

14-C-279

Inv. čis.: 349

Siga: 257

**Conceptio formularum, actio in factum
und ipso iure-Consumption.**

Von

Heinrich Erman

Professor an der Universität Lausanne.



I. dec 145



4699.

Weimar

Hermann Böhlaus Nachfolger

1899.

1737/1

Sonderdruck
aus der
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Band XIX. Romanistische Abtheilung.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND 04483
Č. inv.:

WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Immanuel Bekker

dem Aktionenforscher und Vorkämpfer
für wissenschaftliche Selbstkritik

zum

17. Februar 1899.

Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption.

§ 1. Die Aufgabe.

Das obige Thema ist ebenso weitschichtig als schwierig. Eine spätestens zur Zeit der lex Aebutia aufgestellte Formelneintheilung (formulae in ius — in factum conceptae) mit vermuthlich älteren Vorläufern. Sie wird dann in der spätclassischen und zumal in der byzantinischen Zeit theilweis zum 'Actionen'begriff umgedeutet (actio in factum). Ueberdies ist sie von jeher die Grundlage der materiell wichtigen Consumptionislehre. Dazu noch die Erkenntnisschwierigkeiten, die aus der Dunkelheit und den Wandlungen der Terminologie von der lex Aebutia bis zu Ulpian und Justinian sich für uns ergeben, sowie die nur zum kleinsten Theil uns erhaltenen, aber zweifellos zahlreichen Controversen der Kaiserjuristen über die ipso iure Consumption der prätorischen Klagen, zumal der actiones adiecticiae qualitatis. Dies alles wird beherrscht von nach Ort und Zeit disparatesten Gesichtspunkten: altformales ipsum ius und prätorische Reformideen, Formelredactionsfragen und materielles Actionenrecht. Und um dies Chaos zu entwirren, die classischen Juristen, die für die Erkenntniss des historischen Werdens nur ein sehr gelegentliches und bedingtes Interesse hatten, in Schulerörterungen: institutiones oder disputationes. Für gewöhnlich dagegen, in ihrem ganzen praktischen Wirken und Schriftstellern, waren jene rechtsgeschichtlichen Fragen ihnen ganz und gar gleichgültig. Was sie da interessirte, war nur das Resultat, das positive ius utrumque, civile et honorarium, ihrer Zeit. Dessen

disparate Sätze als Einheit, als durchweg von denselben materiellen Principien beherrschtes System zu sehen, ist das Ideal der Kaiserjuristen, dem sie mit wenig historischer Kritik und oft unverlegener Dialektik zustreben. Sie stehen den durcheinanderliegenden Trümmern der Rechtsentwicklung eben nicht als Geologen gegenüber, mit dem wissenschaftlichen Interesse, die einstigen Schichtungen und ihr Werden zu erkennen, sondern lediglich als Baumeister, die aus jenen Trümmern ein Haus, ein dogmatisch-praktisches Lehrgebäude errichten wollen, und unbekümmert um innere, zeitliche Verschiedenheiten alles irgendwie brauchbare mit etwas dialektischer Nachhülfe zusammenflicken. Tüchtige Juristen — *ius ars est aequi et boni* — aber nicht eigentlich Männer der Wissenschaft d. h. der Erkenntnis der Wirklichkeit, und vor allem ganz und gar keine Rechtshistoriker und daher die denkbar schlechtesten Muster für Erlernung und Betrieb der römischen Rechtsgeschichte!

Unsere Aufgabe ist nun, diese verwickelten Dinge zu sehen, wie sie waren und wurden, soweit eben die Quellen es erlauben. Der Weg dazu: systematische Fragestellung mit genauer, möglichst unbefangener Würdigung aller einschlägigen Texte.

§ 2. Pokrowskys Arbeit¹⁾.

Als Pokrowsky an das vorstehend charakterisirte Thema sich wagte, war er ein Anfänger²⁾. Es fehlte ihm also das für

¹⁾ J. von Pokrowsky, Die *actiones in factum* des classischen Rechts — in dieser Zeitschrift XVI S. 7—104, 1895. — Ich verwarf sein System als durchaus quellenwidrig im *Servus vicarius*, Lausanne 1896 S. 498—518 und im Centralblatt für R.W. XV S. 356, 1896. In diesem Streit sprachen sich gegen Pokrowsky aus: v. Koschembahr-Lyskowski in dieser Zeitschrift XVIII S. 299, 1897 (‘Was die Theorie von Pokrowsky selbst anbetrifft, so stehen wir nicht an, die Widerlegung durch Erman für durchschlagend zu erachten’); Matthias, Centralblatt für R.W. XVI, S. 35, 1897 (‘Verf. hält aus guten Gründen an der herrschenden Auffassung fest’), und Girard, Manuel .. de droit romain II Ed. 1898 p. 987 n. 1. — Dagegen sprach sich Hugo Krüger in Grünhuts Zeitschr. XXIV S. 420 im Wesentlichen für Pokrowsky aus: ‘Erman bekämpft diese Ansicht auf’s Entschiedenste; ich neige mich ihr zu; ... (es) lösen sich .. die meisten Schwierigkeiten des Problems und das zeugt von einem Fortschritt gegenüber den bisherigen Theorien, .. ich

dessen erspriessliche Behandlung wichtigste: die Erfahrung¹⁾, der sichere, selbsterarbeitete Takt in der Behandlung der verschiedenen Quellen und in der Durchführung so weitschichtiger Untersuchungen. Um dennoch bei einem solchen Thema positiv die Wissenschaft zu fördern, hätte er sich bescheiden müssen, in den Fundamenten zu arbeiten.

So wäre es höchst verdienstlich gewesen, mit Hülfe des Berliner Index und ähnlicher Hilfsmittel und mit viel entsagungsvollem, kritischen Scharfsinn eine möglichst vollständige und möglichst unbefangene Entwicklungsgeschichte der Terminologie für jeden der einschlägigen Begriffe zu geben. Das würde manchem Rathen und Tasten ein Ende machen, und der Verfasser hätte als Lohn für seinen *labor improbus* das Bewusstsein, die Wissenschaft, d. h. die Annäherung an die Wahrheit, in etwas gefördert zu haben. Ein ‘Sandkorn zu dem Bau der Ewigkeiten’ ist eben nützlicher als das höchste Kartenhaus.

‘Sensationeller’ ist es aber, statt unten in den Fundamenten, lieber hoch auf dem schwindelnden Gerüst der hypothetischen Lösungen zu arbeiten. Nur muss dann bei solchem Thema

zweifle nicht, dass die Schwächen, auf die Erman aufmerksam gemacht hat, kein dauerndes Hinderniss bilden werden’. Wie H. Krüger denken (Privatmittheilungen zufolge) noch mehrere andere Fachgenossen. — Endlich hat Pokrowsky selbst seine Arbeit mit einigen Zusätzen und mit Erwidierungen auf die Angriffe des *Servus vicarius* russisch herausgegeben unter dem Titel: *Prawo i fact w rimsom prawie* (Recht und Thatsache im römischen Recht) I. Abtheilung: *actiones in ius* und *in factum conceptae*. Kiew 1898, 145 SS. — Ich verdanke es einem tüchtigen jungen Romanisten, der modernste Vielsprachigkeit mit altmodisch selbstkritischer Gewissenhaftigkeit verbindet, Herrn Dr. N. Herzen in Lausanne, wenn ich ohne russisch zu können diese zweite Auflage von Pokrowskys Arbeit doch *causa cognita* beurtheilen kann. — ²⁾ *Servus vicarius* p. 503: ‘son travail est une oeuvre de débutant, écrite avec autant de verve que de talent, mais où la foi de l’auteur dans la justesse de sa thèse et surtout l’idée même de la “thèse à soutenir”, l’ont plus d’une fois trompé sur la solidité de son argumentation’. — Das ‘talent’ ist unverkennbar. Auf beschränkterem Gebiet, mit übersichtlichem und einfachen Material leistete er schon jetzt Tüchtiges, so z. B. der § 5 mit dem m. E. geglückten Nachweis, dass die ‘civilis’ in *factum actio* eine Erfindung der Compiler ist.

¹⁾ Selbst das Genie erwirbt ja die Erfahrung nur wie andere auch: ‘erfahrend’, d. h. in Kämpfen, Zweifeln und Enttäuschungen: Goethe, Aus meinem Leben Buch VII am Ende.

der Anfänger sich bescheiden, nur negativ die Wissenschaft zu fördern, indem er etwa durch tollkühne Hypothesen die Unsicherheit und Begrenztheit der bisherigen Erkenntnis auf das eindringlichste zum Bewusstsein bringt. *Τὸ θαναμάζειν ἀρχὴ τοῦ φιλοσοφεῖν* — und so hat denn auch Pokrowsky durch seine rücksichtslos folgerichtige Dialektik die Romanisten zum *θαναμάζειν* gezwungen, damit zugleich aber zum *φιλοσοφεῖν*, zu erneuter Inangriffnahme des bis zu ihm beschaulich dahinschlummernden Themas.

Pokrowsky ist ganz vorwiegend Dialektiker. Dass sein Problem rein rechtsgeschichtlich ist: Entstehung und Bedeutung einer Formelneintheilung spätestens aus der Zeit der *lex Aebutia*, dass es also nur mit historischer Methode und historisch kritischer Würdigung von Terminologie und Quellen erörtert werden kann — der Gedanke kommt ihm fast nie. Den klassischen Juristen folgend, führt er seine Untersuchung durchgehend in der von kleinlich terminologischen und geschichtlichen Rücksichten freien, zeit- und voraussetzungslosen reinen Logik des Jheringschen Begriffshimmels. Dort aber gilt nur eines, die Folgerichtigkeit, und an der lässt es Pokrowsky nicht fehlen. Jeden von einem Vorgänger angedeuteten Abweg, den dieser aus Rücksicht auf Quellenthatsachen nicht zu verfolgen wagte, geht er entschlossen bis zum höchsten schwindelnden Ende. Eben bis in den Begriffshimmel: 'was Du denkst, das ist — Denken und Sein sind Eins'.

Was nach Gaius war, ist gleichgültig gegenüber dem, was hätte sein sollen. Daher der Protest gegen 'die heutige Wissenschaft' (und Gaius IV, 45—47!): 'So wird am Ende die Frage von der Klageneintheilung zu einer rein technischen Frage der Formelfassung herabgesetzt' (S. 96). Mag Gaius von der *conceptio formularum: in ius — in factum* sprechen, es sollte eine Eintheilung der Actionsrechte sein, und so ist es eine. Nicht um die Fassung der objectiv-prätorischen *intentio formulae* darf es sich handeln (G. IV, 45, 46), sondern um den Inhalt der subjectiven, materiellrechtlichen *intentio actoris: ius intendit, in ius agit* nur bei Civilklagen, dagegen *factum intendit, in factum agit* bei jedweder prätorischen Klage, wie immer auch ihre Formel concipirt sein mag. Die Consumptionslehre aber, zumal in

ihrer Anwendung auf die adjectivischen Klagen, ist von so absoluter, mechanisch sicherer Einfachheit, dass Zweifel und Dunkelheiten in einer modernen Consumptionshypothese ohne Weiteres deren Unrichtigkeit beweisen¹⁾.

Um dieses Kartenhaus aus *petitiones principii* und Selbsttäuschungen umzuwerfen, dazu genügt der im *Servus vicarius* bereits gegebene, einfache Hinweis auf die Gaiusterminologie²⁾. Um so mehr, als Pokrowsky selbst ihn *rebus ipsis ac factis* als unwiderleglich anerkannt hat³⁾.

¹⁾ Pokrowsky a. a. O. XVI SS. 40, 42 ('die Regeln der processualischen Consumption, welche für alle Fälle gleich sein müssen'), 45, 60 ('so würde dieser Unterschied völlig unbegreiflich'). Zusatz der russischen Ausgabe S. 34 A. 1: 'die ipso iure Consumption entsprang ausschliesslich der einfachen Thatsache des ersten Processes, und diese Thatsache konnte in keiner Weise durch Interpretation zerstört werden'. — ²⁾ *Servus vicarius* p. 504: 'Tout cela est fort ingénieux évidemment; mais il suffit de relire Gaius pour voir que ces développements sur *ius intendere — factum intendere* sont absolument à côté de la question. En effet les expressions *actio in ius — actio in factum*, dont notre auteur s'occupe presque exclusivement ne se trouvent que dans les Pandectes et là elles seront très souvent interpolées pour formula *in ius — in factum*, le terme ordinaire de Gaius, qui n'emploie pas une seule fois les noms *actio in ius — in factum*. Or il est évident que l'expression formula *in ius — in factum* ne vise aucunement les allégations du demandeur pour obtenir la formule, mais bien, comme on l'admettait avant Pokrowsky, la formule elle-même! Et la terminologie romaine accentue même encore davantage cette idée de la rédaction de la formule, en parlant régulièrement de la *conceptio in ius — in factum: formula (ou intentio) in ius concepta, in factum concepta* (G. IV 45, 46, 47, 60, 106) et plus clairement encore: *formula quae in factum composita est: G. IV 60*. — ³⁾ Während er die Detaileinwände des *Servus vicarius* fast sämtlich seinen russischen Lesern vor-, und mit vielfach recht wohlfeiler Dialektik (vgl. unten passim.) ad absurdum führt während er zwei sehr nebensächlichen Angriffen je einen Paragraphen widmet, erwähnt er nicht mit einer Silbe jenen als ersten und Hauptangriff gegebenen Hinweis auf die Gaiusterminologie. Uebersehen hat er ihn aber nicht, denn er schaltet das ominöse 'concepta', was seine ganze Theorie vom *ius intendere, agere in ius* über den Haufen wirft, in den Titel der russischen Ausgabe ein: 'Actiones in ius und in factum conceptae', so wie hier und da (deutsch S. 97 Abs. 2 u. 3, S. 103 Abs. 2) in die Uebersetzung des Schlussabschnitts (deutsch § 6, russisch § 9) über *intendere ius — factum*, obwohl er dadurch für jeden denkfähigen Leser seine Beweisführung völlig zersprengt und seine ganze These rettungslos vernichtet. So macht er z. B. S. 97 (deutsch) gegen die

Wenn trotzdem hier eine fortlaufende Polemik gegen Pokrowsky erfolgt, so hat dies einen allgemeineren Grund. Dass die romanistischen Studien in Deutschland sinken müssen, seit das Bürgerliche Gesetzbuch an Stelle der Pandekten getreten ist, und nicht mehr an jeder deutschen Universität drei bis vier Gelehrte ihren Lebensberuf und ihre Lebensfreude darin finden, die römischen Rechtsbücher *nocturna versare manu, versare*

herrschende Meinung von seinem Standpunkt des *ius intendere, actio in ius etc.* aus geltend, dieser (materielle) Charakter der Klage müsse 'schon vor der Formelconception' von Beginn der Verhandlung in *iure* an feststehen, und schliesst daraus: 'Wenn wir logisch sein wollen, müssen wir annehmen, dass schon in *iure* die betreffende Klage als *actio in ius* oder als *actio in factum* auftritt'. Vom *ius intendere*, in *ius agere* aus ist das durchaus folgerichtig. Einen tragikomischen Eindruck macht es nun aber, wenn in der russischen Ausgabe diese Ausführungen wörtlich reproducirt, aber das sie völlig auf den Kopf stellende Wort *concepta* eingeschaltet wird: 'als *actio in ius — in factum concepta* tritt (— schon vor der Formelconception! —) die Klage auf'. Pokrowsky hat also die Beweiskraft der Gaiusterminologie erkannt und anerkannt. Hätte er eine Erwiderung darauf gefunden, er würde sie seinen russischen Lesern (und vermuthlich auch dem des Russischen einstweilen noch nicht mächtigen Senat der Fachgenossen!) nicht vorenthalten haben. Ebensovienig wie die Versöhnung seines Systems vom *factum intendere* mit dem gajanischen *'nominato eo quod factum est'*, was auch in der russischen Ausgabe weder angeführt noch erläutert wird. Auch hier noch wird (§ 9 — deutsch § 6 — zu Anfang) der Gaiusbericht nur bis zu *'in quibus nulla talis intentio concepta est'* angeführt, mit der Erläuterung: 'die letzteren werden also in erster Linie negativ bestimmt'. Was *'in zweiter Linie'* Gaius von ihnen ausagt: *'nominato eo quod factum est'* etc., und wie dies zu dem System vom klägerischen *factum intendere* passt, das — sagt Verf. seinen Lesern nicht. Da giebt es denn wohl nur eine Erklärung. Verf. hat die Unhaltbarkeit seiner These eingesehen, aber es nicht über sich gebracht, auf sein 'Buch' zu verzichten. Das ist zu bedauern, denn bei seinen Kenntnissen und Fähigkeiten wäre es ihm nicht schwer gewesen, nach offenem Verzicht auf diesen als ungangbar erkannten Weg, auf anderer, unanfechtbarer Grundlage und mit reicherer Erfahrung ein neues Werk zu schaffen, um so zu dem Lobe des Scharfsinns und der dialektischen Gewandtheit, welches Niemand ihm bestreiten wird, noch den unvergleichlich werthvolleren Lorbeer rücksichtsloser wissenschaftlicher Aufrichtigkeit zu erringen. Denn für einsichtige Beurtheiler von Gelehrtenverdiensten wiegt ja ein solches der Wahrheit gebrachtes heroisches Selbstopfer — *amicus ego, magis amica veritas* — unendlich schwerer zur Schätzung und Werthung des betreffenden Forschers, als die dickleibigsten Publicationen!

diurna — das liegt leider auf der Hand. Für einige Generationen wenigstens, wird Deutschland die Führung im römischen Rechtsstudium wohl an andere Länder abgeben müssen, zum guten Theil voraussichtlich an Russland. Da erschien es denn nicht unangemessen, diesen unseren präsumtiven Erben und Nachfolgern an dem Beispiel eines der begabtesten unter ihnen ¹⁾ die altmodische deutsche Gelehrtenanschauung zu Gemüthe zu führen, wonach der Verfasser eines Buches als der, der es am genauesten kennt, der Wissenschaft und seinem Gewissen verbunden ist, jedem Trugschluss, jeder *petitio principii* darin mit allen Kräften nachzuspüren und alle ihm bleibenden Zweifel und Dunkelheiten dem Leser mit besonderem Nachdruck zum Bewusstsein zu bringen. Denn nicht vor allem in den Kenntnissen und Fähigkeiten liegt das Wesen der Wissenschaft im modernen, Lessingschen Sinn, noch viel weniger in gewandter Dialektik — das alles hatten ja die griechischen Sophisten, oder die Scholastiker auch — sondern in erster Linie in der selbstkritischen Aufrichtigkeit, also im Charakter und im Gewissen.

§ 3. *Gaius iniuria vapulans* (G. IV 32—47).

Nach Pokrowsky ist Klage in *ius* nur die civile, jede prätorische ist in *factum*. Dies zu lehren, wäre für Gaius (oder seine Vorlage!) nicht schwer gewesen. Etwa: *'in ius concepta vocatur quae ipso iure competit, in factum concepta, quae a praetore datur'*. Dazu noch ein Hinweis (*admonendi sumus*) auf die ficticischen und transpositicischen Formeln der §§ 32—38, um zu sagen, dass trotz ihrer *'iuris verba'* sie, weil prätorische Klagen, auch in *factum* seien. Das wäre kurz und unzweifelhaft klar gewesen.

Und statt dessen hätte Gaius, um Pokrowskys System zu lehren, die §§ 45—47 geschrieben! Sollten da etwa seine jungen *dupondii* auf Grund des § 46: *'nulla talis intentio concepta — nominato eo quod factum est'*, jene Formeln der §§ 32—38 mit *esse ex i. Q.* und *oportere* als in *factum conceptae* erkennen?

Sie hatten sie 10 Paragraphen vorher, also wohl in derselben Stunde, als erste halbwegs vollständige Formeln mit Eifer aufgeschrieben und suchten nun, die nagelneue Weisheit

¹⁾ Ein weiteres Beispiel unten S. 270 A. 3.

der in ius — in factum conceptio darauf anzuwenden. Da fiel ihnen zuerst auf, dass der § 45 gerade dieselben drei intentiones bot wie jene Paragraphen, darunter das 'pro fure damnum decidere oportere' des § 37, was in den Intentionenaufzählungen der §§ 3 und 41 nicht vorgekommen war (Gaius erwähnt es überhaupt nur in diesen §§ 37 und 45!). Das war ein unzweideutiger Wink des Lehrers, bei den 'formulae in ius conceptae' des § 45 auch gerade an die Formeln der §§ 32—38 zu denken. Dazu der § 46: 'nulla talis intentio concepta' und 'nominato eo quod factum est', der jene Formeln mit lauter 'tales' intentiones und (bis auf die Publiciana § 36) ohne jedwede Thatbestandsnennung von denen in factum absolut ausschloss. Da waren Gaius' Schüler denn von deren in ius conceptio felsenfest überzeugt, bis sie nun von Pokrowsky erfahren müssen, dass die Formeln des § 32 ff. — in factum sind, und dass ihr Lehrer nicht nur unzurechnungsfähig genug gewesen ist, um dies durch seinen § 46 ausdrücken zu wollen, sondern noch obendrein so boshaft, sie durch das pro fure d. d. oportere der §§ 37 und 45 recht sicher in die Falle zu locken — —.

Vapulat Gaius a Pokrowskyo, at — iniuria vapulat! Denn Gaius wollte (und sollte) natürlich gerade das lehren, was er zu sagen und zu lehren scheint.

Es handelt sich bei dem 'in ius — in factum' um eine rein technische Frage der Formelconception¹⁾. Nur die formula, objectiv vom Prätor aus gesehen, kommt in Betracht.

'Formulas in quibus de iure quaeritur' sagt G. IV 45. Der Prätor decretirt die Formel, also nur von ihm aus und objectiv: 'quaeritur'. Wer an dieser Evidenz etwa zweifeln zu müssen glaubt, der lese die gajanische Definition der formulae in factum, 'in quibus de facto quaeritur'²⁾:

'initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.'

¹⁾ So ausdrücklich Gaius IV 45, 46, 47, 60, 106. Dagegen, in haarer petitio principii, Pokrowsky XVI S. 96: 'So wird am Ende die Frage von der Klageneintheilung zu einer rein technischen Frage der Formelfassung herabgesetzt.' — ²⁾ So sagt Gaius zwar (zufällig) nicht von der formula in factum concepta, aber doch von der praescriptio (IV 134). Diese aber, eine jüngere Schwester der demonstratio, ist wie sie der intentio (formula) in factum concepta formell wesensgleich: unten S. 32.

Hier ist der qui factum nominat (de facto quaerit), offensichtlich derselbe, der iudici damnandi absolvendive potestatem dat, nämlich der praetor 'qui iudicium dat iudicareque iubet' und nicht, wie Pokrowsky will, der Kläger¹⁾.

Ein scheinbares Abweichen von diesem objectiven Gesichtspunkt findet sich nur einmal, in dem 'intendimus'-Satz bei G. IV, 45, der im Verein mit G. III, 180—181 die subjectiv-rechtlichen Irrgänge Kellers (Litiscontentation! — anders im Civilprocess), Savignys, Buchkas, Bethmann-Hollwegs, Hugo Krügers und Anderer verschuldet hat²⁾, sowie schliesslich das ganze Kartenhaus Pokrowskys. Und doch hätte eine sorgfältigere Exegese dies 'intendimus' als durchaus nichtssagend gezeigt. Gaius sagt:

Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum *decidi oportere*, in quibus iuris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.

'Quibus intendimus nostrum esse ex i. Q.' etc. — von hier entnahm Pokrowsky sein klägerisches ius intendere, in ius agere als Kriterium der actio in ius.

Indess, einmal beweist dies intendimus insofern nichts, als Gaius durchgehend den Formularprocess so, vom Kläger aus auffasst, eben als Theil des 'omne ius quo utimur', als ius agendi, actio³⁾. Statt correct und umständlich zu sagen:

¹⁾ Dieser rein objectiv-prätorische Standpunkt tritt hervor: bei G. IV 45: formulas in quibus de iure quaeritur — in quibus iuris civilis intentio est; § 46: in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est etc.; § 47: praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit; § 60: formula quae in ius concepta est . . . quae in factum concepta est; formula quae in factum composita est; § 106: formula quae in factum concepta est, sive ea quae in ius habet intentionem; § 107: formula quae iuris civilis habet intentionem. — ²⁾ Vgl. die Anführungen bei Pokrowsky S. 8—14, S. 23. 24 und für Hugo Krüger seine oben S. 262 A. 1 genannte Kritik. — ³⁾ Gaius IV spricht von Formularprocessklagen vom Kläger aus: 1. mit nos (intendimus etc.): §§ 2—9, 18, 33, 38, 45, 48, 50, 51, 82, 93, 95,

‘wir fordern unser Recht mit einer so und so redigirten Formel’¹⁾, sagt er ungenau aber lebendiger und kürzer²⁾: ‘wir klagen so und so’. So schreibt er dem Kläger nicht nur das *agere*, *petere*, *intendere* zu, sondern das *concipere* (§ 68), *demonstrare* (§§ 59, 60), *convertere in se* (§§ 35, 86), ja sogar das *ingere* § 33: *nullam adiungimus conditionis fictionem*; §§ 34, 35: *ficto se herede*, § 38: *fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse*.

Auf diese vom Kläger ausgehende Formularprocessterminologie des Gaius haben neuerdings Wlassak und besonders Trampedach hingewiesen und daraus Schlüsse für die Litiscontestationsfrage gezogen²⁾. Es ist auch sicher, dass die

109, 131, 132, 136 — vgl. III 224: *taxamus formulam*. 2. Mit *ego*: §§ 59, 78, 89, 90, 116^a, 116^b, 117, 126. 3. Mit *actor*: §§ 34, 35, 41, 55, 56, 60, 64, 68, 86, 87, 92. — Beiläufig: die ‘nos’- und die ‘ego’-Darstellungen könnten sehr wohl zwei verschiedenen (von Gaius, oder schon von seiner Vorlage) benutzten Quellen entstammen, z. B. §§ 2—9 (die Actionenlehre mit *nos*) und §§ 116—126 (die Exceptionenlehre mit *ego*). Vielleicht untersucht Grupe einmal den ‘Gaius in und ausser den Digesten’ auf diesen Punkt hin.

¹⁾ Z. B. IV § 50: *ea formula qua certam pecuniam petimus, nam illic ima parte formulae ita est . . .*; § 51: *si incertum . . . petamus, nam illic ima parte formulae ita est . . ., si rem . . . nostram esse petamus . . . nam illic ita est . . .*; § 131: *si . . . egerimus, ea . . . formula qua incertum petimus cuius intentio his verbis concepta est . . .*; § 136: *si . . . agamus . . . ita nobis formulam esse propositam ut . . .* — ²⁾ Genau gleich der Gebrauch von ‘interdicere’ für *interdicto uti* (vgl. die Stellen bei Heumann s. v. *interdicere* 3). — Was für Ungenauigkeiten übrigens dieses Streben nach Lebendigkeit und Kürze veranlassen kann, zeigt z. B. Cic. pro Roscio com. § 13: *Stipulatus es? ubi? quo die? quo tempore? quo praesente? quis spondisse me dicit? Nemo. — ‘Spondisse me’ statt: Roscium, clientem meum, spondisse!* — ³⁾ Wlassak, Processgesetz II S. 356 A. 14; Trampedach diese Zeitschrift XVIII S. 143. — Einige Worte über Trampedachs, ja zum Theil gegen mich gerichteten, Aufsatz. Durch strengere Selbstkritik und erhebliche Streichungen hätte er nur gewonnen. Insbesondere sind ganz werthlos die drei von Trampedach entdeckten Zeugnisse für *litiscontestatio* = ‘ganze Verhandlung in iure’: 1. D. (24, 3) 22 § 5 (S. 125 f.) — eine einfache *petitio principii*: weil die neben und nach der Willensänderung der Tochter erwähnte *Emancipation* derselben selbstverständlich nur vor Beginn der Verhandlung in iure gedacht sein kann, nicht auch noch während derselben bis zum *Litiscontestationsact*, soll: ‘dasselbe . . . von der Willensänderung der Tochter zu gelten haben’ (!!!). — Und wenn 2. u. 3. aus einer dem Zusammenhang

Bedeutung der klägerischen *Process*thätigkeit bei dieser Terminologie mitspielt: die Formel wurde ja nur auf Antrag des Klägers bewilligt, sie wurde meist genau nach seinen Anträgen formulirt, endlich (nach Wassak) nur durch den vom Kläger ausgehenden *Process*vertrag in Kraft gesetzt. Indess das ‘Fingiren’ z. B. war und blieb doch allein des Prätors Sache. Wenn also auch dieses dem Kläger zugeschrieben wird, so zeigt sich darin die juristische Ungenauigkeit jener Terminologie. Mag auch die Formel vom Kläger erbeten, vorgeschlagen, entworfen werden und mag sie ihm nachher (nach Wlassak-Lenel) als Werkzeug seines *Process*vertrages dienen,

nach handgreiflich unmöglichen Auslegung von D. (45, 1) 112 pr. (*donec iudicium dicitur*) und D. (33, 9) 1 (*tamdiu, quamdiu lis cum eo . . . contestetur*) erschlossen wird (S. 119—125), dass *iudicium dictare, litem contestari* dort ein Zeitraum (*Verhandlung in iure*) sei, nicht ein Zeitmoment (*Litiscontestationsact*) — so wird diese Entdeckung zu nichte durch die (elementare Sprachgefühl oder einer Elementargrammatik zu entnehmende) Thatsache, dass *donec, quamdiu etc.* mit dem *Conjunctiv* nicht ‘so lange als’ bedeuten, sondern ‘so lange bis’. — Endlich: Trampedachs Ausführungen zu Horat. Sat. II 1 v. 86: ‘*solventur risu tabulae, tu missus abibis*’ (gegen Erman diese Zeitschr. XVII S. 334 f.) sind insofern richtig, als ‘*tabulae*’ hier in der That ‘die Tafeln mit dem angeblichen Schmähdgedicht’ bedeuten kann. Das archaische ‘*solvere*’ für *absolvere* und der an ‘*solutus liber*’, ‘*me solvo liberoque*’ erinnernde Dualismus: ‘*solventur — tu missus*’ würden sogar recht gut zu dem ‘*Juristenstil*’ passen, den Horaz dem Trebatius leiht: lakonisch, archaisirend und voller (meist scherzhaft falscher) Kunstausrücke (v. v. 5, 6, 7, 16, 21, 60, 79, 86). — Aber die ‘*tabulae iudicii*’ scheinen mir nach wie vor nahegelegt durch das ‘*ius est iudiciumque*’, und der Witz (und zugleich das Selbstlob des Horaz — vgl. Carm. III 30 und sonst) noch drastischer, wenn den Geschwornen schon die Idee ‘*Horatium mala carmina condidisse*’ zum Lachen und zur Abweisung bringt. — Warum hat dann aber nicht schon der Prätor die Klage denegirt? fragt Trampedach (S. 142). Weil, als Trebatius die Sache an ihn brachte, im v. 82: ‘*ius est iudiciumque*’, das entscheidende ‘*sed bona siquis — iudice condiderit laudatus Caesare*’ noch nicht gefallen, also ‘noch unbekannt’ war! — Also: diese beiden Auslegungen sind möglich, was (trotz Trampedach) von keiner der früher vorgeschlagenen galt. Welche man wählt, ist lediglich Geschmackssache. — Trampedach (S. 142) erklärt allerdings meine ‘*tabulae iudicii*’ für widerlegt durch Cic. pro Caec. § 71: *in iure nihil est eiusmodi recuperatores, non tabulae falsae, non testis improbus* — ‘hier ist in apodictischer Weise erklärt, dass es in iure Derartiges, wie Tafeln, Zeugen nicht giebt’. Schade nur, dass Cicero gar nicht von *ius* und *iudicium* spricht, sondern von — *ius* und *factum*!

— officiell und juristisch ist sie doch ausschliesslich des Prätors Werk. Er allein kann iudicia dare iudicareque iubere, er allein kann fingiren, die Klagsubjecte umstellen u. s. w., weil er allein dem iudex befehlen kann. So kommt denn für eine technische Formelconceptionsfrage, wie es die unsere ist¹⁾, nicht jenes ungenaue, klägerisch-subjective 'intendimus' des § 45 in Betracht, sondern allein die correcte, prätorisch-objective Ausdruckweise, die Gaius dafür ja auch nicht weniger als sechsmal gebraucht²⁾.

Sodann aber hat Gaius den Fehlschlüssen, die man mit Savigny, Bethmann-Hollweg, Hugo Krüger, Pokrowsky u. A. aus jenem intendimus etwa ziehen könnte, auf Nichtzugehörigkeit der fingirten und transponirten Formeln zu jenem nur die directae actiones bezeichnenden Ausdruck, dadurch auf das energischste vorgebeugt, dass er jenen intendimus-Satz ausdrücklich als blosses Beispiel bezeichnet.

Während er nämlich die Definition der formulae in factum conceptae ausdrücklich als vollständig und ausschliesslich gibt: 'ceteras . . id est in quibus'³⁾, bezeichnet er ebenso unzweideutig die intendimus-Formeln als blosse, nicht erschöpfende Beispiele:

¹⁾ Oben S. 12 A. 1. — ²⁾ Oben S. 13 A. 1. — Diese beiden Terminologien: die materielle von der Partei aus und die formell-juristische, die vom Prätor und der 'praetoria formula' ausgeht, finden sich übrigens ganz so bei der exceptio. Materiell geht sie vom Verklagten aus: reus in exceptione actor est, aber in der Formel wird sie umgedreht, G. IV 119: omnes . . exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur . . ideo scilicet, quia omnis exceptio obiicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem. — Genau so hätte Gaius bei der Formel selbst ausführen können, dass sie zwar materiell wesentlich des Klägers Werk sei, formell aber allein das des Prätors und daher durchweg von der ersten in die dritte Person umgedacht und umgeschrieben werde. — ³⁾ G. IV 46: Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur. — Absolut genau ist übrigens diese Definition insofern nicht, als in den formulae praeiudiciales in factum conceptae natürlich nicht 'adiciuntur ea verba per quae etc.' Aber Gaius konnte das nur zwei Paragraphen vorher hierüber Ausgeführte (§ 44) auch ohne besonderen Hinweis darauf für genügend halten.

Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur in ius conceptas vocamus, quales sunt in quibus intendimus nostrum esse aliquid ex i. Q. etc. . . Ceteras vero in factum conceptas vocamus id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed . . .¹⁾.

Dies war denn zugleich die den Studenten geschuldete Hindeutung auf die Formeln der §§ 32—38 als in ius conceptae. Ausserdem entfällt durch dieses logische Verhältniss zwischen beiden Definitionen ein weiterer Zweifel vieler Romanisten. Wohin gehören in diesem (zweifellos tralaticischen) Gaiussystem gemischte intentiones 'in quibus et de facto et de iure quaeritur'? Meist stellt man sie unter 'in factum'; nach Gaius ist dies aber falsch. Er stellt die in factum conceptio ab auf: 'nulla talis intentio', sobald also irgend eine iuris intentio, de iure quaestio in der Formel ist, ist sie für Gaius formula in ius concepta!

Die mit intendimus gegebenen Formeln von civiles oder directae actiones sind also bloss ein einzelner (allerdings wichtigster und typischer)²⁾ Anwendungsfall der formulae in ius conceptae. Diese selbst definirt Gaius rein objectiv mit: in quibus de iure quaeritur, in quibus iuris civilis intentio est etc. Und durch die Wahl der gleichen Intentionswendungen, insbesondere des pro fure d. d. oportere wies Gaius noch ganz

¹⁾ Qualis est qui für 'z. B.': G. IV 46: qualis est formula qua utitur patronus; § 111: quales sunt eae quas bonorum possessoribus . . accommodat; § 124: quales sunt cognitoriae, etc. Aehnlich 'nulla talis'. — Dieses doppelte 'z. B.' etwa bloss durch die Möglichkeit anderer civiles intentiones zu erklären, geht nicht an. Als solche käme höchstens das 'ius esse' (agendi etc.) in Betracht, was Gaius als Intentionbeispiel IV 3 anführt, IV 41 dagegen auch weglässt. Die Aufzählungen seines Elementarbuches sind ja durchgängig unvollständig und nur beispielsweise, oft ohne jedes z. B. (qualis est qui, velut). Hier gibt er nun eine Aufzählung, die in dem pro fure d. d. oportere vollständiger ist als die Intentionskataloge IV 2 und 41. Dass er da dennoch zweimal gerade ihre Unvollständigkeit betont hätte, ist mithin ebenso unwahrscheinlich, als ein Hinweis auf die Formeln der §§ 32—38 wahrscheinlich ist. — ²⁾ Daher sind sie denn auch in den Intentionbeispielen G. IV 2, 3, 41 allein berücksichtigt. — Ebenso in der ersten Darstellung der ipso iure Consumption G. III 180, 181. Hier war indess diese Ungenauigkeit durch den Anlass geboten, in dieser Darstellung der Civilobligationen konnte natürlich auch nur deren Aufhebung durch Process erwähnt werden.

speciell auf die Fictions- und Transpositionsformeln der §§ 32—38 als in den § 45 gehörig, als 'tales' intentiones hin.

Wie kann man nun aber von diesen Klagen nur prätorisch Berechtigter sagen, dass darin de iure (civili) quaeritur? — Eben weil man nicht vom Kläger ausgeht, sondern vom Prätor und vom Geschwornen. Für diese aber steht die Sache so:

Die Fiction liegt nach römischer Anschauung zeitlich und logisch vor der intentio. Der Prätor gibt sie dem Geschwornen als undiscutirbare, thatsächliche Grundlage seiner Sachprüfung und Entscheidung. Von diesem Boden der Fiction aus erscheint aber die vom Prätor dem Geschwornen gestellte Frage als ein reines de iure quaerere, als intentio iuris civilis¹⁾.

Die Subjectsumstellung dagegen liegt ausserhalb und nach der intentio. Erst nachdem der Geschworne untersucht und beantwortet hat, ob Lucius Eigenthümer, oder Gaius Schuldner ist, hat er sich danach zu fragen, zwischen welchen Personen die etwaige condemnatio zu erlassen sei²⁾. Auch hier also ein reines de iure quaerere, eine iuris civilis intentio. Und nur diese intentio (formulae) kommt für die Frage der conceptio formularum: in ius, in factum in Betracht!

Damit dürfte denn nicht nur — eine weit offene Thür zum zweiten Mal einrennend — Pokrowskys System als nicht-

¹⁾ G. IV 34: ficto se herede intendit . . . Si A^{us} A^{us} L. Titio heres esset, tum si . . . fundum . . . eius esse oporteret; — — tum si pareret N^m N^m A^o A^o . . . dare oportere; § 36: fingitur rem usucepisse et ita quasi ex i. Q. dominus factus esset intendit: . . . si . . . A^{us} A^{us} . . . anno possedisset, tum si . . . eius esse oporteret; § 38: actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus non esse; auch lex Rubria XX: sei . . . Q. Licinius . . . L. Seio reipromisisset, tum quidquid . . . Q. Licinium . . . L. Seio d. f. oporteret ex f. b. und Iul. D. (38, 7) 1: Haec verba edicti: tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset. — Daher auch das 'oportere' in den fictischen Formeln. Die fingirte Thatsache als gegeben und wahr angenommen, ergibt sich die Rechtsfolge mit civilrechtlich-logischer Nothwendigkeit! — ²⁾ G. IV 35: nam ex persona eius . . . sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; § 86: qui . . . alieno nomine agit, intentionem . . . ex persona domini sumit, condemnationem . . . in suam personam convertit . . .; § 87: intenditur dominum dare oportere, condemnatio autem . . . convertitur — nihil in intentione facit eius persona, cum quo agitur.

gajanisch nachgewiesen, sondern, was nützlicher ist, dem wichtigen Gaiusbericht IV, 45 ff. der verdiente genaue Commentar endlich zu Theil geworden sein.

§ 4. Die Terminologie des entstehenden Formularprocesses.

Warum legte man der Consumption im Formularprocess die gajanische Formelneintheilung zu Grunde, statt, wie es logischer gewesen wäre, die der actiones civiles und honorariae? Ferner: warum, wann und wie wurde jene Formelneintheilung materialisirt zum Actionenbegriff (actio in factum)? Um diese Fragen mit halbwegs sicheren Vermuthungen beantworten zu können, ist es unumgänglich, das vielbestrittene Gebiet der Formularprocessterminologie: formula, iudicium, actio, zu betreten. Eine hässliche Materie, in der man es andern schwerlich, sich selbst (bei einiger Skepsis und Selbstkritik) ganz gewiss nicht zu Danke macht. Aber wenn überhaupt, ist eine Lösung dieser Fragen ja nur durch die fortgesetzte Arbeit Vieler zu erhoffen.

Für unsere erste Frage kommt die Terminologie des beginnenden Formularprocesses unter Bürgern in Betracht, für die zweite die Weiterentwicklung dieser Terminologie bis zu den Classikern und zu Justinian, in dessen Codification die 'actio in factum' ja einzig vorkommt.

Man darf nach Girards positiven und negativen Feststellungen¹⁾ das Datum der lex Aebutia in die Gracchenzeit setzen, etwa um 125 v. Chr. Nicht lange nachher muss, bei der praktischen Wichtigkeit der Frage, die Regelung der Consumption erfolgt sein, wie sie bei G. IV, 106—107, 45—46 uns entgegentritt. Vermuthlich mit einigen Anhaltspunkten in der lex Aebutia selbst, und jedenfalls unter weitester Verwerthung der hier wie überall für den Formularprocess vorbildlichen Legisactionentheorie. Als Form dieser Regelung ist natürlich eine 'constitutio' der Juristen zu denken.

Um also zu ermitteln, warum die gajanische Consumptionslehre statt auf den Gegensatz actio civilis — honoraria, vielmehr auf den der formulae conceptae in ius — in factum gebaut

¹⁾ Diese Zeitschrift XIV, S. 11—54, 1893 und (etwas erweiterter Abdruck): Nouvelle Revue historique de droit 1897 p. 249—94.

ist, sind die terminologischen und Begriffsverhältnisse des Formularprocesses bald nach der lex Aebutia, also etwa zwischen 125 und 100 v. Chr., zu untersuchen.

Nicht ohne Bedeutung ist hierfür die vielbestrittene Frage der Existenz voräbutischer Formularprocesse. Halbwegs durchschlagende Beweise gibt es dafür, m. E., nicht; als persönliches Credo möchte ich aber — mit Wlassak und wohl der Mehrzahl der Neueren, aber gegen Pernice, Girard u. A.¹⁾ — den Formularprocess im Peregrinengericht als voräbutisch, ja geradezu als Muster und Quelle der äbutischen Reform ansehen²⁾. Dagegen — mit Girard u. A. gegen Wlassak, Bekker u. A.³⁾ — den Formularprocess unter Bürgern als erst seit der lex Aebutia bestehend.

Das neue Verfahren scheint bezeichnet worden zu sein als 'per concepta verba' litigare. So G. IV, 30, wo 'id est per formulas' offenbar eine spätere Einschaltung in die, vermutlich noch republicanische, Vorlage ist. Das 'concipere' tritt als technisch für den Formularprocess ja auch in der lex Rubria XX und sonst vielfach hervor, so in unserer Frage der 'conceptio' in ius — in factum. Der Name war treffend, weil an Stelle der bisherigen legis actiones 'ipsarum legum verbis accommodatae et ideo immutabiles proinde atque leges' (G. IV, 11) eine der Idee nach für jeden Fall neue, ihm speciell angepasste, prätorische conceptio trat⁴⁾.

Aus diesen 'verba concepta' entwickelten sich dann stehende, typische Wortfassungen: Formulae d. h. Schemata. Die erste derartige formula ist natürlich um einiges später als das erste agere per concepta verba, weil einige Zeit verging, bis diese verba zum Schema sich krystallisirt hatten. Da aber vermuthlich der Formularprocess im römischen Fremdengericht

¹⁾ Pernice, diese Zeitschr. VII 1 S. 153 f.; Girard, diese Zeitschr. XIV SS. 14, 30. — ²⁾ Eine schlagende Bestätigung seiner Hypothese sieht Wlassak (nach freundlicher Mittheilung während des Drucks dieser Seiten) in einem Gesetz des lokrischen Oianthea bei E. Meyer, Forschungen zur alten Geschichte I S. 313, 315. Durch dieses Gesetz (um 450 v. Chr.) wird das bisherige Recht und Verfahren des Fremdengerichts (κατὰ τὰς συμβολὰς) auch unter Bürgern zugelassen. Das ist in der That ganz die Wlassak'sche lex Aebutia! — ³⁾ Vgl. Girard, diese Zeitschr. XIV S. 15 A. 2 und dort Citirte, sowie Bekker, diese Zeitschr. XV S. 166 f. — ⁴⁾ Vgl. über concipere Kübler, diese Zeitschrift XVI, S. 168.

schon vor der lex Aebutia in Uebung war, kann man den Begriff der formula als schon der lex Aebutia gleichaltrig denken. Aber nur formula für Klagschema, typische Klagformel, dagegen nicht formula für Formelklage. Man klagte ursprünglich nicht per formulam, sondern ex formula, per verba ad formulam concepta. Der abusive Gebrauch von formula für Formelklage findet sich wiederholt bei Gaius¹⁾, und auch schon bei Sueton Vitell. 7, dagegen ist er noch völlig fremd der lex Rubria und sogar — wie Kübler²⁾ gegen Wlassak mir nachgewiesen zu haben scheint — auch Cicero. Bei diesem ist formula noch lediglich Schema, abstract edictale Klagformel, nicht aber die concret klägerische Formelklage. Da ist denn diese Bedeutung von formula für die uns augenblicklich allein interessirende Zeit kurz nach der lex Aebutia um so sicherer anzunehmen.

Was bedeutet nun in der damaligen Processterminologie iudicium und actio? Das ist bekanntlich der Hauptstreitpunkt der vor allen zwischen Wlassak und Kübler schwebenden terminologischen Fehde. In dieser scheinen mir Küblers einzelne Aus- und Darlegungen fast durchweg schlüssiger als die Wlassaks. Er kam eben nach ihm, stützte sich auf Wlassaks Vorarbeiten, arbeitete mit dem belebenden Moment der Polemik, endlich und vor allem er ist Philologe und Lexikograph von Fach. Trotzdem dürfte in den grossen Linien, für den Wald, wenn schon nicht für die einzelnen Bäume, Wlassak vielfach richtiger gesehen haben. So insbesondere für drei Hauptpunkte:

1. die technische Bezeichnung des neuen Verfahrens als iudicium, im Gegensatz zur 'actio', d. h. legis actio;
2. den durchgängigen Gebrauch von iudicium für verba (oder formula) iudicii;
3. das Vermeiden des Ausdrucks actio beim Formularprocess, solange er noch nicht voll ausgebildet war, und solange andererseits das Legisactionsverfahren als überwiegend daneben stand.

Diese drei Thesen, die vielfach für Wlassak nicht weit genug und für Kübler nicht zu weit gehen werden,³⁾ scheinen

¹⁾ z. B.: formula competit: G. IV 74; petenti datur: III 222; per formulam petere, agere etc.: II 278; IV 91, 95, 141; u. a. m. — ²⁾ Diese Zeitschr. XVI S. 143 ff.

mir durch die von Beiden beigebrachten Stellen, besonders Ciceros, noch mehr aber durch Erwägungen a priori in hohem Grade wahrscheinlich zu sein.

So zunächst, dass den Römern an dem neuen, neben den Legisactionen auftretenden Verfahren vor Allem das Fehlen der actio auffallen musste. Das iudicium war geblieben, aber als iudicium ohne actio. Da war es römischem Sprachgebrauch gemäss, diesen Gegensatz zwischen legis actio cum iudicio und iudicium sine actione, iudicium tantummodo, technisch zu formuliren als: iudicium — actio. Genau wie der 'praetor tantummodo' gegenüber dem praetor consul zum praetor im Gegensatz zum consul wurde¹⁾, oder die obligationes (oder liberi etc.) tantum naturales gegenüber den naturales et civiles zu naturales im Gegensatz zu civiles.

Diese a priori zu vermuthende Bezeichnung der beiden Verfahren als 'iudicium' und 'actio' wird nun, wie Wlassak in den 'Processgesetzen' gezeigt hat, auch von den Quellen mehrfach beglaubigt.

So durch den technischen Gegensatz von lege aut legitimo iudicio agere²⁾, der scharf nur ist, wenn iudicium technisch den Formularprocess bedeutet.

Dann durch die prätorische Amtssprache; der Prätor ertheilt nur iudicia, nicht actiones.

Endlich durch den Sprachgebrauch der lex Rubria, die nur iudicium, nie actio sagt, und auch durch den Ciceros, bei dem 'iudicium' für das Formularverfahren noch sehr stark gegenüber 'actio' überwiegt, im Vergleich z. B. mit dem Häufigkeitsverhältniss von actio und iudicium in den Pandekten. Hierauf ist sogleich bei 'actio' zurückzukommen.

Zunächst ist aus dieser, zumal in den Anfängen des Formularprocesses, technischen Bezeichnung desselben als iudicium die Begründung unserer zweiten These zu entnehmen. Man nannte das ohne legis actio, durch blosse verba concepta eingesetzte Geschwornengericht technisch und κατ' ἐξοχήν iudicium, von da war es nicht weit bis zum Gebrauch desselben Ausdrucks für die verba oder formula iudicii.

¹⁾ So wird ja auch bei uns der General 'tantummodo', der Generalmajor entgegengesetzt dem 'General Excellenz' (Generallieutenant, commandirendem General) als 'General' der 'Excellenz'. — ²⁾ Ulp. XI 24, 27; G. I 184; IV 107, 108.

Zwar ist iudicium zunächst zweifellos das Gericht genau wie quaestio, und so ist die von Kübler beigebrachte, höchst interessante Cicerostelle mit der 'quaestio: si quis'¹⁾ unzweifelhaft durchaus parallel den Wlassak'schen Stellen mit 'iudicium: si quis . . .' Es liegt in beiden eine Ellipse vor; man nennt das Gericht statt des ihm zu Grunde liegenden und von ihm erst zu praktischem Leben zu bringenden Rechtstextes: der lex quaestionis oder der verba (formula) iudicii. Grammatisch sind beide Erscheinungen sich durchaus gleich — hierin hat Kübler Recht. Was er aber im Eifer der Polemik nicht genügend beachtet, das ist die verschiedene Häufigkeit jener beiden Ellipsen. Es gab nur wenige Quaestiones resp. Quaestionengesetze, dagegen eine Unzahl ('innumerabiles' G. IV, 46; 'res infinita' Cic. Top. 33) von formulae iudiciorum und von Processen daraus. Ferner stand der Rechtstext der quaestio, das Gesetz, ein- für allemal und unveränderlich fest, die verba concepta dagegen, der Rechtstext der iudicia, wurden der Theorie nach jedesmal, aber auch in Wirklichkeit recht häufig, ad hoc geschaffen. So stellten sich denn die Redactions- und Conceptionsfragen bei der quaestio nur ein einziges Mal, für den Entwurf einer neuen lex quaestionis, dagegen bei den iudicia Tag für Tag, in jedem einzelnen Process aufs Neue.

Was nun dieser Häufigkeitsunterschied nach sich zog, braucht der Jurist dem Philologen nicht darzulegen. Die Synonymie von iudicium mit formula iudicii musste unendlich viel schneller und energischer sich ausbilden, als die von quaestio und lex quaestionis.

Man denke nur an das Edict mit seinem stereotypen 'iudicium dabo' sowie, dass von dem 'praetor qui iudicia dat' auch die Parteien 'iudicia' fordern mussten, in der und der Redaction: 'in haec verba', 'ex hac formula' oder kurzweg 'ita', 'eiusmodi'.

So setzt denn Cicero ganz regelmässig einander gleich 'iudicium' und 'lex' (quaestionis), statt 'verba' (iudicii) und 'lex' (quaestionis) oder aber statt 'iudicium' und 'quaestio'. Der Gebrauch von quaestio für lex quaestionis ist eben seltenste Abnormität, der von iudicium für verba iudicii die durchgehende Regel!

¹⁾ Cic. pro Rabirio Postumo § 16: M. Druso novam in equestrem ordinem quaestionem ferenti: 'Si quis ob rem iudicandam pecuniam cepisset', aperte equites Romani restiterunt, dazu Kübler a. a. O. S. 155.

Es erübrigt der letzte und weitaus schwierigste Punkt dieser Terminologiefragen: der Gebrauch von 'actio' in der Zeit des aufkommenden Formularprocesses.

Im Legisactionsverfahren bezeichnete actio:

1. das Verfahren in iure, ein solennes Parteihandeln, actio in diesem vielleicht ältesten, jedenfalls technischsten Sinne: actio = modus agendi;
2. das Processmittel, ein klägerisch-subjectiver, d. h. in der ersten Person formulirter Anspruch: actio = formula agendi;
3. die Processthätigkeit des Klägers: actio = agere;
4. das Recht darauf: actio = ius agendi.

Im Formularprocess fielen 1 und 2 hinweg. Denn das Verfahren war formlos — ein iudicium sine actione, iudicium tantummodo, iudicium im technischen Gegensatz zur actio d. h. legis actio. Das Processmittel aber war nicht mehr klägerisch-subjectiv, sondern prätorisch-objectiv, in der dritten Person vom Prätor concipirte verba, ein iudicium a praetore conceptum, eine formula praetoria.

Dagegen blieben auch im Formularprocess subjectiv-klägerisch das 'agere' (Nr. 3: actio = Processthätigkeit des Klägers) und das ius agendi (actio Nr. 4). Hierfür hätte denn der Ausdruck actio von vornherein auch im Formularprocess angewendet werden können, wie er im entwickelten Recht, bei den Kaiserjuristen, aber auch mehrfach schon bei Cicero, unzweifelhaft darauf angewendet wurde. Indess scheint es mir den Quellen nach und noch mehr a priori durchaus wahrscheinlich, dass man in der Anfangszeit des Formularprocesses das Wort actio auch in dieser Beziehung darauf anzuwenden vermied, ganz und gar oder doch wenigstens soviel als möglich.

Die Geschichte der Formularprocessterminologie bestände danach wesentlich in der allmählich aufkommenden, dann mehr und mehr um sich greifenden Anwendung des alten Legisactionenwortes actio auf den Formularprocess und die Klage darin.

Von den Quellen kommt hier vor allen die lex Rubria in Betracht mit ihrem ausnahmslosen Vermeiden des Wortes actio, ferner Cicero, wenn man das gegenseitige Häufigkeitsverhältniss von iudicium und actio bei ihm mit dem bei Gaius oder gar in den Pandekten vergleicht. Endlich die unten

(S. 302 ff.) zu erörternde Erscheinung selbst dieses, von Gaius zu Paulus und Ulpian, und von diesen zu den Byzantinern, sich immer stögernden Gebrauches von actio. Es ist der historischen Wahrscheinlichkeitsmethode durchaus gemäss, wenn man diese Linie rückwärtshin verlängern, einen ursprünglich vollständigen Nichtgebrauch von actio beim Formularprocess vermuthet.

Dafür spricht nun a priori auf das stärkste, dass jedenfalls in den beiden Bedeutungen von modus agendi und formula agendi der Ausdruck actio eben nur auf die solenne und subjectiv-klägerische legis actio passte und als technisch specieller Name dafür im Gebrauch blieb. Da lag es denn überaus nahe, diesen Ausdruck bei dem neuen Verfahren überhaupt nach Möglichkeit zu vermeiden, solange dieses noch unausgebildet und fremdartig neben jenem einstweilen in voller Kraft bleibenden, altherkömmlichen Process der actiones stand.

Dass die Processredner, auch bei Processen im neuen Verfahren, von 'actio' und defensio, von 'actio' prima, secunda etc. sprachen, wie sie es bei den von ihrem speciellen Berufsstandpunkt aus ja ganz gleichartigen Processen im Legisactionenverfahren, vor Quaestionen oder im Volksgericht von Alters her gewohnt waren, ist selbstverständlich und beweist natürlich gar nichts für die technische Sprache der Formularprocessjuristen. Beachtung und Berücksichtigung verdient aber, dass bei Cicero (zumal in den rhetorischen Werken: de inventione etc.) eben gerade diese, die verschiedenen Processarten gleichgültig durcheinanderwerfende Rednerterminologie uns entgegentritt!

Dagegen kommt in der That für die technische Juristensprache in Betracht die vielfache Uebertragung von Sätzen der Legisactionentheorie auf das neue Verfahren. So vor allem die Uebertragung des Satzes 'bis de eadem re ne sit actio' sowie auch, behufs seiner Anwendung, der Unterscheidung der actiones in rem — in personam. So fussen ferner auf derselben Unterscheidung die gleichfalls den Legisactionen entlehnten, also alten Sätze über die Processcautionen¹⁾. Wohl möglich also, dass man mit Bezug hierauf auch die For-

¹⁾ G. IV 88 ff. verbunden mit G. IV 16, 25 u. s. w.

mularklagen von Anfang an als 'actiones' in rem, in personam u. s. w. bezeichnete. Ebenso möglich aber auch, dass man, eben um actio zu vermeiden, hier anfänglich nur vom 'agere' sprach. Dies zumal, solange man noch festhielt an der officiellen Auffassung des 'conceptis verbis agere', als einer von Fall zu Fall neu und ad hoc redigirten Klagformel. Scheinen doch genau aus dem gleichen Grunde die Classiker durchgängig den (tribonianischen?) Ausdruck 'actio' praescriptis verbis vermieden und nur von einem 'agere' praescriptis verbis gesprochen zu haben¹⁾.

Die vorstehenden Erörterungen lassen sich etwa in folgende Thesen oder Hypothesen zusammenfassen: In der Zeit 'bald nach der lex Aebutia' bezeichneten die Juristen den neuen Process der concepta verba im Gegensatz zu den altherkömmlichen legis actiones als iudicium im Gegensatz zur actio. Darin kam ein doppelter Unterschied der beiden Verfahren zum Ausdruck.

Einmal, dass das Processmittel im Formularprocess objectiv-prätorisch ist, bei den Legisactionen dagegen eine subjectiv-klägerische actio.

Sodann, dass die Processthätigkeit des Klägers²⁾ jetzt eine formlose, und daher nach der alten formalistischen Anschauung inexistent war, bei den Legisactionen dagegen ein solennes, formalrechtlich existentes agere, eine actio in diesem Sinne.

Das Verhältniss zwischen dem alten und neuen Verfahren war in diesem Punkte durchaus gleich dem vermuthlich um dieselbe Zeit die Juristen beschäftigenden Gegensatz der solennen Mancipation zu der formlosen venditio traditio. Erstere war ein actus legitimus, ein actus, letztere, die noch Julian D. (27, 10) 17 § 2 für etwas rein thatsächlich Ausserjuristisches:

¹⁾ Ueberhaupt war ja in der concreten, weil vorwiegend gesprochenen Sprache der republicanischen Zeit das Bedürfniss nach Verbalsubstantiven erheblich geringer als in der Kaiserzeit oder gar bei uns. So hat z. B. der Rechtsact des acceptum facere jahrhundertlang (seit vor der lex Aquilia: G. III, 215) existirt ohne einen substantivischen Namen zu entwickeln. Bis er dann, ganz seitwärts her, den Namen acceptilatio entlehnte: Erman, Zur Geschichte der röm. Quittungen S. 31. — ²⁾ Einschliesslich sogar der Liticontestation, in der von Wlassak und Lenel vermutheten Form. Denn dem Legisactionsjuristen hätte dieser der sollempnia verba ermangelnde Vorgang als 'actio' im alttechnischen Sinne nie erscheinen können. Es war und blieb ein iudicium 'sine actione.'

'facti magis quam iuris' erklärt, war jedenfalls für die älteren Juristen kein 'actus'. Wohl dagegen für die entwickelte Jurisprudenz und ihren abstract allgemeinen Begriff actus = jedwede Partei-Rechtshandlung¹⁾. Genau so zeigen, wie unten im Einzelnen darzulegen ist, unsere Quellen von Cicero bis zu Justinian einen unausgesetzt zunehmenden Gebrauch von actio für den form- und actionslosen Formularprocess. Er entspringt und entspringt der immer ausgesprochener klägerisch-subjectiven Auffassung des Processes; der immer stärkeren Betonung des 'agere' und des ius agendi. Daher auch der kaiserzeitliche Gebrauch von formula für die Formularklage. Daher das auf den Kläger bezogene intendere, concipere, convertere, fingere (oben S. 270 ff.). Daher endlich und vor Allem auch das 'interdicere' für interdicto uti.

§ 5. Warum wurde die Consumptionslehre nicht auf den Gegensatz actio civilis — praetoria abgestellt?

Die Zustimmung, die Pokrowskys These bei Hugo Krüger (o. S. 262 A. 1) und — Privatmittheilungen zufolge — bei noch mehreren Fachgenossen fand, erklärt sich aus der logisch ungleich befriedigenderen Gestalt, die die Consumption der Formularklagen in personam (G. IV, 106—107) dadurch gewinnen würde.

Es wäre dann die civile ipso iure Consumption bedingt durch das Zusammentreffen von civilem Process (iudicium legitimum) und civiler Klage, und sie versagte, sobald eins von Beiden prätorisch wurde. Bei prätorischem Process (iudicium imperio continens) oder actio praetoria nur prätorische Consumption: exceptione rei iudicatae vel in iudicium deductae.

Das ist so durchaus logisch, dass schon viele Vorgänger Pokrowskys ihr Ideal nach dieser Seite suchten, nur fühlten sie sich durch G. IV, 106 f., 45 f. gehemmt, von denen zu abstrahiren, erst Pokrowsky vorbehalten war. Versetzen wir nun aber die Frage aus der reinen Logik des Begriffshimmels in die römische Wirklichkeit. Sehr bald nach der lex Aebutia — da eine so wichtige Frage nicht lange ungeregelt bleiben konnte — machen sich die Juristen darüber, durch eine 'con-

¹⁾ Lab. Ulp. D. (50, 16) 19, Paul. ad Sab. D. (44, 7) 11, vgl. D. (44, 7) 31; D. (46, 8) 5; D. (49, 17) 18 § 1 etc.

stitutio' die Consumption im iudicium legitimum zu regeln, unter Verwerthung etwaiger Bestimmungen der lex Aebutia selbst, sowie vor Allem der für das iudicium legitimum durchweg massgebenden Analogie der Legisactionen¹⁾. Gerade diese Analogie und im Zusammenhang damit vermuthlich die formalistische Enge der damaligen Novationstheorie schlossen nun von der legisactionsmässigen (G. IV, 108), ipso iure-Consumption von vornherein mit den actiones in rem, auch einige actiones in personam aus, jedenfalls die 'in factum conceptae', deren blosser Thatbestand — nudum factum — dem 'ius' und seinen Regeln ganz fernzustehen scheinen mochte. Aber wo und wie sollte man die Grenze ziehen zwischen den ipso iure consumirbaren und den nichtconsumirbaren persönlichen Klagen? Woher hielt man sich an die äusserliche conceptio formularum (G. IV, 106—107, 45—46), statt mit Pokrowsky an die Herkunft und materielle Begründung der Klagen?

Zunächst war rein praktisch die Gaiuslehre der Pokrowsky'schen wenigstens in einem Punkte vorzuziehen. Nämlich für die Klagen ad legis actionem expressae (G. IV, 10, 32, 33). Dass diesen vor allen die legisactionsmässige ipso iure-Consumption gebührte, ist sicher. Sie hatten sie denn auch nach der römischen Lehre, als in ius conceptae. Nach Pokrowsky dagegen hätten sie, weil prätorischen Ursprungs, auch nur die prätorische Consumption! Vermuthlich war nun aber die Zahl und Bedeutung dieser Fictionsklagen gegenüber den sonstigen prätorischen Klagen mit fingirtem oder transponirtem oportere in den Anfängen des äbutischen Formularprocesses erheblich genug, um schon lediglich ihretwegen die ipso iure Consumption für die prätorischen Klagen mit 'oportere' Platz greifen zu lassen. Diese Lösung war eben für die Fictionsklagen ad legis actionem durch eine zwingende Analogie geboten, für die übrigen hatte sie — wenigstens soweit man damals sehen konnte — keine Nachtheile; kein Wunder, wenn da die Juristen diese Regelung der Consumptionsfrage festsetzten²⁾, und sie der Abgrenzung

¹⁾ Vgl. das lege aut legitimo iudicio agere bei Ulp. XI, 24 und 27, sowie G. I, 184. — ²⁾ Beiläufig, aus den Contracten mit doppelter Formel (in ius — in factum concepta) lässt sich für die Consumptionslehre gar nichts entnehmen. Als actio praetoria und formula in factum concepta hatte ihre zweite Formel eben auf jeden Fall prätorische Consumption!

nach actio civilis — praetoria selbst dann vorzogen, wenn — diese ihnen überhaupt schon bekannt war! Das aber erscheint recht zweifelhaft.

Wie man auch über die lex Aebutia denken mag, zumal über das 'tunc' bei G. IV, 11¹⁾, soviel ist durch G. IV, 30 und durch die von Girard zusammengestellten positiven und negativen Thatsachen wohl ausser Zweifel, dass erst seit und in Folge der lex Aebutia die Schöpfungen des praetor urbanus erheblicher hervortreten²⁾. Noch Cicero bezeichnet die Werthschätzung des Edicts seitens der Juristen als etwas Neues: ut plerique nunc³⁾, und den ersten Commentar dazu (in nur zwei Büchern) verfasste Servius Sulpicius (D. 1, 2; 2 § 44). Da war selbstverständlich zur Zeit der lex Aebutia noch kein Gedanke an die Erfassung und Formulirung des abstracten Gegensatzes von ius und praetor (ipso iure — tutione praetoris). Das wäre reine Zukunftsmusik gewesen, und damit befassten sich die positiven Römer nicht. Am wenigsten die Juristen der äbutischen Zeit; geriebenste Praktiker und in der formalen Logik der Legisactionentheorie aufgewachsen und fest beschlagen, aber noch ganz ohne schulmässig-theoretische Bestrebungen und ohne jenen relativ freien Geist und Ueberblick, wie ihn Q. Mucius und S. Sulpicius einige fünfzig Jahre später dem Rechtsbetrieb zuführen sollten.

In Frage kommen können also einzig die formularen Klagen, und ihre Unterscheidung in civile und prätorische. War diese Unterscheidung den Juristen 'bald nach der lex Aebutia' schon soweit bekannt und abstract geläufig, dass sie sich ihnen von selbst darbieten musste, als sie über die zweckmässigste Abgrenzung der ipso iure-Consumption persönlicher Formularklagen nachdachten? Mussten sie, um zu der gajatischen Consumptionsregelung zu gelangen, zuerst die Unterscheidung der actio civilis — praetoria als Consumptionsgrundlage bewusst zurückweisen?

¹⁾ Vgl. dazu Girard, diese Zeitschr. XIV S. 15 A. 2 und dort Citirte. — ²⁾ Girard, in dieser Zeitschr. XIV S. 11—54, 1893; etwas erweiterter Wiederabdruck: Nouvelle Revue historique de droit français etc. 1897 p. 249—294. Auf Grund dieser Feststellungen setzt er das Gesetz in die Gracchenzeit, vor 123 p. Chr. — ³⁾ Cic. de leg. I § 17 (Atticus): Non ergo a praetoris edicto ut plerique nunc, neque a XII tabulis ut superiores . . hauriendam iuris disciplinam putas.

Denken wir uns in die Lage der juristischen Zeitgenossen des Aebutius. Neben die unter Bürgern bis dahin wohl allein zulässigen Legisactionen — was im Fremdengericht etwa vorgeing, kümmerte die Civiljurisprudenz nicht — tritt ein neuer Process. Die Klagformel ist nicht mehr vom Gesetz (oder seiner interpretatio) ein- für allemal festgestellt und wird nicht mehr vom Kläger hergesagt; sie wird vom Prätor (nach Anträgen des Klägers) für den einzelnen Fall 'concipirt' unter Benutzung eines prätorischen Schemas (formula), soweit ein solches schon herausgebildet ist. Sodann wird sie dem Geschwornen übermittelt mit einem gleichfalls rein prätorischen Judicationsbefehl: praetor iudicium dat, iudicareque iubet. Wie nur der Prätor das iudicium geben kann, so erfolgt auch das Condemniren und Absolviren in allen Formularklagen gleichmässig auf seinen Befehl. Nur darin liegt der Unterschied zwischen der civilis und der praetoria actio, dass der Prätor den Condemnationsbefehl hier auf eigne Faust und eigne Verantwortlichkeit erlässt, dort ex lege oder doch ex iure civili — in Ausführung und als wesentlich passives Organ des Gesetzes (Rechtes). Diese subtile Unterscheidung zu erfassen, durch die Verhüllungen der actiones praetoriae in ius conceptae (z. B. 'ad legisactionem'!) hindurch und sie zuerst abstract zu formuliren, war ganz und gar nicht leicht.

An Scharfsinn wären nun die Juristen der aebutischen Zeit dieser Aufgabe wohl gewachsen gewesen. Hätten sie sie doch für die Unterscheidung der beiden Processarten (iudicium legitimum — imperio continens) höchst wahrscheinlich zu lösen gehabt und auch richtig gelöst¹⁾. Aber was ihnen (nach Ciceros durch die Thatsachen bestätigtem Zeugnisse) noch ganz und gar fehlte, das war jene mucianisch-servianische Richtung auf das Eintheilen und Begriffsbestimmen um seiner selbst willen. Sie arbeiteten und dachten nur aus speciell gebotenem Anlass. Ein solcher lag vor für jene Unterscheidung der beiden Processarten, für die zudem das Gesetz die Grundlage bot. Ebenso — anlässlich der Consumption — für den Gegensatz des agere in rem — in personam, den man überdies nur den Legisactionen zu entnehmen brauchte. Was hätte sie nun aber veranlasst, ohne Anhalt im Gesetz oder in der Legisactionentheorie mit der subtilen Unterscheidung: actio civilis —

¹⁾ Vgl. Wlassak, Processgesetze I S. 39 ff.

praetoria an die unübersichtliche Mannichfaltigkeit der Formularklagen — 'res infinita' sagt Cicero Top. § 33 — heranzutreten? Wahrscheinlicher ist, dass jene Juristen der äbutisch-gracchischen Zeit zunächst nur den Gegensatz des neuen Verfahrens gegen das daneben üblich bleibende alte empfanden und betonten, den Gegensatz der verba (a praetore) conceptae G. IV, 30, der 'publicae a praetore expressae formulae'¹⁾ gegenüber den legis actiones, der 'iudicia' gegenüber den 'actiones'²⁾.

Sie hätten also anfänglich alle Formularklagen noch als wesensgleich, als prätorische Schöpfungen aufgefasst und sie zunächst nur nach praktischen Bedürfnissen eingetheilt, entweder in Legisactionskategorien (in rem — in personam) oder nach rein äusserlichen Formulierungskriterien (in ius — in factum conceptae; ad legis actionem expressae — sua vi ac potestate constantes). Die Erfassung und Formulirung des viel abstracteren und subtileren Gegensatzes der civilen und prätorischen Formularklagen könnte sehr wohl erst der theoretisirenden Jurisprudenz des Q. Mucius oder Servius angehören, jedenfalls erst einer Zeit, wo die prätorischen Schöpfungen als ein dem civilrechtlichen paralleles, eigentliches System dem Denken der Juristen sich aufdrängten.

Auf alle Fälle ist es durch gar nichts begründet, wenn man die Juristen, die bald nach der lex Aebutia die Consumptionsvoraussetzungen im Einzelnen 'constituirten', sich vorstellt als im Besitz einer abstract und klar bewussten Unterscheidung der Civil- und prätorischen Klagen, wie wir sie späterhin bei den Kaiserjuristen finden. Sie hätten sie geradezu ad hoc, zu Consumptionszwecken erfinden müssen, und das ohne jeden Anhalt in der Legisactionstheorie. Dazu hatten sie aber um so weniger Grund, als gerade diese Theorie ihnen eine als Consumptiongrundlage bestens geeignete Unterscheidung fertig und wohldurchgearbeitet darbot, nämlich gerade die unsere von ius und factum!

§ 6. Ius — factum in der Legisactionentheorie.

Als (a praetore) 'conceptis' verbis litigare fasste nach G. IV, 30 und der lex Rubria XX die zeitgenössische Jurisprudenz das neue Verfahren ex lege Aebutia auf. Kein

¹⁾ Cic. pro Roscio com. § 24. — ²⁾ Oben S. 278.

Wunder, dass ein erster Versuch, die *res infinita* der iudiciorum formulae, der 'verba concepta' zu ordnen, gerade von dem 'Wie' dieser *conceptio* ausging: *formulae conceptae: in ius — in factum*. Aber wie kam man gerade auf *ius* und *factum*? Dass lässt sich, an der Hand der Quellen, mit Sicherheit beantworten.

Nach G. IV, 47, 60 (in dessen Ermangelung auch ein Augenblick des Nachdenkens genügen würde) ist die *intentio in factum concepta* auf's Nächste verwandt der *demonstratio* einer in *ius* concipirten Klage. Dieser *demonstratio* wieder ist wesensgleich und nur historisch verschieden die *praescriptio*. Diese nun setzt Gaius IV, 134 der *intentio in ius concepta*, in welcher nach G. IV, 45 'de iure quaeritur', entgegen mit einem 'in *praescriptione de facto quaeritur*'. Genau ebenso hätte er die *demonstratio* oder auch die *intentio in factum* definiren können.

Nun sind aber Fundamentalbegriffe der *Legisactionen*-theorie gerade die *intentio* (in *ius concepta*) und die *demonstratio*.

Legisactionen mit intentio: sacramento in rem: aio .. meum esse ex i. Q., G. IV, 16.
sacramento in personam.

(?) *condictio.*

„ mit *demonstratio: manus iniectio: quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es; G. IV, 21.*

(?) *pignoris capio.*

(?) *iudicis postulatio.*

Ja über die *Legisactionen* hinaus, für die *actus legitimi* (D. 50, 17; 77) überhaupt, besteht der gleiche Gegensatz:

intentio: bei der Mancipation 'aio rem meam esse ex i. Q.' G. I, 119.

(die in *iure cessio: aio rem meam esse ex i. Q.* gehört rechtshistorisch zum *Legisactionen*process).

demonstratio: bei den Solutionsacten.

liberatio p. a. et l.: Quod ego tibi .. condemnatus (testamento dare damnatus) sum, G. III 174.

acceptum facere: Quod ego tibi promisi
 — hier ist sogar der Name *demonstratio* erhalten durch Paulus D. (46, 4) 14: *nisi verum est quod in acceptilatione demonstratur*¹⁾.

Intentio und *demonstratio* sind danach Grundelemente der altcivilen *legis actiones, actus legitimi*. Wie scharf nun jene alte (pontificale?) *Jurisprudenz* ihre Eigenart erfasst und alle logischen *Consequenzen* daraus gezogen hatte, das zeigt die Lehre von den Fehlern in der *intentio* oder in der *demonstratio*, welche bei G. IV, 53 ff., bei Paulus D. (46, 4) 14 und in den Gegensätzen des *Mancipations-* und *Solutionsrechtes* uns erhalten ist. Dass diese Theorie in die *Legisactionen*zeit zurückreicht, und zwar weit hinauf, ergibt sich aus ihrem Gelten auch für die alten *actus legitimi*, aus ihrem schroffen logischen Formalismus, endlich aus der äusserlichen, verständnisslosen Art, in der dieses positive Erbtheil einer durchaus andersartigen *Jurisprudenz* von den Kaiserjuristen behandelt wurde²⁾.

Diese Lehren von der 'plus *petitio*' (*falsa intentio*) und von der *falsa demonstratio* sind nun aber nichts als die äussersten formallogischen *Consequenzen* des eben erwähnten Gedankens, dass:

in *intentione de iure quaeritur, in demonstratione de facto.*

Nehmen wir eine *demonstratio: 'Quod tu mihi C iudicatus es'* oder eine *formularprocessualische: 'Quod A^{us} A^{us} de N^o N^o hominem Stichum emit'* und stellen ihr eine *intentio* gegenüber: 'Aio hunc fundum meum esse ex i. Q.' ('si paret hunc fundum Aⁱ Aⁱ esse ex i. Q.') oder 'Aio te mihi C dare oportere' ('si paret N^m N^m A^o A^o C dare oportere' — welcher logische Unterschied besteht zwischen Beiden? Auf der einen Seite eine vergangene Handlung (abstracter: eine Thatsache, ein Thatbestand), auf der andern ein gegenwärtiger Rechtszustand, ein 'ius competere': G. IV, 3. Die Handlung, der Thatbestand ist real, wirklich geschehen, der Rechtszustand, das *ius competere* ist etwas nur Gedachtes. Von hier aus ergeben sich

¹⁾ Dazu: Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen, Berlin 1883, § 12. — ²⁾ G. IV 60 — s. u. S. 293 f.

mit formallogischer Nothwendigkeit die römischen Sätze über *falsa demonstratio* und *plus petitio*.

Die Handlung ist etwas Wirkliches und daher unveränderlich, *facta infecta reddi nequeunt*. Die Thatsache war oder war nicht, sie kann nicht zum Theil gewesen sein. Die *demonstratio* ist also *vera* oder *falsa*, *tertium non datur*. Wenn daher Jemand auf einmal *Stichus* und *Eros* kaufte und nachher 'demonstrirt': 'Quod A^{us} *Stichum* emit' (minus *demonstrare*), so spricht er von einer falschen, nie dagewesenen Thatsache. So entfernt von der Wirklichkeit, wie wenn er sagte: 'Quod A^{us} *Pamphilum* emit' (*aliud demonstrare*), oder: 'Quod A^{us} *Stichum*, *Erotem*, *Pamphilum* emit' (*plus demonstrare*). In diesen drei Fällen gleichmässig liegt eine *falsa demonstratio* vor, ein *de alia re agere*¹⁾.

Vera demonstratio war noch im Formularprocess, ja noch zu *Gaius'* Zeit für die, trotz *Labeos* Widerspruch, herrschende Meinung allein diejenige, welche die Handlung genau so angab, wie sie geschehen war: 'Quod A^{us} *Stichum* et *Erotem* emit'. — Um den Gegensatz zur *intentio* noch deutlicher zu empfinden, denke man übrigens auch an die Klage des Verkäufers oder Vermiethers. Wer für 1000 vermietet hatte, sprach dem Geschwornen von einer nie dagewesenen 'falschen' Thatsache und zwang ihn, wegen Unzuständigkeit abzuweisen, wenn er demonstrirte: 'Quod A^{us} N^o *fundum quingentis* locavit' oder 'Quod *duobus milibus* locavit'. Aber seine zweite Klage (über 1000) war als *actio de alia re* zulässig und erfolgreich.

Dies Alles ist durch *G. IV*, 58—59 undiscutirbar bezeugt und galt genau ebenso für die *demonstratio der Solutionsacte*²⁾.

¹⁾ Die Folge ist: Verlust des jetzigen Processes, da der Geschworne sich für incompetent erklären und abweisen muss. Aber die Möglichkeit, ihn zum zweiten Male *correct* anzustellen und zu gewinnen. Denn da der erste Process (auch beim *plus* oder *minus demonstrare*) als Process *de alia re* galt, so steht der neuen Klage das *bis de eadem re ne sit actio* natürlich nicht entgegen. — ²⁾ Vgl. *D.* (46, 4) 14 über die *demonstratio* bei der *Acceptilation* und dazu *Erman z. Gesch. d. röm. Quittungen* §§ 11, 12. — Für die in der *Mancipation* uns entgegnetretende *intentio der actus legitimi* galt die Processregel des 'bis de eadem re ne sit actio' selbstverständlich nicht. Wohl aber zeigt die Möglichkeit und Wirksamkeit theilweiser *Mancipation* im Gegensatz zur Unmöglichkeit und Nichtigkeit theilweiser *demonstratio*, und damit (ursprünglich) der Unmöglichkeit theilweiser Vollziehung der auf die

Es ist die einfache, formallogische Consequenz aus dem Begriff der Thatsache: in *demonstratione de facto quaeritur*.

Ganz anders bei der *intentio*, weil — genauer: wenn — sie in *ius* lautet. Als etwas bloss Gedachtes ist dieses *ius*, der gegenwärtige Rechtszustand, den Kategorien des 'mehr' und 'weniger' unterworfen. Es ist theilbar und kann nicht nur ganz oder gar nicht, sondern auch theilweise, mehr oder minder, existiren. Daher ist das *plus* oder *minus intendere* kein *aliud intendere*, kein *agere de alia re*. Wer also *minus* intendit, z. B. 500 von den geschuldeten 1000, der gewinnt seinen Process und kann gültig wegen der zweiten Hälfte zum zweiten Male klagen. Gerade weil *ipso iure* die zweite Theilklage zustand, schuf ja der Prätor seine *exceptio litis dividuae* (*G. IV*, 122)! Und wer *plus* intendit, z. B. 2000 statt der geschuldeten 1000, der verliert natürlich den ersten Process. Aber wenn er dann zum zweiten Male klagt, und *correct* auf 1000, so kann er das 'bis de eadem re ne sit actio' (die *ipso iure*-Consumption, oder die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*) nicht dadurch pariren, dass er behauptet, die erste Klage auf 2000 sei 'de alia re' gewesen. Denn da 'in intentione de iure quaeritur', und da das *ius* als bloss gedacht beliebig theilbar ist, so umfasste jenes: *si paret A^o MM dari oportere* auch das wirklich zuständige und im zweiten Process eingeklagte *A^o M dari oportere*. Auch dieses ist daher schon eingeklagt und consumirt. Stellt man dieser *Gaiusentscheidung* (*IV*, 53, 53*) die oben aus *G. IV*, 58, 59 mit absoluter Sicherheit erschlossene gegenüber, wonach der Vermiether für 1000, der 'Quod A^{us} *duobus milibus* locavit' demonstrirte und abgewiesen wurde, zum zweiten Male erfolgreich wegen 1000 klagen konnte — so wird man die Schärfe und formallogische Folgerichtigkeit dieser Unterscheidung von *ius* und *factum* bewundern müssen.

Da nun aber dieser Begriff der *intentio* und *demonstratio* sich bei den *actus legitimi* genau ebenso findet, so kann er mit voller Sicherheit als Schöpfung der altrömischen Jurisprudenz und als Bestandtheil schon der *Legisactionentheorie* angesehen

demonstratio gebauten *Solutionsacte* (*Erman a. a. O.*), dass die alte Jurisprudenz auch hier scharf und folgerichtig den Satz durchführte: in *intentione de iure*, in *demonstratione de facto quaeritur*.

werden. Diese hatte eben den Gegensatz 'ius — factum' auf das Schärfste und Folgerichtigste durchgebildet. Um also die Formularklagen des aebutischen Processes nach ihrer *conceptio in ius — in factum* einzutheilen, hatten die damaligen Juristen nichts zu erfinden. Sie hatten lediglich bereits Erarbeitetes zu übertragen, zu erhalten; der erste Gedanke der konservativen Römer bei allen derartigen Umwälzungen.

§ 7. *Intentiones in factum* vor der *lex Aebutia*.

Dass die Eintheilung der *formulae in ius — in factum conceptae*, die bald nach der *lex Aebutia* existirte (G. IV 45 f., 106 f.), entlehnt ist der *Legisactionenlehre* über *intentio* und *demonstratio*, das dürfte nun feststehen. Von ganz secundärem Interesse ist demgegenüber die weitere Frage, ob die Uebertragung der *demonstratio*-Theorie auf gewisse *intentiones* erst für die *formulae ex lege Aebutia* erfolgte, oder schon vorher, sei es bei den *Legisactionen*, sei es bei voräbutischen Formularklagen: im Fremden- oder gar im Bürgerprocess.

Gab es *in factum* concipirte *Legisactionen*? Nicht darum handelt es sich hier, ob in *Legisactionsformeln* 'facta', Thatbestände vorkamen — die *demonstratio* war ja ihrem Begriff nach immer thatbeständlich! — sondern lediglich darum, ob ihre *intentio in factum* lauten konnte. Hier hat nun Bekker¹⁾ auf die *manus iniectio* hingewiesen. Mit Recht, weil er dabei offenbar nicht an das 'Quod . . . iudicatus es' des *Handanlegeactes* denkt²⁾ — als *demonstratio* ist dieses selbstverständlich *in factum* —, sondern an die auf den *Handanlegeact* folgende *Legisaction* über dessen Gültigkeit, G. IV 21, 25: *manum sibi depellere et pro se lege agere — qui pro se causam agere solebat — pro se agere*. Wie lautete diese *Legisaction*? Hier nun sagt Bekker mit gutem Grund: 'Kommt es zur richterlichen *Cognition*, so kann sich dieselbe um nichts Anderes als die Thatsache des *Iudicats* oder der *Damnation* bewegen, und dass diese Frage in *ius concipirt* worden, ist kaum denkbar.'

¹⁾ *Aktionen* II S. 130. — ²⁾ So missversteht ihn Pokrowsky XVI S. 28: 'Bekker . . . bemerkt . . ., dass die *Conception in factum* keine ausschliessliche Erfindung des Prätors sei, dass wir . . . in den *Spruchformeln* des *Legisactionenprocesses* einige *in factum concipirte* Ausdrücke finden, z. B. 'Quod tu mihi damnatus, iudicatus es' bei der *manus iniectio* etc.'

Diese *Legisaction* ging von der Schuldnerseite aus, vom *Vindex*. Auf Nichtbestand des *Iudicats*: '*iudicatum non esse*' (in dem bekannten Doppelsinn des Nichtgeschehenseins oder der Nichtigkeit) wird sie kaum gelautet haben. Dann hätte ja für Schuldner, die die Verurtheilung zugaben, aber Zahlung (*solutio p. a. et l.*) vorschützten, ein '*sive solutum esse*' danebenstehen müssen, und bei der Untheilbarkeit der *Legisactionen* hätte der *Vindex* nothwendig von diesen zwei Behauptungen die eine als positiv falsche aufstellen und vertreten müssen. Das ist nicht recht wahrscheinlich. Andererseits ist hier völlig unmöglich eine eigentliche Rechtsbehauptung: '*aiō mihi ius esse: . . .*' Denn welches präsenste Recht, welches eigene Recht überhaupt hat der *Vindex* gegenüber dem Gläubiger? Am wahrscheinlichsten ist da ein: *Aio te iniuria manum iniectisse* (arg. G. IV 16), und ähnlich formulirt könnte auch die *Legisaction* zur Bestreitung der *pignoris capio* gewesen sein¹⁾.

Das wären denn in der That *intentiones in factum conceptae*: ein (vergangener) Thatbestand, kein (gegenwärtiger) Rechtszustand, kein '*ius competere*'. '*De facto non de iure quaeritur*'. Hielt man sich also streng an den Gegensatz *ius — factum*, wie ihn die *Legisactionentheorie* für die Lehren von der *plus petitio* und der *falsa demonstratio* bis in die letzte *Consequenz* hinein entwickelt hatte, so waren diese und etwa ähnlich formulirte *legis actiones* als *in factum conceptae* anzuerkennen und gegebenenfalls nach der Analogie der *falsa demonstratio* zu behandeln, nicht nach der *falsa intentio (plus petitio)*.

Aber es boten sich auch Hinterthüren, wie die Römer sie ja zu allen Zeiten liebten. Soweit etwa '*iniuria*' in solcher *intentio in factum* stand, konnte man sie, trotz ihrer rein thatbeständlichen Form, als materiell rechtsverneinend, also gewissermassen negativ in *ius concepta* ausgeben. Und vor Allem konnten jene alten *Legisactionsjuristen* gegenüber dieser ihre theoretischen Cirkel — '*intentio = ius; factum = demonstratio*'! — zerstörenden *intentio in factum concepta* auch jene Kunst des Uebersehens üben, in der die römischen Juristen (wie ihre romanischen Nachfahren noch heute) nicht geringere Meisterschaft besaßen, als in der formalen Folgerichtigkeit. Und dass man sie geübt, dass jedenfalls die legis-

¹⁾ Vgl. aber auch Bekker in dieser Zeitschrift XV S. 157.

actiones mit in factum concepta intentio zu bewusster und consequenter Durchbildung nicht gelangten, dafür spricht ganz entschieden G. IV 60. Er zeigt uns die Lehre von der falsa intentio in factum concepta des Formularprocesses als zweifelhaft (arg.: dubitare non debemus) und besonders als durchaus unlogische. Denn an das Wort 'intentio' sich klammernd, zieht sie in ganz äusserlicher Weise die Analogie der plus petitio heran, statt — wie es folgerichtig gewesen wäre — die Analogie der falsa demonstratio, d. h. des factum falsum. Das sieht nach äusserlicher Abfindung mit einer altüberkommenen, halbunverstandenen Lehre aus, also nach den Juristen des Formularprocesses ex lege Aebutia. Hätte schon die alte, pontificale Legisactionentheorie, die Schöpferin jener haarscharfen Unterscheidung von ius und factum, die intentio in factum officiell erörtert und ihrem System von der falsa intentio und demonstratio eingeordnet, die Lösung würde wohl folgerichtiger ausgefallen sein, als die von G. IV 60.

Im gleichen Sinne spricht, dass die offenbar altüberkommenen Intentionsdefinitionen bei G. IV 2, 3, 41 von der intentio in factum nichts wissen wollen.

Es ist also nicht wahrscheinlich, dass die Unterscheidung der intentiones in ius — in factum conceptae als bewusste, officiell formulirte schon auf die Legisactionentheorie zurückgeht.

Unsicherer zu beantworten, aber auch noch unwichtiger für unser Thema, ist die Frage, ob die Eintheilung der intentiones in ius — in factum conceptae etwa schon für voräbutische Formularklagen galt. Deren Existenz ist ja bekanntlich bestritten und bestreitbar. Wie oben (S. 276) bemerkt, dürfte der Formularprocess im Peregrinengericht als voräbutisch anzusehen sein, ja geradezu als Muster und Quelle der äbutischen Reform, dagegen der Formularprocess unter Bürgern als erst seit der lex Aebutia bestehend.

Aber wie dem auch sei, das jedenfalls wird sich vertreten lassen, dass dieser etwaige, voräbutische Formularprocess nur formulae in factum conceptae kannte, dagegen noch keine in ius conceptae.

Im nachäbutischen Fremdenprocess finden sich ja zweifellos neben formulae in factum conceptae¹⁾ auch solche in ius

¹⁾ z. B. Cic. divin. in Caecilium § 56: „si paret eam se et sua

z. B. die mit 'si civis esset': G. IV, 37, oder die mit oportere ex fide bona: arg. lex Rubria XX. Aber die ex fide bona Formeln sind anscheinend noch für Q. Mucius etwas Neues, und auch die formulae zur lex Aquilia etc. mit 'si civis esset' werden kaum älter sein, als die Anwendung jener Formularklagen unter Bürgern. Man kann sich also den voräbutischen Formularprocess (im Fremdengericht) mit lauter formulae in factum conceptae vorstellen. Dasselbe gilt, und sogar in erhöhtem Maass, für etwaige voräbutische formulae unter Bürgern. Dies könnten nur formulae in factum sein: 1. in Jurisdiction- u. ä. Fragen; 2. zum Schutz der nachmaligen 'bonae fidei contractus'.

Gab es aber in jenem neuen Verfahren ausschliesslich formulae in factum, so war auch noch keinerlei Anlass, den Gegensatz der conceptio in ius — in factum zu formuliren. Dagegen musste er sich sofort aufdrängen in dem äbutischen Formularprocess. Für diesen wird denn auch die Erfindung jener Formelneintheilung erfolgt sein.

§ 8. Ist 'actio in factum' ein classischer Ausdruck?

Der gajanische Name 'formula in factum concepta (composita)' findet sich im Corpus Iuris natürlich nicht, dafür aber die beiden bei Gaius nicht vorkommenden Ausdrücke 'iudicium in factum' und 'actio in factum'.

Von diesen ist nun iudicium in factum, welches auch in unsern Edictsfragmenten mehrfach und allein vorkommt (unten § 9 a. E.), zweifellos classisch, nur dass vielleicht — gemäss D. (3, 5) 46 (47) § 1: in quibus 'conceptio' formularum non observatur — ein 'conceptum' dabei gestrichen ist¹⁾. Bei der Abneigung der Compileren für iudicium = Formelklage²⁾ ist nicht anzunehmen, dass sie irgendwo iudicium in factum für formula in f. concepta hineininterpolirt haben. Im Gegentheil, sie mögen es gelegentlich weginterpolirt und durch ihren Lieblingsausdruck 'actio' in factum ersetzt haben.

Veneris esse dixisse; in Verr. III §§ 25, 69: si paret adversus edictum fecisse; §§ 39, 55: si paret iugera .. plura esse, quam colonus professus esset etc.

¹⁾ Vgl. Cic. de invent. II § 58: ibi (in iure) ... omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. — ²⁾ Vgl. die von Gradenwitz, Interpolationen S. 112—122 zusammengestellten Quellenthatsachen über Interpolation von contraria actio für contrarium iudicium.

Während also 'iudicium in factum' in den Pandekten immer für echt gelten kann, fragt es sich bei 'actio in factum', ob es byzantinisch ist für formula in factum concepta, iudicium in factum (conceptum), oder ob es echt und classisch ist.

Die Möglichkeit, dass 'actio in factum' vielleicht überall byzantinisch sei, wurde von Paul Krüger mir gegenüber vertreten. Da sei denn diese für die folgenden Untersuchungen entscheidende Frage hier in Kürze erörtert.

Wenn Anfangs vermuthlich actio die Legisaction im Gegensatz zum iudicium (sine actione) des Formularprocesses bedeutete, demnächst vielleicht die civile Formularklage im Gegensatz zur prätorischen (iudicium), so mussten doch spätestens in der Kaiserzeit verschiedene Thatsachen eine Erweiterung und Verallgemeinerung des Wortes 'actio' herbeiführen.

So zunächst die Umwandlung und Umnennung der prätorischen Schöpfungen zum 'ius' praetorium. Von hier aus war es nur folgerichtig, auch die prätorischen iudicia als 'actiones' zu bezeichnen.

Sodann der Schulbegriff des ius quod ad 'actiones' pertinet, worunter man — die alte Legisactionenlehre wieder auffrischend — schon seit der Vorlage des Gaius (Q. Mucius Scaevola??) alle Processangriffsmittel, einschliesslich sogar der Interdicte, zusammenzudenken sich bestrebte, vor Allem aber alle Formularklagen: civile und prätorische. Wie 'agere', 'actor', Aulus 'Agerius' (G. IV 47), so wurde auch die Unterscheidung von 'agere (actio) in rem — in personam' sehr frühzeitig auf alle formularen iudicia angewendet, so z. B. bei der Consumption der formulae in ius conceptae (Anwendung des 'bis de eadem re ne sit actio' — oben S. 281) und bei Regelung der Satisfactionspflicht (G. IV 88 ss.). Schon früh muss man also von rein prätorischen Formularklagen als 'actiones' wenigstens abusiv gesprochen haben.

Ein Vergleich der gajanischen Terminologie mit der der lex Rubria und Ciceros zeigt sehr deutlich diese Umwandlung des Sprachgebrauches. Das Ziel dieser Entwicklung war die actio im Sinne des klägerischen ius agendi, d. h. sie war gleichzeitig subjectiv und materiellrechtlich. So wird zunächst 'formula' — für die lex Rubria und noch für Cicero das objective, prätorische Schema — von Gaius und ebenso schon von Sueton

Vitell. 7 auch im subjectiv-klägerischen Sinne für die Formelklage gebraucht. Noch viel häufiger aber wird diese von Gaius IV als 'actio' bezeichnet, auch die prätorische, z. B. die Serviana, Rutiliana, Publiciana, tributoria, exercitoria etc.¹⁾ Genau ebenso die, durch diesen gajanischen Sprachgebrauch als echt bestätigten, Rubriken des hadrianischen Edicts: de noxalibus actionibus (D. 9, 4), de Publiciana in rem actione (D. 6, 2), de exercitoria, institoria, tributoria actione (D. 14; 1, 3, 4). 'Iudicium' endlich, was bei Cicero und der lex Rubria durchaus vorherrscht, tritt bei Gaius schon stark in den Hintergrund gegen dieses Wort actio, welches der lex Rubria ganz und Cicero wesentlich fremd ist. Gaius will eben das ius quod ad 'actiones' pertinet lehren, so bevorzugt er actio vor iudicium, und braucht formula wesentlich nur, wo es sich um Redactionsfragen handelt.

Und doch hat Gaius, dank seiner älteren Vorlage und gemäss dem Schulzweck seines Buches, einen verhältnissmässig strengen, archaistischen Sprachgebrauch. Von einem 'ius' praetorium sagt er noch nichts, nennt er doch sogar nie den Gegensatz actio civilis — praetoria (honoraria)²⁾. Da musste bei weniger schulmässigen Juristen, die durchweg von dem 'ius utrumque' und von jenem Actionengegensatz ausgingen, diese materielle actio-Terminologie noch viel weiter entwickelt sein. So wird z. B. bei Paulus II 2 die zweimal genannte 'actio' pecuniae constitutae echt sein und nicht etwa westgothisch für 'formula' (iudicium wäre wohl stehen geblieben). Nennt doch Paulus Sent. IV in Collat. XVI 3, 5 sogar das interdictum Q. B. praetoria 'actio'³⁾. Danach ist denn auch eine classische 'actio' in factum ganz und gar nicht a priori unwahrscheinlich. Und so zeigen die Quellen sie mehrfach in unzweifelhafter Echtheit.

Zunächst sagt G. IV 107: in rem vel in factum actum und Paulus D. (9, 4) 10: si socii non fuerint in factum agi poterit⁴⁾.

Von hier war nur noch ein Schritt zur 'actio' in factum, die sicher echt ist bei Ulpian:

¹⁾ G. IV 35, 36, 38, 69, 70, 71, 72, 74^a etc. — ²⁾ Vgl. G. IV 71, 110, 111, 112; II 253. — ³⁾ Vgl. dazu G. III 34. — ⁴⁾ Hier könnte allerdings 'in factum (concepta formula) agi' gestanden haben.

D. (44, 7) 42 § 1: Creditores . . qui aliquam actionem vel civilem habent — vel honorariam actionem, vel in factum¹⁾.

D. (43, 18) 1 § 4: exceptione in factum data (superficiario): nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

und auch bei Pomponius ad Q. Mucium D. (19, 5) 11:

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones quae legibus proditae sunt . . supplet praetor . . quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae²⁾.

Für die weiteren Stellen ist davon auszugehen, dass actio das subjective Klagrecht ist. So ist correct und technisch: actio competit, actio alicui datur, actionem habeo. Dagegen kann man diese subjectiv-klägerischen Ausdrücke nicht gut vom 'iudicium' gebrauchen, weil darin doch immer noch die ursprüngliche Bedeutung des den beiden Parteien gleichmässig zugeordneten, unparteiisch über oder zwischen ihnen stehenden Gerichts fortwirkt. So sagt denn das Edict³⁾ fast nie und — nach Küblers Stellen⁴⁾ — Cicero niemals iudicium alicui dare, sondern braucht dafür actio. Aber auch formula ist, wenigstens in seinem ursprünglichen Sinn: objectives und abstractes Klagschema, mit jenen subjectiv-klägerischen Wendungen nicht wohl vereinbar. Nur ein einziges Mal braucht Gaius IV 74 'formula competit', zur Abwechslung von dem sonst gebrauchten, correcten 'actio competit'.

Im Allgemeinen darf man daher in jenen das subjective ius agendi betonenden Ausdrücken: competit, alicui datur, habetur ein Indiz gegen iudicium oder formula sehen, also eine erhebliche Vermuthung für die Echtheit von actio. So z. B. in folgenden Stellen mit 'actio in factum':

Labeo bei Ulpian D. (9, 3) 5 § 4 (ei . . dandam), D. (27, 6) 9 § 1 (competere).

Pomponius D. (8, 2) 18 (competit).

Paulus D. (17, 1) 22 § 10 (absentibus danda), D. (39, 2) 17 § 3 (dabitur . . heredi).

¹⁾ Noch schlagender Ulpian fr. 25 § 1 eod. Darüber unten S. 299 ff. — ²⁾ Setzt man hier formulae (iudicia) in factum, so verlöre die Stelle ihre stilistische Geschlossenheit. — ³⁾ Vgl. Erman, diese Zeitschrift XI S. 246 A. 1. — ⁴⁾ Diese Zeitschrift XVI S. 150—168.

Ulpian D. (4, 3) 33 (competere), D. (17, 1) 12 § 6 (filio dandam), D. (27, 6) 9 § 1 (competere — auch 'noxales erunt', Gaius und die Edictsrubrik D. (9, 4) kennen nur 'actiones' noxales), D. (43, 4) 1 § 2 (habent), § 8 (competere); 4 § 4 (habere), D. (43, 16) 1 § 48 (competit), 3 § 1 (competit).

Danach steht es nun wohl fest, dass 'actio in factum' nicht nothwendig byzantinisch ist, sondern schon bei den Classikern vorkam.

§ 9. Die Umdeutung der formula in factum concepta zur actio in factum (D. 44, 7. 25 § 1).

Nach dieser Feststellung können wir der wichtigsten Stelle über unsere Frage nähertreten, nämlich D. (44, 7) 25 § 1 Ulpian lib. sing. Regularum.

Nachdem im pr. die 'actionum genera duo', in rem quae dicitur vindicatio et in personam quae conditio appellatur, genannt und definirt worden sind, wesentlich gleich G. IV 1, 5, 3, 2, heisst es im § 1:

Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt.

Ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum alio contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus.

Ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit quod ipse admisit, veluti furtum, vel iniuriam commisit, vel damnum dedit.

In factum actio dicitur: — ???
qualis est exempli gratia actio quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.

Zweierlei ist hier sicher: dass von vornherein in factum 'actio' dastand und nicht 'formula in factum concepta'. Sodann, dass trotzdem der Schlussabsatz aus G. IV 46 (oder seiner Vorlage) über die 'formula' in factum concepta entlehnt ist:

Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur:

qualis est formula qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit; nam in ea ita est: . . .

Und zwar war nicht nur das Beispiel entlehnt, sondern — theilweise wenigstens — die Definition. Denn unsere Stelle, die hintereinander für die actio in rem, in personam, ex contractu, ex facto eine eigentliche Definition gibt, kann nicht für die in factum gesagt haben: 'in factum actio dicitur qualis est exempli gratia . . .' Die Streichung der Definition aber kann nur durch Tribonian erfolgt sein und nur — gemäss D. (3, 5) 46 (47) § 1 — wegen formularprocessualischer Andeutungen, also z. B. 'initio formulae nominato eo . . . adiciuntur ea verba etc.'

Von wem rührt nun unsere Stelle her?

Ganz unwahrscheinlich ist zunächst, dass — wenn etwa Ulpian, wie G. IV 1 ff., 45 ff., erst weiterhin von den formulae in ius — in factum conceptae gesprochen hätte — erst die Compilatoren die 'actio in factum' in unsere Stelle gebracht hätten. Denn wenn sie einmal zu solcher Originalarbeit sich aufschwangen, hätten sie auch irgend etwas einer Definition Aehnliches hineingeschrieben.

Dagegen wäre allenfalls denkbar (die Möglichkeit wurde, im Zusammenhang mit den Zweifeln an der Classicität von 'actio' in factum, mir gegenüber vertreten: o. S. 296), dass jene Zusammenstellung von einem späteren Bearbeiter und Modernisirer von Ulpians l. sing. Regularum herrührte.

Indess, dass die 'actio' in factum nicht gegen Ulpian spricht, haben wir soeben gesehen.

Wenn ferner die Eintheilung 'ex contractu — ex facto — in factum' von grenzenloser Unlogik ist, so spricht auch dies nicht für ihre nachclassische Entstehung. Denn nicht sehr viel besser ist Ulpians Aufzählung D. (44, 7) 42 § 1: qui aliquam actionem vel civilem habent . . . vel honorariam . . . vel in factum. Und nun gar das modestinische Ragout D. (44, 7) 52 pr. (l. II Regul.): 'Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato'! Ihrer Beider Entschuldigung ist, dass ihre Vorgänger es nicht besser gemacht hatten¹⁾, vgl.

¹⁾ Vgl. Wlassak, Processgesetze I S. 84.

G. IV, 1: . . . genera actionum . . . verius videtur duo esse, in rem et in personam, nam qui quattuor esse dixerunt ex sponzionum generibus, non animadverterunt, quasdam species actionum inter genera se rettulisse. Also etwa: IV genera actionum: in rem, in personam, per sponzionem praeiudicalem, per sponzionem poenalem?! Sodann und vor Allem, dass eine einheitliche Gliederung so gut wie unmöglich war bei den in dem Actionensystem sich kreuzenden inhaltlichen und formellen, logischen und historischen Gesichtspunkten. Das hatte ja auch schon Servius erkannt, auf welchen vermuthlich die von seinem Freunde Cicero Top. § 33 gemachte Bemerkung zurückgeht:

Partitione sic utendum est, nullam ut partem relinquo . . . at si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid.

Spricht dies Alles nicht gegen Ulpian, so spricht für ihn und für die Echtheit der Aufzählung 'actiones ex contractu, ex facto, in factum' eben diese wortspielende Nebeneinanderstellung von ex facto — in factum. Wenn Ulpian hier statt des hergebrachten: ex maleficio oder ex delicto (Modestin: ex peccato) vielmehr 'ex facto' sagte, so wird eben jenes Wortspiel im Geschmack der 'pretiösen' Schöngelster des severischen Hofes zum guten Theil dazu mitgewirkt haben.

Wir können also die, übrigens durch nichts beglaubigte, Möglichkeit einer so tief greifenden Umarbeitung von Ulpians Regulae für unsere Stelle als durchaus unwahrscheinlich bezeichnen und Ulpians Autorschaft als sicher.

Dann aber bietet diese Stelle den Schlüssel für die Frage, wie und in welchem Sinne die ursprüngliche 'formula in factum concepta' zur kaiserzeitlichen 'actio in factum' umgestaltet wurde.

Ulpian entnahm für seine 'actio in factum' aus Gaius oder aus dessen Quelle die Definition der formula in factum concepta nebst dem Beispiel der in ius vocatio patroni. Was that er da mit dem Gegensatz, der 'formula in ius concepta'; fand auch sie als 'actio in ius' in die Regulae Eingang? Sicher ist, dass er die gajanische Ordnung 'in ius — in factum' aufgab, und damit zugleich die Definition der Klagen in factum als Gegensatz derer in ius: in quibus nulla talis in-

tentio concepta est etc. Er könnte nun allenfalls die 'in ius' hinterher erwähnt haben, z. B. cui opposita est in ius actio. Indess dann hätte es schon am Anfang der Stelle heissen müssen: 'ex contractu, ex facto, in factum, in ius'. Das wäre aber eine Umkehrung der römischen und natürlichen Anschauung, wonach im Rechte das ius vor dem factum kommt. Anders ging es aber auch nicht, weder 'ex contractu, ex facto, in ius, in factum', noch auch 'ex contractu, in ius, in factum, ex facto', denn offenbar sollten sowohl die beiden 'ex' Begriffe, wie auch das doppelte 'factum' ungetrennt neben einander stehen. Dieser stilistischen Rücksicht also glaubte Ulpian die formula in ius concepta (actio in ius?) einfach opfern zu sollen. Denn davon ist bei der Knappheit der regulae natürlich keine Rede, dass er den Gegensatz weiterhin nachgebracht hätte, unter nochmaliger Erwähnung der Klagen in factum.

D. (44, 7) 25 § 1 zeigt also, dass in Ulpian's lib. sing. Regularum die formulae in ius conceptae ganz fehlten, die in factum conceptae dagegen zu 'actiones' in factum materialisirt waren. Sie hatten noch das traditionelle (gajanische) Beispiel der in ius vocatio patroni und eine Formularprocessdefinition — gewiss die gajanische — aber dieser fehlte bereits ihre wichtigere negative Seite: 'in quibus nulla talis intentio concepta est'.

Was waren die Gründe und welches die Folgen dieser Aenderungen?

Dass man die formulae in ius conceptae nicht in das materielle Actionensystem hinübernahm, ist nicht wunderbar. Da sie Civil- und prätorische Klagen gleichmässig umfassten, waren sie actionenrechtlich ein Zwitter- und Unbegriff. Als Grundlage der Consumptionslehre musste man sie natürlich beibehalten, aber sie wurden wahrscheinlich nie zu 'actiones in ius' modernisirt und materialisirt.

Ganz anders die formula in factum concepta. Sie war vermuthlich die älteste Form der vom Prätor gewährten Klagrechte; jedenfalls war sie jederzeit ihre häufigste und zugleich ihre typische Form. An Zahl, wenn auch wohl kaum an Wichtigkeit, überwogen die prätorischen Klagen mit formula in factum concepta — 'innumerabiles' wie sie G. IV, 46 nennt — die mit Fiction oder Umstellung in ius concipirten. Es war

ja die Form aller prätorischen Neuschöpfungen ohne Anlehnung an das Civilrecht: für den ersten Schutz der Geschäftsverträge, für die Strafklagen im ganzen Gebiet der iurisdictio, für den Interdictenprocess (formula arbitraria!), endlich für die Billigkeitshülfe durch anhaltlose Decretalklagen. Gerade diese letzteren nun waren für unsere Frage wichtig. Denn ihre Eigenart trat immer mehr hervor, als in der Kaiserzeit die edictale Thätigkeit des Prätors zuerst thatsächlich und mit der hadrianischen Codification auch rechtlich aufhörte, während die Billigkeitshülfe durch Decretalklagen für den einzelnen Fall den Prätoeren nach wie vor verblieb. Seitdem bildete das Edict zusammen mit dem Civilsystem ein positives 'ius' utrumque, mit positiv feststehenden Klagen, civiles oder honorariae. Ihnen gegenüber aber stand die prätorische Decretalpraxis, die ganz überwiegend in formulae in factum conceptae sich bethätigte¹⁾.

So war das Interesse an der Klage 'in factum' in der Kaiserzeit eher im Wachsen, und man begreift, dass man sie als 'actio' in factum in das neue, materielle Actionensystem hinübernahm. Natürlich erfolgte diese Umdeutung allmählich und grossentheils unbewusst, wie alle solche sprachpsychologischen Vorgänge. So braucht z. B. Gaius IV, 107 den halbmateriellen Ausdruck 'si . . . in factum actum fuerit' und denkt dabei doch nur an die 'formula concepta' in factum bei der Consumptionslehre.

So naheliegend und unwillkürlich aber diese Umwandlung der 'formula concepta' in factum zur 'actio' in factum auch war, so wichtig und mannichfach waren ihre Folgen.

Zunächst wurde durch Fortfall des Gegensatzes 'in ius' die 'in factum' actio nun der verschiedensten Bedeutungen fähig²⁾.

So factum = Strafthat, vgl. das technische 'fecisse' videri, oder is 'fecit', cui prodest und deutsch: 'Thäter', handhafte 'That' u. s. w. In diesem Sinne stellt Ulpian D. (44, 7) 25 § 1 seine Kategorie der 'ex facto actiones' auf: ex facto actio est,

¹⁾ So ausdrücklich Ulpian D. (44, 7) 42 § 1: Creditores . . qui aliquam actionem vel civilem habent — vel honorariam . . , vel in factum. — ²⁾ Genau wie z. B. die 'directa' actio der Gegensatz sein kann zur actio utilis, noxalis (z. B. G. IV, 77) oder contraria; oder ius 'civile' der Gegensatz zu ius naturale, gentium, praetorium.

quotiens ex eo teneri quis incipit quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit, vel damnum dedit¹⁾.

Die 'in' factum actio bringen mit diesem Begriff von factum = Strafthat in Zusammenhang:

Ulpian D. (27, 6) 9 § 1:

Has in factum actiones (in falsum tutorem etc.) heredibus quidem competere .. in eos vero non reddi Labeo scribit, nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur.

Paulus D. (39, 2) 16 (über die actio in factum de damno infecto):

antequam damnum detur, impunitum est factum eius qui neque promisit, neque admisit in possessionem.

Am nächsten lag aber, sobald man von dem jetzt wichtigsten und typischen Fall der formula in factum concepta oder actio in factum ausging, nämlich von der prätorischen Decretalklage, die Deutung von 'in factum' als 'für den Einzelfall'.

So aufgefasst konnte man sie nun nicht nur den prätorischen Klagen im Allgemeinen entgegensetzen — so Ulpian in der schon erwähnten D. (44, 7) 42 § 1: actionem .. vel civilem .. vel honorariam .. vel in factum — sondern auch speciell einer prätorischen Klage mit formula in factum concepta, z. B. der actio doli. Wenn man dieser wiederholt eine 'actio' in factum gegenüberstellt²⁾, so geschieht dies natürlich nicht in dem Sinne von 'formula in factum concepta', denn gerade so ist ja die actio doli auch concipirt. Sondern als Klage mit concretum, dem Einzelfall entnommenen Thatbestand im Gegensatz zu dem abstracten und allgemeinen des 'dolo fecisse'³⁾.

¹⁾ Vgl. auch z. B. Paulus D. (9, 4) 9: nec a socio quicumque debet consequi, sui enim facti nomine poenam meruit. — ²⁾ z. B. Gaius D. (4, 3) 28; Ulpian D. (4, 3) 11 § 1, 33; vgl. Iul. D. (2, 14) 7 § 2 (= D. (19, 5) 5 § 2, wo 'civilem' längst als tribonianisch erkannt ist) und Pap. D. (19, 5) 1 § 2, wo v. Pokrowsky XVI S. 91 ff. gleichfalls die Interpolation von 'civilis' nachweist: oben S. 263 A. 2. — ³⁾ Nicht damit zusammenzustellen ist Ulp. D. (44, 4) 2 § 5: 'Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose,

Diese decretale actio in factum als typisches Werkzeug des Prätors d. h. der aequitas übernahmen nun auch die Byzantiner, soweit sie nicht der radical aufräumenden Richtung von D. (3, 5) 46 (47) § 1 angehörten, und suchten sie romantisch-pietätvoll zu neuem Leben zu galvanisiren¹⁾.

nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.' — Denn die exceptio doli, der er alle andern als 'in factum' gegenüberstellt, ist die doli praesentis: 'extra quam si dolo malo Ai Ai fiat'. Diese aber ist gar nicht in factum, schon in dem technischen Sinn dieses Wortes: factum = vergangene Thatsache, Thatbestand (oben S. 33). Ihr gegenüber würde Ulpian also auch die (unserer actio doli entsprechend redigirte) exceptio doli praeteriti als in factum, als thatbeständlich bezeichnet haben. Es steht eben nicht, wie oben im Text, der Gegensatz 'abstracter' und 'concreter Thatbestand' in Frage, sondern lediglich der: 'gegenwärtiges Benehmen' (materiell dem 'ius' ähnlich) und 'vergangener Thatbestand'. In der That gehören ja die Exceptionen (von der doli praesentis abgesehen!) auf's Nächste zusammen mit der demonstratio, praescriptio, intentio in factum. Auch bei ihnen handelt es sich um vergangene Thatsachen, die 'infecta reddi nequeunt' und für die lediglich die Kategorie des verum — falsum gilt (oben S. 34), vgl. z. B. G. IV 126: namque nihilo minus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti sumus. — Eine exceptio in factum im Sinne des concreten Thatbestandes dürfte dagegen gemeint sein bei Ulpian D. (43, 18) 1 § 4.

¹⁾ Dass die actiones in factum, wie fast der ganze sonstige Apparat der Formularprocessbegriffe, aus der vorjustinianischen Praxis verschwunden waren, zeigt ihr meines Wissens vollkommenes Fehlen (wie auch das der actiones utiles, ficticiae, ja sogar bonae fidei, ferner der — durch die 'praescriptiones' verdrängten — exceptiones, replicationes etc.) im Codex Theodosianus, wenigstens in unserm, westgothischen. So fehlt bei den Westgothen ja auch das 'ius quod ad actiones pertinet' von Gaius B. IV vollständig, und im Paulus liessen sie, m. W., nur einmal: V 6 § 5 eine übersehene 'utilis actio, exemplo vi bonorum raptorum' stehen, während sie den Pandekten nach die 'utilis actio' bei Paulus I 4 § 10, II 12 § 8, IV 1 § 4^a, V 6 § 8^a strichen. — Dem gegenüber erscheint denn Justinian als ein romantisch-antiquarischer Restaurator. Er nahm Gaius IV grossentheils wieder auf und pflegte die exceptiones, replicationes, actiones bonae fidei, utiles und in factum mit Liebe. Neben der 'in factum actio' (oben im Text), war die 'utilis in rem actio' sein Steckenpferd, z. B.: C. (5, 12) 30 § 1; C. (5, 13) 1 § 5^a, vgl. dazu diese Zeitschrift XIII S. 224, wo auch auf den Gegensatz zum Codex Theodosianus hingewiesen ist, bei Vergleichung von C. Th. (3, 5) 2 mit C. (5, 3) 15 § 1: 'Da wo der revolutionäre Constantin rein materiell und anti-historisch verordnete: 'si quid apud donatorem resedit, ad sponsam ... submotis ambagibus transferatur' und 'sine aliqua diminutione redhibe-

So Justinian C. (1, 2) 21 (529) in der interessanten Verordnung über das 'modis omnibus vindicari' veräussert Kirchengeräte, 'ad restitutionem earum modis omnibus coartari', was dann actionenmässig so erläutert wird: 'vel ad ipsa corpora, vel ad pretia eorum exactionem competere, sive per in rem, sive per conditionem, sive per in factum actionem, cuius tenor in multis et variis iuris articulis saepe est admissus'¹⁾.

Ebenso die so gut wie sichere Interpolation D. (6, 1) 23 § 5: . . . 'ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est', und die vielfache Interpolation von actio in factum für Interdictum (z. B. D. 42, 8; 10) und natürlich auch für 'formula' oder 'iudicium' in factum. Daher vielleicht auch

antur', da haben die neuconservativen Byzantiner ein gut formular-processualisch-actionenrechtliches 'per conditionem aut per utilem in rem actionem' eingeschaltet. — So viel eben Justinian auch von der rein praktischen Richtung seiner Codification zu rühmen weiss:

Aufnahme nur der 'utilia': Omnem §§ 1 (ter), 3; Tanta §§ 1, 5, 11, 16;

Weglassung aller 'desueta': Deo auctore § 10; Omnem § 3;

Zulassung nur der Dinge:

'quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit' (Deo auctore § 10) — in Wahrheit wurde denn doch unendlich vieles längst Vergessene zu neuem Scheinleben erweckt:

'paucis (legibus) lites perferebant, vel propter inopiam librorum . . . vel propter ipsam inscientiam, et voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur . . .'

'quorum (voluminum) et nomina antiquiores homines non dicimus nesciebant, sed nec umquam audiebant' (Tanta § 17).

Ich hoffe, auf diese interessanten, aber schwierigen Fragen demnächst bei der Compensationsgeschichte zurückzukommen, deren berichtigtes 'ipso iure' auch kaum etwas Anderes sein wird, als eine solche antiquarisch-romantische Marotte Justinians (trotz F. Leonhards kühnem Echtheitsbeweis mittelst Verbindung der leges des alten Cato mit — B.G.B. § 388! Darüber vorläufig: Erman, Centr.-Bl. f. R.W. XVI S. 349 ff.). — Einstweilen nur die Vermuthung, dass — nach einer ersten Galvanisirung durch Diokletian — das formale Actionenrecht vorübergehende Aufstrebungen gefeiert hat 1. durch Justinian, 2. durch Irnerius, 3. durch Cujaz, 4. durch Savigny-Gaius; dazwischen aber Perioden fast völligen Abkommens lagen, so insbesondere die hier in Frage stehende zwischen Diokletian und Justinian!

¹⁾ Vgl. Erman, Sav.-Zeitschrift XIII S. 224.

die eigenthümliche Ausführung über die actio in factum legis Aquiliae J. (4, 3) 16¹⁾.

Wann erfolgte diese Umdeutung des von Gaius uns erhaltenen, durch die Consumptionslehre als der ursprüngliche bezeugten Begriffes der formula in factum concepta, des iudicium in factum (conceptum)? Das ist nicht zu sagen. Bei der allgemeinen (für uns so unangenehmen) Neigung der Römer, durch dasselbe Wort die verschiedensten Begriffe zu bezeichnen²⁾, ist es durchaus möglich, dass der vieldeutige Ausdruck 'iudicium in factum' schon relativ früh auch in der Bedeutung von 'für den Einzelfall' gebraucht wurde. So anscheinend in den Edicten mit 'in factum (conceptum?) iudicium dabo'³⁾.

¹⁾ Hier ein Wort über den § 7 'Actiones in factum und actiones utiles', den Pokrowsky seiner russischen Ausgabe eingeschaltet hat, als Erwiderung auf Servus vicarius S. 505: 'Et comment avec la terminologie de Pokrowsky aurait-on pu établir la distinction entre les actions legis Aquiliae utiles et in factum?' — Was Pokrowsky ausführt, dass die 'actiones in factum' hier meist Parallelgebilde der actio doli seien, nicht der actio legis Aquiliae und daher nicht (wie alle actiones ad exemplum legis Aquiliae) die Litisrescenz hätten — das alles ist recht hübsch. Nur ist es keine Antwort auf meine Frage! Actio in factum bedeutet für Pokrowsky 'actio praetoria' (S. 95: 'alle prätorischen Klagen . . . sind actiones in factum; beide Gegensätze actio in ius — actio in factum, actio civilis — actio praetoria, fallen vollständig, ohne jegliche Ausnahme oder Beschränkung zusammen'); da fragte ich denn — und frage noch — wie man diesen Begriff in Gegensatz stellen konnte zu einer andern prätorischen Klage, z. B. der actio utilis legis Aquiliae (oder aber auch der actio doli)? Die Antwort ist nur gegeben, wenn Pokrowsky dort für 'actio in factum' — 'actio praetoria' einzusetzen vermag, ohne Unsinn herauszubekommen! — ²⁾ Z. B. actio directa (Gegensätze: utilis, noxalis, contraria); ius civile (Gegensätze: praetorium, gentium, naturale), u. s. w. — ³⁾ Wir besitzen deren noch vier, davon zwei in der directen, also nach Dernburgs wohlbegründeter Vermuthung älteren Form: D. (9, 3) 5 § 6 (qui adversus ea fecerit . . . in eum . . . in factum iudicium dabo); D. (43, 4) 1 pr. (si quis dolo malo fecerit, . . . in eum in factum iudicium q. e. r. e. . . dabo); die beiden andern in der jüngeren si dicetur-Form: D. (42, 5) 9 pr. (beide Formen?); D. (47, 12) 3 pr. Dass die Compileroren (oder die Schreiber) es in einigen andern Edicten wegliessen, ist möglich; undenkbar dagegen, dass es in allen Edicten mit 'iudicium dabo' erst von ihnen beseitigt wäre. 'In factum iudicium dabo' ist also verschieden von dem blossen (regelmässig auch auf eine formula in factum auslaufenden) iudicium dabo! Eine durchaus genügende Erklärung dafür bei Bekker, Aktionen II S. 149

Endlich fragt es sich, ob diese Umdeutungen der 'in factum conceptio' etwa auch die Consumptionslehre in Mitleidenschaft zogen? Da nach Ulpian D. (44, 7) 25 § 1 die conceptio in ius jene Umwandlung nicht mitmachte (oben S. 46) und doch gerade auf ihr die Consumptionstheorie beruhte, ist durchaus wahrscheinlich, dass für jene alttraditionelle Lehre auch die alte, bei Gaius erhaltene Ausprägung des Gegensatzes 'in ius — in factum' beibehalten wurde. Nur dass etwa ein klägerischer Anwalt, oder ein controversenlustiger Jurist gelegentlich die conceptio in ius und damit die ipso iure-Consumption geleugnet haben könnte für prätorische Oportereklagen mit stark überwiegenden factischen Elementen, z. B. für die nun zu erörternde 'actio in factum' de damno infecto.

§ 10. Die actio in factum de damno infecto.

Die lex Rubria XX gibt uns zwei Formeln (anscheinend des Peregrinedicts) gegen den, der die anbefohlene repromissio oder satisdactio damni infecti nomine nicht leistete:

Sei . . . Q. Licinius damnei infectei . . . nomine . . . eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio repromeississet (oder: ea stipulatione . . . satisdedisset), tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d. f. oporteret ex f. b. . . e(ius) i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto II vir(ei) . . . Q. Licinius eo nomine . . . L. Seio damnei infectei repromittere (oder: satisdare) noluit, c(ondemnato), s. n. p. a.

A. 28: 'Im Edict wird mehrfach, aber wie es scheint nicht häufig eine Action eingeführt mit den Worten 'in factum iudicium dabo', da nun aber keineswegs alle in factum concipirten Actionen also eingeführt werden, und die Worte in factum doch auch, zumal in der Julianischen Redaction, nicht überflüssig gestanden haben werden, so mag die Vermuthung Grund haben, dass hiemit iudicia ohne feste Formel bezeichnet wurden, 'in factum i. d.', d. h. mit einer den concreten Umständen anzupassenden Formel. Danach wäre dies ein Gegenstück zu dem 'causa cognita i. d.'; beide Male gibt der Prätor selber den Inhalt des Edicts als unvollkommen zu, beide Male wird seinerseits eine Nachprüfung erfordert, hier um über das Wie, dort um über das Ob des iudicium dandum zu entscheiden . . . Dagegen sind 'in factum iudicium datur, competit' und ähnliche, im Munde von Juristen zweifelhafte Ausdrücke, die füglich aus der Conception in factum erklärt werden können?'

Trotz des wichtigen, thatbeständlichen Elements: 'sei . . . repromittere noluit', sind diese Formeln nach der bei G. IV, 45 f. erhaltenen Theorie lediglich als 'in ius conceptae' zu prädiciren. Denn die 'in factum conceptio' beruht nach dem § 46 nicht bloss auf dem Vorhandensein einer thatbeständlichen intentio, sondern vor allem auf dem Fehlen jedweder Rechtsbehauptung: 'in quibus nulla talis intentio concepta est'. Hier aber liegt in dem 'quicquid d. f. oporteret ex f. b.' eine iuris intentio vor, genau wie in den von Gaius zweifellos als 'in ius' bezeichneten Formeln der §§ 32—38 (vgl. oben S. 17).

Den Pandekten nach scheint es nun, als ob diese Formel in das stadtpätorische Edict übergegangen sei, und als ob sie von Paulus und Ulpian sechsmal als in factum actio bezeichnet würde¹⁾. Es 'scheint' so, denn es bietet sich die doppelte Möglichkeit, entweder, dass die von Paulus und Ulpian commentirte Formel nicht die rubrische ist, oder aber, dass der Name actio in factum erst von den Compilatoren herrührt.

Eine von der rubrischen verschiedene Formel, bei der die Fiction mehr für den Betrag, als für das Platzgreifen der condemnatio angerufen würde, nehmen Bekker und auch Lenel mit Recht als möglich an²⁾. Das Edict wäre jedenfalls damit durchaus verträglich:

D. (39, 2) 7 pr. Ulp. l. 53 Ed.

Praetor ait: . . . in eum qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, iudicium dabo ut

¹⁾ Paulus l. 48 Ed. D. (39, 2) 18 § 13: Si pupillus prohibuit iri in possessionem damni infecti, placet in eum non iniuste competere (Trib. für: 'dandum esse?') hanc in factum actionem; § 15: sed si in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest. Ulpian l. 1 Ed.: D. (39, 2) 4 § 2: An tamen is qui non admittit, etiam pignoribus a magistratu coercetur? Non puto, sed in factum actione tenebitur; l. 53 Ed. D. (39, 2) 15 § 34: potest autem et in factum actione recipere hoc quod impendit; § 36: si quis ex hoc edicto a praetore in possessionem missus, non est admissus, in factum actione uti poterit; 17 § 3: actio ista quae in factum est, perpetuo dabitur et heredi etc. Ueber D. (43, 4) 4 § 4 Ulp. l. 69 Ed.: item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem vgl. Lenel, Edictum S. 300, S. 377, der hierin nicht unsere fictische actio in factum erkennt, sondern die aus dem Interdict 'ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus est'. — ²⁾ Bekker, Aktionen II S. 110 n. 9; Lenel, Edictum S. 300.

tantum praestet quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo . . . cautum fuisset.

Vgl. D. (39, 2) 15 § 36 Ulp. eod.

in factum actione uti poterit, ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset.

D. (43, 4) 4 § 2 Ulp. 69 Ed.

praetor in eum qui neque cavit, neque possidere passus est . . . iudicium pollicetur in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat.

Zu solcher Abänderung der Peregrinenformel könnte den Stadtprätor die steigende Vorliebe für die *conceptio in factum* als Normalform des prätorischen Eingreifens veranlasst haben, sowie die Analogie nächstverwandter Klagen, die zweifellos in *factum concipitur* waren: auf der einen Seite die Klage gegen die Municipalmagistrate, die die *cautio damni infecti* anzuordnen versäumten: D. (39, 2) 4 § 7, auf der andern die Klage wegen *vim facere ne in possessione sit* bei *missio damni infecti*: D. (43, 4) 4 § 4 und bei allen sonstigen Missionsfällen: D. (43, 4) 1 pr. Pokrowskys Beweise für die Identität der Pandektenklage mit der rubrischen *halten nicht Stich*¹⁾. Indess spricht dennoch zweierlei für diese Identität. Einmal die allgemeine römische Erhaltungstendenz; es war leichter und naheliegender, die aus dem Peregrinenedict geläufige Formel in das des Stadtprätors zu übernehmen, als eine neue aufzustellen. Sodann die Häufigkeit und der Nachdruck, womit unsere Klage als *in factum* bezeichnet wird. Das deutet auf irgend etwas Besonderes; entweder, dass Paulus und Ulpian den Namen eigentlich ungehörig fanden (also keine *in factum conceptio* nach G. IV, 46!) oder aber auch, dass der Name *tribonianisch* ist.

Als Veranlassung zur Interpolation wäre zu denken, einmal der Gebrauch eines verpönten Ausdrucks: *formula ficticia* oder *actio ficticia*. Auf der andern Seite die ausgesprochene Vorliebe der (oder doch einiger) Compileren für die *actio in factum* (s. o. S. 49), sowie das Beispiel der benachbarten *in factum actiones*.

¹⁾ Die rubrische Klage ist aus der Municipaljurisdiction. Ebenso nach D. (39, 2) 4 § 2 unsere *actio in factum*. Darum soll die Redaction Beider dieselbe sein müssen! — Dass ferner gerade die *intentio* unserer *actio in factum* ficticisch sei, sagen die römischen Juristen nicht!

Indess, so möglich dies alles ist, am wahrscheinlichsten ist doch, dass jene sechs Stellen mit *actio in factum* echt sind und gerade auf die rubrische Formel sich beziehen. Danach hätten denn Paulus und Ulpian, der Gaiuslehre zuwider, eine aus Thatbestand und Rechtsbehauptung gemischte Zwitterformel als *in factum* angesprochen. Das ist nach Ulpian's *Regulae D. (44, 7) 25 § 1* nicht mehr auffällig. Darin war ja die *actio in factum* nur noch positiv bestimmt, durch Vorhandensein einer *intentio in factum* (*nominato eo quod factum est*: G. IV, 46), dagegen nicht mehr negativ durch Abwesenheit jeder *iuris intentio* (*nulla talis intentio concepta*: G. IV, 46). So musste man zwar nicht, wohl aber konnte man Mischformeln mit *intentio et iuris et facti* als *in factum actiones* prädiciren¹⁾, zumal wenn (ausser der allgemeinen Gunst gerade für diese Klagen: oben S. 302 ff.) noch besondere Analogien dafür sprachen, wie hier die der *actiones in factum* bei andern Missionsfällen oder neben andern *Interdicten*. Dass aber diese Bezeichnung eine ganz normale und herkömmliche nicht war, dafür spricht die Häufigkeit, mit der Paulus und Ulpian sie anwenden²⁾, und der Nachdruck, mit dem dieser von ihr sagt D. (39, 2) 17 § 3: *Actio ista, quae in factum est* —³⁾.

§ 11. Die *ipso iure*-Consumption prätorischer Klagen.

Im Nachstehenden soll die Consumptionfrage natürlich nicht im ganzen Umfange erörtert werden, sondern lediglich mit Rücksicht auf die Behauptung, die Pokrowsky — unter theilweiser Zustimmung H. Krügers und Anderer — der herrschenden Lehre gegenübergestellt hat:

bei prätorischen Klagen, als *in factum conceptae*, sei die *ipso iure*-Consumption unmöglich gewesen.

¹⁾ Bei der *actio in factum* war ja die Conceptionsfrage ohnehin weniger erheblich, als bei der *formula concepta in factum*! — ²⁾ Andere *Fictionsklagen* (auch speciell wegen nichtgeleisteter *Caution*: Ulpian D. (1, 7) 19 § 1), heissen in den Pandekten *actio utilis*, dagegen niemals *actio in factum*, z. B. *Afric. D. (4, 6) 43*; *Papin. D. (46, 1) 48 § 1*; *D. (49, 14) 20*; *D. (49, 15) 10 § 1*; *Paulus D. (4, 2) 21 § 6*; *Ulpian D. (1, 7) 19 § 1*; *D. (28, 6) 2 § 3*. — ³⁾ Unzureichend über dies Problem: *Erman Servus vicarius p. 505*; v. Pokrowsky deutsch S. 75 ff.; russisch S. 75 A. 1; und die von ihnen Citirten.

Stellen über die Consumption prätorischer Klagen mit *oportere* finden sich nur für die Processvertretung und für die *adjecticischen* Klagen. Es empfiehlt sich aber, vor ihrer Untersuchung zunächst die Frage im ganzen Umfang nach allgemeinen Grundsätzen zu erörtern. Sie ist überaus schwierig, ja vielfach unlösbar mit den dürftigen Nachrichten, die wir z. B. über die Behandlung und Auslegung der Fictionsklagen haben.

Anders wäre es bei Pokrowskys Consumptionstheorie: *ipso iure*-Consumption nur für Civilklagen, für alle prätorischen auch die prätorische Consumption. Da fielen denn die meisten, und gerade die schwierigsten jener Fragen hinweg. Aber die Theorie ist falsch, da *formula in ius — in factum concepta* bei G. IV, 106 eben ganz und gar nicht synonym ist mit *actio civilis — praetoria*. Die *ipso iure*-Consumption der *formulae in ius conceptae* galt also grundsätzlich auch für prätorische Klagen mit (*fictionsweisem* oder *transponirtem*) *oportere*. Und daraus gerade entstehen jene für uns oft unlösbaren Räthsel.

So war es denn ein verhängnissvoller, methodischer Fehler¹⁾, ein Berichtigen des absolut Zweifellosen auf Grund von absolut Unsicherem, wenn Pokrowsky es unternahm, den Gaiusbericht über die Formelneintheilung IV, 45 ff. aus- und umzudeuten nach unsern vielfach kaum hypothetischen Kenntnissen von der Consumption der prätorischen Klagen mit *oportere*.

Die Lehre von der *ipso iure*-Consumption war in ihren Einzelheiten sicherlich höchst controvers. So konnte der Geschworne im zweiten Process zweifeln, ob er wegen *ipso iure*-Consumption abweisen solle, und die zu Rathe gezogenen Juristen konnten und mussten dann über diese Frage des *officium iudicis*, des *ipsum ius civile* controvertiren²⁾, weil z. B. der Anwalt des Klägers die so überaus dehbare und

¹⁾ Irrig Pokrowsky XVI S. 32 f.: 'Es ist nicht zu ersehen, was gegen diese rein inductive Untersuchungsweise eingewendet werden kann; dass nur sie zu sicheren Resultaten zu führen im Stande ist, kann keinem Zweifel unterliegen'. — ²⁾ Wie controversenfrohen die Kaiserjuristen waren, sehen wir aus Gaius und z. B. aus D. (7, 2) in der Mommsenschen Ausgabe. Was würde da Alles am Rande von D. (44, 2) nachzutragen sein, wenn ein den Vat. fr. vergleichbarer Fund auch in dieser Materie den dichten, tribonianischen Harmonisirungsschleier uns lüftete!

zweifelhafte 'eadem res' bestritt oder auch, dass der erste Kläger befähigt gewesen sei zum 'rem in iudicium deducere'¹⁾.

Weitere Zweifel konnte des Klägers Anwalt dem Geschwornen und den Juristen erwecken hinsichtlich der 'in ius conceptio' der ersten Formel (z. B. der Fictionsklage *de damno infecto!* oben S. 55). Endlich und vor allem darüber, ob der Geschworne des zweiten Processes die Fiction des ersten irgendwie berücksichtigen müsse, wenn z. B. nach der Klage 'si heres esset' des *bonorum possessor* der heres selbst mit *directa actio* dasselbe *dari oportere* einklagte (unten § 17). An Schwierigkeiten und Zweifeln war also kein Mangel in dieser Consumptionslehre, die aus historischen Ursachen (oben S. 27 ff.) aber unlogisch, prätorische und civile Klagen gleichmässig einem formalistisch civilen Aufhebungsgrunde unterwarf.

Wo kam nun diese ganze *ipso iure*-Consumption des äbutisch-julischen Formularprocesses (G. IV 106—107; III 180—181) überhaupt her?

Durch G. IV, 108 und Rückschlüsse aus dem Formularauf den ihm durchgängig vorbildlichen *Legisactionenprocess* steht fest, dass die *Legisactionen* — wenigstens für *actiones in personam* mit *iuris intentio*²⁾ — durch *Litiscontestatio*

¹⁾ Nach v. Pokrowsky gälten diese beiden Begriffe allerdings nur für die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (SS. 52, 67, dazu die polemische Note russ. S. 34 A. 1: 'die *ipso iure*-Consumption entsprang einzig der blossen Thatsache des ersten Processes und diese Thatsache konnte durch Auslegung schlechterdings nicht zerstört werden'). Als ob das 'bis de eadem re ne sit actio' nicht Grundlage und Quelle der *ipso iure*-Consumption genau so wie der prätorischen wäre! Ueber seine Behauptung, dass das *rem in iudicium deducere* nur auf die *exceptio 'rei in iudicium deductae'* sich beziehe, vgl. unten S. 66. —

²⁾ Ob es *Legisactionen* mit *intentio in factum concepta* gab, zumal aber, ob man sie als solche anerkannte, bezeichnete und behandelte, ist dunkel: oben S. 292. — Wie stand es aber mit der Wiederanstellung von *Legisactionen* in *rem*, von *vindicationes*? Da Gaius IV 108 unmittelbar anknüpft an die Verneinung der *ipso iure*-Consumption bei *Formularklagen* in *rem* oder in *factum*, scheint er das 'de ea postea *ipso iure agi non poterat*' auch gerade für die *legisactio in rem* bezeugen zu wollen! Und das Verbot des 'actum agere' sollte doch schon bei den *Legisactionen* ausnahmslos gegolten haben. — Auf der andern Seite wäre allerdings das Versagen der *ipso iure*-Consumption bei den *formularen* in *rem actiones* leichter zu erklären als Erbschaft schon von

ipso iure consumirt wurden, d. h. nicht mehr angestellt, und — wenn irrthümlich doch zur Anstellung zugelassen — vom Geschwornen des zweiten Processes abgewiesen werden sollten.

Hierauf ging denn das durchgängig¹⁾ schon der Legislationenzeit zugewiesene Sprichwort der veteres bei G. III, 180: ante litem contestatam dare debitorem oportere etc.

Dieses System nebst jener sprichwörtlichen Zusammenfassung wurde dann beim Aufkommen des neuen Processverfahrens auf dieses in der bei G. IV 106—107 erhaltenen Form übertragen, zweifellos durch eine constitutio prudentium bald nach der lex Aebutia²⁾.

Aber die, gewiss von Niemand vorhergeahnte, folgenschwere Entwicklung der prätorischen Klagen mit ficticischem oder transponirtem oportere führte zu Fragen und Zweifeln, von denen bei den Legislationen noch ganz und gar keine Rede gewesen war.

§ 12. Der Parallelismus von Consumption und Novation.

Auf jene Schwierigkeiten weist Pokrowsky in treffender, hier und da neuer Weise hin. Er irrt aber, wenn er sie als der Consumption eigenthümliche, processtechnische Fragen ansieht. Denn all diese Fragen und Zweifel kehren genau so bei der Novation wieder, die ja schon für die römischen

den Legislationen her, so Girard Manuel de droit romain 1898 p. 983. — Weiteres über diese schwierige Frage unten § 16 a. E.

¹⁾ So jetzt auch von Wlassak, Litiscontestatio S. 56 A. 1, anders früher: Processgesetze I S. 99 f. — ²⁾ In den durch das ipso iure consumitur nicht gedeckten Fällen wird sich die urrömische Abneigung gegen das — Kraft und Autorität vergeudende — actum agere sicherlich auch von vornherein bethätigt haben, vgl. z. B. Bekker, diese Zeitschrift XV S. 166: 'die exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae muss jedenfalls aus der Jurisdiction des praetor peregrinus stammen, da Ausnahmen von dem 'bis de eadem re ne sit actio' in Rom doch kaum gemacht sein dürften.' — Indess stand die Vereitelung des zweiten Processes hier ganz in dem Belieben des (nur seinem Gewissen verantwortlichen) Magistrats — soweit nicht, nach Wlassaks feiner Bemerkung, die Vereitelung des zweiten Processes dem Prätor durch die lex Aebutia (oder Iulia) vorgeschrieben war, also beim in rem oder in factum agere im 'iudicium legitimum'. Dann lag insoweit eine exceptio ex lege (substantiam capiens) vor, die der Prätor zwar, wie jede andere auch, verweigern konnte, aber nicht verweigern durfte.

Juristen durchweg der Consumption parallel geht. Der Ursprung und damit auch die Lösung jener Räthsel ist also ganz und gar nicht in der speciellen, processtechnischen Consumptionslehre zu suchen, sondern in einem höheren, der Consumption und Novation gemeinsamen Gebiete, nämlich dem der materiellrechtlichen Voraussetzungen für Gültigkeit und Wirkung dieser Actionsaufhebungsacte.

Novation und ipso iure-Consumption standen sich natürlich auch darin gleich, dass allenthalben der Prätor ergänzend und nachhelfend, mit Denegationen oder Restitutionen, dahinter stand. Er durchhieb die Knoten, die dem Scharfsinn und der Gewandtheit der Juristen widerstanden, und so wurden 'interpretatione vel certe iurisdictione'¹⁾ die Schwierigkeiten beseitigt. Unser Thema hat es indess lediglich mit dem ersteren zu thun, mit dem von der interpretatio der Juristen entwickelten Civilinstitut der ipso iure-Consumption.

Für Consumption und Novation gleichmässig gelten nun mehrere wichtige Unterscheidungen.

Zunächst eine von Pokrowsky mit Recht betonte Verschiedenheit zwischen der Klage des wirklichen Actionssubjects (des 'Titulars') und der des Vertreters im allerweitesten, rein materiellen Sinn²⁾. Während die Vertreterklage der Consumptionswirkung ermangeln kann³⁾, kommt diese der Klage des Titulars stets zu. Warum? — Weil diese Klage allein 'in ius concepta', d. h. civil ist! antwortet Pokrowsky von seiner falschen Auslegung von G. IV 106 f., 45 f. aus. Aber genau ebenso steht es ja bei der Novation, wenn nach Novation (oder sonstiger Obligationsaufhebung) des Titulars ein Dritter diese getilgte Obligation noviren will!

Die Erklärung ist eben einfach die, dass eine aufgehobene, nicht mehr existente Obligation auch nicht mehr übertragen werden kann, weder durch Litiscontestatio noch durch Stipu-

¹⁾ Pedius-Ulpian D. (1, 3) 13 quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri — dazu Erman, diese Zeitschr. XIII S. 203 A. 3. — ²⁾ Also nicht bloss des cognitor, procurator, tutor etc. gegenüber dem dominus, des bonorum emptor vivi gegenüber dem Cridar, sondern sogar des bonorum possessor gegenüber dem heres. So treffend v. Pokrowsky XVI S. 72. — ³⁾ z. B. die des procurator absentis.

lation. Wenn durch eine Klage des Titius 'desiit Titio dari oportere', und nun der Prätor eine Transpositionsformel erteilt: *Quidquid Titio dari oportet, eius Agerio condemna* — was kann oder soll da der Geschworne anders thun, als eben den Agerius abweisen, da Titio dari oportere desiit¹⁾!

Für die Litiscontestation oder Novation dritter, vom Titular verschiedener Personen greift dagegen die selbstverständliche Unterscheidung durch, dass man ohne eigenen Willen seiner Pflichten, aber nicht seiner Rechte entledigt werden kann. Daher die absolute Verschiedenheit der den Titular von einer actio befreienden und der ihm eine actio entziehenden Novation oder Consumption.

Eine Zustimmung des alten Schuldners ist nur im zweiten Falle nöthig und kommt hier in dem Acte selbst zum Ausdruck. Dagegen ist stets unerlässlich die Zustimmung des alten Gläubigers, nur dass sie im ersten Falle schon in dem Act selbst liegt, im zweiten dagegen nicht. Daher muss hier der Gläubiger besonders und ausserhalb des Actes seine Zustimmung erklären.

Also: dadurch allein, dass der alte Gläubiger mit einem beliebigen Dritten novirt oder litem contestirt²⁾, gibt er seine alte Forderung auf und macht den alten Schuldner frei. Und zwar erfolgt diese Befreiung bei der Novation stets ipso iure, bei der Consumption aber nur dann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen: oportere-Formel und iudicium legitimum³⁾.

¹⁾ Selbstverständlich beseitigt aber der Prätor diese Consequenzen der Civilrechtslogik, wo immer sie in seine Reformpläne nicht passen. Da hilft er denn, bei der Novation genau wie bei der Consumption, durch rescissorische Klagen. So etwa, wenn zum Nachtheil eines bonorum possessor cum re der heres seine Civilstellung novirend oder consumirend ausbeutete. Vorbehaltlich natürlich der billigen Rücksicht auf den drittbetheiligten Erbschaftsschuldner. Wie vielfach (z. B. D. 7, 2), so auch hier fing eben das eigentliche, meisterhaft feine 'classische Recht' gerade da erst an, wo unsere tribonianischen Pandekten aufhören. — ²⁾ So stets, wenn die intentio, actio dieselbe bleibt, also bei allen Transpositionsklagen. Schwierig dagegen auch hier die Fiction 'si heres esset'. Wenn ein Erbschaftsgläubiger gegen den bonorum possessor geklagt hatte, wurde dann der heres dadurch frei? — Unten § 17. — ³⁾ Vgl. Ulp. D. (46, 2) 8 § 5: liberat . . . me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim; Pomp. D. (46, 3) 23: solutione vel iudicium pro

Beiläufig ist für die Novationslehre etwas auffallend Labeo D. (46, 3) 91: 'si debitor tuus non vult a te liberari et praesens est, non potest invitus a te solvi'. Sah Labeo da wirklich nicht den naheliegenden Ausweg, auf den des Paulus 'immo' hinweist, das supponere: 'a quo debitum novandi causa stipuleris'? Oder dachte er an ein thatsächliches Verhindern des formalen Stipulationsacts durch Hineinsprechen u. s. w. des alten Schuldners? (Der Schlusssatz mit der doli mali praescriptio geht natürlich auf die Klage gegen den expromissor!) — ¹⁾.

Für die Actionsübertragung auf der Gläubigerseite, vom Titular auf ein anderes Activsubject, sind drei, bei der defensio fast ganz in eins verlaufende Fälle scharf auseinanderzuhalten: 1. die gewillkürte Vertretung — 2. die vormundschaftliche Vertretung — 3. die prätorische Actionsübertragung (bonorum emptor, possessor etc.).

Der erste Fall fordert selbstverständlich die Zustimmung des alten Gläubigers, und zwar liegt diese hier nicht schon in dem Litiscontestations- oder Novationsact, sondern muss daneben besonders geäußert werden²⁾. Nur die Form dieser Zustimmung ist für Novation und Consumption verschieden.

nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus. — Genaueres über die von Pokrowsky geleugnete ipso iure-Consumption durch Klage gegen einen defensor: unten S. 69.

¹⁾ In dem Zwangscharakter des Processes begründet ist die doppelte Verschiedenheit der defensio gegenüber der expromissio: 1. dass sie stets satisfactio fordert: nemo alienae rei sine satisfactioe defensor idoneus intellegitur G. IV 101; 2. dass sie bei angebotener satisfactio in gewissem Sinne angenommen werden muss; nämlich in dem Sinne, dass der Gläubiger, wenn ein satisfactionsbereiter defensor sich anbietet, den Schuldner nicht als indefensus behandeln darf. Verzichtet er dagegen momentan auf Verfolgung des Schuldners, so braucht er auch nicht mit dem defensor sich einzulassen. Diese Einlassung ist in condicione non in obligatione. Sie widerspricht also nicht dem Satze, dass Novation und Consumption stets die freiwillige Zustimmung des Gläubigers erfordern. — Dagegen war es in etwas contra rationem, dass auch bei cognitorischer (also vom Schuldner gebilligter und ihn mit der actio iudicati bindender) defensio die satisfactio iudicatum solvi gefordert wurde, und zwar vom Schuldner selbst. Principmässig hätte er sie hier gerade so wenig leisten müssen, wie wenn er persönlich processirte. Indess haben die Römer sich eben nie ganz freigemacht von der Auffassung, dass das Processiren durch einen Vertreter eine besondere, ausnahmsweise Vergünstigung sei. So musste sie denn auch hier durch die Satisfactio erkauf werden. — ²⁾ Ulp. D. (46, 2) 8 § 5: non tamen si quis stipuletur

Für die Novation ein 'iubere' vom alten an den neuen Gläubiger, oder auch ein 'delegari' des Schuldners an ihn. Beide Ausdrücke bereits bei Cato de re rustica 146, 149¹⁾. In der Kaiserzeit reicht zur Civilgültigkeit der Novation auch ein durchaus formloses iubere oder delegare hin, während man für das ursprüngliche Novationsrecht, trotz mangelnder Zeugnisse, auch hier einen Formalact vermuthen möchte²⁾.

Langsamer und unvollständiger als das Verkehrsinstitut der Novation befreite sich die processrechtliche Consumption von den Formschränken. Erst nach Hadrians Edict, ja vielleicht erst nach Gaius' Institutionen verzichtete die Praxis auf die bis dahin unbedingt geforderte Form der cognitoris datio. Darüber nachher (unten S. 65 ff.).

Soweit nun eine solche (formgültige) Zustimmung des Gläubigers nicht vorliegt, lässt die Stipulation oder Litiscontestation, wie formgerecht sie auch sein mag, die Forderung des alten Gläubigers iure civili natürlich ganz unberührt. Sie mag eine neue Obligation begründen, civile Aufhebungskraft dagegen hat sie nicht.

Mehr ergänzt als durchbrochen wird dies Willensprincip durch die Sätze über vormundschaftliche Novation oder Litiscontestation. Auch hier ist die Consumption hinter der verkehrsrechtlichen Novation etwas zurück.

Im alten Recht war eigenes Noviren, sowie iussus und delegatio mit Civilwirkung vermuthlich nur dem tutor infantis und curator furiosi kraft ihrer Herrenstellung³⁾ zugestanden,

quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur; — Ulp. eod. 11 § 1: fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litiscontestationem; — Pap. Vat. Fr. 263: interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit; etc.

¹⁾ cap. 146: domino, aut cui iusserit, promitto; cap. 149: donicum pecuniam satis fecerit aut delegarit. Vgl. G. II 38: opus est ut iubente me tu ab eo stipuleris, quae res efficit ut a me liberetur. — ²⁾ Ulpian D. (46, 2) 17: Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest; Ulp. D. (15, 4) 1 § 1: Iussum . . accipiendum est, sive testato quis, sive per epistulam, sive verbis aut per nuntium . . iusserit. Vgl. ausserdem D. (46, 2) 27; D. (38, 1) 37 § 4 und im Ganzen Pernice, Labeo I 504 ff., Brinz, 2. Aufl. II S. 374 ff. — Ausserdem kommt noch in Betracht Paulus D. (46, 2) 20 § 1: potest novare . . procurator omnium bonorum. — ³⁾ Vgl. z. B. Julian D. (47, 2) 57 (56) § 4: Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si in potestatem suam redegerit rem fur-

während überall anders wohl Selbstdelegiren des Mündels tutore auctore Platz griff. In der Kaiserzeit dagegen sind tutor und curator durchweg — si expediat — zum Noviren und Delegiren mit ipso iure-Wirkung befähigt¹⁾. Dagegen sind noch im hadrianischen Edict tutor und curator zur cautio de rato verpflichtet, also zur Civilconsumption unfähig, während sie allerdings schon bei Gaius und durchgängig in den Pandekten cognitoris loco zu stehen scheinen (unten S. 323).

Wirklich aufgegeben ist endlich das Willensprincip in den Fällen der prätorischen Vermögens- und Actionenübertragung: bonorum emptor, bonorum possessor etc. Die schwierige Frage der Consumption in diesen Fällen ist in einem besonderen Paragraphen (§ 17) zu untersuchen, nach vorgängiger Erörterung der Quellenstellen über die Consumption bei vertretungsweisen Klagen, einschliesslich der formell ja auch vertretungsweisen, defensorischen actiones adiecticiae qualitatis.

§ 13. Die ipso iure-Consumption bei Vertreterklagen.

Hier wird Pokrowsky von seiner sonstigen Folgerichtigkeit bedenklich verlassen.

Eine formula in factum concepta macht nach G. IV 107 die ipso iure-Consumption unmöglich. Transpositionsklagen sind nach Pokrowsky, weil prätorisch, auch in factum conceptae. Folglich muss bei solchen Klagen die ipso iure-Consumption absolut unmöglich sein.

Und doch nimmt sie Pokrowsky für die Klage des cognitor an. Damit vernichtet er seine These widerspruchlos, und hätte wahrlich nicht mehr nöthig gehabt, dieser These zu Liebe die ipso iure-Consumption bei defensorischer Vertretung erst stillschweigend, in der russischen Ausgabe aber sogar mit dem Versuch eines Quellenbeweises zu leugnen²⁾. Denn wenn die Civil-

tivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. Sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo (mancipando!) rem furiosi alienare existimetur. — Dazu z. B. Voigt, Röm. Rechtsgeschichte I S. 553.

¹⁾ Gaius D. (46, 2) 34 § 1: adgnatum furiosi aut prodigi curatorem novandi ius habere, minime dubitandum est, si hoc furioso vel prodigo expediat; Paulus eod. 20 § 1: Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare, tutor potest, si hoc pupillo expediat. — ²⁾ Nachdem er im § 2 (deutsch) nachzuweisen versucht hat, dass bei adjecticischen Klagen die

consumption bei der Cognitorklage vorkommt, obwohl dieselbe prätorisch und transpositivisch ist, so kann eine derartige Klage auch anderwärts ipso iure-Consumption begründen. Und sie kann unbedingt nicht, wie Pokrowsky lehrt, in factum concepta sein!

Sein Missverständniss liegt in Folgendem:

Während er der herrschenden Lehre gegenüber nachweisen müsste, dass bei transpositivischen Klagen, als praetoriae und daher in factum conceptae, die ipso iure-Consumption versagen muss, begnügt er sich zu beweisen, dass sie bei ihnen versagen kann, dass also die Transpositionsformel des cognitor nicht immer und durch sich allein ipso iure-Consumption bewirkt, von wem auch immer sie geltend gemacht werde¹⁾. Das ist ein Kampf gegen Windmühlen. Denn selbstverständlich hat die 'herrschende Lehre' Derartiges nie behauptet. — 'Sie beliebte sich des granum salis dawider', um Keller'sch zu reden, sowie auch der nicht eben fernliegenden Novationsanalogie. Ein und dasselbe: 'Quae Titio debes, mihi dare spondes? spondeo' hob des Titius Forderung auf, wenn es iussu Titii gesprochen wurde, dagegen nicht, wenn iniussu eius. Wie sollte oder könnte es da bei der Litiscontestatio anders gewesen sein!

Von diesen selbstgemachten Schwierigkeiten absehend, ist ja nun die Consumption bei Vertreterklagen ebenso quellen-

ipso iure-Consumption versagt, sagt er im § 3 von den actiones alieno nomine: 'die Formeln der actiones adiecticiae qualitatis erscheinen somit genau nach diesem zweiten Muster (der Passivvertretung) construiert, darum concentrirt sich unser Interesse hier nur auf den ersten Fall, wo nämlich der Stellvertreter auf der Seite des Klägers erscheint'. — Ueber den Quellenbeweis der russischen Ausgabe: unten S. 69 A. 2.

¹⁾ Diese Zeitschrift XVI S. 60: '(es) bedienten sich der Cognitor sowohl als .. der Procurator .. einer und derselben Formel: wäre es wahr, dass schon die bloße Anstellung der Klage mit einer solchen Formel den ganzen 'Inhalt der intentio' unwahr mache, so würde dieser Unterschied völlig unbegreiflich ... Es liegt auf der Hand, dass .. die Consumption in den ersteren Fällen nicht durch die Formel selbst, sondern durch gewisse andere ausserhalb der Formel liegende Umstände erzeugt wird'. — Russ. Ausg. S. 54 A. 1 (gegen Servus vicarius p. 507 n. 2): 'Um zu beweisen, dass die Formel mit Passivumstellung nicht an sich die ipso iure-Consumption herbeiführt (nur dies war unser Problem) ...'

sicher als allbekannt. Schon in Kellers Litiscontestatio (§ 38 ff.), 'qui liber velut cunabula continet' unserer ganzen Formularprocesserkenntniss, ist mit römisch klarem gesunden Menschenverstande alles Wesentliche dargelegt. Daher nur Einiges.

Nach Gaius IV 98, 99¹⁾ und sonstigen Zeugnissen²⁾ war noch im hadrianischen Edict als ipso iure consumirender Vertreter auf der Gläubigerseite einzig nur der cognitor anerkannt³⁾. Alle Andern (procurator, actor, tutor, curator) mussten vor der Litiscontestatio cautio ratam rem dominum habiturum leisten wegen des 'periculum .. ne iterum dominus de eadem re experiatur' (G. IV 98). Dagegen wurde bekanntlich von einer nachedictalen Praxis, die für tutor und curator schon bei G. IV 99, für die gewillkürten Vertreter zuerst bei Papinian (Frag. Vat. § 331) uns entgegentritt, auch bei solchen, nichtcognitorischen Vertretern der Erlass der cautio de rato und das rem (domini) in iudicium deducere als möglich anerkannt. Was bedeutete dies für die Consumption (civile und prätorische), von der jene Stellen nichts aussagen? — Pokrowsky sagt darüber (a. a. O. S. 64):

'Die fehlende cognitoris datio mit ihrer civilen Form konnte der Prätor auf keine Weise ersetzen; es konnte auch jetzt von der ipso iure-Unwirksamkeit der Klage keine Rede sein. Wollte der Prätor diese Klage unwirksam machen, so

¹⁾ § 98: Procurator .. si agat, satisfacere iubetur, ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit. § 99: Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt, sed aliquando illis satisfactio remittitur. — ²⁾ Jul. 65 Dig. (Lenel 734) D. (46, 8) 22 § 8: Si procurator iudicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committitur, quia si verus procurator (Jul.: cognitor) fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summovertet. Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi, his casibus committitur quibus si verus procurator (Jul. cognitor) egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset. — Ferner Lenel, Edictum S. 325 f. — ³⁾ Auf die schwierige Controverse über Alter und Herkunft der Cognitor — schon im Legisactionenverfahren? älter als das agere per procuratorem? — ist hier nicht einzugehen.

musste er sich zu den Mitteln seines imperium wenden, d. h. zur exceptio . . . rei iudicatae vel in iudicium deductae¹⁾.

Das ist ebenso bündig, als — falsch. Der Prätor konnte natürlich den civilen und 'officio iudicis'-Begriff des cognitor nicht erweitern¹⁾. Aber die Juristen konnten es und thaten es, indem sie die Geschwornen bestimmten, diesen oder jenen anderen Vertreter als cognitoris loco, pro cognitore anzuerkennen. So z. B. für den procurator 'a praesente domino' 'apud acta' constitutus, welcher 'cognitoris loco intellegendus est' (Fr. Vat. 317) oder auch 'pro cognitore placuit haberi' (Pap. Fr. Vat. 331).

Ebenso unhaltbar ist Pokrowskys weitere Behauptung, für alle nichtcognitorischen Vertreter habe es nur die exceptio rei in iudicium deductae gegeben, nicht ipso iure-Consumption.

Er stützt sie zunächst auf die Annahme, der Ausdruck rem in iudicium deducere sei 'nur das Echo der exceptio rei iudicatae'. 'Von den cognitores, wie von dem dominus selbst spricht man in dieser Weise niemals'²⁾.

Dagegen genügt wohl der Hinweis auf Venuleius D. (46, 2) 31 § 1 über die duo rei stipulandi: 'fere . . . convenit . . . unum iudicium petentem totam rem in litem deducere', auf Gaius IV 131: 'si . . . velimus . . . in iudicium deducere; . . . in hoc iudicium deducimus' oder auf Celsus D. (5, 1) 31: 'nec enim quamquam alienam actionem in iudicium invito coherede perducere potest', oder auch auf den Schluss der von Pokrowsky selbst citirten Ulpianstelle D. (44, 2) 11 § 7: 'adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit', wo allenthalben: dominus in iudicium deducit. Das deducere ist eben bekanntermassen

¹⁾ Ausser durch eine Fiction: 'ac si cognitor esset'. Von der ist aber hier keine Rede. — ²⁾ Als Beweis dafür dient das Fehlen des cognitor bei Ulpian D. (44, 2) 11 § 7: Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt, inter hos erunt: procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum. — Das kann nicht ernst gemeint sein, da, wenn der cognitor dastand, die Compileratoren ihn streichen mussten. Die Behauptung bleibt also unbewiesen, ein blosses Glauben. So Verf. selbst: 'Wir glauben . . . , dass es (das Wort cognitor) niemals dort gestanden hat, da der Cognitor nicht rem in iudicium deducit, sondern loco domini habetur, und es wäre ebenso unnatürlich, ihn hier zu erwähnen, wie den dominus selbst' (a. a. O. S. 67).

die Grundlage der civilen genau wie der prätorischen Consumption.

Dasselbe wird nun, im spätclassischen Recht, bei Stellvertreterklagen in erheblich weiterem Umfang angenommen, als der Erlass der cautio de rato. Aber Keller, der diese Erscheinung nachwies¹⁾, hat sie auch schon durchaus genügend erklärt. Die cautio de rato soll den Verklagten sichern gegen jede Möglichkeit, 'ne iterum dominus de eadem re experiatur'. Daher greift sie Platz, wo die Consumption (civile oder prätorische) versagt oder auch nur versagen könnte! Also: Erlass der cautio de rato beweist mit Sicherheit für das rem in iudicium deduci und die Consumption. Dagegen beweist das Fordern der cautio de rato noch nicht gegen deductio und consumptio. Möglich ist auch, dass sie nur wegen der Zweifelhaftheit des deduci gefordert werden darf. Für den Umfang der Consumption dürfen also die Stellen über Nothwendigkeit der cautio de rato nicht ausgespielt werden gegen die direct entscheidenden Zeugnisse über das in iudicium deducere der Vertreter²⁾.

Das in litem deducere begründet nun die prätorische Consumption exceptione rei in iudicium deductae genau wie diejenige ipso iure civili³⁾. Welche von beiden steht bei unsern Vertreterklagen in Frage?

Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Sobald die Bedingungen der Civilconsumption vorliegen (iudicium legitimum

¹⁾ Litiscontestation S. 311 ff. — ²⁾ Bei Vertretern ist die cautio de rato nicht zu verlangen: vom cognitor (G. IV 97) und vom procurator praesentis, apud acta constitutus: Vat. Fr. 317 (nachseverisch), 331 und 333 (Pap.). Dagegen: 'rem in iudicium deducunt' — ausser dem weginterpolirten cognitor — der procurator omnium bonorum (Puteol. — Ulp. D. 2, 14, 12), der procurator cui mandatum est (Ulp. D. 44, 2, 11 § 7; D. 3, 3, 27; Alex. C. 2, 12, 10), der negotiorum gestor, wenn rathabirt wird (Pap. D. 3, 3, 66; Ulp. D. (5, 1) 56; vgl. Alex. C. 7, 56, 1). Bei Vormündern wird die nach den 'verba edicti' erforderliche satisfactio de rato 'aliquando' (bei zweifelloser, vor allem 'dativer' Vormundschaft!) erlassen: G. IV 99, dagegen wird ihnen allen und immer das in iudicium deducere zugeschrieben von (Julian?)-Ulpian D. (26, 7) 23, Ulp. D. (44, 2) 11 § 7, Paul. D. (12, 2) 17 § 2. — ³⁾ Daher konnte Paul. 8 Ed. D. (50, 17) 112 gerade bei unserer Frage (vgl. Lenel, Edictum S. 71; Paling. Paulus 169) die Bemerkung machen: nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

und oportere-Formel), begründet das *rem domini in iudicium deducere* nothwendig und immer die *Civilconsumption*, und nicht bloss die prätorische! Denn der Geschworne könnte die *ipso iure-Consumption* schlechterdings nur wegen *rem in iudicium non deductam esse* ablehnen, und wie sollte er dann in demselben Falle die *exceptio 'rei in iudicium deductae'* für begründet erklären können! Das *deducere* ist nur eines; es gibt nicht ein stärkeres *deducere* für die *ipso iure-Consumption* und ein schwächeres für die bloss prätorische¹⁾.

Ihre Specialbedingungen vorausgesetzt, reicht also bei Vertreterklagen die *ipso iure-Consumption* genau so weit, wie die Anerkennung des *rem in iudicium deducere* durch die jeweilige *Jurisprudenz* und damit durch das *officium iudicis*. Dies galt zur julianisch-hadrianischen Zeit anscheinend nur für den *cognitor*, bei den späten *Classikern* dagegen für jedweden vor- oder nachher vom Gläubiger ermächtigten Vertreter, sowie für *tutores* und *curatores*.

Aber die Einheit des '*in iudicium deducere*' hat noch eine weitere Folge. Wo nach der jeweiligen *Jurisprudenz* wegen mangelnder Vollmacht des Vertreters die *ipso iure-Consumption* trotz *iudicium legitimum* und *oportere-Formel* versagte, da konnte auch die *exceptio 'rei in iudicium deductae'* nicht durchgreifen, denn diese *res* ist natürlich die *res domini*, desjenigen: '*cuius res est*', '*cuius nomine agitur*'.

Der Prätor konnte also nicht zur *exceptio rei in iudicium deductae* greifen, wenn er in einem solchen Falle aus irgend welchem Grund eine zweite Klage doch vereiteln wollte. Entweder die Klage des Herrn, z. B. nach der Klage eines beauftragten *procurator*, damals als dessen *in iudicium deducere* noch nicht anerkannt war. Oder, und vor Allem, die zweite Klage des 'nicht *deducirenden*' Vertreters selbst, z. B. eines blossen *negotiorum gestor*²⁾. Um diese Klagen zu vereiteln, musste der Prätor (wo *Denegation* unthunlich war) entweder die *exceptio doli generalis* inseriren oder eine *Decretalexception ad*

¹⁾ So die Logik und, zum Ueberfluss, auch *Gaius IV 107*: *si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est.* — ²⁾ Dem Vertreter '*qui rem deducit*' ist natürlich die zweite Klage genau in der Art abgeschnitten, wie dem Herrn selbst.

hoc, eine *exceptio in factum* in diesem Sinne (oben S. 49 A. 3 a. E.)¹⁾.

Noch viel einfacher steht es mit der *defensorischen*, passiven *Vertretung*, wo vor *Pokrowsky* Niemand auch nur die Möglichkeit eines Zweifels gesehen hatte.

Der Gläubiger hat sich freiwillig mit einem Andern als dem Schuldner eingelassen, da verliert er natürlich seine *actio* gegen diesen, genau wie wenn er bei der *manus iniectio* mit einem *vindex* sich einliess, oder wie wenn er einen *expromissor* annahm. '*De se queri debet*', wer dabei schlecht fährt. Nur dass, wie schon die XII Tafeln die *Zahlungsfähigkeit* des *vindex* zu sichern gesucht hatten, so der Prätor beim Eintritt eines *Passivvertreters* dem Gläubiger immer das Recht auf *satisfactio iudicatum solvi* gewährte (oben S. 61 A. 1 a. E.). Im Uebrigen: '*adversus defensorem qui agit litem in iudicium deducit*' (*Ulp. D. 44, 2. 11 § 7*) und diese *deductio* bewirkt *Civilconsumption*, sobald deren Bedingungen vorliegen: eine *oportere-Formel* und ein *iudicium legitimum*. Dies wird denn von den Quellen bekanntlich voll bestätigt²⁾.

¹⁾ Als solche könnte die *exceptio rei iudicatae* (ohne: '*vel rei in iudicium deductae*') ausgereicht haben: '*extra quam si ea res iudicata est inter illum (negotiorum gestorem) et reum*'. Denn wenn auch der ermächtigungslose Vertreter nicht *rem (domini) in iudicium deducit*, das Urtheil ergeht doch ihm gegenüber und darauf muss der Verklagte sich ihm gegenüber berufen dürfen. Das wäre denn ein sicherer Fall der blossen *exc. r. iudicatae*, noch in *negativ-consumptorischer* Function, aber schon, gerade durch die *Loslösung* von der *exc. rei in iudicium deductae*, zur *positiv-präjudiciellen* Function vorbereitet. — So sind vielleicht die schwierigen und vielerörterten *Julianstellen D. (27, 10) 7 § 2* und *D. (44, 2) 25 § 2* zu erklären. — ²⁾ In Betracht kommen besonders folgende, schon im *Servus vicarius p. 507 n. 2* dargelegte Gründe: 1. das '*liberari*' des Schuldners durch die Klage gegen den *defensor*. *Cic. ad Attic. XVI 15 § 2*: *possumus . . . procuratores (debitoris) introducere. Neque enim illi litem contestantur, quo facto non sum nescius sponsores liberari. Jul. D. (5, 1) 74 § 2*: *cum absentem defendere vellem iudicium mortuo iam eo accipi et condemnatus solvi: quaesitum est, an heres liberaretur . . . respondi: iudicium quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur nullum esse, et ideo heredem non liberari . . . Qui sane exceptione doli mali se tueri possit, si ab actore conveniatur (diese Entgegenstellung der *exc. doli* zeigt, wie das vorherige non *liberari* gemeint ist!). *Ulpian D. (15, 3) 10 § 1*: *si filius quasi defensor patris iudicium susceperit . . . filius eum iudicio suscepto liberavit. Endlich und vor Allem Pomp.**

D. (46, 3) 23: *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.* Die Danebenstellung der Zahlung zeigt, dass der Jurist vor Allem an die ipso iure-Consumption denkt. — Pokrowsky aber erwidert (russisch S. 54 A. 1): 'die Beweiskraft von liberatur für eine liberatio ipso iure ist gleich Null, vgl. das weiter oben zu D. (44, 2) 21 § 4 und D. (46, 3) 84 Ausgeführte'. — Der Beweis, dass 'liberari' ursprünglich und daher im Zweifel die volle, civile Befreiung bedeutet, wäre aus dem 'me solvo libero que' G. III 174, u. s. w., nicht schwer zu erbringen. Er ist aber überflüssig, da Pokrowsky an der Stelle, aus der der Leser entnehmen soll, 'liberari' sei nicht ipso iure liberari, Folgendes sagt (S. 53 A. 1 der wörtlich gleichen deutschen Ausgabe) zu: 'non esse liberatos fideiussores eius': 'Proculus will ausdrücken, ipso iure (Verfasser unterstreicht) 'non esse liberatos'. — !! 2. Jul. D. (11, 1) 18: *Qui ex parte dimidia heres erat, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare possit, respondit se solum heredem esse et condemnatus est. Quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit rescisso iudicio posse agi, idque est verum.* — Also: da bei dem auf das Ganze verurtheilten Theilerben seiner Insolvenz wegen doch nichts zu holen ist, möchte der Gläubiger wenigstens von dem Miterben dessen Hälfte einklagen. Aber er sieht sich daran gehindert durch das superius iudicium und bittet um Ertheilung einer Klage 'rescisso superiore iudicio'. Dieses nur durch rescissorische Fiction zu hebende Hinderniss kann nun schlechterdings nur die ipso iure-Consumption sein, für die diese Stelle denn auch (trotz ihrer anderweiten Schwierigkeit: Verhältniss zu Paul. D. 11, 1. 20 pr.!) bekanntlich das sicherste Zeugniß ist. Hier nun Pokrowskys Erwiderung (russ. Ausg. a. a. O.): 'Die Worte rescisso iudicio, sagt Erman, beweisen für eine ipso iure-Consumption. Darin irrt er sich. Es ist ipso iure möglich, die Klage gegen den .. Miterben anzustellen. Die Vernichtung der ersten Klage ist aus folgendem Grunde nöthig: ohne diese rescissio iudicii behielte der Kläger die actio iudicati ganz und für den Gesamtbetrag der Schuld in Folge des ersten Processes, und nach dem zweiten Process erhielt er gegen den wahren Schuldner noch eine actio iudicati für die Hälfte der Schuld, die er somit 1½-fach erhalten könnte. Um dies zu verhindern, ist die rescissio nöthig. Es greift hier also eine vollständige Vernichtung des ersten Processes Platz, eine volle in integrum restitutio'. — Also: obwohl der erste Verurtheilte insolvent ist, geht die ganze Sorge des Gläubigers nur dahin, zu viel zu erhalten. So erbittet und erreicht er dessen Befreiung von der (spontan und dolos übernommenen) Haftung auf's Ganze. Und zwar gleich seine Totalbefreiung, obwohl er für die Hälfte doch mit Recht haftete. Und da für diese Hälfte (selbst nach Pokrowsky) die Klage consumirt ist, wird sie wohl der Prätor demnächst dem Gläubiger insoweit, mit abermaliger rescissio iudicii, wieder verleihen müssen! —!?

§ 14. Die ipso iure-Consumption der adjecticischen Klagen.

Auch hier ist, unserm Thema gemäss, der eigentliche Gegenstand der Erörterung nur die von Pokrowsky der herrschenden Lehre entgegengesetzte Behauptung:

die adjecticische Klage sei, als prätorische, der ipso iure-Consumption absolut unzugänglich.

Indess sollen in Kürze auch die weiteren Einzelfragen dieser zweifellos bei den Kaiserjuristen höchst controversen, uns nur zum kleinsten Theil bekannten Lehre behandelt werden, so besonders die bekannte Streitfrage des Umfangs der ipso iure-Consumption bei der Peculienklage.

Unsere eigentliche Aufgabe, die Widerlegung jener Pokrowskyschen These, ist weniger schwer, als verdrüsslich: das abermalige Einrennen einer offenen Thür. Seit der Abweisung von Dietzels, Mandrys und Barons Formulierungen der adjecticischen Haftung, seit man einig ist über die Richtigkeit der von Keller behaupteten Formulierung mit Passivumstellung, war man auch darüber einig, dass bei den adjecticischen Klagen unter den nöthigen Voraussetzungen¹⁾ die ipso iure-Consumption Platz greift.

Dafür spricht in zwingender Weise die Analogie der nach Form und Idee der adjecticischen wesensgleichen Klage gegen den defensor, — der paterfamilias ist formell und materiell defensor filii servive vel praepositi, und freiwillig hat der Gläubiger gerade mit ihm litem contestirt.

Und dafür auch bekanntlich die unzweideutigsten Zeugnisse.

So D. (14, 3) 13 pr. Ulp. XXVIII Ed.:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuum pecuniam; putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio, nec amplius

¹⁾ Iudicium legitimum und oportere-Formel; also in ius conceptio der directa actio, die gegen Sohn und praepositus Platz greift, oder — mittelst eines 'si liber esset' — als gegen den Slaven Platz greifend gedacht wird.

agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere (trib. für 'dandam esse'?) ait¹⁾.

Hier ist undiscutirbar sicher die Civilconsumption der actio institoria bezeugt. Also iudicium legitimum, d. h. Verklagung und Wohnsitz des Herrn in Rom, obwohl das Oelgeschäft in Arles betrieben wurde. Das liegt ja auch schon in den Worten: 'es hatte Jemand einen Sklaven in Arles' — scil.: wo er selbst nicht war.

Ferner für die exercitoria D. (14, 1) 1 § 24 Ulp. XXVIII Ed.:

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 iure minuitur obligatio etc.

Hier stellt Ulpian der immer ipso iure wirkenden Zahlung die Consumption als nicht immer so wirkend gegenüber, denn sonst hätte er 'cum altero ipso iure agi non potest' gesagt. So mit Recht v. Pokrowsky (S. 54). Er irrt aber, wenn er darin eine Bestätigung seines Systems findet: ipso iure-Consumption von der directa actio auf die adjecticische (vgl. oben S. 59), dagegen nur prätorische von der adjecticischen Klage (als 'in factum concepta') auf die directe. Warum Ulpian nicht 'ipso iure agi non potest' schrieb, ist sehr viel einfacher. Weil es (bei iudicium imperio continens oder formula in factum concepta) falsch gewesen wäre!

Die übrigen Stellen gehen auf die actio de peculio.

So D. (14, 5) 4 § 5 Ulp. I. XXIX Ed.:

Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere. et ita Proculus existimat. Sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem.

Dass bei diesem 'ne possit agere' und 'si deceptus .. egit .. succurrendum ei' nicht ausschliesslich an exceptionsweise Klaghinderung und an Replik dagegen gedacht ist, dürfte sicher sein. Es könnte indess allenfalls auch statt der Consumption (civilen und prätorischen) eine prätorische, durch Denegation

¹⁾ Pokrowsky erwähnt die Stelle nicht, auch nicht in der russischen Ausgabe trotz des Hinweises darauf im Servus vicarius.

verwirklichte Ordnungsvorschrift über die Wahl zwischen den verschiedenen adjecticischen Klagen in Frage stehen.

Durchaus schlüssig ist dagegen D. (15, 2) 1 § 10 Labeo bei Ulp. XXIX Ed.:

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

Der Gläubiger eines Haussohns hält ihn fälschlich für todt und klagt gegen den Vater mit der actio de peculio annalis vel de in rem verso. Der Geschworne hält gleichfalls den Sohn für todt, und zwar seit über einem Jahr, und weist die Annalklage ab 'quia annus praeterierat'¹⁾. Der Gläubiger wünscht nun eine restitutio propter errorem, die Labeo bewilligt: 'rursus experiri permitti debere'. Dass Labeo bei diesen Worten nicht ausschliesslich an Wiederfreimachung einer durch Exception gelähmten, sondern viel eher an eigentliche Restituierung einer ipso iure aufgehobenen Klage dachte, scheint mir sicher. Pokrowsky²⁾ leugnet es, unter Entlehnung eines offensichtlich falschen Arguments aus Bekkers Anfängerschrift³⁾.

An eine Restitution der actio de peculio sei hier darum nicht zu denken, weil sonst auch die actio de in rem verso von Neuem zulässig sein müsste. Diesen Fehlschluss hat ja schon die Stelle selbst widerlegt: 'nam priore iudicio de in rem verso recte actum est, quia annua exceptio ... non ad in rem versum pertinet!' Da für die actio de in rem verso der Irrthum des Gläubigers ihm keinen Schaden verursacht hat, erhält er für sie natürlich auch keine restitutio propter errorem!

Endlich und vor Allem D. (15, 1) 32 pr. § 1 und 47 § 3, zwei berühmte Stellen; besonders die erste, die das Thema

¹⁾ Der Sohn war also verschollen, etwa bei einem Schiffbruch. — Wir sehen hier jene freie Beweiswürdigung am Werke, die den Römern die Ausbildung eines Todeserklärungsverfahrens erspart hat! — ²⁾ Zeitschrift XVI S. 36. — ³⁾ Die processualische Consumption S. 85.

von Kellers Dissertation und damit der Ausgangspunkt der ganzen Consumptions- und Actionenforschung war.

Dass hier die ipso iure-Consumption im Spiele ist, darüber sind wohl alle neueren Interpreten mit Keller einig. Lediglich darum dreht sich der Streit, ob bei der actio de peculio die ipso iure-Consumption die Forderung ganz ergriff und nur, wie in diesen Stellen, durch Restitution beseitigt werden konnte, oder ob schon von selbst und officio iudicis die ipso iure-Consumption nur bis zum Betrag des peculium reichte¹⁾.

¹⁾ Vgl. Bekker, Aktionen II S. 348: 'Ebenso gut . . . ist fr. 32 (de pec.) aus der mit unserer Theorie wohl vereinbaren Annahme zu erklären, dass die res qua de agitur und folgeweise die Consumption bei der actio wider den einzelnen heres bestimmt wird durch den Umfang des ganzen Peculiums', vgl. S. 343: 'weil auch die Consumption nicht universum pakt und der späteren Wiederholung der a. de peculio nichts im Wege steht' und allgemein S. 339: 'hier handelt es sich lediglich um die actio de peculio, und auch nur um Eine Eigenthümlichkeit, während ich übrigens Kellers Auffassung derselben theile. Gerade wider die Punkte, bei welchen wir zusammengehen, hat sich . . . ein Angriff Dietzels gekehrt, der das Consumptionsverhältniss der a. de peculio und überhaupt der aes adiecticia zu den directen Actionen leugnet'. — Ebenso Lenel, Edictum S. 228: 'dass wenn die actio annalis de peculio gegen einen der Erben . . . erhoben wurde, dadurch die obligatio de peculio . . . consumirt wurde' — und andererseits: 'freilich sind . . . keineswegs alle Räthsel gelöst, die uns die Consumptionslehre bei der actio de peculio aufgibt'. — Bekker und Lenel erklären also D. (15, 1) 32 von der ipso iure-Consumption aus und trennen sich von Keller eben nur für die Frage, wie diese Consumption zu vereinen sei mit der anderwärts scheinbar bezeugten, mehrmaligen Anstellung der actio de peculio ohne Restitution. So ist und bleibt es denn nichtssagend, wenn Pokrowsky (deutsch S. 46, russisch S. 40) gegenüber D. (15, 1) 32 die ipso iure-Consumption folgendermassen bestreitet: 'Wenn in unserem Falle (Klage gegen die Erben des bonorum emptor) die Anstellung der Klage gegen den zweiten Miterben ipso iure möglich ist, d. h. wenn es möglich ist, sich noch einmal auf das 'bonorum emptorem mihi dare facere oportere' (?) zu stützen, so ist es klar, dass nicht diese Ursache in dem Falle des fr. 32 pr. cit. hindernd wirkt, dass also die Unmöglichkeit der zweiten Klage hier durch irgend einen andern Umstand hervorgerufen ist. Worin dieser Umstand bestehen soll, das muss freilich dahingestellt bleiben. — Vgl. dazu Lenel, Edict. S. 228, auch Bekker, Aktionen II S. 348'. — Daher sagte ich im Servus vicarius p. 508 zu D. (15, 1) 32 pr.: 'allusion à la consommation ipso iure est ici de la dernière évidence. Aussi de Pokrowsky qui ne l'admet pas, attribue-t-il l'impossibilité de la seconde

§ 15. Die wiederholte Anstellung der actio de peculio.

A priori scheinen mir jene beiden Annahmen gleich möglich.

Daraus, dass der paterfamilias nur bis zum peculium (dumtaxat de peculio) haftet, 'Schuldner ist', konnten die Juristen gleich gut die volle Befreiung oder die bloss theilweise als Ziel und Erfolg der actio de peculio erschliessen. Sicher ist nun, dass es in Rom, zumal unter der Republik, verhältnissmässig wenige Prozesse gab, ein Process eine seltene Haupt- und Staatsaction war. Da mochte denn sehr wohl auch nach der praktischen Verkehrsansicht durch eine einzige actio de peculio die Sache für erledigt gelten und 'Nachklage bei verbesserten Umständen' des bei der ersten Klage insolventen Slaven nur selten einmal beim Prätor nachgesucht werden. So mochte denn die vom formellen Standpunkt der 'intentio consumpta' am nächsten liegende Totalconsumption auch praktisch nicht unerträglich erscheinen und in den Anfängen der actio de peculio unbestritten gelten.

Dass aber jedenfalls die Kaiserjuristen diese Totalconsumption weder folgerichtig noch billig finden konnten, ist zweifellos. Sie mussten nach Abhülfe suchen, um dem Gläubiger die Peculienklage so lange und so oft zu verschaffen, bis er gegen den Herrn condemnationes für seine ganze Forderung erhalten¹⁾. Nur wie zu helfen war, ob iurisdictione oder interpretatione, konnte zweifelhaft, vermuthlich auch controvers sein.

Die Juristen konnten jenes Billigkeitsziel direct, durch Verhinderung der Totalconsumption erreichen. Und zwar iuris-

action à 'quelque autre circonstance', dont nous devons nous résigner à ne rien savoir (p. 46) et dans la note il renvoie pour notre texte à Lenel et Bekker, qui tous les deux l'expliquent — par la consommation ipso iure! — Auf diese Thatfachenfeststellung erwidert nun Pokrowsky (russisch S. 40 A. 1) nach Abdruck meiner Schlussworte: 'Das ist ganz und gar unrichtig, Erman sollte nur die angeführten Seiten einmal ansehen. Vgl. z. B. Bekker: (S. 348 cit. von 'Bekanntlich sind . . . bis . . . massgebend wäre'). Und dann der triumphirende Schluss: 'Man sieht, die Erklärung Bekkers ist ganz und gar nicht die Kellers und Ermans'. — Das als Antwort auf: Pokrowsky verweist für unsere Stelle 'auf Bekker und Lenel, die sie beide durch die ipso iure-Consumption erklären' —!

¹⁾ So, richtig, Pokrowsky XVI S. 49 ff.

dictione oder interpretatione¹⁾. 'Jurisdictione', indem sie den Prätor veranlassten, der Peculienformel ein- für allemal eine praescriptio pro actore beizufügen behufs Beschränkung der res qua de agitur, und damit der Consumption, auf das vorhandene peculium.

Oder auch interpretatione, indem sie ohne solche Anweisung der ersten Formel den Geschwornen des zweiten Processes zu bestimmen wussten, als res qua de actum est das Condemnationsmaximum des ersten Processes, d. h. das damalige peculium, anzusehen.

Endlich konnte man auch die Totalconsumption sowohl in der Formel, als in der Geschwornenauffassung (officium iudicis, ipsum ius) ruhig fortbestehen lassen, sie aber hinterher beseitigen. Und hier natürlich nur iurisdictione, indem man den Prätor veranlasste, restituierend und rescindierend die eigentliche Billigkeitsidee der von ihm geschaffenen Peculienklage zu verwirklichen, gegenüber Unzuträglichkeiten und Schwierigkeiten rein formalistisch processualischen Ursprunges.

Bekanntlich sind alle drei Theorien wirklich vertreten worden, die der praescriptio von Bekker²⁾, die der interpretatio von Lenel³⁾, die der restitutio von Keller⁴⁾ und P. Krüger⁵⁾. Wie schon im Servus vicarius (p. 512 ss.), so halte ich auch jetzt noch diese letzte Erklärung nicht nur für den Quellen gegenüber möglich, sondern überhaupt für die wahrscheinlichste.

Zunächst ist diese freie Billigkeitsrestitution, ohne eigentlichen Restitutionsgrund, gegen zu weit gehende Consumption der Peculienklage zweimal unzweideutigst bezeugt in D. (15, 1) 47 § 3; 32 pr., § 1.

¹⁾ Vgl. Pedius bei Ulpian D. (1, 3) 13: quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri; dazu Erman, diese Zeitschr. XIII S. 203 A. 3. — Selbstverständlich gilt Recht und Pflicht des Prätors (d. h. der ihn leitenden Jurisprudenz!) zu dieser nachbessernden und erweiternden iurisdictione nicht bloss den 'leges' gegenüber, sondern noch viel mehr gegenüber Edictalinstituten, wie z. B. unseren adjecticischen Klagen. Hier war ja der Prätor im eigenen Hause und hatte die Ehrenpflicht, dafür zu sorgen, dass diese seine Schöpfungen ihre Billigkeitszwecke voll erreichten! — ²⁾ Aktionen II S. 348. — ³⁾ Edictum S. 228. — ⁴⁾ Litiscontestatio S. 556 ff.; Civilprocess § 79 A. 934. — ⁵⁾ Consumption S. 134 f.

D. (15, 1) 47 § 3 Paulus l. IV ad Plautium:

Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere (trib. für 'dandum esse?') in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur.

Der Gläubiger eines verkauften Slaven kann de peculio entweder den Verkäufer (mit actio annalis) oder den Käufer belangen. Obwohl der Verklagte nur auf das bei ihm befindliche peculium verurtheilt werden kann¹⁾, tritt dennoch volle Consumption ein; aber zugleich auch Rescission aus freier Billigkeit behufs Gewährung der Klage gegen den andern Theil. So unsere Stelle und, genau damit übereinstimmend:

D. (15, 1) 32 pr., § 1 Ulp. l. II Disputat.:

Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii quod penes se habet qui convenitur, condemnetur, idque ita Iulianus scripsit.

[Vgl. dazu D. (15, 1) 14 § 1 Jul. XII Dig.: item cum servus vivo domino mortuus est, deinde dominus intra annum plures heredes reliquit, et de peculio actio et deductionis ius scinditur²⁾.]

Idemque est et si in alterius rem fuerit versum. Sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est condemnari debeat.

Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet:

¹⁾ D. (15, 1) 11 § 8, 30 § 5, 32 § 1, 47 § 3. — ²⁾ Vgl. auch das pr. dieser Stelle: Item cum testamento praesenti die servus liber esse iussus est, cum omnibus heredibus de peculio agendum est, nec quisquam eorum amplius deducet quam quod ipsi debeatur.

nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.

§ 1. In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens, tamen et augmenti, et decessionis rationem haberi oportet, et ideo sive hodie nihil sit in peculio, sive accesserit aliquid, praesens status peculii spectandus est.

Quare circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi, nec retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit.

Hier wird zunächst die ipso iure-Consumption der actio de peculio unwiderleglich, ja undiscutirbar bezeugt (oben S. 74)¹⁾.

Sodann seien, wie schon im Servus vicarius, zwei bisher anscheinend übersehene Punkte betont. Einmal, dass die Stelle aus Ulpian's Disputationen ist, wo der Lehrzweck es rechtfertigte und forderte, dass gelegentlich auch wohl eine offene Thür eingerannt, und der damals schon längst überlebte, rein historisch-processualische Gegensatz des ipsum ius und der prätorischen aequitas den Hörern als lebendig und werdend dramatisch vorgeführt wurde: sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet . . . In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens . . .

Sodann der Vergleich des Anfangs unserer Stelle, der auf Julian verweist, mit der oben dazugedruckten Julianstelle über ganz genau dieselbe Frage. In der Consumptionslitteratur (Keller, Krüger, Bekker, Lenel, Pokrowsky) ist diese l. 14 Julians, soweit ich sehe, nirgends berücksichtigt. Es spricht Alles dafür,

¹⁾ Trotz Pokrowskys Erklärung durch 'irgend einen andern Umstand . . . worin dieser Umstand bestehen soll, das muss freilich dahingestellt bleiben' (deutsch S. 46) und 'durch was — das ist eine Frage von für uns nicht (!) wesentlicher Bedeutung' (Zusatz der russ. Ausg. S. 40 A. 1). — Rümelin (Zur Lehre v. d. exceptio rei iudicatae 1875, S. 54 A. 7) bezieht die Stelle auf die Verjährung der actio de peculio annalis. Aber (trotz seiner Gegenansführungen) ist und bleibt diese Erklärung absolut unvereinbar mit dem doppelten: unus conventus, ceteros liberat, mit: ut magis eos perceptio quam intentio liberet, mit: in hoc iudicio licet restauretur praecedens — kurz mit der ganzen Stelle, wenn anders man sie anhören, nicht Aussagen in sie hineinfoltern will.

dass gerade sie es ist, die von Ulpian im fr. 32 angezogen wird. So weist denn auch Lenel, Paling. Julian 196, 203 ohne Weiteres beide Stellen demselben Buch XII von Julians Digesten zu, was Ulpian in seinem Edictscommentar ja fortlaufend für die Peculienklage ausschrieb: D. (15, 1) 9 §§ 5—8; 11 §§ 2, 9; 13. Da ist es in der That wahrscheinlich, dass er auch in seinen Disputationen (fr. 32 pr. cit.) gerade auf jene Stelle aus Julian XII Dig. hinwies.

Wie ist dann aber der Widerspruch beider Stellen zu erklären?

Während Julian fr. 14 offenbar lehrt, dass, falls zuerst der Slave, dann sein Herr stirbt, die Erben des letzteren auf die Annalklage alle haften (nach Peculienquoten!): 'cum omnibus heredibus de peculio agendum est'; 'de peculio actio . . . scinditur', — gibt Ulpian mit 'idque ita Iulianus scripsit' gerade die entgegengesetzte Entscheidung: durch Belangung eines einzigen Erben auf seinen Peculienantheil werden alle frei (si unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur).

Dass hier Tribonian dem Julian fr. 14 § 1 eine ihm ganz fremde Meinung geliehen, ist ebenso unwahrscheinlich, als dass der grosse Billigkeitsjurist Julian bei dem im fr. 32 pr. ihm entlehnten Formalsatze stehen geblieben wäre. Da hat denn also Ulpian ungenau citirt. Er fand bei Julian für die beiden Fälle des servus liber esse iussus (fr. 14 pr.) und des servus mortuus (fr. 14 § 1) im Wesentlichen — nur ohne die Breite und dramatische Eindringlichkeit der disputationes! — das, was er selbst verallgemeinernd für den servus manumissus, liber esse iussus, alienatus vel mortuus darlegt. Nämlich das 'ipso iure liberari' aller Erben, aber auch ihre Belangbarkeit kraft Consumptionsrescission ex aequitate. Das 'idque ita Iulianus scribit' hätte also vor oder hinter die ganze Darlegung des fr. 32 pr. gehört. Ulpian gibt es aber in der Mitte, hinter dem 'omnes liberantur', um diesen vom Billigkeitsstandpunkt unerträglichen Satz seinen Hörern gegenüber durch Julians Autorität zu decken.

Ist also, wie wahrscheinlich, gerade fr. 14 die von Ulpian fr. 32 pr. angezogene Julian-Stelle, so müssen die Compileroren darin vor den von ihnen beibehaltenen Sätzen: 'cum omnibus heredibus de peculio agendum est' und 'de peculio actio . .

scinditur' die von Ulpian bezeugte julianische Ausführung über 'unus conventus ceteros liberat' gefunden und gestrichen haben. Wie sie nun aber hier die Restitution strichen und nur ihr Resultat behielten, genau ebenso können sie es natürlich auch bei andern (einigen oder allen) der für die restitutionlose Wiederholung der actio de peculio angerufenen Stellen gemacht haben!

Dieses ganze 'occasione iuris liberari', was dann doch 'aequitate dictante' durch Restitution und 'restauratio iudicii' wieder rückgängig gemacht wird, gehörte ja doch zweifellos zu den allertodtesten, historisch-processualischen 'subtilitates'. Die Compileratoren mochten sie hier und da, im Lehrinteresse oder aus romantisch-antiquarischer Pietät des betreffenden Commissars, stehen lassen; in der Regel aber, gemäss der ihnen anbefohlenen simplicitas und utilitas, strichen sie derartiges einfach weg, trotz der allgemeinen Erhaltungs- und Restaurationstendenz ihres ganzen Werkes¹⁾.

So, wenn die l. 14 de pec. die von Ulpian fr. 32 pr. angerufene, aber von Tribonian verkürzte Julianstelle ist. Ist es dagegen eine andere, nochmalige Ausführung Julians über dieselbe Frage, so beweist sie sogar noch stärker, nur in anderer Richtung. Dann hätte schon Julian selbst seine eigne, erste Ausführung über 'unus conventus omnes liberat' und über Restitution dagegen ex aequitate für praktisch so gleichgültig gehalten, dass er lediglich nur das Resultat nannte: cum omnibus heredibus de peculio agendum est und de peculio actio scinditur! Undenkbar ist das ganz und gar nicht, wenn man sich nur von der bequemeren, aber quellenwidrigen Vorstellung frei macht, dass das ganze Denken und Schriftstellern der Classiker beherrscht war von jenen schulmässig sauberen und correcten Geschichts- und Processbegriffen, denen wir in den Institutiones, Disputationes etc. und auch sonst hier und da begegnen (zumal bei Schuljuristen wie Gaius oder Marcian)²⁾. Das oben für die Aus- und Umbildung der Actionenterminologie Nachgewiesene ist ja nur ein einzelnes Beispiel für die ununterbrochene Entwicklung der Begriffe und ihrer Namen, die von der verhältnissmässigen Correctheit der gajanischen Institutionen unmerklich hinüberführt in den terminologisch-begrifflichen Mischmasch des Corpus

¹⁾ Vgl. oben S. 49 A. 1. — ²⁾ Vgl. oben S. 5 f.

Iuris. Könnten wir diese Entwicklung besser übersehen, wer weiss, ob nicht die Originaltribonianismen auf sehr Weniges zusammenschwinden würden gegenüber der blossen consequenteren Durchführung schon von den Classikern angebahnter Neuerungen.

So könnte also sehr wohl schon Julian die Frage der mehreren Erben in der actio de peculio annalis das eine Mal so correct processualisch behandelt haben wie Ulpian D. (15, 1) 32 und ein zweites Mal rein materiellrechtlich und nur um das praktische Resultat sich kümmernd, wie er es — nach Tribonian — in fr. 14 cit. that! Und noch viel mehr sind Paulus, Marcian und Ulpian dieses Todtschweigens einer solchen 'of course'-Restitution fähig. Denn seit und durch Julians Edictsredaction war ja der Begriff des ausser und über dem 'ius' stehenden 'praetor' noch viel mehr abgestorben. Der Gegensatz hatte noch eine erhebliche processualische, dagegen so gut wie gar keine materiellrechtliche Bedeutung mehr¹⁾.

Selbst wenn also eine ganze Reihe von Stellen die Wiederholung der actio de peculio (für den Zuwachs des Peculiums) ohne Erwähnung einer Restitution zeigte, könnte man ohne methodischen Verstoss diese Nichterwähnung genau wie im fr. 14 cit. gegenüber fr. 32 pr. erklären, entweder der Classiker selber oder doch Tribonian hätte die prätorische Rescission des ipso iure consumi als gleichgültig weggelassen!²⁾.

¹⁾ Ein hübsches Beispiel für das stillschweigende Rechnen mit Consumptionsrescission bietet übrigens D. (3, 3) 28 Ulp. l. I Disput. (Lenel 33): Si *cognitor* meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. Sed et si egit *cognitor* meus ex ea stipulatione me invito, nihilominus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. — Der Cognitor hat aus seiner stipulatio iudicatum solvi geklagt. Sie ist also consumirt und nur durch rescissorische Fiction wieder herzustellen. Und trotzdem erwähnt Ulpian (oder Tribonian — was für unsere Frage auf Eins herauskommt) von dieser Rescission nichts! — Und zwar in denselben Disputationes, wo er D. (15, 1) 32 von dem gleichen Vorgang so viel Wesens macht. Er betonte eben (pädagogisch richtig) auf's Stärkste immer nur eine Seite seines Gegenstandes, bald diese bald jene. — ²⁾ Man kann also von jener Keller-Krügerschen Vermuthung jetzt nicht mehr sagen, wie Bekker, Aktionen II S. 344: 'damit sind die Schranken methodischer Quellausnutzung durchbrochen'; oder Lenel, Edictum S. 227: (es ist) 'm. E. zweifellos richtig, und hätte nie bestritten werden sollen, dass .. eine

Wieviel solcher Stellen gibt es denn nun aber? Man führt, seit Bekker, Alles in Allem sechs an¹⁾. Mir scheint aber nur eine einzige wirklich in Betracht zu kommen, nämlich D. (15, 1) 30 § 4 Ulp. XXIX Ed.: *is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest* — offenbar das genaue Gegenstück zu D. (15, 1) 14 pr. Jul.: *cum omnibus heredibus de peculio agendum est*; § 1: *de peculio actio . . . scinditur*. Und wie hier auf eine oder die andre Weise die von demselben Julian nach fr. 32 pr. erörterte Consumption und Restitution weggelassen ist, genau so kann sie es im fr. 30 § 4 sein, entweder von Tribonian oder von Ulpian, der ja nicht immer jene historischen Processformalitäten, wie in fr. 32, vor Schülern zu neuem dramatischen Leben zu galvanisieren hatte, vgl. D. (3, 3) 28 Ulp. (oben S. 81 A. 1).

Von den übrigen Stellen scheinen mir nichtssagend die beiden paulinischen D. (12, 2) 26 § 1²⁾; D. (15, 1) 47 § 2³⁾.

Wiederholung der actio de peculio ohne vorgängige Restitution zulässig ist: die angeführten Stellen liefern dafür m. E. unwiderleglichen Beweis; oder Pokrowsky XVI S. 42: *es ist . . . zweifellos, dass in gewissen Fällen die nochmalige Anstellung der actio adiect. qualit. ohne vorgängige Restitution zulässig ist*.

¹⁾ D. (12, 2) 26 § 1; D. (15, 1) 30 § 4; 37 § 3; 47 § 2; D. (15, 2) 1 § 10; D. (22, 1) 32 § 3. — ²⁾ Paulus XVIII Ed.: *Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem iurirurandi: si pater iuraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit: sed et pater ita convenietur, ut post adquisiti peculii ratio habeatur*. — Nach Bekker (Aktionen II S. 343) zeigen die gesperrten Worte die zweimalige Anstellung der actio de peculio. Das ist unhaltbar. Als Bekker in der Consumption und später in den Aktionen die Stelle verwerthete, war eben noch nicht durch Lenel und Demelius Licht in die von den Compilatoren verwirrte Eideslehre gebracht. Heut aber dürfte es feststehen (vgl. Lenel, Edictum § 54 zu Paul. XVIII Ed.), dass der vom Vater geleistete Eid nicht in einem Process (also nach Litiscontestation), sondern statt Processes, geleistet worden ist. Also keine Litiscontestation und damit keine Möglichkeit der Consumption. Die im Schlusssatz erwähnte Klage (sed et pater ita convenietur) ist die überhaupt erste Litiscontestation gegen den Vater! (Beiläufig: auch bei filius conveniri poterit, sed et pater . . . convenietur denkt Paulus nicht an zwei successive Klagen.) — Paulus konnte hier also gar nicht über die wiederholte Anstellung der actio de peculio sich äussern. Die Stelle ist von der Liste zu streichen! — ³⁾ Paul. IV ad Plaut.: *Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet (? — 'debetur'? — 'debet filius' oder 'servus?'), tamen*

Die drei letzten Stellen aber dürften sogar für Nothwendigkeit der Restitution beweisen!

So unbedingt D. (15, 2) 1 § 10 (oben S. 83).

So wohl auch D. (15, 1) 37 § 3¹⁾, die jedenfalls auch nicht das Mindeste gegen die Restitution ergibt¹⁾.

Endlich dürfte für die Restitution auch D. (22, 1) 32 § 3

cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet. — Wie Bekker selbst (Consumption S. 82 f., Aktionen II S. 343 f. — mit ihm v. Pokrowsky XVI S. 36), so geht auch Keller in seiner Erwiderung (Jahrb. d. gem. R. III 164—166) unter Zustimmung Krügers (Consumption S. 75 A. 18) von einer, m. E., unnatürlichen und unhaltbaren Auslegung der Stelle aus. — *'Quia socius universum debet'* soll auf die Totalconsumption hinweisen und damit auf die Erwünschtheit einer dagegen deckenden Caution. Im Gegensatz dazu soll Paulus die Caution bei der Peculienklage für überflüssig erklären und damit (noch entfernter und dunkler) die nicht totale Consumption, sondern die Möglichkeit erneuter Klage andeuten. Wozu er in so entfernten Andeutungen sich bewegt haben sollte, sieht man nicht, und so ist schon rein methodisch jede näherliegende, einfachere Auslegung auch wahrscheinlicher. So folgende: vom Gesellschafter, der den Nothbedarf anruft, darf man für den Schuldrest Caution fordern: *'quia socius universum debet'*, dagegen *'darf man es nicht vom paterfamilias'* (quia non ultra peculium debet!) — Ob und warum man die Caution brauchen könne, erörtert Paulus gar nicht. Mit Recht; brauchen kann man sie ja schliesslich immer. Nur das kommt, hier wie bei allen Cautionen (vgl. G. IV 88 ss. und den gesunden Menschenverstand!) juristisch in Betracht: ob der Schuldner sie leisten müsse. Und darauf antwortet Paulus scharf und deutlich: *cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet*. Auch hier also hatte Paulus keinen Anlass, die behufs erneuter Anstellung der actio de peculio etwa nöthige *'rescissio iudicii'* (§ 3 daselbst) zu erwähnen. Auch diese Stelle ist von der Liste zu streichen!

¹⁾ Iulianus I. XII Digest.: *Si actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum, ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit rem consequatur . . . dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet*. — *'Non est iniquum'* und *'dari debebit actio'* schliessen offenbar die prätorische Billigkeitshilfe nicht aus, weisen sogar in etwas darauf hin! Dazu D. (15, 1) 32 pr. mit der (auch julianischen) *restauratio iudicii, aequitate dictante* für den dem unsern nächstverwandten Fall der *plures fructuarii!*

von Marcian sprechen; neben D. (15, 1) 30 § 4 die am höchsten geschätzte Beweisstelle gegen die Rescission!¹⁾

Nimmt man in dieser Stelle das 'in filium .. dabitur actio' für so technisch und so beweisend, wie wenn es in Gaius' Institutionen uns begegnete — und ich glaube, man darf es thun —, so liefert die Stelle einen vollen Beweis gegen die Bekker-Lenel'sche Annahme der restitutionlosen Wiederanstellung der actio de peculio. Andernfalls aber liefert sie noch ganz und gar keinen Beweis für diese Annahme. Dann ist eben die Stelle neben D. (15, 1) 30 § 4 zu stellen — alle andern Stellen scheiden ja aus — und auch für sie fragt es sich dann, ob die Restitution darin nicht ganz ebenso bloss nicht erwähnt ist, wie bei Julian D. (15, 1) 14, verglichen mit

¹⁾ Diese sachlich schwierige Erörterung aus der Moralehre lautet so: 'si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu eius contractum est, sive in rem versum est patris, vel in peculium) cuius persona circa moram spectabitur? Et si quidem pater dumtaxat (ausgefallen: 'de peculio', vgl. am Schluss: 'dumtaxat de peculio' — anders und unmöglich: Pokrowsky S. 48) convenietur, ex mora sua non teneatur: in filium tamen dabitur actio in hoc ut quod minus a patre actor consecutus est, filius praestet. Quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum, vel cum patre dumtaxat de peculio habeat'. — Marcian bezeichnet hier die Civilklage gegen den Sohn als actio 'quae datur', also als prätorische nach der correcten, in Gaius' Institutionen erhaltenen Terminologie, die ohne das häufige Eingreifen der Compileratoren (P. Krüger, diese Zeitschrift XVI 1—6) auch in den Pandekten uns sehr viel öfter begegnen würde. Gerade Marcian aber — entsprechend dem Schulzweck seiner meisten Schriften (16 B. Instit., 5 B. Regul. gegenüber nur 6 B. praktischer Werke) — ist im Punkte der actio 'quae competit' und 'quae datur' sehr genau. Von unserer Stelle (Lenel 264 § 3) abgesehen braucht er 7 mal 'actio datur' für prätorische Klagen (Lenel 22 § 2 (his), 228, 259, 264 § 5, 265, 274) und 4 mal eine correcte Bezeichnung der Civilklage (Lenel 24: habet, 80: adquiritur mihi, 107: non competent; 241: posse agere). Ein Abweichen von dieser Schulterminologie habe ich nur einmal bei Marcian, Lenel 104 D. (30) 88 gefunden: neque .. dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat. Aber das ist vielleicht wörtliches Citat aus Aristo, und jedenfalls ist die Incorrectheit bei negativem Ausdruck (non datur; non competit) geringer. — So spricht denn ein 'actio datur' bei Marcian (zumal in dem Schulbuch der Regulae, dem unsere Stelle angehört) genau so stark wie in Gaius' Institutionen für den prätorischen Charakter der Klage. Prätorisch wäre die actio directa gegen den Sohn, aber eben nur bei prätorischer Restitution gegen die Civilconsumption

Julian fr. 32 pr. eod.! Dann sind eben beide Annahmen, die der Restitution (Keller und Krüger) und die der Nichtrestitution (Bekker und Lenel) gleich möglich.

Denn die in D. (15, 1) 32 pr. § 1 und 47 § 3 bezeugte Restitution bezieht sich nicht auf den Fall der Consumption des ganzen Schuldbetrags trotz unzureichenden Peculiums, sondern auf die Consumption der ganzen Schuld, wenn zwar das Peculium dafür zureicht, dagegen nicht der bei dem Erstverklagten befindliche, bei der condemnatio allein berücksichtigte Theil desselben. Die Stellen widersetzen sich also an sich nicht der Bekker-Lenel'schen Annahme einer den Peculienbetrag nicht überschreitenden, aber ihn stets — auch bei Theilung des Peculiums — erreichenden Consumption.

Zusammenfassend scheint mir indess die Totalconsumption durch die erste Peculienklage, mit stets nöthiger und stets gewährter Billigkeitsrestitution, dennoch wahrscheinlicher als die Bekker-Lenel'sche Annahme:

1. wegen des 'actio dabitur' in D. (22, 1) 32 § 3;
2. weil D. (15, 1) 32; 47 § 3 die Totalconsumption und Rescission wenigstens in einem benachbarten Falle zeigen;
3. weil die Idee, dass 'intentio consumitur', hier wie bei allen andern adjecticischen Klagen für Totalconsumption spricht.

Jedenfalls hindert nichts, die in D. (15, 1) 32 pr., § 1 und 47 § 3, sowie anscheinend auch in D. (22, 1) 32 § 1 (oben S. 83 f.) ausdrücklich bezeugte, prätorische Billigkeitsrestitution der ipso iure consumirten Peculienklage mit Keller und Krüger auch in den andern Stellen über wiederholte Anstellung der actio de peculio hinzuzudenken¹⁾.

¹⁾ Für, nicht gegen, diese Restitution spricht endlich auch Ulpian D. (15, 1) 19 pr.: si ordinarii servi nomine actum sit de peculio, an agi possit et vicariorum? Et puto agi non posse. Sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii. — Die Eigenthümlichkeit dieser Stelle und die daraus zu ziehenden Schlüsse sind im Servus vicarius S. 516 ff. dargelegt: wenn wegen des Contracts eines Vicars der Gläubiger die actio de peculio erst ordinarii, dann vicarii anstellt, so entspricht das für einen directen Slaven der Anstellung erst einer adjecticischen Klage in solidum, dann der actio de peculio. Hätte also Ulpian hier die formalrechtliche Consumptionsfrage

Der Classiker selbst, oder doch Tribonian, hielt ihre Erwähnung für praktisch überflüssig. Und das mit Recht. Denn hob wirklich die ipso iure-Consumption bei der actio de peculio stets die ganze Forderung auf, über den Peculienbetrag hinaus, auf welchen allein der Gläubiger die actio iudicati erlangen konnte¹⁾, so war das so zweckwidrig und unbillig, dass der Prätor unbedingt und ex officio eingreifen musste. Denn die durchgehende und höchst natürliche Anschauung der classischen Juristen ist, dass der Prätor als berufener Verwirklicher der aequitas vor Allem seine eigenen Schöpfungen zu überwachen, und durch positives und negatives Eingreifen: Denegiren oder Restituiren der Honorarklagen, dafür zu sorgen habe, dass deren formalrechtliche Consequenzen ihren Billigkeitszweck nicht zu nichte machen²⁾.

§ 16. Der Einfluss der actio de peculio auf die Obligation des Slavenbürgen.

Die schon im Servus vicarius (S. 510 f.) vertretene Erklärung Paul Krügers erscheint mir nach erneuter, möglichst unbefangener Untersuchung der ganzen, verwickelten Frage noch jetzt als durchaus wahrscheinlich³⁾.

erörtern wollen, er hätte gerade diese Analogie betonen und verwerthen müssen. Statt dessen behandelt er den Fall gerade wie den einer wiederholten Anstellung der actio de peculio ordinarii, nämlich lediglich nach dem materiellen Gesichtspunkt des dem Gläubiger gebotenen Befriedigungsobjects. Das ist nur erklärlich, aber dann auch ohne Weiteres, wenn es sich für Ulpian hier lediglich um die prätorische Restitution einer ipso iure consumirten Klage handelte. Denn der Prätor liess sich eben durchweg von rein materiellen Erwägungen leiten.

¹⁾ Dem Gläubiger eine actio iudicati für den ganzen Betrag seiner Forderung zu verschaffen, ist das materielle Ziel, für welches der Prätor die adjecticischen Klagen schuf: so treffend Pokrowsky, Zeitschr. XVI S. 49 ff. — ²⁾ Vgl. oben S. 76 A. 1. — ³⁾ P. Krüger, Processualische Consumption 1864 S. 200 f.: „... der Fall der l. 21 § 4 h. t. (D. 44, 2), wo dem Bürgen für die naturalis obligatio servi die exceptio rei iudicatae gegeben wird, wenn gegen den Herrn de peculio geklagt ist. Dass hier nicht etwa Consumption gemeint sein kann, folgt schon daraus, dass die Hauptobligation gar nicht in iudicium deducirt werden kann, wie dann, wenn der Bürge für einen filiusfamilias eingetreten wäre. Das fingirte dare oportere des Slaven in der actio de peculio ist mit der obligatio des Bürgen eben nicht identisch. Dass aber nur abweisendes Erkenntniss von Pomponius gemeint sein kann,

Vorweg ist ein Einwand Bekkers zu erörtern gegen Krügers Behauptung: ‘das fingirte dare oportere des Slaven in der actio de peculio ist mit der obligatio des Bürgen nicht identisch’. Er erwidert darauf (vor. Anm. a. E.): ‘Aber was hatte denn solch ein Bürge wohl promittirt ‘quod servum dare oportet’ oder ‘quod servum, si liber esset, dare oporteret, id fide mea esse iubeo’? — Ich glaube keins von beiden, sondern ‘quod Sticho hominem vendidi, locavi, id fide tua esse iubes?’ oder auch ‘C quae Sticho credidi, f. t. e. iubes?’ Hierfür die Analogien, die Zeugnisse und die allgemeinen Erwägungen.

Von Analogien liegt am nächsten die des ‘iussus’ D. (15, 4), der immer auf das Geschäft abstellte, nur dass er stets ein futurum negotium betrifft, die fideiussio dagegen auch ein praesens oder praeteritum. Sodann die Analogie der auf ‘idem’,

ergeben Stellen wie L. 38 § 2, L. 84 de solut. (D. 46, 3), wo geradezu verneint wird, dass vor der Zahlung durch den Slaven oder den Herrn, auch wenn derselbe verurtheilt worden, der Bürge befreit werde.’ — Dagegen Bekker, Aktionen II 1873 S. 350 f.: ‘Consumptionsverhältnisse der actiones adiecticiae zu den gegen Vertreter, Sohn und Slaven sonst begründeten Aktionen’... ‘(es) scheint die Logik zu fordern, dass, wenn die zwei Aktionen A und B de eadem re, und wieder die zwei Aktionen B und C de eadem re sind, dass dann auch die beiden Aktionen A und C de eadem re seien. Aber auch bei Slaven müsste dasselbe angenommen werden, denn wider den Herrn und wider den Bürgen des Slaven wird agirt über den Anspruch wider den Slaven. Doch scheinen hier die Ansichten .. auseinandergelassen zu sein: während Pomponius D. (44, 2) 21 § 4 an dieser Auffassung festhält, spricht sich Proculus D. (46, 3) 84 entschieden, African fr. 38 § 2 eod. und Papinian D. (15, 1) 50 § 2 minder klar dawider aus. — Krüger verunglückt mit einem Ausgleichungsversuche: in fr. 21 § 4 cit. wird hineingetragen, dass ein abweisendes Erkenntniss ergangen; dann wird die Erklärung von fr. 84 cit. darin gesucht, dass die Bürgen für einen Slaven, nicht Haussohn bestellt seien, ‘das fingirte dare oportere des Slaven in der actio de peculio ist mit der obligatio des Bürgen nicht identisch’. Aber was hatte denn solch ein Bürge wohl promittirt ‘quod servum dare oportet’ oder ‘quod servum, si liber esset, dare oporteret, id fide mea esse iubeo’? Vgl. ferner über die gleichen Stellen: Bekker, Aktionen I S. 320 f. — Pokrowsky endlich (Zeitschr. XVI S. 52 f.) erwähnt diese Bekker-Krügersche Polemik nicht, ist aber im Zusammenhang seines Systems natürlich gegen Krüger: die actio de peculio ist ihm, weil prätorisch, actio in factum und führt daher durchweg, für den Sohnesbürgen ganz wie für den des Slaven, prätorische Consumption herbei.

also das Schuldobject abgestellten Bürgschaftsformeln bei G. III 116, vgl. D. (45, 1) 75 § 6 i. f., D. (46, 1) 8 §§ 8—11 etc. Zeugnisse kenne ich folgende: Javol. D. (46, 1) 42: quod ego X credidi, de ea pecunia M modios tritici fide tua esse iubes? — Julian eod. fr. 16 § 6: fideiussor hoc modo acceptus...: si reus XL quae ei credidi non solverit fide tua esse iubes? — Pap. fr. 47 § 1 eod.: quantam pecuniam credidero, fide tua esse iubes? (vgl. eod. 51: solidum aut partem virilem fide tua esse iubes?) — fr. 52 pr. eod.: fideiussor ita... acceptus: quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit. — Ulp. D. (46, 4) 13 § 9: qui ita stipulatur a fideiussore: Quod Titio credidero, fide tua esse iubes? Hier allenthalben haben wir jene zwischen der (ursprünglichen?) Demonstrationsform: 'quod C promisi, id' und der des Relativsatzes 'C, quae promisi', schwankende Fassung, die auch anderwärts, z. B. bei der Acceptilation D. (46, 4) 15 und fr. 6, 9, 15, 18 § 1; G. III 169 sich findet.

Immer aber wird auf den Schuldgrund, das Geschäft, abgestellt und nicht auf das Schuldband: 'debere', geschweige denn 'dare oportere'. Die letztere, juristisch technische Wendung findet sich beispielsweise bei der Novation: D. (46, 2) 27; 32; 34 § 2, in der aquilischen Formel: D. (46, 4) 18 § 1, J. (3, 29) § 2 und in einigen andern, vielleicht mehr der Schule angehörigen Beispielen: D. (46, 2) 27, 32, 34 § 2. Daneben stehen indess viele Novationen ohne das Kunstwort 'oportere', z. B. D. (46, 2) 6 pr., 8 §§ 2, 4; 26; D. (45, 1) 116; etc., vgl. G. III 176, 179. Da ist das Vorkommen des Ausdrucks in der fideiussio pro servo einem wichtigen, althergebrachten, also urwüchsigen Handelsinstitut von vornherein unwahrscheinlich. Und dies zumal für das weitere processtechnische Raffinement des: oportere 'si liber esset'. Das wäre, m. W., das einzige Vorkommen einer Fiction in einem römischen Privatgeschäft.

So spricht denn Alles dafür, dass man von dem fideiussor servi, wie von jedem andern auch, ganz naiv mit 'quod Sticho C credidi' oder 'C quae Sticho credidi' — fide tua esse iubes? stipulirte. Damit wurde denn die fideiussio, den Quellen gemäss, lediglich auf das 'naturale debitum servi' gegründet, während bei Bekkers Formulirung — die Möglichkeit und Wirksamkeit solcher Parteifiction einmal angenommen — die

Rechtsgrundlage dieser fideiussio offenbar eine (fingirte) Civilschuld gewesen wäre!¹⁾

Jetzt zu unsrer eigentlichen Frage. Im Leben und in der Rechtslehre war die Slavenschuld das Hauptbeispiel der 'naturalis obligatio' und der, besonders im Handelsverkehr wichtige fideiussor servi der Musterfall eines fideiussor naturalis debiti²⁾. Aber auch die processualische Consumption lässt nach der classischen Lehre die eingeklagte Forderung als Naturalobligation fortbestehen³⁾. Um also die Consumptionswirkung der actio de peculio auf die Slavenbürgschaft festzustellen, mussten die classischen Juristen von zwei Seiten her mit dem vor allem von Julian entwickelten, künstlichen Begriff der naturalis obligatio rechnen.

Da stand zunächst ein Punkt positiv fest, mehr contra als secundum rationem.

Jene Naturalobligation, welche die Litiscontestatio von der eingeklagten Civilforderung übrig liess, reichte zwar aus als Grundlage einer neuen Bürgschaft⁴⁾, dagegen vermochte sie nicht auch die alte fideiussio der eingeklagten Civilobligation aufrecht zu erhalten als nunmehrige Naturalobligationsbürgschaft. Vielmehr wurde durch Consumption der civilen Hauptschuld auch deren fideiussio vollständig und restlos consumirt⁵⁾.

¹⁾ Als Probe auf das Exempel vergleiche man z. B. African D. (46, 1) 21 § 2 oder Papinian D. (15, 1) 50 § 2, die mit 'quidquid oporteret, si liber esset' schlechthin undenkbar sind. — ²⁾ Vgl. z. B. G. III 119^a (= J. III 20 pr.); Pomp. D. (46, 1) 2; Afr. eod. 21 § 2; Paul. eod. fr. 35; Pap. D. (15, 1) 50 § 2 etc. — ³⁾ Julian bei Paul. D. (12, 6) 60 pr. und bei Ulp. D. (46, 1) 8 § 3; Papin. D. (15, 1) 50 § 2; Paul. D. (12, 6) 28, auch wohl Gaius D. (16, 2) 8. — ⁴⁾ Jul. bei Ulp. D. (46, 1) 8 § 3; Pap. D. (15, 1) 50 § 2. — ⁵⁾ Vgl. C. (8, 40 (41)) 28, wo Justinian diesen Satz abschafft, ferner z. B. Paul. S. R. II 17 § 16; Alex. C. (5, 57) 2 pr. — 'et solvete': Trib. —, Gord. C. (8, 40 (41)) 15 — et solverit: Trib.; etc. — Logisch war dies offenbar nicht. Nahm man einmal, trotz und nach der Litiscontestatio, das Fortbestehen einer Naturalobligation an, die als Grundlage für eine (neue) fideiussio ausreichte, so musste man folgerichtig auch die alte fideiussio fort dauern lassen, als nunmehrige fideiussio naturalis debiti! — Aber dieser Widerspruch zwischen Rechtssatz und Rechtslogik erklärt sich einfach dadurch, dass die volle Aufhebung der fideiussio durch Consumption der Hauptschuld positivrechtlich anerkannt und festgestellt wurde, lange bevor die subtile und raffinierte Theorie der Naturalobligationen zur vollen Durchbildung gelangte.

Dies musste z. B. für den Bürgen eines Haussohns gelten. Klagte dessen Gläubiger de peculio gegen den Vater, so wurde dadurch wie die obligatio (civilis) des Sohnes selbst, so auch die seines fideiussor consumirt. Aber da der Sohn, wie jeder andere, durch Consumption befreite Civilschuldner 'naturaliter' verhaftet blieb, so konnte er für diese Naturalschuld eine neue fideiussio rechtsgültig bestellen.

Wie stand es da nun mit dem fideiussor servi?

Selbstverständlich konnte auch für die Slavenschuld ein neuer Bürge nach der actio de peculio gegen den Herrn bestellt werden, wie es Papinian D. (15, 1) 50 § 2 zum Ueberfluss ausdrücklich darlegt¹⁾.

Aber das fragt sich, ob nicht die Eigenart der Slavenschuld den Fortbestand auch der schon vor der actio de peculio begründeten, alten Bürgschaft bewirkte? Dafür sprach folgende durchaus logische Schlussfolgerung:

da nach der classischen Rechtslehre die processualische Consumption von der Civilobligation eine naturalis übrig lässt, also das naturale Element überhaupt nicht berührt, so kann einer tantum naturalis obligatio, z. B. der des Slaven, die Consumption überhaupt gar nichts anhaben.

¹⁾ D. (15, 1) 50 § 2 Papin. l. IX quaestionum: Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo (del. Mo.), qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. — Bei der Auslegung ist das 'etiam' zu beachten. Danach will Papinian hier einen dem Slaven mit anderen Schuldnern gemeinsamen Satz aufstellen. Nämlich den Satz, dass die processualische Consumption als rein formalrechtlich (tantum civilis) das naturale Element der Obligation, wo immer es sich findet, nicht zu berühren vermag. Es findet sich aber auch beim Slaven: 'naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur'. — (Abwegig Pokrowsky S. 46 f.: 'Wie wir sehen, argumentirt der Jurist nicht damit, dass nach der L. C. obligatio naturalis besteht, sondern damit, dass durch Anstellung der actio de peculio die Obligation des Hauptschuldners überhaupt nicht berührt wird — in litem translata non est'). — Auf die dem Slaven und seinem fideiussor eigenthümlichen Sätze geht Papinian also leider nicht ein. — Beiläufig: das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio von der eingeklagten Forderung muss bei der prätorischen Consumption natürlich genau wie bei der civilen geglitten haben!

Sie muss völlig unberührt fortbestehen, mit ihr aber auch ihre accessio, die 'fideiussio tantum naturalis obligationis'. Wurde nun dieser Satz praktisch anerkannt und durchgeführt, so musste er eine doppelte Folge haben:

1. verschiedene Behandlung der Bürgschaft für den Sohn und für den Slaven bei der hier in Frage stehenden Consumptionswirkung der actio de peculio;
2. Verweigerung jeder, auch der prätorischen, Consumption für den fideiussor servi.

Wenn Pokrowsky in beiden Punkten das Gegentheil annimmt, nämlich ein und dieselbe, prätorisch exceptionsweise Consumption für den fideiussor filii et servi, so hat er die Rechtslogik, nämlich die eben dargelegten, m. E., unangreifbar schlüssigen Erwägungen gegen sich, nicht minder aber auch die Zeugnisse über die Rechtspraxis, die Quellen.

So zunächst für die behauptete Gleichbehandlung des Sohnes- und Slavenbürgen. Den Einfluss der actio de peculio auf die Bürgschaft für den Hauptschuldner besprechen 3 Stellen. Alle drei nennen nur den fideiussor servi. Trotzdem will Pokrowsky, wie vor ihm schon Bekker gegen P. Krüger, allenthalben den fideiussor filii hinzuverstehen.

In der That ist ja, den praktischen Häufigkeitsverhältnissen entsprechend, in Peculien- und überhaupt adjecticischen Erörterungen überaus oft vom Slaven allein die Rede, wo doch 'filius servusve' gemeint ist¹⁾. Es stehen ja eben Sohn und Slave fast durchweg gleich. Indess bei der Bürgschaft besteht diese Gleichheit gerade nicht, der fideiussor filii ist Bürge einer civilis obligatio, der fideiussor servi Bürge einer tantum naturalis. Je geläufiger nun diese Eigenart des Slavenbürgen, und seine absolute Verschiedenheit vom fideiussor filii der Praxis und der Schule war, um so mehr würden die Juristen es betont haben, wenn trotzdem in der Consumptionsfrage beide gleich behandelt würden. So wird ja in dem Punkt, wo wirklich der fideiussor filii und servi sich gleichstanden — für ihre Schulden gegen den paterfamilias, die

¹⁾ So erwähnen z. B. von den 155 Paragraphen des Titels D. (15, 1) de peculio nur 28 den Sohn (12: ihn allein, 16: Sohn und Slaven zusammen).

beiderseits tantum naturales sind — diese Gleichheit in der That ausdrücklich hervorgehoben¹⁾.

Von unsern 3 Stellen sind nun allerdings 2 — Proculus D. (46, 3) 84 und Africanus eod. 38 § 2 — responsa. Hier stand der fideiussor 'servi' im Thatbestand, da kann denn aus der Nichterwähnung des Sohnes nichts geschlossen werden. Anders bei Pomponius l. XXXI ad Sab. D. (44, 2) 21 § 4:

Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.

Dies ist eine rein theoretische Erörterung, in der die etwaige Gleichbehandlung der Civilschuld des Sohnes mit der naturalen des Slaven von Pomponius sicher hervorgehoben worden wäre!

Die von Bekker und Pokrowsky behauptete Gleichbehandlung des Sohnes- und Slavenbürgen ist also nicht bloss unbezeugt, sie hat auch das Schweigen dieser Pomponiusstelle und vor allem die Rechtsconsequenz ganz und gar gegen sich. Sie ist also zu leugnen!

Nicht besser steht es mit Pokrowskys weiterer Behauptung prätorischer Consumption der Slavenbürgschaft durch die actio de peculio gegen den Herrn.

Er stützt sie auf die eben erörterte Pomponiusstelle. Dass hier 'excipiendum est de re iudicata' tribonianisch sein kann für 'de re iudicata vel in iudicium deducta, ist zweifellos. Aber diese Zulassung prätorischer Consumption durch Pomponius wäre dann — was ja an sich auch durchaus möglich ist — im Widerspruch mit Proculus l. VII Epist. D. (46, 3) 84:

Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit.

At si idem servus ex peculio suo, permissa administratione peculii, nummos solvisset liberatos esse fideiussores eius recte legisti.

¹⁾ Ulp. D. (15, 1) 3 § 7; Paulus D. (46, 1) 56 § 1 — während die Nichterwähnung des Sohnes bei Gaius (III 119^a und D. 46, 1; 70 § 3) durch den Zusammenhang geboten war, in welchem eben nur die obligatio servi in Frage stand.

Pokrowsky leugnet den Widerspruch und ergänzt zu 'non esse liberatos' ein: 'ipso iure'. Proculus hätte also der ipso iure wirkenden solutio des Schlusssatzes, im Eingang die Litiscontestation entgegengesetzt, als nur nicht ipso iure, wohl aber prätorisch, befreiend. Dass das vieldeutige 'liberari' auch einmal die Civilbefreiung, ausschliesslich und im Gegensatz zur prätorischen bezeichnen kann, ist selbstverständlich¹⁾. Hier aber ist diese Deutung unmöglich, denn die Stelle ist ein responsum, eine Belehrung über praktisches Recht. Das praktische Recht aber war schon zu Proculus' Zeit das ius utrumque, civile et honorarium (ob. S. 261f.). Und da sollte Proculus — mit den processgeschichtlichen Formalien des ipso iure und ope exceptionis spielend — 'non' esse liberatos gesagt haben, um lediglich die Civilconsumption auszuschliessen, dagegen die praktisch ganz gleichwerthige, prätorische liberatio zuzulassen! Das ist ganz unmöglich. Unter 'non esse liberatos' konnte der Consulent, und daher auch Proculus selbst, schlechterdings nur das Versagen jeder Consumption verstehen, auch der prätorischen. Non esse liberatos: 'utroque iure'!²⁾

Proculus D. (46, 3) 84 leugnet also jedwede Consumption der Slavenbürgschaft durch die actio de peculio. Derselben Meinung scheint auch die letzte Stelle über unsre Frage D. (46, 3) 38 § 2 Afric. l. VII Quaest.:

De peculio cum domino actum est: is damnatus solvit. Et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit: eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse, argumentum esse, quod etc.

Erst als der de peculio verklagte und verurtheilte Herr zahlt, werden die Slavenbürgen frei. Da hatte also die Litiscontestation sie noch nicht befreit!³⁾

Dass nun diese Ansicht des Proculus und anscheinend auch Julians (bei African) trotz ihrer absoluten Folgerichtigkeit (oben S. 90) von Pomponius D. (44, 2) 21 § 4 nicht getheilt worden wäre, ist selbstverständlich möglich. Es wäre

¹⁾ Vgl. oben S. 70 Anm. — ²⁾ Oder 'iuribus', wie Pomponius bei Ulp. D. (13, 5) 3 § 1 sagt. — ³⁾ Das responsum bloss von der ipso iure-Befreiung zu verstehen, die zu einer schon vorhandenen: 'exceptione rei in iudicium deductae' nur hinzuträte, wäre recht verkünstelt, wenn schon nicht so absolut unmöglich, wie bei D. (46, 3) 84.

eben eine Controverse mehr. Unwahrscheinlich ist aber, dass diese Gegenmeinung, wenn sie einmal die Consumption der Sklavenbürgschaft zuliess, dieselbe nur als prätorische, nicht als ipso iure-Consumption zugelassen hätte.

Pokrowsky erklärt das natürlich durch die 'in factum'-Natur der actio de peculio als prätorischer, wenschon auf oportere lautender Klage. Für diese seine These ist ihm sogar Pomp. D. (44, 2) 21 § 4 eine Hauptbeweisstelle. Indess diese These ist falsch. Und da die actio de peculio auch keinerlei thatsächliches Element enthält, wie etwa die Fictionsklage de damno infecto, so konnte sie nicht einmal bei der durch Ulp. D. (44, 7) 25 § 1 bezeugten Erweiterung des Begriffs der actio in factum für eine solche erklärt werden¹⁾. Sie war und blieb also für die ipso iure-Consumption geeignet, die zum Ueberfluss ja auch durch Ulpian D. (15, 1) 32 pr., § 1 undiscutirbar sicher dafür bezeugt wird.

Wenn nun aber unter den Umständen der ipso iure-Consumption (oportere-Formel im iudicium legitimum) die Bedingungen der exceptio rei in iudicium deductae vorlagen, also eben die 'res in iudicium deducta', so ist schlechterdings nicht abzusehen, wie man die ipso iure-Consumption geleugnet, dagegen die exceptio rei in iudicium deductae dennoch zugelassen haben könnte! Das wäre mit der Logik und mit G. IV 107 gleich unvereinbar²⁾.

Wer also die Ansicht des Proculus (und Julian?) bekämpfen wollte, dass die actio de peculio die Sklavenbürgschaft nicht consumirt, der konnte schlechterdings nur Consumption überhaupt behaupten, civile im 'iudicium legitimum', prätorische im 'imperio continens'. Völlig unmöglich war es aber, ausschliesslich und auch für das iudicium legitimum, die prätorische Consumption anzunehmen.

So könnte denn also Pomp. D. (44, 2) 21 § 4 für die Consumption nur dann angerufen werden, wenn man eine weginterpolirte Beschränkung der Entscheidung auf das iudicium imperio continens hinzuvermuthete. Die Stelle ist aber dieser Vermuthung so ungünstig, als möglich³⁾.

¹⁾ Vgl. oben S. 45 ff. — ²⁾ Oben S. 68. — ³⁾ Pomp. I. XXXI ad Sabinum: Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit,

Aus diesen Schwierigkeiten führt nur ein Ausweg heraus: die Annahme, dass auch Pomponius den allgemeinen Grundsätzen gemäss und im Einklang mit Proculus und Julian (— den beiden Schulen? —) die Consumption der Sklavenbürgschaft durch die actio de peculio absolut leugnete. Die mit der ipso iure-Consumption ganz unvereinbare Wendung: 'si postea tecum . . agatur' passt gut zu dieser Annahme. Aber was bedeutet dann die exceptio rei iudicatae?

Es ist auszugehen von der Thatsache, dass dies keine weginterpolirte exceptio rei in iudicium deductae sein kann¹⁾, da neben dieser unbedingt auch die ipso iure-Consumption stehen müsste. Es muss also eine exceptio rei iudicatae ohne Consumptionszweck sein, eine 'blosse' exceptio rei iudicatae.

Wie dies im Einzelnen zu denken, darüber wird keine irgendwie sichere Auskunft erwarten, wer je selbst an den Räthseln der römischen Consumption- und Rechtskraftlehre sich abgearbeitet hat. Und hier vollends kann nur einiges Wenige darüber bemerkt werden²⁾.

Ausgangspunkt und Hauptgrundlage der Keller'schen Theorie war bekanntlich die exceptio rei iudicatae gegen die vom besiegten possessor seinerseits angestellte Vindication oder quasi Serviana³⁾. Keller, Savigny, Paul Krüger u. A. sehen darin die den Inhalt des Urtheils anrufende, positive Function: 'Du darfst nicht klagen, weil schon gegen Dein Recht ent-

si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata. — Die ipso iure-Consumption war hier nicht neben der prätorischen erwähnt, denn das 'si postea tecum . . agatur' zeigt die zweite Klage als ipso iure zulässig. Da müsste also die Beschränkung schon im Thatbestand gestanden haben: Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit: 'imperio continenti iudicio'. Aber die Stelle ist kein responsum über einen wirklichen Fall mit seinen zufälligen Beschränkungen, sondern eine allgemeine theoretisch-doctrinelle Ausführung. Und warum Pomponius (und Sabinus?) diese auf das der Schule ungeläufige iudicium imperio continens eingeschränkt haben sollten, wird wohl schwerlich Jemand zu erklären unternehmen! — Beiläufig: wie Pomponius ad Sabinum XXXI, nach Lenel h. l. 'de rei vindicatione' auf unsere Frage kam, ist nicht zu errathen. In den vier ersten §§ der Stelle erörtert er die in dieses Buch gehörende Consumption bei der Vindication!

¹⁾ Wie es für möglich hält: Bekker, Aktionen I S. 321. — ²⁾ Die Litteratur bei Windscheid, Pandekten 6. Aufl. I § 130 Anm. 23^a. — ³⁾ D. (3, 3) 40 § 2; D. (44, 2) 15, 19, 30 § 1.

schieden ist¹⁾; Bekker, Dernburg, Brinz u. A. dagegen halten sie für die gewöhnliche, lediglich das Dasein des Urtheils anrufende Einrede, Kellers negative Function: 'Du darfst nicht klagen, weil schon über Dein Recht entschieden ist'. — Die Ausdrucksweise der Quellen spricht für die letztere Ansicht. Es heisst nie: 'contra te...'; sondern nur: 'de iure tuo: iudicatum, statutum, quaesitum est'¹⁾. Dem im ersten Process unterlegenen possessor wird also trotzdem nicht der Inhalt, sondern lediglich das Dasein des Urtheils entgegengehalten: Einrede des abgeurtheilten, nicht des abgewiesenen Anspruchs.

Wenn insoweit die Quellen für Bekker und gegen Keller sprechen, so erscheint dennoch unannehmbar die Bekker'sche Erklärung jener exceptio rei iudicatae gegen den Verklagten des ersten Processes aus dem Satze: 'de eadem re ne bis sit actio', dem Verbot des 'actum agere'. Denn es spricht Nichts dafür und Manches dagegen, dass die Römer den possessor bei der formularen Vindication, quasi Serviana u. s. w. als agirend und deducirend gedacht hätten²⁾.

¹⁾ D. (44, 2) 15 Gaius: 'de tuo iure iudicatum'; fr. 30 § 1 Paulus: 'de .. iure: quaesitum, — statutum, — non .. quaesitum, — quaesitum'. Hiernach ist denn bei Jul.-Ulp. D. (3, 3) 40 § 2: 'nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse', und bei Gaius D. (44, 2) 15: 'eo ipso quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse' — das gesperrt Gedruckte zu betonen, nicht aber (mit Keller und seinen Anhängern) das 'illius non esse', 'tuam non esse'! — ²⁾ Bekkers Erklärung setzt, scheint mir, zweierlei voraus: 1. dass in der zweiseitigen legisactio sacramento in rem die Consumption (ipso iure: G. IV 108) galt. Das ist nicht sicher, aber sehr wahrscheinlich: oben S. 313 A. 2. — 2. und vor Allem, dass diese Vorstellung des Agirens, Deducirens, Consumirens auch des Beklagten von der Sacramentsvindication auf die per formulam petitoriam übertragen wurde. Dieses aber ist unwahrscheinlich. Denn wäre eine solche directe Uebertragung erfolgt, so hätte die formulare Vindication aller Wahrscheinlichkeit nach auch die legisactionsmässige ipso iure-Consumption übernommen, während sie nach G. IV 106 doch nur die prätorische, exceptionsweise besass. Für diese von Girard mit Recht betonte Erscheinung (oben S. 57 A. 2) gibt es, m. E., nur eine Erklärung: die Hypothese, dass in der Consumptionsfrage eben keine directe Uebertragung von der Sacramentsvindication auf die formulare stattfand, sondern die vindicatio per sponsonem den Uebergang vermittelte. Denn dass die letztere im Legisactionssystem gar keine Consumption besass, und daher im formularen

Jene exceptio rei iudicatae gegen den Verklagten des ersten Processes muss also eine von der Consumption völlig unabhängige, 'blosse' exceptio r. i. sein, die aber dennoch nicht den Urtheilsinhalt, sondern das Urtheilsdasein geltend macht: iudicatum esse, nicht: ita iudicatum esse. Eine solche hat Dernburg und, noch folgerichtiger, Brinz behauptet.

Nach Brinz¹⁾ hätte die exceptio rei iudicatae schlechterdings gar nichts mit der processualischen Consumption und deren exceptio rei in iudicium deductae zu thun gehabt. Aber so klar, gründlich und umsichtig Brinz' Darlegungen auch sind, sie scheitern an der von Lenel²⁾ aus Gaius und den Edictscommentaren nachgewiesenen Thatsache, dass die exceptio rei iudicatae regelmässig, also jedenfalls ursprünglich, eins war mit der exceptio rei in iudicium deductae!

Da bleibt denn nur die im Wesentlichen von Dernburg³⁾ vertretene Annahme, dass jene 'blosse' exceptio rei iudicatae eine spätere Weiterbildung der ursprünglichen Consumptionsinrede ist. Für die Fälle einer abgeurtheilten, und doch nicht ins iudicium deducirten und consumirten Sache wurde aus jener Doppelexception die Clausel 'nisi ea res iudicata est' herausgenommen und selbständig verwendet. So gegen die Vindication des besieigten possessor. Und so vielleicht auch in unserer Pomponiusstelle D. (44, 2) 21 § 4, wo ja auch ein Fall fehlender Consumption vorlag.

Während ursprünglich — nach D. (46, 3) 38 § 2, 84 — der Slavenbürge die actio de peculio gegen den Herrn zur Ablehnung der eigenen Haftung in keiner Weise verwerthen konnte, wäre von Pomponius (und Anderen) ihm gestattet worden, zwar nicht die Litiscontestatio und Consumption, wohl aber — was praktisch aufs Gleiche herauskam! — das Urtheil über die actio de peculio anzurufen. Und zwar die

die exceptionsweise erhielt, ist wohl sicher. War also sie das Vorbild der gleichfalls einseitigen formula petitoria, so ist auch deren bloss prätorische Consumption von selbst klar. — Aber zugleich fällt dann mit der directen Verbindung zwischen Sacraments- und formularer Vindication auch jede Möglichkeit fort, das Bekker'sche agere, deducere und consumere des Beklagten historisch zu rechtfertigen!

¹⁾ Pandekten I 2 A. § 96. — ²⁾ Edictum S. 403 f. — ³⁾ Pandekten I § 162.

blosse Thatsache des Urtheils, wie immer es lauten mochte. Also auch das die Schuld des Slaven anerkennende!

Das ist möglich, und entspricht zweifellos dem Wortlaut der Stelle am besten 'si . . . de peculio actum sit, . . . excipiendum est de re iudicata'. Aber ein starkes Bedenken bleibt.

Es handelt sich um eine Hülfe aus Billigkeit gegenüber dem für diesen Fall logisch und traditionell feststehenden Abschluss der Consumption. Sollten die classischen Juristen da wirklich so ungeschickt und unterschiedslos durchgegriffen haben?¹⁾ Auch dem siegreichen Kläger, der nur Durchführung des Urtheils wünschte, durch seine Klage gegen den Bürgen, das brutale: 'si ea res iudicata non est' entgegen gehalten haben? Geschah es, so erhielt er dann wohl eine replicatio rei secundum se iudicatae, gemäss D. (20, 1) 16 § 5; D. (44, 2) 9 § 1 und zumal gemäss Julian D. (44, 2) 16:

Evidenter enim iniquissimum est proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est.

Näher liegt aber, unter diesen Umständen, die Annahme, dass Pomponius, oder wer sonst hier zuerst die Tradition durchbrach, jener Billigkeitserwägung schon von vornherein Rechnung zu tragen verstand. Er hätte also dem Slavenbürgen nur erlaubt, das ihm sachlich günstige, die Schuld des Slaven verneinende Urtheil gegen den Herrn anzurufen, genau so und genau so weit, wie er einen Eid des Herrn hätte anrufen dürfen²⁾.

Das wäre denn Kellers und P. Krügers 'positive Function'. Dass man dies Ziel mit einer exceptio 'rei iudicatae' erstrebt und erreicht hätte, statt mit einer exceptio 'rei secundum se iudicatae', wäre auffällig. Aber doch nicht undenkbar, bei der 'juristischen Sparsamkeit' der Römer. Auch die unberechenbaren Compileren könnten hier gekürzt haben.

¹⁾ In unserm Fall stand es ganz anders, als bei der Ausdehnung der exceptio rei iudicatae auf den Beklagten im Vindicationsprocess. Auch als blosse Einrede des Urtheilsdaseins, des 'iudicatum esse' trat hier die exceptio rei iudicatae nur dem Besiegten des Vorprocesses entgegen. Denn nur eine Entscheidung 'contra possessorem' ist eine Entscheidung 'de iure eius'! — ²⁾ Arg. D. (12, 2) 28 § 1; 42 § 3; D. (44, 1) 7 § 1.

Sicher ist jedenfalls, dass die Rechtskraftidee bei den Römern eine erhebliche Rolle spielte¹⁾. Besonders da, wo sie durch das viel weiter tragende, privatrechtliche Consumptionsprincip: 'bis de eadem re ne sit actio' nicht verdeckt wurde. So im Administrativverfahren²⁾. Und so auch in unserem Falle der Slavenbürgschaft, wo nach zwingender Rechtslogik und ausdrücklichen Zeugnissen für Consumption und exceptio rei in iudicium deductae kein Raum war.

So lässt sich, entweder mit Dernburgs nichtconsumptorischer exceptio rei iudicatae, oder mit Keller-Krügers Rechtskrafteinrede, erklären. Wofern man nicht, was methodisch das Richtige ist, diese ganzen Details der Consumptionsfrage als unaufklärbar dunkel der ars ignorandi überweist!³⁾

§ 17. Die ipso iure-Consumption bei Klagen prätorischer Rechtsnachfolger.

Der einschlägige Abschnitt ist einer der besten von Pokrowskys Arbeit und enthält mehrere treffende, theilweis neue Gesichtspunkte⁴⁾.

¹⁾ Trotz des von Brinz, Pand. I 2 A. § 99, erbrachten Nachweises, dass ein allgemeines "iudicem ius facere" den Quellen fremd ist. —

²⁾ Vgl. z. B. die *lis fullonum* (Bruns, *Fontes* Ed. VI p. 362): Modestinus dixit: si quid est iudicatum, habet suam auctoritatem, si est, ut dixi, iudicatum; oder das *nec plus ultra* des 'respect de la chose jugée' in der zweifellos authentischen Erzählung Senecas (*de ira* I 18): Piso, der nachmalige Mörder des Germanicus, verurtheilt einen Soldaten zum Tode wegen Verdachts der Ermordung eines Kameraden. Dieser erscheint im Moment der Hinrichtung. Der Centurio verschiebt dieselbe und führt Beide vor Piso. Dieser lässt sie alle Drei hinrichten: 'Te, inquit, duci iubeo, quia damnatus es; te quia causa damnationis commilitoni fuisti; te quia iussus occidere imperatori non paruisti'. —

³⁾ Dass hier Vieles unklar bleibt, wird allseitig zugegeben. So von Bekker, *Aktionen* I SS. 318, 350, und Dernburg, *Pandekten* I § 162, die Beide ihre ursprünglichen Thesen durch erhebliche Zugeständnisse an die Ideen des Urtheilsinhalts und der Rechtskraft abgeschwächt haben. Vermittelnd und skeptisch auch Windscheid, *Pandekten* I 6. Aufl. § 130 Anm. 24^a, und besonders Hölder, *Krit. Vjschr.* XVIII S. 202f. — ⁴⁾ *Zeitschrift* XVI S. 69—74. — Eine arge Uebereilung läuft allerdings auch mit unter. Im Feuer der Dialektik übersieht Pokrowsky den Grundunterschied zwischen den stets prätorisch consumirten in rem actiones und den auch der Civilconsumption fähigen actiones in personam. So schliesst er denn, in einer Frage der ipso iure-Consumption, von

So z. B. die scharfe Gegenüberstellung der immer consumirenden Klage des Civilinhabers der actio und der Klage ihres bloss prätorischen Inhabers (oben S. 59), oder auch die durchgeführte Vergleichung der fictionsweisen mit der transpositivischen Actionsübertragung, z. B. bei bonorum emptio mortui (actio Serviana) und vivi (actio Rutiliana) G. IV 35. Aber trotz dieser und anderer hübscher Gesichtspunkte geht die Untersuchung im Ganzen doch fehl. Denn der unglückliche Ausgangspunkt Pokrowskys: die Auffassung jeder prätorischen Klage als 'in factum', lässt ihn auch dies Problem in die rein processtechnische Consumptionslehre herunterziehen, während es sich genau wie beim Fall der Vertretung (oben S. 58 ff.) um die viel allgemeinere, materiellrechtliche Frage der Actionenaufhebungsmacht handelt, die genau so auch für Novation u. s. w. gilt. Für die Consumption insbesondere um die Macht zum 'rem in iudicium deducere'. Die zur Erörterung stehende Frage ist also einfach die:

erfolgt durch Litiscontestation mit prätorischen Rechtsnachfolgern ein rem in iudicium deduci?

Zur Beantwortung der Frage sind wir lediglich auf Schlussfolgerungen angewiesen. Selbst über analog zu verwerthende Fälle: Novation u. s. w. des bonorum possessor oder emptor, hat Tribonians unerbittliche Scheere nichts passiren lassen¹⁾. Denn dass bei den Classikern diese Fragen häufig und ein-

der actio in rem auf die in personam! — a. a. O. S. 71: 'Wenn der heres ipso iure-Eigenthümer bleibt, sogar nachdem der bonorum possessor seine actio ficticia in rem durchgeführt und die Sache in die Hände bekommen hat, so muss Analoges auch in Bezug auf die erbschaftlichen Obligationen gelten. Wenn der Prätor in Bezug auf die actiones in rem des civilen heres zur denegatio actionis oder zu einer exceptio schreiten musste, so kann er auch dessen actio in personam nur durch dieselben Mittel entkräften'. — Dazu G. IV 107: 'si .. in personam actum sit .., si vero .. in rem ..'!

¹⁾ Nur dass die Zahlung durch einen bonorum possessor den heres ipso iure befreit, ergeben: Pap. D. (46, 3) 95 § 8 und — a contrario — Pomp. D. (12, 6) 19 § 1; vgl. Leist, Glück B. 37—8, Bd. I S. 368—75. — Für Zahlungen an den bonorum possessor, die — bei seiner Klag- und Zwangsgewalt — principmässig den Erbschaftschuldner befreien müssen, besitzt Leist a. a. O. S. 361 ff. keine Zeugnisse! Er hat im Gegentheil Stellen gegen sich, am meisten — trotz Leist S. 362 f. — D. (12, 6) 26 § 11.

gehend erörtert waren, ist selbstverständlich (vgl. oben S. 56 A. 2).

Ohne Weiteres sicher ist nun, dass in seinem eigenen Machtbereich, im Gebiet des praktischen 'ius utrumque', der Prätor seinen Schützlingen regelmässig beistand und ihnen durch Gewährung von Actionen oder durch Zerstörung der Actionen des Titulars praktisch die volle Verfügungsmacht verlieh, sie loco heredis, domini etc. setzte (vgl. oben S. 59).

Wir haben es aber auch hier nur mit der Civilwirkung ihrer Acte zu thun, also mit dem 'rem in iudicium deducere', als Rechtsgrundlage der civilen genau wie der prätorischen Consumption (oben S. 68). Wir untersuchen es erst für die prätorische Rechtsnachfolge mit Umstellungsklagen, dann für die mehr Zweifel veranlassende mit Fictionsklagen.

Die Umstellungsklagen sind formulirt wie Vertreterklagen, sie müssen daher auch deren Grundsätzen unterliegen¹⁾.

Also bei Passivumstellung stets ein 'rem in iudicium deducere' des Gläubigers, geeigneten Falls mit Civilconsumption. De se queri debet; warum hat er einen andern als den Titular verklagt! So bei adjectivischen Klagen. Und so gewiss auch für die rutilianische Klage gegen einen emptor bonorum vivi.

Auch bei Activumstellung musste die Analogie der Vertreterklage durchgreifen. Also ein rem domini in iudicium deducere, z. B. vom bonorum emptor vivi gegenüber dem insolventen dominus, lediglich nur dann, wenn etwa die Jurisprudenz und der von ihr geleitete Geschworne, der Träger des 'officium iudicis' oder des 'ipsum ius civile', den transpositivisch klagenden prätorischen Rechtsnachfolger — wir kennen hier nur den emptor bonorum vivi — als 'cognitoris loco' und damit 'domini loco' anerkannt hätte. Was nicht bezeugt, aber auch nicht einmal wahrscheinlich ist!

Zweifelhafter sind die Fictionsklagen.

Dass die Fiction an sich die ipso iure-Consumption nicht hindert, zeigt deren Platzgreifen bei den auf 'si liber esset' gebauten, adjectivischen Klagen wegen der Slavenschulden, z. B. bei der actio de peculio servi: D. (15, 1) 32 pr., § 1;

¹⁾ Oben S. 63 ff.

47 § 3 (o. S. 73 f.). Genau so musste es bei Klagen mit 'si accepto latum non esset': D. (4, 2) 9 § 4, 'si capite minutus non esset': D. (4, 5), G. IV 38 und ähnlichen Fiktionen stehen¹⁾.

Aber bei unsern Fictionsklagen steht, nach Pokrowskys treffender Bemerkung, neben und vor der Fiction eine Rechtsübertragung in Frage, genau wie bei den Umstellungsklagen. Was dem bonorum possessor oder emptor eingeräumt wird, ist nichts als die Rechtsmacht des begrifflich immer, aber auch in Wirklichkeit öfters neben ihnen stehenden heres. Indess heisst es denn eben doch nicht 'quae Titio heredi dari oportet, eius Lucio bonorum possessori condemna', sondern 'si Lucius heres esset, tum quidquid ei dari oporteret etc.' und das begründet einen erheblichen Unterschied.

So schon für die Passivklagen. Ein Erbschaftsgläubiger verklagt den bonorum possessor mit 'si heres esset', consumirt d. h. deducirt er hierdurch seine Klage gegen den heres? Dann hätte man den im eignen Namen verklagten bonorum possessor als blossen defensor heredis behandelt! So scheint mir die Frage denn zu verneinen. Die Klage gegen den heres wird also durch ihre Anstellung gegen den bonorum possessor nicht in's iudicium deducirt; daher für den heres weder Civilconsumption, noch auch exceptio rei in iudicium deductae, sondern höchstens, wenn der Prätor sie für billig hielt, eine decretale exceptio 'in factum'.

Wie steht es endlich bei Activklagen des bonorum possessor, emptor, sector u. s. w.?

Selbstverständlich wurden diese niemals als 'gleichsam Cognitoren' des ihnen völlig fremden Erben behandelt. Eine Deduction und Consumption der Klagen des Erben durch die von ihnen angestellten könnte daher einzig aus der Fiction hergeleitet worden sein. Logisch enthält ja das: 'si bonorum possessor heres esset' ein: 'si heres non heres esset'. Ent-

¹⁾ Eine wunderhübsche, zum Controvertiren wie geschaffene Frage entstand, wenn intra primum Urbis miliarium, vor einem Bürger als iudex, zwischen einem Bürger und einem Fremden eine oportere-Klage mit 'si civis esset' (G. IV 37) verhandelt worden war. War hierdurch das 'iudicium legitimum' (G. IV 104) und damit die Civilconsumption (G. IV 107) gegeben?!

nahm da etwa der Geschworne über die actio directa des heres der vorher angestellten ficticischen Klage des bonorum possessor diese negative Fiction und wies darauf hin den heres ab?

Gewiss nicht. Denn dieselbe Logik hätte sofort weitere, allerunsinnigste Folgerungen gezeitigt: Abschneidung auch der dinglichen und sonstigen, nicht ipso iure consumirbaren Klagen des als non heres behandelten Erben, und zwar ihre Abschneidung nicht erst durch die Klaganstellung des bonorum possessor, sondern schon durch seine prätorische Ernennung, denn diese enthält ja virtuell schon die Aufstellung der Fiction 'si heres esset'; u. s. w. — Wir werden daraus die Regel entnehmen dürfen, dass Fiktionen niemals auf die Klage eines andern Rechtssubjects hinüberwirken! Es ist also auch für Activklagen des bonorum possessor etc. das 'rem heredis in iudicium deducere' zu leugnen, und damit die Civil- und prätorische Consumption gleichmässig¹⁾.

Wie steht es nun aber mit der zweiten Klage des bonorum possessor etc. selbst, oder auch gegen ihn?

Hier scheint mir Pokrowsky 'subtilius quam verius' zu schlussfolgern.

Nach seinem System bewirkt die Klage des Erben Civilconsumption für den bonorum possessor (was richtig ist) und die des bonorum possessor prätorische Consumption für den heres (nicht richtig, wie eben gezeigt; sondern: gar keine!). Von hier aus lässt er den iudex einer zweiten Klage des bonorum possessor folgendermassen schliessen:

'nach dem Befehle des Prätors muss ich den Aulus Agerius so betrachten, als ob er civiler heres des L. Titius, d. h. als ob er z. B. G. Seius wäre; dieser Seius bleibt aber auch jetzt ipso iure berechtigt, er kann auch jetzt ipso iure intendere 'dari sibi oportere'; ich weiss freilich, dass Aulus

¹⁾ Wirkt die Klage des heres consumirend für den bonorum possessor? Diese oben (S. 59) mit Pokrowsky bejahte Frage ist vielleicht richtiger zu verneinen. Denn in der Klage des bonorum possessor greift das 'si heres esset' schlechthin durch (vgl. das im Text Folgende). Damit war denn aber für diese Klage auch die Umkehrung jener Fiction gegeben, das 'si heres non heres esset'. Wäre aber der Erbe 'non heres', so könnte seine Klage natürlich auch nicht consumiren!

II. Verzeichniss der besprochenen Stellen.

| Cato. | | Seite | Digesta. | | Seite |
|---------------------------------------|---------------------|-----------------------------------|---------------|----------------------|----------------------------------|
| de re rustica | 146, 149 | 62 | D. (27, 6) | 9 § 1 | 48 |
| Cicero. | | | D. (27, 10) | 7 § 2 | 69 ¹ |
| ad Atticum XVI | 15 § 2 | 69 ² | D. (27, 10) | 17 § 2 | 26 |
| de inventione II | § 58 | 39 ¹ | D. (33, 9) | 1 | 14 ³ |
| divinatio in Caecilium | § 56 | 38 ¹ | D. (39, 2) | 4 § 2 | 53 ff. |
| in Verrem III | §§ 25, 39, 55, 69 | 38 ¹ | D. (39, 2) | 4 § 7 | 54 |
| pro Caecina | § 71 | 14 ³ | D. (39, 2) | 7 pr. | 53 |
| pro Rabirio Postumo | § 16 | 23 | D. (39, 2) | 15 §§ 34, 36 | 53 ff. |
| pro Roscio comedo | § 24 | 31 ¹ | D. (39, 2) | 16 | 48 |
| Topica | § 33 | 23, 31, 45 | D. (39, 2) | 17 § 3; 18 §§ 13, 15 | 53 ff. |
| Codex Iustinianus. | | | D. (42, 5) | 9 pr. | 51 ³ |
| C. (1, 2) | 21 | 50 | D. (42, 8) | 10 | 50 |
| C. (5, 3) | 15 § 1 | 49 ¹ | D. (43, 4) | 1 pr. | 51 ³ |
| C. (5, 12) | 30 § 1 | 49 ¹ | D. (43, 4) | 4 § 4 | 53 ¹ , 54 |
| C. (5, 13) | 1 § 5 ^a | 49 ¹ | D. (43, 18) | 1 § 4 | 42, 48 ³ |
| Codex Theodosianus. | | | D. (44, 2) | 9 § 1 | 98 |
| C. Th. (3, 5) | 2 | 49 ¹ | D. (44, 2) | 11 § 7 | 66 ² |
| Collatio legum mosaicarum etc. | | | D. (44, 2) | 15 | 95 ff. |
| XVI | 3, 5 | 41 | D. (44, 2) | 16 | 98 |
| Constitutiones. | | | D. (44, 2) | 19 | 95 ff. |
| Deo auctore | § 10 | 49 ¹ | D. (44, 2) | 21 § 4 | 86 ³ , 92, 94, 97 ff. |
| Omnem | §§ 1, 3 | 49 ¹ | D. (44, 2) | 25 § 2 | 69 ¹ |
| Tanta | §§ 1, 5, 11, 16, 17 | 49 ¹ | D. (44, 2) | 30 § 1 | 95 ff. |
| Digesta. | | | D. (44, 4) | 2 § 5 | 48 ³ |
| D. (1, 3) | 13 | 59 ¹ , 76 ¹ | D. (44, 7) | 25 § 1 | 43 ff., 47 f., 52, 55 |
| D. (2, 14) | 7 § 2 | 48 ² | D. (44, 7) | 42 § 1 | 42, 44, 47 ¹ , 48 |
| D. (3, 3) | 28 | 81 ¹ | D. (44, 7) | 52 pr. | 44 |
| D. (3, 3) | 40 § 2 | 95 ff. | D. (45, 1) | 112 pr. | 14 ³ |
| D. (3, 5) | 46 (47) § 1 | 39, 44, 49 | D. (46, 1) | 21 § 2 | 89 ¹ |
| D. (4, 3) | 11 § 1; 28; 33 | 48 ² | D. (46, 2) | 20 § 1, 34 § 1 | 63 ¹ |
| D. (5, 1) | 74 § 2 | 69 ² | D. (46, 3) | 23 | 69 ² |
| D. (6, 1) | 23 § 5 | 50 | D. (46, 3) | 38 § 2, 84 | 86 ³ , 92 f. |
| D. (9, 3) | 5 § 6 | 51 ³ | D. (46, 3) | 91 | 61 |
| D. (11, 1) | 18, 20 pr. | 69 ² | D. (46, 3) | 95 § 8 | 100 ¹ |
| D. (12, 2) | 26 § 1 | 82 | D. (46, 4) | 14 | 33 |
| D. (12, 6) | 19 § 1; 26 § 11 | 100 ¹ | D. (46, 8) | 22 § 8 | 65 ² |
| D. (14, 1) | 1 § 24 | 72 | D. (47, 2) | 57 (56) § 4 | 62 ³ |
| D. (14, 3) | 13 pr. | 71 f. | D. (47, 12) | 3 pr. | 51 ³ |
| D. (14, 5) | 4 § 5 | 72 f. | D. (50, 17) | 112 | 67 ³ |
| D. (15, 1) | 14 | 77 ff. | Gaius. | | |
| D. (15, 1) | 19 pr. | 85 ¹ | I 184 | | 22 ² , 28 |
| D. (15, 1) | 30 § 4 | 82 | III 180 f. | | 17 ² , 57 f. |
| D. (15, 1) | 32 pr., § 1 | 73 f., 77 ff., 85 | IV 1 | | 45 |
| D. (15, 1) | 47 § 2 | 82 | IV 2, 3 | | 38 |
| D. (15, 1) | 47 § 3 | 73 f., 77, 83, 85 | IV 10 | | 28 |
| D. (15, 1) | 50 § 2 | 89 ¹ , 90 | IV 21, 25 | | 36 |
| D. (15, 2) | 1 § 10 | 73, 83 | IV 30 | | 29, 31 f. |
| D. (15, 3) | 10 § 1 | 69 ² | IV 32—38 | | 11 f., 18, 28, 53 |
| D. (19, 5) | 1 § 2; 5 § 2 | 48 ² | IV 41 | | 38 |
| D. (19, 5) | 11 | 42 | IV 45 ff. | | 11 ff., 27 ff., 32, 53 |
| D. (20, 1) | 16 § 5 | 98 | IV 46 | | 23, 43 f., 46 |
| D. (22, 1) | 32 § 3 | 83 ff. | IV 53 ff. | | 33 ff. |
| D. (24, 3) | 22 § 5 | 14 ³ | IV 60 | | 38 |
| | | | IV 74 | | 42 |
| | | | IV 88 ff. | | 25, 40 |

| Gaius. | Seite | Paulus. | Seite |
|----------------------------|---|--------------------------|----------------------|
| IV 98 | 65 | I 4 § 10 | 49 ¹ |
| IV 99 | 65, 67 ² | II 2 | 41 |
| IV 101 | 61 ¹ | II 12 § 8 | 49 ¹ |
| IV 106 | 27, 56 | IV 1 § 4 ^a | 49 ¹ |
| IV 107 | 22 ² , 27, 28, 41, 47, 68 ¹ | V 6 §§ 5, 8 ^a | 49 ¹ |
| IV 108 | 22 ² , 28, 57 f. | | |
| IV 126 | 48 ³ | | |
| IV 134 | 32 | | |
| Seneca. | | | |
| Satir. II 1, 86 | 14 ³ | de ira I 18 | 99 ² |
| Suetonius. | | | |
| I. (4, 3) § 16 | 51 | Vitellius 7 | 41 |
| Ulpianus. | | | |
| cap. XX | 31, 39, 40 f., 52 ff. | XI 24, 27 | 22 ² , 28 |
| Vaticana fragmenta. | | | |
| lis fullonum | 99 ² | fr. 317 | 66 |
| Oianthea. | | fr. 331 | 65 f. |
| Gesetz von O. | 20 ² | | |

III. Inhaltsübersicht.

| | |
|--|-----------|
| § 1. Die Aufgabe | S. 5—6. |
| § 2. Pokrowskys Arbeit | S. 6—11. |
| § 3. Gaius iniuria vapulans (G. IV 32—47) | S. 11—19. |
| ‘Nos’ und ‘ego’ bei Gaius: 13 ³ — seine klägerisch-subjective Process-terminologie: 13 ff. — gemischte Formeln sind ihm ‘in ius conceptae’: 17 — die ‘intentio civilis’ trotz Fiction oder Umstellung: 18. | |
| § 4. Die Terminologie des entstehenden Formularprocesses | S. 19—27. |
| Wlassaks lex Aebutia und das Gesetz von Oianthea: 20 ² — formula, das Schema: 20 f. — actio = legis actio; iudicium = iudicium sine actione: 21 f. — quaestio ‘si quis’ und iudicium ‘si quis’: 23 — ‘actio’ beim Formular-process anfänglich nicht in Gebrauch: 24 ff. | |
| § 5. Warum wurde die Consumptionslehre nicht auf den Gegensatz actio civilis — praetoria abgestellt? | S. 27—31. |
| Die Consumtion der ‘formulae ad legis actionem expressae’: 28 — der Gegensatz ‘actio civilis — praetoria’ dem beginnenden Formularprocess fremd: 29. | |
| § 6. Ius — factum in der Legisactionentheorie | S. 31—36. |
| ‘In intentione de iure quaeritur, in demonstratione de facto’: 32 ff. — Fehler in der intentio oder demonstratio: 34 f. | |
| § 7. Intentiones in factum vor der lex Aebutia | S. 36—39. |
| Legisactionen mit intentio in factum?: 36 ff. — die voräbütischen Formularklagen alle in factum?: 38 f. | |
| § 8. Ist actio in factum ein classischer Ausdruck | S. 39—43. |
| Iudicium in factum (conceptum?) ist classisch: 39 — wie ‘actio’ beim Formularprocess aufkam?: 40 f. — in factum actio classisch: 41 ff. | |
| § 9. Die Umdeutung der formula in factum concepta zur actio in factum (D. 44, 7, 25 § 1) | S. 43—52. |
| Ulp. D. (44, 7) 25 § 1 ist echt: 44 f. — Ulpian im liber sing. Regul. materialisirte die formula in factum concepta zur actio in factum, unter Weglassung der actionenrechtlich unbrauchbaren formula in ius concepta: 46 f. — ‘actio in factum’ ist besonders die ‘Decretalklage für den Einzelfall’: | |

- 48 f. — Justinian als Restaurator des fast ganz abgekommenen Actionenrechts: 49¹ — und zumal der actio in factum: 50 — 'in factum iudicium dabo': 51.
- § 10. **Die actio in factum de damno infecto** S. 52—55.
- § 11. **Die ipso iure-Consumption prätorischer Klagen** S. 55—58.
Die formulare ipso iure-Consumption war controvers: 56 f. — ihre Herausbildung: 57 f.
- § 12. **Der Parallelismus von Consumption und Novation** S. 58—63.
Die Befähigung zur Consumption ist materiellrechtlich, wie die zur Novation: 59 — so bei Actionenaufgabe: 60 — und bei Actionenübertragung: 61 f.
- § 13. **Die ipso iure-Consumption bei Vertreterklagen** S. 63—70.
'Cognitoris loco' stellte nicht der Prätor, wohl aber die Jurisprudenz durch Leitung der Geschwornen: 65 f. — cautio de rato, wo die Consumption auch nur versagen könnte: 67 — das 'deducere' für die exceptio rei in iudicium deductae ist kein anderes, minderes als für die ipso iure-Consumption: 68 f.
- § 14. **Die ipso iure-Consumption der adjecticischen Klagen** S. 71—74.
- § 15. **Die wiederholte Anstellung der actio de peculio** S. 75—86.
Die ipso iure-Consumption wirkte praktisch nur bis zu dem Peculienbetrag. Aber wie? — praescriptione? — interpretatione? — restitutione?: 76 — Nach D. (15, 1) 14, verbunden mit fr. 32 pr., § 1: durch Restitution, aus freier Billigkeit und 'of course': 77 f. — weil selbstverständlich, wurde dieselbe (von den Classikern, oder doch von Tribonian) mitunter nicht erwähnt: 80 f. — die angeblichen Beweisstellen für restitutionslose Wiederholung der actio de peculio sprechen meist für die Restitution: 82 f.
- § 16. **Der Einfluss der actio de peculio auf die Obligation des Slavenbürgen** S. 86—99.
Die fideiussio pro servo stellte auf den Contract des Slaven ab, nicht auf seine Obligation: 87 f. — die nach Consumption übrigbleibende Naturalschuld reicht aus für eine neue fideiussio, aber nicht zur Erhaltung der alten: 89 — dagegen berührt die Consumption nicht die Naturalobligation des Slaven und deren fideiussio: 90 f. — die exceptio rei iudicatae in D. (44, 2) 21 § 4 ist nicht consumptorisch: 95 f. — die exceptio rei iudicatae nach Bekker: 96 — nach Brinz: 97 — nach Dernburg: 97 f. — die 'positive Function'?: 98 f.
- § 17. **Die ipso iure-Consumption bei Klagen prätorischer Rechtsnachfolger**
S. 99—104.
- I. **Vergleichung der Seitenzahlen dieses Sonderdrucks mit denen der Zeitschrift Bd. XIX** S. 105.
- II. **Verzeichniss der besprochenen Stellen** S. 106—107.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04483