

mit Beiseitsetzung der Hauptsache zuerst die Exception völlig instruiert⁷⁰⁾, d) daß bei der Regulirung des status causae der ganze Streitpunkt klar hervorgehoben und die Instruction nach dem Bedürfniß der besonderen Aktenlage angeordnet wird⁷¹⁾, daß e) wegen des Mangels eines eigentlichen Interlokuts die Sonderung von dem deutschen direkten Gegenbeweise und dem Beweise der Einreden im Verfahren gar nicht vorkömmt.

XVII.

Ueber die Verjährung der actio judicati.

Vom

Herrn Hof- und Canzleirath Dr. Spangenberg in Celle.

Ueber die Verjährung der Actio judicati herrschen in der Praxis zwei einander entgegengesetzte Ansichten. Einige Rechtslehrer¹⁾ nehmen an, daß die Actio judicati unbedingt, wie alle übrigen Klagen, nach dreißig Jahren verjährt sey, so daß mithin dasjenige, was durch ein rechtskräftiges Erkenntniß entschieden worden ist, nach dem Ablaufe von dreißig Jahren nicht weiter eingeklagt werden könne. Andere²⁾ sind dagegen der Meinung, daß die Actio judicati nie verjährt werden könne, da dem Beklagten immer der Mangel eines

70) Preuß. Gerichtsord. Tit. X. §. 68.

71) Gerichtsordn. Tit. X. §. 62.

1) A. Pufendorf observ. jur. T. I. obs. 117. T. II. obs. 114.
G. S. Böhmer Rechtsfälle Th. 1. nro. 68.

2) Struben rechtl. Bedenten Th. IV. Bd. 6. Th. V. Bd. 39.

guten Glaubens, als Hindernismittel der Verjährung entgegenstehe.

Die ersteren begründen ihre Ansicht auf das römische, die letzteren auf das canonische Recht.

Das römische Recht kennt keinen allgemeinen Begriff der Verjährung, und noch weniger die Zurückführung der einzelnen Fälle derselben auf die gewöhnlich angenommenen zwei Hauptarten, die sogenannte *Adquisitivverjährung* oder *Erstigung*, und die *Extinctivverjährung*. Gerade bei der letztern tritt eine Art der *Adquisitivverjährung* ein, die man deshalb auch wohl eine *außerordentliche Adquisitivverjährung* nennt. Dabei ist es aber auch allerdings ausgemacht, daß die Verjährung, sowohl die *Erwerbung* als die *Erlöschung* von Rechten zum Gegenstande hat.

Die erwerbende Verjährung, namentlich die *Usucapion* und die *praescriptio longi temporis*, erfordert zu ihrer Gültigkeit *bona fides* d. h. die redliche Gesinnung des Besitzers einer fremden Sache, der sich aus einem juristischen Grunde für den Eigenthümer hielt, und einen *justus titulus*. Nach römischem Rechte bedarf es des guten Glaubens nur bei dem Anfange des *Usucapionsbesitzes*, ohne daß eine nachher dem Besitzer gewordene Wissenschaft des fremden Eigenthums an der Sache (*mala fides superveniens*) die *Usucapion* zu hindern vermag.

Die *Extinctivverjährung* (*longissimi temporis praescriptio*), oder die Verjährung, wodurch *Civilklagen* bloß durch *versäumte Anstellung*, binnen gewisser Zeit *erlöschen* mußten, wurde *allgemein* erst durch *Theodosius den jüngern*³⁾ angeordnet. Dieser setzte die Dauer sämtlicher Klagen auf *dreißig Jahre* fest. Bei dieser Verjährung, welche aus einer *Vernachlässigung* des Berechtigten, die *Klage anzustellen*, ohne *Zuthun* des in Anspruch zu Nehmenden, entspringt, und im bloßen *Erlöschen* einer *Klage* besteht,

3) c. 3. C. VII. 39. *de praescript. XXX. annor.*

archiv f. d. Civ. Prar. VI. B. III. 5.

Konnte der Natur der Sache nach von bona fides nicht die Rede seyn, da diese eine Bestimmung für den Besitz ist, und sich auf Erwerbung des Eigenthums an fremden Sachen, mithin auf erwerbende Verjährung bezieht. Deshalb kommt es bei dieser Extinctivverjährung, in Hinsicht des dieselbe vorschüßenden Beklagten, auf eine bona fides, d. h. Unbekanntschaft des Beklagten mit dem Rechte des Klägers, nach Vorschrift der Gesetze⁴⁾ im allgemeinen ganz und gar nicht an.

Aber mit dieser Praescriptio longissimi temporis ist auch eine erwerbende Verjährung verbunden. Justinian⁵⁾ hat nämlich der Klagerlöschung für den Fall eines redlichen Besitzes (bona fides), eine der erwerbenden Verjährung entsprechende Wirkung beigelegt und dadurch die sogenannte außerordentliche Adquisitivverjährung (gleichfalls Praescriptio longissimi temporis genannt) erschaffen.

Wenn der redliche Besitzer dreißig Jahre lang die fremde Sache besessen, so soll nicht allein jede Klage des wahren Eigenthümers gegen ihn erloschen seyn, sondern er soll auch das Eigenthum der Sache selbst erworben haben, ohne daß er dazu des sonst bei der erwerbenden Verjährung erforderlichen justus titulus bedarf. Der gute Glaube führt hier schon allein diejenigen Wirkungen der Dauer des Besitzes herbei, die bei der ordentlichen Erfindung noch durch ein anderes subjectives Erforderniß — den gerechten Titel, bedingt ist. Dabei darf dann aber wiederum nicht übersehen werden, daß jene bona fides nur bei dem Anfang des Besitzes, nach römischen Rechte erforderlich war.

Wenden wir diese Grundsätze auf die Verjährung der Actio judicati an; so folgt aus ihnen, mag man auch bei Beurtheilung derselben von reinrömischen Grundsätzen aus-

4) c. 3. 4. C. VII. 39. *de praescript. XXX. annor.* c. 1. §. 1. C. VII. 40. *de annali except.*

5) c. 8. C. eod.

gehen, daß die *Actio judicati*, ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben, nur dann nach dreißig Jahren verjährt sey, falls der Beklagte nicht Besitzer einer dem Kläger durch das Urtheil zugesprochenen Sache war. Besaß dagegen der Beklagte eine solche, dem Kläger früher durch das Urtheil zugesprochene Sache, so konnte die *actio judicati* nur dann nach dreißig Jahren durch die Einrede der Verjährung entfernt werden, wenn der Beklagte dieselbe *bona fide* besaß; nicht aber, wenn er *malae fidei possessor* war. Dieser letztere Fall möchte am häufigsten eingetreten seyn, namentlich wenn der Beklagte in dem frühern Rechtsstreite, in welchem er zur Herausgabe der Sache an den Kläger, verurtheilt worden war, selbst Parthey gewesen war; indessen ließe sich auch eine *bona fides* denken, wenn nicht der Beklagte selbst damals Parthey gewesen wäre, und von der Verurtheilung also keine Kenntniß gehabt haben könnte; und dieses um so mehr, als wie oben bemerkt ist, *bona fides* nur bey dem Anfange des Besizes erforderlich war.

Also schon nach reinrömischen Grundsätzen, ist die Ansicht derjenigen Rechtsgelehrten, daß die *Actio judicati*, ohne die *bona* oder *mala fides* zu berücksichtigen, unbedingt nach dreyßig Jahren verjährt sey, in ihrer Allgemeinheit unrichtig, und vielmehr anzunehmen, daß solches nur dann der Fall sey, wenn dadurch von dem Beklagten keine dem Kläger früherhin zugesprochene Sache, die sich dessen ungesachtet in dem Besitze des Beklagten befindet, verlangt wird; daß dieselbe aber selbst nach dreyßig Jahren angefordert werden könne, falls der Beklagte in dem Besitze einer solchen Sache sey, wenn Kläger zugleich die *mala fides* des Beklagten, und daß derselbe mithin jene Sache *per praescriptionem longissimam* nicht habe erlösen können, nachzuweisen im Stande ist. Ob die Sache eine körperliche oder eine unkörperliche Sache ist, darauf kann es weiter nicht ankommen, falls dieselbe nur irgend der Besitzergreifung und des Besizes selbst fähig ist. Die *Extinctivverjährung* ist in

diesem Falle so innig mit der Adquisitivverjährung verbunden, daß im Falle einer mala fides des Beklagten beym Anfange des Besizes, das Klagrecht nie erlöschen kann, weil gerade in diesem Falle die Erlöschung des Klagrechts nur an den guten Glauben geknüpft ist, und nur dieser gute Glauben allein dem beklagtschen Besizer das Eigenthum an der Sache, durch Verjährung zuspricht. Justinian hat in diesem Falle die Verordnung des Kaisers Theodosius des jüngern beschränkt:

Quod si quis, heißt es im §. 1. seiner Verordnung (c. 8. C. VII. 39.), eam rem desierit possidere, cujus dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione XXX vel XLannorum expulsus est; *praedictum auxilium* (die Erlöschung der Klage nach älterm Rechte des Theodosius) *non indiscrete, sed cum moderata divisione* ei praestari censemus: ut, si quidem *bona fide* ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio; sin vero *mala fide* eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detensionis sibi adquirat.

Wenden wir uns nunmehr zu den Vorschriften des canonischen Rechts, welche die Verfügungen des römischen, bei der Lehre von der Verjährung, wesentlich modificirt haben sollen, und auf deren Grund die entgegengesetzte Ansicht gebaut worden ist, daß nämlich die Actio judicati nie verjährt werden könne, weil dem Beklagten stets der Mangel des durch das canonische Recht vorgeschriebenen Erfordernisses, des guten Glaubens, entgegenstehe.

Zwei Stellen des canonischen Rechts kommen hier vorzüglich in Berücksichtigung, eine Verfügung des Papsts Alex

rander v. Jahre 1180 ⁶⁾, und ein Synodalurtheil des Papstes Innocenz III. vom Jahre 1216 ⁷⁾.

Die erstere Stelle besagt:

Vigilanti studio cavendum est, ne *malae fidei possessores* simus *in praediis alienis*, quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se novit aliena possidere: cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator (Theodosius d. Jüngere ⁸⁾) solum propter vitandam miserorum segnitiam, et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragennali praescriptione vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in *rebus cognitis, quam latentibus* placuit non habere vigorem.

Die letztere dagegen:

Synodali iudicio definimus, ut *nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis*. Cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in *nulla temporis parte* rei habeat conscientiam *alienae*.

Ausgemacht ist es, daß vorzüglich die letztere Stelle in Bezug auf die erwerbende Verjährung, oder Usucapio und Praescriptio longi temporis, das römische Recht in sofern abgeändert habe, als bei derselben bona fides nicht bloß anfangs, sondern fortwährend, bis zum Ablauf der Verjährungszeit vorhanden seyn muß.

6) cap. 5. X. *de praescript.*

7) cap. 20. X. *eod.*

8) *Püttmann* probabil. S. 153 fgg. *Koch* Opusc. jur. canon. S. 16.

Bestritten ist es dagegen, ob das canonische Recht überall von der Extinctivverjährung oder der Klagerlöschung *res de*, und ob es namentlich zu der Statthaftigkeit derselben gleichfalls *bona fides* während der Dauer der Verjährungszeit vorgeschrieben hat, so daß ohne eine solche *bona fides* auch eine Klagerlöschung durch Verjährung nicht Statt finden könne.

Jene Rechtslehrer, welche ihre, freilich nicht ganz richtige, Ansicht über die Verjährung der *Actio judicati*, ohne Rücksicht auf *bona* oder *mala fides* zu nehmen, aus dem reinen römischen Rechte geschöpft haben, behaupten, daß das canonische Recht überall nicht von der Extinctivverjährung der Klagen rede, und mithin gar keinen Einfluß auf dieselbe habe.

Dieses ist aber irrig, indem das *cap. 5. X. de praescript.*, in so weit es auf den Besitz fremder Grundstücke, und den dabei erforderlichen guten Glauben, ankömmt, sich ausdrücklich auf die Verordnung Kaiser Theodosius des jüngern (den Ephesinus legislator) über die Klagerverjährung bezieht, und erklärt, daß dieselbe nicht unbedingt ihre gesetzliche Kraft behalten solle.

Es ist daher augenscheinlich, daß das canonische Recht allerdings auch die Extinctivverjährung der Klagen im Auge hatte.

Aber eine andere Frage ist es, ob das canonische Recht, wie andere Rechtslehrer, und namentlich diejenigen, welche der entgegengesetzten Ansicht sind, annehmen, nun auch unbedingt bei jeder Extinctivverjährung der Klagen, die *bona fides* auf Seiten des Beklagten vorgeschrieben habe, so daß in deren Ermangelung die *Actio judicati* keiner Verjährung unterworfen sey?

Sie beziehen sich in dieser Hinsicht auf die allgemeine Fassung des *cap. 20. X. cod.*, auf den beigefügten Grund dieser Verfügung, und auf die allgemeine Vermuthung für die Billigkeit. Dieser letzte Grund ist unglaublich schwach,

und verdient kaum eine Berücksichtigung, weil er auf einer höchst willkürlichen Annahme beruht; die allgemeine Fassung redet der Extinctivverjährung nicht das Wort, da dieselbe vielmehr sich lediglich auf erwerbende Verjährung bezieht, und der Grund, quia mortale peccatum est, kann auch nur auf eine solche, namentlich den wissentlichen Besitz fremder Sachen, bezogen werden.

Zur richtigen Erklärung des cap. 20. X. eod. giebt uns aber sowohl die cap. 8. §. 4. C. VII. 39. so wie das, der Zeit nach vorhergehende cap. 5. X. eod. genügenden Aufschluß. Die erstere Verordnung, insofern Justinian in ihr, bei dem Besitze fremder Sachen, bona fides im Anfange der erlöschenden Verjährung vorschrieb und zugleich eine außerordentliche Adquisitivverjährung in Hinsicht dieser Sachen schuf; die letztere Verfügung, als sie gleichfalls den Besitz fremder Sachen vor Augen hat, und dem malae fidei possessor die Fortsetzung des Besizes verbietet. Das cap. 20. X. kann daher nur auf denselben Fall bezogen werden, nämlich auf den Fall dieser mit einer außerordentlichen Adquisitivverjährung begleiteten Klagerlöschung; es schreibt in Hinsicht derselben nur noch die neue Bedingung vor, daß es nicht genüge, anfangs im guten Glauben gewesen zu seyn, sondern daß der gute Glaube auch während der ganzen Dauer der Verjährungszeit vorhanden gewesen seyn müsse.

Mit Recht hat daher Moellenthal⁹⁾ die dem römischen Rechte durch das canonische gewordene Modification, in Bezug auf die Extinctivverjährung dahin bestimmt: Das canonische Recht hat bei der Praescriptio longissimi temporis (Extinctivverjährung der Klage) zu dem Besitze, der bei denjenigen Klagen statt findet, die auf Heraus-

9) Karl Aug. Moellenthal über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen. 1820. 8. — Auch Schwegle röm. Privatrecht. 3te Ausgabe (1822) §. 171 deutet auf die richtige Ansicht hin.

gabe einer dem Kläger gehörigen Sache gerichtet sind, *bona fides* als allgemeines Erforderniß vorgeschrieben, indem es dem *malae fidei* possessor einer Sache, rücksichtlich welcher er *extinctiv* präscribirt, die Fortsetzung des Besitzes verbietet. Durch dieses Verbot hat die *bona fides* aufgehört, bloße Bedingung des *Adquisitiv*effectes zu seyn und ist nothwendiges Erforderniß der dreißigjährigen Verjährung selbst geworden, in so fern dabei Besitz Statt findet. Dadurch sind aber zugleich alle Fälle, wo hier Besitz wirklich Statt findet, der bloßen Klagerlöschung enthoben und ausschließend zur außerordentlichen *Adquisitiv*verjährung mit der von Justinian bezeichneten Wirkung geeignet. Die Vorschrift des canonischen Rechts hat daher der Klagerlöschung eine Beschränkung ihrer Sphäre, der außerordentlichen Erstgung aber einen neuen Charakter ausschließlicher Wirksamkeit gegeben.

Wenden wir daher diese Grundsätze auf die Verjährung der *actio judicati* an; so folgt aus ihnen die Regel:

Die *Actio judicati* verjährt nur dann durch den bloßen Ablauf von dreißig Jahren, und zwar ohne Rücksicht auf *mala* oder *bona fides* des Beklagten, wenn sie sich nicht auf die Herausgabe einer von dem Beklagten besessenen, dem Kläger früher durch ein rechtliches Erkenntniß zugesprochenen Sache bezieht; ist sie dagegen auf die Herausgabe einer solchen Sache gerichtet, so findet die Verjährung nur dann Statt, falls der Beklagte *bonae fidei* possessor, während der Dauer der Verjährungszeit war. Die *Actio judicati* ist aber keiner Verjährung unterworfen, falls der Beklagte, im Sinne des canonischen Rechts *malae fidei* possessor war.

Hiernach ist mithin die Ansicht derjenigen Rechtsgelehrten, welche jede Verjährung der *Actio judicati* für unstatthaft halten, in ihrer Allgemeinheit unrichtig; aber auch derjenige Grad, den sie zur Begründung ihrer Ansicht aufstellen, ist gleichfalls unhaltbar.

Sie führen nämlich an, bei dem Beklagten sey eine bona fides undenkbar, er befinde sich, wenn ex iudicato gegen ihn geklagt werde, stets in mala fide.

Dieses möchte allerdings wahr seyn, wenn der Beklagte bei dem frühern Rechtsstreite mit dem Kläger, zu Folge dessen er zur Herausgabe der Sache verurtheilt wurde, selbst Parthey war. Wie aber, wenn er damals nicht Parthey war, sondern von seinem Vorgänger die Sache titulo singulari erhielt? Eine bona fides ließe sich hierbei gar wohl denken.

Oder, wenn er, obgleich damals Parthey, die Herausgabe der Sache, zu der er verurtheilt war, aus scheinbaren Gründen verweigerte, der Kläger sich hiebei beruhigte, und also der Beklagte dieselbe durch eine qualificirte Verjährung erworben hatte?

Auf jedem Fall wird dem Beklagten, falls er der angezeigten Actio iudicati die Einrede der Verjährung entgegensetzt; die Praesumptio pro bona fide zur Seite stehen, und der Kläger wird es sich gefallen lassen müssen, jene Einrede der Verjährung dadurch zu entfernen, daß er darthut, der Beklagte sey malae fidei possessor.

Soviel über die Statthaftigkeit, zugleich aber die Beschränkung der Verjährung der Actio iudicati, nach gemeinem Rechte; — daß durch die Territorialgesetzgebung andere Ansichten aufgestellt seyn können, ist unläugbar.

Dieses kann nämlich auf doppeltem Wege geschehen seyn. Entweder dadurch, daß durch ausdrückliche Landesgesetze das canonische Recht dem römischen ausdrücklich nachgesetzt, und mithin die Modificationen, welche ersteres dem letztern hinzugefügt hat, nicht anerkannt sind;

Oder dadurch, daß dem cap. 20. X. *de praescript.* durch eine authentische Declaration ein Sinn gegeben worden ist, welchen es nach richtigen Interpretationsregeln ursprünglich nicht hatte.

In welchem Verhältnisse das Justinianische Rechtsbuch zu dem Corpus iuris canonici stehe, ist unter den Rechts:

Lehrern sehr streitig. Die richtigste Meinung ist aber die, daß, wenn die Vorschriften beider Rechtsbücher über privatrechtliche Gegenstände einander widersprechen, das canonische Rechtsbuch¹⁰⁾ den Vorzug vor dem Justinianischen habe, so fern nicht durch ein ausdrückliches Territorialgesetz, oder einen erwiesenen Gerichtsgebrauch dem letztern bei dieser oder jener Rechtslehre, oder im allgemeinen der Vorzug eingeräumt ist.

Es läßt sich nämlich historisch erweisen, daß nach Justinians Zeit¹¹⁾ bis auf Gratian dieser Vorzug des canonischen Rechts vor dem Römischen anerkannt und befolgt worden ist, daß Gratian bei Verfertigung des Decrets denselben Grundsatz vor Augen hatte, und, daß die späteren Decretalen der römischen Bischöfe das Ansehn des römischen Rechts noch mehr geschwächt haben. Auf der andern Seite ist es aber eben so wahr, daß das canonische Recht auch um deswillen den Vorzug verdient, weil es unserer Zeit und unsern Sitten näher ist, und häufig auf germanische Gesetze und Gewohnheiten Rücksicht nimmt, ja viele seiner einzelnen Bestandtheile auf deutschem Boden entstanden sind.

Ferner ist es auffallend, daß, nach den vorhandenen Urkunden über Rechtsgeschäfte, wenigstens in dem nördlichen Teutschland, das canonische Recht viel früher zur Anwendung gekommen ist, als das römische, ja sogar die Reception des letztern gleichsam vorbereitet hat.

Nichtsdestoweniger ist gerade in manchen norddeutschen Staaten, wahrscheinlich auf Veranlassung der Reformation, und weil Luther das *corpus juris canonici* gänzlich zu vertilgen suchte, ausdrücklich bestimmt worden, daß das *Corpus juris romani* den Vorzug vor dem *Corpus juris canonici* haben solle. So z. B. in den Braunschweig-Lüneburgischen¹²⁾

10) S. meine Einleitung in das Justin. Rechtsbuch. S. 184 fgg.

11) Biener Quaestion. cap. LVI. (1815).

12) Du Roi Anleitung. zur Kenntniß der Quellen und Literatur des Braunschw. Wolfenbüttelschen Staats- und Privatrechts (1792)

Ländern, und solchergestalt darf es nicht auffallen, wenn die ältere hannoversche Praxis bei Beurtheilung der abgehandelten Streitfrage, auf die oben ausgehobenen Stellen des canonischen Rechts keine Rücksicht nahm, sondern im allgemeinen sich an die, freylich mißverstandenen, Stellen des römischen Rechts hielt ¹³⁾:

Sollte also in irgend einem teutschen Staate eine ähnliche Verfügung vorhanden seyn, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei der Beurtheilung jener Streitfrage über die Verjährung der Actio judicati die oben ausgemittelten Grundsätze des römischen Rechts, mit Ausschluß der Modificationen des canonischen, zu Grunde gelegt werden müssen. Ist aber dieses nicht der Fall, so würde man allerdings die Vorschriften des canonischen Rechts in dem Maaße, wie sie oben erläutert sind, zu Rathe ziehen müssen; es wäre denn, daß dem cap. 20. X. *de praescript.* durch die legislative Gewalt ein anderer Sinn untergelegt worden wäre, als derjenige, welcher in demselben eigentlich enthalten ist.

Ein Beispiel hievon giebt die neueste hannoversche Gesetzgebung ab. In der königl. Verordnung ¹⁴⁾ vom 29sten October 1822, eine authentische Entscheidung streitiger Rechtsfragen enthaltend, heißt es §. 2. ausdrücklich:

„Die gleichfalls streitige Frage:

Ob bei der Extinctivpräscription bona fides erforderlich sey, wollen Wir dahin entscheiden, daß auch bei der erlöschenden Verjährung, während ihrer ganzen Dauer, der gute Glaube auf Seiten des Verjährenden vorhanden seyn muß.“

§. 11. — *Engelbrecht de genuinis decisionum fontibus in terris Brunsvico-Luneburg.* §. 20.

13) Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Celle bei *a Pufendorf* Observ. T. I. obs. 117. L. II. obs. 114. *W. Ramdohrs* juristische Erfahrungen. Th. III. S. 869.

14) *Gesetzsammlung.* 1822. Abth. 1. nro. 41. S. 384.

Hierdurch ist nun allerdings jene Ansicht der Rechtsgelehrten, welche die *Actio judicati* für unverjährbar halten, in so fern gebilligt, als eine solche Verjährung nur dann Statt finden soll, falls sich der Verjährende während der ganzen Dauer der Verjährungszeit, in gutem Glauben befunden habe; und ist also in so fern die ältere Praxis durchaus aufgehoben worden.

XVIII.

Noch einige Bemerkungen über *actio in rem* und *actio in personam*, *jus in re* und *obligatio*.

Von

Herrn Dr. G. A. W. Du Roi, Hofrath im Landesgerichte
zu Wolfenbüttel.

(Fortsetzung und Beschluß.)

§. 14.

E. Es folgen zwei andere *actiones in rem*, die Klage des *Superficiar* und des *Emphyteuta*.

Was zuerst den Begriff dieser beiden Rechtsgeschäfte an- betrifft, so scheint bei der *superficies* das Wesentliche darin zu liegen, daß nach der Absicht der Contrahenten der Eine auf dem Grund und Boden des Andern ein Gebäude als *Eigenthum* haben soll, ohne zugleich *Eigentümer* des Grund und Bodens selbst zu werden: entweder für einen gewissen jährlichen Zins (*locatio*) oder für eine Summe in Eins (*emptio*). Dieses geht daraus hervor, daß in allen Stellen, wo von der *superficies* die Rede ist, der Grund und Boden als das *alienum* dem Gebäude selbst, also dem *Eigentümlichen*, entgegengesetzt ist ¹⁾, in einer Stelle ausdrücklich mit den Worten: *si solum sit alterius, superficies alterius* ²⁾, und daß das Verhältniß des *Superficiar*

1) § 8 L. 74. D. de rei vind. 6, 1. L. 1. §. 1. D. de superficie 43, 18.

2) L. 9. §. 4. D. dann. inf. 39, 2.