[**Replicatio rei secundum actorem iudicatae.**] In zwei Digestenfragmenten wird mittelst einer replicatio nicht das Dasein, sondern der Inhalt eines Urteils geltend gemacht. Diese Stellen sind

20, 1 l. 16 § 5: Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest, sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obiciatur a possessore rei iudicatae, replicet: si secundum me iudicatum non est,

und 44, 2 l. 9 § 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitem iudicata an restituere cogatur? et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

Es ist nicht zu bestreiten, daß hier vom Kläger der Inhalt des Urteils geltend gemacht wird, und ich habe dies auch anerkannt (diese Ztschr. 21 S. 51), zugleich aber geltend gemacht, daß man hiervon auf eine exceptio rei iudicatae zur Geltendmachung des Urteilsinhalts nicht schließen könne. Es wäre auch handgreiflich falsch, die in den beiden allegierten Stellen angeführte replicatio als replicatio rei iudicatae zu bezeichnen; denn diese müßte ja lauten: aut si ea res iudicata est, was sich im Anschluß an eine exceptio: si ea res iudicata non est merkwürdig genug ausnehmen würde!

Die beiden Fragmente stellen uns aber vor folgende Frage: warum berücksichtigt hier der iudex den Inhalt des zwischen den Parteien früher ergangenen Urteils nicht schon kraft seines ihm auf das ius civile verweisenden officium, ohne Anweisung in der formula?

Die Antwort lautet: er tut dies deshalb nicht, weil er es nicht tun kann, und er kann es nicht aus demselben Grunde, aus dem er bei der Formel der actio Publiciana auf die Behauptung des Beklagten, er sei ziviler Eigentümer, keine Rücksicht nehmen kann, hierzu vielmehr einer besonderen Ermächtigung durch inserierte exceptio iusti dominii bedarf (vgl. materielle Grundlage der exceptio S. 103f.). Der iudex ist in erster Linie an die in der Formel enthaltene Weisung des Prätors gebunden. In den beiden uns beschäftigenden Stellen ist durch die Formel gegeben, daß der iudex absolvieren muß, si ea res iudicata est. Das ist aber ebenso der Fall, wenn secundum actorem, als wenn contra actorem erkannt ist. Es wird also durch die vom iudex in erster Linie zu beachtende exc. rei iudicatae demselben die Möglichkeit, den Inhalt des Urteils als ius inter partes zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen, genommen, und erst durch die replicatio wird ihm diese Möglichkeit eröffnet.

Mit dem Gesagten haben wir aber nicht nur die replicatio rei iudicatae erklärt und dargelegt, daß sie mit unserer Annahme betr. die ipso-iure-Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht im Widerspruch steht, sondern wir können nun gerade auf Grund der beiden Stellen, die als die festesten Stützen der Theorie von der positiven Funktion der exc. rei iudicatae gegolten haben, die Frage stellen: gibt es einen

stärkeren Beweis gegen die positive Funktion dieser *exceptio*, als unsere beiden Stellen, die dartun, daß die *exc. rei iudicatae* es dem *iudex* geradezu unmöglich machen kann, den Inhalt des Urteils zur Geltung zu bringen?

Auch nach einer anderen Richtung hin läßt sich diese *replicatio rei secundum actorem iudicatae* verwerten. Sie beweist, daß die Beachtung eines früheren *inter partes* ergangenen Urteils seitens des *iudex* nicht etwa in dem Sinn im Belieben desselben steht, wie ein Unterrichter eine Entscheidung eines höchsten Gerichts als „Präjudiz“ in einem ähnlichen Fall für sich maßgebend sein lassen kann, oder nicht. Denn es ist keine Frage, daß der *iudex* der *replicatio rei secundum actorem iudicatae* parieren muß, auch wenn er das dem Kläger günstige frühere Urteil für unrichtig hält. Wie sollte denn der Prätor dazu kommen, den *iudex* in dieser Weise zu fesseln, wenn der Regel nach *res iudicata inter partes* für den *iudex* ohne verbindliche Kraft wäre?

Freiburg i. Br.

Fr. Eisele.

[Zum Eigentumsübergang beim Kauf.] Die Redaktion der Sav.-Z. gestattet mir, einen kurzen Vorbericht über einen Teil meiner demnächst erscheinenden Abhandlung: Der Kauf mit fremdem Geld (Studien zum griechischen und römischen Recht) zu geben. — Die Abhängigkeit des Eigentumsüberganges von der Preiszahlung oder deren Surrogaten ist auf Grund griechischer Rechtsanschauung von den Byzantinern hergestellt. Das klassische römische Recht zeigt Gaius Inst. 2, 18–20, das justinianische Just. Inst. 2, 1, 41. In einigen diokletianischen Konstitutionen wird der Kampf der griechischen und der römischen Auffassung sichtbar (C. 3, 32, 12; 4, 38, 8; 4, 38, 9; 4, 38, 12; 4, 49, 6; 3, 32, 27; vgl. auch C. 4, 49, 1; 4, 54, 3). Die Digestenfragmente, die den Satz der Institutionen Justinians zu bestätigen scheinen, sind teils interpoliert (D. 7, 1, 12, 5; 7, 1, 25, 1; 14, 4, 5, 18; 18, 1, 19; 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2), teils ohne Beweiskraft (D. 19, 1, 11, 2; 47, 2, 14, 1; 49, 14, 5, 1). Jherings Annahme, daß der Satz, den Just. Institutionen wiedergeben, für die *Manzipation* durch einen Zusatz zu deren Formular überwunden worden, für die *Tradition* aber in Geltung geblieben sei (Geist des röm. Rechts 5. Aufl., 2, 541 ff.), ist in ihrem zweiten Teile unglaublich. Keine klassische Stelle, die von *Tradition* handelt, kennt das Erfordernis (Gai Inst. 2, 19–20; D. 6, 1, 41, 1; 6, 1, 50; 41, 1, 13; 41, 1, 31 pr.; Just. Inst. 2, 1, 43; 2, 23, 3^a). Von den erwähnten Konstitutionen, die das Erfordernis ablehnen, handelt keine mit Sicherheit von *Manzipation*, C. 4, 38, 8 und 4, 38, 9 sicher, C. 4, 38, 12; 3, 32, 12 und 3, 32, 27 vielleicht, C. 4, 49, 1 und 4, 54, 3 wahrscheinlich von *Tradition*, D. 19, 1, 11, 2 (*si modo — satisfactum T.*); 14, 4, 5, 18; 18, 1, 19; 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2 zeigen, daß die Byzantiner nicht nur dort die Preiszahlung einfügten, wo sie die *Manzipation* durch die *Tradition* ersetzten (so schon Mitteis, Röm.