concessio seitens des pater fam. erblickt. Das freie Testirrecht desselben insbesondere hätten die XII Tafeln anerkannt: es sollte die Willkür des pater fam. begünstigt werden, aber nicht zum Schaden seiner Hauskinder, sondern nur zum Schaden der gentilicischen und agnatischen Gruppen. Das Testament erkenne gerade die Familiengemeinschaft an, indem es dem pater fam. die Möglichkeit gewähre, für seine emancipirten Söhne und verheiratheten Töchter in mann eines anderen zu sorgen. —

Unser Schlussurtheil kann nach allem nicht wohl anders lauten, als dass es dem V. trotz seines redlichen Strebens und trotz aller aufgewandten Mühe nicht gelungen sein dürfte, die dunkle Frage nach dem Grund und Ursprung der Unterscheidung von *res m.* und *nec m.* zum Abschluss zu bringen oder auch nur wesentlich zu fördern.

Berlin, im December 1890.

Hugo Krüger.

Brezzo Dott. Camillo, *L'utilis actio del diritto romano.*
— *Rei vindicatio utilis.* — *Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it.* Torino, fratelli Bocca, 1889. 245 Seiten.

Das Hauptthema des V. ist die *vind. utilis* in den bekannten zehn besonderen Fällen des römischen Rechts.

Er nennt sie, nach dem Vorgange fast aller bisherigen Bearbeiter derselben, im Haupttitel: *rei vind. utilis*; indessen ist diese Terminologie nicht quellenmässig. Römisch, wenn auch nicht classisch, ist der Ausdruck: *utilis vind.*; er findet sich meines Wissens zuerst bei Philippus Arabs in L. 8 C. 3, 32 und nach ihm nur noch bei Valerian in L. 1 C. 8, 54 (55). Sicher verwenden ihn die classischen Juristen nie (nach Ausweis des Index zu den Quellen des classischen Rechts); sie sprechen immer nur von der *utilis in rem actio* (Varus und Nerva bei Ulp. L. 5 § 3 D. 6, 1; Paul.¹⁾ L. 55 D. 24, 1), kürzer von *utilis actio* (Gains II, 78 [= § 34 I. 2, 1]; L. 9, § 2 D. 41, 1; L. 30 D. 24, 1) oder in *rem actio* (Ulp. L. 29 D. 39, 6) oder endlich auch bloss von *actio* (Ulp. L. 41 D. 41, 1), und nur einmal (L. 2 D. 26, 9) beschreibt sie Ulpian näher als eine *utilis actio ad rem vindicandam*. Diesen classischen Sprachgebrauch ziehen auch die Byzantiner vor: so z. B. Theophilus zu § 34 I. 2, 1 und Justinian in L. 15 C. 5, 3 (in L. 2 C. Th. 3, 5 fehlt die Bezeichnung der *actio*), L. 30 C. 5, 12 und L. 1 § 5a C. 5, 13, dazu vielleicht noch in L. 55 D. 24, 1 cit. Immerhin mag

¹⁾ Wofern man nicht lieber gerade den Schlussatz der Stelle für interpolirt erachtet.

man heute der Kürze und des leichteren Verständnisses wegen die Klage mit dem nachclassischen Namen *vind. utilis* nennen; aber ihre Bezeichnung als *rei vind. utilis* dürfte um so mehr zu vermeiden sein, als sie leicht dazu verleiten könnte, die Klage mehr, als es angängig ist, der *rei vind.* zu nähern, und dass dies gerade V. im weitesten Masse thut, sei im Anschluss hieran sogleich bemerkt.

Die Eintheilung der Arbeit anlangend, so behandelt V. das Thema in einem analytischen und einem synthetischen Theil. Im ersteren sucht er das Wesen der *vind. utilis* dadurch zu ergründen, dass er zunächst den Begriff der *actio* und darnach das Wesen der *utiles actiones* überhaupt untersucht; angeschlossen ist ihm eine eingehende Besprechung und Würdigung der in der bisherigen Litteratur vertretenen Ansichten und namentlich der Theorien von Jhering, Kindervater, Schulin und Appleton. Im synthetischen Theil geht V. die zehn eigenartigen Fälle der *vind. utilis* einzeln durch, indem er die Quellentexte an der Hand der Litteratur interpretirt und für jeden Fall den Zusammenhang mit dem römischen Klagensystem feststellt. Den Schluss der Arbeit bildet die Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der *vind. utilis*; einschliesslich der *Publiciana* und der *Pauliana*, insbesondere nach italienischem Recht. — Jenen Abschnitt des ersten Theils, welcher sich mit Bedeutung und Arten der *actiones utiles* im allgemeinen beschäftigt, sowie das Schlusswort hat V. beliebt, im Titel vor und nach dem Haupttitel besonders anzukündigen, ihnen so eine selbständige Bedeutung heimehend.

Der Inhalt des analytischen Theils ist kurz folgender. Nachdem V. in der Einleitung den doch wohl veralteten Satz, dass die praetorische *actio* ein materielles Recht voraussetze, welches im *ius aequum* begründet sei, wieder aufgenommen hat, legt er seine Ansichten über dieses *ius aequum* und insbesondere über die praetorische *aequitas* dar und verbreitet sich dann über die bekannten, theils auf dem *imperium*, theils auf der *iurisdictio* beruhenden Rechtsmittel des Prätors, sie classenweise aufzählend. Damit ist er denn bei den *utiles actiones* angelangt; er unterscheidet hinsichtlich des Ausdruckes eine technische und untechnische Bedeutung und dann wieder eine technische im weiteren und im engeren Sinne und vertheilt auf diese Arten und Unterarten die einzelnen Gruppen von *utiles actiones*. — Aus diesen sehr ausführlichen Betrachtungen ist hier nur die eine Behauptung hervorzuheben, dass alle *utiles actiones* in *ius concipit* gewesen seien (S. 41 Text zu N. 2); gewissermassen vorbereitet auf dieselbe hat V. mit der vorher öfters geäusserten Bemerkung, dass die Fiction das gebräuchlichste Mittel des Prätors gewesen sei, neue Actionen zu schaffen, aber ihre Begründung hat er nicht versucht. —

Zu den *vind. utiles* übergehend, gruppirt V. in Fortsetzung seiner Analyse zunächst wieder die einzelnen Arten nach gewissen Gesichtspunkten: es erscheinen hier die *Publiciana* und *Pauliana*, die *actio vectigalis* und die Klage des *Superficiarii* und endlich die den eigentlichen Gegenstand seiner Untersuchung bildenden zehn singulären

Fälle. Der herkömmliche Catalog der letzteren hätte übrigens durch den bei Lenel ed. perp. S. 146 genannten Fall der L. 41 D. 41, 1 (mit L. 23 D. 44, 1) vervollständigt werden können¹⁾.

Jene ganze Classeneintheilung des V. ist für den Zweck seiner Untersuchung unwesentlich; denn er fasst alle vind. utiles ohne Ausnahme als *actiones ficticiae* auf, was wir unmittelbar darauf erfahren. Es ist diese Anschauung des V. nur eine Folge seiner obenerwähnten, für die *actiones utiles* überhaupt aufgestellten gleichen Behauptung, und hiernach hält er sie einer besonderen Begründung nicht für bedürftig. Ist aber für sie im Bisherigen überhaupt kein Beweis erbracht, so offenbart sich die vermeintliche Analyse des V. durchweg als blosse *petitio principii*.

Eine wirkliche Analyse hätte m. E. nach dieser Richtung hin nichts weiter als die hinlänglich bekannte Thatsache (vgl. im allgemeinen Lenel ed. perp. S. 159 ff.) ergeben, dass, welches auch die technische Bedeutung von *utilis actio* bei den Römern gewesen wäre, sowohl *actiones ficticiae*, als auch *actiones in factum conceptae* in den Quellen als *utiles* bezeichnet werden; so ist z. B. die Conception in *factum* für die „*utilis*“ *actio* des *Superficiars* so gut wie quellenmässig bezeugt (vgl. neuestens Adolf Schmidt in dieser Zeitschrift Bd. 11 S. 150) und für die *actio vectigalis* nicht minder wahrscheinlich. Es wäre daher die Aufgabe des V. im synthetischen Theile gewesen, jeden einzelnen der zehn Fälle auf die passende Formelfassung hin sorgfältig zu prüfen, und zu einer solchen Untersuchung hätte ihn gerade die ihm nicht unbekannte Bemerkung Lenels (ed. perp. S. 146. 147) anregen müssen, dass in manchen Fällen der vind. *utilis* die Annahme einer formula in *factum concepta* „ganz unvermeidlich ist“.

Anstatt dessen beschränkt sich V. bei seiner vorgefassten Meinung im synthetischen Theil darauf, die Fiktionen in jedem einzelnen Fall zu formuliren, und er glaubt sie mit Leichtigkeit dadurch reconstruiren zu können, dass er aus dem jeweiligen Quellentexte die ihm passend erscheinenden Worte herausgreift, ohne sonderlich die Sachlichkeit der so gewonnenen Fiktionen zu prüfen: ein Verfahren, bei dem V. denn auch grösstentheils nicht glücklich gewesen ist.

In Wahrheit eignen sich für ficticische Fassung der Formeln nur die beiden Fälle der L. 5 § 3 D. 6, 1 und der L. 9 § 2 D. 41, 1 (mit Gaius II, 78 und § 34 I. 2, 1), und hier weisen auch die Quellen fast unverkennbar auf eine solche hin. Denn in L. 9 § 2 D. cit. wird gegensätzlich zur *actio utilis* die „*recta vindicatio*“ im Sinne der *directa*, vielleicht auch an Stelle einer ursprünglichen *directa vind.* ge-

¹⁾ Dagegen vermisst Ferrini in seiner kurzen Besprechung des Brezzosen Buches (Rivista Italiana Bd. IX (1890) S. 105) zu Unrecht die *actio utilis ad exemplum vindicationis* des Legatars gemäss dem sc. Neronianum, die sich wohl aus fr. Vat. 85 ergeben soll. Denn diese Klage stützt sich zwar materiell auf das für das Vindicationslegat geltende Accrescenzrecht, kann aber formell in Gemässheit des genannten Senatsschlusses nur die *actio legati per damnationem* sein.

nannt, und in L. 5 § 3 D. cit. ist der Schlusssatz: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet“ (sc. arbor) im Sinne seiner Urheber, des Varus und Nerva, als Begründung für die Richtigkeit der gedachten, vielleicht auch von Tribonian nur gestrichenen Fiction: si non coaluisset (cum fundo Nⁱ Nⁱ) aufzufassen. Offenbar gerade wegen seiner Quellenmässigkeit erwähnt auch Lenel ed. perp. S. 146 diesen Wortlaut; V. aber entnimmt seine abweichende, freilich nicht unmögliche Formulierung den nur zur Erklärung des coaluit beigegeführten Worten: et rades immisit.

In allen übrigen Fällen erscheint die Annahme einer actio in factum concepta, aus inneren wie äusseren Gründen, in der That unumgänglich. Hat V. die Möglichkeit solcher Gründe nicht genügend erwogen, so hat ihn auf der anderen Seite das gekennzeichnete äusserliche Verfahren bisweilen zu geradezu unmöglichen Fiktionen geführt. Von den letzteren zwei Beispiele. Nach L. 29 § 1, L. 30 D. 24, 1 hat der Ehemann die utilis vind. auf das Kleid, welches die Frau aus der ihr vom Manne geschenkten Wolle gefertigt hat; V. will hier fingiren: si „ex ea lana“ nova species facta non esset. Aber dabei wird gerade die vestis, d. i. das Vindicationsobject, nicht nur nicht genannt, sondern obenein ganz hinweggingirt. Die Fiction müsste lauten: si quam vestem N^a N^a ex lana ab A^o A^o marito donata sibi confecit, A^s A^s ipse (oder auch nach L. 31 pr. § 1 D. ibid.: N^a N^a Aⁱ Aⁱ nomine) confecisset. — Sodann formulirt V. im Falle der L. 2 D. 26, 9 unter Benutzung des Wortlautes der Stelle die Fiction dahin: si tutor fundum in nomen pupilli emisset, wobei er ganz richtig an die Mancipation denkt. Die Stelle selbst setzt nun wahrscheinlich den Fall, dass der Vormund formell in eigenem Namen, aber in materieller Vertretung des Mündels sich mancipiren liess (vgl. die parallele L. 9 pr. D. 26, 7); es ist aber, nach anderen Stellen, auch denkbar, dass der Vormund in eigenem Namen und in eigenem Interesse gehandelt hat. In beiden Fällen müsste man, um eine genügende Grundlage für die intentio zu schaffen, die Fiction darauf abstellen, dass der Vormund jedenfalls formell im Namen des Pupills die Mancipation vorgenommen hätte, und so denkt sie sich zweifellos der V.; sie ist aber von vornherein unmöglich, weil es eine mancipatio mit der nuncupatio: rem Titii esse schlechterdings nicht giebt.

Aber ganz abgesehen von der Frage, wie die Fiktionen in den einzelnen Fällen zu bilden wären, steht der Annahme einer actio ficticia in allen acht Fällen — wenn wir auch die nachclassischen vom Standpunkte des classischen Rechtes betrachten — ein gewichtiger innerer Grund entgegen. Die intentio dieser Klage formulirt V. richtig: tum si ea res Aⁱ Aⁱ ex iure Quir. esse oporteret, und ganz folgerichtig legt er dem Kläger ausser dem Beweise des zu Grunde gelegten Thatbestandes noch den weiteren auf, dass er civiler Eigenthümer geworden wäre, wenn die fingirte Thatsache auf Wahrheit beruhte, d. h. dass der nach dem Thatbestand erste Erwerber der vindicirten Sache civiler Eigenthümer gegenwärtig (als Beklagter) sei oder (wenn ein Dritter

belangt wird) gewesen sei. Allein mit dieser Beweislast wird dem Kläger mehr zugemuthet, als er mit der *vind. utilis* erreichen will. Er will vom Beklagten unter allen Umständen Herausgabe der Sache, mag nun Beklagter, bez. der erste Erwerber wirklich Eigenthümer geworden sein oder nicht; gegebenenfalls verlangt er noch mehr, nämlich Eigenthumsübertragung, insbesondere Mancipation, und dann greift das *officium iudicis* ein; aber das mindeste, was er verlangt, und was er immer verlangt, ist Herausgabe der Sache. Er will die Sache in derselben Weise besitzen, wie der erste Erwerber, und diesem Begehren giebt die *vind. utilis* Folge: es soll der Zustand verwirklicht werden, der eingetreten wäre, wenn der Kläger in derselben Weise in den Besitz der Sache gelangt wäre, wie es in Wahrheit der erste Erwerber ist, soweit dies mit processualen Mitteln zu erreichen ist. Der Vormund z. B., welcher eine Sache mit Mündelgeldern in eigenem Namen gekauft hat, soll sie lediglich auf Grund dieses Thatbestandes dem Pupillen herausgeben, gleichviel also ob der Vormund durch den Kauf Eigenthümer geworden ist, bez. der Pupill es geworden wäre, oder nicht. Genau dasselbe ergiebt eine Durchsicht der übrigen Fälle.

Mit jener nothwendigen Beweislast würde also die ficticische formula zum Nachtheil des Klägers die *vind. utilis* an eine ihrem Grundgedanken ganz fremde Voraussetzung anknüpfen, und dies genügt, die erstere fallen zu lassen. Eine formula in factum concepta ist dagegen ganz am Platze, und es bleibe nicht unerwähnt, dass sie sich zugleich durch die Leichtigkeit ihrer Fassung empfiehlt, während die ficticische Formulirung in manchen Fällen, namentlich in dem eigenthümlich liegenden des Pupills, ebenso mühsam wäre, wie sie gekünstelt und schwerfällig ausfiele.

Endlich hätte den V. der Versuch, die mannigfachsten Thatbestände zum Gegenstand von Faktionen zu machen, zu der naheliegenden Vorfrage führen müssen, welche Thatbestände der Prätör als bestehend oder nicht bestehend zu fingiren pflegte. Die uns überlieferten Faktionen lassen sich in zwei Gruppen scheiden. Die eine setzt als Gegenstand der Fiction etwas Zuständliches, sei es eine rechtliche Eigenschaft der Parteien (z. B. *si heres*, *si civis Romanus esset*, *si capite minutus non esset* [Gaius IV, 34 ff.], *si dediticorum numero factus non esset* [frag. de dedit.], *si in civitate decessisset* [lex Cornelia], *si liber esset* [s. Keller, Röm. Civilpr. N 350; Lenel ed. perp. S. 207 ff.] u. a. m.), sei es irgend einen factischen Zustand (z. B. *si anno* [non] *possedisset*, *si non afixisset* [Keller N. 345], *si arbor non coaluisset*, *si tabula picta* [eine bemalte] *non esset* u. a. m.). In der zweiten Gruppe wird ein ganzes Rechtsgeschäft der Parteien vollständig hinzu- oder hinwegfingirt: so die bei Gaius IV, 32 genannte formula *ad legis actionis fictionem expressa* für den publicanus: *si pignus captum esset*; so ferner die fictio einer stipulatio (fictio conditionis in diesem Sinne) in der lex Rubria c. 20 und nach L. 19 § 1 D. 1, 7 [Keller N. 344]; so endlich die actiones rescissa acceptilatione (L. 9 §§ 4. 6 D. 4, 2) oder

alienatione bez. mancipatione (L. 13 § 1 D. 4, 4; § 6 I. 4, 6; frag. de iure fisci 20 [Keller N. 345. 348; Lenel S. 90 f., S. 146, S. 352 f.]).

Die zweite Gruppe lehrt, dass die Fiction wohl nicht dazu benutzt wurde, Thatbestände, welche in Handlungen oder Rechtsgeschäften der Parteien bestehen, in irgend einer Weise umzugestalten, und es wäre daher Anstand zu nehmen, Fictionen, wie: si Ns Ns Ai Ai nomine emisset (so der V. für L. 2 D. 26, 9 und L. 55 D. 24, 1), oder: si A^s A^s ipse vestem confecisset (so im Sinne des V. für L. 30 D. 24, 1; s. oben), den Römern unterzulegen.

Aus alledem folgt, dass in den weitaus meisten Fällen der vind. utilis die Formel als in factum concipirt zu denken ist. Dies ergibt sich noch insbesondere für die vom V. übergangene L. 41 D. 41, 1 daraus, dass die gleiche exceptio in L. 23 D. 44, 1 in factum genannt wird, und dasselbe lässt sich für die vind. utilis der L. 29 D. 39, 6 (Ulp. 17 ad edict.) daraus vermuthen, dass sie im Ulpianischen Edictscommentar in der Nachbarschaft der in factum zu concipirenden Vin- dicationen der praedia stipendiaria vel tributoria und des ager vectigalis steht; vielleicht, das Ulpian hier im 17. Buche als Nachtrag zu der im 16. Buche behandelten rei vind. und Publiciana die in rem actiones in factum conceptae überhaupt besprach (s. die Stellen bei Lenel, Paling. fr. 581—589).

Gehen wir nunmehr zu der vom V. aufgestellten allgemeinen Theorie der vind. utilis über, so betont er zuvörderst mit Recht die prätorische iurisdictio als ihre Grundlage. Darin, dass er von hier aus die Theorie der vind. utilis zu entwickeln sucht, erblicke ich das Verdienst seiner Arbeit. Er erschliesst das Verständniss ihres Wesens und führt manche Einzelfrage ihrer Lösung entgegen; um so mehr ist es zu bedauern, dass er bei der Beantwortung der hauptsächlichsten Frage seinem Standpunkte untreu geworden ist.

Der Prätor gewährt nach dem V. eine utilis vind., wo es praktisches Bedürfniss und Billigkeit zu fordern scheinen; da hierüber sein freies Ermessen entscheidet, so ertheilt er m. a. W. die vind. utilis nur causa cognita. Daran kann in der That kein Zweifel sein gegen- über der Thatsache, dass die vind. utilis in erster Linie dazu berufen ist, das civile Eigenthum des Beklagten zu besiegen; liegt doch unter solchen Umständen in der datio actionis zugleich die denegatio der exceptio dominii (dazu jetzt Appleton, hist. de la propr. prêt. Theil II unter: exc. iusti dominii). Was alles der Prätor nun in seine cognitio hineinziehen, an welche Voraussetzungen er die Klagertheilung anknüpfen will, hängt in jedem einzelnen Falle von seinem Belieben ab, und so lassen sich denn von vornherein keine allgemeingiltigen Grundsätze für die vind. utilis im ganzen aufstellen: sie ist kein einheitliches, in sich geschlossenes und festbegrenztes Rechtsinstitut, und als das einzige Princip, welches sie beherrscht, lässt sich eben nur die prätorische causae cognitio hinstellen. Dies der Grundgedanke des V., der vollen Beifall verdient. Er verwerthet denselben in doppelter Weise. Zunächst stellt er den Satz auf, dass zwar für die justinianische Codifi-

cation die Zahl unserer Vindicationsfälle eine geschlossene, daher eine analoge Ausdehnung nicht statthaft sei, dass dagegen vom Standpunkte des classischen Rechts die uns bezeugten Fälle der vind. utilis nicht nothwendig erschöpfend seien. Man wird hierin dem Verfasser gern beipflichten: zweifellos hatte der Prätor freie Hand, auch auf Grund anderer Thatbestände eine utilis vind. zu bewilligen. — Der zweite Punkt betrifft die eigentliche Cardinalfrage, ob die utilis vind. auch gegen dritte Besitzer oder gar Eigenthümer der Sache wirksam sei. V. will sie gegen untitulierte Besitzer geben und auch gegen titulierte Besitzer dann, wenn sie in male fide seien, d. h. in Kenntniss des Sachverhaltes die Sache vom ersten Erwerber erworben hätten; nur gegen gutgläubige titulierte Besitzer würde sie der Prätor nicht leicht bewilligt haben. Allein eine so stricte Antwort auf obige Frage scheint mir nicht rätlich. Gewiss kommt es ganz auf den cognoscirenden Prätor an, im einzelnen Falle die Richtung der vind. utilis zu bestimmen, und in dieser Beziehung wird man im allgemeinen, ganz im Sinne des V., auf die causae cognitio in dem analogen Falle der L. 13 § 1 D. 4, 4 verweisen können; darnach wäre es nicht ausgeschlossen, dass der Prätor auch einmal gegen gutgläubige dritte Erwerber der Sache die vind. utilis ertheilte, wenn etwa der erste Erwerber insolvent und daher eine persönliche Klage gegen diesen erfolglos wäre. Aber im einzelnen ist doch wohl von der feststehenden Thatsache auszugehen, dass die Quellen regelmässig den ersten Erwerber als den Beklagten setzen. Ist auch daraus eine grundsätzliche Beschränkung der vind. utilis überhaupt nicht nothwendig abzuleiten, so empfiehlt es sich doch, von einer Ausdehnung der vind. utilis in den betreffenden Fällen selbst mangels eines jeden positiven Anhaltspunktes abzusehen. Wenn überdies, wie ich glaube, die vind. utilis in ihrer ursprünglichen Anwendung nur die Form für die Durchsetzung eines obligatorischen Anspruches gewesen ist, für den die Gewährung einer persönlichen Klage, insbesondere der *condictio*, nicht thunlich war, so liegt auch hierin ein hinreichender Grund für die Annahme der obigen Beschränkung. Immerhin mag der Prätor in denjenigen Fällen, in denen das Mass nicht durch diesen Zweck der vind. utilis vorgezeichnet war, bisweilen weiter gegangen sein; da hierfür eine feste Grenzlinie nicht gezogen werden kann, so wird man eine umfassendere dingliche Wirkung der Klage nur da befürworten können, wo es, wie im Falle der L. 2 D. 26, 9, die allgemeine Fassung des Zeugnisses ermöglicht oder nahe legt. —

Hat V. ganz richtig die formelle Grundlage der vind. utilis in der prätorischen *iurisdictio* erkannt, so nimmt es Wunder, wenn er ihre materielle Grundlage nicht, wie natürlich, in den einzelnen Thatbeständen selbst sucht, sondern in einem materiellen Rechte des Klägers und nun gar in dessen *civilem* Eigenthume! Er sagt nämlich S. 209: „Die einmal vom Prätor bewilligte vind. utilis gründet sich auf „wahres“ Eigenthum, sobald der Kläger sie vor dem *iudex* anstellt, weil er vor diesem unter der gegebenen Fiction den Beweis seines Eigenthums auch

nach *ius civile* wirksam erbringt.“ Es ist nicht ersichtlich, ob dieser Ausspruch eine Nutzanwendung des in der Einleitung aufgestellten Satzes sein soll, dass die *praetorische actio*, wie jede Klage, ein materielles Recht des Klägers voraussetze; denn nach des V. eigener Darstellung setzt ja nicht die *vind. utilis* als virtuelles Klagrecht das *civile Eigentum* voraus, sondern wird umgekehrt das letztere durch die bereits vorm Richter erhobene Klage bedingt. Aber gleichviel, die obige Construction des V. ist verfehlt: keine *praetorische Formel* schafft *civiles Recht*, und ebensowenig kann die *Fiction*, schon als Formelbestandtheil, aber auch für sich betrachtet, diese Wirkung haben; denn natürlich macht sie nicht wahr, sondern nimmt sie nur für wahr. Eben darum ist Kläger als anerkannter Nichteigenthümer gar nicht in der Lage, *civiles Eigentum* zu erweisen. Es ist schwer verständlich, wie V. diese elementaren Wahrheiten übersehen konnte.

Jene Vorstellung von der materiellen Grundlage der *vind. utilis* hat für den V. eine praktische Seite: augenscheinlich spricht er dem Kläger das *civile Eigentum* an der ihm auf Grund des Richterspruches herausgegebenen Sache zu. Damit reimt sich vollkommen seine Behauptung, dass zwischen der *vind. directa* und *utilis* im classischen Rechte nur in der Formelfassung und im justinianischen Rechte überhaupt kein Unterschied bestehe; letzteres soll aus der gelegentlich für die *actio neg. gest.* hingeworfenen Aeusserung Justinians in L. 46 (47) § 1 D. 3, 5 hervorgehen. Aber auch hier trifft in Ansehung des classischen Rechts das bereits oben Gesagte zu. Mag die *vind. utilis* als ficticische in *ius* oder mag sie in *factum* concipirt sein, in keinem Falle kann der *iudex* auf Grund der prätorischen formula pronuntiren: *rem ex iure Quir. Ai Ai esse videtur*; er kann es nicht, selbst wenn Beklagter der gegenwärtige *civile* Eigenthümer ist, aber noch viel weniger, wenn Beklagter es nicht ist. Wohl ist es möglich, dass der *iudex* ex arbitratu suo dem Beklagten die Mancipation der Sache an den Kläger auferlegt, und letzterer wird *quiritischer* Eigenthümer, wenn Beklagter es war; dann aber wird Kläger *quiritischer* Eigenthümer nicht auf Grund des richterlichen Urtheils, sondern auf Grund der Mancipation. Giebt dagegen Beklagter dem Kläger die Sache einfach heraus, so erlangt letzterer nie *Eigentum*, sondern im günstigsten Falle, wenn man nämlich im richterlichen Urtheil einen Ersitzungstitel erblickt, nur *Ersitzungsbesitz*. Für das justinianische Recht sodann mag V. Recht haben. Zwar ist auch hier die *vind. utilis* nicht schlechthin mit der *rei vind.* verschmolzen; denn unzweifelhaft ist Kläger vor Herausgabe der Sache Nichteigenthümer, und er hat daher in der *vind. utilis* nur ein dinglich geartetes Recht auf Herausgabe bez. Uebereignung der Sache. Aber das so verwirklichte dingliche Recht dürfte in der That das *Eigentum* selbst sein; denn Justinian sagt in L. 14 § 1 D. 11, 7: *dominium habet, qui auctore iudice comparavit*. —

V. schliesst seine Theorie der *vind. utilis* mit der Aufzählung ihrer Vortheile gegenüber der *condictio*; damit ist aber das Verhältniss beider Klagen zu einander bei weitem nicht gebührend gewürdigt. Jene

Vortheile sind gering genug, als dass man sich bei dem Glauben beruhigen könnte, die *vind. utilis* wäre von Anfang an nur um dieser Vortheile willen eingeführt worden. Auf die richtige Erklärung hatte schon Jhering, *Jahrb. für Dogm.* I S. 171 hingewiesen, und es wäre ein dankenswerthes Unternehmen gewesen, wenn V., dieser Anregung folgend, der rechtsgeschichtlichen Seite der Frage seine Aufmerksamkeit zugewandt hätte. An Stoff für eine solche Untersuchung fehlt es nicht. Erst von der spätclassischen Zeit an finden wir *condictio* und *vind. utilis* neben einander genannt; Gaius und vor ihm Varus (?) und Nerva erwähnen erstere noch nicht, und Labeo scheint im Falle der L. 29 § 1 (mit L. 30) D. 24, 1 weder die eine noch die andere Klage zugelassen zu haben. Sodann sagt Paulus L. 35 § 3 D. 39, 6: *nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit*, nämlich das *mortis causa donatum* bei Convalescenz des Schenkers: das sieht doch ganz so aus, als ob die Proculianer an der Statthaftigkeit der *condictio* in diesem Falle zum mindesten zweifelten und daher lieber zur *vind. utilis* (Ulp. L. 29 D. *ibid.*) griffen, wie es ja auch Nerva in einem anderen Falle gethan hatte. Diese wenigen Andeutungen mögen zum Beweise dafür genügen, dass die *vind. utilis* geschichtlich zu erklären ist; ihr Fortbestand in den einmal gegebenen Fällen ermöglichte zugleich ihre weitere Ausdehnung auch da, wo die *condictio* unzweifelhaft zuständig war.

Berlin, im November 1890.

Hugo Krüger.

H. Fitting, *Die Institutionenglosse des Gualcausus und die übrigen in der Handschrift 328 des Kölner Stadt-Archivs enthaltenen Erzeugnisse mittelalterlicher Rechtslitteratur als Entgegnung gegen Flach* besprochen und neu herausgegeben. Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1891, IV und 140 S. 8°.

In der schon mehrfach benutzten, durch den Titel näher bezeichneten, frühestens aus dem Ende des 11. Jahrhunderts stammenden Kölner Handschrift hat Fitting einen höchst anregenden und bedeutenden Fund, man darf wohl sagen eine Entdeckung gemacht. Ihrer Veröffentlichung und Verarbeitung ist das vorliegende Werk wesentlich gewidmet.

Das Kölner Manuscript beginnt mit den glossirten Institutionen. In dem *stemma cognationum* nun, welches dort f. 32^a steht, anschliessend an § 9 *Instit. de grad. cogn.* III, 6, sind unter die Krone des Baumes, links und rechts vom Stamme, mit grüner Farbe folgende, bisher übersehene Verse gesetzt: