch für dessen weitere Konsequenzen haftet. Wer einem Sklaven die Kleider stiehlt, ist daher nicht blos aus dem *furtum,* sondern auch wegen des in Folge dessen eingetretenen Todes des Sklaven zu belangen ohne Konkurs der Aktionen (s. oben S. 58 über l 14 § 1 D 19, 5). Ferner widerspricht folgender Fall nicht dem Erfordernisse der Identität des Deliktsaktes: wenn Jemand einen fremden Sklaven zum Diebstahl beredet und der Diebstahl erfolgt, so haftet der Anstifter mit *actio servi corrupti* und *actio furti* unbeschränkt (l 11 § 2 D 11, 3). Denn das *furtum* erscheint hier als das zweite Faktum ausser der Anstiftung, welches, freilich ohne dass der Anstifter die gestohlene Sache in die Hände bekommt (l 36 § 2 D 47, 2), dem Anstifter imputirt wird. Wäre der Sklave bei Ausführung des Diebstahls ertappt worden, so dürfte die *actio furti* nicht, wie im Falle der c 20 C 6, 2, zugestanden haben.

Die für den Konkurs der Deliktsaktionen erforderliche Einheit der Handlung wurde von einigen Schriftstellern auch auf nicht konkurrente *actiones ex maleficio* angewendet, indem sie annahmen, dass die eine, mehrere Rechtsverletzungen erzeugende Handlung manchmal nicht in ihrer Totalität eine jede dieser Rechtsverletzungen ausmache, sondern zur Begründung derselben gleichsam zerlegt werden müsse, um mit je einem Stücke ihrer Totalität jede einzelne Rechtsverletzung zu decken.[13]) Allein Fälle, in welchen eine Handlung sich derartig theilen liesse, um jeder Deliktsaktio stückweise eine besondere Basis zu geben, möchten nicht leicht denkbar sein, am ersten noch da, wo jene Schriftsteller die Handlung ungetheilt zur Grundlage jeder Aktio machen, bei *actio injuriarum* und *legis Aquiliae.* Man könnte das *verberare* ohne *animus injuriandi* als einen geringeren Theil des ganzen Delikts von dem *injuriose verberare,* ebenso das *auferre ex bonis pupilli* von dem *furtum* ausscheiden, aber Letzteres wäre in der That gegen die Quellen, welche das *furtum* als *aliud factum* und *alia obligatio* bezeichnen (l 1 § 22 l 2 § 1 D 27, 3). Andererseits konkurriren ja in dem freilich nicht mustergültigen Falle eines Aktionenkonkurses der *actio furti* und *vi bonorum raptorum* die Aktionen, obwohl die eine nur den Diebstahl, die andere den gewaltsamen Diebstahl, also jedenfalls nicht jede die Totalität der Handlung betrifft. Die für jene Theilung der Handlung angeführten Stellen beweisen dies nicht, wie oben für l 14 § 1 D 19, 5 und l 11 § 2 D 11, 3 ausgeführt wurde; auch die indirekte Injurie ist nicht ein Stück der direkten, sondern, da jede Injurie nur im Verhältniss zu einer einzigen Person stehen kann, juristisch eine andere Thatsache, eine zweite Injurie.

[13]) Brackenhöft, Identität 339—342. v. Vangerow, Pand. III. 54. 55 (§ 572). Vergl. auch Kleinschrod, Conkurrenz 12. 13.

In der bereits unter den Regeln des Aktionenkonkurses behandelten l 41 § 1 D 44, 7 scheint die Identität der Thatsache zu einem allgemeinen, über die Deliktsklagen hinausreichenden Princip erhoben zu sein und Paulus ist deshalb schon wegen der Wahl eines unrichtigen Gesichtspunktes getadelt worden.[14]) Es heisst: *Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicantis partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur.* Man hat aber mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die obige Stelle wegen Gleichheit der Inskription mit l 11 D 47, 7, einer vom Konkurs der *actio legis Aquiliae,* des *interdictum quod vi aut clam* und der *actio arborum furtim caesarum* handelnden Stelle, zusammenhänge.[15]) Dazu passt der Inhalt der l 41 D 44, 7 vollständig, wonach jede von einer neuen Lex eingeführte Obligation im Zweifel nicht blos mit der neuen Aktio, sondern auch mit den früher für diesen Fall bestandenen Aktionen geltend gemacht werden kann. Gerade auf die *lex Aquilia* im Verhältniss zur *obligatio ex arboribus furtim caesis* war diese Regel nach l 1 D 47, 7 angewendet worden, da die Lex trotz l 1 pr D 9, 2 der früheren speciellen Bestimmung als *lex generalis de damno dato* nicht derogirte. Auch die Ueber-

[14]) v. Savigny, System V. 224.
[15]) Martens, Concurrenz 46. 47. 80.

einstimmung der vom Konkurs der Deliktsklagen *ex edicto de vi hominibus coactis* und *ex edicto adversus nautas etc.* handelnden l 1 D 47, 8 und l 6 § 4 D 4, 9, ebenso der auf Deliktsaktionen bezüglichen l 45 D 19, 2 hinsichtlich der Inskription vermehrt die Wahrscheinlichkeit, dass Paulus bei dem *idem factum* der l 41 § 1 D 44, 7 nur an Deliktsaktionen dachte.

Auf Deliktsklagen also ist der Satz zurückzuführen: sobald die Aktionen eines und dasselbe Faktum betreffen, schmälert eine die andere, indem die Erfüllung des mit der einen erhobenen Anspruchs Befriedigung der andern ist. Dass hiermit auch der Satz des Modestinus in l 53 D 44, 7 sich vereinigen lasse, ist oben gezeigt worden; ebenso wurde gelegentlich betont, dass die Bereicherungsklage eine andere Thatsache geltend mache als Deliktsaktionen (oben S. 64), und das Gleiche ist für dieselbe gegenüber Kontraktsklagen festzuhalten[16]), da die Thatsache der Bereicherung von der Nichterfüllung des Vertrages ganz unabhängig ist.

Gegen die den Zweck der Aktionen betonende Theorie wendete Windscheid früher selbst die Entscheidung der l 38 § 1 D 17, 2 ein, wonach hinsichtlich des Ersatzes der auf die gemeinschaftliche Sache verwendeten Kosten und der von ihr durch den Miteigenthümer gezogenen Früchte die *actio pro socio* und *communi dividundo* sich gegenseitig konsumiren.[17]) Nach Windscheid's Ansicht würde also in beiden Aktionen eine Verschiedenheit der Zwecke vorliegen, vielleicht indem die eine die Geltendmachung des Gesellschaftsvertrags, die andere den Theilungsanspruch aus der dinglichen Rechtsgemeinschaft verfolgt. Allein die Grundlage der Aktio, ob sie *ex societate* oder *ex communione* sei, ist für die Identität des Zweckes vollständig irrelevant, wie Windscheid später durch Aufstellung der Beispiele: Konkurs zwischen *rei vindicatio* und Vertragsklage wegen Vorenthaltung der z. B. deponirten Sache, zwischen Deliktsklage und Vertragsklage wegen Verletzung des Vertragsobjekts: selbst anerkannt hat.[18]) Mit andern Worten: es handelt sich, wenn man den Zweck zum Massstabe des Aktionenkonkurses macht, um den konkreten Zweck,

[16]) A. M. Römer, bedingte Novation 293.
[17]) Windscheid, Actio 36.
[18]) Windscheid, Pand. § 121, 10.

welcher im betreffenden Falle mit den Aktionen erreicht werden soll und kann. Es liesse sich daher ein Konkurs der *actio hypothecaria* und *actio mutui* annehmen, wenn das für das Darlehen verpfändete Objekt etwa ein der Darlehnssumme gleiches Geldkapital wäre, nicht aber immer, wie Glück[19]) behauptete: da beide die Befriedigung des Gläubigers bezweckten.

Einer weiteren Bestimmung bedarf die den Zweck zum Massstabe nehmende Theorie dahin, dass es für den Konkurs der Aktionen nicht auf den individuellen Zweck ankomme, welchen der Berechtigte mit der Aktio zu verfolgen gedenkt. Daher konkurriren Besitzinterdikte und *rei vindicatio* nicht, obwohl Kläger mit der zweiten Klage nur Erlangung des Besitzes bezwecken kann; denn der Inhalt der *rei vindicatio* ist die Anerkennung des Eigenthumsrechts. Jedenfalls ist der Zweck einer Aktio auch nicht vom Standpunkte Eines ihrer Subjekte aus allein zu bestimmen, sondern es handelt sich um die Bedeutung, welche das mit der Aktio zu Erreichende für das Vermögen oder den Status des Berechtigten und des Verpflichteten zugleich hat.

In der angegebenen Begrenzung ist der Zweck der Aktionen wenigstens für die heutigen Klagerechte als Princip des Konkurses am Besten zu gebrauchen, es wird sogar lediglich auf den aus der Uebereinstimmung mit den Thatsachen sich ergebenden Zweck des Petitum allein ankommen, um die Identität der Aktionen festzustellen. Dass der Zweck aber auch im Sinne der Quellen das Massgebende sei, ist zu bezweifeln. Die Römer betonen nur den pönalen oder reipersekutorischen Zweck der Aktionen, um zu bestimmen, ob dieselben konkurriren oder nicht, und sie betonen auch den ersten in *mixtae actiones* nicht rein genug. Innerhalb des reipersekutorischen Zwecks bedarf es aber zum Verständniss der Quellenentscheidungen jedenfalls weiterer Bestimmung nach dem Vermögenswerth der Leistung. Dass Ansprüche, von denen der eine ein Aequivalent für Aufwendung, der andere Bereicherung bezweckt, und welche beide einen einzigen Gegenstand betreffen, nicht konkurriren, sondern dass das Objekt des einen von beiden sich in den Werth des Aufgewendeten umsetzen müsse,

[19]) Glück, Commentar IV. 13. Andere Citate s. u. § 13, 18.

war auch den römischen Juristen unzweifelhaft (l 18. 19 D 44, 7). Die Nothwendigkeit dieses Umsatzes beruht darauf, dass die Leistung einer Sache, welche der Berechtigte noch hat oder welche der Verpflichtete nicht hat, unmöglich, dennoch aber das Recht auf das Aequivalent durch die *causa onerosa* immer begründet ist. Bei der *causa lucrativa* kam es auf ein weiteres Moment an, nämlich auf den Willen Desjenigen, welcher die lukrative Zuwendung veranlasste; hatte dieser die Absicht, für alle Fälle ein der Sache entsprechendes Werthäquivalent zuzuwenden, so konkurrirte die hieraus hervorgegangene Aktio mit keiner andern (l 21 § 1 D 32 l 29 D 23, 3), richtete sich aber der Wille des Zuwendenden nur auf Verschaffung der Species selber oder nur, in Ermangelung dieser Leistung, ihres Werthes, so musste durch Erreichung dieses Zwecks mit jeder andern Aktio die aus der *causa lucrativa* erlöschen. So ergibt sich also für den Konkurs der auf rein lukrativen Erwerb gehenden Aktionen zur Bestimmung der Zweckesidentität die Nothwendigkeit des Erfordernisses, dass der Wille der Parteien sich bei Begründung des Anspruchs zur Herbeiführung eines auch anderweitig erreichbaren Zweckes vereinige. Von demselben Gesichtspunkt aus ist die accessorische Stipulation zu beurtheilen (l 28 D 46, 2), für welche doch Pomponius die Regel aufstellt: *Qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur* (l 18 D 45, 1), so dass sich das Nichtvorhandensein des *idem* im Falle der l 28 D 46, 2[20]) ergibt. In dem von Windscheid aufgeführten Beispiele, wenn sich Jemand einem Andern für Schadloshaltung einer vermietheten Sache ohne Rücksicht auf anderweitige Erlangung des Schadenersatzes verpflichtet und dadurch dem Promissar eine Klage ausser der gegen den Miether begründeten Ersatzklage verschafft[21]), hatte der Promittent seine Absicht auf Verschaffung des Geldäquivalents in jedem Falle gerichtet und die Klagen haben verschiedene Zwecke: nur die *actio locati* verlangt Schadenersatz, die andere eine diesem gleiche Geldsumme.

Namentlich aber findet der Zweck der Aktio seine Grenze in

[20]) *Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor — secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus sed pecunia debetur — (Papin.).*

[21]) Windscheid, Actio 35.

dem vom Rechte anerkannten Interesse des Berechtigten. Anders lässt sich die Begründung des Paulus in l 2 § 1 D 27, 3: *quia nihil absit pupillo*, womit die Zulässigkeit der *actio de rationibus distrahendis* nach erfolgreicher *condictio furtiva* ausgeschlossen wird, und die Reihe anderer Quellenentscheidungen, welche trotz Anerkennung des *amplius* der zweiten Aktio dessen nachträgliche Einklagung versagen, kaum verstehen. Bei Aktionen, welche *id quod interest* enthalten, ist in den Quellen immer das Recht, dieses Interesse voll zu fordern, anerkannt. Man kann mit der Vertragsklage nach der *actio ex stipulatu* auftreten, wenn das Interesse an der Nichterfüllung des Vertrags grösser ist als die stipulirte Konventionalstrafe (l 41. 42 D 17, 2 l 28 D 19, 1), mit dem *interdictum quod vi aut clam* kann nachgeklagt werden, wenn eine andere Aktio das *id quod interest* nicht ergeben hat (l 15 § 12 D 43, 24). Ulpian sagt geradezu: *si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit* (l 47 pr D 17, 2), womit freilich weniger das Interesse an der Aktio als der Ueberschuss des *id quod interest* in der Vertragsklage (s. oben S. 51, 3) gemeint sein wird. Eine deutliche Rücksichtnahme auf das Interesse an der konkurrenten Aktio findet sich aber in l 13 § 14 D 5, 3, indem bestimmt wird, dass auch die sonst durch die erfolgreiche Belangung des *verus possessor* erlöschende Klage gegen den *qui dolo malo possidere desiit* dennoch zulässig sei: *si petentis interest*, also etwa wenn der *verus possessor* die Sache während des Processes an den *fictus* verlor und in Folge dessen nur die *aestimatio* zu leisten im Stande ist. Es soll sonst nach erlangter *litis aestimatio* vom *fictus possessor* die *res* selbst vom *verus* noch vindicirt werden können, nicht aber umgekehrt die *aestimatio* nach erlangter *res* beansprucht werden; eine Regel, welche die Institutionen für den *concursus causarum lucrativarum* aufstellen: *si rem (sc. consecutus est), agere non potest, quia habet eam — si aestimationem, agere potest* (§ 6 J 2, 20). Dass diese Regel von dem Interesse des Beklagten ausgeht[22]), ist ersichtlich und wird von Papinian bestätigt

[22]) Wenn man die Regel als „allgemein anerkannt" hinstellt (v. Vangerow, Pand. § 332, 3. III. 1), so wird diese Anerkennung meist auf die Annahme zurückzuführen sein, dass Kläger als nunmehriger Besitzer der Sache nicht mehr vindiciren könne. Allein das *evanescere*

für den Fall, wenn die *res* erlangt worden ist. Aber die hierher gehörige Stelle Papinian's l 95 § 9 D 46, 3 beweist zugleich, dass dieser über das in Frage kommende Interesse anderer Ansicht war, denn er sagt: *si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit ea res tibi (qui dolo feceris quominus possideas) proderit: quia nihil petitoris interest.* Auch für den *concursus causarum lucrativarum* ist der Satz der Institutionen nichts weniger als allgemein zutreffend. Denn das Recht auf die *aestimatio* nach erlangter *res* hängt vom Willen der Parteien ab. Der zweite Theil der Regel ist zwar seinem Grundgedanken nach in der Bestimmung anerkannt, der Kläger könne gegen Restitution des Geldes die Sache selbst mit der konkurrenten Aktio begehren (l 9 § 1 D 47, 2 vgl. l 94 pr D 46, 3), jedoch muss dann eben Restitution des mit der ersten Aktio Empfangenen erfolgen und es heisst sogar in l 9 § 1 D 47, 2: *potest dici officio judicis contineri — si ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut omnimodo absolvat reum.* Dagegen wird es in l 34 § 1 D 30 für genügend erklärt, wenn man bei mehrfachem Vermächtniss derselben Sache einmal nur die *rei aestimatio* erlangt hat. Nach l 9 § 6 D 4, 2 ist es nicht unbegründet, anzunehmen, dass durch die *actio quod metus causa* aufs Vierfache die *rei vindicatio* aufgehoben werde, allein die Ausdrucksweise Ulpian's lässt den Schluss offen, es habe nach einer andern Meinung die erpresste Sache auch nach Restitution des vierfachen Werthes vindicirt werden können. In anderen Fällen wiederum wird die Zulässigkeit wiederholter Aktio lediglich zum Zwecke der Sachrestitution anerkannt (l 3 § 13 D 43, 29 l 16 § 1 D 4, 2); namentlich ist die Vindikation des Vertragsgegenstandes, nachdem mit der Vertragsklage nur Ersatz erreicht worden ist, anzuerkennen, falls nicht der Verurtheilte von seinem Rechte, vom Kläger Abtretung der *actio in rem* zu verlangen, Gebrauch gemacht hat oder die Verurtheilung in Folge eines *jusjurandum in litem* erfolgte (l 46 D 6, 1).

Es ist aus dem Vorstehenden ersichtlich, welchen Einfluss die Anerkennung des rechtlichen Interesse, besonders im Verhältnisse von *res* und *aestimatio*, auf die Beurtheilung

der *litis aestimatio* ist in l 13 § 14 D 5, 3 schon an das *paratum esse restituere* angeknüpft.

der Frage hatte, ob Aktionen *idem* enthalten und konkurriren, oder nicht. Ein allgemeines Princip hiefür dürfte für das römische Recht sich schwerlich finden lassen, und so erscheint es überhaupt in Folge Mangels fester Grundsätze über den Zweck der Leistung misslich, bei den römischen Entscheidungen von Identität des Zweckes der Aktionen auszugehen.

(Princip des Aktionenkonkurses.)

2. Identität der Leistung? der Obligation?

§ 11.

Wo in den Quellen von *concurrere* im technischen Sinne d. h. so, dass sich an dasselbe rechtliche Wirkungen knüpfen, die Rede ist, gehen sie von der Identität des Gegenstandes von Rechtsverhältnissen aus. In den Gegenstand des Legats, in die Niessbrauchssache, in die Erbschaft, in das Pfand, in die insolvente Masse findet der Konkurs der Mitberechtigten statt[1]) und ebenso betont Ulpian in seinen Regeln über den Konkurs der Aktionen die *eadem res* (l 43 § 1 l 130 D 50, 17). Die Bedeutung der *res* in diesen Regeln wurde von einigen Schriftstellern als die des Rechtsverhältnisses bestimmt, welches den Aktionen zu Grunde liege[2]), allein Ulpian scheint doch, da er in einer andern Version seiner Regel *pecunia* statt *res* setzt (l 60 D 44, 7), einen engeren Begriff damit verbunden zu haben. In l 21 § 1 D 46, 1 sagt Afrikanus: *Non est novum ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniae nomine teneatur:* im Sinne der gleichen Schuldsumme, wobei freilich *idem* nur die gleiche Grösse und nicht auch, wie man es für Ulpian's Stellen voraussetzen möchte (vgl. l 15 § 46 D 47, 10), die Identität der rechtlichen Bedeutung als *poena* oder *res* bezeichnen wird. Die Annahme, *eadem res* bei Ulpian sei dieselbe Thatsache[3]), ist hier wie für die *una res* der l 53 D 44, 7 (s. oben S 66, 14) abzulehnen. In der letzten Stelle ist *res* im engeren Sinne einer körperlichen Sache, aber nicht als Objekt der Klagen, sondern als das des Delikts ge-

[1]) Siehe die Stellen oben S. 4, 8.

[2]) Brackenhöft, Identität 256, 15. Huschke, Z. f. Civ. u. Proc. N. F. II. 182.

[3]) So schon *gl. de eadem re ad* § 1 J 4, 9, und bezüglich l 130 D 50, 17 Göschen, Vorles. I. 460. v. Savigny, System V. 243.

nommen, was Manche auch für die Ulpianische Regel aufgestellt haben.[4]) Es ist natürlich bei der Menge von Bedeutungen, in welchen die Quellen des Ausdruckes *res* sich bedienen, nicht in Abrede zu ziehen, dass derselbe in den besprochenen Stellen eine umfassendere Bedeutung haben könne, doch lassen sich für eine engere Begrenzung des Begriffes noch Ulpian's eigene Ausdrücke in l 10 D 19, 1: *Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant* und in l 3 § 5 D 4, 9: *an ejusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit* anführen. In ersterer Stelle ist *eadem res* das Objekt des mehrfachen Verkaufs, in der zweiten die gestohlene Sache; allerdings ist die gestohlene Sache in l 3 § 5 cit. nicht das gemeinsame Objekt beider Aktionen, sondern deren Objekte, Ersatz und Strafe, gehen auseinander, und der Konkurs beruht auf einem besondern Gesichtspunkte, dennoch gab die Identität jener *res* Ulpian Veranlassung, den Fall nach den Regeln des Aktionenkonkurses zu gestalten. Auch in den vom *concursus causarum lucrativarum* handelnden Fragmenten ist *eadem res* nur die Sache, auf deren Verschaffung die Aktionen gerichtet sind (z. B. l 34 § 3 D 30 Ulp. l 108 § 4 ib. African.).

Dass die römischen Juristen bei konkurrenten Aktionen blos auf den Gegenstand der mit denselben geforderten Leistung sahen, wird beglaubigt durch die Art, wie sie die Resultate der Aktionen ineinanderrechnen, und zwar zeigt diese, dass sie auf den Zweck der Leistung wenig, nämlich nur behufs Ausscheidung der *poena furti*, und im Wesentlichen nur nach dem numerischen Ergebnisse der *condemnatio* sahen. Dies Verfahren war bei der Sitte der Geldkondemnation erklärlich, woher es auch kommt, dass die formelle Verschiedenheit der Aktionen, ob sie auf *quanti ea res est* oder *quanti interest* oder auf *Centum dare oportere* oder auf *quidquid dare facere oportet* gehen, nicht einen Mangel jener Identität begründet. Deshalb konnte die Zahlung des *certum* sowohl die *actio de certa re* als das *quanti ea res est* der *actio de pecunia constituta* tilgen (l 18 § 3 D 13, 5) und die Kaufklage wurde mit der *actio ex stipulatu* ineinandergerechnet, obwohl jene auf *quantum dare*

[4]) Glück, Commentar IV. 10, 27. Brackenhöft, Identität 259, 21. Göschen, Vorles. I. 460.

facere oportet ex fide bona, diese auf *dare oportere* ging (l 28 D 19, 1 l 37 § 2 D 21, 2). Die Befriedigung der *condictio ex causa furtiva* tilgte die formell zweifellos ganz anders gestaltete *actio de rationibus distrahendis: quia nihil absit* (l 2 § 1 D 27, 3). Selbst das *dare facere oportere* der persönlichen und das *rem meam esse* der dinglichen Aktio hinderte nicht den Konkurs der Legatsklagen (s. unten § 14, 8 f.), so wenig als den der *condictio furtiva* mit der *rei vindicatio.* Dagegen zwischen dem dinglichen Gegenstand der *rei vindicatio* und der *litis aestimatio* konnte die Abrechnung nicht stattfinden, was als Regel auch keine Begünstigung des Aktionsberechtigten enthielt, da derselbe nach erlangter Sache doch die *actio contraria* oder *condictio sine causa* des früher Verurtheilten, welcher *litis aestimatio* prästirt hatte, gewärtigen musste (l 2 D 12, 7 l 17 § 5 D 13, 6). Auch Deliktsklagen, welche das *quanti ea res est* enthielten, durften daher die *rei vindicatio* nicht schmälern, nur für die *actio quod metus causa* war eine Ausnahme gemacht worden. Wo aber zwei Ansprüche die Leistung einer und derselben Species von körperlichen Sachen zum Gegenstande hatten, da fand auch unter ihnen Konkurs statt, wenn nicht Veranlassung dazu vorhanden war, das Objekt des einen Anspruchs in die *aestimatio rei* oder das *id quod abest* zu verwandeln.

Die Identität des Gegenstandes der Leistung erklärt den Umstand, dass nach erfolgreich durchgeführter einer Aktio die andere überflüssig ist, nur in dem Falle, wo es sich um dieselbe Species des Leistungsobjekts handelt und wenn diese zur Zeit der Anstellung der zweiten Aktio sich noch im Vermögen des Aktionsberechtigten befindet. Hier ist es die physische Unmöglichkeit einer Realisirung der zweiten *condemnatio,* welche auch das zweite *agere* verbietet, und der Grundsatz tritt ein: was schon geleistet sei, dürfe nicht noch einmal gefordert werden.[5]) Dennoch hat auch in solchen Fällen, wo der Gegenstand des Anspruchs sich bereits im Vermögen des Berechtigten befindet, das römische Recht den Untergang der

[5]) l 87 pr D 31: *nec possit id quod habet petere.* l 66 § 3 *ib.: qui solvente altero legatarii factus est quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit.* l 108 § 4 D 30: *nec bis eadem res praestari possit.*

Aktio nicht immer anerkannt[6]), ja es gestattet in gewissen Fällen formell die Aktio auf das ganze *jus,* wenn der Berechtigte nicht Alles erhielt, was er zu fordern hatte (l 4 § 8 D 42, 1 l 131 § 1 D 45, 1 l 27 D 46, 3). Um so weniger konnte daher bei einem nur numerisch gleichen generellen Objekt angenommen werden, dass der Erfolg der ersten die zweite Aktio berühre; die physische Unmöglichkeit, das Resultat der ersten Aktio mit einer zweiten noch einmal zu verwirklichen, lag nicht vor und daher berufen sich die römischen Juristen auch nur auf die *bona fides,* welche wiederholtes Fordern des bereits Geleisteten verbiete (l 57 D 50, 17 l 34 pr D 44, 7).

Weit sicherer als das Operiren mit dem Leistungsgegenstande wäre das mit der Identität des Anspruchs in den Aktionen. Läge zweien Aktionen nur eine einzige Obligation zu Grunde, so liesse es sich bei dem engen Zusammenhange von *obligatio* und *actio* leicht erklären, dass mit Auflösung der ersteren die letztere, welchen Namen sie auch sonst tragen möge, vernichtet sei. Als allgemeiner Massstab des Aktionenkonkurses nun ist die *una obligatio,* wie es scheint, noch von keinem der modernen Juristen betrachtet worden, vielleicht aus Rücksicht auf die processualische Konsumtion, welche sonst überall hätte Platz greifen müssen. Aber es lässt sich als die herrschende Auffassung bezeichnen, dass unter den Fällen des Aktionenkonkurses ein Unterschied zu machen sei zwischen denen mit einer gemeinsamen und denen mit verschiedener Obligation bezüglich derselben Leistung, indem bei ersteren eine Aufhebung beider Aktionen *ipso jure,* bei letzteren eine auf Grundsätzen der *bona fides* beruhende Aufhebung der zweiten Aktio *ope exceptionis* erfolge.[7]) Diese Unterscheidung wäre zweifellos begründet, wenn sich der Begriff der *una obligatio* im Sinne eines Rechts auf einmalige Erfüllung in verschiedenen Aktionen nachweisen liesse, was bekanntlich auch für Korrealverhältnisse noch nicht gelungen ist. In den von römischen Juristen *ex professo* behandelten Fällen des Aktionenkonkurses sind jedoch verschiedene *causae actionum* und damit für jede

[6]) Siehe hierüber Hartmann, Obligation 7 und dessen Beispiele S. 15. 111.

[7]) v. Savigny, System V. 259. 260. Bekker, Aktionen II. 9. 10, 9, welcher statt Obligation: Anspruch; Kleinschrod, process. Consumtion (1875) 68, welcher statt Obligation: Rechtsverhältniss setzt.

Aktio ein besonderes Verpflichtungsverhältniss vorhanden, und, da die Römer in ihren diesbezüglichen Bestimmungen deutlich genug von dem *aequum et bonum* ausgehen und anstatt processualischer Konsumtion der *actio stricti juris* eine *exceptio* vorschreiben, so ist es wahrscheinlich, dass an Fälle der *una obligatio* nicht gedacht wurde. Nur von der entgegengesetzten Auffassung aus konnte die Allgemeingültigkeit der Gajanischen Regel: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur* (l 57 D 50, 17): bezweifelt werden, da mit Aufhebung der Obligation die der Aktio als *ipso jure* erfolgend zu erwarten sein würde.[8])

Die Ausdrücke (*plures actiones*) *ex una obligatione* in l 1 § 21 D 27, 3 l 53 D 44, 7 sind bereits als identisch mit *idem factum* als eine und dieselbe verpflichtende Deliktshandlung erklärt worden.[9]) Der *una obligatio* der ersteren Stelle liegt eine mehrfache Verpflichtung, einmal nach dem Gesichtspunkt der *rationes distrahendae,* sodann nach dem der allgemeinen Vormundschaftspflicht zu Grunde. Setzt doch auch l 41 D 44, 7 voraus, dass eine Lex eine neue Obligation einführe,[10]) welche mit alter und neuer Aktio klagbar sei, und knüpft daran die Regel der Ineinanderrechnung der Aktionen. Der Mangel der *una obligatio* erweist sich ferner bei den auf eine alternative Leistung konkurrenten Aktionen, indem hier nicht etwa die Leistung des einen Objekts, wie bei Identität der Obligation zu erwarten wäre, als Erfüllung des mit der zweiten Aktio geltend gemachten Anspruchs gilt und diese Aktio aufhebt, sondern nunmehr das zweite der alternativ geschuldeten Objekte Gegenstand der zweiten Aktio wird (l 82 § 6 D 30 cf. l 25 pr D 13, 5). Die übrigen in den Quellen behandelten Fälle des Aktionenkonkurses lassen sich auf folgende Kategorien zurückführen, bei welchen allen die Mehrheit der zwischen Kläger und Beklagtem in Frage kommenden Rechtsverhältnisse keinem Zweifel unterliegen wird. Es ist eine Thatsache entweder an sich widerrechtlich und zugleich Verletzung eines bestehenden dinglichen Rechts (I. 1. *rei vind.* — *a. leg. Aquil.*) oder zu-

[8]) S. v. Savigny, System V. 260. 261. Unger, Oesterr. P. R. II 392, 19.

[9]) Siehe oben S. 66. 67. Uebereinstimmend Hartmann, Obligation 150, 3. Für „zweifelhafter" gegenüber anderen Stellen erklärt diese Bedeutung hier Bekker Z. f. R. G. IX. 397.

[10]) Vgl. *l. un.* D 13, 2: *Si obligatio lege nova introducta sit etc.*

gleich Verletzung eines kontraktlichen oder quasikontraktlichen Verpflichtungsverhältnisses (I. 2. Kontraktsklage — *a. leg. Aquil.*) oder sie ist widerrechtlich gegenüber einem dinglichen Recht und zugleich gegenüber einer obligatorischen Verpflichtung (II. *rei vind.* — Kontraktsklage) oder sie erscheint als verletzend gegenüber mehreren Verpflichtungsgründen (III. *a. ex stipul.* — *a. vend., a. loc.* — *a. comm. div.* l 28 D 19, 1 l 35 § 1 D 19, 2). Auch beim Konkurs der *actio quod metus causa* und *actio doli,* sowie der *actio vi bonorum raptorum* und *actio furti* lässt sich nicht *una obligatio* annehmen,[11]) da Zwang und Arglist, Diebstahl und Raub besondere Grundlagen verschiedener Aktionen ausmachen; ebensowenig ist eine einzige Verpflichtung für den Wirth begründet, wenn dessen Bedienstete das Gepäck der Reisenden beschädigen, oder für den Herrn des Sklaven, welcher für dessen Vergehen zugleich aus eigner *scientia* haftet. Denn in den beiden letzten Fällen handelt es sich um ein eigenes Delikt des Haftenden (Versäumung der *custodia* beim Wirthe) und um die Verantwortlichkeit für ein fremdes Delikt; von der Haftung des Sklavenbesitzers heisst es l 4 § 2 D 9, 4: *immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.*

Dass übrigens trotz mangelnder Identität der Obligation in konkurrenten Aktionen processualische Konsumtion angenommen werden konnte, zeigt die erste der in l 34 pr D 44, 7 aufgeführten Meinungen (s. oben S. 72), da sich der Beklagte hier sowohl nach der Bestimmung des prätorischen Ediktes als nach der *lex Aquilia* verpflichtet hatte, und die von zwei Obligationen, Rechtsgeschäft und Bereicherung, handelnde l 28 § 4 D 12, 2 (s. oben S. 55. 72). Die *causae actionum* mussten hier für *eadem res* gehalten werden. Dagegen ward der Eintritt der Konsumtion nicht anerkannt, wenn die Entstehung der Aktionen auf dem in Rechtsgeschäften hervortretenden Willen der Parteien beruhte (l 18 D 44, 7 l 18 § 3 D 13, 5). Aber auch abgesehen von der processualischen Konsumtion, welche bei einem *amplius* der zweiten Aktio später gar nicht mehr zugelassen wurde, musste in den Fällen der auf Eine Leistung gerichteten *plures obligationes* von den Römern erkannt werden, dass der zu den mehreren Aktionen Berechtigte doch nur einmal zu

[11]) Wie Martens, Concurrenz 8—10 bez. des zweiten Falles will.

fordern hatte. Dazu war die Erkenntniss, dass der jede Aktio erzeugende Rechtssatz oder Privatwillensakt mit der Gewährung der Aktio wirthschaftlich und juristisch nur *idem* bezwecke, erforderlich und die in Folge dessen nothwendige Anerkennung, es dürfe nach thatsächlich erfolgter Leistung des *idem* nicht weiter agirt werden.

Eine Vergleichung des Inhalts der beanspruchten Leistung findet sich aber nur in wenigen vom Aktionenkonkurse handelnden Stellen des Paulus und Ulpian, welche die Uebereinstimmung der Aktionen in der *rei persecutio* hervorheben (l 34 § 2 D 44, 7 l 50 D 17, 2 l 15 § 12 D 43, 24), und in der Labeonischen Unterscheidung der Zwecke von Injurienklage und *actio legis Aquiliae* (l 15 § 46 D 47, 10 cf. Ulpian's l 5 § 1 D 9, 2). In den übrigen Stellen, welche die Abrechnung vorschreiben, oder das *plus in alteram actionem veniens* berücksichtigen, ist die qualitative Identität des Inhalts stillschweigend vorausgesetzt. So konnte auch im Laufe der Zeit, was früher als reine Pönalklage galt, wie vielleicht die *actio legis Aquiliae,* durch Hervorhebung des reipersekutorischen Moments sich allmählich zu einem Konkurse eignen. Ein Beispiel derartiger Umgestaltung gewährt die *actio de tigno juncto.* Während Gajus l 7 § 10 D 41, 1 diese Aktio mit der *rei vindicatio* und *actio ad exhibendum* zweifellos kumuliren lässt, heisst es bei Ulpian bezüglich der *rei vindicatio* schon: *deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio. et esse non dubito* (l 2 D 47, 3), Justinian dagegen gibt in den Institutionen den Gajanischen Satz mit dem Einschiebsel: *si non fuerit duplum jam persecutus* (§ 29 J 2, 1): wieder.

Der wichtigste Schritt nach der Erkenntniss des *idem* in den konkurrenten Aktionen war die Annahme, dass die Befriedigung der in der einen Aktio enthaltenen Obligation die der andern sei und also die letztere aufhebe. Eine solche Beziehung der Erfüllung einer Obligation auf die im Objekt konkurrente Obligation findet sich in folgender Stelle Ulpian's l 18 § 3 D 13, 5: *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.* Es handelt sich um das Verhältniss der Hauptschuldklage zur *actio de pecunia constituta;* ebenso befreit Zahlung der Haupt-

schuld den Bürgen, und für diesen Fall sagt Afrikanus l 38 § 2 D 46, 3: *eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse argumentum esse, quod, cum judicatum solvi satisdatum est et damnatus reus solvat, non solum actione judicati, sed etiam ex stipulatu et ipse et fidejussores liberentur.* In gleicher Weise erlischt die zweite Obligation beim *concursus causarum lucrativarum* durch Erfüllung der ersten: *Si rem, quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa, evanescit stipulatio* (l 83 § 6 D 45, 1), und: *non ineleganter probatum est ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem optingere, neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam* (l 66 § 1 D 31). Die Wirkung der Zahlung in diesen Fällen war Erlöschen der hinsichtlich desselben Objekts konkurrenten Obligation und damit der dieselbe geltend machenden Aktio. Processualisch mochte sich die Wirkung solcher Aufhebung verschieden gestalten, je nachdem das Objekt der Aktionen eine und dieselbe Species oder, wie bei Sicherungsobligationen, *eadem pecunia* war oder nur eine im wirthschaftlichen und juristischen Sinne gleichbedeutende Summe, ferner je nachdem die schwächere Obligation, wie die Bürgschaftsschuld (l 5 D 46, 1), zuerst oder nach der stärkeren getilgt wurde. Denn auch die *stricti juris actiones* erloschen beim *concursus causarum lucrativarum: ipso jure,* wie es für die Sicherungsobligation nach Tilgung der Hauptschuld gilt,[12]) während die Zahlung des Bürgen den Hauptschuldner nicht immer *ipso jure* befreite (l 28 D 17, 1 l 95 § 10 D 46, 3). Hier war die Berufung auf die *bona fides* für den Ausschluss der zweiten Aktio nach dem *consecutum esse* des Objekts nicht erforderlich, dagegen, wo nur die Kondemnationssumme insofern *idem* war, als sie dem Kläger einen gewissen Werth blos einmal verschaffen sollte, da bedurfte es des Eingriffes jener *aequitas* oder *bona fides,* welche die Ertheilung einer *exceptio* dem Magistrat anheimstellte und die Pflicht zur Absolution dem Richter auferlegte. Auf dem Wege des strengen

[12]) *Arg. a contr.* l 28 D 46, 2: *Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor — itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur, neq si litem actor ex prima contestetur.* — Ferner vgl. die in der Lesart unsichere l 18 D 45, 1: *Qui bis idem promittit ipso* (oder *ideo* oder *is eo*) *jure amplius quam semel non tenetur,* wozu Römer, bed. Novation 307.

Rechts war z. B. zu dem Satze, dass die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nach angestellter *condictio furtiva* als Erfüllung der Schadenersatzobligation *ex lege Aquilia* zu betrachten sei (l 2 § 3 D 47, 1), schwerlich zu gelangen. Die letzteren Fälle, in welchen die Identität des Leistungsgegenstandes in den Aktionen erst zu suchen war und sich nicht sogleich von selbst ergab, bilden die eigentlich charakteristischen Fälle des Aktionenkonkurses. Dahin gehören z. B. noch die Fragen, ob Konventionalstrafe und Interesseforderung identischen Inhalts sei, ob nur die *res* oder auch deren *aestimatio* geschuldet werde, ob nur *poena* oder auch *res* in der Aktio sei, und die aus deren Beantwortung sich ergebenden Entscheidungen, je nachdem *idem* oder *non idem* erkannt wurde. Denn hier handelt es sich um eine nicht anders denn als indirekte zu bezeichnende Aufhebung der in der zweiten Aktio liegenden Obligatio, wie sie unter den oben angeführten Beispielen in l 38 § 2 D 46, 3 sich findet, indem dort die Entkräftung der *actio ex stipulatu* durch Erfüllung des in der *actio judicati* liegenden Anspruchs konstatirt wird. Also eine Unterscheidung stärkerer und schwächerer Wirkung der Leistung im Aktionenkonkurse oder, wenn man will, direkter und indirekter Aufhebung der konkurrenten Aktio lässt sich nicht auf die Identität der Obligation, sondern nur auf die Trennung einer äusserlichen Identität des Leistungsobjekts von dessen juristischer Identität zurückführen.[13]) Bei physischer Identität erlosch nach der Leistung die konkurrente Aktio, wie die Obligation durch Zahlung, das dingliche Recht durch Untergang der Sache; bei rechtlich angenommener Identität erschien es nur wider die Billigkeit, nach Erreichung des Resultats der konkurrenten Aktio dies wiederholt verwirklichen zu wollen. Es kann daher Nichts darauf ankommen, ob die Befriedigung mit Bezugnahme auf nur eine der konkurrenten Aktionen vor der Anstellung beider erfolgte; wurde dabei die eine Aktio ausdrücklich vorbehalten, so verlor dieselbe die Identität mit der befriedigten Aktio und ihr Inhalt ward durch den Vorbehalt novirt.[14])

[13]) Dies deutet auch Römer, bed. Novation 241, 8 an. Die Unterscheidung fällt übrigens mit der älteren Theorie von Identität und Konnexität der Objekte (Brackenhöft, Identität 289. 293) nicht zusammen.

[14]) Dahin ist Unger, Oesterr. P. R. II. 391, 17 zu modificiren.

Man stellt noch eine andere Art der Beendigung konkurrenter Aktionen, ausser jener durch direkte und indirekte Befriedigung, auf. Es soll nämlich als etwas Besonderes vorkommen, dass der Erfolg, welchen die Anstellung der ersten Aktio hat, eine wesentliche Voraussetzung für die Existenz der zweiten aufhebt.[15]) So ist nach Erlangung des Sachbesitzes durch *interdictum possessorium* der Konkurs der *rei vindicatio* mit Vertrags- und Besitz-Klagen gelöst, weil die Vindikation nur dem Nichtbesitzer zusteht. Allein es heisst: *in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur* (l 14 § 3 D 44, 2), es lag also im Sinne der römischen Juristen hier nicht *idem* im Besitz und Eigenthumsrecht vor und von einem Konkurs konnte keine Rede sein,[16]) auch nicht, wenn im Interdikt blose *aestimatio* prästirt wurde, denn: *longe aliud est rei pretium, aliud possessionis* (l 3 § 11 D 43, 17). Dasselbe wäre zu sagen, wenn man behaupten wollte,[17]) dass durch die *rei vindicatio* eine Voraussetzung der konkurrenten *actio Publiciana* aufgehoben worden sei. Die Erlangung des Sachbesitzes ist nur im Stande, den Konkurs von Aktionen hinsichtlich des *amplius* der einen im Processe zu beeinflussen, wenn nämlich dies Mehr nur in Folge der mangelnden Restitution eintritt, wie bei der *actio quod metus causa* und der Aktio aus dem Publikanenedikte.

Im Uebrigen ist die Aufhebung durch Beseitigung einer Existenzbedingung der konkurrenten Aktio nichts Besonderes, sondern sie liegt nicht blos in Fällen der oben als direkte bezeichneten Konsumtion der konkurrenten Aktio, insofern die Leistung des Gegenstandes der Hauptschuld die accessorische Verpflichtung selbst und dadurch deren Aktio aufhebt,[18]) sondern überhaupt in der Erfüllung der in der konkurrenten Aktio enthaltenen Obligation, auch in der indirekten, vor.

---

[15]) Z. B. Wächter, Württemb. P. R. II. 461, 8. Unger, Oesterr. P. R. II. 391, 16.

[16]) A. M. Unger, Oesterr. P. R. II. 389, 12.

[17]) Wie Wächter, Württemb. P. R. II. 464, Brackenhöft, Identität 245 thun.

[18]) Vgl. Sintenis, Civilrecht I. 272, der nur fälschlich das Verhältniss der Pfandklage zur Schuldklage hierher stellt (s. oben S. 89, 19).

VII.

Einwirkung der die eine der konkurrenten Aktionen beeinflussenden Vorgänge auf die andere Aktio.

§ 12.

Es hat sich ergeben, dass nur die Thatsache der Leistung des mit der einen Aktio Geforderten die konkurrente Aktio schmälere, und dass diese Wirkung namentlich dem kondemnatorischen Erkenntnisse nicht beizumessen sei (s. oben S. 11 fg). Letzteres ist für das römische Recht festgestellt worden, dagegen wird für das heutige Recht behauptet, es habe wenig Sinn „dem Kläger, der bereits einen exekutorischen Titel erlangt hat, noch einmal zur Erreichung desselben eine zweite Klage zu gewähren, und ganz unnöthig dem Beklagten neue Kosten und sonstige Unannehmlichkeiten mit der Gefahr aufzubürden, dass der Gläubiger einmal die Gelegenheit wahrnimmt, auf Grund beider Titel die Exekution zu beantragen, wenn der Schuldner durch Abwesenheit oder sonst verhindert ist, die Identität beider einzuwenden.“[1]) Andere Schriftsteller, welche den Einfluss des Judikats im Aktionenkonkurse unbedingt anzuerkennen geneigt sind, nehmen doch die Fälle, in welchen dem Kläger ein Interesse an Anstellung der konkurrenten Klage vor vollstrecktem Urtheil zuzugestehen sei, namentlich bei Mehrheit der Beklagten, bei processualischen Vortheilen der zweiten Klage, von der Regel aus und lassen die Erhebung der konkurrenten Klage hier

---

[1]) Krüger, process. Consumtion 101, 7.

trotz kondemnatorischen Urtheils zu.[2]) Wie aber der Aufstellung jener Regel der Einwand Savigny's entgegensteht, der Verurtheilte könne ja durch Erfüllung des Judikats die zweite Klage von sich abwenden,[3]) so liessen sich diese Ausnahmen noch vermehren durch den Fall, wo der Schuldner durch eigenes Rechtsgeschäft die konkurrente Aktio gegen sich begründet hatte, denn dann kann er, z. B. beim *constitutum debiti,* selbst im Falle seiner Insolvenz sich nicht darüber beklagen, dass er in Folge der zweiten Obligation sich auch einem zweiten Processe zu unterziehen veranlasst wird. Für das heutige Recht bedarf es aber weder einer Regel noch solcher Distinktionen, sondern die Wirkung des kondemnatorischen Urtheils ist schon nach den Grundsätzen der Rechtskraft eine die zweite Klage hemmende, insoferne die konkurrente Aktio nur als ein neuer Titel erscheinen würde, das bereits Zuerkannte noch einmal zu verlangen. Enthält also die zweite Aktio nicht ein *amplius,* so steht ihr im heutigen Rechte die processhindernde Einrede der abgeurtheilten Sache zweifellos entgegen.[4])

Das freisprechende Erkenntniss dagegen konnte auch nach dem römischen Gesichtspunkt der *aequitas* die Geltendmachung der zweiten Aktio nicht hindern, es wäre denn, dass die Grundsätze der *exceptio rei judicatae* oder *rei in judicium deductae* eingriffen. Es ist bereits hervorgehoben worden, dass die processualische Konsumtion konkurrenter Aktionen überall eintreten musste, wo die Voraussetzungen derselben vorhanden waren (s. oben S. 72 fg.), und vielleicht hatten die Ausdrücke *consumi, tolli actionem* „in ihrem ursprünglichen Sinne" nichts Anderes als dies zu bedeuten[5]), obwohl sie auch in anderem Sinne sich nachweisen lassen. Es ist nur an das *perimi* und *consumi* konkurrenter Aktionen in Folge Erbganges zu erinnern (l 13 D 45, 2 l 14 D 46, 1 l 5 D 46, 1), an das *tolli* der *actio de rationibus distrahendis* durch *consecutum esse* in l 2 § 1 D 27, 3 u. s. w. (vgl. oben S. 9). Eine Andeutung der processualischen Konsumtion findet sich denn auch in dem Entscheide des Prokulus über den Konkurs der *actio locati* und *legis Aquiliae: si uno judicio res sit judicata altero amplius non agendum* (l 27 § 11 D 9, 2). Es wurde hier das Vorhandensein von *eadem quaestio* angenommen, wie es sich in l 28 § 4 D 12, 2 für das Verhältniss der *condictio certi* zu *bonae fidei actiones* darstellt: *Exceptio jurisjurandi non tantum si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur — quia per alteram actionem altera quoque consumitur.* Dasselbe gilt, wie l 7 § 4 D 44, 2 ergibt, für das Recht der *exceptio rei judicatae,* welche: *obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii*[6]). Fehlt also eines dieser Erfordernisse, so hindert das absolutorische Urtheil die konkurrente Aktio nicht z. B. bei verschiedener *causa actionis: qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei judicatae* (l 31 D 44, 2), oder im Falle des *legatum debiti,* wo nach erfolgloser *actio mutui* die Vermächtnissklage ungehindert ist (l 93 § 1 D 32 l 28 § 14 D 34, 3). Für den Fall, wo die Subjekte der Aktionen verschieden sind, hat nur beim Konkurs der *actio furti* oder *legis Aquiliae* mit der *actio de recepto* Paulus in l 6 § 4 D 4, 9 die besondere Bestimmung getroffen, dass trotz erfolgter Freisprechung des mit der einen Aktio Belangten der in der andern Haftende eine *exceptio* habe, welche nach dem Beisatze: *ne saepius de ejusdem hominis admisso quaeratur:* in jener Stelle als die *exceptio rei judicatae* zu erklären sein wird.

Der richtigen Ansicht, dass die *exceptio rei judicatae* der zweiten Aktio nur dann entgegenstehe, wenn ausser dem Merkmal des Konkurses noch die weiteren Voraussetzungen der *eadem quaestio* vorliegen, sind die meisten neueren Schriftsteller[7]), während den älteren öfters der Vorwurf gemacht werden muss, dass sie die Lehre von der Rechtskraft mit dem Aktionen-

---

[2]) Wächter, Württemb. P. R. II. 466. 468, 21. Unger, Oesterr. P. R. II. 394, 25.

[3]) v. Savigny, System V. 253, a.

[4]) Wie es sich dann bei Mehrheit der Schuldner verhalte, hängt von den Regeln der *exceptio rei judicatae* über deren Wirkung gegen Dritte ab. S. Windscheid, Pand. § 132, 4. § 295, 8.

[5]) Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 98, 21.

[6]) Unter *genus judicii* ist hier wie bei *Gaj. inst.* IV, 133 zunächst die Universalklage gegenüber den Einzelklagen und gegenüber *a. fam. ercisc.* und *comm. div.* verstanden. Vgl. die Beispiele in l 7 § 5 D 44, 2 l 8 ib.

[7]) v. Savigny, System VI. 415. Wächter, Württemb. P. R. II. 467. Unger, Oesterr. P. R. II. 394. Nr. 6. Sintenis, Civilrecht I. 354 (§ 34 a. E.). Krüger, proc. Cons. 99.

konkurse vollständig vermengen.[8]) Der letztere hat mit den Erfordernissen der Einrede der Rechtskraft nur das der Identität der Leistung gemeinsam. Der Vortheil, welchen die *exceptio rei judicatae* gegenüber der Wirkung des Aktionenkonkurses dem Beklagten gewährt, ist nach der für den Aktionenkonkurs richtigen Meinung, dass das verurtheilende Erkenntniss als nicht genügend zum Ausschlusse der konkurrenten Aktio zu betrachten sei[9]), die Möglichkeit, schon vor erfolgter Befriedigung die Befreiung geltend zu machen. Dass aber aus dem kondemnatorischen Erkenntniss vor der Erfüllung des Judikats auch die *exceptio rei judicatae* trotz Vorhandenseins ihrer Erfordernisse nicht zustehe, „weil durchaus Befriedigung erforderlich sei, um jede neue Klage abzuwenden,“[10]) ist nicht richtig, da auf die Folgen der *res judicata* der Beklagte abgesehen von den Regeln des Aktionenkonkurses Anspruch haben muss. Aus demselben Grunde ist die von der bezeichneten Auffassung ausgegangene Meinung zu missbilligen, dass nach erfolgter Befriedigung nicht die Einrede der Rechtskraft, sondern nur noch die der Zahlung der zweiten Aktio entgegenstehe. Die Wirkungen der Rechtskraft sind von denen des Aktionenkonkurses unabhängig zu behandeln.

Es ist weiter zu untersuchen, inwiefern auch die Surrogate des Urtheils und die der Erfüllung die konkurrente Aktio berühren. Der Schiedseid hat dieselbe Wirkung wie die *res judicata*, wie aus l 28 § 4 § 6 § 7 D 12, 2 und auch aus l 13 § 2 ib. hervorgeht. Danach nämlich wird der den Schuldner befreiende Eid nicht blos auf die *bonae fidei actiones*, sondern auch auf die *condictio certi*, nicht blos auf die *actio locati*, sondern auch auf die andern aus *arbores furtim caesae* entstandenen Aktionen, nicht blos auf die *actio furti*, sondern auch auf die freilich nicht konkurrente *condictio furtiva*, überhaupt

[8]) So Glück, Commentar IV. 27 fg. Thibaut, civ. Abhdl. 146—204, namentlich Kierulff, Theorie I. 241—268, welcher nur vom Einfluss der *res judicata* und des Verzichtes auf die angestellte Klage handelt und mit der Identität des Klagegrundes und Zweckes operirt.

[9]) Hiefür erklären sich Brackenhöft, Identität 292. 293. Sintenis, Civilrecht I. 276. Puchta, Pand. § 87, d. Unger, Oesterr. P. R. II. 393 Nr. 4. Förster, Preuss. P. R. § 52, 5. 6.

[10]) Sintenis, Civilrecht I. 354, 64 (§ 34).

auf jede *actio de eadem quaestione* bezogen, während es bei Verschiedenheit der aus Rechtsgeschäften erwachsenen *causae actionum* auf den Umfang des Eides ankommt (l 36 D 12, 2).

Die Frage, wie der über die eine Aktio abgeschlossene Vergleich auf die andere wirke, ist für das *pactum de non petendo* und die *transactio* verschieden zu entscheiden. Bezüglich des ersteren ist es bekanntlich bestritten, ob es nur die Aktio aufhebe oder die Obligation[11]); wo aber nun nicht eine einzige Obligation den Aktionen zu Grunde liegt, da ist auch bei Annahme der zweiten Beantwortung dieser Alternative nach einem andern Auswege zu suchen. Fest steht, dass das *pactum* über Nichtfordern einer einzelnen Sache oder einer Sachgesammtheit die Einzelklagen, z. B. das über *hereditatis petitio* die *rei vindicatio*, das über die letztere die *actio confessoria* (l 27 § 8 D 2, 14) und dass das *pactum* über eine ein Kontraktsverhältniss umfassende Aktio alle aus diesem möglichen konkurrenten Aktionen (also nicht die *actio furti*) z. B. das *pactum ne depositi agat* die *actio de dolo praeterito* (l 27 § 3 D 2, 14) mitbetreffe. Namentlich würde beim Aktionenkonkurse ein *pactum ne ea pecunia peteretur* (l 28 § 2 l 62 D 2, 14) für alle konkurrenten Aktionen wirksam sein müssen. Im Uebrigen ist aber zu beachten: *ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat* (l 27 § 4 i. f. D 2, 14), und so berührte auch die *pro fure damni decisio* nur die *actio furti*, nicht aber die *condictio* (l 7 pr D 13, 1). Dass z. B. ein Verzicht auf *ea pecunia quae ex causa furti debeatur* (im Falle der l 2 § 3 D 47, 1) oder die durch das *pactum: ipso jure* erfolgende Aufhebung der *actio injuriarum* (l 17 § 1 l 27 § 2 D 2, 14) die *actio legis Aquiliae* gehindert habe, ist schwer zu glauben. Da die Wirksamkeit des *pactum* lediglich auf der *aequitas* beruht, so wird es also hinsichtlich des Umfanges seiner Wirkung auf die Absicht der Parteien angekommen sein, wo nicht die oben als feststehend angegebenen Regeln massgebend waren.

Die *transactio* musste, weil sie sich auf *lis*, nicht blos auf die angestellte *actio* bezog (c 17 c 39 C 2, 4), in der Regel ebenso auf die zweite Aktio wirken wie die *res judicata*, aber

[11]) Für Ersteres Rudorff zu Puchta, Instit. § 280, gg. Für Letzteres Windscheid, Pand. § 357, 6.

auch hier ist der Intention der Transigenten Spielraum zu lassen, ob sie das *debitum* selbst oder nur den angestrengten Process gemeint haben. Denn es heisst: *Transactio quaecumque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur* (l 9 § 1 D 2, 15 Ulp.).

Wie die Leistung des Objekts beider Aktionen mussten die Surrogate derselben wirken, nämlich Leistung an Erfüllungsstatt, gerichtliche Hinterlegung, Durchführung der Kompensation, aber auch, wenn sie sich auf das *debitum* bezog, die Acceptilation; denn: *solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est*[12]): und nach c 2. 3 C 8, 43 bewirkt die Acceptilation „Abschneidung jeglichen Rechtsweges". Dasselbe ist von jedem andern Erlassvertrag und von jeder Novation zu sagen; nach l 3 D 18, 5 ergreift der *contrarius consensus* beim Kaufgeschäft nicht blos die Aktio gegen den Fidejussor des Käufers, sondern auch die *actio ex stipulatu* gegen den Verkäufer, falls dieser sich noch besonders verpflichtet hatte. Auch die Verwirkung ist auf alle das *debitum* betreffenden Aktionen zu beziehen, wie die Worte der nov. 72, 4: *πάσης ἀγωγῆς ἐκπεσούμενος* andeuten (cf. auch c 2 C 2, 13).

Eine wichtige Frage ist die, in welchem Verhältnisse die Aktionen betreffs der Verjährung zu einander stehen. Dass die vollendete Verjährung der einen die andere mit längerer Verjährungszeit ausgestattete nicht beeinträchtige, ist unbestritten. Nach römischem Rechte wirkt der Zeitablauf auf das Verhältniss konkurrenter Aktionen jedoch insofern ein, als sich der Inhalt einer Aktio dadurch verändern kann; so geht die mit der *actio quod metus causa* hinsichtlich des vollen Schadenersatzes konkurrente *actio doli* nach zwei Jahren nur noch auf die Bereicherung, und das *consumi*, welches nach l 14 § 13 D 4, 2 zwischen beiden Aktionen stattfindet, kann für die erstere nicht mehr ein totales sein. Auch die *actio calumniae* ging nach Ablauf eines Jahres nicht mehr auf das Vierfache, sondern auf das Einfache der Bestechungssumme, daher sagt Ulpian l 5 § 1 i. f. D 3, 6: *Ubi autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem.* In diesen

[12]) l 16 pr D 46, 4 Römer, bed. Novat. 246. Vgl. auch die Aufhebung der *honorariae actiones* durch Acceptilation der Sklavenschuld l 11 1 D 46, 4 und *schol. Theodori ad Bas.* XI, 2, 57.

Fällen veränderte also der Zeitablauf das materielle Verhältniss der Aktionen zu einander und kam bei der Berechnung des *amplius* in Frage.

Besonders bedarf es der Erörterung, ob nicht die Erhebung der einen Aktio oder jede andere Unterbrechung ihrer Verjährung auch zu Gunsten der zweiten Aktio wirke. Die von Justinian in c 3 C 7, 40 gegebene Entscheidung, dass: *si quis generaliter dixerat obnoxium sibi aliquem constitutum:* die Klagerhebung für alle gegen den *obnoxius* zustehenden Aktionen und namentlich die Erhebung der hypothekarischen Klage für die persönliche Schuldklage und umgekehrt die Erhebung dieser für jene die Verjährung unterbreche, enthält allerdings bei Annahme eines Konkurses der Pfandklage mit der Klage aus der Hauptschuld eine direkt einschlägige Verordnung. Allein dies Gesetz erscheint als eine rein formelle Bestimmung, da Justinian nur eine authentische Interpretation des ohne Angabe einer speciellen *causa* oder mit Nennung nur der persönlichen oder nur der hypothekarischen Klage abgefassten *libellus conventionis* zu Gunsten des Klägers beabsichtigt. Ueberdies bezieht sich die Vorschrift nur auf die Schuldverhältnisse (*si ex multis causis quendam obnoxium habens*), und, wie die Worte: *et maxime ex similibus quantitatibus:* zeigen, ist besonders an die Fälle gedacht, in welchen eine Sicherheitsobligation zur Hauptschuld hinzutrat; es steht ja auch fest, dass die Verjährung der Bürgschaftsklage durch Ausklagung des Hauptschuldners unterbrochen wird, und umgekehrt. Wollte man übrigens die Unterbrechung auf alle konkurrenten Aktionen beziehen, so müsste es jedenfalls für das spätere Recht zweifelhaft werden, wie lange diese Wirkung dauern sollte, ob so lange als auf Grund der ersten Aktio processualische Handlungen vorgenommen wurden oder bis zum Ende der Verjährung der Litispendenz. Ersteres nahm ohne ersichtliche Begründung ein Urtheil der juristischen Fakultät zu Leipzig im November 1849 an[13]); aber die Konsequenz erforderte vielmehr, das Zweite anzunehmen, welches dann zweifellos zu vielen Unzuträglichkeiten führen würde.

Aus der modernen Praxis lassen sich zwei Erkenntnisse für die Annahme, dass die Unterbrechung der Verjährung auf die konkurrente Klage nicht einwirke, anführen, nämlich eines

[13]) Seuffert, Archiv V, 137.

des O. A. G. zu Kassel vom 8. März 1843 bezüglich des Konkurses von persönlicher und dinglicher Klage und eines des O. A. G. zu Jena vom 25. September 1851, wonach die im Jahre 1776 seitens eines Mitbelehnten erhobene und von ihm und seinen Erben fortgeführte Revokatorienklage nicht als geeignet anzusehen ist, die nach mehr als dreissig Jahren erhobene Retraktsklage zu konserviren.[14]) Die in Betreff des letzteren Falles abweichende, bereits erwähnte Ansicht der juristischen Fakultät zu Leipzig verdient insofern der Erwähnung, als sie auf Grund von c 16 C 3, 28 für die Fälle des früher sogenannten subsidiären Aktionenkonkurses das Princip aufzustellen suchte, dass die Verjährung der untergeordneten Klage durch die Anstellung der weiter greifenden unterbrochen werde. Die Stelle, ein Reskript von Valerianus und Gallienus (a. 258) lautet: *Contra majores XXV annorum duplicem actionem inferentes, primam quasi testamentum non jure sit perfectum, alteram quasi inofficiosum licet jure perfectum praescriptio ex prioris judicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest.* Aber dieses Reskript bezieht sich auf den Fall eventueller Kumulation der subsidiären *querela inofficiosi testamenti* mit der *actio testamenti non jure facti,* und die Verjährung der subsidiären Klage durfte selbstverständlich nicht eher beginnen, als bis der Eintritt des Subsidiaritätsfalles d. h. die Unzulänglichkeit der ersten Klage feststand, was erst mit dem Urtheil über die letztere der Fall war. Von konkurrenten Aktionen ist also in jener Stelle nicht die Rede, daher auch jenes Princip für unter- und über-geordnete Klagen, welches man etwa[15]) auf das Verhältniss der Singularklagen zur *hereditatis petitio* anzuwenden geneigt sein möchte, nicht stichhaltig.

Als zu allgemein gefasst erscheint auch die in einem Erkenntniss des O. A. G. zu Berlin gegebene Interpretation der c 3 C 7, 40, wonach die unterbrechende Wirkung jeder „Rechtsverfolgung" zukommt, „welche einerseits vom Kläger den Vorwurf gleichgültiger Vernachlässigung seiner Rechte abzuwenden, anderntheils dem Verklagten die Gewissheit zu verschaffen geeignet ist, dass der nämliche Anspruch, dessen Geltendmachung die neuere Klage bezweckt, schon mittelst der vorausgegangenen zu realisiren versucht worden sei" — eine Aeusserung, bei welcher freilich nicht verschwiegen werden darf, dass sie gelegentlich der Erörterung, wie weit eine theilweise geänderte Klagebegründung die Klage als dieselbe und daher als durch die frühere Klagerhebung unterbrochen erscheinen lasse, gethan ist.[16]) Für das heutige Recht nämlich, wo die Aktionen in der That nichts anderes als verschiedene Titel auf Verwirklichung eines Anspruchs sind, wird man nur eine Anspruchsverjährung aufzustellen haben, bemessen nach der Verjährungszeit der am längsten zuständigen Klage, und, je nachdem die später erhobene Klage formell denselben Anspruch wie die erste betrifft, also nur als eine Verbesserung des Klaggrundes erscheint oder nicht, ist die Unterbrechung der Verjährung der zweiten Klage anzuerkennen oder zu verwerfen.[17]) So wird in dem angeführten Berliner Erkenntniss angenommen, dass durch die Erhebung der Kaufgeldklage gegen Lehensbesitzer im Jahre 1854 die Verjährung für die nämliche Klage, aber nunmehr (1862) mit der Begründung, die Beklagten seien mittelbar Allodialerben des Schuldners geworden, unterbrochen sei und der neuen Klage nicht entgegenstehe. Dagegen hat das O. A. G. zu Kassel am 21. Februar 1863 erkannt, dass eine im Jahre 1813 erhobene Klage wegen Fleischlieferung eine andere sei als die im Jahre 1859 erhobene wegen Bewirkung der Fleischlieferung durch Zahlung und dass sie daher die Verjährung der letzteren nicht gehemmt habe.[18]) Wann freilich eine neue, im Grunde denselben Anspruch betreffende Klage doch formell nicht als blose Verbesserung der früheren anzusehen ist, darüber dürfte auch bei dem gegenwärtigen Stande der Auffassungen, welche über den Begriff Anspruch im Verhältnisse zur Aktio herrschen, Einigkeit noch nicht zu erzielen sein.

Nach römischem Recht ist aber, ausser in den oben angeführten Fällen der c 3 C 7, 40, bei konkurrenten Aktionen ein Einfluss der Unterbrechung der Verjährung nicht nachzu-

[14]) Seuffert, Archiv I, 7. V, 137.

[15]) Im Sinne von *Cujacius comm. ad* l 36 § 2 D 5, 3.

[16]) Seuffert, Archiv XXII, 207.

[17]) Auf diesem Standpunkt des neueren Rechts steht offenbar auch Dernburg, Preuss. Privatr. I. 344 (§ 168, 16).

[18]) Seuffert, Archiv XXI, 197.

weisen; das Princip der Unabhängigkeit konkurrenter Aktionen von der Versäumung der Geltendmachung einer derselben liesse sich vielleicht sogar aus folgendem Sätzchen in *Pauli rec. sent.* V, 9, 3 herauslesen: *Quodsi judicatum solvi stipulatione satisdatur, omissa ejus actio rei judicatae persecutionem non excludit.*

Schliesslich ist hier noch die Frage zu erwägen, ob der Beklagte die Erhebung der konkurrenten Aktio während schwebenden Processes über die erste durch eine Einrede abwenden könne. Dieselbe wird von Thibaut bejaht mit der Begründung, Kläger könne ja dem ersten Process entsagen, um in der Geltendmachung der zweiten Aktio nicht gehindert zu sein, und es wird von ihm die Einrede als *exceptio litis pendentis* bezeichnet.[19]) Allein für das römische Recht ist diese Motivirung nicht zutreffend, da nach der *litis contestatio* eine derartige *renunciatio litis* nicht mehr möglich war und jeder neuen *actio de eadem re* im älteren Rechte die *exceptio rei in judicium deductae* entgegenstand, während nach späterem Recht der Beklagte einen Anspruch auf Absolution *in eremodicio* mit der gleichen Wirkung, nämlich eventuell *exceptio rei judicatae,* gehabt haben würde. Wenn in c 22 § 2 C 6, 2 das *remittere* der *actio commodati* gestattet wird, um die *actio furti* gegen den Dieb anzustellen, so geschieht dies nicht ohne die Beschränkung, dass der Verzicht nur dann statthaft sei, wenn Kläger glaubte oder vermuthen konnte, dass der Kommodatar die geliehene Sache noch in Händen habe. Das römische Recht verlangt die Durchführung der angestellten Aktio in der Regel, jedoch war nach Ulpian's Bericht in l 1 § 4 D 43, 3 die Möglichkeit eingeräumt, zwei Aktionen gleichzeitig zu Protokoll zu geben, aber nur, wenn man im Ungewissen war, *quae potius actio teneat,* und nur gegen die Vorbemerkung, man wolle mit einer einzigen der Aktionen das Petitum erreichen (*duas actiones dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit*). Ulpian erwähnt dies gelegentlich des Falles, wenn man ungewiss sei, ob der Beklagte *pro legato* oder ob er *pro herede vel pro possessore* einen Erbschaftsgegenstand besitze, ob also das *interdictum quod legatorum* oder die *hereditatis petitio* anzustellen sei. Dass man hier durch *interrogationes in jure* sich aus der Ungewissheit hätte befreien können, kam also nicht

[19]) Thibaut, civ. Abhdl. 156. Ebenso Kleinschrod, Conkurrenz 46.

in Betracht. Der Fall ist im Princip der nämliche, wie derjenige, in welchem c 22 § 2 C 6, 2 das Fallenlassen der Aktio gestattete: eine subjektive Unsicherheit des Klägers über Thatsachen, deren Vorhandensein beim Beklagten den Erfolg der Aktio begründet. So konnte auch der Kläger, falls er von der Mitwissenschaft des *dominus servi* nicht unterrichtet war, das *cum noxae deditione* angestellte *judicium* in eine *actio detracta noxae deditione* verwandeln (l 4 § 3 D 9, 4), und nur, falls über das Vorhandensein eines Pekulium getäuscht, kann der Kläger von der *actio de peculio* zur *actio quod jussu* übergehen (l 4 § 5 D 14, 5).

Demnach stand nicht die grössere Vortheilhaftigkeit oder das Mehr der einen Aktio in Frage, sondern, ausser dem Falle der l 4 § 3 D 9, 4, wo es sich um Abwendung eines ungerechten Vortheils des Beklagten handelte, die Erfolglosigkeit derselben gegenüber der Thatsache, dass der Kläger entschuldbar irrte oder nicht wusste oder dass der Beklagte den Titel seines Besitzes verschweigen wollte. Daher ist die Annahme, dass die gleichzeitige Anstellung der Aktionen ein regelmässig anwendbares Mittel, den Nachtheilen des Aktionenkonkurses vorzubeugen, gewesen sei[20]), sehr bedenklich. Wollte man die Worte: *quotiens incertum est, quae potius actio teneat* in l 1 § 4 D 43, 3 wörtlich nehmen und auf alle Fälle anwenden, so müsste man auch anerkennen, dass der Kläger die *actio mandati* und *negotiorum gestorum* wegen desselben Anspruchs habe häufen können, was wegen der inneren Verschiedenheit der Grundlagen beider Aktionen unwahrscheinlich ist.[21]) Auch widerspräche eine derartige Auffassung der l 76 § 8 D 31: *Variis actionibus simul legatarius uti non potest,* und den Stellen, welche ein *contentum esse debere altera actione* vorschreiben.

So wenig als demnach ein Fallenlassen der angestellten Aktio zu Gunsten der konkurrenten im römischen Recht allgemein zulässig war, so wenig stand hier der gleichzeitigen Erhebung der zweiten Aktio, abgesehen von der *exceptio rei*

[20]) v. Savigny, System V. 263, k.

[21]) Mit Recht nahm Erk. d. Spruchkoll. d. jur. Fak. z. Rostock 26/10. 1840 (Seuffert, Archiv XIX, 41) „elektiven Konkurs" beider Aktionen an.

in judicium deductae, etwas im Wege. In einem freilich nicht konkurrente Aktionen betreffenden Falle wenigstens ist es für statthaft erklärt, dem Resultate der einen Aktio durch gleichzeitige Erhebung einer andern vorzugreifen: *Eum qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilo minus interdicto recte agere placuit* (l 18 § 1 D 43, 16 cf. l 12 § 1 D 41, 2: *non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare*).

Dagegen nach heutigem Recht ist die Zulässigkeit einseitigen Verzichtes auf die bereits angestellte Klage anzuerkennen, obwohl dem Beklagten namentlich nach dem Beweisinterlokut, das Recht einseitiger Fortsetzung des ersten Processes nicht zu entziehen ist. Um es dann nicht zu einem möglicherweise eine *exceptio rei judicatae* gegen die konkurrente Klage herbeiführenden Kontumacialerkenntnisse kommen zu lassen, bleibt dem Kläger nur das Mittel, die Zustimmung des Beklagten zum Verzicht unter Vorbehalt der Substitution der zweiten Klage nachzusuchen. So lange aber der Process über die erste schwebt, wird der zweiten Klage mit Recht die *exceptio litis pendentis* entgegengesetzt werden können, wenn sie nicht als blosse Verbesserung des ersten Libells erscheint; denn es ist ebenso unzulässig, dass zwei Processe mit identischem Inhalt neben einander geführt werden, als es der *res judicata* widerspricht, nach erlangter Kondemnation einen neuen Process zum gleichen Zweck anzustrengen. Behauptet freilich der Kläger in der Replik, er habe den ersten Process aufgegeben, so ist die Rechtfertigung der *exceptio litis pendentis* vom Beklagten nur durch den Nachweis einseitiger Fortsetzung des Processes zu erbringen.[22])

---

[22]) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten (1844) 293. 294. Gegen die Zulässigkeit der *exceptio litis pendentis* erklärt sich ohne Begründung Unger, Oesterr. P. R. II. 394, 24 a.

VIII.

Die Fälle des Aktionenkonkurses.

1. Fälle mit Mehrheit der Subjekte.

§ 13.

Stellt man als Massstab, wann Aktionen konkurriren d. h. durch erfolgte Leistung sich gegenseitig schmälern müssen, die Identität der Leistung auf, so ist es nicht zu vermeiden, dass auch Fälle, welche in Einzelheiten verschiedene rechtliche Behandlung erfahren, unter dieser Kategorie sich zusammenfinden. So hat sich bereits ergeben, dass bei den zur Sicherung einer andern begründeten Obligationen die Unterbrechung der Verjährung ausnahmsweise auf die konkurrente Aktio einwirke. Namentlich aber sind beim sogenannten subjektiven Aktionenkonkurse, wenn die konkurrenten Aktionen mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte zustehen, wesentliche Abweichungen von den sonstigen Grundsätzen des Aktionenkonkurses vorhanden. Wenn z. B. die gegen einen einzigen Beklagten gerichtete *actio legis Aquiliae* mit allen reipersekutorischen Aktionen ineinandergerechnet wird, daneben aber aufgestellt wird, mehrere Thäter, welche zusammen einen Sklaven tödten, hätten jeder auf die volle Aestimation zu haften: *cum sit poena* (l 11 § 2 l 51 § 2 D 9, 2 *Ulp. Julian.*), so möchte sich das Konsequente dieser Entscheidungen auch schwerlich aus den Worten der l 51 § 2 cit. rechtfertigen lassen: *quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta*

esse innumerabilibus rebus probari potest. Vom Standpunkt des Aktionenkonkurses aus erklärt sich dies nur daraus, dass jeder Thäter ein besonderes Delikt beging und also nicht *idem factum* vorlag. Doch wird durch eine solche Entscheidung[1]) die Frage nahe gelegt, ob überhaupt bei Mehrheit der Subjekte die gewöhnlichen Regeln des Aktionenkonkurses zur Anwendung kommen können, ob es einen subjektiven Aktionenkonkurs gebe.

Ein Fall solchen Konkurses ist der des *receptum nautae etc.*, in welchem die *actio de recepto* und die gegen den Dieb oder Beschädiger gerichtete *actio furti* oder *legis Aquiliae* sich gegenseitig ausschliessen.[2]) Aber derselbe ist, wenigstens hinsichtlich der *actio furti,* zur Gestaltung eines Princips nicht zu gebrauchen, denn bezüglich dieser Aktio trifft eine beim subjektiven Aktionenkonkurse aufzustellende Voraussetzung nicht zu, nämlich dass die gegen mehrere Beklagte konkurrenten Aktionen um so mehr konkurriren, wenn sie in der Person eines einzigen Beklagten zusammentreffen. Dies liegt nur bei *actio legis Aquiliae* und *de recepto* vor und auch hier enthält der vollständige Ausschluss der ein *amplius* bietenden ersten Aktio nach der zweiten eine Singularität; ist dagegen der Schiffer u. s. w. selbst der Dieb, so konkurrirt die *actio furti* nicht.

Die Entscheidung dieses Falles ist nur von einem andern Gesichtspunkt, als dem des Aktionenkonkurses, aus erklärlich, welcher in einer ganz analogen Vorschrift Justinian's hervortritt, nämlich aus dem Gesichtspunkt der Regulirung der *actio furti* zwischen verschiedenen Interessenten. Nach c 22 C 6, 2 schliesst die Geltendmachung der *actio commodati* die der *actio furti* aus, wenn dem Kommodatar die Sache gestohlen wurde, und die Diebstahlsklage steht nunmehr dem Kommodatar zu; umgekehrt konsumirt die Anstellung der

[1]) Die Annahme einer doppelten *condictio furtiva* sowohl gegen den Dieb als gegen den den Dieb Bestehlenden in l 77 § 1 D 47, 2 bei *Krug de condict. furt.* 82, 7 ist falsch. Siehe c 1 C 4, 8 v. Savigny, System V. 235, e.

[2]) Die Ausschliessung dieses Falles vom Aktionenkonkurse bei v. Savigny, System V. 258 Nr. 8 beruht auf der unrichtigen Ansicht, als konsumire hier schon die Litiskontestation in der ersten die zweite Aktio. Wächter, W. P. R. II. 472, 32 hält die *a. furti* hier für *condict. furt.*, wofür kein Anhaltspunkt vorliegt.

actio furti die *actio commodati,* einerlei übrigens, welchen Ausgang die erstere hatte, wie es auch im ersten Falle einerlei ist, ob vom Kommodatar etwas zu erreichen war oder nicht (c 22 § 1 e § 2 cit.). Dasselbe gilt bei der *actio de recepto* (l 3 § 5 l 6 § 4 D 4, 9 l 1 § 3 D 47, 5). Dagegen besteht die von Justinian in c 22 § 1 a — c § 2 i. f. cit. ausdrücklich verworfene Voraussetzung der Solvenz des Beklagten für die *actio furti* des Schiffers u. s. w. nach l 4 pr D 4, 9, und nach c 22 § 2 cit. hat der Kommodant das Recht, wegen Unkenntniss des Diebstahls von der Vertragsklage abzugehen und sich gegen den Dieb zu wenden. Die Uebertragung dieser abweichenden Bestimmungen auf das Recht der *actio de recepto,* so konsequent sie dem Inhalt jener Vorschriften nach erscheinen möchte, liesse sich nicht rechtfertigen. Denn die c 22 cit. ist nicht blos älter (a. 530) als die Digestenpublikation, sondern sie enthält z. B. auch gegenüber dem für das Verhältniss der *actio locati* zur *actio furti* in § 15 J 4, 1 Anerkannten eine Singularität, indem die *actio furti* des Lokators dort in Folge Zustehens der *actio locati* für überflüssig erklärt und die *actio furti* dem Konduktor nur im Falle eigener Solvenz zugestanden wird. Trotz dieser Verschiedenheiten aber ist das Princip jener Fälle das gleiche. Ein wahrer Aktionenkonkurs ist dem Begriffe nach in denselben nicht enthalten[3]), da die Aktionen verschiedene Leistungen verfolgen, vielmehr konkurriren sie nur der Wirkung nach, weil der Dieb nicht zweimal belangt werden soll.

Regelmässig gebildete Fälle eines subjektiven Aktionenkonkurses finden sich in folgenden Beispielen: Der Stellvertreter hat mit eigenem Gelde an einen zum Empfang nicht berechtigten Dritten ein *indebitum* gezahlt oder der vermeintliche Schuldner zahlte dasselbe an einen falschen Stellvertreter. Im ersten Falle hat der Stellvertreter nicht blos gegen den Empfänger die *condictio furtiva,* sondern er kann sich wegen des erlittenen Schadens auch mit der *actio mandati* resp. *negotiorum gestorum* an seinen Principal halten, im zweiten Falle hat der Zahlende sein Interesse sowohl mit der *condictio furtiva* gegen den falschen Vertreter als auch, falls der Principal das Geschäft des Vertreters durch Ratihabition für sich gültig ge-

[3]) Vgl. auch Goldschmidt, Z. f. d. ges. Handelsr. III. 78.

macht hatte, mit der *condictio indebiti* zu verfolgen. Den ersten Fall behandelt Papinian in l 81 § 7 D 47, 2 und bestimmt, dass der von seinem Stellvertreter belangte Principal einen Anspruch auf Abtretung der *condictio furtiva* gegen den Empfänger habe, wodurch dann zwischen dem Principal und dem Empfänger ein Konkurs der *condictio furtiva* mit der *condictio indebiti* entsteht. Diese Entscheidung zeigt, dass der Stellvertreter nicht beide Aktionen zu seiner Befriedigung solle haben dürfen, nur fand das Verhältniss, wenn zuerst die Geschäftsklage vor der gegen den Delinquenten gehenden Ersatzklage angestellt war, ebenso wie beim Konkurs der *actio de recepto* (l 6 § 4 D 4, 9), seine Lösung auf dem Wege einer erzwingbaren Cession. Hieraus ist der Schluss zu ziehen, dass dem Principal nach erfolgreicher *condictio furtiva* gegen den falschen Vertreter eine *exceptio* gegen die Geschäftsklage zugestanden habe.[4]) Den zweiten obiger Fälle behandelt ebenfalls Papinian in l 81 § 5 D 47, 2 und entscheidet auch ihn dahin, es könne der mit *condictio indebiti* belangte Principal die Abtretung der *condictio furtiva* gegen den falschen Vertreter, sogar vermittelst *exceptio doli,* verlangen. Hier wird also nicht minder die Geltendmachung der Geschäftsklage nach erfolgreicher *condictio* nicht unbeschränkt gewesen sein.[5]) Die Möglichkeit eines subjektiven Aktionenkonkurses auf aktiver Seite ist demnach auch im Sinne des römischen Rechts vorhanden.

Wegen Zutreffens der Thatsache, dass die Erfüllung der gegen mehrere Beklagte verfolgten Leistung und deren Surrogate das Klagerecht gegen alle aufhebt, hat man die namentlich auf passiver Seite häufig vorkommende Solidarobligation zum Aktionenkonkurse gezählt.[6]) Doch ist es zweifelhaft, ob

[4]) Uebereinstimmend *Krug de condict. furt.* 76, 5, der sich nur unrichtig auf l 6 § 4 i. f. D 4, 9 beruft; denn dort ist *exceptio rei judicatae* gemeint (s. oben S. 105).

[5]) *Krug de condict. furt.* 77, 6.

[6]) Im Einzelnen: die aus gemeinsamem Verschulden erwachsenen Ersatz- und Straf-Ansprüche gegen Mehrere beim Handeln gegen das *edictum ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat* (l 5 § 3 D 2, 7), bei Betrug und Zwang (l 14 § 15 D 4, 2 l 17 pr D 4, 3), bei Haftung der Mitwohner aus *effundere ejicere* (l 1 § 10 — l 4 D 9, 3), der Kommodatare, Depositare (l 5 § 15 D 13, 6 l 1 § 43 D 16, 3) und Mitvormünder (l 7 § 4 D 27, 6 l 55 § 1 D 26, 7). Diese Fälle finden sich bei Wächter, Württ P. R. II. 470, 26. Puchta, Pand. § 87, b. Keller, Pand. § 82, 11. 16. Arndts, Pand. § 105, 1. a. Windscheid, Pand. § 121, 11.

die Annahme eines Konkurses gleichnamiger Aktionen nach römischem Recht zulässig sei, denn derselbe findet sich nirgends angedeutet, man müsste denn die Fälle, wo eine und dieselbe Aktio aus verschiedenen *causae* mehrmals nach einander wiederholt werden kann und wo dann möglicherweise die Aktio beim zweiten Male nicht mit ihrem vollen Inhalte zur Geltung kommt, als Aktionenkonkurs behandeln, was sich aus dem nämlichen Grunde wie die Annahme eines *concursus successivus* verbietet (s. oben S. 2).[7]) Vielmehr ist bei dem durch Erbgang erfolgten Zusammentreffen von zwei *actiones emti* in Einer Person processualisch die Vereinigung in eine einzige Aktio vorgeschrieben (l 10 D 19, 1), ein im Falle der Konnexität mehrerer, verschiedene Objekte enthaltender, Aktionen im römischen Rechte nicht seltenes Verfahren.[8]) Andere Gründe gegen die Beizählung der Solidarobligation zum Aktionenkonkurse lassen sich nicht beibringen, nur dies ist aus den Quellen zu entnehmen, dass die Römer diesen Fall nicht ausdrücklich als ein Beispiel konkurrenter Aktionen behandelt haben.

Dagegen findet sich ein subjektiver aktiver Aktionenkonkurs bei den Noxalklagen wegen Vergehens der Sklaven, indem hier in Folge der Mitwissenschaft des Herrn sowohl gegen diesen *detracta noxae deditione,* als gegen den unschuldigen Miteigenthümer oder denjenigen, welcher inzwischen Eigenthümer des Sklaven geworden war, oder endlich gegen den inzwischen frei gewordenen Sklaven selbst geklagt werden konnte. Pomponius stellt hier zwar fest, dass nach *conventum esse* des gegenwärtigen Eigenthümers der frühere *quo sciente factum est* nicht belangt werden könne (l 7 § 1 D 9, 4), dagegen heisst es bei Paulus: sei in Folge jener ersten Aktio

[7]) Z. B. wiederholte *actio quanti minoris* wegen verschiedener Mängel (l 31 § 16 D 21, 1), wiederholte *actio legis Aquiliae* wegen Verwundung und Tödtung (l 32 § 1 l 46. 47 D 9 2). Ferner ohne Schmälerung: wiederholte *actio communi dividundo* wegen ungetheilt gebliebener Sachen (l 4 § 2 D 10, 3), wiederholte *actio redhibitoria* wegen verschiedener Mängel (l 48 § 7 D 21, 1). Den ersten Fall rechnen zum Aktionenkonkurse Mühlenbruch, Pand. § 140, 13. Kleinschrod, Conkurrenz 45, den vorletzten W. H. Puchta, gerichtl. Klagen 89, den ersten und den letzten Thibaut, civ. Abhdl. 171.

[8]) Siehe Keller, Civilprocess § 50, 590. b.

noxae deditio erfolgt, so stehe gegen den *sciens* noch *damni persecutio,* soweit letztere den Werth des hingegebenen Sklaven übersteige, zu (l 17 pr D 9, 4). Es wird also in diesem Falle keineswegs eine nur „elektive" Haftung beider Eigenthümer,[9]) sondern eine „theilweise kumulative" anzunehmen sein; entschloss sich der unschuldige Eigenthümer freilich nicht zur *noxae datio,* so musste schon er auf vollen Schadenersatz verurtheilt werden. Die erwähnte Entscheidung des Pomponius setzt entweder diesen Fall voraus oder, wenn man die Wörtchen *jam non* der Stelle als „noch nicht" verstehen darf,[10]) so bedeutet sie die Unzulässigkeit gleichzeitiger Anstellung der Aktio gegen den *sciens* vor abgewartetem Erfolg der ersten Aktio.

Ebenso konnte die *actio legis Aquiliae utilis* und die *actio de pauperie* gegen verschiedene Personen konkurriren, indem jene gegen denjenigen sich richtete, welcher einen fremden Sklaven veranlasste, einem denselben nachher verletzenden Thiere sich zu nähern, und beide Aktionen mussten in Beziehung auf den Schadenersatz sich decken.[11]) Endlich würde durch ein nur auf Eine der Aktionen bezügliches novatorisches Rechtsgeschäft eine Mehrheit der Beklagten in konkurrenten Aktionen sich ergeben können.

Auch die Möglichkeit eines subjektiven Aktionenkonkurses auf passiver Seite ist nicht in Abrede zu stellen. Der ratihabirende Principal hat gegen den ein *indebitum* in Empfang nehmenden falschen Stellvertreter die *actio negotiorum gestorum,* gleichzeitig aber hat der Zahlende gegen denselben die *condictio furtiva;* der mit eigenem Gelde ein *indebitum* zahlende wahre Stellvertreter hat die *condictio furtiva* gegen den Empfänger, welchen auch der Principal mit *condictio indebiti* belangen kann. Für den letzteren Fall bestimmte Skävola, wohl in Uebereinstimmung mit Pomponius, in l 18 D 13, 1: *altera condictione altera tollitur.* Diese Entscheidung, welche mit demselben Rechte auch für den ersteren, von Papinian in l 81 § 5 § 7 D 47, 2 behandelten Fall anzunehmen ist,[12]) rechtfertigt

[9]) So Zimmern, System d. röm. Noxalklagen (1818) 246, 63.

[10]) l 7 § 1 D 9, 4 heisst: *Pomponius ait, si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri jam non posse.*

[11]) Siehe über diesen Fall Zimmern, Noxalklagen 248 fg.

[12]) *Krug de cond. furt.* 77. I, 2. 78. III, 2.

sich dadurch, dass im ersten Falle der durch *exceptio* zurückgewiesene Zahlende sich mit *condictio indebiti* an den durch erfolgreiche *actio negotiorum gestorum* in den Besitz des *indebite solutum* gekommenen Principal halten kann, während der mit der *actio negotiorum gestorum* abgewiesene Principal an einer Weiterverfolgung des *indebite solutum* kein Interesse hat. Im zweiten Falle steht dem in Folge der *condictio indebiti* des Principals abgewiesenen Stellvertreter immer noch die *actio mandati* zur Erreichung des von ihm Aufgewendeten gegen den Principal zu.

Namentlich die angeführte l 18 D 13, 1 stellt es ausser Zweifel, dass auch die römischen Juristen einen Aktionenkonkurs bei Mehrheit der Subjekte auf aktiver Seite (früher s. g. *concurrentia subjectiva passiva*) anerkannten. Derselbe wird noch in dem Falle wichtig, wenn der Klagberechtigte die eine der konkurrenten Aktionen an einen Andern cedirt; denn man wird hier nicht anders zu entscheiden haben, als zu entscheiden gewesen wäre, so lange der Cedent noch beide Aktionen hatte. Der in Folge der Befriedigung der nicht cedirten Aktio zurückgewiesene Cessionar hat, wie in dem erwähnten Falle der Stellvertreter, seinen Regress gegen den befriedigten Kläger zu nehmen, und, hat der Klagberechtigte die sämmtlichen konkurrenten Aktionen an verschiedene Personen cedirt, so sind gegen ihn so viele Regressansprüche als nicht befriedigte cedirte Aktionen begründet. Dabei ist nicht zu bezweifeln, dass auch im letzteren Falle die Leistung an den Cedenten den Konkurs der Aktionen beseitigt, so lange sie noch mit Rechtswirkung an ihn geschehen kann, und dass der Empfänger nur zu Restitution des Erlangten verpflichtet ist (l 23 § 1 D 18, 4 l 14 pr D 47, 2).

Wie die Solidarobligation, so wurde auch die Korrealobligation als Aktionenkonkurs,[13]) namentlich die Bürgschaft, in Gestalt des qualificirten Mandats freilich nur als eine „einseitige und beschränkte" und im Uebrigen wegen der Einrede der Vorausklage als „successiv-alternative Con-

[13]) Brackenhöft, Ident. 291. v. Savigny, System V. 220. 221. Wächter, W. P. R. II. 469. 470. Unger, Oesterr. P. R. II § 117, 16. 17. Kleinschrod, Conkurrenz 37, kk.

currenz" aufgefasst.[14]) Es ist aber von vornherein festzustellen, dass durch die Einrede der Vorausklage so wenig als durch die von Bülow als eine „Ergänzung" der Lehre vom Aktionenkonkurse hervorgehobene[15]) Präjudicial-Einrede bei „Erbschafts- oder Grundeigenthumsklage" eine völlige Subsidiarität der Aktionen geschaffen wird, vielmehr beweist die Nothwendigkeit der *exceptio* die Koexistenz der Aktio. Anders dagegen verhält es sich z. B. bei der Klage gegen die Obervormundschaftsbehörde gegenüber der *actio tutelae*, da jene erst nach herausgestellter Insolvenz des Vormunds entsteht.[16])

Was nun das Verhältniss der Korrealobligation im Allgemeinen zum Aktionenkonkurse betrifft, so würde sich diese Frage einfach entscheiden lassen, wenn feststünde, dass für die *correi* und gegen dieselben nur eine einzige Aktio als bestehend angenommen worden sei.[17]) Zwar heisst es in l 9 pr D 2, 14 (*Paul.*): *Si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur. ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum delictum est. — nec is, qui plures actiones habet, adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur:* und die Schlussworte zeigen, dass *eadem actio* hier mit *una actio* identisch ist wie *eadem obligatio* mit *una obligatio* in l 1 § 22 § 21 D 27, 3 (s. oben S. 43), dass es nicht etwa bedeutet, jeder habe eine besondere, nur gleichnamige Aktio. Allein wie bekanntlich den Stellen, welche die Korrealobligation als *una obligatio* bezeichnen, andere gegenüberstehen, wo *plures obligationes* zu Grunde gelegt werden, so findet es sich auch für die Aktionen. Papinian sagt: *reus stipulandi actionem*

[14]) v. Savigny, System V. 222. C. Brackenhöft, a. O. W. H. Puchta, gerichtl. Klagen 82.

[15]) Bülow, die Lehre von den Processeinreden (1868) 220. Der von Windscheid, Pand. § 121, 11 hiegegen erhobene Einwand gründet sich auf die Auffassung, als wolle Bülow das Vorhandensein der *exceptio praejudicii* als eine Wirkung des den Aktionenkonkurs leitenden Grundsatzes (oben § 2) dargestellt wissen, was zwar bei Bülow 212. 214. 216, nicht aber in dessen Zusammenfassung 221 gefunden werden könnte.

[16]) l 5 D 26, 3 c 5 C 5, 75. Unger, Oesterr. P. R. II. 398, 33 stellt diesen Fall zum Aktionenkonkurs.

[17]) Dies scheinen Puchta, Vorles. § 87 Nr. 2 (I. 197) und Martens, Concurrenz 74 anzunehmen.

suam dividere si velit — poterit eundem — in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret (l 11 pr D 45, 2) und: *Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt: invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur — plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus* — (l 51 § 2 D 46, 1). Derselbe äussert öfters: *actio dividitur* (l 51 pr § 4 D 46, 1 l 12 D 46, 6) im Falle, wenn ein Kläger gegen mehrere *correi* nach Theilen klagt. So lange die Aktio in der Hand des Klägers ruht, hält er sie also für Eine, stellt er sich aber dieselbe in der Ausübung vor, so nimmt er *plures actiones* an. Diese Auffassung bestätigt eine dritte Stelle Papinian's, wo er es für *una actio* erklärt, wenn das Klagrecht nur gegen Einen *correus* geltend gemacht wird: *Si plures fidejussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur* — (l 12 D 46, 6).

Die Papinianische Ausdrucksweise enthält nun freilich die Annahme von *plures actiones* nur nach passiver Seite hin, wie es sich auch in der Justinianischen c 28 § 2 C 8, 40 findet (*in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras* —). Bezüglich der *una actio* der mehreren Kläger ist der l 9 pr D 2, 14 nicht widersprochen. Für den sog. subjektiv-passiven Aktionenkonkurs, wo sich die Rechte mehrerer Kläger in Einem Beklagten koncentriren, ist daher die Annahme eines Aktionenkonkurses zweifelhaft, während derselben für den Fall einer Mehrheit von Beklagten nicht widersprochen werden kann. Im letzteren Falle ist die Korrealobligation dem Konkurse der Aktionen durch Justinian insofern genähert worden, als nicht mehr schon die Litiskontestation, sondern erst die Zahlung oder sonstige Genugthuung die zweite Aktio konsumirte (c 28 C 8, 40).

Man kann also, zumal positive Quellenzeugnisse für die Wirksamkeit eines Aktionenkonkurses trotz Mehrheit der Subjekte vorliegen, nicht umhin, das Vorhandensein des Konkurses überall anzunehmen, wo mehrere Aktionen dieselbe Leistung betreffen. Nur ist den Fällen der Personenmehrheit das Zugeständniss zu machen, dass ihre besondere Natur zu einer

Abweichung von den sonstigen Regeln Veranlassung geben konnte, z. B. hinsichtlich der Wirkung der *res judicata*, der Unterbrechung der Klagverjährung bei Korrealverhältnissen, hinsichtlich des Vorrechtes der Theilung, welches das Objekt der Aktionen verändert und dadurch den Konkurs aufhebt.

Man hat auch das Verhältniss der gegen den Pfandbesitzer gehenden *actio hypothecaria* zur persönlichen Klage gegen den Schuldner zum Aktionenkonkurse gezählt,[18]) allein hier liegt offenbar eine verschiedene Leistung vor, indem mit der einen Aktio der Gegenstand der Schuld, mit der andern das Pfandobjekt verlangt wird (vgl. oben S. 89, 19).

Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, welche Stellung die adjekticischen Aktionen zum Aktionenkonkurse einnehmen. Es muss dabei unterschieden werden zwischen dem Verhältnisse der gegen den ursprünglich Verpflichteten und der gegen den adjekticisch Verpflichteten zuständigen Aktio und zwischen dem Verhältnisse der adjekticischen Aktionen unter sich. Das erstere ist nach den Quellen das einer gemeinsamen Schuld oder das der *electio*[19]) d. h. nach der gewöhnlichen Auslegung ein derartiges, dass durch processualische Konsumtion die gegen den andern Verpflichteten gerichtete Aktio ausgeschlossen ist. Für das zweite liegen Entscheidungen vor bezüglich des Zusammentreffens von *actio de peculio* und *actio tributoria*, von *actio quod jussu* und *de peculio*, wonach auch diese Aktionen durch *electio* sich ausschliessen.[20]) Dass im letzteren Falle die Wahl schon bei der Litiskontestation erfolgen müsse und dann unbedingt bindend sei, geht aus

[18]) Brackenhöft, Identität 291. Göschen, Vorles. § 157. I. II. A.

[19]) l 44 D 15, 1 (*Ulp.*): *Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum et patrem duntaxat de peculio.* l 1 § 17 D 14, 1 (*Ulp.*). *Est autem nobis electio utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*

[20]) l 9 § 1 D 14, 4 (*Ulp.*) *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum.* l 5 § 1 *ib.* (*Ulp.*) *eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur.* § 5a J 4, 7 *quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet.* — l 4 § 5 D 14, 5 (*Ulp.*) *Is qui de peculio egit, cum posset quod jussu, in ea causa est, ne possit quod jussu postea agere, et ita Proculus existimat: sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem.*

der Behandlung des Verhältnisses in den Quellen hervor, indem diese ausdrücklich den Rückgriff auf die andere Aktio (*regressus*, *postea agere*) versagen. Dadurch wird die von Thibaut vertheidigte Meinung, in l 9 § 1 D 14, 4 sei nicht blos Anstellung, sondern auch erfolgreiche Durchführung der ersten Aktio gemeint[21]), widerlegt. Dagegen ergibt sich für die Anwendbarkeit der gegen den Hauptschuldner gehenden Aktio neben der gegen den adjekticisch Verpflichteten zustehenden aus den zuerst angeführten Stellen noch kein festes Resultat, denn einerseits kann die gewöhnliche Bestimmung der Obligation beider Personen als Korrealverhältniss durchaus nicht als sicher angesehen werden, andererseits ist der Ausdruck *electio* nicht völlig massgebend für die Unzulässigkeit der zweiten Aktio auch nach erfolgter Freisprechung des in der ersten Aktio Beklagten.[22]) Ueberdies würde die Annahme processualischer Konsumtion die Folgerung begründen, dass für das neuere römische Recht der Ausschluss der einen Aktio durch die andere als antiquirt zu betrachten sei.[23]) Vielmehr wird in einer Stelle, welche das Verhältniss der *actio exercitoria* zu der gegen den *magister navis* begründeten Aktio behandelt, die Befriedigung des Gläubigers als Aufhebung der Obligation und Befreiung von der Aktio bezeichnet: *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur: et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso jure minuitur obligatio: sed etsi ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam actionem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat* (l 1 § 24 D 14, 1 Ulp.). Der Ausschluss der zweiten Aktio wird also durch Annahme eines Stellvertretungsverhältnisses zwischen *exercitor* und *magister* und indirekter Tilgung der zweiten Obligation motivirt. Hier ist die Entscheidung demnach nicht der sonst bei den adjekticischen Aktionen allgemein als massgebend betrachteten pro-

[21]) Thibaut, civ. Abhdl. 172 fg.

[22]) So wird dieser Ausdruck in l 36 § 2 D 5, 3 l 14 D 6, 1 l 76 § 8 D 31 l 89 D 47, 2 gebraucht, obwohl die zweite Aktio nach der ersten noch besteht, wie sich aus den beiden ersten Stellen durch die Nothwendigkeit der *remissio alterius actionis* ergibt.

[23]) So Kleinschrod, Conkurrenz 43. 44.

cessualischen Konsumtion[24]) allein zuzuschreiben, sondern, da diese Aktionen dem prätorischen Edikt ihre Ausbildung verdanken, so rechtfertigt es sich, bei Bestimmung ihres Verhältnisses zu einander auch die *aequitas* als Ausschlag gebend anzunehmen. Eine hierauf hindeutende Behandlung findet sich in mehreren Bestimmungen, z. B. in Gewährung einer *actio utilis institoria* trotz Konsumtion der ersten *actio institoria* (l 13 pr D 14, 3), in Gestattung wiederholter *actio de peculio*, wenn das Sondergut sich vergrössert hat (l 30 § 4 D 15, 1); auch die Zulässigkeit des *agere ex alia causa* in l 9 § 1 D 14, 4 und der *actio quod jussu*, wenn man aus entschuldbarem Irrthum *de peculio* klagte (l 4 § 5 D 14, 5), enthält ein Zugeständniss, welches über das Recht der processualischen Konsumtion hinausging. War es also nicht die Litiskontestation allein, welche die zweite Aktio konsumirte, so musste sich, wenn man einen Aktionenkonkurs annahm[25]), auch nach dessen Regeln die Unzulässigkeit der zweiten Aktio ergeben. Allein, obwohl der Gläubiger hier dieselbe Leistung einklagt, so macht er doch mit jeder Aktio verschiedene Rechte geltend: die *actio de peculio* hat nicht blos eine andere Begründung, sondern auch ein anderes Exekutionsobjekt als die *actio tributoria* und die *actio quod jussu,* sie macht den Anspruch gegen das Pekulium des Hauptschuldners mit Abzug der nicht Strafe enthaltenden Forderungen des Gewalthabers geltend, während die *actio tributoria* nur das Handelsvermögen ohne diesen Abzug, die *actio quod jussu* das Vermögen des adjekticisch Verpflichteten selbst ergreift. Der Gläubiger sollte sich von vornherein entscheiden, welches Exekutionsobjekt er beanspruchen wolle und welche Aktio ihm sonst am Vortheilhaftesten schien, nur, wenn er aus Irrthum falsch gewählt hatte, mochte nach Analogie von l 4 § 5 D 14, 5 ein Anspruch auf Restitution begründet sein. Dasselbe lässt sich für das Zusammentreffen der *actio quod jussu* mit der *institoria* oder *exercitoria* oder mit der *actio de in rem verso,* sowie der *actio tributoria* mit der *de in rem verso,* dessen Möglichkeit § 5 J 4, 7 (*Gaj. inst.* IV, 74) bestätigt, geltend machen. Es liegen bei den adjekticischen

[24]) Francke, A. f. d. civ. Prax. XXIII. 419. Hartmann, daselbst L. 122. vgl. Arndts Pand. § 247, 3. Bekker, Aktionen II. 349.

[25]) So wollen z. B. Glück, Commentar IV. 5. Nr. 1. Sintenis, Civilrecht I. 278, 28.

Aktionen Fälle eines von einer bestimmten Leistung ausgehenden Konkurses vor, welche sich aber durch den verschiedenen Umfang der Wirksamkeit der Aktionen den im nächsten Abschnitte zu erwähnenden Fällen der sich innerlich widersprechenden Aktionen als äusserlich verschiedene Klagrechte nähern. Ein direkter Widerspruch freilich wie bei jenen Aktionen (s. unten § 14, nach 12) ist dadurch, dass der Herr oder Gewalthaber bei der *actio de peculio* als Defensor, bei der *actio tributoria* aus eignem Dolus hafte, oder indem mit der zweiten Aktio Trennung des Handlungsvermögens, mit der ersteren das Gegentheil gefordert werde[26]), nicht begründet.

(Die Fälle des Aktionenkonkurses.)

2. Die übrigen Fälle abgesehen von Mehrheit der Subjekte.

§ 14.

Die römischen Juristen haben die Fälle einer Mehrheit der Aktionensubjekte nicht ausdrücklich in den Bereich ihrer Betrachtung konkurrenter Aktionen hereingezogen. Sie richteten ihr Augenmerk namentlich auf die Deliktsaktionen, sei es nun dass es sich um Aquilische Verletzung und Zuwiderhandeln gegen ein anderes obligatorisches Verhältniss oder um die heutzutage sogenannte formelle Deliktskonkurrenz handelte, besonders aber auf die in Folge der gleichzeitigen Anwendbarkeit älterer und neuerer Rechtssätze auf den nämlichen Leistungsanspruch, also auf die durch Konkurs der Rechtsquellen konkurrenten Aktionen. Diese beiden Kategorien sind es, welche in den beiden Stellen aus dem *liber singularis de concurrentibus actionibus* des Paulus (l 34 D 44, 7 l 89 D 47, 2) behandelt werden und welche den Stoff der bei Weitem meisten Fragmente über Aktionenkonkurs bilden. Die *lex Aquilia* ergab als spätere *lex generalis de damno injuria dato* einen Konkurs mit der früheren speciellen Vorschrift wegen *arbores furtim caesae* und mit dem prätorischen Edikt *de servo verberato* (l 15 § 34 D 47, 10). Eine grosse Anzahl von Konkursfällen schuf das prätorische Recht durch Gewährung neuer Rechtsmittel z. B. der *actio in factum* (l 39 D 17, 2 cf. l 6 § 6 D 10, 3 l 20

[26]) So nehmen Buchka, Einfluss I. 126. 127, Kleinschrod, Concurrenz 42. 43 an.

§ 8 D 39, 1), durch das Edikt über die *negotiorum gestio* (l 34 pr D 3, 5 l 28 § 4 D 12, 2 l 46 D 17, 2 l 5 D 44, 2 c 20 C 3, 36), durch das Publikanenedikt (l 1 § 2—4 D 39, 4), durch das Edikt gegen Schiffer und Wirthe. Auch das ädilicische Edikt erzeugte wenigstens eine Mehrheit von Aktionen im Falle des § 1 J 4, 9.

Nur für die zuletzt beschriebenen Fälle, welche als Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts und als Folgen der Zersplitterung der römischen Gesetzgebungsfaktoren erscheinen, lässt sich der Vorwurf einer nicht genügenden Durchbildung der Rechtsinstitute begründen, welcher zuweilen dem Aktionenkonkurse im Allgemeinen gemacht wird.[1]) Die Römer haben es aber in manchen Fällen nicht unterlassen, Gründe für die Häufung der Rechtsmittel anzugeben, von denen sich der der Unzulänglichkeit der bisherigen Aktio und der der Strafbarkeit des Schuldigen und der Nothwendigkeit energischer Gegenmittel gegen denselben finden. So heisst es: *Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem* (l 1 D 10, 3 Paul.) und der Unterschied tritt in l 43 D 17, 2 (s. oben S. 56) praktisch greifbar hervor. Ueber den Inhalt des zweiten Kapitels der *lex Aquilia* bemerkt *Gaj. inst.* III, 216 (Studemund 184 Z. 4—7): *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.* Die Einführung einer *actio honoraria de recepto* trotz Bestehens der *actio locati, conducti* und *depositi* wird gerechtfertigt: *ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est* (l 3 § 1 D 4, 9 Pompon.). Bezüglich des Publikanenedikts ferner wirft Ulpian die Frage auf: *quid utique hoc edictum propositum est, quasi non et alibi praetor providerit furtis damnis vi raptis?* und antwortet: *e re putavit et specialiter adversus publicanos edictum proponere* (l 1 § 2 D 39, 4). Bekannt endlich ist die Gajanische Begründung der Häufung reiperse-

[1]) Brackenhöft, Identität 281. Krüger, process. Cons. 98.

kutorischer Aktionen gegen den Dieb mit dem *odium furum quo magis pluribus actionibus teneantur* (*Gaj. inst.* IV, 4).

Wo also nicht eine Aktio hinsichtlich des *id quod venit in actionem* als Ergänzung der andern betrachtet werden konnte, war strenge Ahndung der Rechtsverletzung der leitende Gedanke bei Aufstellung neuer Rechtsmittel *in idem*. Im Uebrigen kann es nicht als systematischer Mangel erscheinen wenn z. B. mehrere Aktionen in Fällen bestanden, wo Jemand durch Verletzung fremder Rechte sich ausser gegen seine allgemein menschliche und staatsbürgerliche Pflicht zugleich gegen eine ausserhalb derselben bestehende besondere obligatorische Verpflichtung zur Nichtverletzung oder wenn der unberechtigte Besitzer sich gegen das Recht des Eigenthümers und zugleich gegen seine Vertragspflicht auf rechtzeitige Rückgabe der Sache verging. Eher schon lässt sich gegen die aus Nützlichkeitsgründen eingeführte Berücksichtigung der Sachbeschädigung bei der dinglichen Aktio Einwendung erheben, aber hier war auch die Möglichkeit, den Konkurs zu vermeiden, in der Zulassung einer Reservation der Schädenklage anerkannt worden.

Es erübrigt noch, eine Ausscheidung gewisser, öfter zum Aktionenkonkurse gestellter Fälle nach dem Gesichtspunkte der ausser der Identität der Leistung aufzustellenden Voraussetzungen wahren Aktionenkonkurses vorzunehmen. Als eine der Erörterung nicht bedürftige Voraussetzung ist das wirkliche und gleichzeitige Bestehen der Aktionen zu bezeichnen. Dies hat namentlich Thibaut hervorgehoben und als ersten Hauptgrundsatz an die Spitze der ganzen Lehre gestellt; aber die Anwendung, welche er von der Regel macht, nämlich der Ausschluss des Falles, wenn irrig eine nicht zuständige Klage erhoben wurde[2]), erschöpft deren Bedeutung für den Aktionenkonkurs nicht. Vielmehr fehlt das angegebene Erforderniss auch bei den von Manchen[3]) als konkurrent aufgefassten allgemein subsidiären Aktionen, auch dann, wenn Billigkeitsrücksichten wegen der in Folge Insolvenz des Beklagten vorliegenden Inanität der Vorklage zur Gewährung der subsidiären Aktio trotz

[2]) Thibaut, civ. Abhdl. 153 fg.

[3]) K. A. Schneider, subsid. Klagen 167 fg. v. Vangerow, Pand. § 153, 2. Wächter, Württ. P. R. II. 472.

Bestehens der ersten führten. Denn es heisst ausdrücklich, dass nur: *si alia actio non sit:* die *actio quod metus causa,* die *actio doli,* die *in integrum restitutio,* die *actio funeraria* und *querela inofficiosi testamenti* vorhanden seien (l 14 § 2 D 4, 2 l 1 § 4 D 4, 3 l 16 pr D 4, 4 l 14 § 12 D 11, 7 § 2 J 2, 18), und für den Fall der inanen Aktio half man sich durch die Fiktion: *Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est* (l 6 D 4, 3 *Gaj.*). Nur für das Verhältniss zweier, andern gegenüber, subsidiärer Aktionen, der *actio quod metus causa* und der *actio de dolo* ist der Konkurs in l 14 § 13 D 4, 2 *Paul. sent.* I, 8, 2 anerkannt, da das Delikt der *metus* das des *dolus* in sich schliesst; dagegen ist es nicht etwa ein Beweis gegen die Subsidiarität und für die Denkbarkeit eines Konkurses der *actio funeraria,* wenn wegen unterlassener Berücksichtigung des Begräbnissaufwandes im *judicium familiae erciscundae* nach dem letzteren jene Aktio noch für zulässig erklärt wird (l 14 § 12 D 11, 7). Der Konkurs mit nicht subsidiären Aktionen ist also für die subsidiären begriffsmässig ausgeschlossen; die Annahme desselben würde sich auch mit Ulpian's Entscheidung in l 7 § 6 D 4, 3[4]) im Zusammenhalt mit den sonstigen Regeln des Aktionenkonkurses schwer vertragen.

Die Koexistenz der Aktionen ist zur Bewirkung ihres Konkurses jedoch nicht etwa auch als eine bis zu Erfüllung oder Judikat aus der einen derselben bestehende zu verlangen, sondern es muss, wie beim Falle der Korrealobligation auf aktiver Seite, die Zulässigkeit einer schon durch Litiskontestation eintretenden Konsumtion, von Wächter sogenannte „elective Concurrenz im engeren oder eigentlichen Sinne"[5]) anerkannt werden, wo dann schon die Streiteinlassung zu einer bindenden Wahl der einen Aktio nöthigte und die Nachklage abgesehen von den Regeln des Konkurses vernichtete. Die Quellen bedienen sich zur Bezeichnung dieses

[4]) *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, — Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam, nec in id quod excedit.* Vgl. oben S. 120 über l 17 pr D 9, 4.

[5]) Wächter, Württ. P. R. II. 475. Irrig spricht Baron Pand. § 85. b hier von „alternativer Klagenconcurrenz". Vgl. Kleinschrod, Conkurrenz 5.

Verhältnisse häufig des Ausdruckes *eligere, electio*; es ist aber schon bemerkt worden, dass derselbe dies nicht immer bedeutet (s. oben S. 125, 22).

Ein Fall solcher Art ist nach Justinian's Bestimmung auch noch in der bereits besprochenen (s. oben S. 116) c 22 C 6, 2 cf. § 16 J 4, 1 enthalten, wonach zwischen der *actio commodati* gegen den Kommodatar und der *actio furti* gegen den Dieb gewählt werden muss: *et alterutra earum electa dominum non posse ex poenitentia ad alteram venire* (c 22 § 1 d i. f.): es wäre denn, dass der Kläger in Unkenntniss des Diebstahls die *actio commodati* angestellt und der Kommodatar ihn nicht bereits entschädigt hat (c 22 § 2). Es ist in Frage gestellt worden, ob diese Vorschrift der Konsumtion ohne Rücksicht auf den Erfolg der ersten Aktio nicht auch für den analogen Konkurs der *actio de recepto* und *actio furti* gelte.[6]) Allein gegen diese Gleichstellung ist die Ausdrucksweise der l 3 § 5 D 4, 9 anzuführen: *vel officio judicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat;* war die *doli exceptio* gegen die *actio furti* nicht eingerückt oder die Aktio nicht cedirt worden, so wird deren Durchführung unbehindert gewesen sein, und es liegt auch hier kein Anhaltspunkt dafür vor, das Recht der c 22 C 6, 2 auf das in den Digesten bestätigte Recht der *actio de recepto* zu übertragen.

Vielfach wird noch das Verhältniss zwischen *condictio ob turpem causam* und *actio calumniae* zu den Fällen der *electio* gerechnet.[7]) Dass aber hier nicht schon die Litiskontestation, sondern erst die auf die eine Aktio erfolgende Befriedigung des Klägers die zweite Aktio konsumire, ergibt sich aus den Worten: *puto sufficere alterutram actionem* in l 5 § 1 D 3, 6 und aus der Möglichkeit der beiden anderen in dieser Stelle zur Wahl kommenden Meinungen, dass nach realisirter *condictio ob turpem causam* das ganze Vierfache oder wenigstens das Dreifache der Bestechungssumme mit der *actio calumniae* verlangt werden könne. Völlige Verschiedenheit des Objekts, welche Savigny annahm, ist in diesen Aktionen nicht vor-

[6]) Dies nimmt v. Savigny, System V. 258, p an. Dagegen Hartmann, A. f. d. civ. Prax. L. 125 fg.

[7]) v. Savigny, System V. 257 Nr. 5 Puchta, Pand. § 87, e. Martens, Concurrenz 37. Dagegen Hartmann, A. f. d. civ. Prax. L. 128.

handen, da nicht blos der erwähnte Abzug des *simplum* der *condictio* von dem Vierfachen in der *actio calumniae*, sondern auch die völlige Beseitigung der nach einem Jahre die Stelle der letzteren Klage vertretenden *actio in factum* aufs Einfache durch die *condictio* das Gegentheil erweist.

Ebensowenig als in dem soeben behandelten Falle wirken die verschiedenen Aktionen, mit welchen ein Legat zu erreichen ist, nämlich die nach Julian's l 84 § 13 D 30 und den l 33 l 85 ib. des Paulus zulässige *rei vindicatio* und *in personam actio* schon durch Geltendmachung der einen derselben auf einander ein.[8]) Vielmehr, wenn es in l 76 § 8 D 31 (*Papin.*) heisst: *Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest: non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim quae fuerat electa legatum petere:* so geht aus den Worten *simul* und *interim*, welches letztere jedoch Mommsen in: *inter eas*: verändern will, hervor, dass nur die gleichzeitige Geltendmachung der Aktionen verboten war und die Geltendmachung der einen als eine blos vorläufige galt. Bestritten ist die Anwendbarkeit der in den obigen Digestenstellen enthaltenen Vorschriften auf die Legatsklagen der c 1 C 6, 43, da jene vom Vindikations- und Damnations-Legat handeln, zwischen welchen der Legatar nach dem Neronianischen Senatsschlusse im Zweifel wählen konnte, welche aber auch, wie in dem Kodicill zum Testamente des Dasumius oder in Folge der *clausula damnationis* beide formell gleichzeitig vorliegen konnten.[9]) Allein die Meinung, dass die Bestimmung des Digestenrechts für das Recht des Kodex hier nicht massgebend sei[10]), scheint auf der von Arndts widerlegten Ansicht Marezoll's zu beruhen, dass die in c 1 C 6, 43 neben der *actio in personam* gewährte *rei vindicatio* eine *utilis* und eine den erfolgten Eigenthumserwerb nicht voraussetzende, sondern erst den künftigen schützende Klage sei und der Vindikation aus dem Vindikationslegat nicht entspreche. Arndts hat nachgewiesen, dass in c 1 C 6, 43 jedem

[8]) Wie v. Savigny, System V. 258 Nr. 7 annimmt. Dagegen Göschen, Civilr. § 158. II. B. Hartmann, A. f. d. civ. Prax. L. 124.

[9]) Vgl. Arndts in Glück, Commentar XLVI. 39—42.

[10]) Wächter, Württ. P. R. II. 465, 14. Hartmann, A. f. d. civ. Prax. L. 123. 124.

Vermächtniss die gleiche Wirkung beigelegt werden sollte, wie wenn nach altem Recht mit den solennen Worten legirt worden wäre: *do lego damnasque esto quisquis mihi heres erit dare fideique ejus committo.*[11]) Uebrigens ist auch der in den Digesten für die Unzulässigkeit gleichzeitiger Geltendmachung beider Aktionen angegebene Entscheidungsgrund, die Untheilbarkeit des Legats, für das spätere Recht ebenso massgebend wie für das frühere. Dingliche und persönliche Aktio zwischen Legatar und Onerirtem konkurriren also, und, ist der Vermächtnissgegenstand in den Händen eines dritten Besitzers, so liegt ein Fall vor, in welchem Aktionen gegen verschiedene Verpflichtete zusammentreffen.

Es gibt ausser dem oben angeführten Falle der c 22 C 6, 2 jedoch in der That noch andere Fälle, in welchen schon die durch die Litiskontestation erfolgte Auswahl der einen Aktio ohne Rücksicht auf Befriedigung die zweite konsumirt. Man hat seit Savigny den Grund, diese Fälle vom Aktionenkonkurse auszuschliessen, darin gefunden, dass in denselben nicht ein Konkurs mehrerer Klagemittel zur Erreichung der nämlichen Leistung, sondern vielmehr ein Auseinandergehen der Aktionen auf verschiedene Leistungen vorliege.[12]) Es handelt sich aber nicht blos um verschiedene Objekte, wie Verfolgung des Diebstahls und Rüge des Vertragsbruches in c 22 C 6, 2, sondern um einen inneren Gegensatz und einen völligen Widerspruch des mit der einen Aktio Verlangten gegenüber dem Objekt der andern, so dass Kläger nicht ohne Verstoss gegen die juristische Logik Beides verlangen könnte. Hierher gehört das Verhältniss zwischen *actio redhibitoria* und *quanti minoris* (l 18 pr D 21, 1), zwischen der in Folge der *lex commissoria* zustehenden *rei vindicatio* und der Einforderung des Kaufpreises (l 4 § 2 l 7 D 18, 3 c 4 C 4, 54), zwischen *hereditatis petitio* und *petitio fideicommissi* aus einem mit Kodicillarklausel versehenen Testamente (c 8 pr—§ 2 C 6, 36), zwischen *actio furti* und Mandats- oder Kommodats-Klage gegen Personen, welche vom unrechtmässigen Stellvertreter ein Man-

[11]) Arndts in Glück, Commentar XLVI. 59—70.

[12]) v. Savigny, System V. 256. Sintenis, Civilrecht I. 273. A (§ 30). Die gewöhnliche, aber nicht ganz zutreffende Ausdrucksweise ist: es bestehe ein Wahlrecht zwischen mehreren Rechten, nicht blos zwischen mehreren Klagen.

dat oder Kommodat übernommen haben (l 14 D 13, 6 c 1 C 6, 2). In den beiden ersten Fällen handelt es sich darum, einen Kauf rückgängig zu machen oder bestehen zu lassen, im dritten um Anerkennung oder Umstossung eines Testaments, im vierten um Ratihabition oder Nichtgenehmigung eines vom *falsus procurator* eingegangenen Vertrags. Dieselbe Entscheidung würde in dem früher besprochenen Falle der l 81 § 5 D 47, 2 (s. oben S. 120) zu treffen sein, wenn der Geschäftsherr in Folge Cession der *condictio furtiva* den Prokurator als Dieb und zugleich in Folge der Ratihabition als *negotiorum gestor* behandeln kann. Ob die Römer den inneren Widerspruch der Aktionen in diesen Fällen erkannt und deshalb nur Eine Aktio als zulässig betrachtet haben, ist nicht überall nachzuweisen. Zwar wird die *actio venditi* ausdrücklich als ein Verzicht auf die *lex commissoria* bezeichnet (l 7 D 18, 3 l 38 pr D 4, 4 Vat. frag. 3), aber über den vierten der oben aufgezählten Fälle heisst es in c 1 C 6, 2: *Neque enim aequitas patitur ut et criminis causam persequaris et bonae fidei contractum impleri postules*; hier wird also nur das Unstatthafte einer Kumulation von öffentlicher Anklage und Privatklage auf Vertragserfüllung hervorgehoben.

Für das Verhältniss der *actio redhibitoria* zur *actio quanti minoris* hat ein neuerer Schriftsteller den Gesichtspunkt der processualischen Konsumtion als den massgebenden aufgestellt und derselbe hat die Entscheidung in dem Falle der Kodicillarklausel (c 8 C 6, 36) für eine principienlose erklärt.[13]) Dass im ersteren Verhältnisse für die römische Anschauung *eadem res* vorlag, ist unzweifelhaft; die Römer haben die beiden Aktionen als verschiedene Seiten eines und desselben Anspruches betrachtet, welchen der Käufer auf Verbesserung seiner Lage hat, und eine *electio*, aber diese nicht blos für den Kläger, sondern auch für den Richter (l 43 § 6 D 21, 1) festgesetzt. Deshalb war allerdings mit der *actio aestimatoria* das Redhibitionsrecht konsumirt: *Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit* (l 25 § 1 D 44, 2 *Julian.*). Wenn nun aber der Kaufgegenstand des Kaufens doch werth gewesen und das *vitium* kein so bedeutendes ist, dann lag nach

[13]) Hartmann, A. f. d. civ. Prax. L. 121—123.

der citirten Stelle die Redhibition nicht in der ersten Aktio, und die *actio redhibitoria* wäre nicht jedenfalls für unzulässig zu halten. Dann bedingte die processualische Konsumtion wenigstens in diesem Falle nicht die Identität von Redhibition und dem Anspruch in *actio quanti minoris*, und man kann annehmen, dass auch in Erkenntniss der Verschiedenheit beider Ansprüche die Römer den Kläger, abgesehen von jener Konsumtion, zur bindenden Auswahl zwingen wollten. Der Annahme einer willkürlichen Bestimmung des Kaiserrechts in c 8 C 6, 36 lässt sich ebenfalls im Sinne der Römer nicht völlig zustimmen, da auch diese erkennen mussten, „dass der Honorirte, wenn er, mit der Gültigkeit seiner Erbeinsetzung bekannt, sich doch für das Universalfideicommiss erklärt, dadurch stillschweigend die testamentarische Erbschaft ausschlage, und dass er als ein auf das Universalfideicommiss Verzichtender betrachtet werden muss, wenn er, mit der Gültigkeit des Universalfideicommisses bekannt, dennoch die damit im Widerspruche stehenden Ansprüche als directer Erbe aus dem nichtigen Testamente geltend macht.“ [14]) War er mit der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht bekannt, so präjudicirte auch keine Aktio der andern, weil eine Wahl nicht vollzogen war.

IX.

Ueber die heutige Bedeutung des Aktionenkonkurses.

§ 15.

Im römischen Recht war der Umstand, dass die Kondemnationssumme der einen Aktio gegenüber der der andern einen Ueberschuss gewährte, ein wesentliches Element zur Erhöhung der Wichtigkeit des Aktionenkonkurses. Allein mit den Pönalklagen und den pönalen Zusätzen der *actiones mixtae* sind durch die an die Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs

[14]) Fein in Glück, Commentar XLV. 286. 287.

sich anschliessende Praxis für das gemeindeutsche Recht Hauptfälle dieser Art unpraktisch geworden. Nur bei Bejahung der Streitfrage, ob gewisse Ansprüche auf Rückgabe einer Sache und die *actio quod metus causa* auch heute noch durch die bis zum Urtheil dauernde Nichtbefriedigung sich auf ein Mehrfaches ihres Inhalts erhöhen[1]), könnte noch ein pönales Mehr der einen Klage vorkommen, aber der lebendige Gebrauch jener römischen Vorschrift ist nirgends bestätigt. Dagegen können sehr wohl konkurrente Klagen durch den Umfang des mit ihnen Erreichbaren gemeinrechtlich sich unterscheiden; z. B. wenn Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache sich periodenweise gegenseitig verpachten, so steht wegen der von dem einen Miteigenthümer während der Pachtzeit verschuldeten Beschädigung dem andern die Theilungsklage und die Pachtklage zu, aber jene verschafft blos das durch Vernachlässigung der *diligentia quam in suis*, diese das durch *omnis culpa* Verschuldete. Ein weiterer Fall wäre der Konkurs der Schädenklage (*a leg. Aquil.*) mit der Kontraktsklage wegen Beschädigung des Vertragsgegenstandes, wenn es richtig wäre, dass der Werth der beschädigten Sache bei der ersteren Klage nicht erst nach dem Zeitpunkt der Beschädigung bemessen werden müsse.[2]) Allein, will man nicht hinsichtlich der Berechnung geradezu die römischen Bestimmungen zu Grunde legen, wie Arndts, so fehlt es, wie bei Puchta, an jeder Norm und man wird daher nicht umhin können, das bei der Aquilischen Klage zu leistende Interesse ebenso zu bemessen wie bei der Vertragsklage. Dagegen kann möglicherweise das Interesse bei einer Grundstücksbeschädigung grösser sein als das in Folge der *cautio damni infecti* zu erreichende, welches den Werth des schädigenden Nachbargrundstückes nicht übersteigen darf; wäre dann ausser der *cautio* etwa früher noch ein besonderes Versprechen der Schadloshaltung geleistet worden, so könnte der hieraus abzuleitende Anspruch ein höherer sein als der in Folge der *cautio damni infecti* zu leistende.

---

[1]) Es kommen von den Ansprüchen auf Rückgabe die *a. depositi miserabilis*, *a. locati* und die *a. praescr. verbis* wegen Prekarium in Betracht. S. Windscheid, Pand. § 263, 15 g. E.

[2]) Wie Puchta, Pand. § 388, g. Arndts, Pand. § 324, vor Note *r* annehmen. Dagegen Windscheid, Pand. § 455, 23.

Welche Aktio, ob die nach den Regeln des gemeinen Rechts umfassendere oder die engeren Umfanges, angestellt werde, ist nach heutigem Rechte, wo die Benennung der Aktio überflüssig ist, lediglich nach dem Inhalt des Petitum und der vorgetragenen Thatsachen zu bestimmen. Wenn dann der Kläger nicht alle Grundlagen seines Anspruchs angibt und z. B. verschweigt, er habe als Mandatar gehandelt, und wenn das Erkenntniss gefällt ist, so ist es nicht blos eine Frage der formellen Klagänderung, ob der Kläger während des Processes oder nach erlangter Befriedigung den Beklagten durch eine neue Klage aus dem Mandate in neue Kosten stürzen dürfe, und es ist nicht unerheblich, zu untersuchen, ob die Verjährung der Mandatsklage durch die Erhebung der Bereicherungsklage unterbrochen sei, ob der Cessionar der Mandatsklage abgewiesen werden müsse, wenn der Erbe die *condictio* seines Erblassers angestellt hat und mit ihr durchgedrungen ist. Auf die Angabe des Klägers, ob er sich auf Societät oder auf sonstiges Gemeinschaftsverhältniss beruft, wird es ankommen, um zu bestimmen, dass auch Forderungsrechte in die Auseinandersetzung kommen (cf. l 43 D 17, 2). Es wird sich die Schätzung des Schadensersatzes gemeinrechtlich verschieden bemessen, je nachdem der Kläger ein Vertragsverhältniss, in welchem der den Gebrauch fremder Sachen sich widerrechtlich Anmassende zu ihm steht, oder die Thatsache dieses *furtum* allein, je nachdem er einen Uebernahmevertrag oder das Einbringen in Schiff oder Gasthaus zur Begründung der Klage anführt, denn je nach der *causa actionis* ist das Mass der dem Beklagten zur Last fallenden Schuld ein verschiedenes (l 16 D 13, 1 l 3 § 1 D 4, 9).

Die Verschweigung eines die Grenze der gemeinrechtlichen Aktio bestimmenden Moments, also die weniger, als möglich, vollständige Begründung des Klaganspruches ist daher heutzutage als das den Konkurs von Klagen erzeugende Element anzusehen. Denn im Uebrigen ist es zweifellos, dass der Richter aus den angegebenen Thatsachen das für den Kläger günstigste Resultat, so weit es nicht über das Petitum hinausgeht, zu ziehen habe.[3]) Die Grenze des Petitum muss nach heutigem Rechte jedoch gewahrt werden und das Urtheil darf

---

[3]) v. Savigny, System V. 263. Sintenis, Civilrecht I. 277, 22.

z. B. dem Vermiether, welcher nur seine Sache zurückverlangt, nicht auch Schadensersatz wegen deren unrechtmässiger Vorenthaltung zubilligen. Ist dann nach den processualischen Grundsätzen, namentlich nach denen der Rechtskraft der Entscheidungsgründe, die Behandlung derselben Streitsache auf neuer Grundlage zur Erzielung einer höheren Klagsumme zulässig, so kann dem Kläger das Recht auf Einklagung des *amplius* nicht abgesprochen werden, nachdem er das Geringere erlangt hat. Es ist nur noch die Frage gemeinrechtlich zu erörtern, ob ein derartiges *amplius* auch in den rein processualischen Vortheilen zu suchen sei, welche mit dem der einen Klage eigenthümlichen Verfahren verbunden sind, z. B. eine beschleunigte Exekution.

Unger nahm an, dass wegen solcher Vortheile trotz erlangter Verurtheilung des Beklagten noch vor der Exekution die zweite vortheilhaftere angestellt werden könne, und man pflegt neuerdings die Regel vom Aktionenkonkurse überhaupt dahin zu fassen, der Richter habe die dem Kläger vortheilhaftere Klage immer zuzulassen.[4]) Es ist jedoch für das gemeine Recht auf die Thatsache hinzuweisen, dass die Römer eine durch processualische Vorschriften entstandene Erhöhung der Leistung nicht als ein im Aktionenkonkurse zu berücksichtigendes *amplius* betrachtet haben. Die *hereditatis petitio* sollte hinsichtlich der mit Einzelklagen geltend zu machenden Ansprüche, welche durch Leugnen aufs Doppelte erwachsen, z. B. der *actio legis Aquiliae,* nur aufs Einfache gehen (l 20 § 4 D 5, 3) und man verlangte ohne Rücksicht auf jenes *duplum* die *cautio se non acturum lege Aquilia* (l 13. 14 D 6, 1). Auch die *actio quod metus causa* gehört wohl zu den durch Processstrafe, nicht wie die *actio depositi miserabilis* und die Klage aus dem Publikanenedikt zu den von Anfang an auf Mehr gehenden und nur durch zeitige Restitution zu ermässigenden Aktionen (l 14 § 3 D 4, 2 s. oben S. 80); es wäre zu erwarten, dass sie hinsichtlich ihres Mehrbetrages auch nach der auf Weniger

[4]) Unger, Oesterr. P. R. II. 394, 25 und Nr. 5. Sintenis, Civilrecht I. 275: es komme für die Unzulässigkeit der zweiten Klage darauf an, dass „der eingetretene rechtliche Erfolg der einen Klage mit dem möglichen der andern identisch sei". Für das Preussische Recht im Falle der §§ 45. 46 A. L. R. I. 16 ebenso Gruchot, Beiträge III. 8.

gehenden Aktio angestellt werden könne, so lange die Restitution der geforderten Sache nicht erfolgt sei. Allein beim Konkurs der *actio quod metus causa* mit der *actio doli* heisst es in l 14 § 13 D 4, 2 ohne Weiteres: *consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita,* und die Schlussworte der l 9 § 6 D 4, 2: *vel contra:* zeigen, dass durch vorgängige *actio in rem* die *actio quod metus causa* ganz ausgeschlossen wird; es ist willkürlich, im letzten Falle die Erfüllung des dinglichen Anspruches als angenommen vorauszusetzen.[5]) Es wird nach dem Vorstehenden der Schluss berechtigt sein, dass im Sinne des römischen Rechts die blos processualischen Vortheile zu keiner Anstellung der konkurrenten Klage legitimiren, wenn die erste Erfolg gehabt hat. Die Zulässigkeit der possessorischen Interdikte während Schwebens des Eigenthumsprocesses ist kein Beweis dagegen, da diese Rechtsmittel nicht konkurriren; als Beleg für jene Annahme lässt sich vielmehr noch darauf hinweisen, dass die *actio tributoria,* obwohl dem Kläger im Verfahren vortheilhafter als die *actio de peculio,* doch nach Einleitung der letzteren nicht mehr anstatt derselben oder nach derselben geltend gemacht werden konnte (s. oben S. 124). Wenn daher die eine Klage in anderer Weise als durch ihren ohne Rücksicht auf den Process von vornherein bestimmten Inhalt dem Kläger grössere Vortheile bietet als die andere, so ist es Sache des Klägers, die bequemere Klage zuerst zu erheben. Wollte man sich anders entscheiden, und Alles auf das rechtliche Interesse des Klägers ankommen lassen, so wäre es folgerichtig, auch den in grösserer Leichtigkeit des Beweises bestehenden Vorzug der zweiten Klage als genügenden Grund ihrer Geltendmachung trotz Schwebens oder Erfolgs der ersten anzuerkennen.

Die Lehre vom Aktionenkonkurse erfährt im heutigen Rechte eine grosse Vereinfachung dadurch, dass nicht mehr mit Aktionen, sondern mit Ansprüchen zu rechnen ist. Muther hat es bestritten, dass man auf Eines und Dasselbe einen mehrfachen Anspruch haben könne, Windscheid erklärte dagegen: „Ein mehrfacher Anspruch ist ein Anspruch, der eigentlich aus mehreren Ansprüchen besteht; der

[5]) Wie Thibaut, civ. Abhdl. 178. Brackenhöft, Identität 328. 329 wollen.

Satz: man hat auf ein und dasselbe einen mehrfachen Anspruch: ist also gleichbedeutend mit dem Satz: man hat auf ein und dasselbe mehrere Ansprüche. Eine Mehrheit der Ansprüche setzt eine Mehrheit der Rechtssätze voraus, wodurch man ein und dasselbe Verlangen rechtfertigen kann.“ Auch Bekker stellt, freilich von Anspruch in einem andern Sinne redend als Windscheid, als Postulat der Gegenwart auf: „Keine Aktionskonkurrenzen, nur noch Anspruchskonkurrenzen, die in zwei Gruppen geschieden werden mögen, je nachdem die aus einem Vorgange erwachsenden verschiedenen Ansprüche in ihrem Erfolge gänzlich oder nur teilweis sich decken.“ [6]) Für die Behandlung des Aktionenkonkurses scheint jedoch wenig dadurch im heutigen Rechte gewonnen zu sein, dass man nur anstatt der Aktionen die Ansprüche setzt; denn bei der Cession, bei der Quittung und Novation wird sich nun immer noch fragen, ob diese Rechtsgeschäfte nur den einen oder auch den andern Anspruch betreffen. Wäre nur Ein Anspruch vorhanden, mit mehreren Rechtsmitteln verfolgbar, so würde die Wirkung jener Rechtsgeschäfte sich unschwer bestimmen lassen, die konkurrenten Rechtsmittel müssten dann z. B. an den Cessionar als blose Accessionen des Anspruches übergehen und die processualische Bedeutung einer *renuntiatio liti et causae* [7]) wäre unzweifelhaft. Einer derartigen Loslösung vom römischen Aktionenrecht möchte aber mit Recht entgegengehalten werden können, dass z. B. die Klage aus dem Verwahrungsvertrag und die aus der Sachbeschädigung nicht blos verschiedene Rechtsmittel seien, sondern dass eine gesonderte Cession der aus jedem der beiden Rechtsverhältnisse (Depositum, Beschädigung) entstandenen Ansprüche möglich sei, wie im römischen Recht die Aktio cedirt wurde. Dennoch kommt es für die Frage, ob einer oder mehrere Ansprüche den konkurrenten Klagen zu Grunde liegen, nur auf den Standpunkt an, welchen man bei der Feststellung des Begriffes von Anspruch einnimmt. Wenn

[6]) Muther, zur Lehre von der röm. Actio (1857) 63. Windscheid, die Actio. Abwehr (1857) 36. Bekker, Aktionen II. 258. IV.

[7]) Siehe hierüber Wächter, W. P. R. II. 468. Unger, Oesterr. P. R. II. 395, 27—396, 29a; auch Wächter, Erört. aus dem röm., dtsch. und württ. P. R. III. 52, 48.

der Depositar die Herausgabe der Sache widerrechtlich verweigert, so hat der Eigenthümer einen Anspruch als Eigenthümer gegen den widerrechtlich Besitzenden und einen Anspruch als Deponent gegen den seiner Verpflichtung nicht genügenden Depositar. Der Rechtssatz, dass der Eigenthümer von jedem unrechtmässigen Besitzer seine Sache verlangen könne, und der Rechtssatz, dass der Kontrahent vom Gegenkontrahenten Erfüllung der Obligation anzusprechen habe, gewähren zwei Gründe zum Ansprechen und also zwei Ansprüche. Dagegen hat Kläger doch nur einmal die deponirte Sache zu beanspruchen und hinsichtlich dieser nur Einen Anspruch. Cedirt, quittirt oder novirt er nun seinen Anspruch aus dem Depositum, so wird nach der die Mehrheit der Ansprüche betonenden Theorie nicht zu bezweifeln sein, dass er sich seines Eigenthumsanspruches nicht entäussert hat; nimmt er aber dieselben Rechtsgeschäfte mit Beziehung auf den Restitutionsanspruch vor, so ist ihm die Möglichkeit, die Sache durch Berufung auf irgend einen Rechtstitel für sich in Anspruch zu nehmen, abzusprechen. Man wird aber mit Recht bezweifeln müssen, ob die Zulassung der Eigenthumsklage im ersten Falle der heute in allen Klagsachen zu beobachtenden *aequitas* entspreche und ob nicht vielmehr der Richter, wenn er durch die Vernehmlassung des Beklagten von der Thatsache jener Cession, Quittirung oder Novation Kenntniss erhält und es sich vielleicht noch dazu ergibt, dass ausser der Sachrestitution aus dem Vertragsverhältniss nichts zu fordern sei, jene Rechtsgeschäfte immer auf den Restitutionsanspruch selbst zu beziehen und den Kläger abzuweisen habe. Für das heutige Recht scheint die Frage, ob in konkurrenten Aktionen eine Mehrheit von Ansprüchen vorliege oder nur Einer, am Richtigsten nach dem Klagobjekt und nicht nach dem Klaggrunde bestimmt zu werden. Die Klagen sind zwar heutzutage nicht blose Rechtsmittel, dasselbe zu erreichen, aber doch, wie Kleinschrod sagt, nur „Formen für die verschiedenen aus einem und demselben Rechtsverhältnisse oder einem und demselben Anspruche entspringenden Legitimationsgründe“ [8]), und es handelt sich bei jeder Klage nur noch um den ökonomischen Werth des mit

[8]) Kleinschrod, Conkurrenz 46.

ihr Verfolgten, was bisher mit Leistung bezeichnet wurde. Die Legitimation zur Verfolgung dieses Objekts hat der Kläger durch alle Rechtsakte, welche den Anspruch auf dasselbe auflösen oder verändern, verloren. Es ist nur zu berücksichtigen, dass die Frage, ob der Anspruch in beiden Klagen wirklich derselbe sei, auch, wie bereits oben bemerkt wurde (s. oben S. 111), von der formellen Seite her zweifelhaft werden kann.

Die praktische Bedeutung des Aktionenkonkurses im heutigen Rechtsleben ist unbestritten. Es finden sich in Partikularrechten sogar Beispiele eines lediglich durch Rechtssatz hervorgerufenen Konkurses, wie in der Bestimmung des preussischen Landrechts §§ 45. 46. I. 16, wonach der für den Schuldner Zahlende ausser der Geschäftsführungs- und Mandats-Klage die Rechte des befriedigten Gläubigers gegen den Schuldner hat; eine zweifellos Klagenkonkurs herbeiführende Bestimmung[9]), deren Aufstellung freilich, wie in manchen Fällen den römischen Aktionskonkurrenzen (s. oben S. 128) der Vorwurf überflüssiger Rechtsbildung gemacht werden kann.

[9]) Vgl. Schollmeyer, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers (1877) 24. 62 fg.

Halle, Druck von E. Karras.

Inhaltsübersicht.

		Seite
I. Begriff der Konkurrenz	§ 1.	1—8
II. Die Thatsache, durch welche die konkurrente Aktio entkräftet wird	§ 2.	9—14
III. Processualische Vermittelung des Konkurses	§ 3.	15—30
IV. Kasuistik des Aktionenkonkurses in den römischen Rechtsquellen	§ 4.	30—31
1. Konkurs der reipersekutorischen Aktio mit der *actio legis Aquiliae*	§ 5.	31—38
2. Konkurs der reipersekutorischen Aktio mit *actio poenalis*	§ 6.	38—49
3. Konkurs der reipersekutorischen Aktionen unter einander	§ 7.	49—56
4. Principielle Aeusserungen über Aktionenkonkurs in den Quellen	§ 8.	56—68
V. Geschichtliche Entwickelung des Aktionenkonkurses	§ 9.	68—80
VI. Das über Vorhandensein des Aktionenkonkurses entscheidende Princip		
1. Identität der Thatsache? des Zweckes?	§ 10.	81—93
2. Identität der Leistung? der Obligation?	§ 11.	93—102
VII. Einwirkung der die eine der konkurrenten Aktionen beeinflussenden Vorgänge auf die andere Aktio	§ 12.	103—114
VIII. Die Fälle des Aktionenkonkurses		
1. Fälle mit Mehrheit der Subjekte	§ 13.	115—127
2. Die übrigen Fälle abgesehen von Mehrheit der Subjekte	§ 14.	127—135
IX. Ueber die heutige Bedeutung des Aktionenkonkurses	§ 15.	135—142

REV15

ÚK PrF MU
3129S04491

R. HEJMAL,
BRNO,
Marxova 4.