25 [§§ 1. 3. 6. 8. 10. 18. 19], Marciani sunt¹⁾. Nam in plerisque divorum Severi et Antonini rescripta laudantur, ceteri ex eodem fonte manasse videntur. Id autem vel ex ipsa constitutionum copia, quae adferuntur, conici potest. — Item Marciano tribuendae sunt §ⁱ 3. 4. 9 in titulo XXVI^o eiusdem libri.

Item Marciano pertinent in libro II^o: §§ⁱ 9. 13 tituli VIⁱ (fortasse et § 14): § 7 tituli XIⁱ; § 3 tituli XVⁱ et igitur etiam § 2 ibidem (fortasse et § 4); §§ⁱ 7—8 tituli XVIIⁱ; §§ⁱ 5. 12. 15. 20 tituli XXⁱ [de § 4 vide supra].

X.

Das Recht der Superficies.²⁾

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Adolf Schmidt**
in Leipzig.

Superficiū³⁾ und superficies sind zwei Formen desselben Wortes⁴⁾. Zusammengesetzt aus „super“ und „facere“ „ficere“ (wie sacrificiū, aedificiū, beneficiū u. s. w.) bedeutet es „was an der Sache zu oberst gemacht ist“, den obersten

¹⁾ Inter hos locos plures iam supra propter alia argumenta Marciano vindicavimus. Patebit igitur, quam tuta sit haec methodus fontium inquirendarum, cum omnes semitae eodem convenient.

²⁾ U. M. Niegelowski, De iure superficiario, Bonnae 1845 (Die Dissertation eines talentvollen Anfängers). C. G. von Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht; erste Ausgabe, 1866—1868. H. Degenkolb, Das Platzrecht und die Miethe, 1867. Zweite Ausgabe der Wächterschen Abhandlung: 1868. — ³⁾ Die Form „superficiū“ findet sich in der lex agraria a. 643 u. 92; in dem vor 767 entstandenen menologium rusticum uallense (Mommsen, inscript. lat. p. 358) „vinearum superficiū colitur“. Sie hat sich ferner in der Florentina der Pandekten erhalten: Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): superficiū aedificii; Fr. 39 de legatis II (Iuolenus): et solum et superficiū; in Fr. 1 § 1

Theil der Sache¹⁾. Dabei ist es gleichgiltig, ob die Sache unbeweglich sei oder beweglich²⁾. Infolge der Relativität des Begriffs gelangt man ferner zu verschiedenem Ergebniss, je nachdem man den Gegenstand der Vergleichung wählt. So gilt bei dem Haus als solchem, d. h. wenn man vom Boden absieht, das Dach als seine superficies, bei dem Baum als solchem sein Gipfel³⁾. Bei unbeweglichen Dingen wird jedoch gewöhnlich die superficies im Zusammenhang mit und im Gegensatz zum Boden aufgefasst, und zwar wird dabei überall feste Verbindung vorausgesetzt⁴⁾. Superficies in diesem Sinne ist die Gesamtheit dessen, was, über den Boden hervorragend, mit demselben in festem Zusammenhang steht; sodass alles hierher gehört, was dieser Definition sich fügt: das ganze Gebäude ohne den Boden⁵⁾, in gleicher Beschränkung

de superficiebus bedient sich Ulpian der Worte *superficies* und *superficies* nebeneinander. [Auch *superficiaria* findet sich als absoluter Plural: Fr. 13 de pignoribus; Fr. 49 de uerborum significatione]. —

⁴⁾ a) Bei den in „ies“ auslautenden Worten ist die gewöhnliche Nebenform „ia“: so bei *luxuries*, *materies*, *mollities*, *pigrities*. b) Zuweilen findet sich die Nebenform „io“: so bei *diluues*, *eluues*. c) Zuweilen gesellt sich als dritte Form dazu „ium“: so *diluuium*. d) Neben superficies findet sich nur *superficies* (neben *eluues* nur *eluuius*.) e) Die Form „ium“ ist die seltenere [*abluium* erklärt Gellius 16, 7, 2 für eine Erfindung des Laberius] und überhaupt die ältere, deshalb allmählig zurücktretend.

²⁾ Forcellini erläutert superficies durch „quidquid est super faciem terrae“. a) Schon terrae ist unhaltbar, denn darin liegt eine Beschränkung, über welche das Wort hinausgeht (nächste Anm.). b) Die Ableitung von facies verträgt sich nicht mit der Form superficies; facies und fices sind vielmehr gleichwerthige Formen, die erste von facere, die zweite von ficere hergeleitet. — ³⁾ Superficies heisst z. B. die obere Schale einer Schildkröte, der oberste Theil eines Leuchters, die obere Fläche eines Edelsteins: Plinius, hist. nat. 6, 22, 4; 34, 3, 6; 37, 6, 23. — ³⁾ Plinius 34, 3, 7; 17, 4, 24; 19, 30, 7; 13, 8, 16. — ⁴⁾ Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 1 § 4 de superficiebus (Ulpianus). — Das auf den Boden ohne feste Verbindung Gestellte ist niemals zu demselben gehörige superficies: Fr. 60 de adquirendo dominio (Scaeuola); der abgehauene Baum ist es nicht mehr. Weil in Fr. 3 § 5 uti possidetis die proectio supra uicini solum als superficies bezeichnet wird, deshalb glaubt Wächter, S. 54, an dieser Stelle einen abusiven Sprachgebrauch annehmen zu müssen: allein die fragliche proectio ist integrierender Theil des Nachbarhauses. — ⁵⁾ Gaius 2, 73; Fr. 2 de superficiebus u. s. w.

der Baum¹⁾, der Weinstock²⁾, die Pflanze³⁾ und offenbar auch die einzelne Mauer, ohne dass wir dafür eines besonderen Beweises bedürften⁴⁾. Diese Dinge sind, wie gesagt, superficies nur insoweit, als sie aus dem Boden hervortreten; so der Baum mit Ausschluss der in der Erde verborgenen Wurzeln⁵⁾, das Haus im Gegensatz zum Boden⁶⁾. Daraus folgt, dass, anders als man hat annehmen wollen⁷⁾, der Keller niemals als superficies hat bezeichnet werden können.

Die Worte „aedes, aedificium, insula, domus“ bezeichnen das Gebäude mit dem Boden⁸⁾. Durch den Zusatz „superficiarum aedes, superficialia insula“ erfolgt Beschränkung auf das Gebäude⁹⁾.

Das einzelne Stockwerk ist, im Zusammenhang mit dem Boden gedacht, pars superficiei. Sieht man von dem Boden ab, so ist das oberste Stockwerk superficies superficialium insulae; das unterste wird man dagegen von diesem Standpunkte aus niemals als superficies bezeichnen können.

---

¹⁾ Columella 4, 11; Plinius 16, 31, 54. — ²⁾ Fr. 13 pr. de servitutibus praediorum rusticorum. — ³⁾ Gaius 2, 73, 74; Gaius Uisig. 2, 1, 14. — ⁴⁾ Wächter, S. 52, beruft sich hierfür auf Fr. 17 communia praediorum, wo zwar steht, dass die Mauer zum Grundstück gehöre, nicht aber, dass sie superficies sei. — ⁵⁾ Plinius, 36, 31, 56, erkennt bei dem Baum in der Wurzel den Gegensatz zur superficies. — ⁶⁾ Cicero (ad Atticum 4, 1, 7; vgl. 4, 2, 5) setzt dem Gebäude als superficies die area entgegen. In den Pandekten hat jene wiederholt das solum zum Gegensatz: Fr. 31 de legatis I; Fr. 6 de servitutibus; Fr. 9 § 1 de damno infecto; Fr. 23 pr. de usurpationibus. — ⁷⁾ Wächter S. 53. — ⁸⁾ a) Aedes: Fr. 23 pr. cit. (Iauolenus) — utputa cum aedes ex duobus rebus constat, ex solo et superficie —. Ebenso in dem interdictum Uti possidetis; denn man kann das Haus nicht ohne den Boden besitzen. b) Aedificium: Fr. 20 § 2 de servitutibus praediorum urbanorum (Paulus): — quamvis area pars sit aedificii — [nicht widersprechend Fr. 81 § 3 in Ann. 3]. c) Insula: Fr. 53 de usufructu (Iauolenus): Si cui insulae usus fructus legatus est, quamdiu quaelibet portio insulae remanet, totius soli usum fructum retinet. d) Ebenso besteht domus aus area und superficies: Cicero ad Atticum 4, 1, 7. — ⁹⁾ Fr. 2 de superficiebus (Gaius); Fr. 12 de publiciana (Paulus); Fr. 9 § 2 (Ulpianus); Fr. 39 § 2 (Pomponius) de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui (Ulpianus).

I.

Ciuile ius.¹⁾

I. Die römischen Juristen haben — wie es scheint unter der Führung von Servius — folgende Rechtsregel aufgestellt:

Diejenige Sache, welche mit einer anderen derart in feste Verbindung kommt, dass sie, ihre Selbstständigkeit verlierend, integrierender Theil der anderen wird, geht auch dem Rechte nach in der anderen auf²⁾.

Die Regel wird als dem *naturale ius* entstammend aufgefasst und durch das *ciuile ius* anerkannt³⁾. Für Grundstücke ist sie in dem Satz zum Ausdruck gelangt: „*superficies cedit solo*“⁴⁾, wo *superficies* im weiteren Sinne verstanden wird, so dass namentlich zwei Fälle sich unterordnen: das Eingepflanzte oder Eingesäete⁵⁾ und das Eingebaute⁶⁾.

Da es sich um ein formales Princip handelt⁷⁾, so ist es gleichgiltig, in wessen Eigenthum sich das Material vor dem Einbau befand⁸⁾. Der Eigenthümer des Bodens kann, auch wenn fremdes Material eingebaut wurde, dem Recht gemäss sagen „*aedes suas esse*“, kann also vindiciren, ohne den Vor-

¹⁾ Vgl. Wächter a. a. O. § 1. — ²⁾ Paulus in Fr. 26 de *adquirendo rerum dominio* führt die Regel „in quibus propria qualitas spectaretur [Flor. expectaretur], si quid additum erit toti cedit [die Ausdrucksweise erscheint unbeholfen; vermuthlich ist sie verstümmelt] mit der bekannten Formel ein „*hoc iure nos uti*“ und citirt die Auctoritäten von Servius, Labeo und Proculus. Er bezieht den Satz gleichmässig auf bewegliche und unbewegliche Sachen. Unter „*additum esse*“ wird die feste Verbindung verstanden: daher das Erforderniss des Festwachsens bei den Pflanzen. — ³⁾ Gaius 2, 73; Fr. 2 de *superficiebus* (Gaius); Fr. 50 ad *legem aquiliam* (Ulpianus). — ⁴⁾ Gaius l. c.; Fr. 3 § 7 *uti possidetis* (Ulpianus); in Fr. 98 § 9 de *solutionibus* fasst sie Paulus in die Worte „*areae superficiem cedere*“. — ⁵⁾ Fr. 7 § 13 (Gaius), Fr. 9 pr. (Gaius), Fr. 26 § 2 de a. r. d. — ⁶⁾ Fr. 7 § 10 eod. tit. (Gaius): „*omne quod inaedificatur, solo cedit*“; § 12 eod. l. „*illius fit aedificium, cuius et solum est*“, Fr. 27 § 9 (Papinianus) „*aedificium soli conditionem sequitur*“; cfr. C. 2 de rei vind. — ⁷⁾ Fr. 23 § 4 de rei vindicatione (Paulus): „In omnibus igitur istis causis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit“; ferner heisst es hier von dem einer Statue angeschweissten Arm „*brachium unitate maioris partis consumi*“, Fr. 69 eod. tit. (Iulianus) „*eorundem aedificiorum esse*“. — ⁸⁾ Fr. 7 § 10. 12 de a. r. d.

wurf der plus petitio fürchten zu müssen¹⁾. Dagegen ist dem ursprünglichen Eigenthümer des Materials consequenterweise die rei vindicatio zur Zeit²⁾ versagt³⁾.

Aus dem Princip folgt, dass der Eigenthümer durch

¹⁾ a) Er ist Eigenthümer des Hauses: Gaius 2, 73; Fr. 69 de rei vindicatione (Iulianus); Fr. 7 § 10. 12 cit. (Gaius); C. 2 cit. (Antoninus). b) Er kann das Haus vindiciren: Fr. 23 § 2. 4. 7 de rei vindicatione (Paulus); Fr. 98 § 8 de solutionibus (Paulus). — ²⁾ Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius): „sed tantisper vindicare non poterit“. — ³⁾ Wenn dagegen die eingefügte Sache durch Ablösung vom Haus vollständig in ihrer alten Gestalt [bei dem im Boden festgewurzelten Baum, desgleichen bei der ferruminatio ist das nicht möglich] als selbstständige wieder zur Erscheinung kommt, so tritt das ursprüngliche Eigenthum wieder hervor, die rei vindicatio bringend: Fr. 7 § 10 de a. d. (Gaius); Fr. 23 § 7 de r. u. (Paulus); C. 2. eod. tit. (Antoninus). Wie ist das aufzufassen? a) Gaius erklärt einfach: durch den Einbau in das fremde Haus ist das bisherige Eigenthum am Material nicht untergegangen, nur kann es zur Zeit nicht ausgeübt werden, des thatsächlichen Hindernisses wegen: daher tritt es sofort wieder in Wirksamkeit mit Beseitigung des letzteren. b) Andere römische Juristen drücken sich, ohne auf die Sache näher einzugehen, dahin aus, dass nach der Trennung das Eigenthum zu dem früheren Herrn der Sache zurückkehre: so Paulus in Fr. 23 § 7 cit. „prior dominus vindicabit, Iulianus in Fr. 59 de rei vindicatione „simulataque dempta essent, continuo in pristinam causam reuerti“ und selbst Kaiser Antoninus in C. 2 sagt von unserem Fall „ad pristinum dominum reuerti“. c) Hat man aus diesen Stellen auf eine Meinungsverschiedenheit zwischen Gaius und den andern zu schliessen? Man hat bekanntlich von manchen Seiten geglaubt, das zu müssen. Aber die römischen Juristen sprechen nirgends von einer solchen; auch ist es wenig wahrscheinlich, dass man von dieser Seite geneigt gewesen sei, einen nutzlosen Verlust und einen ipso iure erfolgenden, nutzlosen Wiedererwerb des Eigenthums anzunehmen. Ich meine, es liege nichts vor als eine naheliegende Ungenauigkeit des Ausdrucks. Einer solchen machen sich die römischen Juristen, die ja keine Gesetzbücher schreiben, ebenso häufig schuldig wie unsere heutigen. So Ulpian, wenn er in seiner bekannten Definition die Novation bezeichnet als „prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio“ und, vielleicht unwillkürlich sich selbst corrigirend, sofort hinzufügt „ita ut prior primatur“; so derselbe Ulpian, wenn er von der Correalobligation in Fr. 3 § 1 de duobus reis sagt „cum una sit obligatio“, während er von demselben Fall in Fr. 5 de fideiusoribus erklärt, es bestehen deren zwei: und es ist dabei an einen Wechsel der Anschauung um so weniger zu denken, als beide Stellen in dem Werk ad Sabinum ziemlich dicht bei einander standen. Vgl. Windscheid, Pandekten I, § 188.

Uebertragung des Bodens die superficies nothwendigerweise mit überträgt, also auch wider seinen Willen¹⁾.

Weil die Regel „superficies cedit solo“ dem naturale ius angehört, deshalb wird sie von den römischen Juristen nicht bloss auf das Eigenthum angewendet, sondern auch auf den Besitz²⁾.

Was von dem Eigenthum gilt, das gilt in natürlicher Folge auch von den Servituten. Da nun die superficies untergeht in dem praedium, so kann die servitus praedii urbani nicht an der superficies zustehen ohne den Boden. Damit stimmen die Quellen; denn urbanum praedium ist nach Ulpian gleich aedificium³⁾, also gleich dem Gebäude mit dem Boden⁴⁾. Nur scheinbar widerspricht Paulus in Fr. 3 de servitutibus:

Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt;

denn es ist nicht zu übersehen, dass auch die in superficie consistentes als servitutes praediorum, und mithin als an den Boden gebunden bezeichnet werden. Der Sinn der Stelle ist: ein Theil der Servituten haftet an dem Boden schlechthin; bei dem anderen gilt das zwar ebenfalls, aber nur so lange, als der Boden die superficies hat⁵⁾.

Die Servituten nämlich sind nach der Auffassung des civile ius streng an das Individuum gebundene Rechte. Dem entsprechend gilt die grundlegende Personalservitut des Ususfructs einestheils nur für die bestimmte Person im civilen Sinne — sie erlöscht durch Tod und capitis deminutio —, anderentheils nur für das bestimmte Sachindividuum, sodass

---

¹⁾ Fr. 44 § 7 de obligationibus et actionibus (Paulus). — ²⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis. [Auch in dieser Stelle ist nicht zu übersehen, dass „aedes“ das Gebäude mit dem Boden bedeutet.] Weil die superficies nicht ohne den Boden besessen werden kann, deshalb kann man sie auch nicht ohne den Boden zu Eigenthum ersitzen: Fr. 26 de usurpationibus et usucapionibus. — ³⁾ Fr. 198 de uerborum significatione. — ⁴⁾ S. 123 Anm. 8. — Daher wird in Fr. 198 cit. der vom Haus umgebene Garten dem praedium urbanum zugerechnet. Von dem ususfructus insulae wird uns in Fr. 53 de usufructu (Iavolenus) gesagt, er hafte am ganzen Boden, so lange auch nur ein kleiner Theil des Hauses steht. — ⁵⁾ Verschiedene Auffassungen bei Jhering, Geist des römischen Rechts II, Anm. 357, und bei Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XII, S. 161 ff.

sie untergeht durch *rei mutatio*¹⁾. Nicht minder sind die Prädialservituten an das herrschende und an das dienende Sachindividuum gebunden: auch sie erlöschen nach *ciuile ius* durch *rei mutatio*²⁾. Wenn freilich die alte Sache rechtzeitig wieder zum Vorschein kommt, so entsteht die *Servitut ipso iure*³⁾, dagegen bringt der Wiederaufbau des zerstörten Hauses nicht *eandem rem sed aliam*. So das *civile ius*; der Prätor aber unterscheidet. Zwar für die Personalservituten hält auch er an der alten Strenge fest: weil sie in den Gehalt des Eigenthums besonders tief eingreifen, findet er keinen Grund für Begünstigung. Nicht so bei den sachlich ungleich weniger störenden *servitutes praediorum*: nach der Wiederherstellung giebt er hier unbedenklich *utilis actio*⁴⁾.

II. Schon nach *ciuile ius* kann das Genussrecht an der superficies einem anderen zustehen als dem Eigenthümer. Das geschieht nach dem Princip des dinglichen Rechts durch *usus-*

¹⁾ Fr. 5 § 2 *quibus modis ususfructus*. a) Der *ususfructus aedium* erlöscht mit dem Untergang des Hauses: Fr. 5 § 2. 12 *quibus modis*. b) Der *ususfructus areae* erlöscht mit der Aufführung eines Hauses auf derselben: Fr. 5 § 3 *cit.* c) Der *ususfructus fundi* erlöscht nicht durch die Zerstörung einer darauf befindlichen, nebensächlichen *uilla*; denn der Gegenstand des *Ususfructus* ist derselbe geblieben: Fr. 8 *eod. tit.* —

²⁾ a) Wenn das herrschende *praedium urbanum* seine superficies verliert, so geht die *Servitut ciuilitur* unter: Fr. 20 § 2 *de seruitutibus praediorum urbanorum* (Paulus). Daher war es nicht ohne Bedeutung, wenn man die einem Weinberg bestellte *Servitut* nicht als der superficies zustehend betrachtete. Fr. 13 *de seruitutibus praediorum rusticorum* (Iauolenus) lautet bei Mommsen: „Certo generi agrorum adquiri *seruitus potest, uelut uineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. igitur sublatis uineis seruitus manebit* —“. Ich glaube, es sei zu interpungiren: „*uelut uineis; quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet, igitur* —“. b) Ebenso tritt nach *ciuile ius* der Untergang der *Servitut* ein mit Beseitigung des dienenden *praedium urbanum*: Fr. 31 *de seruitutibus praediorum urbanorum* (Paulus). — ³⁾ Das ist möglich bei der *area*: Fr. 36 *pr. de usufructu* (Africanus). — ⁴⁾ 1. Bei den *seruitutes praediorum urbanorum* giebt der Prätor *utilis actio* a) nach Wiederherstellung des dienenden Grundstücks: Fr. 31 *pr. de seruitutibus praediorum urbanorum* (Paulus); b) nach Wiederaufbau der superficies des herrschenden: Fr. 20 § 2 *eod. tit.* (Paulus); die Worte „*utilitas exigit, ut idem intellegatur*“ befürworten offenbar die *utilis actio*. 2. Bei dem *ususfructus* versagt der Prätor diese *utilis actio*: Fr. 20 § 2 *cit.*; Fr. 5 § 2 *quibus modis* (Ulpianus).

fructus aedium; von dem Eigenthum an dem Grundstück ist das Genussrecht zeitweise abgelöst und auf ein anderes Subject übertragen. Dagegen nach dem Princip der Obligation, insbesondere in Gestalt der locatio conductio aedium, bleibt das Genussrecht im Eigenthum; der Eigenthümer räumt dem andern lediglich in Form der persönlichen Verpflichtung die Befugniß ein, dieses fremde Genussrecht im eigenen Interesse auszuüben.

Folgende, bei der locatio conductio geltende Sätze gehören hierher:

1. Das Recht des conductor besteht darin, dass er von dem locator das „re frui licere“ verlangen kann: das ist die durchaus gewöhnliche Bezeichnung sowohl bei dem Landpacht als bei der Hausmiethe¹⁾. Wird dem entsprochen, so erhält der conductor die Detention dann, wenn der gemietete Gegenstand sich dazu eignet. Das ist der Fall bei der Miethe eines praedium, sei es rusticum oder urbanum²⁾; das ist nicht der Fall bei der Miethe eines integrierenden Theils, so eines Zimmers, eines Stockwerkes, der superficies ohne den Boden³⁾.

¹⁾ „Re frui“ ist der allgemeine Ausdruck bei einer jeden Sachmiethe: C. 6 de locatione et conductione: „rem fruendam alicui locare“; er findet sich für Haus- und Grundstücksmiethe zugleich: Fr. 9 pr. locati conducti; insbesondere bei fundus, ager, locus: Fr. 9 § 1 Fr. 15 § 1. 2. 8, Fr. 24 § 4. 5 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 16 de liberatione legata; Fr. 1 de loco publico fruendo [Quo minus loco publico, quem is cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit]; bei domus, insula: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 9 pr., Fr. 35 pr. locati conducti. Parallelausdruck „uti“: Fr. 27 pr., Fr. 28 pr. eod. tit.; specialisirt „habitare“: Fr. 7, Fr. 8, Fr. 25 § 1 eod. tit.; Fr. 13 § 30 de actionibus empti; Fr. 3 § 3 uti possidetis. — ²⁾ Der conductor (colonus, inquilinus) hat die eigentliche possessio nicht: Fr. 6 § 2 de precario; Fr. 3 § 3. 4. 7 uti possidetis; Fr. 33 § 1 de usurpationibus et usucapionibus. Aber er ist in praedio: Fr. 6 § 2 cit.; possidet domino: Fr. 60 § 1 locati conducti; naturaliter possidet: Fr. 7 § 11 communi diuidundo; endlich in ungenauer Rede heisst es von ihm geradezu „possidet“; Fr. 11 § 3 Fr. 15 § 1 locati conducti; C. 16 eod. tit. — ³⁾ Fr. 15 § 12 de damno infecto (Ulpianus): „— et extat Sabini sententia, in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat. Cfr. Fr. 44 § 1 de obligationibus et actionibus (Paulus); Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus).

2. Weil die *conductio* ein Recht an der Sache nicht erzeugt, deshalb entscheidet über die Zulässigkeit derselben lediglich die Möglichkeit des „*frui*“. Daher kann den Gegenstand der *locatio conductio* die superficies bilden ohne den Boden, desgleichen ein Stockwerk, ein einzelnes Zimmer¹⁾.

3. Weil der Eigenthümer, welcher vermiethet hat, das Nutzungsrecht in seinem Eigenthum behält, deshalb kann er — allerdings nur unter Fortdauer seiner persönlichen Pflicht gegen den *conductor* — die vermiethte Sache dem dritten zu vollem Eigenthum übertragen.

Weil die aus der *locatio conductio* hervorgehende Obligation lediglich für die *Contrahenten* vorhanden ist, deshalb hat sie dem neuen Eigenthümer gegenüber keine Bedeutung²⁾.

4. In der Natur des „*frui*“ liegt es, dass der *conductor* dasselbe nicht bloss in eigener Person vornehmen kann, sondern auch durch einen anderen. Das kann er insbesondere in der Form der ebenfalls nur unter den *Contrahenten* wirkenden *sublocatio*³⁾.

5. Der in dem „*re frui*“ von einem dritten gestörte *conductor* hat wider den Störer weder die *Contractsklage* — denn er hat nicht mit ihm *contrahirt* —; noch eine dingliche Klage, denn er hat kein dingliches Recht; noch endlich eine Klage wegen Störung im Besitz, denn er ist auch nicht Besitzer. Sein einziger privatrechtlicher Schutz liegt in der *actio conducti* wider den *locator*, welcher ihm zu dem „*re frui licere*“ verpflichtet ist⁴⁾.

6. Der Natur des von der *bona fides* geregelten *Contracts* entspricht es, wenn wir der Bestimmung begegnen, dass dem Vermiether das Recht der Austreibung dann zusteht,

¹⁾ Fr. 30 *locati conducti* (Alfenus); Fr. 11 § 5 *de pignoratitia actione* (Ulpianus). — ²⁾ Schliesst der Verkäufer mit dem Käufer einen Nebenvertrag des Inhalts, dass dieser den *conductor* gewähren lasse, so ist der Käufer nicht dem letzteren, sondern nur dem Verkäufer verpflichtet, und zwar *ex uendito*: Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) *locati conducti*; C. 9 *de locato et conducto* (Alexander); Fr. 59 § 1 *de usufructu* (Paulus); Fr. 13 § 30 *de actionibus empti* (Ulpianus). — ³⁾ Dieselbe hat sich aus der Natur des Geschäfts selber entwickelt, sie bedurfte keiner gesetzlichen Sanction. — ⁴⁾ Fr. 25 § 1 (Gaius), Fr. 32 (Iulianus), Fr. 33 (Africanus) *locati conducti*. Vgl. Fr. 18 § 4 *de damno infecto*.

wenn der Miether den Miethzins durch lange Zeit schuldig geblieben ist. Unter langer Zeit wird der Ablauf eines *biennium continuum* verstanden ¹⁾).

7. Die Grenze zwischen *locatio conductio* und *emptio venditio* war zur Zeit der classischen Juristen nicht zweifellos. Gaius ²⁾ hebt drei Fälle hervor, in welchen der Zweifelsgrund der gleiche ist, nämlich der materiell auf Veräußerung gerichtete Inhalt einer formell abgeschlossenen Location. Hierher gehört der von Gaius an erster Stelle besprochene Fall „*veluti si qua res in perpetuum locata sit*“. Die Frage war: ist in dieser Unvergänglichkeit des auf die Erben und gemäss dem Princip der *sublocatio* auf die *Singularsuccessoren* übergehenden ³⁾ persönlichen Nutzungsrechts eine mindestens partielle Veräußerung der Sache selber zu erkennen oder nicht. Als Beispiel dieses Falles nennt Gaius die Verpachtung städtischer Grundstücke auf so lange Zeit, als der Zins richtig werde bezahlt werden. Unter dieselbe Kategorie fällt auch die auf die Dauer zu dem Zweck abgeschlossene Bodenmiethe, damit der Miether darauf ein Haus errichte, und vielleicht haben wir einen Hinweis auf die verschiedene Auffassung dieses Falles von Seiten der römischen Juristen in einer gelegentlichen Äusserung Ulpian's ⁴⁾ zu erkennen. Jedenfalls sagt uns Gaius a. a. O., dass sich die überwiegende Zahl der Juristen für die Auffassung als *locatio conductio* entschieden habe, und in diesem Sinne sind die Pandekten excerptirt.

8. Den Sprachgebrauch anlangend, so ist die gewöhnliche Bezeichnung *locatio et conductio*, auch mit Weglassung der Copula. Für die Sonderbedeutung der beiden Worte ist zu

¹⁾ Fr. 54 § 1 (Paulus), Fr. 56 (Paulus libro singulari de officio praefecti vigiliis) locati conducti. Ueber den Ursprung des Satzes ist mir nichts bekannt; die Inscription der zweiten Stelle scheint auf die Satzung einer Behörde hinzuweisen. — ²⁾ Gaius 3 § 145—147. —

³⁾ Gaius gedenkt nur des Uebergangs auf die Erben; dagegen der auf Gaius beruhende § 8 I. de locatione et conductione fügt hinzu „*cuiusue conductor heresue eius id praedium uendiderit rel.*“ und gerade in dieser Veräußerungsmöglichkeit erkennt Theophilus die Aehnlichkeit mit dem Kauf. — ⁴⁾ In Fr. 1 § 1 de superficiebus schreibt der Jurist: *Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est; nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest.*

bemerken, dass sie früher unterschiedslos gebraucht wurden¹⁾: eine Freiheit im Ausdruck, welche noch bei den classischen Juristen sich gelegentlich findet²⁾ und woraus sich erklären wird, dass die Willkür des Sprachgebrauchs bei der *locatio operis* sich in anderer Weise fixirte als bei der *locatio rerum et operarum*.

II.

Ausgangspunkt der prätorischen Entwicklung.

I. Der erörterte Grundsatz, wonach der Miether, gemäss der persönlichen Natur seines Rechts, nur gegen den Vermiether klagen kann, nicht aber gegen den dritten Störer selber, musste sich in manchen Fällen als eine innerlich nicht gerechtfertigte Einschränkung erweisen. Einmal für den Miether, der dadurch herbeigeführten Abhängigkeit wegen; sodann für den Vermiether selber, weil die Pflicht des Eintretens für einen anderen als eine Last empfunden wurde³⁾.

Da das *ciuile ius* sich selbst zu corrigiren keine Anstalt traf, so war es, wie gewöhnlich, der Prätor, welcher sich zur Abhilfe berufen fühlte. Er that das in der ihm eigenthüm-

¹⁾ Fr. 19, Fr. 20 de actionibus empti. Eine ähnliche Bewandniss hat es mit dem deutschen Wort „leihen“. — ²⁾ Namentlich Ulpian in Fr. 45 de regulis iuris; Fr. 9 § 3, Fr. 15 § 9 locati et conducti. Es besteht daher kein Grund dafür, dass in Fr. 30 pr. eod. tit. (Alfenus) das Wort „conduxit“ in „locavit“ umgewandelt werde. — ³⁾ Auf eine analoge Entwicklung weist das SC. Trebellianum hin, wenn es beginnt: „Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his [Mommсен schiebt ein „*eas lites*“; einfacher und diplomatisch wahrscheinlicher „*ea*“] eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam —“. Namentlich war es der Staat, welcher sich von derartigen Lasten besonders gern frei machte. Das ist z. B. der Grund, weshalb lediglich wer vom Fiscus eine Erbschaft kauft, als Universalsuccessor behandelt wird: C. 1 de hereditate uendita (Seuerus). Andererseits besteht im vorliegenden Fall ein Unterschied der Behandlung. Durch Anerkennung der Universalsuccession befreit das *ciuile ius* den bis dahin belasteten heres vollständig. Dagegen wird durch Einführung des prätorischen *interdictum de superficie* und die sich anschliessende prätorische in rem actio der locator von seinen civilen Verbindlichkeiten nicht befreit: der Prätor will das *ciuile ius* hier nicht corrigiren, er ergänzt es.

lichen Art, d. h. nicht durch Aufstellung eines gegensätzlichen, allgemeinen Princip, sondern lediglich für zwei besondere Fälle, welche er für vorzugsweise dringliche erachtete und zugleich vollständig übersah. Da nämlich, wo es sich um *praedia rustica* handelte, führte die Entwicklung von der *civilen locatio conductio* zu dem prätorischen Rechte an dem *ager uectigalis*; da, wo *praedia urbana* in Frage standen, von demselben *civilen Rechtsgeschäft* zu dem prätorischen Rechte an der *superficies*.

II. Das letztgenannte Institut hat zu seinem natürlichen Ausgangspunkt den Fall, wo jemand auf dem fremden, zu diesem Zweck gemietheten Grundstück ein Gebäude errichtete. Dass in der That hier der Anfang der Dinge zu suchen sei, dafür zeugt der Umstand, dass dieser Fall zu allen Zeiten als der normale angesehen wurde. Paulus¹⁾ bezeichnet den *superficiarius* als denjenigen,

„qui in conducto solo superficiem imposuit“.

Damit stimmt Gaius offenbar überein, wenn er sagt²⁾:

*Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt*³⁾.

Endlich und ganz besonders folgt es daraus, dass das Miethgeld des *Superficiars* technisch „*solarium*“ genannt wird⁴⁾, also Entgelt für den Genuss⁵⁾ des Bodens⁶⁾.

¹⁾ Fr. 18 § 4 de damno infecto. — ²⁾ Fr. 2 de superficibus. —

³⁾ Dass auch hier der *conductor* als der Erbauer gedacht sei, folgt aus dem Umstande, dass er als *solus conductor* betrachtet wird. Dagegen in der Definition, welche in Fr. 74 de rei vindicatione Paulus vom *superficiarius* gibt, wird die Frage nach dem Erbauer offen gelassen: „Id est qui in alieno superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet“. — ⁴⁾ Das ist die gewöhnliche Bezeichnung: Fr. 15 qui potiores; Fr. 39 de legatis I; Fr. 2 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 7 § 2 de usufructu [die Florentina hat hier „salarium“, aber Ulpian schrieb zuverlässig „solarium“; cfr. Mommsen ad h. l.]. Ferner findet sich der Ausdruck in der Urkunde des *aedificium Puteolanum* vom zweiten Jahrhundert n. Chr. bei Bruns-Mommsen p. 284 und in der des *Adrastus* ebenda p. 284. 285. Vollkommen gleich ist die Bezeichnung als „*merces soli*“: Fr. 17 de pignoratitia actione. Natürlich passt hier auch der allgemeine Name „*pensio*“: Fr. 74 de rei vindicatione; Fr. 39 § 2 de damno infecto; C. 1 de diuersis praediis. Endlich wird das *solarium* als ein besonderer Fall des *uectigal* aufgefasst: Fr. 2 § 17 cit. —

⁵⁾ Uebrigens ist auch derjenige, der als *conductor soli* das Haus gebaut

III. Nun wird man allerdings wenig geneigt gewesen sein, Häuser auf fremden Grundstücken zu erbauen unter der Herrschaft des *ciuile ius*, welches dem Pächter gar kein Recht am Gebäude einräumt. Dennoch gibt es einen Fall, wo eines-theils der Boden häufig überhaupt nicht käuflich zu haben ist und wo anderentheils die Gefahr unbilliger Austreibung zurücktritt: so ist es bei den dem Staat oder einer Gemeinde gehörigen Ländereien. Wie es nun bei der *Emphyteuse* feststeht, dass ihre Anfänge in den Pachtungen von *ager publicus* zu erkennen seien, so weist auch bei der *Superficies* die Ueberlieferung auf den analogen Entwicklungsgang hin¹⁾.

Zwar die Behauptung, dass der älteste hierher gehörige Fall in der *lex Icilia de auentino publicando* vom Jahre 297 zu erkennen sei²⁾, wird heutzutage nur noch wenige Gläubige finden. Wohl aber wird den *tabernae*, welche das Forum umgaben, ein frühes Beispiel zu entnehmen sein. Denn die um das Jahr 550 d. St. wieder aufgebauten, sogenannten *septem seu plebeiae tabernae*, welche später *quinque tabernae* genannt werden, desgleichen die *argentariae*, standen in öffentlichem Eigenthum, wurden jedoch einzelnen Privatleuten nach den Grundsätzen der *Superficies* überlassen³⁾. Ein sicheres

---

hat, „*inquilinus*“; denn er bewohnt das einem anderen zugehörige Haus und bezahlt *merces*: Fr. 3 § 3 de *operis noui nuntiatione*. — *) Auch Seneca betrachtet diesen Fall als den selbstverständlichen, wenn er in ep. 88 schreibt: „*Philosophia nihil ab alio petit, totum opus a solo excitat: mathematica, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat*“.

¹⁾ Vgl. Degenkolb a. a. O. § 17. — ²⁾ So Puchta, *Institutionen* § 254, mit Berufung auf *Liuius* 3, 31 ff., *Dionys.* 3, 67. Wie in diesem Fall das rechtliche Verhältniss gestaltet war, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls ist im Jahre 297 d. St. an das prätorische Recht der *superficies* nicht zu denken. — ³⁾ a) Die ältesten, von *Tarquinius Priscus* erbauten *tabernae* standen im Privateigenthum, gleich den Häusern des Forum: *Liuius* 1, 35; 9, 40; *Dionys.* 3, 67. b) Ebenso wurden diejenigen *tabernae*, welche der Censor M. *Fuluius* im Jahre 575 auf dem forum *piscatorium* erbaute, an Privatleute verkauft: *Liuius* 40, 51. c) Anders stand es um die gegen Mitte des sechsten Jahrhunderts von zwei *aediles plebis* erbauten „*septem tabernae*“, welche nach ihren Erbauern auch „*plebeiae*“ genannt werden und späterhin, offenbar wegen irgend eines öffentlichen Interesses in der Zahl *reducirt* (vgl. *Liu.* 39, 44), den Namen „*quinque tabernae*“ führen: *Liuius* 26, 27;

Beispiel bringt Frontinus¹⁾, wenn er mittheilt, dass längs der Wasserleitungen eine Reihe von dem Staat zu Zins (uectigal) verpflichteten Häusern auf öffentlichem Boden standen; denn zuverlässig ist es nicht der Staat, der jene als etwaiger Bau-speculant erbaute. Einen anderen ganz sicheren Fall aus dem Jahre 193 nach Christus überliefern die uns erhaltenen, auf den Freigelassenen Adrast bezüglichen Urkunden²⁾. Diesem nämlich, der den Posten eines procurator columnae Diui Marci inne hatte, wird in jenen die Erlaubniss ertheilt, auf dem betreffenden öffentlichen Boden ein Wärterhaus zu erbauen gegen Entrichtung eines solarium. Dass es sich dabei keineswegs um ein vereinzelt Vorkommniss handele, ergibt sich aus den in der Ueberschrift wiederholten Worten der Rationalen „praestaturum secundum exemplum ceterorum solarium“.

Wie der Staat, so pflegten auch die Städte nach staatlichem Muster an ihren Grundstücken das Recht der superficies einzuräumen. So hatte, etwa gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, Atimetus von der Stadt Puteoli das Recht erhalten, gegen Entrichtung des üblichen solarium ein Gebäude auf städtischem Boden zu errichten³⁾.

Festus s. u. plebeias. — Diese septem tabernae, desgleichen die argentariae, welche man später nouae nennt, bleiben in öffentlichem Eigenthum; das beweist Livius, wenn er nach der Mittheilung, dass die genannten tabernae damals abgebrannt seien, fortfährt: „Comprehensa postea priuata aedificia“; und damit stimmt Livius 27, 11. Die genannten tabernae wurden aller Wahrscheinlichkeit nach sehr bald nach superficialischem Recht behandelt, so dass von ihnen galt, was Ulpian in Fr. 32 de contrahenda emptione erklärt: Qui tabernas argentarias uel ceteras, quae in solo publico sunt, uendit, non solum sed ius uendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad priuatos pertinet.

¹⁾ Frontinus, de aquis urbis Romae II, 118: comoda publicae familiae exonerantur uectigalium reditu ad ius aquarum pertinentium. ea constant ex locis aedificiisue quae sunt circa ductus et castella aut munera aut lacus. Cfr. C. 130. — ²⁾ Bruns-Mommsen, fontes iuris romani antiqui, p. 284; Rudorff in Savignys Zeitschrift, Bd. 11, S. 219 ff.; Mommsen, ebenda Bd. 15 S. 335 ff. — ³⁾ Bruns-Mommsen l. l. Dazu Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 ff. Die Stadtgemeinde gibt ihre Zustimmung dazu, dass das bedungene Recht der superficies unter Beseitigung des solarium in ein anderweitiges, auf die Lebensdauer des Atimetus beschränktes Recht verwandelt werde. Der Inhalt desselben wird be-

IV. Man hat angenommen, dass in derartigen Fällen der Parteiwille über das hinausgegangen sei, was nach *ciuile ius* möglich, nämlich auf Begründung des Eigenthums an der superficies, so dass das hierher gehörige prätorische Edict als ein Product der Vermittelung erscheine¹⁾. Von dem Vorkommen eines solchen, die Grenzen des *ciuile ius* überschreitenden Privatwillens wissen die Quellen nichts; die Betreffenden haben vielmehr im Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Theils ein derartiges Unternehmen gewagt trotz dem unzureichenden Rechtsschutz. Nur davon sprechen, wie in anderen Fällen, die Pandekten, dass es der Prätor für angemessen erachtet habe, im öffentlichen Interesse einen weiteren Schutz zu gewähren²⁾.

Was das hierher gehörige Edict betrifft, so befinden wir uns — anders als bei dem *ager uectigalis* — in der günstigen Lage, dasselbe seinem Wortlaute nach zu besitzen. Nach der Florentina hat es folgende Fassung:

Uti ex lege locationis siue conductionis superficies, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, uim fieri ueto. ³⁾si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Klar ist, dass hier für denselben Gegenstand zwei wesentlich verschiedene Anordnungen getroffen werden. Den Anfang macht die Formel eines Interdicts, wie es zur Zeit des lebendigen prätorischen Rechts vom Magistrat auf Antrag einer Partei gegen beide in mündlicher Rede zu erlassen war. Darauf folgt das allgemeine Versprechen, dass, wenn irgend

---

zeichnet als „*usus et fructus potestasque aedificii sui*“. Seine ursprüngliche Auffassung, dass hiernach das superficiarische Recht ohne *solarium* fortbestehen solle, hat Degenkolb, Platzrecht S. 42, wie ich glaube mit Grund, zurückgenommen. Andererseits geht, was dem *Atimetus* gewährt wird, durch den Zusatz der *potestas aedificii sui* über den *usufructus* hinaus: welcher Natur das zu begründende Recht sei, darüber waren die Väter der Stadt vielleicht selber sich nicht vollkommen klar.

¹⁾ Wächter a. a. O. § 1. — ²⁾ Fr. 1 § 1 de superficiesibus. —

³⁾ Vermuthlich ist das sonst übliche verbindende „Item“ durch Schreiberversehen hier ausgefallen: Fr. 1 pr. de publicanis; Fr. 1 pr. de tabulis exhibendis; Fr. 1 § 15 de cloacis; Fr. 2 ui bonorum raptorum; Fr. 2 pr. de incendio; Fr. 15 § 24 de iniuriis.

eine andere Klage zum Vortheil der superficies werde erbeten werden, dieselbe nach vorhergegangener causae cognitio zu ertheilen sei.

Die beiden Sätze sind nicht gleichzeitig entstanden. Das interdictum de superficie gehört nämlich, obgleich es das interdictum Uti possidetis zum Vorgänger hat, wie überhaupt das Institut der Interdicte, aller Wahrscheinlichkeit nach der Legisactionen-Zeit an. Dagegen der zweite Satz, jedenfalls später entstanden als der erste, stammt aus der Zeit des Formularprocesses; dafür spricht sein Inhalt, seine Fassung¹⁾, endlich der Umstand, dass Paulus von den aliae actiones des Superficiars als von etwas redet, das noch nicht lange bestehe und namentlich jüngeren Datums sei als die Entwicklung bei den uectigalia praedia²⁾.

Ist die Reihenfolge der Entstehung begründet, so ergibt sich, dass es nicht zulässig sei, die Vorschrift des zweiten Satzes zur Interpretation der Interdictenformel zu benutzen.

III.

Interdictum.

I. Das interdictum de superficie erweist sich als eine Nachbildung des Uti possidetis; was wir erkennen müssten auch ohne die ausdrückliche Bemerkung Ulpian's in Fr. 1 § 2 h. tit.³⁾:

¹⁾ Der zweite Satz bezeichnet die vorhergehende Formel des Interdicts als „actio“: das hat der Prätor sicherlich erst in späterer Zeit gethan. — ²⁾ In Fr. 16 § 2 de pignoratitia actione sagt derselbe: „Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficariis dantur“. — Niegolewski, p. 22, folgert aus dieser Mittheilung mit Unrecht das spätere Entstehen des ganzen superficariischen Rechts überhaupt; das Interdict ist keine utilis actio, das sind lediglich die „aliae actiones“ des Edicts. Mit gleicher Grundlosigkeit beruft sich derselbe auf Fr. 13 § 8 de damno infecto, eine Stelle, die sich gar nicht auf das Alter der prätorischen superficies, sondern darauf bezieht, dass unter anderen dem Superficiar das Recht auf die cautio damni infecti erst spät eingeräumt wurde. —

³⁾ Unter diesen Umständen weiss ich nicht, wie Rudorff (in Savignys Zeitschrift XI S. 230) zu der Behauptung kommen konnte, erst die Compilatoren haben den falschen Schein der Verwandtschaft beider Interdicte hervorgerufen.

Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti
 Uti possidetis. tuetur itaque Praetor eum, qui superficiem petit, ueluti Uti possidetis interdicto —

und er sagt das mit dem Hinzufügen:

omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto seruantur, hic quoque seruabuntur.

Die Aehnlichkeit liegt zunächst in der allgemeinen Structur beider, welche nach der Florentina lauten:

Uti eas aedes, quibus de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, uim fieri ueto.

Uti ex lege locationis siue conductionis superficie, qua de agitur, nec ui nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus¹⁾ fruamini, uim fieri ueto.

Insbesondere tritt die Uebereinstimmung hervor in der prohibitorischen Form²⁾, in der Duplicität³⁾, in der exceptio und

---

¹⁾ Längst hat man erkannt, dass hier, wahrscheinlich durch Schreiberversehen, „ita“ ausgefallen sei. — ²⁾ Wie war die Lage der Dinge beschaffen, bevor der Prätor in seinem Edict die Interdicte proponirte? Die einfache Antwort geht dahin, dass wir davon nichts wissen, also nur Vermuthungen aufstellen können. Es gibt zwei Möglichkeiten. Die eine besteht darin, dass rechtlich überhaupt noch nicht gesorgt wurde. Das ist keineswegs absolut unwahrscheinlich, denn das älteste römische Recht war jedenfalls lückenhaft, wie überhaupt jedes beginnende: lange Zeit gab es impuberes sui iuris, welche einen tutor gar nicht erhalten konnten; auf dem Gebiete des Erbrechts gehörten die bona uacantia im eigentlichen Sinne zu den gewöhnlichen Erscheinungen des Tages; die Selbsthilfe war bis in die Kaiserzeit hinein straflos. — Eine zweite Möglichkeit führt dazu, dass in den später durch Interdicte geregelten Fällen König oder Consul sofort selber untersuchten und entschieden (extra ordinem cognoscere, nach dem späteren Sprachgebrauch). Für diese zweite Möglichkeit entscheidet sich Keller. Beide stehen einander etwa gleich: nur dagegen muss Verwahrung eingelegt werden, dass diese angeblichen magistratischen Cognitionen als die ältesten Interdicte bezeichnet werden. Zwischen extraordinaria cognitio und interdictum besteht vielmehr eine principielle Verschiedenheit. Denn während jene die nach untersuchter Sache erfolgende definitive Entscheidung ist, beruht das Wesen des Interdicts in dem Erlass vor untersuchter Sache: und gerade deshalb ist dieser Erlass nothwendiger Weise ein bedingter. — Was Keller als eine nebensächliche Hypothese hinstellt, woraus er als vorsichtiger Forscher sich hütet weitere Folgerungen zu ziehen, das wird als die

darin, dass auch das *interdictum de superficie* ein in praesens *relatum* sein muss. Allerdings stimmt zu dieser Behauptung

positive Grundlage neuer, angeblicher Entdeckungen behandelt in einer vielfach seltsamen, in einigen Punkten schon von Ubbelohde rectificirten Schrift, welche nicht sowohl aus den Quellen schöpft, als vielmehr diese für vorgefasste Meinungen zurecht macht: Emil Pfersche, Die Interdicta des römischen Civilprocesses, 1888. Hier mag die darin niedergelegte Auffassung der prohibitorischen Interdicta besprochen werden. Von diesen wird behauptet, dass sie zu ihrer Wirksamkeit eine vom Beklagten vorgenommene, schon zur Zeit des Erlasses vorhandene Verletzung verlangen: was schliesslich zu der beneidenswerthen Entdeckung führt, dass zwischen restitutorischen und prohibitorischen Interdicten ein eigentlicher Unterschied nicht bestehe (S. 125). Fragt man nach Beweisen, so wird es zunächst für ungeheuerlich erklärt, dass man so ohne weiteres durch obrigkeitliche Erlasse belästigt werden könne. Nun thut das freilich unsere Polizei ganz gewöhnlich. Ferner hat sogar das civile ius der Römer keinen Anstand genommen, ein solches ohne weiteres wirkendes und noch dazu *privates* Verbot anzuerkennen in Gestalt der *operis noui nuntiatio*. Gegen Missbrauch aber wird nachträglich gesorgt, bei dem letztgenannten Institut durch die Pflicht zur Ableistung des *iusiurandum calumniae* (Fr. 5 § 14 de operis noui nuntiatione), bei den Interdicten durch die *restipulatio*, welcher der Charakter der *poena temere litigantis* innewohnt und die daher, wo sie wegfällt, durch das *iudicium calumniae* ersetzt wird (Gaius IV, § 163. 174. 180). Das Hauptargument wird den Worten der *sponsio entnommen* „*aduersus praetoris edictum*“, denn darunter sei nicht das mündliche, in Form des Interdicts erlassene Verbot, sondern das vom Prätor proponirte Edict zu verstehen. Aber aus welchem Grund lässt sich der Prätor zu jenem mündlichen Verbot herbei, wenn sich der nachfolgende Process nicht um den Verstoss gegen dieses dreht, sondern um etwas ganz anderes? Und wo findet sich diese angebliche Edictsstelle? In den meisten Fällen enthielt das proponirte Edict das Formular zum Interdict und nichts weiter. Wo findet sich die Edictsstelle im Fall der *utilia interdicta* und insbesondere da, wo der Prätor ein solches ganz unabhängig von seinem Edict gewährt? Daher wird jene Schrift daran nichts ändern, dass die Mittheilung der classischen Juristen hierher gehöre, wonach „*aduersus praetoris edictum*“ gleich ist „*uetante praetore*“; eine Erklärung, welche niemanden verwundern wird, der es nicht ignorirt, dass die Beziehung des Wortes „*edictum*“ auf die schriftlichen Mittheilungen in dem *album praetoris* nicht die ursprüngliche, sondern eine abgeleitete Bedeutung ist. Jene Schrift wird ferner daran nichts ändern, dass man nur für die Zukunft verbieten kann, nicht für die Vergangenheit, und es wird für das classische Recht demgemäss dabei sein Verbleiben haben, dass bei dem aus dem prohibitorischen Interdict hervorgehenden Verfahren es sich lediglich

das „fruimini“ der Florentina schlecht; allein das Futurum verstösst nicht bloss gegen das Muster, sondern ist geradezu ohne Sinn; die Correctur „frui mini“ ist eine Nothwendigkeit¹⁾).

II. Was die Abweichungen des Interdicts von seinem Muster anlangt, so liegt die massgebende Differenz in der Bezeichnung des Gegenstandes. Während die hierher gehörige Form des Uti possidetis auf die aedes sich bezieht, also auf das Haus mit dem Boden, beschränkt sich das nachgebildete Interdict auf die superficies, also jedenfalls auf dasjenige, was, mit dem Boden fest verbunden, über denselben emporragt, mit Ausschluss des Bodens selber.

1) Ganz sicher ist die Anwendung des Interdicts auf die superficies im Sinne der superficiariae aedes²⁾. Da dieser Ausdruck jede Art von Gebäude umfasst³⁾, so gehören nicht nur die insulae hierher⁴⁾, sondern auch die domus⁵⁾.

2) Die Bedeutung von superficies geht über die superficiariae aedes weit hinaus. Klar ist von vornherein, dass in den Bereich des Interdicts keineswegs alles fallen könne, was jenem allgemeinen Begriff sich unterordnet; insbesondere nicht die superficies rei mobilis und ebensowenig eine jede superficies rei immobilis, z. B. Gras, Getreide. Gerade weil dem so ist, werden wir — anders als die herrschende Meinung thut — davon auszugehen haben, dass das römische Recht auf den in den Quellen allein hervorgehobenen Fall sich be-

um die Frage handle, ob dem vom Prätor mündlich ausgesprochenen Verbote zuwider gehandelt worden sei oder nicht. — ³⁾ Für die Duplicität des superficiariischen Interdicts wird der Grund kaum wo anders als in der Formulirung nach dem Muster des Uti possidetis zu suchen sein; denn der Fall, dass von zwei Parteien eine jede dieselbe superficies für sich ausschliesslich in Anspruch nahm, wird ein so seltener sein, dass er schwerlich besondere Berücksichtigung verdiente.

¹⁾ a) Nach der Florentina sagt der Prätor: „stört einander gegenwärtig nicht in demjenigen Genuss, welchen ihr künftig haben werdet“. b) Es gibt lediglich in praesens und in praeteritum relata interdicta, keine in futurum relata: Fr. 1 § 2 de interdictis. — ²⁾ Fr. 2 h. tit. — ³⁾ Fr. 9 de incendio. — ⁴⁾ Fr. 12 de publiciana; Fr. 9 § 4, Fr. 39 § 2 de damno infecto; Fr. 1 § 5 de ui. — ⁵⁾ Rudorff, S. 225, nimmt an, dergleichen sei nicht vorgekommen: die rechtliche Möglichkeit bestand jedenfalls.

schränke, also auf die *superficiae aedes*: es bestand damals schwerlich ein weiter gehendes Bedürfniss¹⁾.

3) Wir erkannten den Ausgangspunkt des superficiarischen Rechts in den Gebäuden auf öffentlichem Boden. Ist dasselbe auch auf den im Privateigenthum stehenden Boden angewendet worden? Ohne Zweifel. Das entscheidende Wort des *Interdicts* „*superficies*“ und seine Erklärung durch „*superficiae aedes*“ umfassen auch diesen Fall; Ulpian's Commentar enthält keine Beschränkung und es fehlt auch nicht an entscheidenden Quellenbeispielen²⁾.

4) Ist das *Interdict* anwendbar auf den Inhaber eines einzelnen Stockwerkes? Man bejaht das gewöhnlich. Einen Quellenbeweis gibt es meines Erachtens nicht³⁾. Das Stock-

---

¹⁾ Für das Recht an Bäumen z. B., wofür man die *superficies* ebenfalls in Anspruch nehmen will, wird den Römern das Institut des *ager nectigalis* genügt haben. — ²⁾ In Fr. 3 § 7 *uti possidetis* steht dem Superficiar ein Privatmann als Eigenthümer gegenüber. In Fr. 1 § 4 h. tit. erhebt der Eigenthümer des Grundstücks die *rei vindicatio* wider den Superficiar: auch ein Beispiel für den *unus casus*. — ³⁾ Nach meinem Dafürhalten bringt das viel besprochene Fr. 3 § 7 *Uti possidetis* [vgl. Degenkolb S. 222 ff. und die daselbst Citirten] keine Entscheidung der Frage. Der Text lautet bei Mommsen: „Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto *Uti possidetis* me *uti posse*, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. plane si cenaculum ex publico aditum habeat, uideri non ab eo aedes possideri, qui *κρῆντας* possideret, sed ab eo, cuius aedes supra *κρῆντας* essent. uerum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur [Vulg.: *utentur*].“ Die Stelle entscheidet für zwei Fälle die Frage, welcher von zweien, von denen ein jeder den ausschliesslichen Besitz des Hauses für sich in Anspruch nimmt, in der That der Besitzer sei. Erster Fall: ich besitze mit dem Boden den unteren Theil des Hauses, der Inhaber des oberen Theils behauptet ebenfalls Besitzer des Hauses zu sein: ich bin Besitzer des ganzen Hauses [dass unter dem „qui in cenaculo quasi dominus moratur“ nicht, wie viele meinen, der Superficiar zu verstehen sei, ergibt sich daraus, dass in Erwägung gezogen wird, ob diesem Manne das *Uti possidetis* zustehe oder nicht: für den Superficiar liess sich diese Frage gar nicht aufwerfen]. Zweiter Fall. Das Haus besteht, anders als im ersten Fall, lediglich aus *κρῆνται* und cenaculum [das folgt daraus, dass hier cenaculum und aedes synonym gebraucht werden; cenaculum ist also hier die ganze superficies. Mit

werk ist integrierender Theil der superficies: was von dem Ganzen gilt, gilt nicht nothwendig auch für diesen: und warum dann nicht auch für das einzelne Zimmer? Die Annahme entspricht nicht der geschichtlichen Entwicklung. Denn den Normalfall erkannte man zu allen Zeiten in der Errichtung des Gebäudes auf fremdem, gemietheten Boden: nun aber ist nicht Bodenmiether, wer ein Stockwerk auf das fremde Haus setzt. Ueberhaupt wird eine derartige Weise des Bauens zu den Dingen gehören, welche die Praxis verschmäht. Als man das Princip des superficiarischen Rechts auch auf vorhandene Gebäude erstreckte, hat man schwerlich daran gedacht, hier gelten zu lassen, was im Normalfall nicht möglich war. Offenbar hat auch die römische Praxis kein Bedürfniss der Ausdehnung nach dieser Seite hin empfunden; denn andernfalls

Recht hebt Degenkolb hervor, dass die von Sachverständigen uns überlieferten Beschreibungen des römischen Hauses keineswegs die wirklich vorgekommenen Formen desselben erschöpften]. a) Diese superficies hat einen Eingang von der Strasse her [dass man auf einer Treppe in das Obergeschoss hinaufsteige, davon ist keine Rede]: dann ist der cum animo domini das cenaculum Innehabende der Besitzer des ganzen Hauses; denn er beherrscht es. b) Die superficies hat keinen solchen Eingang, man gelangt also in dieselbe nur durch die *κρύπται*: dann ist der Inhaber der letzteren der Besitzer des Hauses, denn er hat die Verfügungsgewalt: ihm steht daher das *interdictum Ut possidetis* zu. Dagegen der Inhaber des Oberbaues bedient sich der dem Superficiar zustehenden Klagen: aber selbstverständlich nur dann, wenn er Superficiar ist [keineswegs jeder Bewohner des Oberbaues ist es]. Nach dieser Auffassung spricht die Stelle in ihrem entscheidenden Theil auch infolge des florentinischen Textes ebenso wenig von dem Rechte der superficies an einem einzelnen Stockwerk, als wenn man mit Savigny und Degenkolb der Vulgata folgend „*ntentur*“ liess. [Uebrigens ist zuzugeben, dass durch die Correctur das Verständniss der Stelle sich vereinfacht.] — Das entscheidende Wort ist „*ceterum*“; es bedeutet hier, wie häufig „anderen Falls“, also im Zusammenhang der Stelle: „*qui aditum ex publico non habet*“. Bei dem genannten Worte wird der Gegensatz zum Vorhergehenden zuweilen besonders hervorgehoben, z. B. in Fr. 25 de rei vindicatione: „— sed hoc post litem contestatam, *ceterum ante iudicium acceptum*“; Fr. 6 de iniusto; Fr. 63 § 7 de furtis; Fr. Vat. § 161. 165; ebenso häufig fehlt die Hervorhebung des Gegensatzes, so dass derselbe aus dem Hervorgehenden subintelligirt werden muss; so in Fr. 5 § 4 de carboniano edicto, Fr. 15 § 33 de damno infecto, Fr. 15 § 7 de re iudicata, so endlich in unserem Fragment.

wäre es kaum erklärlich, dass derselben in dem Titel „locati conducti“ nicht gedacht wird.

5) Ist im concreten Fall des Interdicts diejenige superficies, um welche es sich handelt, näher zu beschreiben¹⁾? Das erscheint von vornherein wenig wahrscheinlich; denn es vermehrte die Geschäfte des Magistrats ohne Noth und hat bei der besonders für die Römer bestehenden Schwierigkeit einer genauen Beschreibung seine praktischen Bedenken. Im Gegentheil enthält der Zusatz „qua de agitur“ einen Hinweis auf die Feststellung in der Vorverhandlung; gerade wie bei dem interdictum de ui die Bezeichnung der Localität durch „unde“ auch bei der concreten Formulirung beibehalten wird²⁾.

III. Der zweite Unterschied besteht darin, dass, wo das Muster einfach sagt „possidetis“, das nachgebildete Interdict die Worte aufweist: „ex lege locationis siue conductionis frui-mini“. Während mithin das Uti possidetis eigentliche possessio zur Voraussetzung hat, verlangt das de superficie das „frui“ und zwar in der Beschränkung der locatio conductio.

Betrachten wir zuerst die Worte „ex lege locationis siue conductionis“.

1) Ulpian³⁾ gibt einen der Gründe für Einführung des Interdicts in den Worten Ausdruck: „et quia incertum erat, an locatio existeret“. Weil man geglaubt hat, das auf die Zweifelsfrage, ob die locatio in perpetuum nicht vielmehr als uenditio zu bezeichnen sei, beziehen zu müssen, vorzugsweise desshalb hat man die obigen Worte des Interdicts dahin verändern wollen: „ex lege locationis siue uenditionis“⁴⁾. Dagegen hat Mommsen mit Recht⁵⁾ eingewendet, dass die Aufnahme des letzten Wortes in die Formel des Edicts auch in diesem Falle keine Nothwendigkeit sei. Zu einer der-

¹⁾ Dazu neigt Degenkolb S. 54. — ²⁾ Das wird bewiesen durch Cicero pro Caecina 28, 80. — ³⁾ Fr. 1 § 1 h. tit. — ⁴⁾ So Puchta, Institutionen § 244; Rudorff in Savignys Zeitschrift XI S. 233, Edict § 294, Degenkolb § 3. Gegen die Veränderung erklären sich Wächter in der Anmerkung zu § 8, Mommsen zu dieser Stelle, Lenel, Edict S. 383. — ⁵⁾ Das interdictum de migrando z. B. bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Miethsmann; dem umsonst Wohnenden wird es als utile gegeben, also mit im einzelnen Fall modificirter Fassung; Fr. 1 de migrando.

artigen willkürlichen Textesveränderung ohne jede handschriftliche Unterlage darf man nur dann vorschreiten, wenn jeder andere Ausweg verschlossen erscheint. Erinnert man sich dagegen, dass der Sprachgebrauch von *locatio* und *conductio* lange Zeit schwankend war, dass weder die Formen der *legis actiones* noch selber die Gesetze es verschmähten, auf derartige Schwankungen ausdrücklich Rücksicht zu nehmen¹⁾, und dass gerade die Partikel „*siue*“ die in solchen Fällen übliche ist²⁾: so wird eine derartige Rücksichtnahme auch für das Edict des Prätors nichts auffälliges haben, sodass Ulpian's Worte den Sinn erhalten: „*incertum erat, utrum conductio an locatio existeret*“.

2) Wir finden in den Quellen anerkannt, dass das *superficiarische* Recht auch durch Kauf, Schenkung, Legat begründet werden könne. Wenn richtig ist, was später ausgeführt werden soll, nämlich dass alle diese Geschäfte den Abschluss der *Location* zum Gegenstand haben, so folgt, dass auch in diesen Fällen die Formel des Edicts bleibe, wie sie im Edict lautet, und dass mithin die *Correctur* „*uenditio*“ sogar in diesen Fällen sich als unbrauchbar erweist.

3) Den Ausgangspunkt bildet die Miethe des Bodens behufs der Errichtung eines Gebäudes auf demselben. Kann das besondere Recht an der *superficies* auch durch die Miethe der schon bestehenden *aedes* begründet werden³⁾?

Die Ausdehnung lag an sich deshalb nahe, weil der Miethsmann, zu den Fällen des abgeleiteten Besitzes nicht gehörend, an den *possessorischen Interdicten* keinen Antheil hat. Die Wortfassung des *Interdicts* begreift zweifellos auch diesen Fall, denn sie verlangt lediglich das „*frui superficie e lege locationis*“, um die Entstehung derselben sich nicht

¹⁾ Die Formel der *legis actio per manus iniunctionem* (Gaius 4, 21) beginnt mit den Worten: „*Quod tu mihi iudicatus siue damnatus es*“ [ich finde keinen Grund, den Zusatz zu beargwohnen]; die *lex Rubria* sagt mit sprachlicher Vorsicht zweimal (l. 29, l. 39): „*ex lege Rubria seiue id plebeiscitum est*“. Daher scheint mir der Einwand Degenkolb's (S. 25), dergleichen gehöre nicht in die Sprache des Gesetzes, der römischen Denkweise nicht entsprechend. — ²⁾ Dafür zeugen die Stellen der vorigen Anmerkung. — ³⁾ Das bejaht die herrschende Meinung: Wächter S. 76 ff.; es wird verneint namentlich von Degenkolb § 9.

bekümmern. Von einer restrictiven Interpretation der römischen Juristen wissen wir nichts, sie bezeichnen vielmehr den Superficiar als *inquilinus*¹⁾, Ulpian bezieht das Interdict auf den *qui conduxit superficiem*²⁾, endlich fehlt es nicht an historischen Beispielen. So erzählt Liuius, dass im Jahre 545 der Staat es ist, der die das Forum umgebenden *tabernae* wiederaufbaut³⁾, obgleich sie, wie wir gesehen haben, dem Recht der *superficies* sicherlich unterstanden⁴⁾. Auch in dem Fall, wo der Privatmann, welcher ohne Berechtigung auf öffentlichem Boden gebaut hatte, nachträglich vom Staat als Superficiar angenommen wird, entsteht das prätorische Recht an einem schon vorhandenen, in fremdem Eigenthum stehenden Gebäude⁵⁾.

IV. Was bedeutet „*ex lege locationis siue conductionis frui*“?

1) Zur Beantwortung dieser Frage haben schon andere, namentlich Degenkolb, das *interdictum de loco publico fruendo* mit Recht in Vergleich gezogen:

Quo minus loco publico quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locauit, ei qui conduxit socioue eius ex lege locationis frui liceat, uim fieri ueto.

Demnach besteht bei diesem Interdict, soweit die Sache hierher gehört, eine zweifache Begrenzung:

a) das Interdict steht dem Pächter selber und seinem *socius* zu⁶⁾;

b) diesen beiden steht es nur zu, insoweit sie den Genuss innerhalb der contractmässigen Grenzen beanspruchen⁷⁾.

---

¹⁾ Fr. 3 § 3 de operis noni nuntiatione. — ²⁾ Fr. 1 § 1 de superficibus. — ³⁾ Weil der Staat der Eigenthümer war, deshalb behandelte der Staat den Wiederaufbau als seine Angelegenheit: Liuius 27, 11. — ⁴⁾ S. Abschnitt II, S. 133 Anm. 3. — ⁵⁾ Bei einem derartigen Vorkommnis entscheidet der zuständige Magistrat darüber, ob das öffentliche Interesse die Wegnahme des betreffenden Gebäudes erfordere oder die Einräumung des superficiarischen Rechts gestatte: Fr. 3 § 17 ne quid in loco publico; Fr. 5 § 1 de operibus publicis; C. 1 de diuersis praediis. Vergl. Liuius 39, 44; 43, 16. — ⁶⁾ Darin liegt eine Berücksichtigung der *societas publicanorum*; der *socius* hat das Interdict aus eigenem Recht, nicht erst als ein aus der Person des conductor abzuleitendes. — ⁷⁾ Fr. 1 § 3 de loco publico fruendo (Ulpianus): *Ait praetor „quo minus e lege locationis frui liceat“. me-*

Die erste ist eine subjective Schranke (*causa possessionis*), die zweite eine objective.

Bei dem *interdictum de superficie* besteht nur die zweite Schranke, nicht die erste. Das wird vollkommen bestätigt durch Fr. 1 § 2 h. tit.:

tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, ueluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat; unum tantum requirit, num forte ui clam precario ab aduersario possideat.

Demnach genügt es, wenn der Kläger sich so im Genuss befindet, wie derselbe im Contract geordnet ist [objective Schranke]; gleichgiltig dagegen ist die Art, wie er in den Genuss gelangte; nur die subjective Schranke besteht, gemäss dem *Musteredict*, dass der Genuss dem processualischen Gegner gegenüber nicht vitiös sein darf. Ein Resultat, welches der freien Natur der *locatio conductio* vollkommen entspricht.

2) Gehört zu dem „*frui ex lege locationis*“ die gehörige Entrichtung des Zinses? Das behauptet man gewöhnlich, jedoch mit der Modification, dass dieselbe nur gegenüber dem *dominus* in Frage komme, nicht aber gegenüber demjenigen Beklagten, welcher kein Recht auf den Empfang hat. Aber abgesehen davon, dass die Frage, wer der *dominus* sei, bei diesem *Interdict* indifferent erscheint, ist daran zu erinnern, dass der den Miethzins nicht Zahlende nach wie vor „*e lege locationis frui*“ und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo der Vermiether das Recht der Austreibung erlangt und davon Gebrauch gemacht hat.

V. Was bedeutet *frui e lege locationis*?

1) Bekanntlich behaupten gewichtige Stimmen, der *Superficiar* habe *corporis possessio*: dann ist *frui* gleich *possidere*. Aber, wenn dem so wäre, warum bedient sich der Prätor zur Bezeichnung des Sachbesitzes statt des üblichen Wortes eines anderen, das diesen Sachbesitz nicht bezeichnet? Ja, warum lässt er sich dann nicht auch hier mit dem gewöhnlichen *Uti possidetis* genügen? Entscheidend erscheint der Umstand,

rito ait „*e lege locationis*“. *ultra legem enim uel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.*

dass der Superficiar gar nicht Sachbesitzer ist; denn da dem dominus diese Qualität zukommt, so unterliegt in dem Uti possidetis jener diesem: eben weil er nicht Besitzer ist ¹⁾).

2) Nach der herrschenden Meinung bezeichnet „frui“ die iuris quasi possessio des das prätorische dingliche Recht an der superficies in Anspruch Nehmenden. Wie sich das freilich konstruieren lasse, darüber befindet man sich sichtlich in Verlegenheit.

Niegolewski ²⁾ will das Wort „frui“ dadurch beschränkend erklären, dass er den folgenden selbstständigen Satz des Edicts „si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo“ auf die Formel des Interdicts zurückbezieht, d. h. er erstreckt die Nothwendigkeit der die conductio non ad modicum tempus verlangenden causae cognitio auch auf das Interdict. Das ist historisch unmöglich, wenn dieser zweite Satz in der That später entstanden ist als das Interdict. Das ist, selbst wenn beide Sätze gleichzeitig Aufnahme in das Edict gefunden haben sollten, sprachlich deshalb schlechthin unmöglich, weil die causae cognitio nur für die „aliae actiones“ verlangt wird, also gerade nicht für das Interdict.

Puchta ³⁾ gelangt auf einem anderen Wege zu demselben Resultat, nämlich durch die Behauptung, das bei den aliae actiones ausdrücklich hervorgehobene Erforderniss der causae cognitio liege bei dem Interdict in den Worten „ex lege locationis siue conductionis“ verborgen: als ob nur, wer auf lange Zeit gemiethet hat, und nicht jeder Miether sein Recht nach den Bestimmungen des Contracts auszuüben hätte.

Beide, Niegolewski und Puchta, machen, ein jeder auf seinem Wege, das Interdict zu einem rei persecutionem continens⁴⁾, vielleicht ohne es selber zu bemerken. Wer das Interdict für ein quasi possessorisches hält, muss sich mit dem Dasein des animus quasi possidendi begnügen, also gerade

---

¹⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis (Ulpianus): dominus autem soli tam aduersus alium quam aduersus superficiarium potior erit in interdicto Uti possidetis, sed praetor superficiarum tuebitor secundum legem locationis. — ²⁾ A. a. O. S. 22. 58. 59. — ³⁾ Institutionen II § 244. —

⁴⁾ Fr. 2 § 2 de interdictis.

ohne die *causae cognitio* zu verlangen, welche auf das Dasein des prätorischen Rechts selber gerichtet ist.

3) „*Frui*“ ist, wie oben zu entwickeln war, der ganz gewöhnliche Ausdruck für Ausübung derjenigen Befugnisse, welche der Miethcontract dem Miether verleiht; „*superficie ex lege locationis frui*“ heisst einfach „im Genuss des Gebäudes sich befinden gemäss dem Miethcontract“. Da der Geniessende in dem ursprünglichen Fall Miether des Grund und Bodens ist, so äussert sich der Genuss in der Detention des Grundstücks, also in dem *possidere* im weiteren Sinne¹⁾. Wer sich daher ohne vorgefasste Meinung der Formel des *Interdicts* hingibt, der wird einfach sagen: geschützt wird ein jeder, welcher die superficies inne hat gemäss dem Miethcontract.

Dafür bringt das *interdictum de loco publico fruendo* eine angemessene Analogie. Dasselbe verlangt vom Kläger genau dasselbe „*frui*“ wie das *interdictum de superficie*; darunter aber versteht es nichts anderes, als dass er vom zuständigen Magistrat gemiethet habe und dass er im Genuss des gemietheten Grundstücks sich befinde (*frui*), also nichts als das Dasein der rechtsbeständigen *locatio* und ihre Ausübung. Davon, dass er behaupten müsse, er besitze auf Grund eines Rechts an dem *locus publicus* selber, ist trotz dem Erforderniss des „*frui*“ selbstverständlich keine Rede.

4) Wenn die Dinge sich in dieser Art verhalten, so ist das *interdictum de superficie* weder ein possessorisches — denn der Kläger behauptet niemals den Sachbesitz —, noch ein quasi possessorisches, denn er braucht auch nicht den Rechtsbesitz zu behaupten. Es ist vielmehr einfach erlassen zum Schutz desjenigen, der gemäss dem Miethcontract im Genuss der superficies sich befindet.

¹⁾ Ulpian schreibt dem *Interdicenten* wiederholt das „*possidere*“ zu: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. Der Sachbesitz ist selbstverständlich ausgeschlossen; ebensowenig besteht irgend eine Nothwendigkeit, darunter die *iuris quasi possessio* zu verstehen; denn auch der blosse *detentor* wird bekanntlich gerade von Ulpian im weiteren Sinne als possessor bezeichnet: Fr. 9 de rei *undicatione*. Diese Bezeichnung lag hier deshalb um so näher, als dieser Kläger häufig *iuris possessor* war; denn wer auf dem fremden Boden als Miether desselben ein Gebäude errichtet, der wird gewöhnlich auf lange Zeit gemiethet haben.

Das muss so sein, wenn das Interdict wirklich in einer Zeit entstanden ist, wo es ein prätorisches dingliches Recht an der superficies noch nicht gab. Es ist das zugleich ein sachlich befriedigendes Resultat; denn den Normalfall, also denjenigen, von welchem aus das Institut der superficies sich entwickelt hat, bildet der auf Grund der Grundstücksmiethe erfolgte Bau auf fremdem Boden. Dieser Miethsman, der in gutem Glauben auf den gemietheten Gegenstand Summen verwendet hat, welche den Werth desselben oft weit übersteigen, erschien dem Prätor eines über das Recht des gewöhnlichen Miethers hinausgehenden Schutzes ebenso würdig wie bedürftig: befindet er sich im Genuss des Gebäudes, welches durch seine oder seiner Vorgänger eigene Arbeit entstanden ist, so wird er vorläufig geschützt in diesem Genusse.

IV.

Alia actio.

I. Der zweite Satz ist von viel weiter tragender Bedeutung als der erste; denn durch ihn ist die superficies aus der Sphäre des Forderungsrechts in das Gebiet des Rechts an der Sache selber — allerdings nur mittelbar — erhoben worden. Derselbe lautet, wie schon hervorgehoben:

si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Eine so vage Form, dass sie uns kaum verständlich sein würde ohne den Besitz des von Ulpian hinzugefügten Commentars. Für die Römer freilich wird jene Unbestimmtheit deshalb weniger fühlbar gewesen sein, weil sie, anders als wir, im Besitz des hier in Vergleich zu ziehenden, wesentlich älteren Edicts vom *ager uectigalis* sich befanden¹⁾.

¹⁾ Nach dem Rechte der Pandekten sind *agri uectigales* von Städten in *perpetuum* [unter der Bedingung der richtigen Zahlung des *uectigal*] verpachtete Grundstücke, und zwar mit der Massgabe, dass der Inhaber die Befugniss hat, die Pachtung auf dritte zu übertragen. Den Gegensatz bilden die *agri non uectigales* der Städte, das sind die auf kürzere Zeit nach den gewöhnlichen Regeln der *locatio conductio* verpachteten (*Fr. 1 pr. si ager uectigalis: Paulus lib. 21 ad edictum*). Die Inhaber der *uectigales agri* haben die *in rem actio* (*Fr. 1 § 1 cit.*).

Die erläuternde Stelle Ulpian's, Fr. 1 § 3 h. tit., lautet:
 Quod ait praetor „si¹⁾ actio de superficie postulatibitur,
 causa cognita dabo“ sic intellegendum est, ut, si ad
 tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem
 actio. et sane causa cognita ei, qui non ad modicum
 tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

Dadurch wird zweierlei festgestellt.

Erstens: die causae cognitio befasst sich zunächst mit der Frage: auf wie lange Zeit ist der Miethcontract abgeschlossen? Jede andere Klage als das Interdict wird versagt bei der Miethe auf kurze Zeit. Die Frage, wann ein non modicum tempus vorhanden sei, unterliegt hiernach nicht dem richterlichen, sondern dem Ermessen des Magistrats. Da nun der Prätor im Edict erklärt, dass er die Sache causa cognita an den iudex abgeben wolle, so wird er, wenn ihm die vom Kläger behauptete Pachtzeit zu kurz erschien, die Klage so-

Dieselbe Klage wird in Fr. 3 (Paulus lib. 21 ad edictum) demjenigen eingeräumt, der nur „ad tempus“ von der Stadt gepachtet hat: es wird mithin die in rem actio auch bei agri non uectigales für statthaft erklärt. a) Lenel (Edict S. 147) nimmt an, dass darin eine spätere Ausdehnung der ursprünglich auf die uectigales agri beschränkten in rem actio zu erkennen sei. Das ist allerdings wahrscheinlich. b) Manche, z. B. Pothier, können sich nicht entschliessen, Fr. 3 so zu verstehen, wie es lautet, sie wollen daher durch eine restrictive Interpretation des Ausdrucks in Fr. 3 „ad tempus“ die in rem actio nur demjenigen zuerkennen, der „ad longum“ oder „non ad modicum tempus“ von der Stadt gepachtet hat. Das verstösst gegen die Basiliken, welche die entscheidenden Worte durch „*πρόσκαιρον*“ übertragen. Das verstösst ferner nicht bloss gegen den allgemeinen römischen Sprachgebrauch von „ad tempus“ [Cicero, de amicitia 15; Liuius 23, 48 und Dukerus ad h. l.], sondern auch gegen den besonderen der römischen Juristen; denn gerade bei der verwandten in rem actio der superficies braucht Ulpian in Fr. 1 § 3 den Ausdruck „ad tempus“ gleich „ad modicum tempus“. c) Demnach liegt die Sache so: die in rem actio steht einem jeden zu, der ein Grundstück von der Stadt gepachtet hat: und er hat dieselbe ohne causae cognitio. Wie früher der Staat, so sind die Städte thatsächlich der Last überhoben, für ihre mit selbstständigem Klagrecht versehenen Grundstückspächter eintreten zu müssen. Die wesentlich unbedeutendere superficies wird dagegen nicht so frei behandelt.

¹⁾ Ulpian lässt hier die Worte „qua alia“ weg, weil es ihm auf dieselben nicht ankam.

fort verweigert, andernfalls aber den iudex in der formula actionis angewiesen haben, zu prüfen, ob die Pachtung in Wahrheit auf die vom Kläger behauptete und vom Gegner bestrittene Zeit abgeschlossen sei.

Zweitens: dem magistratischen Ermessen ist ferner die Entscheidung darüber überlassen, welche actiones, ausser dem Interdict, dem Superficiar einzuräumen seien. Dass an der Spitze derselben eine in rem actio stehe, sagt Ulpian ausdrücklich¹⁾, und in der That entscheidet die Natur dieser Hauptklage²⁾ über die Zulässigkeit aller anderen.

II. Welcher Art die in rem actio sei, darüber fehlt eine besondere Mittheilung. Dieselbe wird jedoch wiederholt als utilis actio bezeichnet³⁾ und es erhellt, dass es die rei vindicatio sei, nach deren Muster sie gebildet wird. Dafür spricht Fr. 1 § 4 h. tit.⁴⁾, denn hier ist gesagt, der dominus fundi bedürfe diese utilis nicht, weil er die directa habe; dafür spricht ferner die Einreihung derselben in den Titel de rei vindicatione⁵⁾ und endlich die ganze Behandlung der Sache.

Da aus ihr eine in factum concepta exceptio gebildet werden kann⁶⁾, so scheint der Schluss gerechtfertigt, dass die actio selber in factum concipirt sei⁷⁾. Ihre Formulirung

¹⁾ Fr. 1 § 3. 6 h. tit.; er wiederholt es in Fr. 73, Fr. 75 de rei vindicatione: „superficiario praetor causa cognita in rem actionem pollicetur“. — ²⁾ Die materiellen Vortheile der in rem actio für den conductor zeigen sich vorzugsweise in zwei Punkten: a) wenn ihm die Ausübung seines Rechts durch dritte vereitelt wird, so kann er, von dem locator unabhängig, sich selber Recht verschaffen; b) der locator kann ihm die Ausübung seines Rechts durch Uebertragung des Grundstückseigenthums an einen anderen nicht mehr unmöglich machen. —

³⁾ Fr. 1 § 4 h. t. (Ulpianus); Fr. 2 § 3 de operis noui nuntiatione (Iulianus); cfr. Fr. 16 § 2 de pignoratitia actione. — ⁴⁾ — is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget utili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo. — ⁵⁾ Fr. 73 § 1 — Fr. 75 de rei vindicatione. — Die Einfügung ist so geartet, dass die besprochene in rem actio dem unbefangenen Blick als ein besonderer Fall der rei vindicatio erscheinen muss. — ⁶⁾ Fr. 1 § 4 h. tit. — ⁷⁾ Es gibt zweifellos utiles in factum actiones: Fr. 2 § 2 de pactis dotalibus; das dabei obwaltende Verhältniss ist folgendes. Jede utilis actio setzt das Dasein einer edictässigen formula voraus (einerlei, ob sie auf civile oder auf praetorium ius gegründet sei), und zwar einer solchen, welche ihrer Fassung nach auf den gegebenen Fall nicht passend, nach aequum ius dennoch auf

wird uns nirgends mitgetheilt. Savigny¹⁾ gibt ihr folgende Fassung:

Si paret, Am Am superficiem in perpetuum [in annos triginta] conduxisse rel.²⁾.

Bedenkt man dabei, dass es sich um ein dingliches Recht handelt, welches nicht in Folge der locatio conductio schlecht-hin, sondern nur in dem Fall entsteht, wenn der Eigenthümer der Verpächter ist, und erinnert man sich, dass selbst das interdictum de loco publico fruendo nur demjenigen zusteht, welcher gepachtet hat von dem „cui locandi ius fuit“, so wird man geneigt sein, der Formel der in rem actio, in wesentlicher Unterscheidung von dem Interdict, folgende Fassung zu geben:

Si paret, Am Am superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse rel.

Bei dem successor conductoris wird weiter folgende Fassung erforderlich erscheinen:

Si paret, Lucium superficiem, qua de agitur, a domino fundi in perpetuum conduxisse, Aulumque in Lucii locum successisse rel.³⁾.

III. Wie ist der Gegenstand beschaffen, welchen diese prätorische actio ergreift? Eigenthum und Sachbesitz erfassen nur folgeweise die superficies, d. h. weil sie Theil des

denselben anzuwenden ist. Die Erstreckung erfolgt auf doppelte Weise. Zumeist genügt es, die vorhandene formula durch kleine Aenderung zu erweitern [auf dem Wege der Fiction erfolgt die Erweiterung nur, wenn die ursprüngliche formula eine in ius concepta ist]: utilis actio in gewöhnlichem Sinne. Wo die Ausdehnung in der angegebenen Form nicht thunlich erscheint, wird zwar das materielle Princip der Musterklage ebenfalls festgehalten, aber die Formulirung erfolgt unabhängig von jener: utilis in factum actio.

¹⁾ Savigny, System, Bd. 5 S. 81. Ihm folgt Bethmann-Hollweg, Civilprocess, Bd. 2 S. 146. — ²⁾ Für den ursprünglichen Fall scheint auch folgende Fassung nahe zu liegen: „Si paret Am Am fundum capenatem, ut insulam ibi aedificaret, in perpetuum a domino conduxisse neque ea superficies rel. — ³⁾ Lenel, Edict S. 146. 183, formulirt, offenbar um diesen Fall in die ursprüngliche Formel mit einzuschliessen: „Si paret, Am superficiem in perpetuum conductam habere“: aber ich meine, diese Fassung würde den Beklagten verpflichten, dem Kläger herauszugeben, was dieser Kläger zur Zeit der Klagerhebung hat: Fr. 1 § 19. 21. 23 de fluminibus.

Bodens ist: bindet sich auch der Prätor daran für seine in rem actio?

Bedenkt man, dass die Veranlassung für diese Neubildung lediglich in der Errichtung des Gebäudes liegt, insbesondere in Erwägung, dass es ein Gebot der aequitas sei, dem Erbauer und seinem Nachfolger ein Recht an demjenigen zu gewähren, was seine Hände mit Zustimmung des Eigentümers auf fremdem Boden geschaffen, nicht aber ein darüber hinausgehendes Recht: so wird man es vollkommen begreiflich finden, wenn der Prätor das Recht lediglich am Gebäude ohne den Boden gewährt, um die anderweitige enge Auffassung des bestehenden Rechts unbekümmert. Dass er das thue, ergibt sich aus dem Edict selber. Da der Prätor erklärt „si qua alia actio de superficie postulabitur“, also „de superficie“ und nicht „de aedibus“: so ist der Gegenstand hier derselbe wie bei dem Interdict: also das Gebäude ohne den Boden. Demgemäss heisst der Berechtigte „superficiarius¹⁾ und hat er nach der Auffassung der römischen Juristen ausschliesslich ein Recht am Gebäude, während der Boden einem anderen gehört²⁾. Gerade in diesem Sinne wird das Recht, welches dem Adrast an der canaba zustehen soll, bezeichnet als „a solo sui iuris“³⁾. Wer endlich die Möglichkeit des superficiarischen Rechts an einem einzelnen Stockwerk anerkennt⁴⁾, der sagt meines Erachtens stillschweigend, dass ein Recht am Boden nicht dazu gehöre⁵⁾.

---

¹⁾ Fr. 73 § 1, Fr. 74 de rei vindicatione; Fr. 9 § 4, Fr. 13 § 8, Fr. 18 § 4, Fr. 19 pr. de damno infecto. — ²⁾ Fr. 9 § 4 cit. (Ulpianus): Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius rel. — ³⁾ Mommsen (Savignys Zeitschrift, Bd. 15 S. 337) legt die Worte „quibus [sc. litteris] ei permissum sit aedificare loco canabae a solo [aedificium] iuris sui“ anders, nämlich dahin aus: „einen Pavillon von Grund aus zu bauen“. Er verbindet also a solo mit aedificare. Aber kann man ein aedificium anders erbauen als a solo? — ⁴⁾ Jene Anerkennung findet sich bei Degenkolb, S. 53. Wie sich damit sein anderweitiger Ausspruch (S. 45), dass es verkehrt sei, „die locatio auf das solum, das dingliche Recht aber nur auf die superficies zu beziehen“, in Einklang bringen lasse, ist mir nicht deutlich geworden. — ⁵⁾ Wenn der Gegenstand des Rechts die superficies bildet ohne das solum, so wird die Bezeichnung „Platzrecht“ schwerlich eine angemessene Uebertragung in unsere Sprache sein. Wo wir es mit

IV. Ist das solarium wesentlich für das Dasein der superficies?

Von der Wesentlichkeit desselben geht die römische Jurisprudenz überall aus.

In der Definition des superficiarius wird das solarium als besonderes Erforderniss hervorgehoben.

Fr. 74 de rei vindicatione (Paulus).

Id est qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet.

Ferner wird das Dasein des solarium stets vorausgesetzt, wo es von rechtlicher Bedeutung sein kann. So bestimmen die Kaiser Severus und Antoninus, dass die Verpfändung der superficies nur erfolge ohne Verkümmern des solarium¹⁾, und offenbar im Zusammenhang mit dieser Bestimmung bemerkt Paulus, dass der dominus soli des solarium wegen den Vorzug habe vor diesem Pfand²⁾. So gibt ferner derselbe Jurist neben dem superficiarius auch dem dominus soli das Anrecht auf die cautio damni infecti, und zwar nicht etwa auf Grund seines formalen Eigenthums am Gebäude, sondern deshalb, weil ihm durch Zerstörung des Hauses der Bodenzins verloren gehe³⁾.

römischem Recht zu thun haben (anders in einem deutschen Gesetzbuch), ist es meines Erachtens gerathen, die römische Bezeichnung nur da zu verlassen, wo wir vollkommen entsprechende deutsche Ausdrücke besitzen.

¹⁾ Fr. 17 de pignoratitia actione (Marcianus): Sane, ut diui Severus et Antoninus rescribserunt, sine deminutione mercedis soli obligabitur. So die Vulgata, während die Florentina das „ut“ erst nach „rescribserunt“ bringt. Wahrscheinlich hatte der Schreiber des Manuscripts, welches der Florentina zu Grunde lag, das kleine Wort übersehen und es deshalb nachträglich an den Rand geschrieben; sein Nachfolger fügte es beim Copiren an falscher Stelle in den Text. —

²⁾ Fr. 16 qui potiores (Paulus): Etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. Das wird kaum anders denkbar sein als in Form eines, die erste Stelle einnehmenden gesetzlichen Pfandrechts, zustehend dem dominus fundi an der superficies, welche nach prätorischer Anschauung einem andern rechtlich gehört als dem Eigenthümer. —

³⁾ Fr. 39 § 2 de damno infecto (Pomponius): — et nihilo minus domino soli utilis est [sc. damni infecti stipulatio], si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur: fraudabitur enim dominus in pensione percipienda.

Der entscheidende Punkt ist meines Dafürhaltens folgender. Ein von der römischen Jurisprudenz anerkanntes natürliches Princip lautet: der Inhalt des Eigenthums darf durch ein *ius in re aliena* niemals vollkommen aufgezehrt werden¹⁾. Auf Grund dieses Satzes bezweifelten die römischen Juristen die Zulässigkeit des Niessbrauchs bei der juristischen Person, in einer vermittelnden Entscheidung Hilfe suchend²⁾. Dagegen hat man an dem Rechte der *Emphyteusis* und der *Superficies* von Seiten der römischen Jurisprudenz unseres Wissens niemals Anstoss genommen, trotz ihrer möglichen Unvergänglichkeit und trotz des Umstandes, dass sie in das Eigenthum in wesentlich tieferer Weise eingreifen als das erstgenannte Recht. Das hat darin seinen Grund, dass der *dominus fundi* bei diesen Rechten im Genuss des Grundstücks sich befindet, nur nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch den Pachtzins, welchen er bezieht.

Wenn demnach daran festzuhalten ist, dass zum Begriff des *superficiarischen* Rechts das *solarium* als wesentlich gehöre, so erscheint der Satz Degenkolbs³⁾ unabweisbar, wonach bei einer jeden Begründungsform, welchen Namen sie immer führen möge, das für das *superficiarische* Recht massgebende Element in der *locatio conductio* zu erkennen ist. Ein gering angesetztes *solarium* vorausgesetzt, kann das begründende Geschäft *uenditio*⁴⁾, *legatum*, *donatio*⁵⁾ sein. Da-

---

¹⁾ Fr. 3 § 2 de usufructu (Gaius): Ne tamen in uniuersum inutilis essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extingui usum fructum et ad proprietatem reuerti. — ²⁾ Aus Fr. 50 eod. tit. (Gaius) erhellt, dass hier der gleiche Gesichtspunkt, wie er in der Stelle der vorigen Note ausgesprochen ist, obwaltete und dass die Jurisprudenz das Bedenken beseitigte durch Beschränkung eines derartigen Niessbrauchs auf hundert Jahre. — ³⁾ A. a. O. S. 29 ff. — ⁴⁾ Die Möglichkeit der Begründung durch *uenditio* wird erwiesen durch Fr. 1 § 1 h. tit.; warum Degenkolb S. 37 annimmt, Ulpian fasse hier die *uenditio* nicht als Realität auf, ist mir nicht klar. — ⁵⁾ Fr. 1 § 7 gedenkt der *donatio* und des *legatum*. Nun ist es allerdings durchaus wahrscheinlich (vgl. Degenkolb a. a. O. und die daselbst Citirten), dass hier, wie in dem vorhergehenden Paragraphen, lediglich von der Uebertragung des vorhandenen Rechts auf einen anderen gehandelt werde; die Möglichkeit der Begründung des *superficiarischen* Rechts in diesen Formen bedarf jedoch keines besonderen Beweises.

mit stimmt, dass die Quellen überall von der *locatio conductio* ausgehen, und daraus folgt, dass sowohl die Formel des *Interdicts* wie die der in *rem actio* mit der Hervorhebung dieses *Contracts* ausreichen, möge die Begründungsform gewesen sein welche sie wolle.

V. Ist dadurch, dass der Prätor auf Grund der *locatio in non modicum tempus* die in *rem actio* gewährte, der rechtliche Charakter jenes *Contracts* geändert worden? Das behauptet Wächter und zieht daraus die wichtige Consequenz, dass die Grundsätze desselben auf die superficies nicht anzuwenden seien ¹⁾).

Nun aber hat Gaius — also ein Jurist, welchem die in *rem actio* vollständig bekannt war — die oben erwähnte Definition von *superficiae aedes* so gefasst, dass sie die *locatio conductio* in den Begriff aufnimmt. Das *Interdict* stützt sich auf die *locatio conductio* und ebendieselbe bildet die edictmässige Voraussetzung für die in *rem actio*. Ulpian lässt, wie erwähnt, den *Superficiar* sagen: „*Mouet quod quasi inquilinus sum*“. Endlich geht Paulus als von einem unzweifelhaften Satze davon aus, dass *dominus* und *superficiarius* die *actio locati* und die *actio conducti* widereinander anzustellen berechtigt sind ²⁾. Dass Prätor und Jurisprudenz unter dieser, dem *ciuile ius* entsprungenen Bezeichnung hier

---

¹⁾ Wächter a. a. O. § 9 vertheidigt in der Hauptsache Folgendes:
a) „Nicht jeder Miethcontract auf *non modicum tempus* gehöre hierher (denn das gehe über den Privatwillen weit hinaus), vielmehr nur derjenige, welcher mit dem Willen abgeschlossen werde, ein dingliches Recht zu begründen; daher sei dieser Vertrag von dem Miethvertrag wesentlich verschieden“. Davon wissen die Quellen nichts, sie geben die in *rem actio* einem jeden, der *non ad modicum tempus* gemiethet hat, ohne jedes weitere Erforderniss. Nicht aus dem Parteiwillen geht die dingliche Klage hervor, sondern der Prätor knüpft die Klage an den auf Begründung eines Forderungsrechts gerichteten Willen der Parteien, weil er den vom *ciuile ius* gesetzten Schutz des Forderungsrechts in dem besonderen Fall nicht für ausreichend erachtet. —
b) Wächter folgert weiter: weil keine eigentliche *locatio conductio* vorliege, deshalb habe das *solarium* nicht den Charakter des Miethgeldes; deshalb bleibe ferner der Rechtssatz ausser Anwendung, wonach dem *locator* bei lange ausbleibender Zahlung der *merces* die Befugniß der Austreibung zusteht. — ²⁾ Fr. 18 § 4 de *damno infecto*.

etwas anderes verstanden haben sollten als das *civile ius*, ist ohne besonderen Nachweis meines Erachtens unglaublich¹⁾.

Wenn also eine wahre *locatio conductio* vorliegt, so sind auch die rechtlichen Grundsätze derselben insoweit anzuwenden, als sie sich mit der Natur der in *rem actio* vertragen.

a) Das *solarium* ist nichts anderes als der Miethzins, dessen römische Bezeichnungen es ebenfalls führt.

b) Die Pflicht, dasselbe zu zahlen, erlöscht, wie bei der Hausmiethe, mit dem Untergang des Hauses²⁾.

c) Da der *dominus locator* ist, so muss ihm, wie jedem anderen *locator*, das Recht zustehen, bei Nichtentrichtung des Zinses innerhalb zweier Jahre den *Contract* zu lösen. Die in *rem actio* des *conductor* steht jener Befugniss ebenso wenig im Wege, als das bei der *Emphyteuse* im Princip der Fall war³⁾. Ja, die positive Verwerfung dieser Befugniss würde vielmehr hier als eine legislativ ungerechtfertigte Massregel erscheinen; denn gerade einerseits durch das Vorzugsrecht an der *superficies* des *solarium* wegen⁴⁾, andererseits durch dieses Privationsrecht wird die Schwierigkeit gelöst, in welcher Art die Leistung des Zinses an der *Singularsuccessor* zu erzwingen sei⁵⁾.

Aehnliche Bedenken scheinen mir einer anderweitigen neueren Auffassung entgegenzustehen. Pernice in seiner interessanten Abhandlung über die Beziehungen des öffent-

---

¹⁾ Die Wächtersche Auffassung fand sich, wie oben zu bemerken war, schon bei einem Theil der römischen Juristen, wenn auch nicht mit der Wächterschen Begründung. Sie wurde jedoch schon zu Gaius' Zeit von der Mehrheit der Juristen verworfen und es ist die Auffassung des begründenden Vertrags als *locatio conductio* im justinianischen Recht zweifellos festgehalten worden. — ²⁾ Das wird von Pomponius vorausgesetzt in Fr. 39 § 2 de *damno infecto*. — ³⁾ Das Austreibungsrecht des *dominus* wurde zwar von den Besitzern der *Emphyteusen* bestritten, ihrer *Meliorationen* wegen, allein Kaiser Justinian erkannte es ausdrücklich an, lediglich insofern eine Milderung zulassend, als er im allgemeinen dreijährige Nichtzahlung voraussetzt und nur zu Gunsten der Kirchen nachträglich auf das alte *biennium* zurückkommt: C. 2 de *iure emphyteutico*; Nou. 7 cap. 3 § 2. — ⁴⁾ S. S. 153 Anm. 1. 2. — ⁵⁾ Die entgegengesetzte Ansicht führt zu dem Resultat, dass wegen Nichtentrichtung des Zinses zwar derjenige Erbauer des Hauses ausgetrieben werden kann, der den Boden auf kurze Zeit gemiethet hat, nicht aber wer auf lange Zeit miethete.

lichen römischen Rechts zum Privatrecht ¹⁾ glaubt die superficies, wie sie der Prätor zum dinglichen Rechte gestaltet hat, den von den Römern entwickelten Reallasten beizählen zu können. Er geht von der anerkannten Thatsache aus, dass das Institut seinen Ursprung in der öffentlichen Location habe und deshalb von dem Magistrat nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts durch *pignoris capio* und *multae dictio* zu verfolgen war. Als die superficies in das Privatrecht übernommen wurde, habe sie den Charakter der Grundlast auch auf diesem Gebiete behalten. Das Natürliche scheint mir zu sein, dass die *locatio loci publici* nach den Grundsätzen des öffentlichen, die *locatio loci privati* nach denen des Privatrechts zu behandeln war: und damit dürften die Quellen übereinstimmen.

VI. Der Prätor gibt hier, wie da, wo er schöpferisch ist gewöhnlich, gemäss seiner amtlichen Stellung lediglich *actio*; erst die Jurisprudenz übersetzt das in prätorisches Recht ²⁾. Die besondere Charakterisirung eines derartigen Rechts ergibt sich in der Regel aus der Natur der vom Prätor gewählten Klage, so z. B. begründet die *utilis confessoria* eine *tuitio praetoria constituta servitus* ³⁾. In gleicher Weise entsteht da, wo der Prätor *utilis rei vindicatio* einräumt, in der Regel prätorisches Eigenthum. Aber das geschieht doch nur dann, wenn die Absicht des Magistrats dahin geht, dass die *actio* den vollen Eigenthumsinhalt in sich aufnehme ⁴⁾. Dass diese Absicht keineswegs in allen Fällen bestehe, dafür liefern *ager uectigalis* und *superficies* den Beweis. Was insbesondere die letztere betrifft, so hat der Besteller derselben, trotz der dem Superficiar gewährten *utilis rei vindicatio*, auch nach prätorischer Auffassung das alleinige Eigenthum am Boden und

¹⁾ *Parerga* II S. 90 ff. — ²⁾ Dieser Zusammenhang tritt besonders deutlich hervor, wenn es in Fr. 1 § 6 h. tit. (Ulpianus) heisst: *et usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est.* — ³⁾ Fr. 1 pr. *quibus modis usus fructus*; Fr. 9 § 1 *usufructuarius quemadmodum*; Fr. 1 § 9 *de superficibus*. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 267. — ⁴⁾ Neben dem wenig bestimmten Ausdruck „*res est in bonis alicuius*“ tritt in der classischen Zeit der Name „*dominium*“ ungescheut hervor; insbesondere Gaius 2, 40 bezeichnet das „*in bonis esse*“ als eine zweite Art des *dominium*.

folgeweise an der superficies, und zwar in der Weise, dass die rei vindictio, insoweit sie das Eigenthum vertritt, allein ihm und selbst gegen den Superficiar zusteht¹⁾, und ebenso hat nur er die possessio aedium²⁾. Daraus ergibt sich von selbst, dass das superficiarische Recht trotz der daraus folgenden Klage nichts anderes sei, als was wir ein ius in re aliena zu nennen pflegen, also dasjenige Recht an der Sache, welches das Eigenthum eines anderen anerkennt. Damit stimmen die Quellen. So sagt Ulpian von denjenigen, welche ihre auf öffentlichem Boden stehenden tabernae verkaufen, „non solum sed ius uendunt“³⁾. Adrast beschreibt, wie wir gesehen haben, sein Recht durch die Worte „a solo sui iuris“. Gaius spricht bei Gelegenheit der cautio damni infecti vom Superficiar als von einem „qui ius in ea re habet“, gleich dem Pfandgläubiger und dem Usufructuar⁴⁾, und endlich Julian trägt kein Bedenken, das Recht der superficies geradezu als seruitus zu bezeichnen⁵⁾. Darin liegt die rechtliche Gebundenheit des Eigenthums durch das prätorische Recht des anderen.

Aber warum wählte der Prätor, wo es sich um die Begründung eines in das Nutzungsrecht des Eigenthümers eingreifenden ius in re aliena handelt, das Muster der rei vindictio und nicht das anscheinend näher liegende der confessoria in rem actio?

Da bei der locatio conductio ein der Person zustehendes Recht in Frage steht, so würde durch die letztere Klage zum massgebenden Muster der ususfructus geworden sein. Nun aber ist dieser, weil an eine bestimmte Person gebunden, weder vererblich noch veräusserlich und erlöscht deshalb nicht bloss durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio; desgleichen, weil auch Gebundenheit an das Sachindividuum vorliegt, geht er unter mit dem Untergang des Hauses, dabei jedes Recht der Veränderung ausschliessend; endlich, weil von der Jurisprudenz als ein nicht zu begünstigender Eingriff in das Eigenthum angesehen, erlöscht er durch non usus. Da-

¹⁾ Fr. 1 § 4 de superficibus. — ²⁾ Fr. 3 § 7 uti possidetis. —

³⁾ Fr. 32 de contrahenda emptione. — ⁴⁾ Fr. 19 de damno infecto; cfr. Fr. 30 de noxalibus actionibus. — ⁵⁾ Fr. 46 § 1 de legatis I. Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 249.

gegen ist die *locatio conductio fundi* an das Individuum des Miethers nicht gebunden, die obigen Erlöschungsgründe finden bei ihr keine Anwendung, sie ist vielmehr vererblich, lässt *sublocatio* zu und überdies erscheint es, wo das Gebäude den *conductor* zum Urheber hat, in der Ordnung, dass diesem auch das Recht der Veränderung zustehe. Kurz, dieser *Contract* gewährt dem Inhaber eine derartige Freiheit, dass auf dem Gebiete des dinglichen Rechts lediglich das Eigenthum eine zutreffende Analogie darbietet: nichts wies daher auf die *confessoria* hin, alles auf die *rei vindicatio*.

Daraus folgt:

a) weil die superficies ein prätorisches *ius in re aliena*, deshalb gilt für sie die Analogie der Servituten;

b) weil die aus jener hervorgehende Klage nicht die *utilis confessoria*, sondern die *utilis rei vindicatio* ist, deshalb gilt gleichzeitig für sie die Analogie des Eigenthums.

Diese Doppelnatur hat nicht, wie man besorgen möchte, zu einer unklaren Vermischung zweier Principien geführt, vielmehr zu einem in der Hauptsache einleuchtenden und praktisch angemessenen Resultat.

VII. Die Natur des *ius in re aliena* tritt wesentlich in folgenden Punkten hervor.

Zuerst für die Form der Begründung gibt das Edict selber die hierher gehörige Anweisung. Wenn nämlich dasselbe erklärt, dass die dingliche Klage *causa cognita* ertheilt werden soll, und wenn die *causae cognitio* sich lediglich der Frage zuwendet, auf wie lange Zeit gemiethet worden sei: so knüpft es jene *actio* — und mithin das dingliche Recht — nicht etwa an die *traditio*¹⁾, auch nicht, wie das *Interdict*, an das „*frui*“ auf Grund des Miethcontracts, sondern unmittelbar an den Abschluss des Contracts selber. Daraus folgt: das prätorische Edict behandelte die Begründung dieses

¹⁾ Natürlich kann überhaupt nur von *iuris quasi traditio* die Rede sein. Da nun Gaius zwar das *superficiarische* Recht kennt, nicht aber die *quasi traditio* (2, 28), so ergibt sich, dass zur Zeit der Entstehung des *superficiarischen* Edicts an die letztere überhaupt nicht zu denken ist. Nachdem der Begriff der *quasi traditio*, im zweiten Jahrhundert von Iavolenus erfunden, praktische Anerkennung erlangt hatte, stand der Anwendung desselben auf die superficies nichts im Wege.

dinglichen Rechts nicht nach Analogie des prätorischen Eigenthums, sondern gleich den prätorischen Servituten. Ueberhaupt aber wird es prätorisches Princip sein: zwar zur Bestellung des obersten Rechts an der Sache, also des Eigenthums, gehört unter Lebenden Besitzesübertragung: dagegen für die Begründung aller iura in re aliena genügt die Form des Vertrags.

Wer weiter die Möglichkeit der Ersitzung des superficiarischen Rechts annimmt — und ich neige zu dieser Annahme —, der hat nach diesen Vorgängen nicht die Ersitzung des Eigenthums, sondern die der Servituten als Muster anzuerkennen.

Ein zweiter Punkt, bei welchem die Natur des ius in re aliena sich herauskehrt, liegt, wie schon zu berühren war, auf dem Gebiete des Besitzes. Zwar sprechen die wenigen hierher gehörigen Quellenstellen von *possessio* und *traditio*¹⁾, aber sie gehören solchen Schriftstellern an, welche, die alte Schärfe der Bezeichnung fallen lassend, unter dem Worte *possessio* beides verstehen, den eigentlichen und den uneigentlichen Besitz²⁾. Da nun der Besitzer des Bodens ganz zweifellos auch an der superficies den eigentlichen Besitz hat, so folgt von selber, dass der Inhaber des superficiarischen Rechts nichts haben könne als *iuris quasi possessio*.

VIII. Während die Entstehung des superficiarischen Rechts nach dem Muster der iura in re beurtheilt wird, folgt das entstandene Recht im allgemeinen dem Muster des Eigenthums.

1) Für die Auslegung der „*aliae actiones*“ des Edicts ging die römische Jurisprudenz davon aus, dass demjenigen, welchem die principale Eigenthumsklage zugestanden wird, consequenterweise auch alle anderen aus dem Eigenthum hervorgehenden Klagen zu gewähren seien³⁾. Dabei ergibt sich einmal, dass auch sie nur *causa cognita* ertheilt werden: denn

---

¹⁾ a) *Possessio*: Fr. 1 § 1. 2 h. tit. (Ulpianus); Fr. 13 § 3 de *pignoribus* (Marcellus). b) *Traditio*: Fr. 1 § 7 h. tit.; Fr. 12 § 3 cit. Vgl. Fr. 12 § 2. 3 de *publiciana* (Paulus). — ²⁾ So namentlich Ulpian: Bekkers Jahrbuch a. a. O. S. 257. — ³⁾ In Fr. 3 § 3 de *operis noni nuntiatione* leitet Ulpian die *confessoria* und die *operis noni nuntiatio* des Superficiars aus der in *rem actio* desselben als eine selbstverständliche Folge ab.

sie beruhen auf dem zweiten Satz des Edicts; sodann dass sie, gleich der in rem actio, im allgemeinen als utiles actiones zu gestalten sind¹⁾).

Im einzelnen sind hervorzuheben: die confessoria aus den der superficies zustehenden Servituten²⁾, von den Theilungsklagen die actio communi diuidundo³⁾ und die familiae erciscundae⁴⁾, endlich von den prätorischen Klagen die Publiciana in rem actio⁵⁾ und das interdictum de ui⁶⁾.

2) Daraus, dass dem Superficiar die Klagen des Eigenthümers utiliter zustehen, wird weiter gefolgert, dass ihm überhaupt die Rechte desselben einzuräumen seien⁷⁾. Er

¹⁾ Das wird z. B. hervorgehoben in Fr. 1 § 6. 8. 9 h. tit. — ²⁾ Fr. 3 § 3 in Anm. 3 der S. 160. Vgl. Fr. 1 § 9 h. tit. — ³⁾ Fr. 1 § 8 h. tit. —

⁴⁾ Fr. 8, Fr. 10 familiae erciscundae. — ⁵⁾ Fr. 12 § 3 de Publiciana in rem actione (Paulus): Idem est [sc. Publiciana competit] et si superficariam insulam a non domino emero. Wer ist dieser „non dominus“? Man hat den Ausdruck auf den verkaufenden Superficiar beschränken wollen: dann wäre statt einer gesuchten Bezeichnung einfach „a superficario“ zu erwarten. Jeder Superficiar ist „non dominus“, aber nicht jeder „non dominus“ ist Superficiar. — ⁶⁾ Fr. 1 § 4. 5 de ui (Ulpianus): — — Proinde et si superficaria insula fuerit, qua quis deiectus est, interdicto fore locum. — Der Jurist redet hier so, als ob dem Superficiar das Interdict als ein directum zustehe. Dem widerspricht, dass nicht dieser den eigentlichen Besitz hat, sondern der dominus. Da die Person des Klagberechtigten nicht besonders bezeichnet ist, so könnte man die Stelle dahin verstehen, durch die Austreibung des Superficiars sei der dominus deiciert und es habe mithin dieser das Interdict. Da ich derartige Interpretationen nicht für gerechtfertigt halte, so bin ich der Meinung, dass auch hier nichts vorliege als ein ungenauer Ausdruck der späteren Zeit. In ähnlicher Weise spricht Paulus in Fr. 9 § 1 de ui von einem „deiectus ab usufructu“, obgleich er recht wohl weiss, dass das nicht edictmäßig genau sei. —

⁷⁾ Fr. 16 de pignoratitia actione (Paulus): Etiam uectigale praedium pignori dari potest: sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficariis dantur. — Nicht in der Gewähr der utiles actiones im allgemeinen, sondern in der Zuständigkeit der in rem actio findet den Grund Ulpian in Fr. 1 § 6 h. tit.: quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficie dari et quasi usum fructum siue usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est. — Klar ist, dass hier zunächst auf die Möglichkeit der Verpfändung hingewiesen werden soll; ebenso, dass die betreffenden Worte eine Corruptel enthalten. Man hat anstatt des unhaltbaren „petitori“ von der einen Seite „pignori“ vorgeschlagen, von der anderen „creditori“. Ich halte die erste Vermuthung für wesentlich

kann daher einerseits der Superficies Servituten erwerben¹⁾, andererseits sie verpfänden²⁾ und mit Servituten belasten³⁾ und sie veräussern durch Verkauf⁴⁾, Schenkung, Legat⁵⁾. Er hat ferner die Befugniss, ihretwegen dem Nachbar operis noui nuntiatio zugehen zu lassen⁶⁾. Ob er auch cautio damni infecti verlangen könne, war zwar, wie in anderen Fällen, Gegenstand des Zweifels, wurde jedoch schliesslich im bejahenden Sinne entschieden⁷⁾.

näher liegend; sie führt weiter zur Streichung des nachfolgenden „in“, als einer in Folge des falschen „petitori“ vorgenommenen Einschöpfung, nicht aber zu dem gekünstelten und unnützen „insuper“. [Pothier sucht den Text zu retten durch Gegenüberstellung der actio de superficie und der actio in superficiem.] Das „constitui posse per utiles actiones“ steht gleich der tuitio praetoria constituta seruitus.

¹⁾ Hierauf wird sich Fr. 1 § 9 h. tit. beziehen; denn von der Belastung mit Servituten ist schon in § 6 die Rede. [Unter dem in § 9 erwähnten interdictum, welches im Singular den utiles actiones an die Seite gestellt ist, wird das sachgemäss accommodirte interdictum de superficie zu verstehen sein.] Im übrigen kann es kaum zweifelhaft sein, dass wer die Sache mit Servituten belasten kann, dieser auch Servituten müsse erwerben können. — ²⁾ Fr. 1 § 6 in S. 160 Anm. 7; Fr. 13 § 2 de pignoribus (Marcianus); Fr. 15 qui potiores (Paulus); Fr. 6 § 2 (Paulus), Fr. 17 (Marcianus) de pignoratitia actione. — ³⁾ Fr. 1 pr. quibus modis usufructus (Ulpianus): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu [der Untergang durch capitis deminutio erfolgt auch da, wo im strengen Sinne kein usufructus vorhanden ist, sondern lediglich auf Grund des prätorischen Rechts die actio de usu fructu, woraus ein quasi usufructus allenfalls hervorgeht, Fr. 1 § 6: S. 160 Anm. 7], et parui refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an tuitio praetoria [Erläuterung des vorhergehenden Satzes]: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo neccigali uel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur. Fr. 1 § 6 h. tit. — ⁴⁾ Fr. 32 de contrahenda emptione (Ulpianus); Fr. 12 § 2. 3 de publiciana (Paulus). Vgl. § 3 I. de locatione et conductione. Dagegen rechne ich nicht hierher Fr. 32 de iure dotium (Pomponius): die hier erwähnte superficies uendita ist das auf Abbruch verkaufte Gebäude. — ⁵⁾ Fr. 1 § 7 h. tit. (vgl. Degenkolb S. 37). — ⁶⁾ Fr. 3 § 3 de operis noui nuntiatione. Ulpian erkennt in dieser Stelle die Berechtigung des Superficiars zur Nuntiation an, gegenüber dem Zweifelsgrund. — ⁷⁾ Paulus in Fr. 18 de damno infecto stellt als Princip auf, die cautio damni infecti stehe demjenigen zu, „cuius in bonis res est“; die Durchführung unterlag jedoch manchen Zweifeln, deren Grund in der Erwägung bestand, ob die Fassung der stipulatio den betreffenden einzelnen Fall mit umfasse: Fr. 11 eod. tit. Was den Superficiar an-

3) Wem die Rechte des Eigenthümers zu Theil werden, der hat nach Recht und Billigkeit auch die Lasten desselben zu übernehmen.

Dem entspricht es, dass der Superficiar seines Gebäudes wegen *cautio damni infecti* zu leisten hat. Für die Art der *Cautio* unterscheidet der Prätor durch den Satz „*suo nomine promitti, alieno nomine satisdare iubebo*“¹⁾. Dass hiernach der Eigenthümer lediglich zur *stipulatio* verpflichtet sei, war natürlich stets ausser Zweifel. Die Gleichstellung mit diesem ist zwar anderen von der Jurisprudenz zuerkannt worden, nicht aber, wie es scheint, dem Superficiar²⁾, obgleich die Dinge sichtlich auf Gleichstellung hinwiesen.

Was die Steuern anlangt, so scheint das obige Princip zu einer Scheidung zu führen. Die Grundsteuern nämlich fallen dem Bodeneigenthümer zur Last, insoweit er den Nutzen desselben zieht in Gestalt des *solarium*; dagegen die Häusersteuer muss denjenigen treffen, dem das Haus nach prätorischer Anschauung ohne den Boden gehört, also den Superficiar.

langt, so galt es zu Ulpian's Zeit für ausgemacht (*hodie constat*), dass die Formel der *stipulatio* auf ihn passe: Fr. 13 § 8 (Ulpianus), Fr. 18 § 4 (Paulus), Fr. 39 § 2 (Pomponius) *de damno infecto*.

¹⁾ Fr. 7 pr., Fr. 30 § 1 *de damno infecto*. — ²⁾ Wir begegnen hier, wie anderwärts, einer nicht zum reinen Abschluss gelangten Entwicklung. a) Labeo hält daran fest, „*suo nomine*“ *cavere* nur der Eigenthümer; dagegen meint Ulpian, darunter falle auch „*qui quodam modo de re sua cauet*“. b) Das freiere Princip ist von Ulpian selber durchgeführt, namentlich für den Inhaber einer *Prädialservitut*: Fr. 13 § 1 [*quia suo nomine id facit, non alieno*], Fr. 30 § 1 [gegen Labeo mit der gleichen Motivirung]; desgleichen für den *bonae fidei possessor*: Fr. 13 pr. [anderen Auffassungen gegenüber „*quia suo nomine id facit, non alieno*“]. c) Dagegen wird das Princip nicht festgehalten von Ulpian selber: α) für den Pfandgläubiger: in Fr. 11 (*libro 53 ad edictum*) erkennt er zwar, dass sich zu Gunsten jenes sagen lasse „*suum ius tuetur*“, dagegen verlangt er in dem demselben 53. Buche entnommenen Fr. 15 § 25 von dem Pfandgläubiger *satisdatio*; β) für den *Usufructuar*; denn in Fr. 9 § 5 (ebenfalls seinem 53. Buche zugehörig) billigt er stillschweigend die *satisdatio* verlangende Ansicht des Celsus und in Fr. 15 § 25 thut er das ausdrücklich; γ) endlich den Superficiar anlangend, so theilt Ulpian in Fr. 9 § 4 den Ausspruch Julians mit, wonach jener *satisdatio* zu leisten hat, stillschweigend beipflichtend, wie in dem folgenden Paragraphen dem Celsus.

IX. Ueber die Gründe, aus denen das superficiarisches Recht erlöscht, bieten die Quellen wenig. Aus der Natur der Sache folgt jedoch, dass hier abermals verschiedene Factoren mitwirken.

a) Weil das superficiarisches ein Recht an der Sache ist, deshalb muss es, wie alle Sachenrechte, untergehen mit dem Untergang der dem Recht unterworfenen Sache¹⁾. Wenn nun wahr ist, was oben behauptet wurde, dass der Gegenstand des hier fraglichen Rechts die superficies bildet ohne den Boden, so ergibt sich von selber der Untergang des Rechts mit dem der concreten superficies²⁾.

b) Weil das superficiarisches Recht ein *ius in re aliena* ist, so muss dasselbe dem allgemeinen³⁾ Grundsatz unterworfen sein, wonach niemand ein solches Recht haben kann an der eigenen Sache.

c) Weil endlich der Superficiar den Charakter des *conductor* keineswegs völlig abstreifte, deshalb hat, wie früher zu entwickeln war, der *dominus* das Recht, den Superficiar als seinen *inquilinus* auszutreiben bei dem Ausbleiben des Miethzinses durch lange Zeit.

---

¹⁾ Vgl. über diese bestrittene Frage einerseits Degenkolb S. 49, andererseits Wächter S. 116. — ²⁾ Ob der *conductor soli* das Recht habe, an Stelle des beseitigten ein neues Gebäude aufzuführen, ist eine Frage des *Contracts*, welche in der Regel zu bejahen sein wird. An dem Neubau erneuert sich auch das superficiarisches Recht. — ³⁾ Der Satz ist in der Form „*nemini res propria seruit*“ von der Jurisprudenz zuerst lediglich für die *Servituten* ausgesprochen worden, weil damals die *Servituten* die einzigen *iura in re aliena* waren. Nachdem der Prätor die Zahl der letzteren vermehrt hat, erweitert sich jener Satz zu einem allgemeinen Princip dieser: er gilt auch beim Pfand, der *emphyteusis*, der *superficies*.