

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
H e l l f e l d
ein C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrat und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.



Zehnten Theils erste Abtheilung.

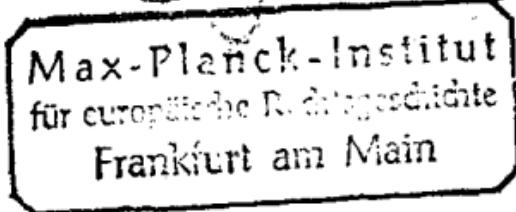
Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1 8 0 8.

Deubell
15 Ak 35

Diog. A 14935



203/13.

64 / 3.384

De servitutibus.

§. 659.

Wesentlicher Charakter der dinglichen Servituten und Unterschied derselben von Zwangs- oder Banngerechtigkeiten.

Das achte Buch der Pandecten handelt blos von Prädial-Servituten¹⁾). Nicht nur die Ordnung und Folge der Bücher und Titel lehrt dies unwidersprechlich, sondern es ist auch bekannt, daß die Real-Servituten schlechthin und vorzugsweise durch den Namen *servitudes* bezeichnet werden²⁾). Daher können die Gesetze dieses Titels, seiner generellen Ueberschrift ungeachtet, nur von dinglichen Dienstbarkeiten erklärt werden³⁾). Das Wesen

1) Außer den schon an einem andern Orte (9. Th. S. 2.) angeführten Schriften eines *Janus a costa*, *Em. MERILLIUS*, und *Zachariä* sind in dieser Rechtslehre noch folgende anzuführen. *Barth. CAEPOLLA de Servitutibus praedior. rusticor. et urbanor. Coloniae 1666. 4.* *Herc. Franc. DANDINI Interpretationes de servitutibus praediorum. Veronae 1741. 4.* *C. E. Münter von den Servituten nach dem reinen Sinn der Gesetzgebung. 1. Th. von den Prädial-Servituten. Hannover 1806. 8.*

2) *S. Ioseph. voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.*

3) *Z. B. L. 4. L. 8. 15. u. 18. b. t. S. Gottl. HUFELAND Diss. de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. §. 2.*

Wesen einer dinglichen Servitut, von welcher der Begriff schon an einem andern Orte (§. 621.) gegeben worden ist, besteht nun darin, daß das Grundstück des Einen dem Grundstücke eines Andern dient, und zwar dergestalt, daß die Substanz des einen Grundstücks selbst für das andere Grundstück Nutzen und Vortheil gewährt, ohne daß die jedesmalige Gewährung desselben von positiven Handlungen des Besitzers abhängig ist⁴⁾). Nicht nur Paulus drückt diesen wesentlichen Charakter deutlich genug aus, wenn er *L. 12. D. Commun. praedior.* sagt: *Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis, et fundi aedificiis eadem conditione serviunt;* sondern auch schon das natürliche Verhältniß, in welchem Grundstücke vermöge ihrer Lage zu einander stehen, lehrt es, daß dingliche Servituten ihren Entstehungsgrund in einem gewissen nachbarlichen oder Loyal-Verhältniß zweier Grundstücke haben, in einem gewissen Bedürfniß des einen, die Dienstbarkeit von dem andern zu erlangen, und in einer von Natur passlichen Lage oder Beschaffenheit des letztern, zum Nutzen und Vortheil des ersten etwas zu leiden oder nicht zu thun. Dingliche Servituten sezen also

I. ihrem Wesen nach zwey Grundstücke voraus, eine herrschende, *praedium dominans*, und ein dienendes,

4) Die französische Definition von Servitut, worunter auch im eigentlichen Sinn nur eine dingliche Dienstbarkeit verstanden wird, welche im *Code Napoleon Art. 637.* vor kommt, wo es heißt: *Une Servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire,* drückt das Wesen der Real-Servitut sehr pünktlich aus.

des, praedium serviens⁵), welche sich, wie das Subject und Object des Rechts, zu einander verhalten⁶).

II. Sie gehen sowohl active, in Absicht der dem herrschenden Grundstück anklebenden Gerechtigkeit, als passive, in Absicht der auf dem dienenden praedio haftenden Belästigung, auf jeden Besitzer über⁷), selbst alsdann, wenn das eine oder andere Grundstück vom Staate eingesogen wird: quia cum sua causa quisque fundus publicaretur, wie Paulus sagt, L. 23. §. 2. D. de servitutib. praedior. rusticor.

III. Da bey einer Realservitut das praedium dominans Subject des Rechts ist, so steht sie nicht bloß der Oberfläche desselben, sondern dem Grundstück selbst zu⁸). Hieraus folgt, daß wenn auch das alte Gebäude

A 2

nies

5) In den Gesetzen kommt zwar die Benennung *praedium s. fundus serviens* öfters vor, aber nicht der Ausdruck *praedium dominans*, so allgemein üblich auch jetzt bey den Rechtesgelehrten diese Benennung ist. Die Gesetze sagen: *fundus, cui servitus debetur*, oder *praedium, cui servitur*. L. 23. §. 2. D. de servitut. praedior. rustic. L. 140. §. 2. D. de Verbor. obligat. Statt *praedium serviens* kommt auch das Wort *servum* vor. L. 8. §. 1. D. de action. emti vend. Ferner *fundus servus*. L. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. Desgleichen *aedes servae*. L. 6. §. 3. D. Commun. praedior.

6) Wenn Ulpian L. 1. pr. D. de conduct. tritic. von einer *Servitus utrorumque praediorum* redet, so geht das *utrorumque* nicht auf das *praedium dominans* und *serviens*, sondern auf *praedium urbanum et rusticum*. S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts §. 271. not. f.

7) L. 12. D. Commun. praedior. L. 3. Cod. de servitutib.

8) L. 13. pr. D. de servitutib. praedior. rustic. Daher wird L. 31. §. ult. D. de negot. gest. gesagt: *Sententia praedio datur, modurch über eine dem Grundstück zustehende Servitut eingeschieden worden ist.*

niedergerissen, und ein neues an dessen Stelle aufgerichtet wird, das neue immer die Rechte desjenigen behält, an dessen Stelle es getreten ist⁹⁾). Auf gleiche Weise hastet aber auch

IV. eine Real-Servitut nicht blos auf der Oberfläche des dienenden Gutes, sondern auf dem Grund und Boden selbst¹⁰⁾). Man folgerte diesen Satz aus dem Begriff derselben, vermöge welchen bey einer dinglichen Servitut immer ein Grundstück Object des Rechtes ist. Daher muß das dienstbare Haus, wenn es einfällt und wieder aufgebauet wird, dieselben Servituten leiden, wie das vorige¹¹⁾).

V. Das Recht, welches einem Grundstück vermöge einer Servitut zusteht, erstreckt sich eben so auf alle Theile desselben¹²⁾; als die Last, welche das dienstbare Gut deswegen leiden muß, auf allen Theilen desselben hastet, insoweit nicht die Ausübung derselben auf einen bestimmten Theil stillschweigend oder ausdrücklich eingeschränkt worden ist¹³⁾). Wenn daher das praedium dominans theilweise verkauft wird, oder mehrere sich darin theilen, so ist jeder zur Ausübung der ganzen Servitut berechtigt¹⁴⁾; und wenn

9) *Zacharias wissenschaftl. Entwickel. der Lehre von dinglichen Servituten.* §. 4.

10) *L. 14. D. Quemadm. servitut. amitt.*

11) *L. 11. pr. D. de servitut. praedior. urbanor.*

12) *L. 23. §. 3. D. de Servitut. praedior. rusticor.*

13) *L. 9. D. de Servitut. L. 13. §. 1. L. 21. L. 22. L. 23. §. 3. D. de servitut. praedior. rusticor.*

14) *L. 23. §. 3. D. de servit. praed. rustic. Quaecunque Servitus fundo debetur, omnibus eius partibus debetur. Et ideo, quam-*

wenn das dienstbare Gut an mehrere Besitzer kommt, so muß jeder die Servitut leiden¹⁵⁾). Von Prädial-Servituten findet daher Recht und Verbindlichkeit in solidum Statt¹⁶⁾).

VI. Das Recht, welches das herrschende Grundstück durch eine Servitut erwirkt, muß immer ein solches sein, welches dem Grundstück selbst entweder zum bleibenden Vortheil gereicht, oder demselben eine bleibende Annehmlichkeit verschafft, gesetzt auch, daß sie nicht gerade diesem oder jenem Besitzer den Nutzen oder das Vergnügen gewähren sollte, weswegen die Servitut constituit ist¹⁷⁾. Gewinnt das Grundstück selbst dabei nichts, sondern gereicht sie blos der Person des jekigen Besitzers zum Vergnügen und Zeitvertreib, so ist dies keine Real-Servitut, sondern eine bloße Personal-Vergünstigung¹⁸⁾). Es muß aber auch

A 3

VII. der

quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur: ita ut singuli recte agant, *jus sibi esse fundi*. Statt *fundi* lieset die Vulgata *eundi*. Es läßt sich aber die Florentinische Lesseart sehr wohl erklären: nämlich *ius fundi* ist so viel als *ius servitutis*. S. WESTPHAL de libert. et servitutib. praedior. §. 588. not. 521. lit. b. Ad de L. 25. D. eod. Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aqueductus ius, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur.

¹⁵⁾ L. 140. §. 2 in fin. D. de Verb. obligat. L. 6. D. Quemadmodum servitut. amitt. Quoniam unum atque eod. modo individuum viae ius est.

¹⁶⁾ L. 17. D. de Servitut. L. 25. §. 9. D. fam. ercisc. L. 7. D. de servit. leg. L. 2. §. 1. L. 72. pr. D. de Verb. Oblig.

¹⁷⁾ L. 19. D. b. t. L. 3. pr. D. de aqua quot. S. des 9. Th. I. Abth. §. 620. Nr. 5. und §. 621. Nr. 2.

¹⁸⁾ L. 8. D. b. t. S. den 9. Th. S. 13. und Jan. a costa Praelectiones ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. p. 37.

VII. der aus der Servitut zu erwartende und zu gewährrende Vortheil dem dienenden Grundstück selbst inhärtet, und in der Beschaffenheit oder Lage des Guts begründet seyn. Denn wenn die jedesmalige Gewährung des aus der Servitut entspringenden Vortheils von positiven Handlungen oder Präsentationen des Besitzers des dienenden Gutes abhängig wäre, wenn dieser Nutzen nicht vielmehr aus der Beschaffenheit oder Lage des Guts von selbst folgte, so würde dies zwar eine, höchstens auf die Erben des Verpflichteten sich mit erstreckende, obligatio, aber keine auf den successor singularis übergehende Prädial-Servitut seyn¹⁹). Es liegt daher

VIII. schon in der Natur der Sache, und ist auch in der Römischen Rechtstheorie, als eine practisch wichtige Wahrheit, begründet, daß keine Servitut in faciendo, sondern nur in Restrictionen der Eigenthumsrechte des domini praedii servientis bestehen könne²⁰).

So richtig und philosophisch consequent auch alle diese Sätze sind, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten, welche sie ohne weiteres für lauter überflüssige Subtilitäten des Römischen Rechts erklären, auf die heut zu Tage in den Gerichten nicht die mindeste Rücksicht zu nehmen sen.

Es

19) S. den 9. Theil S. 6.

20) L. 15. §. 1. D. b. t. *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, (veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospicum praefeter, aut in hoc, ut in suo pingat): sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* S. Aegid. MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 29. Jo. GAIL. HOFFMANN Meletem. ad Pand. Disput. IX. §. 1. und Cbrift. Henr. BREUNING Specim. cont. caput iuris controversum de servitate in faciendo ad philosophiam Pomponii in L. 15. D. de Servitut. Lipsiae 1768.

Es ist zu bedauern, daß unter diesen Tadlern einer römischen Rechtslehre, die von den größten Rechtsgelehrten von jeher als ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer bewundert worden ist, sich Männer von Ansehen und bedeutendem practischen Gewicht befinden²¹⁾), welche durch eine solche Sprache, die vielleicht von tausend Zungen nachgelass, und blindlings angewendet worden ist, unserer Rechtswissenschaft gewiß keinen geringen Nachtheil zugefügt haben. Ein Beispiel davon giebt die irrite Vorstellung, die man sich von den teutschen Zwangsgerichtigkeiten und sogenannten Bannrechten macht, wenn man sie für servitudes in faciendo consistentes hält; und den Grundsatz aufgestellt hat, daß nach teutschen Rechten eine Servitut in faciendo bestehen könne²²⁾). In der That darf man sich aber nur einen rechtmäßigen Begriff von den teutschen Zwangs-Gerechtigkeiten machen, um sich zu überzeugen, wie sehr man dabei das eigentliche Wesen der dinglichen Servituten aus den Augen verloren habe, wenn man jene mit diesen in eine Classe setzt²³⁾.

A 4

Man

21) Man vergleiche z. B. eines verdienstvollen LEYSERS Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. CVII. meditat. I. und Vol. VI. Specim. CCCLXXXV. pag. 909.

22) E. Epbr. GERHARD diff. de servitutibus in faciendo consistentibus. Ienae 1710. Gottl. Gerb. TITIUS de servitate faciendi. Lipsiae 1710. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 274. Gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Smelin und Elsässer. 4. Band §. 172. S. 251. f. und Carl G. von Zangen Beiträge zum teutschen Rechte. Giessen 1788. S. 250.

23) Man sehe hier vorzüglich A. d. Diet. Webers Versuche über das Civilrecht, und dessen Anwendung Nr. I. §. 7. S.

Man versteht unter einer Zwangs-Gerechtigkeit die gewissen physischen oder moralischen Personen zustehende, oder mit dem Besitz eines Grundstücks verbundene Befugniß, den ihr unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bey jedem Andern, als dem Berechtigten, zu untersagen. Steht diese Befugniß dem Berechtigten gegen alle Einwohner eines gewissen Districts oder gegen gewisse Classen derselben zu, so wird sie ein Bannrecht genannt²⁴⁾. Es giebt in Deutschland viele besondere Arten solcher Bann- und Zwangsrechte, unter denen der Brau- und Bierzwang, der Mühlengzwang, die Zwangsbackofen-Gerechtigkeit, die Zwangsschenken-Gerechtigkeit, und das Recht des

33. f. und Carl Gebhardt über den Unterschied zwischen Servituten und Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten. Leipzig 1807. 8.

24) Der Begriff, den einige geben, welche unter Bannrechten diejenige Art von Dienstbarkeiten verstehen, vermöge welcher Jemand die Besitzer gewisser Güter oder Einwohner eines Orts zu etwas zu zwingen befugt ist, was dieselben nach der natürlichen Freyheit zu thun nicht schuldig sind, (man s. Runde a. a. O. §. 275. und Theod. Hagemanns Handbuch des Landwirtschaftsrechtes §. 155.) scheint mir nicht richtig zu seyn. Der Bannberechtigte hat zwar ein ius prohibendi, aber keinesweges ein ius cogendi. Wem z. B. der Bierzwang zusteht, kann die Bannpflichtigen nicht nothigen, durchaus bey ihm Bier zu kaufen, er kann sie blos abhalten, daß sie kein Bier bey Andern kaufen. Einen richtigeren Begriff giebt G. Ludw. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Band Nr. 236. S. 559. und das Allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Lit. 23. §. 2—4.

des Salzwanges die gewöhnlichsten sind²⁵⁾). Wollte man diese Zwangsgerechtigkeiten, insofern sie eine Einschränkung der natürlichen Freiheit enthalten, wirklich für Servituten halten, so würden sie eher für negative Servituten, als für solche zu halten seyn, welche in faciendo bestehen, weil sie blos in einem iure prohibendi bestehen²⁶⁾). Allein der Unterschied zwischen diesen und den Prädial-Servituten leuchtet zu sehr in die Augen, als daß man sie auf irgend eine Art zu den letztern rechnen könnte. Denn so beruhen

1) die Prädial-Servituten eigentlich auf einem paßlich-nachbarschaftlichen Verhältnisse zweier Grundstücke. Es kann hier folglich nur von solchen Vortheilen die Rede seyn, die aus der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke an sich herfließen, wie der Grundsatz: *praedium praedio servit*, andeutet. Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten hingegen beruhen auf gewissen Kunst- oder industrieläufigen Anstalten, deren Unternehmung die Veranlassung gegeben haben mag, daß Individuen oder ganze Gemeinheiten oder Districte, in Absicht auf sonst willkürliche Handlungen, an diese Kunst- oder industrieläufigen Anstalten gebunden oder gezwungen sind. Insonderheit aber unterscheiden sich

2) Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten von Prädial-Servituten darin, daß sie auch nicht die geringste Einschrän-

25) Von diesen und mehreren andern Arten der Zwangs- und Bannrechte handelt vorzüglich Hagemann a. a. D. §. 156.

26) Dieser Meinung sind insonderheit *Iul. Frid. MALBLANC* in *Princip. iuris Rom.* P. II. §. 419. und *B. W. Peiffer* in den vermischten Aufsätzen über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts S. 223. ff.

schränkung der Grund's Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkürliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bei einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichten nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenhum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemption für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bei Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leisten muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für diesmal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Besugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkürliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten.
Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigentümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingeteilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte²⁷⁾ ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

b) Durch Verjährung. Diese nimmt bey affirmativen Servituten mit dem Augenblick ihren Anfang, da man sie zum ersten Male ohne Widerspruch, als ein Recht, ausgeübt hat; bey negativen Dienstbarkeiten hingegen fängt sie von dem Moment zu laufen an, da man dem Eigentümer eine Handlung verbot, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freyheit auch unternehmen könnte, und dieser dabei acquiescire. Hiervon ist ebenfalls schon an einem andern Orte²⁸⁾ gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß eine dingliche Servitut überhaupt eben so, wie eine persönliche, folglich auch sowohl durch richterliche Auctorität, als durch leztrwillige Verfügung constituit werden kann²⁹⁾). Zuweilen macht jedoch schon die natürliche Lage beider Grundstücke, daß, ohne die besondere Constitution einer Servitut, eins dem andern dienstbar seyn muß. Z. B. wenn das eine Grundstück höher liegt, so muß der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks den Abfluß des Wassers von dem öbern leiden, und die Unbequemlichkeit, die er allenfalls davon hat, muß er gegen den Vortheil, der ihm durch dieses Wasser zuwächst, in Anrechnung bringen, ohne deshalb eine weitere Vergütung zu verlangen³⁰⁾). Es hat auch

28) Im 9. Th. §. 629. S. 130. ff.

29) L. s. pr. D. b. t. Via, iter, actus, ductus aquae iisdem ferre modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus. Nun verbinde man damit L. 6. §. 1. D. de Usufr. Ferner L. 10. D. b. t. und L. 26. et 28. D. de servitut. praedior. rusticor. S. Münter von Servituten §. 3.

30) L. 1. §. 23. D. de aqua et aquae pluv. arcendae act. Si lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam; sagt Ulpian, et

auch keinen Zweifel, daß eine Real-Servitut durch das Gesetz selbst unmittelbar begründet werden könne, und zwar entweder zum Nutzen des Staats, oder zum Nutzen eines Privat-Eigentümers, wovon Beispiele schon an einem andern Orte³¹⁾ vorgekommen sind.

Der Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten kommt nun aber auch noch

2) in Rücksicht des Verlusts derselben in vorzügliche Betrachtung, wie ich Tit. 6. zeigen werde.

§. 661.

Qualificirte und nicht qualificirte Dienstbarkeiten.

Wem liegt bey den erstern die Last der Reparatur ob?

Dingsliche Servituten erfordern ferner entweder zu ihrer Ausübung ein von Menschen-Händen verfertigtes Werk, oder es ist ein solches Werk nicht nöthig. In jenem Falle werden sie qualificirte, in diesem hingegen nicht qualificirte genannt. Zu den Servituten der ersten Art gehören z. B. die servitus oneris ferendi, (§. 667.) ser-

vitus

et semper inferiorem superiori servire; at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. S. die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer 2. B. Nr. 3. S. 24. ff. Im Code Napoleon Art. 640—648. kommen hierüber mehrere wichtige Bestimmungen vor, womit die Pandectes Françaises par DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAI Tom. V. pag. 365. seqq. zu vergleichen sind.

31) S. den 9. Tb. §. 628. S. 105. Man vergleiche auch Code Napoleon Art. 649—652.

vitus tigni immittendi, (ibid.) servitus aqueductus (§. 682.) u. a. m. Zu den Servituten der andern Art gehören hingegen die servitus actus, viae, pascendi u. s. w.

Bey jenen entsteht die Rechtsfrage, wer zur Ausbesserung des Werks verpflichtet sey, welches zur Ausübung der Servitut erforderlich wird? Hier ist nun

1) soviel außer Zweifel, daß wenn dieser Gegenstand dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zugehört, diesem auch die Reparatur desselben allein zur Last falle, und er kann nur allenfalls von dem domino praedii servientis verlangen, daß er ihn daran nicht hindere³²⁾. Gehört hingegen

2) dieser Gegenstand dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes zu, so hat zwar zur Ausbesserung desselben unsstreitig sowohl der zur Servitut Berechtigte³³⁾, als der Eigenthümer des dienenden Gutes ein Recht³⁴⁾. Allein die Frage ist desto streitiger, wer von beyden zur Reparatur verbunden sey? Die Rechtsgelehrten sind hierüber sehr verschiedener Meinung. Einige³⁵⁾ bürden diese Last

32) L. 1. D. de rivis. L. 11. §. 1. D. Commun. praedior.

33) L. 4. §. 5. D. Si servit. vindicet.

34) L. 8. D. de Servitut. praed. urb. L. 11. pr. D. Commun. praedior. S. G. HUFELAND Pandectencompendium §. 294. C. 115.

35) Lud. MENCKEN Colleg. polem. iuris civ. Disp. III. nr. 10. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. XI. Io. Tob. RICHTER Diss. de domino serviente ad praedii servientis refectionem obligato. Lipsiae 1753. Phil. Jac. Heissler Untersuchung der

last schlechterdings dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes auf. Sie sehen die Reparatur als ein consequens servitutis, als das Mittel zum Zweck an, ohne welches die Servitut nicht bestehen könne. Andere³⁶⁾ hingegen halten den Eigenthümer des herrschenden Gutes zur Refection verpflichtet, und machen blos bey der servitus oneriferendi eine Ausnahme. Bey dieser sey es immer stillschweigende Bedingung der Constitution, daß der Eigenthümer des dienenden Guts die Mauer in bauflichem Wezen exhalte. Noch andere³⁷⁾ sagen, es sey keiner dem Andern zur Reparatur verbunden, keiner könne den Andern dazu nöthigen, sondern der müsse die Ausbesserung übernehmen, dem daran gelegen sey. Westphal³⁸⁾ weicht von allen ab. Er meint, die Kosten müßten beyde Eigenthümer tragen, sie müßten daher nach richterlicher Billigkeit

der Rechtsfrage: Ob in den Servituten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig sey? (in d e s s e l b e n jurist. Abhandlungen und Erörterungen I. Samml. Nr. I.) Er hat jedoch in einer nochmal. Erörterung jener Rechtsfrage, (Nr. II. der angef. Sammlung) seine Meinung wieder geändert.

36) Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 17. pag. 159. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. Lib. VIII. Tit. 1. §. 20. et Tit. 2. §. 2. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. VIII. Tit. 2. §. 6. sqq. HOFACKER Princip. juris civ. Tom. II. §. 1087. Z a c h a r l à wissenschaftliche Entwicklung der Lehre des R. R. von dingslichen Servituten. §. 10. Münster von den Servituten. §. 19.

37) Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 357. Weber in den Anmerkungen zu Höpfner Not. 5. Eben dieser Meinung ist auch Hellfeld §. 667.

38) De libert. et servitut. praedior. §. 580. verglichen mit §. 574.

ligkeit ausgeglichen und unter bēnde vertheilt werden, wofern nicht etwa einer von bēden sein Recht aufzugeben wollte, oder durch Vertrag ein Anderes bestimmte sey. Bey der servitus oneris ferendi liege jedoch dieser Vertrag allemal zum Grunde. Daher falle hier immer die Verbindlichkeit der Refection dem Herrn des dienenden Gutes zur Last. Die richtigste Meinung ist wohl diejenige, daß der Eigenthümer des herrschenden Gutes in allen Fällen die Ausbesserung übernehmen müsse³⁹⁾). Selbst der Vertrag, daß der Eigenthümer des dienenden Guts repariren solle, kann nach der Regel des Römischen Rechts den successor singularis nicht verpflichten⁴⁰⁾). Nur bey der servitus oneris ferendi findet das Sonderbare Statt, daß jeder Herr des dienenden Gutes, wenn es bey der Constitution der Servitut bedungen worden ist, die Last tragende Mauer in baulichem Stand erhalten muß. Diese Meinung hat die klare

39) Strubben rechsl. Bedenken 4. Th. Bed. 158. HEINECCIUS Elem. iuris civ. Lib. II. Tit. 3. §. 353. et §. 357. EMMINGHAUS ad cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. XI. not. c. Tom. II. pag. 43. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 604. u. §. 607. lit. A.

40) L. 3. pr. D. de obligat. et act. sagt: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Aus einem Vertrage entspringt also nur eine persönliche Klage gegen den Verpflichteten, keine Realklage gegen jeden dritten Besitzer, wenn gleich das Pactum in Rücksicht eines gewissen Grundstücks wäre eingegangen worden. L. 81. §. 1. D. de contrab. emt. L. 136. §. 1. D. de verbis. oblig. S. KİND Quæstion. forens. Tom. III. cap. 41.

flare L. 6. §. 2. D. Si servitus vindicetur für sich, wo Ulpian sagt: *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio competit: ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.* Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur: sed, ne me facere prohiberet. Nam in omnibus servitutibus refection ad eum pertinet, qui sibi servitutem adferit: non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit *Servii* sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. *Labeo* autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere, scribit. Es wird hier die Frage entschieden, ob die servitus oneris ferendi auf eine solche Art constituit werden könne, daß jeder Besitzer des dienenden Gutes schuldig seyn solle, die lasttragende Mauer auf seine Kosten repariren zu lassen, so daß deshalb die confessorische Klage begründet sey? Nach Ulpians Relation waren die alten Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht einerlen Meinung. Aquilius Gallus läugnete, daß die Servitut auf eine solche Art dem dienenden Gute aufgelegt werden könne, weil sie alsdann in faciendo bestehen würde. Man könnte zwar sagen, diese Servitut bestehē doch nur eigentlich darin, ut paries alterius onus aedium mearum sustineat, und nicht darin, ut alter parietem reficiat. Das Letztere sey nur eine Bedingung der Möglichkeit des Erstern. Allein es thut nichts zur Sache, ob die Servitut mittelbar oder unmittelbar in faciendo besteht. *Servius Sulpicius* war indessen der entgegen gesetzten Meinung, und dieser Meinung gab man

in den Gerichten den Vorzug. Aber doch nur in dem vorliegenden Falle, das ist, nur bey der servitute oneris ferendi, nicht bey andern qualifizirten Real-Servituten⁴¹⁾. Nicht einmal bey der servitute tigni immittendi, welche doch mit der servitute oneris ferendi soviel Aehnlichkeit hat. Es ergiebt sich dieses noch vorzüglich aus einer andern Stelle eben dieses Ulpianus, welche mit jener L. 6. in genauem Zusammenhange gestanden zu haben scheint, nämlich L. 8. pr. et §. 1. et 2. D. eod. Beide sind aus Ulpianus libro 17. ad Edictum genommen. In der letzten Stelle heißt es: *Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat: et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque, sicut in caeteris servitutibus, actio contraria dabitur: hoc est, ius tibi non esse me cogere.*

Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi (talem) servitutem, ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat. —

§. 2. Distant autem haec actiones inter se: quod superior quidem locum habet *etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum*; haec vero locum habet *ad hoc solum, ut tigna suscipiat: quod non est contra genera servituzum.*

Wie

41) G. Ger. NOODT de pactis. Cap. 19. (Operum T. I. pag. 539.) und EMMINGHAUS c. 1. pag. 43. not. e.

Wie man sich diese Sonderbarkeit bey der servitute oneris ferendi erklären solle, ist kein leichtes Problem. Herr Prof. Zachariä⁴²⁾ erklärt sich die Sache so: Durch die servitus oneris ferendi wird die Mauer des Andern zu einem Theile meines eigenen Hauses. Soll mein Haus fortdauern, so muß auch diese Mauer in hauischem Besen erhalten werden. Kann ich, vermöge dieser Servitut, die Mauer meines Nachbaren als einen Theil meines Eigenthums betrachten, so kann ich sie auch, wenn sie häufällig ist, wieder herstellen. Michin ist die Verbindlichkeit des Nachbarn, diese Mauer zu erhalten, keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig ist, um das Eigenthum daran, ungeachtet jener Servitut, ferner zu behaupten. Unter dieser Voraussetzung lasse sich nun nicht nur der vom Labeo angeführte Grund: *hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, vollkommen erklären; sondern jetzt werde man auch den Ulpian verstehen, wenn er in der angeführten L. 8. §. 2. D. *Si serv. vind. sage: locum habet haec actio ad compellendum vicinum, reficere parietem meum;* warum er hingegen auf die servitus tigni immittendi dieses nicht ausgedehnt wissen wolle.* Ich verkenne den Scharfsinn nicht, wodurch sich diese Erklärung vor andern auszeichnet, allein sie scheint mir dennoch zu vielen Zweifeln unterworfen zu seyn, um ihr Befall geben zu können. Die Ansicht, daß durch die S. oneris ferendi die Mauer des Andern zu einem Theile meines eigenen Hauses werde, bestätigt sich durch die angeführte Stelle nicht. Denn der Ausdruck *paries meus,* den die L. 8.

B 2

ges

⁴²⁾ In Hugo civil. Magazin 2. Band S. 339.

gebraucht, soll, wie auch Westphal⁴³⁾ schon bemerkt hat, offenbar nichts anders heißen, als *paries, qui mibi servit.* So versteht ihn schon die Glossa⁴⁴⁾, und man kann ihn auch nicht anders verstehen, wenn man nicht mit L. 4. pr. D. eodem, und mit dem Satz in Widerspruch gerathen will, *res propria non servit.* Und wie könnte denn wohl unter der Voraussetzung, die Verbindlichkeit des Andern, die dienende Mauer zu erhalten, sey keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig sey, um das Eigenthum daran ferner zu behaupten, eine Klage gegen denselben Statt haben ad compellendum vicinum reficere parietem servientem ad onera mea sustinenda? Einen andern Grund giebt Herr Justizrat Emminghaus⁴⁵⁾ an, nämlich man sey bey der servitus oneris ferendi darum von der Regel des gemeinen Rechts abgewichen, quia reipublicae interest, ne urbs ruinis deformetur. Allein dieser Grund dürfte wohl auch bey der servitus tigni immittendi eintreten, bey welcher doch der dominans den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks zu keiner Resection nöthigen kann. Noch anders erklärt sich darüber Heinrich Georg Wittich⁴⁶⁾. Der Grund, sagt er, warum bey der servitus oneris ferendi der Eigenthümer des dienen- den Hauses die Reparationskosten übernehmen muß, liegt in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Servitut, nach welcher

das

43) *De libert. et servitutib. praedior.* §. 575. not. 510.

44) *Accur si us macht ad L. 8. §. 2. D. Si servit. vindic.* bey dem Wort *Meum* die Bemerkung: *id est, mihi servientem, et ita aliquid dicitur meum.*

45) *Ad Coccejii ius civ. controv. h. t. Qu. XI. not. c. in fin.*

46) *Einfaches System des heutigen Civilrechts.* 2. Bd. §. 203.

das berechtigte Haus keine Aenderung in dem andern Hause vornimmt, nicht z. B. ein Loch in der Wand anbringt, und so Veranlassung zu Reparationen ist, sondern sich des Hauses blos als Unterlage bedient, wodurch, wenn die Bauart solide ist, keine Reparationen nothwendig werden. Allein nach dieser Erklärung würde es keiner besondern Uebereinkunft bedürfen, um den Eigenthümer des dienstbaren Gebäudes zur Reparatur zu verpflichten, welche doch in den von der servitus oneris ferendi sprechenden Gesetzen überall als Bedingung vorausgesetzt wird. Es bleibt also immer die Frage unbeantwortet, warum gerade bei dieser Servitut das pactum de reficiendo jeden dritten Besitzer verpflichtet? Es ist wohl der Mühe werth, auch einen der ältern Interpreten hierüber zu vergleichen. Am ausführlichsten hat sich hierüber Franz Connamus⁴⁷⁾ erklärt. *Quae autem sit in hac servitute (sc. oneris ferendi) ratio, si quaeratur,* sagt dieser würdige Civilist, *non alia assignari potest, quam quod verba obligationis ita concepta sunt, ut reficere debeat is, cuius res servit. Quum enim pariete tuo onus meum sustinere debeas, paries autem nequeat esse perpetuus, nisi reparetur, tacite videris obligatus ad eum reficendum, et ita tuendum, ut oneri ferendo par esse possit. Itaque ex natura servitutis nihil aliud, quam patientiam praestare tenetur: sed quia murus aeternus esse non potest, rei imbecillitas facit, ut cogatur reficere, ut sit portando oneri idoneus.* — *Aliud dicendum in servitute tigni immittendi, cuius imponendae verba non hoc significant, ut is, qui eam debet, aliquid faciat. Sic enim concipitur, ut in parietem tuum liceat mibi tignum immittere. Satis est, te permittere,*

47) Commentarior. iuris civ. L. IV. Cap. 7. pag. 251. sq.

ut immittam: et si caducus sit paries, ego meo periculo immittam, aut, si velim refici parietem, solutus es obligatione servitutis, si me patiaris reparare.

Connarus ist allerdings der Wahrheit am nächsten gekommen. Es wird sich dieses noch aus einer Stelle des Paulus näher ergeben, welcher L. 33. *D. de servitut. praedior. urbanor.* sagt: *Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes, quae servirent, non eum, qui imponere vellet.* Nam cum in *lege aedium* ita scriptum esset: **PARIES ONERI FERUNDO, UTI NUNC EST, ITA SIT,** satis aperte significari, *in perpetuum parietem esse debere.* Non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi *paries in perpetuum esset*, qui *onus sustineret.* Quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem⁴⁸⁾ praeberet, quae⁴⁹⁾ onus suum⁵⁰⁾ sustineret: si ea res, quae servit, et tuum onus ferret; perisset, alia in locum eius dari debeat. Der wahre Grund lag also in der besondern Art, wie die servitus oneri ferendi constituit wurde. Denn die Formel: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, erklärte man natürlich so, daß bei dieser

Servis.

48) *Ant. FABER* in *Rational.* ad L. 33. will statt servitutem lieber *servientem* sc. *parietem* lesen. Allein ohne Noth. *G. WESTPHAL* §. 574. not. a. pag. 365.

49) So liest die *Haloandrina* sowohl als die *Bulgata* richtiger statt *qui*, wie *Brenkmann* in der *Gebauerschen Ausgabe* bey dieser Stelle bemerkt hat.

50) Statt *onus suum* will *Westphal* a. a. *D.* lieber *onus tuum* lesen; allein die gemeine Leseart läßt sich sehr gut erklären.

Servitut der Eigenthümer die lasttragende Wand in baulichem Stande erhalten müsse, und sahe daher diese Verbindlichkeit gegen die Natur der Servituten, welche sonst kein Recht geben, von dem Eigenthümer des dienenden Gutes zum Nutzen des herrschenden eine positive Handlung zu fordern, als einen Theil der Servitut an. Mit Recht sagt daher Ulrich Huber⁵¹⁾: *Paulus in L. 33. D. de serv. praed. urb. ideo servientem ad reficiendum teneri scribit, quia in lege aedium, id est, in pactione de servitute scriptum erat ita: Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, quibus verbis satis aperte significatum erat, parietem in perpetuum esse debere in eo statu, ut onus impositum sustinere posset, idque eum, qui id in se receperat, ita promisse videri.* Dem Einwurf, welchen Aquilius Gallus dagegen machte, *non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur*, suchte Lasbeo, wie Ulpian L. 6. §. 2. D. *Si serv. vind.* ebenfalls bemerkt, dadurch zu begegnen, daß, dieser Verbindlichkeit ungeachtet, dennoch auch bey der servitus oneris ferendi nicht die Person des Besitzers, sondern das Grundstück selbst der Gegenstand der Dienstbarkeit sey. Daher könne sich der serviens von dieser Verbindlichkeit dadurch losmachen, wenn er die Sache dereliquirt. Denn die Verbindlichkeit zur Refection trifft ihn nur als Besitzer, und muß also aufhören, sobald sein Besitz aufhört⁵²⁾). Es ist auch, wie noch in der L. 8. pr. D. *eodem* hinzugefügt wird, der Eigen-

B 4

thümer.

51) Praelect. iuris civ. ad Pandect. h. t. §. 2.

52) C. EV. OTTO de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicij. Cap. VI. §. 2. in fin. (in Tbes. iur Rom. Tom. V. pag. 1588.) und WESTPHAL §. 574. not. b.

thümer des dienenden Grundstücks nicht schuldig, das herrschende Gebäude während der Reparation mit Steinen zu verschenen. Aus dem Allen ergiebt sich nun als unlängbare Wahrheit,

1) daß in der Regel nicht dem Herrn des dienenden, sondern dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Reparatur des zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthigen Werks zur Last falle. Die Worte der L. 6. §. 2. D. Si servit. vindic. In omnibus servitutibus resectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cuius res servit, schen diese Regel außer allen Zweifel⁵³⁾). Wenn man dagegen einwenden will, daß diese Worte blos auf die Meinung des Gallius bezogen werden müßten, welche hier nur, als die Meinung eines dissentirenden Rechtsgelehrten, vom Ulpian angeführt werde, und daß sie folglich, als ein bloßer Zweifelsgrund, keine gesetzliche Kraft hätten⁵⁴⁾; so ist dieses eine leere Ausflucht. Der Zusammenhang lehrt vielmehr, wie auch Ulrich Huber⁵⁵⁾ ganz richtig bemerkte hat, daß Ulpian jene Worte hinzugefügt habe, um die Regel festzusezen, von welcher die Praxis, nach der Meinung des Servius Sulpicius, bei der servitus oneris ferendi eine Ausnahme gemacht hat. Diese Erklärung wird auch durch die Basiliken⁵⁶⁾ bestärkt, in welchen die L. 6: §. 2. cit. im Wesentlichen auf folgenden

53) Man vergleiche noch insonderheit L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluviae arc. und darüber WESTPHAL §. 41. not. e. pag. 46.

54) S. RICHTERI Dissertat. cit. §. 6. in fin.

55) Praelect. ad Pand. b. t. §. 2. pag. 361.

56) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. Fr. 6. pag. 771.

de Art ausgedrückt ist: Ἐπὶ πατῶν τῶν δουλειῶν δὲ τῷ δουλεύοντι, ἀλλά τῷ δουλευομένῳ καὶ φιλοκαλίᾳ ἐπίνειται: πλὴν τῆς περὶ τὰ φέρεν τὰ βάρη τῷ γείτονῳ. i. e. nach der lateinischen Version des Gabrotus: *In omnibus servitutibus refectionio non ei, cuius res servit, sed, qui sibi servitutem adserit, incumbit: excepta servitute sustinendi onera vicini.* Der stärkste Beweis für jene Regel liegt jedoch unstreitig in der hingefügten Exception. Wie hätte denn wohl unter den Römischen Rechtsgelehrten ein Streit darüber entstehen können, ob bei Errichtung der servitus oneris ferendi durch Vertrag festgesetzt werden könne, daß der Eigentümer des dienstbaren Gutes die Reparatur der Mauer übernehmen solle; wenn es schon an sich Regel wäre, daß der Serviens den zur Ausübung der Servitut erforderlichen Gegenstand auszubessern verpflichtet sei? Aus den angeführten Gesetzstellen erhellt ferner,

2) daß es auch bei der servitus oneris ferendi bei der Regel bleiben würde, nach welcher dem domino praedii dominantis die Refection zur Last fällt, wenn es nicht bei Errichtung der Dienstbarkeit bedungen worden, daß der Herr des dienenden Grundstücks die lasttragende Mauer auszubessern schuldig seyn solle. Nicht nur die Worte in der L. 6. §. 2. D. *Si servit. vind. aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est;* wenn man besonders §. 5. damit verbindet, wo es heißt: *Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposta continetur:* forte, ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structuli, vel quovis alio opere, *quod in servitute dictum est;* sondern auch vorzüglich die L. 33. D. *de servitut: praedior. urbanor. mo-*

aus.

ausdrücklich gesagt wird: *cum in lege aedium ita scriptum esset: Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, etc.* deuten unwidersprechlich auf einen Vertrag hin. Es läßt sich also hier eine Anomalie nur in sofern annehmen, als jeder Besitzer des dienenden Gutes⁵⁷⁾ vermöge dieses Vertrags die Mauer auf seine Kosten ausbessern lassen muß; keinesweges aber läßt sich behaupten, daß die servitus oneris ferendi, wie viele⁵⁸⁾ glauben, eine solche servitus anomala sey, daß der serviens auch ohne Vertrag zur Refection gehalten sey⁵⁹⁾). Als etwas Besonderes

res

57) Hat jedoch ein Anderer den Missbrauch an dem dienstbaren Hause, so kann die Refection nicht von dem Usufructuar, sondern bloß von dem Proprietar verlangt werden. So ist *L. I. §. 1. D. de servit. praedior. urb.* zu verstehen, in welcher es heißt: *Si ususfructus tuus sit, aedium proprietas mea, quae onera vicini sustinere debeant, tecum in solidum agi potest, tecum nullo modo,* wie *Ian. a costa* in *Praelectionib. ad illustr. quosd. Titulos iuris civ.* pag. 65. und *Iac. Cajacius* in *Commentar. ad libros Pauli ad Edictum* in *Lib. XXI. eiusq. L. I. §. 1. cit.* (*Operum postumor. Tom. II.* pag. 329. *Paris 1658. f.*) gezeigt haben.

58) *Arn. VINNIUS* in *Comm. ad §. I. I. de Servitut.* nr. 3. *Conr. RITTERSHUSIUS* *Commentar. ad §. eund. Institut.* pag. 189. *Claud. CANTIUNCULA* in *Paraphras. in tres priores Institution. civil. libros Lib. II. Tit. 3.* pag. 242. *Herm. VULTEJUS* in *Comment. in Institut. ad §. I. de Servitutib.* pag. 183. *de BERGER* in *Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 10. not. I. u. a. m.*

59) *G. Eu. OTTONIS* *Commentar. ad §. I. I. de Servitutib.* nr. 2. *Io. Gottl. HEINECCIUS* in *Annotat. in Vinnii Commentar. in Institut. §. I. Tit. de Servitut.* Num. 3. *Io. Frid. WAHL* *Melet. de Servitutibus. Goettingae 1748.* Melet. V. nr. 2. und *HAUBOLD* ad *Bergeri Oecon. iuris c. I. not. I.* pag. 333.

res pflegt jedoch bey dieser Servitut noch bemerkt zu werden, daß, wenn das dienstbare Haus mehreren Eigenthümern zugehört, wegen der Refection nicht gegen jeden in solidum geflagt werden könne, sondern alle zugleich belangen werden müssen, und daher ein jeder nur pro sua rata verpflichtet sei⁶⁰).

§. 662.

Manigfaltigkeit des Vortheils bey Prädial-Servituten, und dazu erforderliche Nachbarschaft der beiden Grundstücke.

Bey Real-Servituten dient oder nügt ein Grundstück dem andern. Dieser Nutzen, den das herrschende Gut aus dem dienenden zieht, ist nun auf verschiedene Art denkbar. Er kann entweder in einer Bequemlichkeit des Zugangs oder der Ausfuhr bestehen, wie bey der servitus itineris, actus, und viae; oder in einer besondern Annehmlichkeit, welche dadurch dem herrschenden Gute verschafft wird, wie bey der servitus prospectus et ne prospectui

60) L. 6. §. 4. D. *Si servit. vindic.* Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, *Papinianus* libro tertio Quaestionum tractat. Et ait, singulos dominos in solidum agere, sicuti de caeteris servitutibus, excepto usufructu, sed non idem respondendum inquit, si *communes aedes essent*, quae onera vicini sustinerent. *S. Franc. BROEUS* in Expositionib. in Iustiniani Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 13. *Ge. FRANTZKIUS* in Commentar. in XXI. libros Pandectar. Lib. VIII. Tit. 2. nr. 8. und *WESTPHAL* §. 980. *Ant. FABER* in Rational. ad L. cit. Tom. II. P. II. pag. 249. sieht den Grund darin, weil ein Miteigentümer ohne Wissen und Einwilligung des andern keinen Bau auf der gemeinschaftlichen Sache unternehmen könne. *L. 12. et 28. D. Communi divid.*

spectui officiatur; oder in einer Vermehrung des reinen Ertrags, wie bey der servitus pascendi, servitus aquae ductus, aquae haustus; oder in Erhaltung gewisser natürlicher Vortheile, welche dem herrschenden Gute sonst durch nachtheilige Eigenthumshandlungen des Nachbarn entzogen werden könnten, wie bey der servitus altius non tollendi, und ne luminibus officiatur; oder in einer Erweiterung des herrschenden Gebäudes, wie bey der servitus oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi und protegendi; oder in einer Wiederherstellung der vorher beschränkt gewesenen natürlichen Freyheit des Eigenthums, wie bey der servitus altius tollendi, und stillicidii aut fluminis non recipiendi; oder in einer Exoneration des herrschenden Grundstücks, wie bey der servitus sumi, stillicidii vel fluminis recipiendi, und cloacae; oder in irgend einem andern möglichen Vortheil. Ueberhaupt kann Privatwillkür und Uebereinkunft der Interessenten den Gegenstand und Nutzen dinglicher Dienstrechte auf so mancherley Art festsetzen, als sie will, und hiervon hängt vorzüglich das besondere Recht der einzelnen Dienstbarkeiten ab⁶¹).

Auf jeden Fall wird jedoch erforderlich, daß beyde Grundstücke, das herrschende und das dienende, vermöge ihrer natürlichen Lage, in einer solchen Beziehung seyn müssen, daß das dienende Gut den beabsichtigten Vortheil auch wirklich gewähren kann. Es darf also zwischen beyden Grundstücken nichts liegen, wodurch die Gewährung jenes Vortheils und die Ausübung der Servitut verhindert und unmöglich gemacht würde. Daher der Grundsatz des Römischen

61) S. HUFELANDS Pandectencompendium §. 288.

schen Rechts: *Vicina debent esse praedia, quorum alterum alteri servitutem debet⁶²⁾*). Wiele⁶³⁾ wohlen hier einen Unterschied machen zwischen servitutes urbanae und rusticae. Sie behaupten, daß zwar letztere durchaus zwei benachbarte Grundstücke erforderten, und ein mitten inne liegendes drittes der Eindäumung und Ausübung derselben schlechterdings entgegen sey, wofern nicht der Eigentümer des in der Mitte liegenden Grundstücks einen Durchgang erlaubt, welcher die Ausübung der Servitut möglich macht; bei den ersten hingegen sey ein so genauer Zusammenhang der Grundstücke nicht nöthig. Eine solche Servitut könne existiren, wenn auch ein mitten inne liegendes praedium das herrschende und dienende von einander trennen sollte. Denn auch in der Entfernung lasse sich eine servitus urbana gedenken, z. B. die servitus altius non tollendi. Allein mit Recht hat schon der gelehrte Bachov Eche⁶⁴⁾ dagegen erinnert, daß es nicht sowohl auf jenen Unterschied, als vielmehr theils auf die einzelnen Arten der servitutum urbanarum und rusticarum, theils darauf ankomme, ob der zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstück liegende Platz ein locus publicus oder privatus sey. Denn so giebt es

I) ser-

62) L. 5. §. 1. D. de servitut. praed. rusticor. L. 7. §. 1. D. eodem. L. 38. L. 39. D. de servitut. praedior. urbanor. S. den 9. Th. §. 621. S. 17. f. und MORECKERT Diff. de vicinia et conspectu praediorum. Rintelii 1776.

63) Herm. VULTEJUS in Commentar. in Institut. iuris civ. ad princ. Tit. de Servitutib. nr. 12. et 13. und MÜNTER von den Servituten. §. 69.

64) Not. et Animadversion. ad Treutlerum Vol. I. Disputat. XVII. Th. I. Lit. B. ad verb. Praedii vicinitatem. pag. 656.

1) servitutes urbanae, welche einen genauen Zusammenhang der Gebäude erfordern, um ausgeübt werden zu können; z. B. die servitus oneris ferendi, tigni immittendi, protegendi, projiciendi, fluminis et stillicidii recipiendi, et non recipiendi⁶⁵⁾). Nur die servitus altius non tollendi hat das Eigenthümliche, daß sie nicht gerade das nächstbenachbarte Haus zu ihrem Gegenstande erfordert, sondern daß auch ein entfernterer Nachbar sie ausüben kann, insofern nämlich die höhere Aufführung des dienenden Hauses ihm zum Nachtheil gereichen würde. Es läßt sich daher bei dieser Servitut der Fall als möglich denken, daß zwischen dem Hause, welches mit der Servitut, nicht höher bauen zu dürfen, belegt ist, und demjenigen, zu dessen Nutzen das Servitutrecht constituit worden ist, ein drittes, niedriges, mit keiner Servitut beschwertes Gebäude liegt. Denn in einer engen Straße könnte mir leicht durch das Höherbauen des entfernten Nachbars Licht oder Aussicht benommen werden, wenn ich auch von meinem nächsten Nachbar deshalb nichts zu besorgen hätte. Allein es ist auch sehr natürlich, daß der Nutzen der Servitut nur so lange dauert, als der Inhaber des Mittelgebäudes sein Haus nicht erhöhet. Denn geschieht dies, welches ich nicht hindern kann, so habe ich auch kein Widerspruchsrecht, wenn der entferntere Nachbar, auf dessen Hause die servitus altius non tollendi haftet, nun sein Haus ebenfalls höher bauet. Sollte jedoch der nächste oder mittlere Nachbar sein Haus noch vor dem Ablauf des Zeitrums

⁶⁵⁾ L. 1. princ. D. de Servitut. praedior. urb. Die meisten Servitutes urbanae sind also von der Art, daß sie aneinanderliegende Gebäude (praedia contigua) erfordern. S. WESTPHÄL de libert. et servitut. praed. §. 581.

raums wieder abtragen und erniedrigen, in welchem Servituten durch Verjährung erloschen, so wacht die Servitut gegen den entfernteren Nachbar wieder auf, und das Vindicationsrecht ist gegen ihn begründet. Folgende Gesetzesstellen verdienen hier einen Platz.

L. 4. §. 8. D. Si servit, vindicet. Si cui omnino altius tollere non liceat, adversus eum recte agetur, ius ei non esse tollere. Haec servitus et ei, qui ulteriores aedes habet, deberi poterit.

L. 5. D. eodem. Et ideo, si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia, donec tu non extollis, est utilitas servitutis.

L. 6. pr. D. eodem. Et si forte, qui medius est, quia servitutem non debebat, altius extulerit aedifica sua, ut iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes, ius mibi non esse ita aedificatum babere invito te: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.

Es giebt nun hingegen.

2) auch servitutes praediorum rusticorum, welche keinen Zusammenhang oder Angränzen der beyden dazu nothigen Grundstücke erfordern, sondern Statt haben können, wenn sie gleich durch einen darzwischen liegenden Platz von einander getrennt sind. Dieser Platz kann nämlich entweder öffentliches, oder Privateigenthum seyn. Ein öffentlicher Platz, z. B. eine Heerstraße, oder ein öffentlicher

Fluß,

Fluß, welcher beyde Grundstücke trennt, hindert die servitutes itineris, actus, vias, und aquae baustus nicht, wenn nur der Fluß mit einer Brücke versehen ist, oder eine Wasser-Furth hat, wo man durchwaten, reiten oder fahren kann. Bey der servitus aquae ductus ist es schon anders. Hier muß ich erst eine Erlaubniß vom Landesherrn auswirken, um das Wasser durch den öffentlichen Weg leiten zu dürfen. Folgende Stellen sind hier merkwürdig.

L. 14. §. 2. D. de servitut. Publico loco interveniente, vel via publica, baustus servitus imponi potest, aqueductus non potest. A Principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico licet.

L. 18. §. 1. D. de aqua et aquae pluv. arc. Sine permisso Principis aqua per viam publicam duci non potest⁶⁶⁾.

*L. 1. pr. D. de servitut. praedior. urban.*⁶⁷⁾ Si intercedat solum publicum, vel via publica: neque itineris, actusve, neque altius tollendi servitudes impedit, sed immittendi, protegendi, proiiciendi⁶⁸⁾, item fluminum et

66) Es gehörte, wie Papinian sagt *L. 1. §. 2. D. de via publica*, et si quid in ea zum Amt der Aedilen, oder derjenigen Polizey-Beamten, welche man curatores viarum, oder nach VARRO de L. L. Lib. IV. c. I. Viocuri nannte, dahin zu sehen, ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid. Sie konnten das unternommene Werk einrissen lassen, und Strafen erkennen.

67) In den glossirten oder gemeinen Ausgaben ist diese Stelle *L. 21. D. de servitut.*

68) So ist mit Halaander, Gaudozia, und Hugo a Porta, statt probibendi, zu lesen, wie die Florentine hat. Die Be-

et stillicidiorum servitutem impedit: quia coelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

L. 17. §. 2. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. Via publica intercedente, baustus servitutem constitui posse, placuit: et est verum. Sed non solum si via publica interveniat, sed et si flumen publicum, eodem casu, quo, interveniente flumine publico, viae, itineris, actus servitus imponi potest, id est, si non sit impedimento transiunti magnitudo fluminis.

L. 38. D. de servitut. praed. rusticor. Flumine interveniente, via constitui potest, si aut vado transiri potest, aut pontem habeat. Diversum, si pontonibus trajiciatur⁶⁹⁾.

Ist hingegen der zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstück liegende freie fundus, Privateigenthum, so gehört entweder derselbe dem zur Servitut berechtigten selbst, oder dem Eigenthümer des dienenden Guts, oder einem

Basilica Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. I. bestärken jene Leseart, welche ἡ εξωτερη ποιεῖν haben. Nun sind εξωτερα moenia, quae ita producuntur, ut nusquam requiescant, sed tantum occupent coelum alienum; was man Erker zu nennen pflegt. Unser Cod. mspt. Erlang. liest ebenfalls proiiciendi.

69) Die Ausleger sezen den Grund dieses Unterschiedes darin, weil nicht immer Pontons zum Uebersezzen bey der Hand sind. Die causa servitutis sey also hier nicht perpetua. S. Franc. DUARENUS in Commentar. ad L. 38. D. de servitut. praed. rusticor. (*Operum pag. 199.*) Em. MERILLIUS in libro sing. Differentiari. iuris Cap. 6. ROTHIER Pandectae Justin. Tom. I. Tit. de servitutib. Nr. X. not. k. pag. 255. und WESTPHAL §. 532. not. 515. pag. 370.

einem Dritten. Im ersten und andern Falle steht das mitten inne liegende Grundstück der Ausübung der Dienstbarkeit natürlich nicht im Wege⁷⁰). Denn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks muß alles gestatten, ohne welches das Dienstrech^t nicht ausgeübt werden kann⁷¹). In dem letztern Falle hingegen hindert das praedium intermedium die Servitut⁷²), wosfern nicht etwa der Eigenthümer des in der Mitte liegenden Grundstücks den Durchgang, oder sonstigen Gebrauch desselben erlaubte, welcher die Ausübung der Servitut möglich macht⁷³); oder aber diese Ausübung auch ohne den Gebrauch des in der Mitte liegenden Grundstücks möglich wäre⁷⁴). Noch ist endlich

3) zu

⁷⁰⁾ L. 7. §. 1. D. Commun. praedior. L. 17. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

⁷¹⁾ L. 3. §. 3. D. de servitut. praed. rustic. L. 10. D. de servitut. praed. urb. S. Car. Frid. WALCH Diff. de aquae hauriendae servitute. Jenae 1754. §. 10.

⁷²⁾ L. 7. §. 1. D. de servit. praed. rustic.

⁷³⁾ L. 17. §. 4. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. L. 31. D. de servit. praed. rusticor. 3. E. Titius erlaubt mir aus seinem Hache eine Wasserleitung, zwischen meinem und des Titius Grundstück liegt aber des Caius Acker. Bewilligt mir letzter die Befugniß, meine Canäle durch seinen Fundus zu leiten, so steht nun der Servitut nichts im Wege. Ohne diese Bergünstigung ist mir die Servitut nichts nütze. Denn nöthigen kann ich den Caius dazu nicht. PETR. DUIRSEMA in Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 5. pag. 87. sq. hat daher die L. 17. §. 3. D. de aqua pluv. offenbar falsch verstanden, welche unsäugbar blos von dem Falle redet, da der fundus intercedens dem servienti selbst zugehört. S. POTHIER Pandectae Justin. c. l. Nr. XI. pag. 256. und WESTPHAL §. 584.

⁷⁴⁾ S. DUARENUS in Comm. ad L. 14. §. 2. D. de servitut. und WESTPHAL §. 585.

3) zu bemerken, daß wenn der Eigentümer von zwey Grundstücken eins verkauft, und der Verkäufer bei der Tradition entweder dem verkauften Grundstück eine Servitut aufgelegt, oder demselben auf seinem zweyten, nicht verkauften Prädium, eine Servitut constituit hat, es zwar nach Ulpian L. 6. pr. D. Commun. praedier. gar nichts darauf ankommen soll, ob die beyden Grundstücke benachbart sind, oder nicht. Es heißt nämlich: *Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere: ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur, vel contra: ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non. Idem erit et in praeditis rusticis.* Vergleicht man jedoch damit die L. 7. §. 1. D. eodem, wo Paulus sagt: *Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest: veluti, ut altius tollere, vel non tollere liceat: vel etiam si iter debeat, ut ita convalescat, si mediis aedibus servitus postea imposita fuerit, sicuti per plurimum praedia servitus imponi etiam diversis temporibus potest. Quamquam dici potest, si tria praedia continua habeam, et extremum tibi tradam, vel tuo vel meis praediis servitutem acquiri posse. Si vero extremo, quod retineam, quia et medium meum sit, servitutem consistere: sed si rursus aut id, cui adquisita sit servitus, aut medium alienavero, interpellari eam, donec medio prae-dio servitus imponatur; so läßt sich wohl nicht füglich behaupten, daß Ulpian in jenem Falle eine besondere Ausnahme habe machen wollen, sondern man wird auch hier, wie schon die Natur der Sache lehrt, voraussehen müssen, daß die Ausübung der constituirten Servitut ihrer Art nach möglich sei, ohne daß dieselbe durch das prae-dium inter-*

intermedium gehindert wird. Nur unter dieser Bedingung läßt sich mit Ulpian annehmen, daß es nicht darauf ankomme, ob die praedia benachbart sind, oder nicht, wie insonderheit auch schon Hugo Donellus⁷⁵⁾ sehr gründlich ausgeführt hat.

§. 663.

Causa perpetua bei Prädial-Servituten.

Aus den bisher entwickelten Grundsäzen, besonders aber aus dem Begriff von Prädial-Servituten, nach welchem ein Prädium dem andern durch sich selbst, d. i. durch seine natürliche Beschaffenheit, nützt, läßt sich ferner der Satz des Röm. Rechts erklären, daß Prädial-Servituten eine *causa perpetua* haben müssen. Worin jedoch diese *causa servitutis perpetua* besthe, wird von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Bald versteht man unter der *causa* das Object der Servitut, bald den Zweck, wozu die Servitut constituit worden ist, bald die Form der Servitut, oder diejenige Eigenschaft derselben, daß sie dem herrschenden Gute den Vortheil gewährt, um dessen willen sie constituit worden ist⁷⁶⁾). Allein *causa ser-*

75) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 2. Man sehe auch BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disp. XVII. Th. I. lit. B. pag. 656.

76) Man sche IO. SUPERIOR Comment. de servitutib. ad. L. 12. pr. D. de servitut. nr. 4. Iac. CUJACIUS Observation. Lib. XI. cap. 3. Franc. DUARENUS Commentar. ad L. 28. D. de servitut. praedior. urban. Oper. pag. 195. Guil. MARANUS Paratitl. Dig. pag. 259. Hug. DONELLUS Commentar. iuris. civ. Lib. XI. cap. 3. Ger. NOODT Commentar. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. Operum

servitutum ist vielmehr die Bedingung, von welcher die Ausübung der Servitut ihrer Möglichkeit nach abhängt. Da nun bei Prädial-Servituten nicht von bloßen persönlichen Vortheilen die Rede ist, sondern dadurch einem Grundstücke selbst ein nützliches Recht erworben wird, zu dessen Ausübung blos die Existenz eines dienstbaren Guts erforderlich ist, welches diesen Vortheil an sich gewähren kann; so liegt nun auch hierin, und in der perpetuirlichen Existenz dieser Grundstücke der Begriff der *causae servitutum perpetuae*. Diese *perpetuitas causae* erfordert also,

1) daß dasjenige, wodurch die Ausübung der Servitut möglich wird, durch die Naturbeschaffenheit und Zweckbestimmung beider Grundstücke bewirkt, und mithin

2) mit diesen Grundstücken selbst immerwährend vorhanden seyn müsse, ohne von positiven Handlungen des Eigenthümers des dienenden Grundstücks abhängig zu seyn. Ob von Seiten des Eigenthümers des berechtigten Guts zur Ausübung der Dienstbarkeit Handlungen erfordert werden, oder nicht, kommt in keine Betrachtung. Die Nichtigkeit der gegebenen Erklärung, welche ich vorzüglich

C 3

lich.

Operam. Tom. II. pag. 222. *M. Aurel. GALVANUS de usufructu Cap. XII. §. 5. pag. 111. und Cap. XXXIX. §. 10. pag. 564.*
*Ulr. HUBER Praelect. ad Dig. Lib. VIII. Tit. 4. §. 6. Io. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XVIII. §. 13. sq. Pet. DUISERMA Conjectur. iur. civ. Lib. I. Cap. 5. §. 4 pag. 92. sqq. Io. GOTTL. HEINECCIUS in Diff. de causa servitutum perpetua. *Haleae 1738.* und WESTPHAL de lib. et servitut praedior. §. 550 — 556.*

lich dem Herrn Prof. Zachariä⁷⁷⁾ verdanke, wird sich aus den Gesetzstellen rechtfertigen, welche jenen Grundsatz enthalten. Hierher gehört:

1) *L. 28. D. de servitutib. praedior. urb.* wo Paulus sagt: *Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: neque enim perpetuam causam babet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent: et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.* Dieses Fragment enthält

a) den Grundsatz selbst, daß Prädial-Servituten eine *causa perpetua* haben müssen. Da Paulus hier über den Massurius Sabinus commentirt, aus dessen libro 15. ad Sabinum diese Stelle entlehnt ist, so lehrte ohne allen Zweifel schon Sabinus selbst diesen Satz. Ja es sind die Worte: *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, wahrscheinlich die eignen Worte des Sabinus, wie Franz Duaren⁷⁸⁾ hierbei sehr richtig bemerkt hat. Es ist auch merkwürdig, daß über diesen Grundsatz nie zwischen den Sabinianern und Prokulianern gestritten worden ist.

b) Seht

77) Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 13. In Hugo civilist. Magazin. 2 B. S. 343. ff.

78) Commentar. ad L. 28. D. de servitut. praed. urb. Operum pag. 195.

b) Seht hier Paulus demjenigen, *quod perpetuum causam habet*, das entgegen, *quod manu fit*, und sagt, das habe eine causam perpetuam, *quod ex naturali causa fit*. Es ist hier zu bemerken, daß unter dem, *quod manu fit*, nicht dasjenige verstanden werden soll, was überhaupt durch Menschenhände geschieht, und bewirkt wird. Denn es giebt mehrere Servituten, bey welchen der Gegenstand, der zu ihrer Ausübung erfordert wird, von Menschenhänden gemacht ist, z. B. die Mauer, bey der servitus oneris ferendi und tigni immittendi, der Kamin bey der servitus fumi immittendi; und doch wird Niemand läugnen, daß diese Servituten eine causa perpetua haben. *Quod manu fit*, heißt vielmehr hier soviel, als *quod manuaria domini praedii servientis opera perficitur*. Es wird uns die nähere Entwicklung des Falles, von dem hier Paulus redet, von der Richtigkeit dieser Erklärung noch mehr überzeugen. Ich mache mit meinem Nachbar den Vertrag, daß er mir durch seine Leute das zur Reinigung meiner Fußböden in meinem Gebäude nöthige Wasser durch eine Öffnung, die ich deshalb in meiner Wand gemacht habe⁷⁹⁾, in einer zu diesem Zweck angebrachten Rinne aus seinem Brunnen solle pumpen lassen. Dies ist eigentlich der Fall, von dem Paulus redet; nicht aber der, welchen man gewöhnlich hier unterstellt, daß ich nämlich die Öffnung in meiner Wand dazu gemacht hätte, um das Was-

C 4 ser,

79) Accursius in Glossa ad L. 28. cit. nimmt den Fall an, daß die Öffnung (foramen) in der Wand des Nachbars gemacht worden sei. Ihm stimmt auch HUBER in Praelect. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. §. 7. bey. Allein in dem Gesetz wird dies nicht gesagt. Es ist auch zu dieser Voraussetzung keine Nothwendigkeit vorhanden.

ser, womit meine Fußböden abgespült worden, in meines Nachbars Grundstück abzulassen⁸⁰). Denn wenn dies der Sinn wäre, so könnte es nicht heißen: *foramen, quod esset proluendi pavimenti causa*; sondern es müßte heißen: *foramen, quod esset emittendae proluviae causa*, wie auch *Heineccius*⁸¹) ganz richtig bemerkt hat; und dann könnte auch von keiner servitute fluminis die Rede seyn, sondern dies wäre alsdann eine wahre servitus cloacae⁸²). Dass nun jener Vertrag gültig eingegangen werden könne, hat keinen Zweifel. Allein er bewirkt nur eine persönliche Verpflichtung, begründet hingegen keine Servitut. Wie aber, wenn ich schon seit zehn Jahren auf solche Art das Pumpenwasser meines Nachbars benutzt hätte, könnte man nicht sagen, ich hätte nun wenigstens durch Versäumung die Servitut meinem Grundstück erworben? Nein, denn es fehlt hier ganz an der wesentlichen Bedingung einer Prädial-Servitut, nämlich an der *causa perpetua*. *Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* Hier würde ein Handdienst des Eigenthümers des dienstbaren Guts die Be-

din:

80) Man sehe z. B. *Io. Iac. WISSENBACHII Exercitation. ad Pand. Disp. XX. §. 13.* POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. I. Nr. XVI. not. c. pag. 257. und *Abr. HAVERKAMP specim. ad Constantini Harmenopuli Promtuarii L. II. Tit. IV. §. 34.* Ad L. 13. pr. π. de servitut. praedior. rustic. et L. 28. π. de servit. praed. urban. *Lugd. Batav. 1738.* Cap. III. (in OELRICH'S Thes. *Dissertation. iuridic. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 60. sqq. und vergleiche dagegen *Ulr. HUBERI Eunomia Rom. ad L. 28. D. de servitut. praed. urb. §. 8.* pag. 372.

81) *Diss. de causa servitutum perpetua* §. 29.

82) *L. I. §. 4. D. de cloacis.*

dingung der Möglichkeit der Servitut seyn, welche doch vielmehr durch die Natur beyder Grundstücke selbst gegeben seyn muß. Ein Anders wäre, wenn mein Nachbar, vermöge des geschlossenen Vertrags, leiden müßte, daß ich das Regenwasser von seinem Dache durch Rinnen in einem Wasserbehälter sammeln, und solches durch die in meiner Wand gemachte Öffnung in mein Gebäude leiten dürfte, um den Fußboden damit abzuspülen⁸³⁾). Dies wäre eine wahre Servitut. Quod enim ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur. Hieraus folgt also,

c) was von der Wirkung der Natur abhängt, kann der Gegenstand einer Prädial-Servitut seyn, wenn auch schon die Wirkung nicht ununterbrochen erfolgt, wie Paulus durch das Beispiel der servitus stillicidii, und fluminis erweist⁸⁴⁾). Was hingegen nicht benutzt werden kann, ohne daß der Eigentümer des dienstbaren Grund-

stückes

83) Dergleichen Wasserleitungen waren bey den Römern etwas sehr gewöhnliches, nicht blos um Wasser zur Abspülung der Fußböden gleich bey der Hand zu haben; sondern sie hatten auch sowohl in den Vorsälen, als in den Wohnzimmern und besonders in den Speisesälen (*triclinium*) Fontainen und Bassins. Man s. SENeca *Natur. Quæst.* Lib. III. c. 17. *de tranquill. animi* c. 1. et *Epist.* 100. MARTIAL. Lib. XII. Epigr. 40. SUETON. in *Aug.* c. 81. PAPIN. STATIUS *Sylv.* Lib. I. Carm. 2. v. 154. et Carm. 3. v. 37. *Iſ. CASAUBONUS ad loc.* Sueton. cit. IO. BRODAEUS *Miscellaneor.* Lib. V. c. 6. IER. MARCKLANDUS *ad loc.* Statii cit. u. MEURSIUS *de luxu Romanor.* Cap. 12.

84) Auch bey der servitus aquae ductus kann, wie L. 34. §. 1. et L. 35. *D. de servitut. praed. rusticor.* gesagt wird, zuweilen die Quelle versiegen, welches dennoch der causae perpetuae nicht entgegen ist.

stücke eine positive Handlung dabei leistet, ist kein Gegenstand einer Prädial-Servitut, obwohl eine persönliche Verpflichtung dabei Statt finden kann, die auch sonst nicht ohne rechtliche Folgen ist⁸⁵).

2) *L. 23. §. 1. D. de servitut. praed. rustic.* *Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.*

3) *L. 1. §. 5. D. de aqua quotidiana.* Loquitur autem Praetor in hoc Interdicto de ea aqua sola, quae perennis est: *nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est.* Mit Recht sagt Pothier⁸⁶) den Grund darin, quia causa servitutum naturalis et perpetua esse debet.

§. 6. Quanquam autem ad perennes aquas dixerimus hoc Interdictum pertinere; ad eas tamen perennes pertinet, quae duci possunt. Caeterum sunt quaedam, quae, et si perennes sunt, duci tamen non possunt, ut puta puteales, et quae ita sunt summersae, ut defluere extra terram, et usui esse non possint, sed huiusmodi aquis, quae duci non possunt, *baustris servitus imponi potest.*

§. 7. Haec Interdicta de aqua, item de fonte, ad eam aquam pertinere videntur, *quae a capite ducitur, non*

85) Wenn z. B. der Nachbar durch dieöffnung, welche in der Grundmauer, proluendi pavimenti causa, gemacht worden ist, Schaden leidet, so findet nicht die actio negatoria, sondern die actio ex stipulatione damni infecti, oder actio in factum Statt. *L. 29. D. de servitut. praedior. urban.* *L. 18. D. eod. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 556. und §. 7. not. 6 pag. 19.*

86) Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 20. Nr. III. Not. b.

non aliunde: *barum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest.*

§. 8. *Caput aquae* illud est, unde aqua nascitur: si ex fonte nascatur, ipse fons; si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine, vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent⁸⁷⁾). Plane si aqua, sudoribus manando, in aliquem primum locum effluere, atque ibi apparere incipit: eius hoc *caput* dicemus, ubi primum emergit.

4) L. un. §. 4. D. de fonte. Hoc Interdictum *de cisterna* non competit: nam *cisterna* non babet perpetuam causam, nec vivam aquam. Ex quo apparet in his omnibus exigendum, ut *viva aqua* sit. Cisterne autem imbribus concipiuntur. Denique constat, Interdictum cessare, si lacus, piscina, puteus vivam aquam non babet.

Es erhelet aus diesen Stellen, daß nach der Strenge des Römischen Civilrechts auch dasjenige kein Gegenstand einer Prädial-Servitut seyn kann, was zwar von einer Wirkung der Natur herrührt, aber durch den Gebrauch leicht erschöpft ist, so daß man aus dieser Ursache den Nutzen nicht beständig haben kann. Daher nahm man zum Grundsatz an, daß aus einem stagnirenden See, der keine Quellen hat, desgleichen aus einer Eisterne, die bloss vom Regen ihr Wasser erhält, oder aus einem Sumpfe, welcher

87) Man vergleiche über den Ausdruck *caput aquae* Hadr. TURNEBUS Adversar. Lib. XXIV. c. 40. Robert. TITIUS Locor. controvers. Lib. IV. c. 24. Casp. BARTHIIUS Adversar. Lib. XI. c. 24. Pet. CIACCONIUS Not. in Iul. Caesar. de bello gall. Lib. IV. c. 4. er in Pompon. Melam Lib. II. c. 3. und Car. Frid. WALCH Diff. de aquae hauriendae servitute §. 6.

welcher blos vom Winterwasser zusammengeflossen ist, weder das Recht Wasser zu schöpfen, noch eine Wasserleitung als eine Real-Servitut constituiert werden könne.

5) L. 2. D. Commun. praedior. De aqua, sagt hier Ulpian, per rotam tollénda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitarunt, ne bae servitutes non essent. Sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius adquisiit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit. Ulpian führt hier zwei Beispiele von Servituten an, welche nach dem strengen Rechte nicht gelten. Erstens, wenn mir der Eigentümer das Recht einräumt, das Wasser mittelst eines Rades zum Nutzen meines Grundstücks aus seinem Fluss zu heben oder zu schöpfen. Zweitens wenn er mir das Recht giebt, Wasser aus seinem castello, d. i. Wasserbehältniß oder Höhrlaufen, zu schöpfen. Es ist also hier nicht, wie Gravius⁸⁸⁾ und Heineccius⁸⁹⁾ meinen, von einem öffentlichen Fluss oder öffentlichen Wasserbehälter die Rede⁹⁰⁾. Denn wie hätte sonst ein Zweifel darüber entstehen können, ob jene Servituten gültig constituiert werden könnten, da es sich von selbst verstand, daß keine Privatperson einem öffentlichen Flusse oder einem castello publico eine Servitut auf-

88) Praefat. ad Tom. IV. Thesaur. Antiquitat. Rom.

89) Diff. de causa servitut. perpetua. §. 31.

90) Justinian sagt zwar §. 2. I. de rer. divis. Flumina omnia publica sunt. Allein Ulpian theilt die Flüsse L. 1. §. 3. et 4. D. de fluminib. ein in flumina publica et privata.

auflegen kann⁹¹⁾? Warum man aber die Gültigkeit jener Servituten nach der Strenge des Civilrechts bezweifelt habe, wird von den Auslegern sehr verschieden erklärt. Cujaz⁹²⁾, dem auch D'Uvezan⁹³⁾ und Pothier⁹⁴⁾ beystimmen, sezen den Zweifelsgrund darin, weil praedia einer so großen Menge Wassers kaum bedürften, als durch das Wasserrad aus dem Fluß geschöpft wird. Servituten aber nicht über die Bedürfnisse des herrschenden Guts ausgedehnt werden dürfen. Ueberdem sey ein castellum kein Quellwasser. Da nun eine Wasserleitung- oder Schöpfungs-Servitut nur aus einem lebendigen Wasser constituit werden könne, so fehle es hier an einer *causa perpetua*. Gegen den letzten Grund ist nichts einzuwenden; allein desto weniger befriediget der erstere. Denn man erwäge, daß sowohl die servitus aquae ductus, als aquae haustus, zu den servitutibus rusticis gerechnet werden⁹⁵⁾). Wer sollte nun wohl daran zweifeln, daß das herrschende Grundstück von solchem Umfange seyn könne, um nicht, besonders in einer durrigen Gegend, zur völligen Bewässerung desselben, eines Wasserrades benötigt seyn? der Gärten und Wasserfälle gar nicht einmal zu gedenken, die der Luxus der Römer auf ihren Landgütern zur Belustigung erfunden hatte,

wie

91) L. 3. §. ult. D. de servitut. praed. rusticor.

92) Observation. Lib. III. cap. 28.

93) Servitut. libr. P. III. Cap. 18. §. At quaeri potest. Tom. IV. Thesaur. Meermann. pag. 168. seq.

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 1. Nr. VIII. not. e.

95) L. 1. pr. et §. 1. L. 2. §. 1. et 2. L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. D. de servitut. praedior. rusticor.

wie Carl Gottfr. Winckler⁹⁶⁾ auch schon sehr gründlich gegen Cuijaz erinnert hat. Ueberdem waren die Schöpfräder auch schon so eingerichtet, daß sie nicht mehr Wasser gaben, als man zum Gebrauch des Grundstücks nöthig hatte. Man lese nur die Beschreibung davon bey Vitruvius Pollio⁹⁷⁾, und man wird sich wundern, wie der große Cuijaz auf einen solchen Einfall hat gerathen, und dennoch Befall finden können. *Fiunt etiam*, sagt Vitruv, *in fluminibus Rotae eisdem rationibus, quibus si pra scriptum est. Circa earum frontes affiguntur pinnae*⁹⁸⁾, *quae cum percutiuntur ab impetu fluminis, cogunt progredientes versari rotam: et ita modiolis*⁹⁹⁾ *aquam baurientes, et in summum referentes, sine operarum calcatura, iussu fluminis impulsu versatae, praestant, quod opus est ad usum.* Gerhard Vloodt¹⁰⁰⁾ erflärt sich den Zweifel gegen

96) Diss. de iure impetratae aquae. Lipsiae 1794. §. 9. pag. 35.

97) De Architectura. Lib. X. cap. 10. pag. 240. sq. edit. Aug. Rode. Berolini 1800. 4.

98) *Pinnae* sind die Schaufeln an einem Wasserrade, d. i. die Bretter, worauf das Anschlagewasser fällt, und das Rad in Bewegung setzt. S. RODE Lexic. Vitruvian h. v.

99) *Modioli* sind die an dem Wasserrade befestigten Kästen, wo durch das Wasser aus dem Flusse geschöpft, und ausgegossen wird. LUCRETIUS, welcher de rerum natura Lib. V. v. 517. auch der Wasserräder, als einer bey den Röwern sehr gewöhnlichen Schöpfmaschine, gedenkt, nennt diese Schöpfkästen *baustra*. Man sehe Robert KEUCHEN Notae ad FRONTINUM de aqueductibus, Tom. IV. Thesauri Antiquitat. Rom. Graeviani. pag. 1638. und IODELAERT Lexic. Vitruvian. adj. VITRUVII libro ab eo edito.

100) Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 4. Operum Tom. II. pag. 222.

gegen die Gültigkeit der servitus aquae per rotam ex privato flumine tollendae vel hauriendae so, weil hier das Wasser nicht natürlich fliesst, sondern durch ein menschliches Kunstwerk aus dem Fluss gefördert wird, welches von keiner beständigen Dauer seyn könne. Winckler¹⁾ sagt auch, es fehle bey dieser Servitut an einer causa naturalis, und also an einer causa perpetua, weil hier menschliche Kunst mitwirken müsse, um das Wasser aus den Fluss zu heben. Malch²⁾ hingegen legt das ganze Gewicht auf das Wort *Rota*, in dem Gesch. Quum ibi rota, sagt er, quae ipsa se versabat, ipsa ex fundo aquam sumeret: hanc in modiolos reciperebat, hominibusque exhibebat; illi haud ex flumine, sed ex modiolis aquam hauriebant. Hanc aquam non fuisse vivam, id est, naturalem, quilibet perspiciet, quem haud fugit vis ac potestas vocis: *viva aqua*. Haud obscure linguae latinae peritissimus VARRO³⁾ eam aquam vivam vocat, *quae ibi sit nata*, atque existat perennis. Haec cum ita se habeant, non possumus, quin *aquam per rotam modiolos hauriendam* non vivam declaremus. Neque huic rei obstat, quod modiolis ex flumine ipso aquam hauriant, quum semper locum, unde hauriens aquam sumit, considerant leges, hincque, cisternam etiam vivam aquam haud habere, statuunt, quamvis fuerit viva, quum in cisternam ex coelo caderet, observante PAULO⁴⁾. Quum aqua, quae per rotam ex flumine hauritur, non sit *aqua viva*: ille

1) Diff. cit. de iure impetratae aquae §. 9. pag. 34.

2) Diff. de aquae hauriendae servitute. §. 9. pag. 35.

3) *De lingua latina*. Lib. IV. pag. 31.

4) *L. 28. D. de servitut. praed. urb.*

ille tiro, immo totius iuris ignarus foret, cui mirum adhuc esset, Veteres de servitute, ius hauriendi per rotam ex flumine alicui concedente, dubitasse, atque ANTONINUM, illam iure non valere, sanxisse, quippe UPLIANUS⁵⁾ interdictum de aquae haustu cessare, notat, si cisterna, lacus, piscina, puteus vivam aquam non babet. Allein daß das Wasser, welches mittelst eines Schöpfrades aus dem Fluß gehoben wird, aqua viva seyn, ist wohl mit Grund nicht zu bezweiflen, wenn es zumal möglich wäre, dasselbe aus den am Rade angebrachten modiolis selbst zu schöpfen, welches doch, da das Rade durch die Gewalt des Wassers getrieben, in beständiger Bewegung ist, nicht angeht. Das Wasserrad dient blos dazu, das Wasser aus dem Fluß zu heben, und es sodann durch Rinnen in die Wässerungs-Gräben, oder durch Röhren und Kanäle in das herrschende Gut zu dem bestimmten Zweck zu leiten⁶⁾. Da jedoch dergleichen Räder besonders bei trockener Jahreszeit nicht selten stehen bleiben, wenn es dem Fluß an Kraft gebreicht, dieselben in Bewegung zu setzen, und dadurch die Ausübung der Servitut unterbrochen wird, so mag, wie ich glaube, daher der Zweifel entstanden seyn, ob das Recht, das Wasser aus einem Flusse mittelst eines Rades zu einer Wasserleitung zu heben, als eine Real-Servitut eingeräumt werden könne; weil es hier an einer causa perpetua zu mangeln scheint. Es ist sehr merkwürdig, daß der Kr. Antoninus Caracalla diesen Zweifel nicht für ungegründet hält, sondern vielmehr ausdrücklich ein-

5) L. i. §. 4. D. de fonte.

6) S. Franz Lud. von Cancer in Abhandlungen vom Wasserrecht. 2. Band 7. Abb. §. 15. u. 16.

eruräumt, daß in den angeführten beiden Fällen, nach dem strengen Rechte, eigentlich die Servitut nicht gelte, in dessen sey dennoch derjenige, welcher ein solches Recht auf eine fremde Sache gehörig erworben hat, bei dem Besitz dieses seines Rechts zu schützen. Unstreitig hatte schon der Prätor die Strenge des Civilrechts hierin durch seine Edicte gemildert, wie auch Walsh⁷⁾ sehr gründlich ausgeführt hat, und Kr. Antonin hat blos das prätorische Recht bestätigt. Folgende Stelle wird uns noch mehr hiervon überzeugen.

6) *L. 9. D. de servitut. praedior. rustic.* Servitus aquae ducendae vel haurienda, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest: HODIE tamen ex quocunque loco constitui solet.

Auch noch in dieser Stelle wird die Regel anerkannt, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Allein man sagt, diese Stelle beweise auch eben so deutlich, daß jene Regel durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben sey. Denn nach derselben könne auch eine Wasserleitungs- oder Wasserschöpfungs-Gerechtigkeit aus einer Eisterne, einem stagnirenden See, Fischdeiche, und jedem andern Wasser, welches auch keine Quellen hat, constituit werden; und zwar versteht man unter hodie gewöhnlich die Constitution des Kaisers Antoninus Caracalla, deren in der vorigen Gesetzstelle namentlich gedacht war⁸⁾.

Allein

7) Diss. eit. §. 6. pag. 23.

8) G. Ger. NOODT Comment. ad Pand. Lib. VII. Tit. 3. §. Ex quatuor. pag. 217. et Tit. 4. §. Est et illa pag. 222. Ant. SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad Pauli Sentent. Recept.

Lib. I.

Allein der Satz von der *causa perpetua* liegt zu tief im Geist der Legislation von dinglichen Servituten, und die angeführten Gesetze haben ihn zu deutlich bestätigt, als daß man eine Aufhebung desselben mit Grund annehmen könnte⁹). Zwar hat der Prätor allerdings die Strenge des Civilrechts gemildert, allein diese Abänderung betrifft doch nur die *servitus aquae haustus* und *aquae ductus*, und auch bey diesen Servituten setzen die prätorischen Interdicte *de aqua*, und *de fonte* eine *aqua perennis* voraus¹⁰). Dahingegen sagt Ulpian¹¹) ausdrücklich, das Interdictum *de fonte* habe bey einer Eisterne nicht Statt, weil sie keine *perpetuum causam* hat, auch fasse dieses Interdict weg, si *lacus*, *piscina*, *puteus* vivam aquam non habeat. Viele Rechtsgelehrten¹²) erklären daher die Worte quo-

cun-

Lib. I. Tit. 17. in fin. not. 10. pag. 257. und WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 551. not. 497.

9) S. HEINECCIUS cit. Diff. de causa serv. perpet. §. 23. In den *Basilicis* Lib. LVIII. Tit. 3. const 9. findet sich ebenfalls von einer solchen Aufhebung nichts. Es heißt vielmehr daselbst: *Kai τὸ ἔλειν ὑδωρ απὸ πηγῆς ἀλλοτρίας, δουλεία ἐστίν.* d. i. nach der Uebersetzung des Fabrotus Tom. VI. pag. 769. *Servitutis etiam genus est, aquam ex alieno fonte ducere.*

10) L. I. §. 5. 6. et 7. D. de aqua quotid.

11) L. I. §. 4. D. de fonte.

12) IO. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 18. §. *Aquae-ductus*, (Tom. IV. *Tbes. Meerm.* pag. 167.) IAC. CUJACIUS Comm. ad L. 9. D. de Serv. praed. rustic. IO. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 3. §. 6. PET. DUIRSEMA Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. 5. pag. 94. ULR. HUBER Eunom. Rom. ad L. 28. D. de Servit. praed. urb. §. 6. pag. 371. und IO. BRUNNEMANN Comm. ad L. 9. D. de servit. praed. rustic.

cunque loco so, daß nach dem neuern Rechte die servitus aquae ductus oder aquae hauitus zwar nicht gerade aus der Quelle selbst, wo das Wasser entspringt, brauche constituit zu werden, sondern sie könne nicht nur ex quo-vis loco fluminis, sondern auch aus einem Bach, oder auch aus einem castello, welches das aus der Quelle fließende Wasser enthält, constituit werden. Es werde aber doch auch selbst nach dem prätorischen Rechte immer ein lebendiges Wasser erfordert, und sey daher die prätorische Billigkeit keinesweges auf cisternas, lacus und stagna, die kein lebendiges Wasser haben, auszudehnen. Viele, besonders neuere Rechtsgelehrten¹³⁾, wollen indessen diese einschränkende Erklärung darum nicht zulassen, weil, auch ohne eine beständige Quelle, bei einer Eisterne, oder einem stehenden See, dennoch die Natur unverkennbar wirke; und dagegen möchte auch wohl der heutige Gerichtsbrauch nichts einzuwenden finden¹⁴⁾.

§. 664.

Praedial-Servituten sind inseparabel, und dürfen nicht über das Bedürfniß des dienstberechtigten Gutes ausgedehnt werden.

Dingliche Servituten sind ein Recht des herrschenden Guts; sie können daher von dem Gute, zu dessen Nutzen

D 2

fie

13) WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 551. not. 497. MÜNTER von Servituten I. Th. §. II. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 606, am Ende. HUFELAND Pandectencompendium §. 293. Nr. 2. und WITTICH System des heutigen Civilrechtes 2. Bl. §. 199. S. 47.

14) E. LEYSER Meditar. ad Pand. Vol. II. Spec. CVII. medit. I. und WIESAND Opuscul. iurid. Specim. XII. Obs. I. pag. 168. sq.

sie bestellet sind, nicht getrennt, und daher weder einseitig verpachtet¹⁵⁾, noch von einem andern Gute ausgeübt werden¹⁶⁾. Es liegt auch in der Natur derselben, daß sie den Nutzen des herrschenden Guts, nicht überschreiten dürfen¹⁷⁾. Geth. Vloodt¹⁸⁾ will zwar dem Eigenthümer des herrschenden Guts das Recht einräumen, die Real-Servitut weiter, als jedem Besitzer daran gelegen seyn kann, auszuüben, nämlich a) wenn dem Herrn des dienstbaren Guts kein Nachtheil daraus erwächst, und b) wenn es ausdrücklich ist bewilligt worden. Ihm stimmt auch Herr JustizR. Hufeland¹⁹⁾ bei, und Westphal²⁰⁾ behauptet, es lasse sich zuweilen, nach Besinden der Umstände, auch sogar eine stillschweigende Bewilligung annehmen. Allein Herr Hofrath Thibaut²¹⁾ hat aus überzeugenden Gründen dargethan, daß alle diese Behauptungen offenbar

15) L. 44. D. locati. KRAUS Diff. de locatione servitut. realis, praecipue iuris pascendi. Lips. 1760.

16) L. 24. D. de Servitut. praed. rustic. MUBERI Eunom. Rom. ad h. L. pag. 384. und Hufelands Pandectencompendium. §. 289.

17) L. 5. §. 1. L. 6. L. 24. D. de servit. praed. rustic. S. Marc. LYCKLAMA a Nybott Membranar. Vol. II. Lib. VII. Eccl. 44. §. 1. Ant. SCHULTING Thes. controvers. iuxta seriem Dig. Decad. XXIII. §. 2. und Zacharias von dinglichen Dienstbarkeiten §. 7. im Civilist. Magaz. 2. Bd. S. 335.

18) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3.

19) Pandectencompendium §. 290. S. 114.

20) De libert. et servitut. praedior. §. 524. et §. 525.

21) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Bd. 1. Abth. S. 11. ff.

bar unrichtig sind. Ganz entscheidend sagt Ulpian²²⁾: *servitutem constitui non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* Es geht daraus in grösster Deutlichkeit hervor, daß selbst das neuere Römische Recht keine Real-Servitut als solche anerkennt, sobald sie sich *ultra praedii necessitatem* erstreckt. Ist es dennoch durch ausdrückliche Verabredung bedungen worden, daß die Servitut auch zugleich zum Vortheil des Nachbars solle ausgeübt werden dürfen, so ist zwar freylich, nach der Meinung des Africamus²³⁾ ein solcher Vortrag verbindlich, aber doch nur für die Paciscenten und deren Erben. Als eine Real-Servitut kann aber eine solche Vergünstigung nicht gelten, weil man keine Servitut auf eine andere Dienstbarkeit erwerben kann. Es kann daher, wie auch Paulus²⁴⁾ deutlich sagt, eine solche Vergünstigung nur ein persönliches Recht wirken, welches sich höchstens auf die Lebenszeit des Be-

D 3

güns

22) L. 5. §. 1. D. de Servitut. praed. rustic.

23) L. 33. §. 1. D. de Servitut. praed. rusticor. Per plurimum praedia aquam ducis, quoquo modo imposita servitute. Nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustura ex rivo cedere. *Pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet,* quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest. Ob die Wirkung eines solchen Vertrags sich auch auf den successor singularis erstrecke, wird zwar hier nicht entschieden; allein daß daraus nur ein persönliches Recht entstehen könne, lehrt schon der angeführte Grundsatz, *quod servitus servitutis constitui nequeat.* Denn so ist statt *servitutis fructus* mit Ant. FABER Conjectur. juris civ. Lib. V. cap. II. richtiger zu lesen. S. auch WESTPHAL §. 538. not. 484. p. 333.

24) L. 6. D. de servitut. praed. rusticor.

günstigsten erstreckt. Nun widerstreiten sich zwar die Fragmente der Pandecten, wenn die Frage ist, ob nicht Ausdehnung der Servitut über das Bedürfniß des herrschenden Guts wenigstens in dem Falle erlaubt sei, da dem Herrn des dienenden Guts kein Nachtheil daraus erwächst. Pomponius sagt nämlich *L. 24. D. de servit. praed. rustic.*

Ex meo aqueductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est.

Ulpian hingegen scheint gerade die Meinung des *Labeo*, welche in jenem Fragment verworfen wird, durch Silenschweigen zu der seinigen zu machen, wenn er *L. I. §. 16. D. de aqua quotit. et uestiuu* sagt:

Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua dicitur, eiusdem numero esse. Ergo et si forte actor cōfinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere: ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut iemel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam dicit.

Man hat sich zwar verschiedentlich bemüht, diese beiden Stellen so zu vereinigen, daß denn doch die Meinung des billig denkenden *Labeo* dabei bestehen könnte²⁵⁾). Allein ver-

25) Man vergleiche z. B. Fr. HOTOMANUS Observation. Lib.VIII. cap. 14. Iul. PACIUS Legum conciliatar. Centur.VIII. Quaest. 62. Dien. GOTHOFREDUS ad L. 24. D. de Servit. praed. rust.

vergebens. Es leuchtet in die Augen, daß in beiden Fragmenten die Meinung des Labeo nur historisch angeführt werde. Ulpian mißbilligt sie zwar nicht, tritt ihr aber auch keinesweges bei. Pomponius hingegen verwirft sie ausdrücklich, indem er der Meinung des Proculus den Vorzug giebt. Natürlich muß nun also auch diese Entscheidung für das geltende Recht angenommen werden, da sie Justinian zu der seinigen gemacht hat²⁶⁾). Daß Tribonian gleichwohl den Ulpian noch einmal erzählen läßt, was Labeo dachte, muß man der unvorsichtigen Einfertigkeit zuschreiben, mit welcher Justinians Pandecten verfertigt wurden. Wir haben hier ein wichtiges Beispiel, wie vorsichtig man bei der Vereinigung widerstreitender Fragmente in den Pandecten seyn müsse, indem es öfters der Fall ist, daß eins derselben blos der Geschichte wegen aufgenommen wurde. In solchen Fällen ist es gewiß für die Auslegung des Justinianischen Rechts eine der wichtigsten Regeln, lieber einen Widerspruch vorauszusezen, und die neueste von Justinian gebilligte Meinung anzunehmen, als eine gezwungene Vereinigung zu erkünsteln²⁷⁾.

D 4

§. 665.

POTHIER Pandect. Justin. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 20. Nr. XI.
not. b. und WESTPHAL §. 545. et 546.

26) Eben so vereinigen diese Stelle Ulr. HUBER in Eunom. Rom. ad L. 24. D. de serv. praed. rustic. pag. 385. Iac. LABITTUS Usu Indicis Pandectar. Cap. IV. §. 35. (in WIELING Iurispr. Restit. T. II. p. 114.) und Thibaut in den angef. Versuchen 1. Bd. 1. Abth. S. 18. f.

27) S. Thibaut in den angef. Versuchen 1. B. S. 15. f.

§. 665.

Art und Grenzen bey der Ausübung der Servitut.

Prädial-Servituten können zwar ihrer Natur nach weder auf eine gewisse Zeit, noch unter einer Bedingung constituit werden, wie Papinian²⁸⁾ sagt. Denn eine solche Einschränkung würde der *causa perpetua servitutum* entgegen streiten²⁹⁾; ob sie gleich, vermittelst der *exceptio doli seu pacti*, nach dem prätorischen Rechte gegen den Erwerber und seine Erben aufrecht erhalten wird, wenn er sein Recht, dem Vertrage zuwider, gegen den Constituenten durchzusetzen wagen wollte³⁰⁾. Allein die Art und Weise, wie die Servitut ausgeübt werden soll, kann allerdings bey der Constitution der Servitut bestimmt werden. Diese Art und Grenze der Dienstbarkeit (*modus servitutis*) muß, selbst nach der Strenge des Rechts, von jedem Besitzer des herrschenden Guts beobachtet werden, so wie sie durch Vertrag, Gesetz, oder richterliche Bestimmung, oder auch durch die Natur der Sache selbst, es schy in Ansehung des Orts, der Zeit, der Quantität, Art, oder sonst, bestimmt ist³¹⁾.

Papis

28) L. 4. pr. D. b. t. Bey persönlichen Servituten ist es ganz anders. Von diesem Unterschiede siehe den 9. Th. S. 33. Nr. 3.

29) S. WESTPHAL §. 800. Not. 716. pag. 541.

30) L. 4. cit. sagt: *Sed tamen, si haec (sc. tempus vel conditio) adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti.* Man sehe über diese Stelle auch Zachariä von dinglichen Servituten §. 17.

31) S. Christph. Lud. CRELLII *Observationes de servitutibus ad certum modum restrictis.* ad L. 4. §. 1. et 2. D. de servitut. Vitemb. 1751.

Papinian hat dieses genau unterschieden, wenn er *L. 4. §. 1. D. b. t.* sagt: *Modum adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur; vel ut equo duntaxat; vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.* In Rücksicht der Ausübung läßt daher selbst die Strenge des Rechts eine intervallorum adjectio bei Realservituten zu, weil daher, wie Westphal³²⁾ ganz richtig sagt, keine servitus ad tempus restricta, et cum tempore finienda entsteht, sondern die Dienstbarkeit beständig forsdauert, und nur in Anschung ihrer Ausübung modifizirt ist. Daher fügt Papinian in der angeführten Stelle §. 2. noch hinzu: *Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis.* Eben so sagt Cajus *L. 5. §. 1. D. eodem.* *Usus servitutum temporibus secerni potest: forte, ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo iure utatur, vel ut alternis diebus utatur.* Eine Servitut kann jedoch nicht nur Zwischenräume von Stunden und Tagen, sondern auch von Monaten und Jahren haben, welches in Absicht auf die Erlöschung einer Prädial-Servitut durch Verjährung einen wichtigen Unterschied macht^{33).} Noch ist zu bemerken, daß Ueberschreitung der Grenze den Verlust der Servitut nur dann zur Folge hat, wenn sie ihrer Ausübung nach auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt ist, und dieselbe zu einer ganz andern, als der bestimmten Zeit, ist ausgeübt worden^{34).}

§. 666.

32) *De lib. et servitut. praedior.* §. 805.33) *L. 7. D. Quem. servitus. amitt.* S. CRELL. cit. *Diss. Obs. 2.* pag. 19.34) *L. 10. §. 1. D. eod.* *Si is, qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit noctur-*

§. 666.

Wozu verpflichtet eine Prädial-Servitut den Eigentümern des dienenden Guts? Adminicula Servitutis.

Bei Prädial-Servituten darf übrigens der Eigentümer des dienstbaren Guts

1) nichts vornehmen, wedurch die Ausübung der Servitut gehindert, oder sonst das Recht des dominantis geschmälert wird. Geschicht es, so kann der Herr des berechtigten Guts verlangen, daß serviens alles wieder in den vorigen Stand setze, und den Schaden vergüte. Er darf daher a) zum Nachtheil des Berechtigten in seinem Eigenthum keinen Bau, noch sonst ein Werk unternommen, welches der Servitut hinderlich ist. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 20. §. 3. et 6. D. de servitut. praed. urb. Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedicare, ubi cassitare coepisset stillicidium. — Qui in area, in qua stillicidium cadit, aedificat, usque ad eum locum perducere aedificium potest, unde stillicidium cadit.

L. 13.

nocturnam servitatem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquaeductum habens, aliis usus fuerit, nec illa parte earum horarum. L. 11. D. eodem. Is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; et alia sit eius conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit: magisque hic plus, quam aliud, egisse videatur: sicuti latiore itinere usus est: aut si plura iumenta egerit, quam licuit: aut aquae admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus ipsis quaestionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute babere.

L. 13. §. 1. D. de servitut. praedior. rustic. Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant.

L. 9. pr. D. Si servit. vindicet. Si eo loco, per quem iter³⁵⁾ mihi debetur, tu aedificaveris: possum intendere, ius mibi esse ire agere. Quodsi probavero, inbibeo opus tuum³⁶. Item *Iulianus* scripsit: si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum recuperet, posse me agere de iure meo, id est, ius esse immitt-

35) Statt iter will WESTPHAL de libert. et servitut praed. §. 560. not. 503. a pag. 357. lieber via lesen, wegen der nachfolgenden Worte: *ius mibi esse ire agere*, desgleichen: *sicut in via diximus*. In den *Basilicis* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. Const. 9. pag. 772. heißt es: Ο ἔχων ὁδὸν. Nun bedeutet ὁδός soviel als via. Ger. NOODT in Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. Operum Tom. II. pag. 216. liest iter actus, worunter ebenfalls via zu verstehen sey.

36) *Inhibere opus* erklärt hier WESTPHAL cit. loco durch novum opus nunciare. Allein wenn gleich die novi operis nunciatio bei Prädial-Servituten allerdings Statt findet, wie *L. 15. D. de servitut. praed. urb. L. 6. in fin. D. Si servit. vindic. L. 47. D. fam. ercif.* *L. 1. §. 3. D. de remiss. lehren*; so ist doch kein hinlänglicher Grund vorhanden, daß auch diese Stelle von einer operis novi nunciatione zu verstehen sey. Ich werde von dem Gebrauche dieses Rechtsmittels bei den Prädialservituten unten in dem Titel *Si servitus vindicetur* §. 685. ausführlicher handeln, und dort auch die entgegenstehende *L. 14. D. de novi oper. nunciat.* wo Paulus sagt: Qui viam habet, si opus novum nunciaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit. Sed servitatem vindicare non prohibetur, vollständig erklären. Was Lud. CHARONDAS Πειθαρῶν seu Verisimil.

Lib. I.

immittendi stillicidium: sicut in via diximus. Sed si quidem nondum aedificavit: sive usumfructum, sive viam habet: ius sibi esse ire agere, vel frui, intendere potest. Quodsi iam aedificavit dominus: is, qui iter et actum habet, adhuc potest intendere, ius sibi esse: fructarius autem non potest, quia amisit usumfructum, et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Julianus ait³⁷⁾). Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam, ius tibi non esse aedificare, vel aedificium habere: quemadmodum si in area mea quid aedifices.

L. 11. pr. D. de aqua pluv. Supra iter alienum arcus aquae ducendae causa non iure fiet.

L. 15. §. 8. D. Quod vi aut clam. Nonnunquam etiam dominii ratio habenda est (sc. in Interdicto *Quod vi*): utputa si propter hoc opus, quod factum est, servitutes amittantur. Quod non tantum tunc eveniet, cum quis opus aedificaverit, verum etiam si diruisse opus proponatur.

L. 21. §. 3. D. eod. Si quis propter opus factum ius aliquod praedii amisit, id restitui ex hoc Interdicto debet.

L. 5.

Lib. I. cap. 5. nr. 6. (in *Erv. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 698.) Pet. BELOIUS Varior. iuris civ. Lib. IV. cap. 8. (in *Thesaur. Meermann.* Tom. IV. pag. 741. sq.) und Iac. LABITTUS in *Usu Indicis Pandectar.* Cap. V. §. 17. (in *WIELING Jurisprud. Restit.* Tom. II. pag. 93. sq.) darüber gesagt haben, ist unzureichend.

37) Siehe des 9. Theils 2. Abth. §. 639. Not. 80. S. 353.

L. 5. Cod. de servitut. et aqua. Si quid pars adversa contra servitutem aedibus tuis debitam iniuriose extruxit: Praeses provinciae revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit.

Auch darf der Eigentümer des dienenden Guts b) keinem andern eine neue Servitut auf derselben Sache einräumen, worauf schon Jemand eine frühere Servitut erworben hat, insofern das Recht des Letztern dadurch geschmälert wird; sonst kann wohl mehreren dieselbe Servitut auf derselben Sache ertheilt werden, wenn sie sich einander in der Ausübung ihres Rechts nicht hinderlich sind, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 14. D. de servit. praed. rustic. Per quem locum viam alii cessero, per eundem alii aqueductum cedere non potero: sed et si aqueductum alii concessero, alii iter per eundem locum vendere, vel alias cedere non potero.

L. 2. §. 1. et 2. D. eodem. Aquaeductus, et haustus aquae per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur. — Si aqueductus, vel haustus aquae sufficiens est, potest et pluribus per eundem locum concedi, ut et iisdem diebus vel horis ducatur³⁸⁾.

Gereicht hingegen c) die neue Servitut der früher erworbenen zum Nachteil, so gilt jene anders nicht, als wenn die Ertheilung mit Einwilligung desjenigen geschehen ist, der schon ein älteres Servitutrecht auf der Sache erwor-

38) Man vergleiche noch *L. 15. D. Commun. praedior.* und *L. 4. D. de aqua quotid.*

worben hat. Ulpian sagt L. 8. *D. de aqua pluv.* In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur: verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est, quibus servitus aquae debebatur. Nec immerito. Cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit, exquiri, an consentiant. Et generaliter, sive in corpore, sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet. Eben dies bestätigt auch L. 4. *C. de servitut. et aqua.* Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, Praetoris edictum non permettit duccere.

2) Der Eigentümer des dienstbaren Guts muß dem Herrn des berechtigten Grundstücks auch alles gestatten, ohne welches die Servitut nicht ausgeübt werden kann. Man nennt diese Befugnisse, welche mit der Servitut, als stillschweigend verstattet, anzusehen sind, weil sie sich wie die Mittel zum Zweck verhalten, *Adminicula servitutum*³⁹. Diese Adminicula richten sich ganz nach der Natur der Prädial-Servitut, von der sie eine nothwendige Folge sind; entstehen mit ihr, und gehen mit ihr verloren⁴⁰). Sie dürfen auch nicht weiter ausgedehnt werden, als soweit sie nothwendig sind, um die Ausübung der Servitut möglich zu machen, oder dieselbe zu erhalten. Zuweis-

len

39) S. Car. Adolph BRAUN Diff. de adminiculis servitutum. Erlangae 1750.

40) L. 17. *D. Quemadm. servit amitt. Labeo* ait: Si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, neque aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.

sen machen sie eine besondere Art von Dienstbarkeit aus, z. B. iter als adminiculum servitutis aquae hauftus; sonst können sie so verschieden seyn, als die Prädial-Servituten selbst. In den Gesetzen kommen folgende Beispiele vor.

L. 10. D. b. t. Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo, iter facere, *Proculus* ait⁴¹⁾.

L. 20. §. 1. D. de servitut. praed. urban. Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset: vel gradus vel clivos proprius ianuam meam iure facere possum: dum ne aliquid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar.

L. 15. D. de servitut. praed. rustic. *Quintus Mucius* scribit; cum iter aquae⁴²⁾ vel quotidianae vel aestivae, vel quae intervalla longiora habeat⁴³⁾, per alienum fundum erit: licere fistulam suam vel fistulem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret:

41) Dem Berechtigten ist es in diesem Falle auch erlaubt, wo es wegen sumpfigter Stellen des Weges nötig ist, einen Steg oder Brücke anzulegen. *L. 3. §. ult. D. de itin. actuque priv.*

42) Iter aquae ist soviel, wie aqueductus. In den *Basilicis* Lib. LVIII. Tit. 3. Tom. VI. pag. 769. wird das Wort ὑδατηγόνιον gebraucht. Eben so viel bedeutet auch aquagium.

43) Die Worte: quae intervalla longiora habeat gehen darauf, wenn das Wasser nur abwechselnd einen Tag oder einen Monat um den andern geleitet werden kann. *S. WESTPHAL. §. 567. nota b.*

meret: et, quod vellet, in rivo facere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.

L. 3. §. 5. D. de aqua quotid. Is., qui aquae cottidiana*e* ius habet, vel fistulam in rivo ponere, vel altud quodlibet facere potest; dummodo ne fundum domino, aut aquagium rivalibus deterius faciat.

L. 3. §. 3. D. de servitutib. praedior. rustic. Qui habet haustum, iter quoque babere videtur ad hauriendum, et, ut ait *Neratius libro 3. Membranarum*, sive ei ius hauriendi, et adeundi cessum sit, utrumque habebit: sive tantum hauriendi, *ineesse et aditum*; sive tantum adeundi ad fontem, *ineesse et baustum*⁴⁴⁾.

Insonderheit muß auch der Eigenthümer des dienstbaren Guts dem zur Servitut berechtigten erlauben, die wegen des Gegenstandes derselben erforderlichen Reparaturen vorzunehmen, und daher nicht nur zu diesem Zweck mit den Arbeitsleuten an Ort und Stelle zu gehen, sondern auch die dazu nöthigen Baumaterialien auf den Platz zu bringen, wenn auch gerade der Ort, wo dies geschieht, nicht dienstbar seyn sollte. Folgende Stellen sezen dieses außer allen Zweifel.

L. 11. pr. et §. 1. D. Commun. praedior. Refectionis gratia, accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas

44) Noch deutlicher reden die *Basilica Lib. LVIII. Tit. 3. Tom. VI.* pag. 769. Εὰν τίς σοι παραχωρήσῃ δίκαιον ἀντλήσεως, εἰς τὸ δικθέον ἀντῷ ὑδατοῦ, ἀνηγκάζεται σοι καὶ ἀκανθουλεῖσθαι τῆς ὁδοῦ παραχωρῆσαι: ἐπέρει ἀλλως μὴ δυνάσθαι χρῆστας τῷ τῆς ἀντλήσεος δικαίῳ. i. e. Si quis tibi ius hauriendi in aqua sua permiserit, cogitur vel invitus et itineris servitutem tibi concedere: siquidem alia via iure baustus tibi uti non liceat.

cultas tributa est his, quibus servitus debetur: *qua tam
men accedere eis sit necesse est; nisi in cessione servitutis
nominatum praefinitum sit, qua accederetur.* Et ideo
nec secundum rivum, nec supra eum, si forte sub ter-
ra aqua ducatur, locum religiosum dominus soli facere
potest, ne servitus intereat: et id verum est. Sed et
*depressurum vel adlevaturum rivum, per quem aquam iure
duci potestatem babes*⁴⁵⁾: nisi si, ne id faceres, cautum
sit. — Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo
ducere: tacita haec iura sequuntur, ut reficere mibi rivum
liceat, ut adire qua proxime possim ad reficiendum eum ego,
fabrique mei, item ut spatium relinquat mibi dominus fundi,
quo dextra et sinistra ad rivum adeam, et quo terram, li-
mum, lapidem, arenam, calcem iacere possim.

L. 4. pr. D. de itinere actuq. priv. Veteres nomina-
tim adiiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem
utilia essent, adportanti vis non fieret. Quod superva-
cuum est, quoniam qui adportari non patitur ea, sine
qui-

45) WESTPHAL §. 570. not. 507. pag. 362. will hier die gemeine
Leseart folgendergestalt emendiren: *Sed et deprimendi vel alle-
vandi rivum, per quem aquam iure ducis, potestatem babes.*
Ducis statt duci liest auch unser Cod. Pand. Erlang. Io. IEN-
SIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 76. derivirt jedoch
das duci aus dem Griechischen τὰ αγεστὰ oder καταγεστα.
Es sey also blos durch einen Fehler der Version das Passivum
statt des Activum gebraucht worden. Allein dies bezicht sich
auf die bekannte Grille dieses Alten, daß unser Corpus iuris
eine Reversion aus dem Griechischen sey, welche jedoch durch
die Basiliken vollkommen widerlegt wird. S. Hugo Ci-
vilistisches Magazin. 2. Bd. S. 419. u. folg.

quibus refici iter non possit, vim facere videtur, quo minus reficiatur.

Der Berechtigte kann sich wegen dieser Adminiculorum, wenn ihm bey deren Gebrauche Hindernisse in den Weg gelegt werden, nicht nur der actio confessoria, sondern auch der dazu eingeführten Interdicta bedienen. Ulpian lehrt dieses ausdrücklich, wenn er L. 4. §. 5. D. *si servitus vindic.* sagt: *Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, confessoria actione mihi utendum.* — Sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod *de itinere actuque reficiendo competit.* Eben dieser Ulpian sagt L. 3. §. 12. D. *de itin. actuque priv.* Utilitas suasit, hoc quoque Interdictum proponere: namque consequens erat, eum, qui *itinere utitur, Interdictum proponere, ut reficere possit.* Quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit? corrupto enim itinere, minus commode frui aut agi potest. Und L. 1. §. 1. D. *de risis.* Hoc interdictum utilissimum est: nam nisi permittatur alicui reficere, alia ratione usu⁴⁶⁾ incommodabitur.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der Eigentümer des berechtigten Guts aus Gelegenheit der Servitut nichts

46) Statt *usu* lesen manche *usus*; allein richtiger ist *usu* zu lesen. Vermuthlich gab die nichtverstandene Gemination *usuIncommo-*
dabitur zu der unlateinischen Leseart Anlaß. S. Io. Conr.
RÜCKERI Observation. quibus Florentina scriptura variis Pan-
dectar. locis defenditur. Cap. III. §. 10, pag. 105.

nichts zum Nachtheil des Eigenthümers des dienstbaren Guts unternehme, was die Natur der Servitut nicht nothwendig erfordert⁴⁷⁾). Für einen natürlichen Schaden, welcher aus der rechtmäßigen Ausübung der Servitut zufällig entsteht, ist der Berechtigte nicht verantwortlich⁴⁸⁾).

47) *L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de itin. actuq. priv. L. 1. §. 10. D. de rivis.* WESTPHAL §. 569. et not. 506. pag. 361.

48) *L. 20. §. 1. D. de Servitut. praedior. rusticor. und WESTPHAL §. 544.*

De servitutibus praediorum urbanorum.

§. 667.

Eigenheit der Servitutum urbanarum. Allgemeines Verzeichniß der in dem Röm. Recht erwähnten. Servitus oneris ferendi und tigni immittendi.

Real-Dienstbarkeiten stehen nun entweder einem Gebäude zu, oder einem solchen Grundstücke, das kein Gebäude ist. Jene werden *servitutes urbanae*, oder *iura praediorum urbanorum*, diese *servitutes rusticæ* oder *iura praediorum rusticorum* genannt. Theophilus⁴⁹⁾ nennt die ersten δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν, *servitutes aedium*; die letztern δουλεῖαι τῶν ἀγρῶν, *servitutes ruris*. Wie beyde unterschieden sind, ist schon an einem andern Orte⁵⁰⁾ gezeigt worden. Hier ist nur noch dies, als etwas Eigenes, zu bemerken, daß *servitutes urbanae* nicht immer die natürliche Freyheit einschränken, sondern oft diese wiederherstellen; wenn sie durch eine *Servitut* eingeschränkt war, wie z. B. *servitus altius tollendi*, und *stillicidii non recipiendi*⁵¹⁾. Bey Häusern oder Gebäuden finden zwar meistentheils ganz

an-

49) Paraphras. graeca ad §. 1. et 2. I. de Servitutib.

50) S. des 9. Theils 1. Abth. §. 622.

51) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 149. der 2. Aufl. oder §. 159. der 3ten.

andere Servituten Statt, als bey den sogenannten praediis rusticis; doch können manche Servituten, die sonst gewöhnlich nur rusticæ sind, auch als urbanae constituit werden. Z. B. servitus aqueductus⁵²⁾, auch servitus itineris⁵³⁾). Letztere kann jedoch, als urbana, nur zur Tageszeit ausgeübt werden⁵⁴⁾). Folgende servitutes urbanae werden in den Gesetzen als die gewöhnlichsten angeführt. Servitus oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, altius tollendi, et non tollendi, luminum, et ne luminibus officiatur, prospectus, et ne prospectui officiatur⁵⁵⁾) stillicidii aut fluminis recipiendi vel non recipiendi. Daß jedoch eine weit größere Anzahl denkbar sey, hat keinen Zweifel. Besonders wird selbst in unsren Gesetzen noch mancher servitus urbana gedacht. Z. B. servitus fumi immittendi⁵⁶⁾).

E 3

Da

52) L. 11. §. 1. D. de publ. in rem. act. L. 18. et 19. pr. D. de servit. praed. urb.

53) L. 7. §. 1. D. Commun. praedior.

54) L. 14. D. eodem. Iter nihil prohibet, sic constitui, ut quis interdiu duntaxat eat: quod fere circa praedia urbana etiam necessarium est. S. Christph. Lud. CRELL Diff. de usu nocturno servitutum in praediis urbanis. Vitemb. 1756.

55) §. 1. et 4. I. de Servitut. L. 1. 2. 12. et 33. D. de Servitut. praed. urban.

56) L. 8. §. 5. D. Si servitus vindic. Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se ex taberna casearia fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. HEINECCIUS in Diff. de causa servitutum perpetua §. 30. glaubt, die letztern Worte hätten keinen Sinn, wenn man nicht so liest: et si ea res servitutem talem admittat. Allein, wenn gleich die Leseart in den alten Handschriften und Ausgaben verschieden ist, indem mehrere statt ei rei, eius rei lesen; und Halloans der

Da ihre Verschiedenheit nur durch ihre physische Beschaffenheit erzeugt wird, so ist das Rechtsverhältniß bey allen das nämliche, wo die Gesetze keine Ausnahme machen. Wir wollen hier nur die vorzüglichsten erklären.

I. *Servitus oneris ferendi*. Sie besteht in dem Rechte, die Last seines Gebäudes auf der Wand, oder Mauer, oder Säule, oder dem Gewölbe des Nachbarts ruhen zu lassen⁵⁷⁾). Justinian sagt §. 1. I. de servit. Ut vicinus onera vicini sustineat. Man macht es dem Theophilus zum Vorwurf, daß er in seiner griechischen Paraphrase diese Worte, die doch, wie der Text in den Institutionen unverkennbar lehrt, nur eine besondere Art der servitutum urbanarum andeuten sollen, für den allgemeinen Begriff dieser Servituten gehalten habe⁵⁸⁾). Allein mit Unrecht.

Theo-

der nisi ei rei servitus talis admittatur hat; so läßt sich doch die florentinische Leseart ganz gut erklären. Manlich *ei rei* ist soviel als *eius rei causa*; und *admittitur* geht auf den, qui superiora aedificia inhabitat, wie diese Worte ganz richtig in der Geheimerischen Ausgabe des Corpus iuris erklärt werden. Man vergleiche auch *Ios. NERII Analector. Lib. II. cap. 34.* (in *EV. OTTONIS Thes. iur. Rom. T. II. p. 372.*)

57) Das Recht, unter einem fremden Gebäude einen Keller zu haben, will Struben in den rechtlichen Gedanken 4. Band Ged. 158. ebenfalls als eine dem Herrn des Hauses zukommende servitus oneris ferendi anschen. Allein es kann dies eine eigne Servitut seyn, bey welcher der Eigentümer des Kellers dominans ist. S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 62. Not. 1. der 3. Aufl.

58) *Franc. BROBUS* in Expositionib. ad Justin. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 12. *MAREILIUS* ad §. 1. I. de Servitut. (in *Iani a COSTA Commentar. pag. 190.*) und *Io. DOUJAT* ad §. 3. Paraphras. Theoph. de reb. corporal, et incorp. (in der Rechtischen Ausgabe Tom. I. pag. 264.)

Theophilus sagt nämlich: Καὶ ποῖαι εἰσι δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν; τὸ ἀνέχεσθαι μὲν τῶν Βαρῶν τοῦ γείτονος. i. e. Et quae nam sunt servitutes aedium? ut onera vicini sustineam. Nun führt zwar Wilh. Otto Reitz⁵⁹⁾ zur Vertheidigung des Theophilus an, daß Justinian selbst die servitus oneris ferendi und tigni immittendi für eine und dieselbe Servitut gehalten zu haben scheine. Allein wie kann ein solcher Irrthum, der doch wirklich gar nicht vorhanden ist, dem Paraphrasten zur Entschuldigung gereichen? Es lehrt vielmehr der ganze Zusammenhang, daß Theophilus hier nicht noch einmal den Begriff von servitutes aedium angeben wollte, den er schon vorher in den Worten: αἱτινες συνήθευται τοῖς οἰκοδομήμασι, i. e. quae aedificiis inhaerent, deutlich genug bestimmt hatte; sondern seine Absicht war, nach Anleitung des Textes, die gewöhnlichsten Arten von diesen Servituten anzuführen. Wenn nun Theophilus fortfährt: Εἰσὶ δὲ αἱτιαι, so sind diese Worte nicht so zu verstehen, als ob er nun erst die servitutes aedium selbst namentlich angeben wollte. Nein! die Uebersetzung: sunt autem hae, ist offenbar unrichtig. Die Partikel δὲ heißt nicht blos autem, sondern sehr häufig, besonders beym Theophilus, soviel als porro oder item; und so hängt alles mit dem Text der Institutionen genau zusammen.

Schon oben (S. 16. f.) ist von dieser Servitut das Besondere bemerkt worden, daß jeder Eigenthümer des das mit belasteten Gebäudes das Gemäuer, worauf das Gebäude des Berechtigten ruht, unterhalten und repariren

E 4

lassen

59) In seiner Ausgabe der Paraphrase. Hag. 1751. 4. Lib. II. Tit. 3. §. 1. not. o. pag. 268.

lassen müsse, sofern es nämlich bei Errichtung der Servitut ausbedungen worden ist⁶⁰⁾. Entstehen Zweifel über die Art der Reparatur, so entscheidet der Vertrag, oder der ehemalige Fuß, wie nämlich die Mauer zu der Zeit beschaffen war, da die Servitut constituit wurde⁶¹⁾). Verbessert kann die Mauer zwar immer werden, allein auf keine Weise ist es dem Eigenthümer erlaubt, sie schlechter herzu-

60) Man stritte anfangs darüber, ob ein solcher Vertrag auf eine, jeden Besitzer der dienenden Sache verpflichtende Art, eingegangen werden könne, weil es der Natur einer Servitut, als welche nicht in faciendo bestehen kann, entgegenstreitet. Die bejahende Meinung des Servius behielt jedoch die Oberhand in den Gerichten. L. 6. §. 2. D. Si servit. vind. Diese Controvers hatte noch eine andere zur Folge, nämlich die, ob die Klage bei der Servitus oneris ferendi eine blos persönliche, oder, der daben statthabenden Verpflichtung zur Reparatur ungeachtet, die dingliche actio confessoria sey? Man entschied jedoch für das Letztere, weil denn doch die Klage hauptsächlich auf Anerkennung der Servitut gerichtet wird, und die Verpflichtung zur Reparatur nur als ein Consequens zu betrachten ist. Das Besondere aber daben ist, daß die actio confessoria, wenn sie der Reparatur wegen angestellt wird, nicht wider jeden Besitzer, sondern nur gegen den Eigenthümer der dienenden Sache Statt findet. So wird nun die L. 6. §. 3. D. eodem. verständlich seyn, wo es heißt: Haec autem actio in rem magis est, quam in personam, et non alii competit, quam domino aedium, et adversus dominum. Gegen den Usufructuar wird dem Eigenthümer des berechtigten Hauses die Klage ausdrücklich abgesprochen. L. 1. §. 1. D. de servit. praed. urb. E. oben §. 661. Not. 57. S. 26. und WESTPHAL §. 594. Not. 525. b)

61) L. 6. §. 5. D. Si servit. vindic.

herzustellen, als sie vorher war⁶²⁾). Es steht jedoch dem Eigenthümer des dienenden Gebäudes frei, die lasttragende Sache zu derelinquiren, und sich hierdurch von der übernommenen Verbindlichkeit der Ausbesserung zu befreien⁶³⁾). Auf jeden Fall muß aber der Eigenthümer des berechtigten Gebäudes für die Unterstützung desselben während der Reparatur selbst sorgen⁶⁴⁾).

II. *Servitus tigni immittendi*, welche in dem Rechte besteht, die Balken meines Gebäudes in die Wand oder Mauer meines Nachbars einzuschieben, und darin ruhen zu lassen⁶⁵⁾). Diese Servitut wird von der vorigen ausdrücklich unterschieden, und Ulpian⁶⁶⁾) macht diesen Unterschied besonders durch die Bemerkung practisch, daß bey derselben jener singuläre Satz wegen der Reparatur nicht Statt finde. Sind die Balken unbrauchbar geworden, so ist es zwar dem Berechtigten unverwehrt, solche mit neuen zu ersetzen. Denn dies bringt nicht nur die *causa perpetua* der Servitut mit sich, sondern gehört auch zu den *Adminiculis*, die der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks

dem

62) *L. 6. §. 7. D. eod.* Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc *actionem* (*sc. confessoriam*) aut per *operis novi nuntiationem* prohibetur.

63) *L. 6. §. 2. in fin. eodem.*

64) *L. 8. pr. D. eod.*

65) *L. 8. §. 1. D. eodem.* *L. 242. §. 1. D. de Verbor. Signif. IMMISSUM est, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur. TIGNUM heißt nach *L. 62. D. de V. S.* Omne genus materiae, ex qua aedificium constat.*

66) *L. 8. §. 2. D. Si servit. vindicet.*

dem Berechtigten gestatten muß. Dahingegen ist es demselben keinesweges erlaubt, in der Folge, um sein Gebäude zu erweitern, mehrere Balken, als ihm anfangs bewilligt waren, einzulegen. Nur dies ist der wahre Sinn der Worte in der L. 14. pr. D. *Si servit. vindic.* welche folgendergestalt lauten: *Si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes: immo etiam agere tecum potero, ut ea, quae immiseris, tollas.* Unter *nova tigna* können also hier keine anderen, als tigna plura verstanden werden, wie die vorhergehenden Worte: *quae antea habueris*, außer Zweifel stehen. Diese Erklärung rechtfertigt sich auch schon dadurch von selbst, daß eine *Servitut* nicht contra statutam formam et modum ausgeübt werden darf⁶⁷⁾.

§. 668.

Servitus proiiciendi und protegendi.

III. *Servitus proiiciendi.* Sie ist das Recht, einen Ausbau, z. B. einen Balcon, Erker, oder eine Gallerie, von seinem Gebäude über das Grundstück des Nachbars hervorragen zu lassen, ohne daß solcher auf dem letztern irgendwo

67) L. 11. pr. D. *Quemadmodum servit. amitt. Non conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere.* L. 12. §. 1. C. de aedif. privat. Qui proprias domus renovare cupiunt, veterem formam non excedant. S. Münter von Servituten I. Th. §. 15. Ist das Errichtungsrecht auf eine unbestimmte Art verliehen worden, so behauptet voest in Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. daß der Eigenthümer des berechtigten Gebäudes auch mehrere Balken in die dienstbare Mauer hineinlegen dürfe, als bisher darin befindlich gewesen sind.

wo aufruht. Javolen⁶⁸⁾ sagt, Labeo habe das *Projectum* vom *Immissio* so unterschieden: quod *projectum* esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia *maeniana*⁶⁹⁾ et *subgrunda*⁷⁰⁾ essent. Eigentlich nur eine besondere Art davon ist.

V. die *Servitus protegendi*, oder das Recht ein Wetterdach von meiner Wand aus über meines Nachbars Grundstück in seinen Luftraum hervorragen zu lassen. Der Ausdruck *protectum habere supra domum alienam* kommt L. 29. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* vor; und Cicero sagt in *Topic. c. 4.* Quod parietis communis tegendi causa proiicitur, ut ex tecto eius, aedes qui protexisset, aqua deflueret⁷¹⁾). Beide Servituten beruhen auf dem

Grund-

68) L. 242. §. 1. *D. de verb. signif.*

69) *Maeniana* sind nichts anders, als Balcons, offene Gallerien, und Erker an den Gebäuden. Nach *FESTUS* und *ISIDORUS Origin. Lib. XV. c. 3.* soll der Name von dem Censor *MAENIUS* oder *MENIANUS* herrühren, welcher zuerst dergleichen Gallerien auf dem Markt der öffentlichen Spiele wegen anlegen ließ, die auf Säulen ruheten.

70) Eigentlich *subgrundae*, wie auch *halo* an der liest. Denn *subgrunda* heißt ein Bordach, oder Wetterdach.

71) Ueber die Leseart dieser Stelle ist man jedoch im Streit. Man sehe vorzüglich *Ge. D'ARNAUD vitae Scaevolarum* §. 21. pag. 62. et ad Eundem *Heinr. Io. ARNTZENIUS not. h.* pag. 63. sq. Ich bemerkte nur noch, daß *paries communis* bei Cicero nicht durch gemeinschaftliche Wand, sondern Scheidewand zu übersetzen ist. *D'Arnaud* sagt a. a. *D.* pag. 65. ganz recht: *Communem parietem censeo hic appellari, qui uni duntaxat aedificio proprius, sed omnibus eius partibus communis, quales sunt extreimi et externi parietes.* In dieser Bedeutung kommt dieser Ausdruck auch *L. 4. §. 10. D. fin. regund.* vor.

Grundsatz, daß der Luftraum über meinem Grundstücke als mein Eigenthum anzusehen ist, über welche sich Niemand eine Verfügung anmaßen darf, der nicht deshalb eine Servitut erworben hat. Deswegen sagt sogar Alfenus L. 17. pr. D. *Si servit. vindic.* *Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet: agi oportet, ius non esse; illum parietem ita projectum in suum esse invito se.* Nach dieser Stelle kann ich also, wenn sich die Wand meines Nachbars gesenkt, und auch nur einen halben Fuß über ihr Fundament hinaus in mein Grundstück herüber gelehnt hat, mit der actio negatoria auf Herstellung der geraden Linie klagen, weil man schon dies als Anmaßung einer servitus proiiciendi ansehen kann⁷²⁾. Eigentümliche Destruktion des projecti ist mir jedoch nicht erlaubt, sondern wird als ein damnum iniuria datum angesehen⁷³⁾.

§. 669.

72) Man vergleiche über diese Stelle Car. Christph. HOFACKER Diff. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris 40. Dig. super sunt. (Tubingae 1775.) pag. 12. sq.

73) L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil. *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere,* Proculus scribit: debuisti enim mecum, *ius mibi non esse protectum habere, agere: non esse aequum, damnum me pati, recisis a te meis tignis.* Anders verhält sich die Sache bey der servitus tigni immittendi. Hier sagt Pomponius L. 27. pr. D. b. t. *Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes, et ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immissum fit, nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere.* Eujac; ad h. L. will zwar den Ausdruck rem perdere durch libertatem praedii amittere erklären. Allein diese Erklärung ist offenbar unrichtig, wenn man damit die angeführte L. 29. §. 1. ad L. Aquil. vergleicht, wo der Grund

§. 669.

Servitus altius tollendi et non tollendi.

VI. Servitus altius tollendi und non tollendi⁷⁴⁾. Was man sich von diesen Servituten für einen Begriff machen soll, ist unter den Auslegern des Römischen Rechts sehr streitig⁷⁵⁾. Am gewöhnlichsten, und gewiß auch am natürlichen erklärt man sie so, daß man sagt,

1) die Servitus altius tollendi bestehe in dem Rechte, vermöge dessen mein Nachbar leiden muß, daß ich mein Haus

Grund dieses Unterschiedes angegeben wird. Interest enim, sagt Ulpian, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit. Rem perdere heißt also hier vielmehr: opus factum propria auctoritate destruere, wie Franc. DUARENUS in Comm. ad L. 27. cit. POThIER in Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. Si servit. vindicet. Nr. XV. not. c. pag. 270. Ger. NOODT ad Leg. Aquilam libr. sing. cap. 19. (Operum Tom. I. pag. 169) und WESTPHAL de servitut. praed. §. 536. not. 483. diese Worte richtig erklärt haben. Io. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 4. hat den Unterschied zwischen tigni immisso und protectio et projectio ebenfalls bemerkt.

74) §. 1. I. de servitutib. §. 2. I. de action. L. 2. D. de servit. praed. urb. L. 7. D. Commun. praed. L. 4. §. 7. et 8. D. Si servit. vindic. L. 5. D. eodem. L. 8. et 9. C. de servitut.

75) Man sehe Io. GEESTORIS Commentat. continens observationes varias de altitudine aedium Romanar. deque civium multitudine ad illustrandam servitutem altius tollendi et altius non tollendi. Lipsiae 1736. 4. Io. Henr. CRIFFT. de SELCHOW Diff. de servitute altius tollendi romana, eiusque ad Germaniam habitu. Goettingae 1755. Henr. GOL. BAUER Diff. de servitutis altius tollendi vera notione. Lipsiae 1762. Cbr. Henr. BREUNING specim. capit. iuris controv. de servitute altius tollendi. Lipsiae. 1766. und. HÖPFNERS Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 361.

Haus höher haue, als es sonst vermöge bestehender öffentlicher, jedoch blos den Vortheil der Nachbarn bezweckender Gesetze, oder vermöge eines unter den Nachbarn vorher eingegangenen, die Freiheit höher zu bauen beschränkenden Vertrags, oder vermöge einer vorhandenen Verjährung, wodurch diese natürliche Freyheit verloren gleng, geschehen dürste.

2) Die Servitus altius non tollendi hingegen sey das Recht, meinem Nachbar das Höherbauen in seinem Eigenthum zu verbieten, oder zu verbieten, daß er einen neuen Bau nicht über eine durch Uebereinkunft bestimmte Höhe aufführe⁷⁶).

Nach diesen Begriffen läßt sich also die Servitus altius tollendi auf verschiedene Art gedenken.

1) Wenn Gesetze vorhanden sind, welche die natürliche Freiheit, sein Gebäude zu einer willkürlichen Höhe aufzuführen, zum Besten der Nachbarn beschränken. Der gleichen Gesetze gab es bei den Römern ohne Zweifel, und zwar a) solche, welche ejne gewisse Höhe der Häuser bestimmten, die anfangs gar nicht, in der Folge aber nur nicht ohne Einwilligung des Nachbars überschritten werden durste. Bekannt sind die Verordnungen der Kaiser Augustus, Nero, Trajan und Zeno⁷⁷). Zwar scheinen ver-

76) L. 11. §. 1. et L. 23. §. 1. D. b. t. Vid. Lud. CHARONDAE *Haedawis seu Verisimil.* Lib. I. cap. 5. (in Ev. OTTONIS *Tbes. iur. Rom.* Tom. I. pag 696.) Ulr. HUBERI *Praelection. ad Institut.* Lib. II. Tit. 3. §. 11. *de cocceji ius civ. controv. h. t.* Qu. 2. und HOFACKER *Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. et 1090.*

77) SuetONIUS in *Augusto* cap. 89. STRABO *Lib. V.* pag 359. edit. Almelov. PLINIUS *Histor. natur.* Lib. XXXIV. cap. 14.

verschiedene Stellen in den Pandecten eine unbestimmte Höhe der Häuser auch ohne Servitut zu erlauben. Denn so sagt

1) Ulpian L. 9. D. b. t. Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. Nach dieser Stelle soll also nur eine Servitut das Höherbauen, wodurch des Nachbars Licht verdunkelt wird, untersagen können. Bedürfte es wohl einer Servitut, um dem Nachbar das Höherbauen zu verwehren, wenn der Klage schon ein untersagendes Gesetz zum Grunde gelegt werden könnte?

2) L. 11. §. 1. D. eodem. Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia,

TACITUS *Annal.* Lib. XV. cap. 43. AURELIUS VICTOR in *Trajan.* cap. 13. Das neueste Gesetz ist die nicht glossirte L. 12. Cod. de aedif. priv. welche auch Justinian L. 13. C. eodem unter dem Namen der constitutio Zenonis, quae de servitutibus loquitur, ausdrücklich bestätigt hat. In dieser Constitution heißt es §. 4. Haec autem observari volumus, (er bestimmt nämlich eine Höhe der Häuser von 100 Fuß) quando nullum adest pactum, quod aedicare volentem adjuvet. Qui autem ex pacto vicini aedificant, intra definitum ab eis modum aedificant: tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere aedificia, etiam si prospectum admant iis, qui contenerunt, et pacti sunt, aut qui in eorum domos successerunt; quandoquidem competentia iam quibusdam ex conventione iuris, per generalem auferri legem non opörtet. S. IO. MURSIUS de luxu Rom. c. 12. IUST. LIPSIUS de magnitud. urb. Romae. Lib. III. c. 4. IO. VOSSIUS de magnit. Rom. vet. c. 6. (Tom. IV. *Tbes. Graeviani*). IO. GOTTL. HEINECCIUS Antiquit. Rom. Lib. II. Tit. 3. §. 7. und WESTPHAL de servitat. praedior. §. 3. not. 2. et §. 111. et not. 109.

ficia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris. Wozu bedürfte es einer richterlichen Bestimmung, hätte diese das Gesetz schon festgestellt gehabt?

3) *L. 24. D. eodem.* wo Paulus sagt: *Cujus aedificium iure superius est, ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere:* dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent. Wer also einmal das höhere Haus besitzt, der mag fortbauen, so lange es ihm gut dünkt. Er ist an keine bestimmte Gränze gebunden. Ja daß ohne die Servitus, ne luminibus officiatur, ein unbegrenztes Höherbauen erlaubt gewesen sei, scheint vollends

4) *L. 10. D. b. t.* außer Zweifel zu setzen, wo gesagt wird: *Qui binas aedes habebat, si alteras legavit, non dubium est, quin beres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium;* welches endlich

5) durch die *L. 8. C. de Servitut. et aqua* nochmals bestätigt wird, wo es heißt: *Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur.*

Allein alle diese Stellen sind dennoch der angegebenen Idee von der Servitus altius tollendi nicht entgegen. Denn

1) die *L. 9. D. b. t.* will offenbar nur soviel sagen, wenn mein Haus mit keiner Servitut wegen des Höherbauens belastet ist, so darf mir mein Nachbar solches nicht verbieten, wenn ihm auch gleich dadurch das Licht ver-

verdunkelt würde, sofern ich nur nicht die gesetzmäßige
Größe überschreite⁷⁸⁾.

2) Die L. II. §. I. D. b. t. redet von einem solchen
Falle, wo bey der servitus altius non tollendi ein Streit
entstand, wie hoch der Nachbar das neue Gebäude auffüh-
ren dürfe. Es ist also hiet von einer servitus altius tol-
lendi gar keine Rede, wie auch Westphal⁷⁹⁾ schon be-
merkt hat.

3) Ueber den Sinn der Worte in der L. 24. D. b.
t. aedificium iure superius sind zwar die Ausleger sehr
verschiedener Meinung. Cujaz⁸⁰⁾ und Pothier⁸¹⁾ ver-
stehen sie von dem Falle, wo dem Gebäude die servitus
altius tollendi zusteht. Nehmen wir diese Erklärung an,
so würde sich der Zweifel von selbst heben. Allein Paulus
muß vielmehr von der servitute tigni immittendi verstan-
den werden, wie auch Anton Faber⁸²⁾ bemerkt hat. Dies
erhellet deutlich aus der Verbindung mit der folgenden L. 25.
D. eod. wo es heißt: Hoc quod dictum est, (nämlich in
dem vorhergehenden Fragment) de immisis locum habet ex
aedificio alio in aliud: aliter enim supra alienum aedi-
cium superius habere nemo potest. Zwar ist diese Stelle
ein Fragment vom Pomponius. Allein merkwürdig
ist es, daß beide Fragmente aus den Commentaren dieser
beyden

78) S. Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5.
Et ita res habeat. p. 531. und WESTPHAL §. 4. not. 2.

79) De servit. praed. §. 599.

80) Commentar. ad h. L. 24. D. h. t.

81) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. III. not. c. et d. pag. 262

82) Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 741.

beyden Rechtsgelehrten über den Sabinus entlehnt sind, und zwar scheint Pomponius Lib. 33. ad Sabinum über dieselbe Lehre des Sabinus commentirt zu haben, von welcher Paulus libro 15. ad Sabinum handelte. Dies lehren auch die Inscriptionen der Stellen, welche sich in dem 8. Buche der Pandecten aus des Paulus und Pomponius libris ad Sabinum befinden. Vergleicht man nun noch zur Erläuterung die L. 8. §. 1. D. Si servit. vindicet. wo es heißt: *Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem: ut in parietem eius tigna immittere mibi liceat, supraque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant;* so liegt jetzt der Sinn der L. 24. ganz klar vor Augen. Paulus will nämlich soviel sagen, wer die servitus tigni immittendi hat, ist zwar so wenig in Absicht auf die Höhe als Schwere der Belastung auf ein bestimmtes Maas beschränkt, er darf aber doch das dienende Gebäude des Nachbars nicht dergestalt beschweren, daß es durch die Größe der Last beschädigt, und gar in die Gefahr des Einsturzes gebracht würde⁸³⁾). Denn es tritt hier die Regel ein, welche Paulus giebt L. 20. §. 5. D. b. t. *Omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, detiorem non posse.* Ganz unrichtig erklärt daher Westphal⁸⁴⁾ die

83) Diese Erklärung wird auch durch die Basilica bestärkt, in welchen Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 2. Constit. 24. pag. 768. unsere Stelle folgendermaßen lautet: Ο ἔχων τὰ αὐτών, τοῖς ἴδιοις ἐπιτίχει ὅσον θέλει, μὴ βαρεῖν μὲν τοι τὰ κατώνεα ὑπὲρ δυνάμεν. i. e. *Qui habet aedificia superiora, quantum vult, suis imponit; dum inferiora non supra, quam ferre possint, oneret.*

84) §. 599. not. b. pag. 385.

die L. 24. von der natürlichen Freyheit des Grundstücks. Ihm ist *aedificium iure superius*, cui non imposta servitus altius tollendi. Allein schon Ἡarmenopoulos⁸⁵⁾ hätte ihn eines Andern belehren können, welcher diese Stelle so übersetzt: Οὐτίος τα οικηματα δικαιω δουλειας υπερκειται, etc. i. e. Cujus aedes iure servitutis superiores sunt ecc. Aus allem erhellt indessen soviel, daß die L. 24. der angenommenen Idee von der servitus altius tollendi im mindesten nicht widerstreite. Eben so wenig schließen endlich

4) die L. 10. D. b. t. und L. 8. Cod. de servitut. eine gesetzähnige Beschränkung des Höherbauens aus. Denn daß wirklich ein modus altitudinis usitatus bei den Römern vorhanden gewesen sei, setzt das Rescript der Kaiser Sever und Antoninus L. I. Cod. de aedificiis privatis außer allem Zweifel.

b) Noch auf eine andere Art ist die natürliche Freyheit höher zu bauen zum Besten des Nachbars in den Röm. Gesetzen beschränkt, ohne dabei auf eine bestimmte Höhe Rücksicht zu nehmen, nämlich wenn dadurch der nöthige Lustzug auf der Dreschtenne des Nachbars verbauet werden würde. Justinian verordnet nämlich L. ult. q. 1. C. de servitut. Cum autem apertissimi iuris est, fructus aridos conculatione, quae in area sit, suam naturam et utilitatem ostendere: aliquis vicinum suum vetabat, ita aedificium extollere iuxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex huiusmodi obstaculis fecer-

F 2

ni

85) Περὶ οἰκημάτων. Lib. II. Tit. 4. nr. 62. (in Supplemento Theſ. Meer- man. pag. 136.) Man vergleiche auch Io. Conr. RÜCKERI Observation. Cap. III. §. 7. pag. 102. sq. und FEUERBACHS civilist. Versuche I. Th. S. 44. ff.

ni a frugibus non possent, quasi vetito vento suam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione, cum secundum situm regionis, et auxilium venti aream accedit. *Sancimus itaque, nemini licere sic aedificare, vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficien-tem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum utilitatem faciat*⁸⁶⁾. Erlaubt nun dennoch der Eigenthümer der Dreschtenne seinem Nachbar ein Gebäude aufzuführen, wodurch ihm der Lustzug benommen wird, so entsteht daraus ebenfalls, wie *Donellus*⁸⁷⁾ ganz richtig bemerkt, eine servitus altius tollendi. Außer solchen geschicklichen Beschränkungen lässt sich diese Servitut auch

2) dann gedenken, wenn die Freyheit höher zu bauen vorher durch einen unter den Nachbaren eingegangenen Vertrag war eingeschränkt worden, und nun diese Freyheit wieder erlangt wird. Ein Beispiel hiervon giebt *Pomponius L. 21. D. b. t.* wo es heißt: *Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero, ius esse, invito me, altius tollere aedificia tua: quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debet, ut, si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat; si non impedian tur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.* *Hofacker*⁸⁸⁾ giebt noch mehr

86) Diese L. ult. ist eine von den 50 Decisionen des Kaisers Justinian. *S. Em. MERILLI Exposit. in L. Decision. Justin. Nr. XLVIII.*

87) *Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 532.*

88) *Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1090. not. b.*

mehrere Stellen an, nämlich L. 26. pr. D. de except. rei iuicatae und L. 20. pr. D. de servitut. praed. rustic., welche aber keine treffende Beispiele enthalten. In der oben angeführten L. 21. b. t. ist zwar von einem solchen Falle die Rede, wo der Nachbar, welcher mir das Höherbauen verbieten konnte, durch einen neuen Vertrag mir dieses Recht wieder eingeräumt hat. Es hat indessen keinen Zweifel, daß diese Freiheit auch durch Verjährung wieder erlangt werden könne⁸⁹⁾. Nur kann deswegen nicht mit Anton Faber⁹⁰⁾ und Christoph Ludwig Trell⁹¹⁾ die Servitus altius tollendi bloß in einer Usucaption der Freiheit höher zu bauen, wenn sie vorher durch eine von dem Nachbar erworbene Servitut eingeschränkt war, gesetzt werden. Denn kann per consequentiam necessariam die Servitus altius tollendi aus der Usucaption der Freiheit entstehen, warum nicht auch durch einen neuen mit dem Nachbar geschlossenen Vertrag, wodurch er sich seines Servitutrechts zu meinem Vortheil begiebt? Es kann endlich

3) die Freiheit höher zu bauen auch durch eine Verjährung verloren gegangen seyn, wodurch mein Nachbar die Servitus altius non tollendi erworben hatte. Räumt mir nun dennoch mein Nachbar dieses Recht wieder ein, so entsteht hieraus ebenfalls eine Servitus altius tollendi.

F 3

Ab.

89) L. 1. Cod. de servitut. L. 4. §. 29. D. de usurpat. et usucap.

90) Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. Cap. 15. pag. 742.

91) D s. servitutem altius tollendi in usucapione libertatis considerare. Vitembergae 1733.

Abweichend von dieser Vorstellungsart sind nun freylich die Ideen vieler Rechtsglehrten. Nach einigen⁹²⁾ soll die Servitus altius tollendi und non tollendi eine und dieselbe Servitut seyn. Sie sagen, eine Servitus altius tollendi lasse sich gar nicht anders gedenken, als wenn das Recht höher zu bauen, welches jedem Eigenthümer schon vermöge der natürlichen Freiheit, und also ohne Servitut, von selbst zusteht, zugleich mit dem Rechte verbunden ist, dem Nachbar das Höherbauen in seinem Eigenthum zu verbieten. Diese Servitut werde nur in Rücksicht des herrschenden Guts, dem sie zusteht, Servitus altius tollendi, hingegen in Rücksicht des dienstbaren Servitus altius non tollendi genannt. Allein diese Meinung wird dadurch widerlegt, 1) daß diese beyden Servituten in den Gesetzen überall genau von einander unterschieden werden. So sagt ausdrücklich *Cajus L. 2. D. b. t. Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiandi luminibus vicini, aut non extollendi.* Eben so *Paulus L. 7. D. Communia praedior. Interpositis quoque alienis aedibus imponi servitus potest, velut ut altius tollere vel non tollere liceat*⁹³⁾. 2) Kann zwar allerdings die Servitus altius non tollendi unter der Servitus altius tollendi, als adminiculum, begriffen seyn, insofern sonst dieselbe dem Berechtigten unnütz seyn würde. Allein des-

92) *Franc. CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 7. BACHOVIVS de actionib. Disp. II. Th. 22. et ad TREUTLERUM Vol. I. Disp. XVII. Th. 3. TITIUS in Iure privat. Lib. III. cap. 14. §. 3. und God. Lud. MENCKEN Exercit. qua non dari servitutem altius tollendi contenditur. Vitembergae 1724.*

93) Man sehe noch *L. 4. §. 7. et 8. L. 5. et L. 6. D. Si servit. vindic. L. 15. D. de novi op. nunciat.*

wegen lässt sich nicht behaupten, daß derjenige, welcher die Servitus altius non tollendi auf seines Nachbars Hause hat, nun auch das seinige nach Gefallen höher bauen dürfte; und dann schränkt doch auch 3) die Servitus altius tollendi die Freyheit zu bauen auf Seiten des Servientis nur in soweit ein, daß dadurch die dem Berechtigten eingeräumte Servitut nicht unnütz gemacht werde⁹⁴⁾.

Nach andern⁹⁵⁾ soll die Servitus altius tollendi in dem Rechte bestehen, meines Nachbars Gebäude oder Mauer zum Nutzen meines Grundstücks auf meine Kosten erhöhen zu dürfen.

Allein dieser Ansicht widerstreitet §. 2. I. de actionib. und Theophilus in der griechischen Paraphrase über diese Stelle so offenbar, daß es nur darauf ankommt, was man dagegen einzuwenden versucht hat.

§. 2. I. de actionib. lautet folgendermassen. *Aeque si agat quis, ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, etc. in rem actio est. Eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum: veluti si quis agat, ius sibi esse altius. AEDES SUAS tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu, et de servitutibus praedi-*

§ 4 diorum

94) Man vergleiche hier noch besonders Arn. VINNII Commentar. ad §. 1. I. de servitut. nr. 6. et 7. wo diese Meinung ausführlich widerlegt ist.

95) VORT Commentat. ad Pand. h. t. §. 5. PAGENSTECHER Sicilim. ad Lauterbachium. Manip. I. pag. 70. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. II. Tit. 3. §. 7. SAMMET Opuscul. pag. 62. und Renat. Car. von SENCKENBERG Meditation. iuridic. histor. Medit. I.

diorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones: ut si quis intendat, *ius non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospicendi, vel projiciendi, immittendi; itae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.*

Wenn hier Justinian zur Erläuterung der aus dem Rechte der Servitut entstehenden actio confessoria unter andern das Beispiel giebt: *ius sibi esse altius aedes suas tollendi*, so glaubt Pagenstecher, es müßten damit die am Schluß der Periode stehenden Worte: *in vicini aedes verbunden werden*. Allein diese Erklärung streitet so offenbar gegen allen lateinischen Redegebrauch, daß sie nicht den mindesten Beifall verdient. Denn wer hat je gesagt: *aedes tollere in alterius aedes?* Pagenstecher fühlte auch selbst in der Folge diese Ungereimtheit so lebhaft, daß er in seinen neuern Schriften seine Hypothese aufgab, und die oben angeführte natürlichere Erklärung annahm⁹⁶⁾.

Eine neue Erklärung giebt Freiherr von Senkenberg, um Pagenstechers Meinung gegen den ihr widerstreitenden § 2. I. de action. aufrecht zu erhalten⁹⁷⁾). Er meint nämlich, daß in diesem §. nicht von der Servitus altius tollendi, sondern vielmehr von dem die Rede sey, welcher vermöge seines freyen Eigenthumsrechts höher bauen will, von seinem Nachbar aber unter dem Vor-

96) Ad Institut. Tit. de servitut. Aphor. 52.

97) Meditationes max. in partem iurid. quinque (Wetzlariae 1789.) M. nissa 3. pag. 174. sqq.

Vorgeben einer ihm zustehenden Servitut daran verhindert wird; denn auch dieser könne sich der confessorischen Klage bedienen. Allein ich zweifle sehr, ob auch diese so genannte *nova* §. 2. *I. de action. explicatio* bei einer genaueren Prüfung haltbar seyn möchte. Denn 1) würde ja in dem von Senkenberg untergelegten Falle nicht sowohl die *actio confessoria*, die aus dem Servitutrechte, sondern vielmehr die *actio negatoria*, die aus dem Rechte des freien Eigenthums entspringt, Statt haben. Daß aber 2) Justinian in dem angeführten §. wirklich von der *Servitus altius tollendi* redet, sezen die Worte: *Eiusdem generis (sc. actio in rem) est actio de iure praediorum urbanorum: veluti si quis agat, ius sibi esse altius aedes suas tollendi*, außer allem Zweifel; besonders wenn man damit 3) die griechische Paraphrase des Theophilus verbündet, wo es heißt: *Καμψστοριώς κινῶ δέ ἐπὶ δελσίας ὄμιας, οἷον ἐὰν κινῶ λέγων, δικαιόν μοι προσεῖνται τοῦ εἰς ὑψος αἴρειν τὴν ἐμὴν ὄμιαν.* i. e. *Confessoria ago — etiam in servitute aedium, veluti si ago dicens, ius mibi competere in altum tollendi aedes meas.* Senkenberg beruft sich nun zwar zur Unterstützung seiner neuen Erklärung auf Ulpian, welcher *L. 4. §. 7. D. Si servit. vindic.* sagt: *Habeo aedes, quibus sunt vicinae Sejanae et Sempronianae. Sempronianis servitutem debeo; adversus dominum Sejanarum volo experiri, altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar.* Licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo agitur, non serviunt. Hoc igitur intendo, *babere me ius altius tollendi, invito eo, cum quo ago:* quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo. Allein Senkenberg setzt offenbar hier etwas voraus, was sich schwerlich erweisen

sen läßt, nämlich daß die actio confessoria auch Statt habe, wenn ich die Freiheit meines Grundstücks gegen fremde Ausübung einer Servitut vindicire. Denn 1) sagt ja Ulpian unmittelbar vorher; *Competit autem de servitute actio domino aedificii, neganti servitutem se vicino debere*, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei, cum quo agitur, servitutem non debent. Nach diesen Worten hat man wohl mehr Grund zu glauben, daß Ulpian von der actio negatoria rede, wenn man zumal damit die L. 2. D. eodem verbindet, wo Ulpian sagt: *De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria.* *Confessoria* ei, qui servitutes sibi competere contendit: *negatoria* domino, qui negat. Von dieser Klage verstehen auch Anton Gaber⁹⁸), Johann D'Uvezan⁹⁹), und Ferd. Aug. Hammel¹⁰⁰) den Ulpian. Nun steht zwar noch der Zweifel entgegen, daß doch die Formel: *aio* oder *intendo, ius mibi esse, altius aedes meas tollendi*, in dem §. 2. I. de action. ausdrücklich der actio confessoria zugeeignet wird; daher wollen auch Franz Hotoman¹⁾, und Lud. Charondas²⁾ den Ulpian wirklich von dieser Klage verstehen.

Man

98) Rational. in Pandect. ad L. 5. §. 6. D Si serv. vind Tom. II. P. II. pag. 246.

99) Servitut. libr. P. VII. Cap. 2. §. Itaque in servitutibus (Tom. IV. Thes. Meermaniani pag. 199.)

100) Diff. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate. (Liphae 1721.) §. 20.

1) Commentar. in Institut. iuris civ. ad §. 2. I. de actionib. pag. 431.

2) Πειδαρ. seu Verisimil. Lib. I. cap. 5. (in Thes. iuris Rom. Otton. T. I. pag. 696.)

Man kann indessen immerhin auch diese Erklärung annehmen, und Senkenbergs Hypothese gewinnt dennoch das
ben nichts, weil in dem letztern Falle die Servitus altius tollendi nach der oben angegebenen Erklärung zum Grunde gelegt wird. Zötoman sagt ausdrücklich: *Quid ergo illud est, quod modo dicebamus, ius aedes suas tollendi non-nunquam per in rem actionem petendum esse? Et respondeatur, tum id faciendum esse, cum antea fuit servitus, quae postea remissa est.* Cuius rei exemplum est in L. 21. D. de Servitut. praedior. urb. et L. 20. D. de Servitut. rust. ubi casus exponuntur, quibus is, qui servitutem babebat in aedes vicini, ne altius tolleret, postea ius altius tollendi ei concesserat. Extat etiam exemplum in fin. L. 4. D. de usurpat. ubi Paulus loquitur de eo, qui cum servitutem deberet altius non tollendi, tamen per legitimum usucapiendi tempus altius aedificatum babuerat, itaque libertatem usuperat. Und eben so Charondas: *Altius tollendi servitus latissime patet. Si enim tuis aedes meae servitutem non tollendi, ne luminibus tuis officiam, debeant, atque ea pactionibus aliove modo peremta sit, aut certe, (exempli causa) ad decem pedes remissa. Nunc si aedificantem me illius (peremtae tamen aut ex parte remissae) servitutis iure prohibeas, competit in rem actio confessoria, qua in libertatem aedes meas afferens, ius mibi esse altius tollendi agam.* Huc pertinet in non dissimili specie Ulpiani responsum L. 4. §. 7. D. *Si servit. vindic.* Cum ego, cuius aedes non in totum liberae sunt, Sempronianis non tollendi servitutem deberem, meoque praedio Sejanae vicinae essent, quarum dominus, suis quoque servitutem deberi ratus, altius me tollentem prohibuerit: in rem actione experiar, qua ius mibi aedes altius (quantum ad Sejum pertinet) tollendi,

lendi, easque esse liberas intendam. Et tum quidem haec actio, licet afferendae libertatis causa institui videatur, est tamen pro servitute, confessoria. Beide Erklärungen lassen sich also sehr wohl vereinigen, wenn man einen Unterschied macht, ob ich das Recht höher zu hauen, im Falle mich der Nachbar daran hindert, aus dem Rechte des freien Eigenthums, oder aus dem Rechte einer zustehenden Servitut vindicare; in dem ersten Falle klage ich actione negatoria, in dem andern actione confessoria.

Ich will zum Beschlusß noch einige Erklärungen von der Servitus altius tollendi und non tollendi aus den neuesten Schriften unserer heutigen Rechtsgelehrten hinzufügen.

Thibaut³⁾ sagt: Die S. altius non tollendi sej, wenn man verspricht, nicht so hoch zu bauen, als man nach den Gesetzen darf. Altius tollendi aber, wenn man als gemein verspricht, ein Gebäude zum Vortheil des Nachbars nicht zu erniedrigen. Allein die L. 20. D. h. t. worauf er sich beruft, redet mit keinem Worte von der S. A. T., geschweige daß sie diesen der Benennung der Sache ganz entgegen streitenden Begriff begründen sollte; und Carp-
zov⁴⁾, den er für sich anführt, hat die schon längst von andern verworfene, der Natur einer Servitut ganz zuwiderlaufende Idee, die ich mit seinen eigenen Worten hersezen will: *Rectius dixeris ius altius tollendi referri inter servitudes, quando iure servitutis cogere possum vicinum, ut altius*

3) System des Pand. Rechts 2. B. §. 607. S. 48.

4) Iurispr. for. P. II. Constit. 41. Definit. 13. (nicht Definit. 10.) nr. 7.

sius tollat aedes suas, quia ex eo sentio utilitatem, cum proficit mihi ad arcendum impetum ventorum, vel ut praestet umbram eo loco, quo solem habere gratum non est. Carpzov hat hier nicht an die L. 15. §. 1. D. de servitut. gedacht.

Endlich noch Münters⁵⁾ Idee. Ihm scheint es eine unrichtige Meinung zu seyn, daß Roms Gesetzgebung den Gebäuden eine bestimmte Höhe vorgeschrieben habe; und glaubt daher, daß statt der oben angegebenen Bestimmungen, als welche ihm nicht zu passen scheinen, folgende substituirt werden müßten. S. *altius tollendi* seyn die Ge rechtsame, ein Gebäude, selbst zum Nachtheil des Benachbarten höher auszuführen, als es bis dahin war. Allein steht mir kein Gesetz, noch Vertrag, noch Verjährung entgegen, wodurch die natürliche Freiheit höher zu bauen beschränkt war, so ist die S. A. T. undenkbar. Denn wo zu mich das Recht des freien Eigenthums befugt macht, deswegen brauche ich keine Servitut, wenn ich auch dem Nachbar dadurch schade. Die von ihm selbst angeführten L. 9. et 10. D. b. t. und L. 8. C. de servitut. sagen dieses klar. — Die S. *altius non tollendi* hingegen seyn eine Bes fügniß, welche die natürliche Freiheit, nach Willkür höher zu bauen, benimmt. Dieser Begriff ist von dem oben angegebenen nur den Worten nach unterschieden.

§. 670.

Servitus luminum et ne luminibus officiatur.

VI. Servitus luminum et ne luminibus officiatur. Ob mit diesen Benennungen nur eine und dieselbe

5) Von Servituten I. Th. §. 32.

selbige Servitut, oder zwey von einander verschiedene Dienstbarkeiten bezeichnet werden, und worin sie eigentlich bei den Römern bestanden haben, ist unter den Auslegern des Römischen Rechts ebenfalls sehr streitig. Viele⁶) behaupten das erstere; die meisten⁷) aber halten sie für zwey ganz verschiedene Servituten, und erklären sie so: die servitus *luminum* sey das Recht in eine fremde oder gemeinschaftliche Wand Fenster zu machen, um seinem Gebäude dadurch Licht zu geben. Die servitus *ne luminibus officiatur* hingegen sey das Recht, meinem Nachbar zu verbieten, daß er in seinem Eigenthume nichts unternehme, wodurch mir das Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, genommen, oder auch nur vermindert wird. Die Beweisstellen für diese Meinung sind,

1) *L. 4. D. b. t. wo Paulus (lib. 2. Institutionum)*
sagt: *Luminum servitute constituta, id adquisitum
videtur,*

6) *Hug. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529.*
Ger. NOODT Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 211. sqq.
Reinb. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disp. XVII. Th. 3.
Lit. A. und Frid. Es. a PUFENDORF Animadversion. iuris.
Nr. XXXIII.

7) *Ihr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. 6. et 7.* *Franc. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 10. pag. 270.* *Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 9. 10. et 11.* *God. STRAUSS Diff. de servitute ne luminibus officiatur. Vitemb. 1669.* *Io. ORTM. WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 23 — 26.* *WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 603. et 604.* *Lud. God. MADINN Princip. iuris Rom. P. III. §. 358.* *HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1089.* *MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 437.* *Münter von Servituten §. 23.*

videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

2) *L. 40. D. eadem.* Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestrarum immisisse, respondi. Aus Paulus lib. 3. Responsorum entlehnt.

3) *L. 8. Cod. de servitut. et aqua*, wo die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Anicetus folgendermaßen rescribiren: Altius quidem aedificia tollere, si domus servitudinem non debeat, dominus eius minime prohibetur. In pariete vero tuo, si fenestram Julianus vi vel clam fecisse convincatur: sumtibus suis opus tollere, et integrum parietem restituere compellitur.

Ueber die servitus, ne luminibus officiatur, ist man, soviel ich weis, in dem angegebenen Begriff durchgehends einverstanden, und so wäre denn von dieser Seite kein weiterer Streit übrig. Nur die servitus luminum ist der, an sich unbedeutende, Gegenstand eines mehr als hundertjährigen Streits, in welchem fast jede Partei sich die Ehre des ersuchten Sieges zuschreibt. Es fragt sich nämlich, ob die servitus luminum eine von der servitute, ne luminibus officiatur wirklich verschiedene Realservitut sey, und ob der oben angegebene gemeine Begriff den angeführten Stellen des Römischen Rechts entspreche, oder nicht? Was die erste Frage anbetrifft, so ist man nun damit völlig aufs Reine.³

Neine. In der That kündigt auch Paulus in der oben angesührten L. 4. D. b. t. durch das *a u t e m* den Unterschied zwischen beiden Servituten so bedeutend und gewichtvoll an, daß es unbegreiflich ist, wie nach der gründlichen Widerlegung dieser auffallend irrigen Hypothese, welcher sie von Gottfried Strauß⁸⁾ ist gewürdiget worden, ein scharfsinniger Pufendorf⁹⁾ schreiben konnte, servitutem luminum a servitate, ne luminibus officiatur, nihil differre, perdocta ratione exposuit Gerb. NOODTIUS. Wenn Noodt, zur Unterstützung seiner Idee, das *a u t e m* mit *etiam* vertauschen will, so ist diese Crisis für eine von den großen Willkürlichkeiten zu halten, durch welche Noodt sooft seine Meinungen geltend zu machen suchte. Vergeblich beruft man sich auf Ulpian's Auctorität, welcher L. 15. D. b. t. sagt: *Inter servitutes, ne luminibus officiatur, et ne prospectui offendatur aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum; in luminibus autem, non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant.* Quocunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohibere potest, si servitus debeatur: opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat. Hier soll nun zwar Ulpian sagen, daß die servitus officiatur mit der servitus luminum ein und dasselbe Ding sey, weil er die nämliche Servitut, die er zuerst servitus *ne luminibus officiatur* nannte, nachher *servitus luminum* genannt habe. Dies sucht man noch mehr dadurch zu bestärken, daß auch die servitus prospectus und

8) Cit. Diff. §. 3 — 8.

9) Animadv. XXXIII. §. 1.

und ne prospectui officiatur für eine und dieselbige Servitut gehalten werde. Und weil die Worte *non officere* noch ein Anstoß sind, so sollen auch diese als unächt zu verdammen seyn, da sie ohnehin bey Haloander fehlen, und in einigen Ausgaben, z. B. in der Gothofredischen eingeklammert sind. Allein offenbar will Ulpian hier nur den Unterschied zwischen der servitus *ne luminibus* und *ne prospectui* officiatur erklären. Er setzt daher zu den Wörtern *in luminibus* ausdrücklich noch *non officere* hinzu. Diese Worte dürfen also, mögen sie immerhin in einigen Ausgaben eingeklammert seyn, durchaus nicht weggestrichen werden, da ihre Aechtheit sowohl durch die Auctorität der Florentinischen Handschrift, als der Vulgata verbürgt ist. Daher kann auf Haloander, und die durch seine Leseart verursachte Einschließung der Worte *non officere* schlechtedings keine Rücksicht genommen werden, wie auch schon Jauch¹⁰⁾ mit Recht gegen Haloander erinnert hat. Ausgemacht wäre es also, daß die servitus *luminum* von der servitute *ne luminibus* officiatur unterschieden ist. Ob es auch die servitus *prospectus* und *ne prospectui* officiatur seyn, bekümmt mich hier nicht, nur dies ist jetzt noch die Hauptfrage, worin jener Unterschied bestehe? Zwei unserer scharfsinnigsten und berühmtesten Rechtsgeliehrten Feuerbach¹¹⁾ und Dabeloux¹²⁾ haben diese Frage aufs neue

zum

10) *Meditat. criticae de Negationibus Pandectis Florentin.* partim recte vel male adjectis, partim etiamnum adjiciend. Cap. V. pag. 91.

11) *Civiliſtische Versuche.* I. Th. Nr. I.

12) *Ueber die Servitus Luminum der Römer* gegen H. Prof. Feuerbach. Halle und Leipzig 1804. 8.

zum Gegenstande ihrer gelehrten Untersuchungen gemacht. Ich will zuerst die Resultate davon dem Leser kürzlich vor Augen legen.

Herr Prof. Feuerbach sagt, der oben angeführten gewöhnlichen Vorstellung von der servitus luminum fehle es schlechterdings am Beweis. Der ganze Beweis beruhe darauf, daß man eine in sich selbst denkbare Hypothese an die Stelle einer undenkbarer setze, und uns Glauben machen wolle, daß die Möglichkeit des Begriffs schon der Beweis seiner Wirklichkeit sey. Zwar hätten die Römer allerdings eine Servitut gekannt, die in dem Rechte bestand, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand Fenster zu haben. Aber diese habe einen ganz andern Namen gehabt. Sie habe servitus fenestrae s. fenestrarum geheißen. Den Beweis liefere Cajus¹³⁾, den man aber (wie denn immer ein Irrthum andere zur Gesellschaft erhält) in Rücksicht dieses Puncts gewöhnlich ganz anders genommen habe. Er sagt nach der gewöhnlichen Leseart: Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus, aut non erigendae, et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat. Dieser Text, so wie ihn uns noch Schulting¹⁴⁾ liefert, verwirre alle Begriffe von diesen Servituten, nach allen Theorien. Denn nach diesem Texte würde Cajus geradezu der servitus luminum beylegen, was sonst den Charakter der servitus ne luminibus officiatur ausmacht. Wenn man aber

13) Institut. L. II. Tit. I. §. 3.

14) Iurisprud. Antejustin. pag. 76.

aber mit Aleander¹⁵⁾ nach *luminum* noch das Wort *et* einschaltet, so sey alle Verwirrung gehoben. Nun stehe die *S. luminum* neben der *S. ne lum. officiatur*, jene blos nach ihrem Namen, ohne Erklärung, diese nach ihrer Erklärung, ohne ihren Namen. Nach dieser bescheidenen und unbedenklichen Emendation finde sich nun in jener Stelle des *Cajus* folgendes: I. die *S. ne luminibus officiatur*, die am Ende beschrieben, aber nicht genannt werde; II. die *S. luminum*, die nur genannt, aber nicht beschrieben werde; endlich III. eine *servitus fenestrae*, s. *fenestrarum*, die sich durch den Klang der Worte schon von selbst erkläre. Diese Dienstbarkeit sey es, welche in der oben angeführten *L. 40. D. b. t.* beschrieben werde, und auf die in der gleichfalls oben angeführten *L. 8. C. de servitut.* hingedeutet sey. Diese sey also das *ius aperiendi fenestras in pariete alieno vel communi.*

Ganz davon unterschieden sey die *servitus luminum*, welche *Paulus L. 4. D. b. t.* beschreibe. Hier komme alles auf die Uebersetzung der Worte: *ut vicinus lumina nostra excipiat, an.* Die grammatische Interpretation entscheide hier allein. Nach dieser bedeute aber *lumina* nicht Fenster, sondern Licht. Der Beweis dafür liege in der *L. 4.* selbst. Denn in ihr kommt ja am Ende das *minuere lumina* vor, welches doch gewiß nichts anders heißen könne, als das Licht, die Hellung schmälern. *Lumen* werde hier dem *prospectus* entgegengesetzt. Jenes sey das Licht, das von oben herein fällt, dieser aber bedeute die Abwesenheit von Gegenständen, die mir, wenn ich vor mich hinsehe, den Raum der Aussicht begrenzen, und ent-

15) Ad caji Institut. c. l. not. 34. bei SCHULTING pag. 77.

ferntere Gegenstände verstecken würden¹⁶⁾). *Excipere lumina* heiße nun also nicht, wie nach der gemeinen Erklärung angenommen wird, Fenster aufnehmen. Es gebe noch eine andere Bedeutung von *excipere*. Es heiße nämlich auch sehr gewöhnlich auffangen, abhalten, verhindern, daß nicht Etwas zu etwas andern komme¹⁷⁾). *Lumina excipere* heiße also, der Wortheutung nach, weiter nichts, als das Licht auffangen, abhalten, verhindern, daß es nicht zu unserm Gebäude komme. Die *lumina nostrorum aedificiorum* am Ende des Fragments seyen nur eine bestimmtere Exposition von jenem *lumina nostra*: und das *excipere lumina* nur der prosaische Ausdruck statt des poetischen: *rapere solem* im Juvenal¹⁸⁾, welches von allen Interpreten desselben durch das gemeine *excipere solem* übersetzt wird. Weil nun natürlich da Schatten seyn muß, wo kein Licht ist, und derjenige, der das Licht nimmt, nothwendig Schatten giebt, so sey folglich, nach des Paulus Erklärung, *servitus lumen* die Dienstbarkeit, durch welche das dienende Gut mit dem Lichte meines Hauses beschwert ist, durch welche ich ein Recht habe auf den Schatten, den mir das nachbarliche Grundstück giebt,

16) *L. 16. D. b. t. LUMEN id est, ut coelum videretur. Et interest inter lumen et prospectum; nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiori loco esse non potest.*

17) *Z. B. galea ictus excipere. S. CESNERI Thesaur. Linguae Latinae T. II. v. Excipio.*

18) *Sat. VII. v. 182.*

*Parte alia longis Numidarum fulta columnis
Surgat, et algentem rapiat coenatio solem.*

giebt, das mein Licht aufzufangen und abzuhalten verbunden ist. Hingegen bei der servitus ne luminibus officiatur habe ich ein vollkommenes Recht auf das Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, so daß mein Nachbar durch nichts das Licht nehmen, schwächen, und Schatten geben darf. Alles sey auf solche Art klar, deutlich, und zusammenhängend, man dürfe nur die L. 4. wörtlich übersezgen:

„Ist die servitus luminum bestellt, so hat man das
 „Recht erworben, daß das nachbarliche Grundstück
 „von uns das Licht abhalte (das Licht unsers Gebäu-
 „des auffange). Ist aber dem Nachbar die servitus
 „ne luminibus officiatur auferlegt, so haben wir vor-
 „züglich das Recht von ihm zu fordern, daß er nicht
 „wider unsern Willen höher baue, und das Licht un-
 „fers Gebäudes schmälere.“

Die S. luminum sey also durch Schattendienstbarkeit, S. ne luminibus officiatur durch Lichtdienstbarkeit zu übersezgen. Daß die Römer wirklich eine Schattendienstbarkeit gekannt hätten, bewiesen, außer der L. 4., auch noch andere Stellen. Caius gedenke auch derselben L. 2. D. b. t. unter dem Namen einer servitus officiendi luminibus vicini, und die L. 17. D. eodem. sey nur unter der Voraussetzung vernünftig erklärbar, daß Ulpian¹⁹⁾ die Verbindlichkeit dessen, der mit der S. ne luminibus officiatur belastet ist, der Verbindlichkeit desjenigen, dem die servitus luminum obliegt, einander im Contrast entgegenstel-

G 3

len

19) Si deponat aedificium, sagt Ulpian, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus, non facit contra servitutem: hanc enim debuit, ne luminibus officiat: nunc non luminibus officit, sed plus aequo lumen facit.

len wollte. Den Nutzen einer solchen Schattendienstbarkeit übrigens könne man sich bey dem heißen Clima Italiens sehr gut vorstellen.

Herr Prof. Dabelow hält diese ganze Darstellung von der servitus luminum der Römer für durchaus unrichtig. Weder in der L. 4. D. b. t. noch in einer der übelgen vom Feuerbach angeführten Gesetzesstellen sey von einer Schattendienstbarkeit die Rede. Von einer solchen Servitut finde sich in der ganzen Römisch-Justinianischen Gesetzsammlung keine Spur, es sey auch ganz dem Römischen Sprachgebrauche zuwider, eine Dienstbarkeit servitus luminum zu nennen, und sich eine Schattendienstbarkeit dabei zu denken. *Lumina excipere* heißt also in dem Fragment des Paulus gar nicht soviel, als Licht auffangen; sondern *vicinus lumina nostra excipiat* heißt vielmehr, der Nachbar muß unser Licht aufnehmen, so daß er es leidet, zugiebt. Die L. 4. wörtlich überzeugt, enthalte demnach folgende Bestimmung:

„Wenn eine servitus luminum bestellt worden, so ist „anzunehmen, daß dadurch dies erworben worden, „daß der Nachbar unser Licht aufnehmen, d. i. den „Zugang des Lichts in unser Gebäude von seiner „Seite her gestatten muß. Wenn aber Servitus ne „luminibus officiatur auferlegt wird, ist anzunehmen, „daß wir vorzüglich dies erlangt haben, daß der „Nachbar nicht berechtigt sey, wider unsern Willen „höher zu bauen, und so das Licht unserer Gebäude „zu schmälern.“

Keinen andern Sinn gebe diese Stelle auch nach der logischen Interpretation. Paulus zeige uns hier in wenig Worten,

Worten, welche Rechte daraus entstehen, wenn man bei der Bestellung der Lichldienstbarkeit das Wort *lumina* allein gebraucht, und wenn man sich der Formel: *ne luminibus officiatur* bedient hat. Nun würde es sich zwar heut zu Tage von selbst verstehen, daß wennemand seinem Nachbar vermöge Bestellung einer Servitut das Recht eingeräumt hat, daß er Licht von seiner Seite her in das Gebäude bringen kann, er ihm auch hernach das Licht nicht wieder verbauen dürfe. Allein die Römer hätten nicht so gedacht. Bei ihnen waren Dienstbarkeiten strictissimae interpretationis. Aus allem ergebe sich klar, daß in dem Fragment des Paulus überall nur von der Lichldienstbarkeit allein die Rede sei, und zwar habe Paulus von der doppelten Art, diese Dienstbarkeit zu bestellen, sprechen wollen. Seine eigne Meinung geht nun dahin.

„I. Zur Lichldienstbarkeit überhaupt wurde bei den Römern jede Dienstbarkeit gezählt, die darauf abzweckte, den Gebäuden Licht zu geben, oder das schon vorhandene Licht zu erhalten.“

„II. Man durfte nicht Licht in sein Gebäude von des Nachbars Seite her bringen, wenn das Gebäude hart an der Gränze stand, wenn man nicht das *ius luminis immittendi* besonders erworben oder hergebraucht hatte. Stipulierte man sich dieses Recht als eine Dienstbarkeit, und bediente sich dabei blos des Ausdrucks: *lumina*, so war das *servitus luminum*, und man hatte dadurch noch nichts weiter erlangt, als daß der Nachbar nun die *immissio luminis* von seinem praedio aus zulassen oder gestatten mußte. Um aber den Nachbar auch

zu behindern, das Licht durch Verbauen oder auf eine andere Art wieder zu bemeimen, stipulirte man sich:

III. *ne luminibus officiatur*, und dann liess die Dienstbarkeit *Servitus non officiendi luminibus*, oder *ne luminibus officiatur*. Beide Dienstbarkeiten verband man gewöhnlich mit einander, wenn man vorsichtig handelte, sonst liess man es aber auch wohl bei der *Servitus luminum* bewenden. Auch wurde die *Servitus ne luminibus officiatur* bestellt, 1) wenn man schon das *ius luminis immittendi* von Alters hergebracht hatte, oder 2) in seinem von der Gränze entfernt liegenden Gebäude Lichtöffnungen nach dem Nachbar zu, wozu man *ex iure praedii* wohl befugt war, angebracht hatte, um den Nachbar zu hindern, das lumen zu verbauen, oder sonst auf irgend eine Art zu nehmen. Zuweilen stipulirte man

IV. das Lichtrecht so: *lumina ut nunc sunt, ita sint, wobey lumen, als schon vorhanden vorausgesetzt wurde, und alles in statu quo bleiben müste*. Diese Dienstbarkeit begriff *Servitus ne luminibus officiatur* nicht nur in sich, sondern war auch vortheilhafter als diese, weil dabei gar kein Streit vorkommen konnte, sondern der bisherige Zustand allein die Entscheidungsnorm für zukünftige Fälle abgab. Man stritte sich zwar darüber, ob diese Dienstbarkeit blos für das gewärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellt worden. Nach der billigeren Meinung des Pomponius nahm man jedoch das Letztere an, wie aus L. 23. D. b. t. erhelle.“

Es gereicht dem Hr. Prof. Dabelow allerdings zur Ehre, seine Theorie über die servitus luminum unter dem sehr beschiedenen Namen von Vermuthungen aufgestellt zu haben; ich bin auch durch seine Gründe vollkommen überzeugt, daß die Feuerbachische Erklärung von der L. 4. D. b. t. bei weltem so richtig und unfehlbar nicht sey, als sie ihr Urheber findet; und muß mich billig wundern, daß sie dennoch der tiefdenkende Hermeneutiker, Herr Prof. Thibaut²⁰⁾, zu der seinigen gemacht hat. In Ansehung der eigenen Ideen des Herrn Prof. Dabelows ist die Bemerkung, die er macht, allerdings sehr richtig, daß alte Meinungen, oft nur mit schlechten Gründen unterstützt, an und für sich aber viel richtiger, oder doch wenigstens haltbarer sind, als die neuern. Man probire sie also zuvor gehörig, ehe man das Verdammungsurtheil darüber ergehen läßt. Dies scheint hier wirklich ganz der Fall zu seyn. Schon mehrere der ältern Rechtsgelehrten²¹⁾ waren der Meinung, daß die servitus luminum das Recht gewesen sey, in seiner eigenen Wand Fenster zu machen, um dadurch von des Nachbars Grundstück her das Licht in sein Gebäude zu bringen. Wer diese Servitut hatte, konnte jedoch deswegen, wie diese behaupten, dem Nachbar das Bauen in seinem Eigenthume noch nicht verwehren, wenn gleich das Licht des zu jener Servitut Berechtigten dadurch verdunkelt worden wäre. Deswegen habe man sich noch besonders die S.

ne

20) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 607. lit. E. u. F. S. 49.
der 2. Aufl.

21) Iac. CUYACIUS Observation Lib. I. cap. 4. et cap. 31. Franc.
DUARENUS Disputat. annivers. Lib. I. cap. 33. und Io. D'AVE-
ZAN servitut. libr. P. III. cap. 17. (bei MEERMAN T. IV.
pag. 162.)

ne lum. officiatur bestellen lassen. Nun war freylich der Beweis, den man für diese Meinung von dem Ausspruch des Xenocrates²²⁾: μηδὲν δικάεσσιν ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμοὺς εἰς ἄλλοτρίαν οἰκιαν πεθάνει, i. e. nihil referre, oculosne aliquis, an pedes in alienam domum inferat, entlehnte, des großen Cujaz nicht würdig; und die auf des Harmenopulus²³⁾ Auctorität gegründete Emendation der L. 40. D. b. t., nach welcher aperto pariete coeco statt communi gelesen werden soll, machte vollends diese Meinung verdächtig²⁴⁾. Daher konnte es denn auch nicht an Gründen fehlen, dieselbe ohne weiteres zu verwerfen, zumal da ihr Ulpians^{*)} Auctorität so mächtig entgegen stritte, welcher aus-

22) Bey PLUTARCH in libr. περὶ πολυπραγμ.

23) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. Οὐ μη σχεν δικαιον Φοτιγωγῶν Θυρίδων, οὐ δικαῖαι τυφλον τοιχον ανογεῖν καὶ ποιεῖν Θυρίδας; i. e. Qui ius fenestrarum luciferarum non habet, wie REIS in Suppl. Thes. Meerman. pag. 136. übersetzt, parietem caecum aperire nequit, ac fenestras facere.

24) Dieser Emendation haben sich besonders HOTOMANUS Amicabil. Respons. Lib. II. cap. 31. ULR. HUBER Eunom. Roman. ad L. 40. cit. pag. 373. sqq. IAC. CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 15. (in Thes. iuris Rom. OTTON. T. IV. pag. 581.) u. IO. IENSIUS strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 75. entgegengesetzt. Jen siu § stimmt übrigens dem Cujaz in der Hauptfache dennoch bey. Er meint nur, seine Emendation sei hier ganz unnöthig. Denn das Fragment enthalte ein Gutachten des Paulus über einen ihm vorgetragenen Rechtsfall. Hier sei freylich von einer gemeinschaftlichen Wand die Rede gewesen, allein aus der Fassung des Gutachtens selbst lasse sich nicht anders glauben, als daß Paulus eben so respondirt haben würde, wenn der Eigentümer die Fenster in seiner eigenen Wand nach des Nachbars Grundstück zu gemacht hätte.

*) L. 8. §. 5. D. Si servit. vindic.

ausdrücklich sagt: *Cuique in suo licere quidvis facere, vel cum incommodo alterius, modo nihil in alienum immittat.* Allein Herr Prof. Dabelow glaubt dennoch, daß diese Meinung, wenn sie nur aus dem rechten Gesichtspunct betrachtet, und besser bewiesen wird, die wahre Beschaffenheit der servitus luminum der Römer am richtigsten darstelle. Aus dem oben wörtlich angeführten Fragment des Paulus, L. 40. D. b. t. gehe nach einer vernünftigen Eregese deutlich hervor, daß wer das ius luminis immittendi nicht besonders erworben oder hergebracht hat, nicht befugt sei, von dem Grundstücke des Nachbars her, das Licht in sein Gebäude zu lassen, oder Lichtöffnungen anzubringen. Paulus setze dieses Recht bei der ihm vorgelegten Frage überall als nothwendig voraus, ohne es gerade auf den Fall einer gemeinschaftlichen Wand zu beziehen. Man sei also, nach seiner Meinung, berechtigt anzunehmen, daß man das ius luminis immittendi immer erst als besonders erworben oder hergebracht nachweisen müsse, wenn man Lichtöffnungen in sein Gebäude nach dem Nachbar zu anbringen wollte, ohne daß dabei ein Unterschied gemacht werden könne, ob man das Licht durch eine gemeinschaftliche oder seine eigene Wand einlassen will. Es sei nur noch die Frage: Ob man behaupten könne, daß Paulus überall und in jedem Falle, wo Jemand in seine eigene, nach des Nachbars praedium hingehende Wand, Lichtöffnungen anbringen, und das Licht in das Gebäude lassen wollte, das ius luminis immittendi als besonders erworben oder hergebracht angenommen habe, oder nur für den in dem Fragment unterstellten Fall, wenn das Gebäude hart an des Nachbars Grund und Boden stieß? Herr Prof. D. behauptet nun, daß Paulus blos den letztern Fall im Sinn gehabt

gehabt habe. Denn so stimme die Erklärung des Fragments mit den allgemeinen in der Römischen Gesetzgebung angenommenen Grundsätzen von dem Rechte eines jeden Eigentümers auf sein Grundstück und der darüber befindlichen Luft und dem Licht am besten überein. Dabei könne der Satz des ältern Röm. Rechts, daß jeder auf seinem Grund und Boden thun könne, was er wolle, und folglich auch in seiner eigenen Wand Fenster machen, und Lichtöffnungen anbringen, recht gut bestehen. Denn er setze als nothwendige Bedingung voraus, daß dem Nachbar dadurch nichts entzogen wird, worauf er ein ausschließendes Recht hat, wie z. B. die Luft und das Licht, welches über seinem Grundstück sich befindet. So wie man nun einen geringen in der Luft schwebenden Ausbau nach des Nachbars Grundstück hinaus, wodurch ihm auch nicht der mindeste Schaden sonst verursacht wird, nicht ohne Dienstbarkeit machen durfte, weil man dadurch sein Recht an der Luft beeinträchtigte, eben so durfte man auch das über seinem Grundstück befindliche Licht nicht an das hart an der Gränze stehende Gebäude einströmen lassen.“

Soweit Herr Prof. Dabelow. Es sey mir erlaubt, auch meine Gedanken hinzuzufügen. Daß es mit der Schat tendienstbarkeit nichts sey, können wir, wie ich glaube, für hinlänglich erwiesen annehmen. Eben so ungrundet scheint mir der Unterschied zu seyn, der nach der Feuerbachischen Darstellung zwischen Servitus luminum und fenestrarum Statt haben soll. In der L. 40. D. b. t. ist offenbar von keiner andern Servitut die Rede, als von welcher die L. 4. D. eodem im Contrast mit der Servitus ne luminibus officiatur spricht. Die Benennungen ius luminis immi-

immittendi und servitus luminum bezeichnen eine und die selbe Servitut. Denn die Ausdrücke *lumina immittere* und *lumina excipere* sind relativ, so wie *tignum immittere* und *tignum excipere* oder *suscipere* in L. 6. §. 1. et 2. D. Si servit vindicet, fernier *stillicidium immittere* und *stillicidium excipere* oder *recipere* in L. 17. §. 3. und L. 28. in fin. D. b. t. Von dem zur Dienstbarkeit Berechtigten sagen die Gesetze: *immittit lumina*, von demjenigen, welcher die Servitut leiden muß, *excipit nostra lumina*. Aus der Vergleichung dieser Geschätzstellen geht also unwiderrprechlich hervor, daß *excipere* hier nicht auffangen, sondern aufnehmen heißt, *recipere* oder *suscipere*. Hiernächst lehrt L. 40. D. b. t. sonnenklar, daß *lumen* oder *lumina immittere* nichts anders heissen solle, als *fenestras immittere*, wie auch Brissonius²⁵⁾ diesen Ausdruck erklärt. Ich gebe zu, daß unter *lumina* nicht immer Fenster, sondern oft nur Licht überhaupt verstanden werde, wie z. B. in der Redensart *lumina minuere, luminibus officere*. Ja es würde zuweilen ungereimt und lächerlich seyn, wenn man *lumen* oder *lumina* durch Fenster übersetzen wollte. Z. B. in der L. 17. §. 1. D. b. t. wo Ulpian sagt: *Per contrarium, si deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus: non facit contra servitutem.* Hanc enim debuit, ne *luminibus officiat*, sed plus aequo *lumen* facit. Allerdings ganz unlängbar ist es, daß das Wort *lumina* bey der Servitus luminum nichts anders, als Fenster bedeute, insfern darunter überhaupt *Lichtöffnung* in einem Gebäude

25) De verbis. Significat. v. *lumen*. Ihm stimmt auch Iac. CONSTANTINAEUS subtil. Enodation, Lib. I. cap. 21. (bey OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 521.) bey.

bäude verstanden werden, oder wie Gesner²⁶⁾ sagt: *foramina parietum ad lucem accipiendam facta*, von dem griechischen Worte ἄπο τῆς φανείν, *lucere*, quasi φαντάζει, wie es Utonius dirivit. Vorzüglich bestärkt uns hierin Harmenopulus²⁷⁾, welcher das *ius luminis immittendi*, dessen Paulus in der angeführten L. 40. gedenkt, durch δικαῖον φωταγωγῶν διεῖδον i. e. *ius fenestrarum luciferarum* übersetzt; und auch Cicero²⁸⁾ setzt *fenestrarum angustiae* den *latis luminibus* entgegen. Sollte es also wirklich eine ganz unerwiesene Voraussetzung seyn, wie Hr. Professor Feuerbach sagt, wenn man bey Erklärung der Servitus *luminum* unter *lumina Fenster* versteht? Ich trage wenigstens kein Bedenken, dem würdigen Connanis²⁹⁾ bezupflichten, wenn er sagt: *At hic (L. 40. D. cit.) PAULUS lumen pro fenestra ipsa, quae lumen immittit, accipit: ut servitus luminis immittendi sit ius immittendae fenestrae, qua lumen accipiatur.* Ob man sich mit Recht auf Caius berufen könne, wenn er in der von H. G. angeführten Stelle seiner Institutionen bey der Anzeige der Servitutum urbanarum *fenestrae* und *lumina* unterscheidet, glaube ich mit Grund bezweifeln zu können. Der Ausdruck *Servitus s. ius fenestrae* kommt in dem gan-

jen

26) Thesaur. Linguae lat. Tom. II. v. *Fenestra*.

27) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. (in Suppl. Thesauri Meerman. pag. 136.)

28) Ad Atticum Lib. II. Epist. 3. Mehrere Stellen hat Scheller in dem lateinisch-teutschen Lexikon v. *Lumen*, wo er die Redensart *lumina immitttere* in L. 13. §. 7. D. de usufr. und das *ius luminis immittendi* in der L. 40. D. b. t. ebenfalls von Fenstern erklärt.

29) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 10. pag. 270.

zen römischen Gesetzbüche nirgends vor. Das Wort *fene-*
straе kann also leicht ein Emblem des westgotischen Com-
pilators seyn, wofür es auch Schulting³⁰⁾ hält. Denn
es ist gewiß eine richtige Bemerkung des Hrn. Prof. Hu-
go³¹⁾, wenn er sagt, die westgotischen und die neuromi-
schen Compilatoren hätten des *Cajus* Institutionen so be-
handelt, daß sich der wahre *Cajus* in dem *Cajus* der
Westgoten wohl nicht mehr erkannt hätte.

Es käme also nur noch darauf an, ob die Idee
des Hrn. Prof. Dabelow von der *Servitus lumen*
durch seine Ausführung diejenige Haltbarkeit gewon-
nen habe, daß man ihr vor der gewöhnlichen Erklärung
den Vorzug geben könne? Es liegt dabei die Voraus-
setzung zum Grunde, daß es ohne eine *Servitut* nicht er-
laubt gewesen, in seinem eigenen Gebäude gegen das un-
mittelbar an der Gränze stehende benachbarte *praedium*
Lichtöffnungen machen zu dürfen, und diese Voraussetzung
wird darauf gegründet, daß der Nachbar auf das über
seinem Grundstück befindliche Licht ein ausschließendes
Recht habe. Allein gerade jene Voraussetzung ist es, wo-
von ich einen überzeugenderen Beweis gewünscht hätte. Es
ist mir doch auch nicht ein einziges Gesetz bekannt, welches
dem Eigenthümer hierin beschränken sollte. Die *L. 40. D.*
b. t. redet ja ausdrücklich nur von einer gemeinschaft-
lichen Wand, und in Ansehung dieser war auch gewiß
Zweifelsgrund genug vorhanden, um darüber bey dem gro-
ßen Paulus Belehrung einzuholen. Denn es scheinen die
Sabinianer und Prokulianer in ihren Grundsätzen über

die

30) In *Iurisprud. Ante justin.* pag. 76. not. 30.

31) *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts.* §. 233. der 2. Aufl.

die Besugnisse des Miteigenthümers in Absicht auf einseitige Verfütungen über die gemeinschaftliche Sache von einander abgewichen zu seyn, wie Jacobus Constantinus³²⁾ bei Erläuterung der L. 40. D. b: t. sehr gründlich ausgeführt hat. Ich füge nur noch zur mehreren Bestärkung, daß die Sache wirklich unter den Römischen Juristen stetig gewesen seyn mag, den Umstand hinzu, worauf Constantinus keine Rücksicht genommen hat, nämlich daß die L. 28. D. Communi divid. worauf er sich in Verbindung mit L. 11. D. Si servit. vindicet. beruft, aus des Papinians Lib. 7 Quaestionum genommen sey. Nun enthielten die libri Quaestionum der Römischen Rechtslehrer³³⁾, die ich hierüber verglichen habe, Erörterungen controverser civilistischer Rechtsfragen, die sich eben so sehr durch Umständlichkeit als Ausführlichkeit in Ansehung der Behandlung des erörterten Gegenstandes auszeichneten. Paulus entscheidet nun in der L. 40. D. b: t. nach der in der Praxis angenommenen Meinung des Sabinus: *in re communis neminem dominorum jure facere quidquam, invito altero, posse*, welche Papanian L. 28. D. Commun. div. anführt, und Paulus L. 26. D. de servitut. praed. urb. auch zu der seinigen macht, den ihm

32) Subtilium Enodation. Lib. II. cap. 15. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 581.)

33) S. Iac. cujaci Tract. I. ad Africanum et Commentar. ad Respons. Papiniani. Princip. Petr. PERRENONII Animadversion. et var. Lection. iuris civ. Lib. II. cap. II. (in Ev. OTTONIS Tb. iur. Rom. Tom. I. pag. 641.) Ev. OTTONIS Papanianus Cap. XII. §. 1. pag. 362. und Cbrift. Ludw. NEUBERS juristische Classiker I. Th. (Berlin 1806.) S. 27.

ihm zum Gutachten vorgelegten Rechtsfall, und beurtheilt darnach das ius, aperto pariete communi, lumina sive fenestras immittendi. Nach dieser Ansicht scheint es mir also eine sehr überreilte Hypothese zu seyn, wenn Johann Jensiūs ³⁴⁾ als ausgemacht voraussetzt, daß Paulus auch nicht anders respondirt haben würde, wenn der Nachbar die Fenster in seiner eigenen Wand, gegen des Nachbars Grundstück zu, gemacht hätte. Es ist doch gewiß kein gleichgültiger Umstand, daß die Gesetze bei der Servitus luminum s. fenestrarum immer nur von einer freimden, oder von einer gemeinschaftlichen Wand sprechen. Hätte also Jensiūs doch nur eine einzige Stelle angeführt, daß das römische Recht auch eine Klage gestattete: *ius mihi non esse, fenestras habere in meo pariete, vicino invito.* Allein wie sollte auch eine solche Klage statt haben können? Stellt nicht vielmehr Ulpian L. 8. §. 5. D. Si servit. vindic. den Satz, als ganz unbestweifelt, auf: *In suo cuique hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittit?* Doch vielleicht war dies nur ein Lehrsatz des strengen Rechts, der in der Folge durch die Entscheidungen der römischen Rechtsgelehrten modifizirt worden ist. Auch darüber findet sich nicht die geringste Spur, am wenigsten in der L. 40. D. b. t. Es gehört wirklich mehr als gemeine Hermeneutic dazu, wenn man den Satz daraus ableiten will: Du darfst kein Licht unmittelbar von deines Nachbars Seite her in dein Gebäude lassen! Ist die Wand mein Alleineigenthum, von welchem Falle Paulus gar nicht spricht, so möchte ich wissen, mit welchem

34) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 75. sq.

welchem Grunde man behaupten könne, daß durch Anlegung der Fenster des Nachbars Rechte auf die über seinem Grundstück befindliche Luft und sein Licht im mindesten beeinträchtigt würden. Immerhin mögen ihm die Fenster lästig seyn, dies kann mir aber doch von den Rechten des freien Eigenthums, die mir die Gesetze auch alsdann gestatten, wenn gleich durch deren Ausübung dem Nachbar einiger Nachtheil entstehen sollte, nichts benehmen³⁵⁾). Eine Klage gegen mich kann dem Nachbar schon darum gar nicht zustehen, weil es ihm ja freysteht, mir meine Fenster zu verbauen³⁶⁾). Wie wenig die Besugniß des Eigenthümers, Fenster in seinem Gebäude, nach des Nachbars Grundstück zu, anzulegen, je bezweifelt worden sey, beweist der zwar freylich viel später lebende, aber doch gewiß zur Erläuterung des römischen Rechts als classischer Zeuge geltende Harmenopulus³⁷⁾), wenn er sagt: Τινες των φιλοπραγμονων και φθονερων κωλωει επιχειρουσι τους οικους κατασκευαζοντας, και μελλοντας κατοπτειαν απο του του ποιεισθαι τοις γειτονισι: ουτε τοις νομοις ειρηται, ουτε μηρ

35) L. 9. et 10. D. b. t.

36) Man vergleiche hier noch Hug. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 350.

37) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 50. (bey MEERMAN in Suppl. nov. Thes. iuris civ. et Canon. p. 134.) Nur soweit geht freylich die Auctorität des Harmenopulus nicht, daß man aus ihm eine, sowohl in der Florentine als Vulgata, als richtig anerkannte Leseart in den Pandecten zu ändern sich für berechtigt halten dürfte. Mit Recht wird daher Euja z. getadelt, wenn er L. 40. D. b. t. statt pariete communi, nach Harmenopulus coeco lesen will. S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 6.

μην από των παλαιών οικημάτων ὅρωμεν, ὡς οἱ παλαιοὶ ταυτοὶ αδικιαὶ εἰργύζοντο: Βλεπομέν γαρ ποτας σχέδον εἶπεν τας οικιας, αλληλας κατοπτευουσας, και ουδε ἐις Φθορος τους παλαιους κατειχεν· ὅδεν και ὥμεις την της κατοπτεικης ου λογιξομεδα θλαβην. Ἐκαστος ουν των ιομίζοντων ταυτην ειναι θλαβην συγχωρειτω μεν τω κτιζοντι, αυτος δε τα ἔκυτου ασφαλιζετω οικηματα, και αθεωρητα Φυλακτητω, ειτε δια των ανοικτων καλουμενων καγγελων, ειτε δια των συρτων, η ως αν αυτος θουλαρθηι: ου γαρ δικαιον δι ετερου θλαβην τα ἔκυτα τινα ασφαλιζεσθαι. Das heißt nach der Reichenischen Version: *Nonnulli litium amantes atque invidi eos, qui aedificant domos, et sic in vicinorum aedes despiciuntur sunt, prohibere conantur: sed neque legibus cautum est, neque sane ex vetustis aedificiis deprehendimus, veteres hanc existimasse iniuriam: videmus enim cunctas propemodum domus in se mutuo despiciare, nec ulla maiores tenebat invidia: unde et nos despectationis incommode nibili pendimus. Uniusquisque igitur, qui hoc putat esse incommode, aedificanti quidem ignoscat, sed ipse suas communiat aedes, et curet, ne despiciari possint, sive per apertos, ut vocant, cancellos, sive per vela, vel prout ipsi libuerit: neque enim aequum est, ut quis propter alterius incommode sua communiat.* Wer gebens wird man ihm das Zeugniß Ulpian's entgegen setzen, wenn dieser *L. 11. pr. D. b. t.* sagt: *Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commode eorum vellet, sciit, se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.* Denn offenbar ist dabei vorauszusezten, daß in Anschung der vorigen Form ein bestimmtes Recht des Nachbars vermöge einer Servitut, oder geschätzlichen Verordnung vorhanden seyn müsse, welches freylich bey der Wiederaufstellung des verfallenen

alten Gebäudes respectirt werden muß. Es liegt hier, wie Westphal³⁸⁾ ganz richtig bemerkt, der Satz zum Grunde, *mutata licet aedificiorum materia, eadem semper manere illorum iura.* Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß unter allen Meinungen über die Servitus luminum immer noch diejenige die richtigste bleibt, nach welcher diese Servitut darin besteht, wenn mein Nachbar leiden muß, daß ich in seiner, oder in einer uns beyden gemeinschaftlichen Wand Fenster oder andere Öffnungen mache, um dadurch Licht in mein Gebäude zu erhalten. Nur noch einem Einwurfe muß ich begegnen, den man gegen diese Idee macht. Man sagt, daß die S. luminum nicht das Recht enthalte, in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster zu machen, scheine nach L. 26. D. b. t. gleichfalls einem Fragment des Paulus, keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Da heißt es: *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat, nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit: sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat, aut id opus, quodd fecit, tollat; si modo toti societati prodet, opus tolli. Die gewöhnliche Antwort, daß eine gemeinschaftliche Wand zum Theil res aliena, und also auch hier gewissermaßen fremdes Eigenthum vorhanden sei³⁹⁾, ist freylich nicht befriedigend. Allein man lese nur eine Stelle weiter, nämlich die L. 27. D. b. t. so wird man sich sogleich überzeugen, daß jener Einwurf sehr unbedeu-
tend

38) De lib. et servitut. praedior. §. 912. Not. 804. lit. c. pag. 638.

39) L. 8. D. b. t.

gend seyn. Es ist ja hier gar nicht die Frage davon, ob in re communi eine Servitut unter den Miteigenthümern dergestalt Statt finde, daß einer gegen den andern actione confessoria oder negatoria klagen könne, welche Paulus aus dem angeführten Grunde: *nulli res sua servit*, mit Recht verneinend entscheidet; sondern es ist die Rede von einer gemeinschaftlichen Wand, welche die Grenzschiedung von zwey benachbarten Häusern ist⁴⁰). Und nun fragt sich's, ob nicht eine gemeinschaftliche Sache der eignen dienstbar seyn könne? Daz aber dieses keinem Zweifel unterworfen sey, lehrt Pomponius L. 27. D. b. t. wo er sagt: *Sed si inter me et te communes sint Titanae aedes, et ex his aliquid non iure in alias meas proprias immisum sit, nempe tecum mibi agere licet, aut rem perdere.* Idem fiet, *si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset projectum: mihi enim soli tecum est actio.* Hier ist nicht von der actio communi dividundo die Rede, wie Anton Faber⁴¹) irrig glaubt,

§ 3

sondern

40) Es ist gar nicht nöthig, daß man sich unter den Worten *aperire pariete communi* gerade den Fall gedenke, daß der eine Nachbar sein Haus abgebrochen habe, und dadurch die Wand von seiner Seite entblößt worden sey. *Aperire parietem* dicitur, sagt BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Aperire*, qui fenestras vel ianuas in eo facit. L. ult. D. b. t. Eben so GESNER in Thes. linguae lat. h. v. und Scheller in dem lat. deutschen Lexicon v. *Aperire*, wo er mit Beziehung auf die L. 40. b. t. sagt *aperire parietem*, eine Wand durchbrechen, und Fenster hinein machen. Diese Erklärung bestärkt auch HARMENOPULUS Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. wo es heißt: *οὐ δυνατὸς τοιχον ανοίσειν, καὶ ποιεῖ θυγάτης*, i. e. *parietem aperi- re nequit, ac fenestras facere.*

41) Rational. in Pand. ad h. L.

sondern von der *actio negatoria*⁴²). Es erhellet dieses aus einer andern Stelle des Pomponius, nämlich der L. 14 §. 1. D. *Si servit. vindicet.* wo es heißt: *Si paries communis, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, ius tibi non esse parietem illum ita habere.* Nun setzt diese Klage, wie selbst Anton Gaber⁴³) nicht läugnen kann, immer voraus, *ut id, quod fieri negatur, tale sit, ut potuerit tamen fieri iure servitus.*

Zum Besluß verdient noch folgender Unterschied zwischen der *Servitus luminum* und *ne luminibus officiatur* bemerk zu werden. Wenn mir die erstere zusteht, so kann ich meinem Nachbar nicht alles Bauen in seinem Eigenthum verwehren, sondern ich muß zufrieden seyn, wenn ich nur die zur Bewirtschaftung oder Bewohnung meines Gebäudes nothwendige Hellung behalte⁴⁴). Wenn mir hingegen die letztere zusteht, so darf mein Nachbar nichts unternehmen, wodurch mir das in mein Gebäude fallende Licht auch nur im mindesten geschmälert wird⁴⁵). Paulus hat dieses nuc kurz durch die Worte *minuere lumina nostrorum*

42) S. ROTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 5. Nr. XV.

pag. 270. und WESTPHAL de Servit. praedior. §. 536. not. 483.

Bergl. auch den 9 Th. dieses Commentars §. 620. S. 7. ff.

43) Rational. in Pandect. ad L. 14. §. 1. D. *Si servitus vind.* Tom. II. P. II. pag. 256.

44) S. Franc. BROEI Exposition. in Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. nr. 16. pag. 268.

45) Einen merkwürdigen Rechtsfall über diesen Unterschied hat Hymmen in den Beiträgen zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 8. Samml. S. 13. ff.

rum aedificiorum ausgedrückt; Ulpian hingegen E. 17. D. b. t. ausführlicher entwickelt. Er sagt nämlich lib. 29. ad Sabinum.

Si arborem ponat, ut lumini officiat, aequo dicendum erit, contra impositam servitutem eum facere: nam et arbor efficit, quominus coeli videri possit. Si tamen id, quod ponitur, lumen quidem nil impedit, solem autem auferat, si quidem eo loci, quo gratum erat eum non esse, potest dici, nihil contra servitutem facere: sin vero heliocamino, vel solario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri.

§. 1. Per contrarium, si deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus: non facit contra servitutem. Hanc enim debuit, ne luminibus officiat: nunc non luminibus officit, sed plus aequo lumen facit.

§. 2. Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit aedificium, vel deprimit, luminibus officere: si forte κατα αυτανκλασιν, id est, per refractionem, seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur.

Ulpian will hier zeigen, wenn man annehmen könne, daßemand der seinem Grundstücke aufgelegten S. ne luminibus officiatur entgegen gehandelt habe. Er setzt zu dem Ende folgende Fälle auseinander.

1) Wenn der Herr des dienenden Grundstücks einen Baum setzt, der das Licht des Nachbars hindert; so handelt er der Dienstbarkeit entgegen.

2) Wenn aber das, was gesetzt wird, zwar das Licht selbst nicht behindert, sondern nur die Sonnenstrahlen abhält, so muß man unterscheiden, ob dies an einem Orte geschieht, wo das Abwenden der Sonnenstrahlen und das Schattenmachen dem Nachbar angenehm ist, oder an einem Orte, wo ihm die Sonnenstrahlen nöthig sind, wie z. B. wenn das berechtigte Gebäude ein Treib- oder Gewächshaus ist⁴⁶⁾). Im ersten Falle kann man annehmen, es geschehe dadurch

46) In der L. 17. pr. D. b. t. kommen die Ausdrücke: *Heliocaminus* ferner *Solarium* vor. *CUJACIUS* Observation. Lib. XXIII. cap. 20. in fin. hält sie für gleichbedeutend. Er sagt, es werde dadurch locus in superiore parte aedium solis excipiendi causa confectus angezeigt. Ihm stimmt auch *POTHIER* in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. d. pag. 263. bey. Allein *Heliocaminus* heißt eigentlich den Worten nach ein Sonnenofen, d. i. ein selcher Ort, der zur Winterszeit blos durch die Sonne geheizt ward, wie *Guil. BUDAeus* in Annotat. ad Pandect. h. L. pag. 115. aus einer Stelle des *Plinius* Lib. II. Epist. 17. erwiesen hat. *ALEX. ab ALEXANDRO* Genial. Dier. Lib. V. cap. 5. hat hierbei noch die Bemerkung gemacht: *Fuisse moris prisci, ut iuxta zetam heliocaminus construatur: Zeta enim locus erat unius cubiculi capax, solem bybernum prospectans, ita constructa, ut per heliocaminum vaporem acciperet.* Das Wort *Solarium* bedeutet eigentlich eine Sonnenuhr. Hier aber ein auf Säulen ruhender Altan vor dem Hause, oder Boden auf dem Hause, wo man sich zur Sonnen pflegte, und welcher daher so angelegt war, daß die Sonne dahin scheinen müßte, weil auch die Sonnenuhr des Hauses da angebracht war. *PLAUTUS Mil. II. 3. 60. und II. 4. 25. SUETONIUS in Claud. c. 10. und in Neron. c. 16. S. auch WESTPHAL §. 606. p. 387.*

dadurch nichts der Servitut zuwider, wohl aber in dem letzten Falle.

3) Wenn hingegen der Nachbar, dem die Servitus ne luminibus officiatur auferlegt ist, ein Gebäude niederreißt, oder einem Baume seine Zweige nimmt, wodurch bewirkt wird, daß zu dem bisher schattigen Orte die Sonnenstrahlen dringen, so handelt er der Dienstbarkeit nicht zuwider. Denn er sollte ja nur nicht das Licht behindern, nun aber bleibt er sogar mehr Licht, als er zu geben verbunden war.

4) Zuweilen kann man auch annehmen, daß der Nachbar, welcher sein Gebäude niederreißt oder auch nur erniedriget, der Dienstbarkeit zuwider handle, nämlich wenn von demselben das Licht per repercussionem, d. i. durch den Wiederschein und das Zurückprallen der Sonnenstrahlen, in das Gebäude, dem die Servitut zusteht, gebracht wird.

Wir lernen aus dieser Gesetzstelle zugleich den Unterschied zwischen der Servitus ne luminibus officiatur, und aliis non tollendi kennen, welche viele⁴⁷⁾ mit einander verwechseln, und für Eins halten wollen⁴⁸⁾.

Unser

47) Iac. CUFACIUS Observat. Lib. XVII. cap. 35. Arn. VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. praed. nr. 7. Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529. Hub. GIPHANIUS Comm. ad §. 1. I. de servitut. nr. II. Petr. OSTERMANN Rational. ad Institut. Disput. XII. pag. 210. BRONCHORST Centur. II. Antinomiar. Affert. V. pag. 134. WISSEN-BACH ad Institut. Disput. XI. Th. 16. u. a. m.

48) Ant. FABER Conjecturat. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740. und God. STRAUSS Diff. cit. de servit. ne luminib. officiatur. §. 17. haben diesen Irrthum ausführlich widerlegt.

Unser Verf. macht hier noch zwey Bemerkungen:

1) Wenn die Lichtdienstbarkeit auf eine solche Art bestellt worden ist, daß es heißt: das Licht soll in dem Zustande gelassen werden, wie es jetzt vorhanden ist, (*lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*); so ist zwar darunter die servitus, ne *luminibus officiatur*, begriffen. Es ist indessen ein bedeutender Unterschied, ob man sich bei Bestellung der Servitut dieser Formel bedient hat, oder ob man sich ausdrücklich hat versprechen lassen, daß der Nachbar das Licht unsers Gebäudes nicht schmälern solle. Denn jene Formel gieng blos auf das gegenwärtige Licht. In dem andern Falle war man zwar anfangs darüber im Zweifel, ob man annehmen könne, daß die Dienstbarkeit auch nur blos für das gegenwärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellt werden sey. Man gab indessen der billigeren Meinung des Pomponius den Vorzug, nach welcher das Versprechen: *ne luminibus officiatur*, so auszulegen ist, daß der Nachbar mir weder die schon in meiner Wand vorhandenen Fenster, noch diejenigen, die ich etwa noch künstig anlegen werde, verbauen noch verdunkeln dürfe. Dies ist der wahre Sinn der L. 23. D. b. t.

POMPONIUS lib. 33. ad Sabinum.

Si servitus imposita fuerit: *lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*, de futuris *luminibus nihil caveri* videtur. Quod si ita sit cautum, *ne luminibus officiatur*: ambigua est scriptura, utrumne his *luminibus officiatur*, *quae nunc sunt*, an etiam his, *quae postea quoque fuerint*? Et humanius est, verbo generali *omne lumen significari*,

ri, sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit⁴⁹).

2) Man vermische nicht mit der römischen Servitus luminum, das deutsche statutarische Fensterrecht oder Lichtrecht, welches darin besteht, daß der Eigentümer in der Wand seines Hauses, welche unmittelbar an des Nachbars Grundstück stößt, nicht ohne des Letztern Erlaubniß Fenster anlegen, noch anders anlegen dürfe, als sie bisher gewesen sind. Dies setzt aber allemal besondere, die Freyheit des Eigenthümers hierin beschränkende, statutarische Gesetze voraus⁵⁰).

§. 671.

Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi et non recipiendi.

VII. *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*, das Traufrecht. Stillicidium heißt das Regenwasser, welches tropfenweis vom Dache fällt. Flumen hingegen heißt das in Rinnen oder Kanäle gesammelte Regenwasser, welches sich stromweise vom Dache ergießt. Es gehört hierher die Stelle des Varro, welcher *Lib. IV. de Ling. Lat. pag. 18.* sagt:

Fluvius

49) Ueber die Träumereyen des Anton Fabers und Pard. Pratejus, welche in der *L. 23. Tribonianismen* finden wollen, sehe man WESTPHAL *de lib. et servitut. praedior.* §. 608. not. 532. lit. b.

50) S. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 284. a PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 196. WALCH Introduc. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 26. Schröters vermischtjurist. Abhandlungen 2 Bd. S. 145. ff. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 185.

Fluvius quod fluit, item flumen: a quo⁵¹⁾ lege praediorum urbanorum scribitur: *stillicidia fluminaque ut ita fluant cadantque*⁵²⁾. Inter haec hoc interest, quod **STILLICIDIUM eo**⁵³⁾, quod *stillatim cadat*: **FLUMEN**, quod *fluit continue*.

1) *Servitus stillicidii vel fluminis recipendi*, s. *immittendi* ist nun diejenige Dienstbarkeit, vermöge welcher mein Nachbar leiden muß, daß ich meine Dachtraufe oder Dachrinne auf sein Grundstück leite, so daß dieses das von meinem Dache tropfenweis fallende oder stromweise sich ergießende Regenwasser aufnehmen muß⁵⁴⁾.

2) Ser.

51) *A quo* heißt heym Barro immer soviel, als *unde*. Man vergleiche Lib. IV. p. 30. pag. 31. pag. 33.

52) *Hug. GROTIUS* in *Florum spars. ad Ius Iustin. Tit. Instit. de Servitut.* pag. 47. emendirt diese Leseart folgendermaßen: *Stillicidia fluminaque, uti fluunt cadantque, ita fluant cadantque*. Eigentlich hieß die Formel, worauf hier Barro deutet, so: *Flumina, stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint*. *L. 17. §. 3. D. b. t. L. 33. D. de contrab. emt. S. BAR. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 19. et de Formulis Lib. VI. cap. 28.*

53) Statt *eo* wäre wohl besser *est* zu lesen, wie auch *Ab. NAVERKAMP* in *Specim. ad Harmenopoli Promptuar.* Lib. II. Tit. 4. §. 34. et ad *L. 13. D. de Servit. praed. rusticor. etc. Cap. 3.* (in *OELRICHS Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. p. 62.) dafür hält.

54) *L. 17. §. 3. L. 20. §. 2. et 3. L. 28. in fin. D. b. t.* In der *L. 2. D. b. t.* wird diese Servitut so bezeichnet: *ius stillicidiuum avertendi in tectum vel aream vicini*. *THEOPHILUS* beschreibt sie in *Paraphr. gr. ad §. 1. I. de servitut.* auf folgende Art: *Εἰχον οικίαν, εἰχεσσε δὲ καὶ σὺ πλησίον οικίαν. ἡτησά*

2) Servitus stillicidii vel fluminis non recipiendi kann auf zweierley Art erklärt werden:

a) wenn man dem Nachbar verbieten kann, daß er das Regenwasser, welches auf sein Grundstück fällt, nicht auffangen darf, sondern uns solches zum Gebrauch und Nutzen unsers Grundstücks überlassen muß⁵⁵⁾.

b) Wenn man das Regenwasser eines Andern an einem Orte, wohin es sonst wegen besonderer Statuten fallen oder laufen dürfte, nicht aufzunehmen schuldig ist. Diese letztere Idee bestätigt Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über §. I. I. de Servitut. praedior. wo er sagt: οὐ ἔιχες τοικέτον δικαιον κατὰ τῶν ἐμῶν, οἰκημάτων, καὶ ὑπηρά σε, ωστε μὴ ἐκπέμπειν σε κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων, η̄ κατὰ τῶν ἐμῶν μεσαύλων τοὺς σταλαγμάτες, η̄ τὰς κρεναὶς ἀπὸ τῶν σῶν ιεράμων. i. e. tu habebas tale ius aduersus aedes meas, (sc. ut tibi liceret stillicidia aut flumina ex tuis tegulis derivare in mea tecta, vel in meam aream) et rogavi te, ut ne derivares in mea tecta, aut in meas areas stillicidia aut flumina ex tuis tegulis. Dem Theophilus folgen auch

εε, ωστε μοι ἔξειναι τὰς σταλαγμάτες, η̄ τοι τὰς κρεναὶς τὰς ἀπὸ τῶν ἐμῶν ιεράμων, ἐκπέμπειν κατὰ τῶν σῶν δωμάτων, η̄ κατὰ τοῦ σοῦ μεσαύλη. i. e. Habebam domum, habebas et tu in propinquuo domum; rogavi te, ut mibi liceret stillicidia aut flumina ex meis tegulis derivare in tua tecta, vel in tuam aream.

55) S. Iul. PACII Analyt. Institution. ad Lib. II. Tit. 3. de servit. pag. 179. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1099. nr. III. und Höpfner im Commentar über die Institut. des Heinec. §. 360.

auch Cujaz⁵⁶⁾, a Costa⁵⁷⁾, Vinnius⁵⁸⁾, und Donellius⁵⁹⁾. Der Grund, weswegen Anton Schultzing⁶⁰⁾ diesen Begriff verwerfen will, nämlich *quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redeat libertatem*, ist unbedeutend. Warum sollte nicht durch eine Servitut die verloren gegangene natürliche Freyheit wieder hergestellt werden können⁶¹⁾? Man denke an die *Servitus altius tollendi*.

Die gegenseitigen Verbindlichkeiten der Eigenthümer des dlenenden und herrschenden Grundstücks bestehen übrigens bei diesen Servituten darin, daß jener nicht da, wo das Wasser seinen Absall hat, bauen darf, so daß der Abfluß dadurch gehindert wird⁶²⁾; dieser hingegen keine Veränderung mit der Traufe vornehmen darf, welche dem dlenenden Grundstück zur größern Beschwerde gereicht. Erleichterung der Servitut hingegen ist keinem Widerspruche unterworfen. Wer das Traufrechte hat, kann daher zwar nach Willkür das Gefälle erhöhen, aber nicht erniedrigen, so daß der Abfluß stärker wird. Denn das *flumen* ist schwerlicher, als das *stillicidium*. Eben so darf die Dachtraufe

56) Comment. ad §. I. de servitut.

57) Comm. ad eund. §. pag. 190.

58) Comm. ad eund. §. I. eod. nr. 4.

59) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5.

60) Iurisprud. Antejustin. ad Cajum Lib. II. Tit. I. §. 3. not. 29. pag. 76.

61) S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts. §. 273. not. k. p. 195.

62) L. 29. §. 3. L. 21. D. t.

traufe zwar weiter einwärts, aber nicht weiter vorwärts in des Nachbars Grundstück hineingerückt werden, so daß die Traufe oder Rinne nun an einen andern Ort fällt, wo sie dem dienstbaren Grundstück beschwerlicher ist. Paulus L. 20. §. 5. D. b. t. hat sich darüber auf folgende Art erklärt: *Stillicidium quoquo modo adquisitum, altius tolli potest: levior enim sit eo facto servitus; cum quod ex alto cadet, lenius, et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. Inferius demitti non potest, quia sit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa retro duci potest stillicidium: quia in nostro magis incipiet cadere; produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. Lenius facere poterimus, acrius non⁶³⁾.*

§. 672.

Servitus prospectus, et ne prospectui officiatur.

VIII. *Servitus prospectus et ne prospectui officiatur.* Daß die *Servitus prospectus* die freye Aussicht zum Zweck habe, lehrt schon die Benennung derselben. Sie soll also nicht bloß, wie die *Lichtdienstbarkeit*, einen ungehinderten Einfall des Tageslichts von oben herab, zur Erhellung des dienstberechtigten Gebäudes, sichern, sondern

63) Eine Erläuterung dieser Gesetzstelle und Prüfung ihrer Gründlichkeit nach den Grundsätzen der Physic und Mathematic finden wir in den götttingischen gelehrtten Beiträgen zu den Nutzen und Vergnügen vom Jahre 1768. S. 70. und in Christ. Fried. Conne von Lüttichau vermittelten jurist. mathematischen Abhandlungen (Altona 1769. 8.) S. 77. ff.

sondern vorzüglich das Vergnügen und die Annehmlichkeit einer freien Aussicht gewähren. Daher unterscheiden die Gesetze⁶⁴⁾ zwischen *fenestrae luciferae* und *prospectivae*, wie zwischen *lumen* und *prospectus*⁶⁵⁾. Jene unterschieden sich von den letztern vorzüglich auch dadurch, daß sie gewöhnlich in dem oberen Theile der Wand angebracht waren, wo man nicht füglich hinausschauen konnte⁶⁶⁾. Soweit ist alles einverstanden. Allein sehr streitig ist es, ob von der *Servitus prospectus*, die *S. ne prospectui officiat* unterschieden seyn, und worin dieser Unterschied bestehet?

Viele

64) L. 12. §. 2. et 3. Cod. de aedific. privat.

65) L. 16. D. b. t.

66) S. HARMENOPULUS in *Manual.* Legg. Lib. II. Tit. 4. nr. 33. wo er (bei MEERMAN in *Suppl. novo Thes. iuris civ. et canon.* pag. 126. sq.) nach der lat. Uebersetzung des Reiß sagt: *Si coecus sit paries adversus alium fenestras prospectivas* (*Συγδας παρανυπτινας*) *babentem*, *et dominus parietis coeci fenestras luciferas* (*Συγδας Φωδαγωγους*) *aperire velit*, *ei hoc facere liceat*; *id est*, *ad distantiam trium cubitorum cum semisse a pavimento ac solo suarum aedium*. Ferner nr. 55. pag. 135. sagt Harmenopulus: *Si vero, cum vetusta sint aedificia, inter illa reperiatur aer liber, decem pedibus angustior, nemini eorum liceat praeter antiquam formam suas extollere aedes, aut fenestras facere*. *Si tamen intermedii sint decem pedes, neque pauciores, tunc prospectivas quidem aedificanti facere haud licebit, nisi eas antea habuerit, luciferas autem illi facere licet, a sexto pede supra solum five pavimentum aperiendas*. Man vergleiche auch Abrab. HAVERKAMP Specim. ad Constant. Harmenopuli Promtuarii Lib. II. Tit. 4. §. 34. Cap. I. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. Belgicar. Vol. I. Tom. III. pag. 53.)

Viele Rechtsgelehrten⁶⁷⁾ halten sie für einkreisen Servitut, und verstehen darunter das Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er mir nicht durch Verbauen die Aussicht ins Freye behelme. Andere hingegen nehmen einen Unterschied an, aber wieder auf verschiedene Art. Nach einigen⁶⁸⁾, denen auch Helfseld bestimmt, sollen sie blos dem Grade nach differiren. Wer nämlich die Servitus prospectus hat, könne nur verlangen, daß ihm der Nachbar nicht die Aussicht in sein Grundstück verbaue. Wer hingegen Servituzem ne prospectui officiatur hat, könne dem Nachbar jede Unternehmung verwehren, wodurch die freye Aussicht in und über sein Grundstück nur im mindesten gehindert wird. Andere⁶⁹⁾ sagen, beide Servituten wären eben so verschieden gewesen, wie die Servitus luminum, et ne luminibus officiatur. Nämlich Servitus prospectus sey das dingliche Recht, Fenster zur Aussicht in einer fremden Wand anlegen zu dürfen, welche der Eigenthümer derselben leiden muß. S. ne prospectui officiatur hingegen sey das dingliche Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er nichts auf seinem

67) Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 531. Lud. CHARONDAS Neoplat. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. T. I. pag. 697.) VOET Comm. h. t. §. 12. GER. NOODT ad Pand. h. t. (Oper. Tom. II. pag 214.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 607. lit. G.

68) PUFENDORF Animadvers. iuris. Anim. 33. BOEHMERI Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 17. Münster von Servituten I. Th. §. 25. und 26.

69) Helf. HUNNIUS Resolut. iuris civ. Lib. II. Tr. II. Qu. 6. WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 603. et 604.

nem Grundstück unternehme, wodurch den Fenstern meines Gebäudes die freie Aussicht benommen wird. Vergleichen wir alle darüber vorhandenen Gesetzesstellen, nämlich L. 3. L. 12. L. 15. et L. 16. D. b. t. L. 12. §. 2. 3. et 4. C. de aedif. priv. so ist nirgends ein Unterschied zwischen S. prospectus et ne prospectui officiatur angegeben. Auch Harmenopulus⁷⁰), der von dem prospectu non officiendo so ausführlich handelt, sagt von einem Unterschiede kein Wort. Von dieser Seite verdient also die erste Meinung den Vorzug. Will man indessen die Servitus prospectus nach der Analogie der Servitus luminum erklären, so würde wenigstens kein Gesetz dieser Erklärung widerstreiten. Soviel ist übrigens gewiß, daß diese Servitut auf keine Weise den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks zur Verschönerung der Aussicht verpflichtet⁷¹). Er darf sie aber auch nicht durch Aufstellung ekelhafter und Abscheu erregender Gegenstände verschlimmern⁷²). Denn der dominans kann mit Recht verlangen, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, wie Ulpian⁷³) sagt.

§. 673.

Servitus cloacae; latrinae; fumi immittendi; aquae immittendae;
et cuniculi balnearii habendi.

IX. Servitus cloacae. CLOACA ist ein Canal, durch welchen man das unreine Wasser aus seinem Gebäude abzu-

70) Promptuar. Lib. II. Tit. 4. nr. 46. — 51.

71) L. 15. §. 1. D. de Servitut.

72) S. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 605. und Münster von Servituten I. Th. §. 27.

73) L. 15. D. b. t.

abzuführen pflegt. Ulpian sagt *L. 1. § 4. D. de Cloacis:*
CLOACA est locus cavis, per quem colluvies quaedam fluat.
 Diese sind entweder öffentliche, oder Privat-Kloa-
 fe, je nachdem sie an einem öffentlichen Orte zur Abföh-
 rung der Unreinigkeiten überhaupt auf gemeine Kosten an-
 gelegt sind, und unterhalten werden, oder in einem Pri-
 vatgrundstück angebracht sind, um das unreine Wasser aus
 einem Gebäude abzuleiten. Diese werden auf Privatkosten
 des Eigenthümers unterhalten und ausgebessert, zu dessen
 Nutzen sie angelegt sind. Auf diese geht auch nur das In-
 terdictum *de cloacis*. Denn die öffentlichen stehen unter
 öffentlicher Aufsicht⁷⁴⁾). Hat nun Jemand das Recht, ver-
 möge dessen sein Nachbar leiden muß, daß er die Abzüche
 durch desselben Grundstück führe, so nennt man diese Dienst-
 barkeit *Servitus cloacae*⁷⁵⁾). Sie muß aber von dem
 Dienstberechtigten jederzeit so ausgeübt werden, daß für
 denjenigen, der solche auf seinem Grundstück leiden muß,
 kein Nachtheil daraus entsteht⁷⁶⁾). Es ist ihm daher nur
 erlaubt, das unreine Spül- und Waschwasser dadurch ab-
 zuleiten, keinesweges aber Urin und andere übelriechende
 Dinge abzuführen⁷⁷⁾). Von den Kloaken und deren An-
 legung und Reparatur kommen verschiedene merkwürdige
 Verordnungen im *Harmenopulus vor*⁷⁸⁾, die hier nicht
 am unrechten Orte stehen werden.

J 2

,, Qui

74) *L. 1. §. 3. et 5. D. de Cloacis.* S. WESTPHAL §. 1034.

75) *L. 7. D. de Servitut.* Sie kann auch eine *servitus rustica* seyn. *L. 2. D. de servit. praedior. rustic.*

76) *De BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. §. 15. not. b.*

77) S. Joh. Christ. Cont. Schröters vermischte jurist.
 Abhandlungen. 1. Band S. 474.

78) *Manuale Legum Lib. II. Tit. 4. nr. 79. 80. et 81.* (beym MEER-
 MAN in *Suppl. Thes. iuris civ. et canon.* pag. 138. sq.)

„Qui in area sua, heißt es nach der Reitischen Version, colluviarium (*χειτηγια*, Gofstein) non habens, parare velit ad communem vicini murum, in sua communis muri parte prope colluviarium caementium murum struere debet, cuius crassitudo non minor sit cubito cum besse. Idem et de cloacis dictum est: sic enim incorruptus permanebit murus communis.“

„In faciendis et reficiendis autem cloacis structura a se mutuo in areas et domos admittenda est. Velut, si ex area alicuius cloacae exeant, debet illius dominus restituere ac sumptus facere, donec ad meatum alterius aulae perveniat: et similiter in caeteris sequentibus usque ad cloacam publicam. Sed si publicus meatus ab extima area longe dislet, debebit haec extima quidem area pro rata cum superioribus contribuere, reliquum vero etiam in caeteras partiri, pro ratione suae magnitudinis.“

„Cloacarii alvei ita repurgandi ac reficiendi sunt, ut quisque a suo incipiat loco, donec ad aliorum dominorum locum perveniat. Si hortum transeat idem cloacarius alveus, dominus horti irriguam terram effodiet, et possessores repurgabunt, dispersione incipienda a possessore horti, extra quem putredo proiicitur.“

„Similiter quoque, si quid opus sit innovandis testis aut tubis canarium, unusquisque a suo meatu incipiens reficiat, donec ad alterius vicini tubum perveniat.“

„Qui ex editiore coenaculi colluviario tubum descendenter ad solum facere volet, eum in suo hoc facere oportet, neque alienis muris communicare. Sed si anti-

ticipatio fuerit ac servitus, et muro aliqua inde corruptela accidat, tunc qui tubi usum babet, in sumtibus muri duplam partem agnoscet. Idem de structura eorum, qui aquas pluvias in lacum deferunt, dictum esto. Uno verbo, omnis fistula, vel tubus sordidae aquae ne ex domo in plateam aut forum, aut porticum publicam, aut vicum, vel ut simpliciter dicam, in communem transitum effluat, sive in urbe sive in pago, propter noxias, quae transeuntibus inde inferuntur.“

X. *Servitus latrinae* ist das Recht, den Abtritt (Secessus) oder die Mistgrube (Sterquilinium) auf dem Grundstücke des Nachbars, oder doch näher an demselben zu haben, als sonst nach den Gesetzen oder Statuten des Orts erlaubt ist. Dass diese Servitut den Römern nicht unbekannt gewesen sey, erhellt theils daraus, weil der *latrinae* hin und wieder in den Gesetzen Erwähnung geschieht⁷⁹⁾; theils aus einer Stelle des Alfenius Varus, welcher *L. 17. §. 2. D. Si servit. vindicet.* sagt:

Secundum cuius parietem sterculinum fecerat, ex quo paries madescerat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret? Respondi, si in loco publico id fecisset, per Interdictum⁸⁰⁾ cogi posse: sed si in privato, de servitute agere oportere. Si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

3

Nach

79) *L. 15. §. 1. D. de Usufr. L. 12. §. 4. Cod. de aedific. pri. v.*

80) Es ist dieses das Interdictum: *ne quid in loco publico fiat.*

L. 2. §. 5. et 6. D. Ne quid in loco publ.

Nach dieser Stelle kann ich also actione negatoria gegen meinen Nachbar klagen, wenn er, ohne daß ihm deshalb eine Servitut constituit worden ist, seine Mistgrube so nahe an meine Wand angelegt hat, daß diese Schaden leidet. Im *Harmenopulus*⁸¹⁾ findet sich eine ausführliche Verordnung über die Anlegung der Abritte und Mistgruben, welche hier um so mehr einen Platz verdient, da sie fast noch gar nicht benutzt worden ist⁸²⁾. *Harmenopulus* sagt nämlich:

„Τον κοπροδοχείον βελομενον η λιμνή
κατασκευασαι εκ νεου εν τοις έσυται, ει μεν οικοδομητος
ειη ο τα κοπροδοχείου τοιχος ο προσεγγιζων τῷ γειτονι,
χρη αφιστασθαι τα τα γειτονος τοιχου
πηχεις τρεις, και ούτως οικοδομειν του τοιχου,
εγχωρηγον μεν τοι, και ουκ ελαττονα το παχος προ-
χεως ένος πλαισιν δε η χαλκουν τα τα κοπροδοχείου
η της λιμνης τελμα, το προς αυτω τῷ γενομενῷ τοιχῷ,
αχρι της ήμισεις πηχεως το δε πλατος τριων και
τριτον, δια την των σκαπτοντων ορυξιν, και την
τα ίδετος παραρρόικην. Ει δε ορυκτος ειη ο τα κοπρο-
δοχεις η της λιμνης τοπος, τοιχου μη γενομενου την
καυτα χρη αφισταν αυτον τα τα γειτονος τοιχου την τα
κοπρωνος πλευραν την προς τῷ γειτονι, πηχεις έξ και
διμοι-

81) Προσχειρ. νομικν Lib. II. Tit. 4. nr. 78. bei MEERMAN in Suppl. novi Thes. iuris civ. et canon. p. 138.

82) Car. Cbr. HOFACKER, oder vielmehr unter dessen Vorsitz Ans. Frid. PISTORIUS in Diss. ad fragmenta, quae ex Alseni Vari libris XL. Digestorum supersunt. Tübingae 1775. hat pag 16—18. die L. 17. D. Si servit. vindic. ausführlich erklärt, aber den *Harmenopulus* dabei nicht benutzt.

διμοιξον, και ούτω την οργήν ποιειν. Ει δέ τῷ χρονῷ
ὑπόρεσσομενής της γῆς επικαταλαβοί τῷ προειρευμένῳ
τῷν τριῶν πηχεῶν και τρίτῳ, τηνικατα καταναγκαζεσ-
θαι αὐτὸν τον προειρημένον τοιχον ποιειν· και ταῦτα μὲν,
εν οἷς παρακενται οικημάτα. Ει δέ ψιλοι τόποι εἰσὶν
οἱ τῷ γειτονος, τῶν εἰργμένων μετρῶν το ἡμίσιον· ει δέ
αμφοτερῶν εἰησαν τῶν μερῶν κοπρώνες, αφίεντες πηχεῖς
αλληλῶν μεταξὺ δυο, τούτο ποιειτωσαν.“ d. i. nach der
Reichischen Uebersetzung: *Qui latrinam aut ster-
quilinum vel stagnum in suo de novo facere vult,
si structilis sit sterquilinii murus, qui vicino est proxi-
mus, cubitos⁸³⁾ tres a vicini pariete di-
stare debet, et sic murum construere, caementi-
tum tamen, nec latitudine minorem cubito
uno: tabulatam vero aut aeneam sterquilinii vel stagni
lacunam, quae ad ipsum exstructum est murum, ad
semissem usque cubiti⁸⁴⁾. Sed latitudo sit trium cubi-
torum ac trientis, propter fossorum operam et aquae
effluxionem. Quod si fossius sit sterquilinii aut stagni
locus, neque murus exstruatur, tum latus sterquilinii,
a vicino proximum, sex cubitos et bessem a
vicini muro removendum est, et sic fossio incipienda.*

34

Si

83) Was *cubitus* sey, erklärt HARMENOPULUS Lib. II. Tit. 4.
nr. 12. (bei MEERMAN pag. 117.) *Digitus est primus, sicut
unitas in numeris. Palmus habet digitos quatuor. Cubitus
habet sesquipedem; five palmos sex.*

84) Bernb. a REY in Epitome iuris civ. Conſt. Harmenopuli
ab Eo in latin. linguam conversa. (Coloniae 1547. 8.) pag. 222.
Übersetzt diese etwas dunkle Stelle deutlicher so: *extremitatem
autem latrinae, vel stagni, ex tabulis, vel aere, quae ad dimi-
nūm usque cubiti exstructo parieti adjicienda est.*

Si vero suffossa temporis lapsu tellure, ad dictam trium cubitorum et trientis mensuram accedatur, tunc cogetur dictum murum exstruere. Et haec quidem, ubi aedificia adjacent: at si loca vicini sunt vacua, dictarum mensurarum dimidium abstinebit. Quodsi utrimque sint sterquilinia, relicta inter se cubitis duobus, illa faciant.“

Auch in den alten deutschen Rechtsammlungen finden wir darüber Verordnungen, welche auch noch zum Theil in Deutschland befolgt werden. So heißt es in dem Sachsen spiegel 2. Buch Art. 51.

„Ofen, Gänge oder Schleusen (cloacae) und Schweinkoben sollen drei Fuß vom Zaun stehen.“

Fast eben so lehrt das Sächsische Weichbild Art. 122.

„Bachöfen, Heimlichkeiten und Schweinkoben sollen drei Fuß von dem Zaun stehen.“

Dass dieses Recht auch heut zu Tage in den Provinzen Deutschlands gelte, wo das Sächsische Recht sich im Gebrauche erhalten hat, bezeugen Carpzov⁸⁵⁾ und Berger⁸⁶⁾. Ausser den Ländern des Sächsischen Rechts müsse man jedoch, sagt Leyser⁸⁷⁾, nach der L. 13. D. fin. regundorum sprechen, wo es heißt:

Qui scrobem foderit, quantum profunditatis bauerit, tantum spatii relinquito.

Soviec

85) Decis. 108.

86) Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 15. Not. 1.

87) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVII. medit. 4. et 5.

Soviel erheslet indessen aus allem, daß man, in Ermangelung bestimmter Gesetze, wenigstens immer so weit mit der Mistgrube von des Nachbars Wand entfernt bleiben muß, daß derselben daraus kein Schaden entsteht⁸⁸), oder man muß sich deshalb eine Servitut constituiren lassen.

Außer diesen Servituten werden in unsren Gesetzen noch folgende Servitudes urbanae erwähnt.

XI. *Servitus fumi immitten*di* seu recipiendi*, oder das Recht, vermöge dessen mein Nachbar den Rauch aus meinem Gebäude aufnehmen muß. Zwar ist es jedem Eigentümer erlaubt, in seinen Hesen und auf seinem Heerd Feuer zu machen. Allein ich darf auch meinem Nachbar durch den verursachten Rauch nicht beschwerlich fallen, sondern er kann sich dieses mit der actio negatoria verbitten, wosfern nicht deshalb eine Servitut constituit wird⁸⁹).

XII. *Servitus aquae immittendae in aedes s. aream vicini*, vermöge deren mein Nachbar leiden muß, daß ich das

88) Vergl. STRYCK Tr. de iure sensuum. Dissert. V. Cap. 3. nr. 19. sqq. und HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 12.

89) L. 8. §. 5. et 6. D. Si servit. vindicet. Das Beispiel, welches Ulpian hier von dem Räuchern der Käse giebt, erklärt BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 15. Die Antinomie hingegen, welche einige in diesem Fragment gefunden haben wollen, conciliiren Ios. NERIUS Analector. Lib. II. cap. 34. (in EV. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. II. pag. 372.) ULR. HUBER Eunom. Rom. pag. 389. sq. und vozt Comm. ad Pandect. h. t. §. 14. Man vergleiche auch die Basilica Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. pag. 772.

das Wasser aus meinem Gebäude in sein Grundstück schütte. Ulpian gedenkt derselben L. 8. §. 5. D. Si servit. vindic. und

XIII. *Servitus cuniculi balnearii babendi*, das Recht die Dünste in seinem Badehause durch Röhren in des Nachbarts Grundstück abzuleiten. Auch dieser geschieht L. 8. §. 7. D. eod. Erwähnung⁹⁰).

Es hat keinen Zweifel, daß heut zu Tage noch manche andere Servituten bei Gebäuden vorkommen können, deren in den Nörm. Gesetzen keine Erwähnung geschieht, je nachdem das mannichfaltige Bedürfniß oder auch die Bequemlichkeit dazu die Veranlassung geben kann.

90) Wenn es daselbst heißt: In balneis vaporibus, cum Quintilia cuniculum pergentem in Vrsi Iulii instruxisset, placuit, potuisse tales servitutes imponi; so ist nach *Vrsi Iulii* das Wort *fundum* zu suppliren. Die Vulgata liest *in portum*. Allein schon *Ant. AUGUSTINUS Emendation. et Opinion. Lib. II. cap. I.* (in *Ev. OTTONIS Thes. Iur. Rom. Tom. IV. pag. 1464.*) hat bemerkt, daß die Ellipsis der florentinischen Leseart eine Eleganz, und ex graeco dicendi genere zu erklären sei. Man sehe auch *WESTPHAL* §. 610. not. 534.

De servitutibus praediorum rusticorum.

§. 674.

Servitus itineris.

Von den Servitutibus praediorum rusticorum bemerkt Paulus L. 3. D. de Servitut. als unterscheidendes Merkmal, quod in solo consistant. Solum ist hier soviel, als area⁹¹⁾. Sie erfordern also zu ihrer Existenz und Ausübung gewöhnlich kein Gebäude, wie die Servitutes urbanae. Auch diese können sehr mannichfaltig seyn. Als Beispiele werden in den Gesetzen folgende angeführt: *iter, actus, via, servitus pascendi, aquae ductus, aquae baustus, pecoris ad aquam appulsus, calcis coquendae, arenae fodendae u. s. m.* Wir wollen sie jetzt einzeln erklären.

I. *Servitus itineris*, s. *iter*. Man versteht darunter das Recht, sich eines Fußsteigs über das Grundstück eines Andern zum Gehn oder Reiten zu bedienen, oder auch sich in einer Sänfte darüber tragen zu lassen. Ulpian sagt L. I. pr. D. b. i. *ITER* est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, und *Tribonian* setzt Pr. I. de Servitut. noch die Worte hinzuvor: *vel vehiculum*. Das *ambulare* erklärt man gewöhn-

91) *S. Em. MERILLIUS* ad h. L. 3. bei OTTO Tom. III. pag. 636.

Man vergleiche auch den 9. Th. dieses Commentars §. 622. S. 26.

wöhnlich durch spatiari, wie auch Hellfeld; und Gasbrotus macht deswegen dem Theophilus den Vorwurf, er habe den Begriff von iter nicht richtig gefaßt, wenn er in seiner griechischen Paraphrase *ad Princ. Instit. de Servitut. praedior.* ihn so erklärt: οἷον εἰχον ἀγρὸν ἔγω, εἰχες δὲ καὶ σὺ πλησίον ἀγρὸν. Βουλόμενος ἔγω ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν ἀπιέναι, ἐδεόμην πολλῶν κύκλου; ἥτησά τε, ἵνα παραχωρησοις μοι iter, τατέστιν ὥστε ἔξειναι μοι βαδίζειν διὰ τὴν τὴν ἀγρὸν. σύντομος γάρ ἦν ἀυτῇ ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν Φέρουσα. παρεχώρησας μοι τὸ iter, ὥστε με παγίναι, οὐ μετὰ ὑποξυγίας οὐδὲ μετὰ ὄχιματος. d. i. nach der Reizischen Version: *Veluti ego agrum habebam, habebas et tu agrum in propinquuo: ego volens in meum abire agrum, multo indigebam circuitu: rogavi te, ut ITER mibi concederes, id est, ut liceret mibi per tuum ire agrum; compendiaria enim erat haec, quae in agrum meum ducebat, via concessisti mibi iter, ut transirem non cum iumento, neque cum veiculo.* Allein wie ganz ungegründet diese Beschuldigung, und wie unrichtig dagegen die Erklärung von ambulare sej, hat schon Joh. Daniel Ritter⁹²⁾ gezeigt. Es hat zwar an sich keinen Zweifel, daß derjenige, dem das ius itineris zusteht, sich auch wohl des Fußweges zu einem Spaziergange bedienen könne. Allein das gehört doch offenbar nicht zum Begriff dieser Servitut, weil es gegen die Natur einer Kaldienbarkeit streitet, wenn man sich solche darum wollte constituiren lassen, ut spatiari in alieno possimus, wie uns Paulus⁹³⁾ ausdrücklich lehrt.

Ambu-

92) Diss. de itineris, actus, et viae differentia: inserta Tom. II.
Paraphras. graecae Theopili a REITZIO editae. Excurs. XIX.
pag. 1227.

93) L. 8. pr. D. de Servitut.

Ambulare heißt vielmehr nach einer richtigeren Erklärung des Ulrich Hubers⁹⁴⁾ soviel, als *ultra citroque commeare ad usus praedio necessarios*, hin und wieder gehen, so oft man will, um das Grundstück, zu dessen Nutzen iter constituit ist, mit Bequemlichkeit gebrauchen zu können; welches Theophilus durch das Wort περιέναι ganz richtig ausgedrückt hat. Dass sich Theophilus hierbei auch keinen bloßen Spaziergang gedacht habe, beweist der von ihm angegebene Grund zur Constitution dieser Servitut: *Nam hoc iter compendio ducebat in fundum meum.* Durch die Worte οὐδὲν μόνον περιέναι δια τὸ αγές hat also der griechische Paraphrast das *ire et ambulare per fundum* vollkommen ausgedrückt. Dass man sich des Fußweges jedoch auch zum Reiten bedienen könne, sagt Modestin *L. 12. D. b. t.* wo es heißt: *ITER est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest;* ja dass das Recht des Fußsteigs sogar die Befugniß mit einschließe, sich in einer Sänfte über des Andern Grundstück tragen zu lassen, bemerkt ausdrücklich Paulus *L. 7. pr. D. b. t.* wenn er sagt: *Qui sella aut lectica vebitur, IRE, non agere dicitur.* Sowohl *Sella* als *Lectica* wurden nämlich bey den Römern von Sklaven getragen⁹⁵⁾), und unterschieden sich hierin sowohl von *Baster-*

94) Praelect. ad Institut. Iustinian. Lib. II. Tit. 3. §. 2. lit. d. pag. 156. Man vergleiche auch Franc. HOTOMANI Commentar. ad Princ. I. de servitutib. praed. pag. 135. und Arn. VIMNI Commentar. ad idem Princ. I. nr. 2. de Servitut.

95) SENECA Epist. 49. et Ep. 111. Idem Lib. III. de Beneficiis cap. 4. IUVENAL. Satyr. 9. CLAUDIAN. in 4to Conf. Honorii. Die Sklaven wurden davon *lecticarii* genannt. L. 8. §. ult. D. de legat. I. L. 65. pr. D. de legat. II. L. 49. pr. D. de legat. III. L. 99. §. 4. eod. L. 13. in fin. D. de auro et arg. leg. L. 29. pr. D. de verb. oblig.

sternis, oder Säften, die von Maulthieren (*Burdones*) getragen wurden, und besonders für die römischen Damen bestimmt waren⁹⁶); als von *Carrucis*, welche mit Rädern versehen waren, und von Maulthieren gezogen wurden⁹⁷). Darin aber waren *Sella* und *Lectica* unterschieden, daß man in jener sitzend⁹⁸), in dieser hingegen auf einem Ruhebett liegend getragen wurde⁹⁹), daher die *Lectica* auch *cubile*¹⁰⁰), *torus*¹), auch *grabatus*²) von den Alten genannt wird.

Die

96) ISIDORUS *Origin. Lib. 20. cap. 12.* sagt *Basterna* *vehiculum itineris*, quasi viae sterna mollibus stramentis est posita, a duobus animalibus deportatur. Das alte Epigramm gehört besonders hierher:

*Aurea matronas claudit Basterna pudicas,
Hanc geminus portat dupli sub robore burdo.*

Burdo ist nach ISIDORUS *Lib. 12. cap. 2.* mulus ex equo et asina. Man sehe auch *L. 49. pr. D. de legat. 3.*

97) *L. 17. §. 4. D. Commodati. L. 13. pr. D. de auro et arg. legato.* PAULUS *Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 6. §. 91.* Daher *mulae carrucariae* bei UPLIAN. *L. 38. §. 8. D. de aedilit. Edicto.*

98) SENECA *de brevitate vitae Cap. 12. nr. 6.* et ad eund. loc. *Frid. ERN. RUHKOPP. Vol. I. Operum SENECAE ab Eo editor. Lipsiae 1797. pag. 517.*

99) CICERO in *Verrem. Lib. IV. cap. 23.* Eine *Lectica* wurde bald von 8 Sklaven getragen, und hieß *Octopborum*: *L. 8. §. ult. D. de legat. I. SUETONIUS in Callig.* bald von 6 Sklaven, *Hexapborum*: gewöhnlich aber von 4 Sklaven. Eine *Sella* hingegen wurde immer nur von zwey Sklaven getragen. *S. Ios. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 30. nr. 8 — II. und LIPSIUS Elector. Lib. I. c. 19.*

100) SENECA *de Benefic. Lib. III. c. 4.*

1) OVIDIUS *Lib. I. de arte amandi.*

2) CATULLUS *Epigram. 10.*

Die Breite des Fußweges ist nicht gesetzlich bestimmt. Es kommt also zunächst darauf an, was deshalb bei der Besetzung dieser Servitut durch Testament oder Uebereinkunft der Parteien ist festgesetzt worden. Außerdem muß der Streit nach der Lage des Orts und nach der richterlichen Billigkeit entschieden werden. Javolenus sagt L. 13. §. 2. D. b. t. *Latitudo itineris ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est.* Zwar darf iter nie weniger als die Breite von zwey Fuß enthalten; und die Servitut ist gültig constituit, wenn man nur auf dem Fußsteige gehen kann, gesetzt auch, daß man wegen des engen Raums weder daselbst reiten, noch sich mit einer Sänfte könnte tragen lassen. Denn hier entscheidet blos die Uebereinkunft der Parteien. Allein wenn in Ermangelung einer solchen Bestimmung der Streit über die Breite des Weges vom Richter zu entscheiden ist, so muß der Billigkeit nach auch darauf Rücksicht genommen werden, daß man sich des Weges auch zum Reiten bedienen, nicht minder solchen mit einer Sänfte oder einem Tragsessel benutzen könne. Dazu würden vier bis fünf Fuß hinreichen, welche mit Recht gefordert werden können^{3).} Es wird daher der Raum gegen die Natur dieser Dienstbarkeit offenbar zu sehr beschränkt, wenn man mit Alexander ab Alexandro⁴⁾ zur Regel annimmt: *iter pedes duos tantum latitudinis habere.*

Zur *Servitus itineris* zählt man auch das Recht, über einen See auf des Nachbars Grundstück schiffen zu dürfen.

3) Man vergleiche *Ios. AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 30.*
nr. 14. und Münster von Servituten. 1. Th. §. 44.

4) *Genial. Dierum. Lib. II. cap. 20.*

dürfen, um zu einem gegenüber liegenden Grundstück zu kommen. Dieser *Servitus navigandi* gedenkt Paulus L. 23. §. 1. D. b. t. ausdrücklich. Cujaz⁵⁾ meint daher, daß der Definition vom iter nach ambulandi noch das Wort *navigandi* hinzugefügt werden müsse. Marcilius⁶⁾ hält jedoch dieses darum nicht für nöthig, weil das Schiff gleichsam die Stelle des Pferdes vertritt. Plautus⁷⁾ nennt das Schiff sehr naiv einen *equus ligneus*.

§. 675.

Servitus actus.

II. *Servitus actus* oder *Actus* schlechtweg ist das Recht, vermöge dessen der Besitzer eines Grundstücks besugt ist, über das Grundstück des Andern sein Vieh zu treiben. Viehtrieb, Trifftgerechtigkeit. In dieser Servitut ist zwar auch der Regel nach sowohl das Recht begriffen, über das dienstbare Grundstück allein und ohne Vieh zu gehen, (iter) als auch das Recht, mit einem solchen Wagen zu fahren, als die Breite des zum Viehtrieb eingeräumten Weges gestattet. Doch kann so wohl das eine, als das andere, auch davon getrennt seyn, denn nur der Viehtrieb macht den wesentlichen und unterscheidenden Charakter dieser Servitut aus. Mantheilt daher den *Actus* ein in *plenus* und *minus plenus*, je nachdem alle gesetzliche Bestimmungen dieser Servitut

5) Observation. Lib. XI. cap. 3.

6) Ad princ. I. de Servitut. in Ian. a costa Commentar. ad Institut. pag. 187.

7) In Rudente. Act. I. Sc. 5. v. 10.

vitut vorhanden sind, oder nicht⁸⁾). Die Richtigkeit des angegebenen Begriffs beweist nicht nur der Römische Sprachgebrauch, sondern sie wird auch durch die deutlichsten Stellen unserer Gesetze, so wie durch die Auctorität der Griechen außer Zweifel gesetzt.

1) Das Wort *agere*, wovon die Benennung ACTUS, wie schon Ovid⁹⁾ bemerkt hat, herstammt, heißt in seiner ursprünglichen Bedeutung soviel als Etwas vor sich hertreiben, und wird eigentlich von Thieren gebraucht, die man zu treiben pflegt. Nicht nur Caius bezeugt dieses, wenn er L. 235. D. de V. Signif. sagt: *Ag i proprie dicimus ea, quae animalia sunt*¹⁰⁾; sondern eben dies bestätigt auch Servius, wenn er über die Stelle Virgils¹¹⁾: *en ipse capellas protinus aeger ago*, die Bemerkung macht: *ago autem dicitur proprie, nam AGI dicuntur PECORA.*

2) Die Gesetzstellen in unserm corpus iuris civ., welche vom *actus* handeln, sind folgende.

Ulpian sagt L. I. D. b. t. *ACTUS est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento.*

Justi-

8) S. Car. Frid. WALCHII Diff. de actu minus pleno. Jenae 1762. (in Opuscul. Vol. I. pag. 108. sqq.)

9) Lib. I. Fastor. v. 321.

10) Ganz ohne Grund ist daher Paulus von Laurentius Balla bey Car. Andr. DUCKER in Opuscul. var. de Latinitate veter. ICtor. pag. 178. sq. getadelt worden. Denn daß das Wort *agere* mehrere Bedeutungen hat, gehört gar nicht hieher.

11) Eclog. I. v. 12.

Glücks Erläut. d. Pand. 10. Th.

K

Justinian hat fast dieselben Worte §. I. *I. de Servitibus praed.* beibehalten. Es heißt nämlich daselbst: *ACTUS est ius agendi vel iumentum vel vebiculum.* Itaque qui habet iter, actum non habet: qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento. Nur in verschiedenen glossirten Ausgaben der Institutionen, nämlich der des Baudoza, Lyon 1593. des Hugo a Porta, Lyon 1572 f. und einer andern, welche *Venetiis per Baptista de Tortis MCCCCLXXXV.* erschienen ist, und welche ich selbst besitze, findet sich hier eine, auch selbst in dem Gebauerschen Corpus iuris nicht bemerkte Variante. Es heißt nämlich daselbst: *ACTUS est ius eundi ambulandi hominis, agendi iumentum vel vebiculum.* Itaque qui habet iter; actum non habet: sed qui habet actum, iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento. Anton Faber¹²⁾ hält jedoch mit Recht jenen Zusatz für eine Glossa, weil diese Worte in den bessern Ausgaben und Handschriften fehlen. Justinian scheint also hier mehr den Ulpian, als den Cajus vor Augen gehabt zu haben. Unmöglich kann aber auch wohl Cajus geschrieben haben, was ihm jetzt in den auf uns gekommenen Fragmenten seiner Institutionen *Lib. II. Tit. I. §. 3.* angedichtet wird, wo es heißt: *Praediorum vero rusticorum iura sunt, VIA vel ITER, per quod pecus, aut animalia debent ambulare,* und die Bemerkung, so derb sie auch ausgedrückt ist, ist doch übrigens so unrecht nicht, welche Jacob Oiselius¹³⁾ hierüber gemacht hat, wenn er sagt: *Credo, Aniane, temetipsum inter pecora numerasse, cum haec scriberes. Quare non*

12) Conjecturatur. iuris civ. Lib. I. cap. 20. pag. 23.

13) In Ant. SCHULTINGII Iurisprud. Antejustin. pag. 78. not. 35.

non eodem iure vel *actum* addis? Ein neuer Beweis, wie wenig man auf diese Fragmente bauen kann. Ich will mich übrigens bei den unnützen Critiken eines Franz Hozemanns¹⁴⁾, welcher statt *iumentum* vielmehr *armentum* gelesen wissen will, und eines Anton Gabers¹⁵⁾, welcher die Worte *etiam sine iumento* für ein Glossem eines unwissenden Auslegers hält, nicht aufhalten. Die durchgehends übereinstimmende Leseart widerlegt beyde zur Gnüge¹⁶⁾.

Merkwürdig ist ferner die Stelle aus *L. 12. D. b. t.* wo Modestin sagt: *Actus est, ubi et armenta trahicere, et vehiculum ducere liceat.* In diesem Begriff findet sich besonders das Unterscheidende, daß statt des Worts *iumentum*, das Wort *armenta* gebraucht wird. Zwar unterscheiden die Gesetze zwischen *iumenta* und *armenta*. Pomponius sagt *L. 89. pr. D. de Verb. signif.* ausdrücklich: *Boves magis armentorum, quam iumentorum generis appellantur.* Daß auch unter der Benennung *iumenta* nicht alle Viecharten begriffen sind, erhellet aus einer Stelle Ulpianus, welcher *L. 8. §. 4. D. de aedilit. edicto* sagt: *Iumentorum autem appellatione an omne pecus contineatur, videamus? et difficile est, ut contineatur: nam aliud significant *iumenta*, aliud significatur *pecoris* appellatione.* *Iumenta* nannten die Römer solche Thiere, die sie zum ziehen und Lasttragen gebrauchten; sie rechneten dahin

K 2

Pferde

14) Commentar. ad Institut. Tit. de Servitut. pag. 136. et in Observation. Lib. II. cap. 7.

15) Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. ult.

16) G. VINNII Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 3. 4. et 5.

Pferde und Maulthiere¹⁷). Armenta hingegen nannten sie Heerden der größern vierfüßigen Hausthiere, vorzüglich waren unter dieser Benennung die Ochsen begriffen, welche man besonders zum Pflügen gebrauchte. Hiervon unterschied man die Heerden der kleinern Hausthiere z. B. der Schafe, Ziegen u. d. m. durch die Benennung *grex*¹⁸). *Pecora* wurden endlich alle Thiere genannt, welche man heerdenweise zu treiben pflegte, sie mögen zu den größern oder kleinern Thieren gehören¹⁹). Indessen läßt sich doch wenigstens aus den Ausdrücken *iumentum* und *armenta*, welche die Römischen Rechtsgelehrten in ihre Begriffe vom *actus* aufgenommen haben, soviel schließen, daß man vermöge dieser Servitut befugt sei, *animalia maiora* über das dienstbare Grundstück zu treiben. Es hat daher auch wohl keinen Zweifel, daß wer zu dem Größeren berechtigt ist, es der Regel nach auch zu dem Geringern in derselben Art sei²⁰); und daß man folglich auch *pecora minora* und *greges* über das Grundstück treiben dürfe, worauf man einmal die *Servius actus* erworben hat²¹).

Daß

17) GELLIUS Noct. Attic. Lib. XXI. c. 1. COLUMELLA Lib. VI. cap. ult. Barn. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iumentum*. und Io. GOEDDAEUS in Comm. repetitae praelect. in Tit. 16. Libri L. Pand. ad L. 89. pr. D. de Reg. iur. p. 725. sqq.

18) L. 1. §. ult. D. de rei vindic. L. 12. §. 3. D. de usu et habitat. L. 81. §. ult. D. de legat. III. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Armentum*.

19) L. 65. §. ult. D. de legat. III. BRISSONIUS v. *Pecus*.

20) L. 21. D. de Reg. iur. S. I. L. E. FÜTTMANNI Adversario. juris univ. Lib. I. cap. 5.

21) WALCH cit. Diff. §. 7.

Daß das Recht des Viehtriebes den wesentlichen Charakter des *actus* ausmacht, beweist ferner noch vorzüglich eine Stelle des Pomponius, welcher *L. 13. D. de servit.* sagt: *Si, tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque iumentum ea inire possit; iter magis, quam via, aut actus adquisitus videbitur.* Sed si iumentum ea deduci poterit, non etiam *vehiculum*, *ACTUS* videtur adquisitus. Wir haben hier zugleich ein Beispiel von einem *actus minus plenus*, welcher mit dem Recht zu fahren nicht verbunden ist. Ein offensbarer Irrthum ist es hingegen, wenn Franz Hotoman²²⁾ vermöge dieser Stelle in jedem Falle die Servitus *actus* bloß auf das Recht des Viehtriebs einschränken, und das Fahrrecht gänzlich davon ausschließen will. Denn da nicht nur Ulpian, und nach ihm Justinian in den oben angeführten Stellen den *actus* ausdrücklich definiren, eum esse ius agendi vel iumentum vel *vehiculum*; sondern auch Paulus *L. 7. D. b. t.* ausdrücklich sagt: *Qui actum habet, et plaustrum ducere, et iumenta agere potest;* so ist es in der That ein unerhörtes Beispiel einer gewagten Erric, wenn Hotoman dennoch statt der Worte *vel vehiculum*, gegen alle fides Codicum, non etiam *vehiculum* lesen will. Eine solche Verwegenheit war würdig der Castigation, mit welcher sie von Bachov²³⁾), Vinnius²⁴⁾, Huber²⁵⁾,

§ 3

Me-

22) Observation. Lib. II. cap. 21.

23) Ad Treutlerum Vol. I. Disput. XVII. Th. IV. Lit. C.

24) Commentar. ad princ. I. de Servitut. nr. 4.

25) Eunom. Rom. pag. 377. et in Digression. Justinian. Lib. II. cap. 13. §. 2.

Menagi²⁶), Clodt²⁷), Wolbers²⁸) und Jauch²⁹) verworfen worden ist. Nicht minder bestätigend sind
3) auch die Zeugnisse der griechischen Ausleger.

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen Lib. II. Tit. 3. pr. sagt:

Actus δέ ἔστιν ἐλασία, ὅτε αἰτήσω σε, ὥστε ἔξειναι
μοι διὰ τὸ σὲ βαδίζειν αὐγεῖ μετὰ ὑποξυγίας η̄ ὄχηματος.
ὥστε οὖν οἱ ἔχων τὸ iter, εἰς ἔχει τὸ actus. μετὰ γὰρ
ὑποξυγίας η̄ ὄχηματος παρίεναι καὶ δύναται. οἱ δὲ ἔχων τό
actus, ἔχει καὶ τὸ iter: δύναται γὰρ καὶ μόνος, καὶ
μετὰ ὑποξυγίου παρίεναι. i. e. Actus autem est Graecis
elasia, cum rogavero te, ut mibi liceat per agrum
tuum ire cum iumento aut vehiculo. Itaque, qui habet
iter, actum non habet: nam cum iumento aut vehiculo
transire non potest: qui vero actum habet, habet etiam
iter; potest enim et solus et cum iumento transire.

Ferner in den Basiliken³⁰) Lib. LVIII. Tit. 3.

L. I. heißt es:

Πάροδος ἔστι, τὸ ἐλάσσων θέρμα³¹) η̄ ὑποξύγιον. οἱ
ἔχων οὖν τὴν πάροδον, ἔχει καὶ τὸ μονοπάτιον. i. e.

Actus

26) Amoenitat. iuris civ. Cap. 36.

27) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 216.

28) Observation. Decad. Cap. I. pag. 6.

29) Meditat critic. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. XIV.
pag. 204.

30) Tom. VI. pag. 769. der Fabrotischen Ausgabe.

31) Einige wollen für θέρμα lieber ὄχημα, vehiculum, lesen,
als MENAGIUS in Amoenitat. iuris cap. 36. und HUBER in
Eunom. Rom. pag. 377. Allein daß zu dieser Emendation kein
hinreichender Grund vorhanden sei, zeigt WALCH cit. Diff. §. 3.
in fin. et §. 7. not. o.

Actus est, agere pecus aut iumentum. Itaque qui actum habet, et iter habet.

Diese Stelle bestärkt zugleich die vorhin gemachte Bemerkung, daß die Servitus actus mit allen Arten und Herden Vieh ausgeübt werden könne. Denn unter θέματα verstehen die Griechen vorzüglich Schafe³²⁾.

Endlich kommt noch in dem griechischen Glossarium über die Basiliken³³⁾ unter dem Worte Ακτούς folgende Erklärung vor: δίκαιος τοῦ βασικεῖν με διὰ τοῦ μετ' ὑποξύγιον. i. e. *Actus est ius eundi per tuum cum iumento.*

In den beiden letztern Stellen scheint zwar das Recht zu fahren, ausgeschlossen zu seyn. Allein es kann füglich unter dem Worte ὑποξύγιον begriffen werden. Denn dieses griechische Wort bedeutet eigentlich soviel als *animal iugo subditum, ut trahat vehiculum*, von ὑπό und ξύγνυμι, sub, vel adjungo. So wie nun das lateinische Wort *iumentum*, welches die Alten ebenfalls a iungendo ableiten, auch für *vectabulum, quod adjunctis pecoribus trahitur*, genommen wird, wie Sextus Cæcilius beim Aulus Gellius³⁴⁾ bezeugt; so steht nichts im Wege, warum nicht bei ὑποξύγιον die nämliche Erklärung statt finden sollte³⁵⁾.

K. 4

Die

32) S. HESYCHIUS in Lexico v. θέμα pag. 1729. edit. IO. ALBERTI, und SUIDAS in Lexico T. II. pag. 204. edit. KUSTERI.

33) S. Veteres Glossae verbor. iuris in Basilicis a CAR. LABBAEO digestae, Ios. SCALIGERO emendat. et notis ANT. SCHULTINGII illustratae: (in EV. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. III. pag. 1711.)

34) Noct. Atticar. Lib. XX. c. 1.

35) S. ULR. HUBERI Digression. Iustinian. Lib. II. cap. 13. §. 3. pag. 613. seq.

Die Breite des Weges ist übrigens bey dieser Servitut so wenig, wie beym iter, im Römischen Recht bestimmt. Man behauptet zwar gewöhnlich, mit Beziehung auf Varro³⁶⁾ und Isidorus³⁷⁾, sie habe vier Fuß betragen, den Fuß zu vier palmi oder sechzehn digitii gerechnet³⁸⁾. Allein entweder reden beyde nur vom actus minus plenus, wie Aug. Fried. Schott³⁹⁾ behauptet, oder es ist daselbst gar nicht einmal die Rede von der Servitus actus, sondern von einem modus seu mensura agri, ut iugerum et arpennis, wie Joh. D'Uvezan⁴⁰⁾ dafür hält. Dem sey indessen; wie ihm wolle, so widerstreitet jener Behauptung offenbar Javolenus, welcher in der oben angeführten L. 13. §. 2. D. b. t. ausdrücklich sagt: *Latitudo actus ea est, quae demonstrata est. Quod si nihil dictum est, hoc ab arbitrio statuendum est.* Nach dieser deutlichen Vorschrift muß also in Ermangelung einer besondern Uebereinkunft, die Breite des Weges theils nach der Lage des Orts, theils nach der Anzahl und Beschaffenheit des Viehes, das durchgetrieben werden soll, bestimmt werden. Besonders ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der actus mit allen, nach rechthaber

36) *De lingua latina Lib. IV. cap. 4. Actus finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor.*

37) *Origin. Lib. XV. cap. 15. Actus est minimus latitudine pedum quatuor; longitudine centum sexaginta.*

38) *S. ALEX ab ALEXANDRO Genial. Dier. L. II. cap. 20.*

39) *Observat. de vero actus et viae discrimine. §. 5. (in Opuscul. iuridic. Lipsiae. 1770. edit. pag. 246. sqq.)*

40) *Servitutum libr. P. III. Cap. 18. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 166. wo er sagt: Duo actus quadrati iugerum conficiunt, cuius figuram descripserunt varii auctores.*

cher Bestimmung, - darin begriffenen Rechten, oder nur auf eine eingeschränkte Art ist eingeräumt worden. Ein *actus minus plenus* läßt sich nämlich auf verschiedene Art gedenken.

1) Wenn das Recht zu fahren ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, oder wegen des zum Viehtrieb angewiesenen engen Weges für stillschweigend ausgeschlossen angenommen werden muß. Von dieser Art des *actus minus pleni* handelt Pomponius *L. 13. D. de Servitut.*, welche Stelle schon oben unter den Beweisstellen wörtlich angeführt worden ist.

2) Wenn das *ius itineris* fehlt. Zwar läßt sich das Recht, Vieh zu treiben, nicht gedenken, ohne auch zugleich berechtigt zu seyn, über den Weg gehen zu dürfen. Allein insofern der Fußweg nicht gerade zur Ausübung der Viehtrift notwendig ist, sondern man sich des Weges bedienen kann, auch wenn man ohne Vieh gehen will; kann das *ius itineris* allerdings von dem eingeräumten *actus* ausgenommen werden. Auf solche Art sind Paulus und Ulpian mit einander zu vereinigen, wenn jener *L. 1. D. de adim. legat.* sagt: *Qui, actu legato, iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest;* dieser hingegen *L. 4. §. 1. D. Quem. servitut. amitt.* lehrt: *Qui iter sine actu; vel actum. sine itinere babet, actione de servitute utetur;* wie Gerh. Vloodd⁴¹⁾, Joh. D'Uvezan⁴²⁾, Joh. Jac. Wissenbach⁴³⁾, Everh.

41) Comm. ad Pand. h. t. (*Operam* T. II. p. 216.)

42) Servitut. libr. P. III. cap. 18. (*Thesauri Meermann.* Tom. IV. pag. 165.)

43) Exercitat. ad L. Pand. Libros. Disput. XX. §. 15. pag. 203.

Everh. Bronchorst⁴⁴⁾, Zacharias Huber⁴⁵⁾, Ant. Schulting⁴⁶⁾, Arnold Vinnius⁴⁷⁾, Car. Fried. Walch⁴⁸⁾, und Aug. Fried. Schott⁴⁹⁾ mit mehreren gezeigt haben.

3) Wenn der Viehtrieb blos auf eine gewisse Art des Viehes eingeschränkt ist. In der Regel können zwar alle Arten vom Vieh über den Weg, der zum actus angewiesen worden, getrieben werden, wenn gleich die Römischen Rechtsglehrten nur namentlich der *iumentorum* und *armenatorum* in ihren Begriffen vom actus Erwähnung thun, wie oben schon mit mehrerem gezeigt worden ist. Es hat auch dieses heut zu Tage, nach der Meinung der angesehensten Practiker⁵⁰⁾, nicht den mindesten Zweifel. Eben so wenig ist auch der actus auf eine gewisse Zahl des Viehes in der Regel eingeschränkt. Allein beydes kann durch besondere Verträge ebenfalls modifizirt werden. Marcelius gedenkt z. B. einer solchen Einschränkung *L. II. pr. D.*

44) Εὐαρτοφαν. Lib. I. cap. 8.

45) Dissertation. iuridie. et philologic. Part. II. Diff. VIII. Cap. 3. pag. 324. sqq.

46) Iurisprud. Antejustin. pag. 78. not. 35.

47) Commentar. ad Institut. Princip. Tit. de Servitutib. praedior. nr. 5.

48) Cit. Diff. §. 6.

49) Observat. cit. §. 6. (*Opuscul.* pag. 250. sq.)

50) Bened. CARPOV Part. II. Decis. 407. de BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 6. Sam. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. Ohne Grund dissentiert PUFENDORF Animadvers. iuris. animadv. XXX. dessen Meinung HAUBOLD ad Bergerum c. I. not. o. Tom. I. pag. 326. mit Recht verwirft.

D. Quemadmodum servitut. amitt. in den Worten: aut si plura iumenta egerit, quam licuit; — servitus quidem non amittitur; non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute babere. Endlich

4) kann der actus auch in Absicht auf die Art des Fuhrwerks eingeschränkt seyn. Es kann durch Uebereinkunft bestimmt werden, quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, wie Papinian sagt *L. 4. §. 1. D. de Servitutib.* Besonders merkwürdig ist eine Stelle des Ulpius Marcellus, welcher *L. 11. pr. D. Quemadmodum servitut. amittant.* sagt: *Is, cui via vel actus debeatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; et alia sit eius conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit; magisque hic plus, quam aliud, egisse videatur etc.* Wie le wollen zwar behaupten, es sey überhaupt dem actus eben, daß man nicht mit jeder Art vom Fuhrwerk diese Servitut auszuüben befugt sey, wenn auch gleich durch Ueber-einkunft keine Einschränkung wäre gemacht worden. Bekannt ist die Meinung eines Cornelius van Bynkershöök⁵¹⁾, welcher auch Joh. Gottl. Heineccius⁵²⁾ und Joh. Gottfr. Schaumburg⁵³⁾ ihren Beysfall gegeben haben, nach welcher der actus nur das Recht enthalten haben soll, sich eines currus trusatilis zu bedienen, das ist, mit einem Schubkarren zu fahren. Nicht minder bekannt

51) Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7.

52) Antiquitat. Rom. Syntagm. Lib. II. Tit. 3. §. 10. not. b.

53) Compend. iuris Dig. h. t. §. I.

bekannt ist die Hypothese eines Joh. Daniel Ritters⁵⁴⁾, welcher mit einem großen Aufwand von Gelehrsamkeit zu beweisen sucht, daß der actus nur das Recht gegeben habe, mit einem kleinen Wagen, der nur aus zwey Rädern bestand, zu fahren. Allein schon Aug. Fried. Schott⁵⁵⁾ hat beide Meinungen gründlich widerlegt, und dagegen sehr richtig erinnert, daß die Römischen Rechtsgelehrten, besonders Pomponius, Paulus und Modestinus, L. 13. D. de servitutib. L. 7. et 12. D. de servitut. praed. rusticor. die Ausdrücke *plaustrum ducere* und *vehiculum ducere* sowohl bei der Servitus *actus* als *viae* ohne Unterschied gebrauchen. Mögen Cato, Isidorus und Probus immerhin zwischen *plaustra minora*, die nur zwey Räder hatten, und *plaustra maiora*, die mit vier Rädern versehen waren, unterschieden haben. Die Röm. Rechtsgelehrten gedenken wenigstens bei der Erklärung des *actus* und der *viae* dieses Unterschiedes nicht. Soviel ist jedoch gewiß, daß derjenige, welcher die Servitus *actus* hat, auf keine Weise befugt sei, Steine und Balken über den Weg zu schleifen, wie auch Paulus ausdrücklich bemerkt hat L. 7. pr. D. b. t.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Servitut jederzeit so ausgeübt werden muß, daß das Vieh durch Ueberstreiten oder Abweichen vom Wege keinen Schaden thut.

§. 676.

54) Diff. de itineris, actus, et viae differentia. adj. Tomo II.
Parapbr. gr. THEOPHILI a REITZIO editae Excursu XIX.
pag. 1228. sq.

55) Observat. de vero actus et viae discrimine. §. 5. (Opuscul.
pag. 247. sq.)

Servitus viae.

Ausgedehnter als beyde vorhergehende Servituten ist III. *Via* oder *Servitus viae*. Sie ist das Recht, nicht nur mit allen Arten von Wagen über das Grundstück des Andern zu fahren, sondern auch Steine und Balken zu schleifen, und begreift das, was bey der *Servitus actus* blos ad naturalia gehört, nämlich das *ius eundi* und *verbandi* wesentlich und dergestalt in sich, daß keins von beyden davon getrennt werden kann, wenn wirklich die *Servitus viae* und kein bloßer *actus* vorhanden seyn soll. Folgende Stellen werden dies außer allem Zweifel sezen.

Justinian sagt *Princ. I. de Servitut. praed.* *VIA est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum via in se continet.*

Viele Rechtsgelehrten⁵⁶⁾ wollen hier zwar statt *eundi* lieber *verbandi* lesen, weil hier das Recht zu fahren den unterscheidenden Character der *Via* ausmache, und folglich auch in der Definition ausdrücklich bezeichnet werden müsse. Allein, abgesehen davon, daß diese Emendation von aller Auctorität entblößt ist, so widerstreiten ihr so viele andere Stellen in den Pandecten, daß sie nicht den mindesten Beysfall verdient. Celsus sagt *L. 9. D. de servitut.*

Si

56) *Franc. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. II.*
Hug. DONELLUS Comm. iur. civ. Lib. XI. cap. 6. Hug. GROTIUS Flor. Spars. ad pr. I. tit. de Servit. praedior. pag. 47. (edit. Gebaueri Halae 1729. 8.) Ulr. HUBERUS Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 4. Corn. van BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7. Ev. OTTO Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 2. et Io. Gottl. HEINECCIUS Not. ad WINNII Commentar. in Institut. Tit. de Servitut. nr. 6.

Si cui simpliciter⁵⁷⁾ via per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinitum (videlicet per quamlibet eius partem) ire agere licebit: civiliter tamen modo⁵⁸⁾. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequem commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae eius potestatem haberet.

Ja Ulpian definiert gerade so, wie Justinian, wenn er L. i. pr. D. b. t. sagt:

VIA est ius eundi, et agendi, et ambulandi: nam et iter et actum in se VIA continet.

Besonders merkwürdig ist die Stelle des Paulus in der L. 7. D. b. t. wenn er sagt:

Qui actum habet; et plaustrum ducere et iumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum

57) Die Florentina liest hier *simplicius*. Gaudioza, *simplici usu*, mit welcher Leseart auch unser Codex Pand. membran. übereinstimmt. Hugo a Porta, *simplicius usu*. Halan der und Lub. Charondas Neidav. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. lesen hingegen *simpliciter*. Die Florentinische Leseart vertheidigt AUTOR ANONYM. Observation. iuris civ. Rom. cap. 22. pag. 136. (Hagae Comit. 1743.) Beydes *simplicius* und *simpliciter* bedeutet indeffen das nämliche L. 26. D. b. t. S. Ian. a costa Praelect. ad illustr. quosd. titt. iur. civ. p. 41.

58) So liest unser Cod. Erlang. membran. Eben so Gaudioza. Die Florentina hingegen hat *civiliter modo*.

tignum, neutri eorum ius est. — Qui *viam* habent, *sundi agendi que ius* habent: plerique, et trahendi quoque, et *rectam bastam referendi*, si modo fructus non laedat.

Diesen Zeugnissen tritt nun auch noch insonderheit die Auctorität der griechischen Ausleger bey. Unter diesen verdient Theophilus zuerst genannt zu werden, welcher in seiner griechischen Paraphrase *ad pr. I. de Servitutib.* von der *Via* folgende Erklärung giebt:

Via ἐσὶ δικαῖος τοῦ ἐμὲ πορεύεσθαι καὶ ἔχειν υποξύγια, ὡς οὖν τὸ via ταῦτα ἔχει, καὶ τὸ actus.

Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar die Leseart für unrichtig halten. So will Cornelius van Byntekenhöft⁵⁹⁾ statt καὶ ἔχειν υποξύγια vielmehr καὶ οἷς, καὶ υποξύγειν lesen. Johann Alberti⁶⁰⁾ hingegen substituiert für *ἔχειν*, *οἷς* οὐ. Allein daß die gemeine Leseart nicht unrichtig sei, sondern Theophilus das Wesentliche der *Via*, nämlich das *ire* und *agere licere* sehr richtig ausgedruckt habe, hat Johann Daniel Ritter⁶¹⁾ ausführlich gezeigt.

Ganz mit den angegebenen Begriffen der römischen Rechtsgelehrten übereinstimmend, sagen ferner die Verfasser der Basiliken⁶²⁾:

Πλατεῖα ὁδός ἐσι τὸ παριέναι, καὶ διακινεῖν, καὶ ἐλαύνειν. Περιέχει γὰρ πλατεῖα ὁδός τὸ μονοπάτιον καὶ τὴν

59) Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7.

60) Miscellan. Critic. pag. 233.

61) Diff. cit. bey THEOPHILUS Tom. II. Excurs. XIX. pag. 1230. sq.

62) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 3. L. 1. pag. 796.

$\tau\eta\mu\pi\alpha\gamma\delta\sigma\sigma$. i. e. *Via lata est, ire, et ambulare, et agere. Nam via lata et iter et actum continet.*

Die Eigenheiten dieser Servitut, wodurch sich die *Via* vom *actus* wesentlich unterscheidet, bestehen also darin:

1) sie hat drey wesentliche Bestandtheile, die ihren Begriff ausmachen, und daher unzertrennlich sind, nämlich das *ius eundi, agendi iumenta, et vehendi*. Nicht nur die bereits angeführten Stellen der Römischen und Griechischen Rechtsgelehrten beweisen dieses klar, sondern es bestärkt uns auch hierin noch vorzüglich Ulpian, wenn er *L. 13. §. 1. D. de acceptilat.* sagt:

Si viam quis stipulatus, accepto iter vel actum fecerit, acceptilatio nullius erit momenti: hoc idem est probandum, si actus accepto fuerit latus: si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere, liberatum eum, qui viam promisit.

Eine Folge hiervon war

2) der Unterschied, welcher sich besonders in Ansehung der Vindications-Formel bey dieser Servitut äußerte. Die Klageformel war nämlich bey der *Via* die: *ius mibi esse ire agere per fundum tuum*; wie Paulus schreibt⁶³⁾), oder man konnte auch *iter* oder *actum* besonders vindiciren, wenn man etwa nur in der Ausübung des einen oder des andern Rechts besonders beeinträchtigt wurde. Wer hingegen *actum* vindicirte, konnte sich jener Formel nicht bedienen, noch das *ius itineris* besonders vor Gericht verfolgen; sondern mußte so klagen: *sibi agere licere*, weil hier das *ius eundi* kein wesentlicher

63) *L. 9. pr. D. Si servit. vindic.*

sicher Bestandtheit ist. Cuijaz⁶⁴⁾ Vinnius⁶⁵⁾ und Voet⁶⁶⁾ haben diesen Unterschied ebenfalls bemerkt. Hieraus erklärt sich nun auch, wenn Ulpian L. II. §. 6. D. de except. rei iudic. sagt: *Si quis iter petierit, deinde actum petat; puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum; aliud nunc: atque ideo exceptionem rei iudicatae cessare.* Eben deswegen weil *iter* bei der *via* wesentlich war, bei dem *actu* nicht, folgerte man

3) daß wer sich der *via* auch nur als *iter* bedient, doch die ganze Servitut conservire; dagegen geht der *actus* verloren, wenn der Berechtigte ihn zehn Jahre lang nicht ausgeübt hat, gesetzt auch, daß er während der Zeit öfters über das dienstbare Grundstück gegangen wäre^{67).}

4) Wer

64) Observation. Lib. XXII. cap. 35.

65) Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 6.

66) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 3.

67) L. 2. D. *Quemadm. servitut. amitt.* Wenn es in dieser Stelle heißt: *Qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum ierit, non perisse actum, sed manere,* so ist dies nicht, wie DUARENUS in Comm. ad h. L. (Operum pag. 204.) diese Stelle erklärt, vom *actu* zu verstehen, sondern *iter et actus* heißt in der Sprache unserer Gesetze immer soviel als *Via*, wie auch WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 888. not. a. pag. 617. bei dieser Stelle ganz richtig bemerkt hat. Man vergleiche auch Hub. GIPHANII Commentar. ad Institut. Tit. de servitut. praedior. und Io. WOLBERS Observation. Decas (Groningae 1736. 4.) Cap. 1. in fin. pag. 9.

4) Wer *viam* hat, kann nicht nur über das dienstbare Grundstück mit allen Arten von Wagen fahren, beladen oder unbeladen, sondern er hat auch das Recht, *Steine* und *Balken* darüber zu schleisen. Dieses Recht aber wird demjenigen ausdrücklich abgesprochen, welcher blos den *actus* hat⁶⁸⁾. Wenn Paulus bey der *via* noch, als etwas Unterscheidendes, das *ius basiam rectam ferendi* erwähnt, so hat dieses nicht sowohl auf den Gebrauch der Waffen, als welcher den Privatpersonen untersagt war⁶⁹⁾, sondern vielmehr, wie Joh. D'Uvezan⁷⁰⁾ ganz richtig erklärt hat, seine Beziehung darauf, daß bey dieser Servitut dem Berechtigten eine solche Höhe über dem Wege frey gelassen werden müsse, als das Tragen einer *hasta recta* erfordert, und dieser also mit Recht verlangen könne, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks den Weg bis auf eine solche Höhe nicht überbaue, damit auch der höchstmöglichst beladene Wagen ungehindert durchkommen kann. Endlich

5) bey der *Servitus viae* ist die Breite des Weges gesetzlich bestimmt. Sie beträgt nämlich acht Fuß in porrectum, das heißt in gerader Linie, und sechzehn in der Biegung, in anfractum, wie *Cajus L. 8. D. b. t.* bemerkt hat, wenn er sagt: *Viae latitudo ex Lege duodecim Tabularum in porrectum octo pedes habet: in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim.* Merkwürdig ist

68) *L. 7. D. b. t.*

69) *Vid. Tit. Cod. Ut armorum usus in scio Principe interdictus sit. Lib. XI. Tit. 46. et Nov. 85.*

70) *Servitut. lib. Part. III. cap. 18.* (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 167.)

ist jedoch, was Paulus hierbei noch bemerkt, wenn er *L. 23. pr. D. b. t.* sagt: *Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest: alioquin iter erit, non via.* Nach dieser Darstellung ist nun der Unterschied zwischen *via* und *actus* einleuchtend genug, wobei die Rechtsgesetzten soviel Schwierigkeiten gefunden haben⁷¹⁾.

§. 677.

Wem kommt die Bestimmung des Orts bey dem iter, actus und der via zu?

Wenn bey Bestellung der bisher erklärten Servituten, des iter, actus und der via, kein Ort bestimmt ist, über welchen der Weg zum Gehen, zum Viehtriebe, oder zum Fahren laufen soll, so hat in der Regel der Berechtigte die Wahl. *Totus enim fundus servit.* Nur darf es bey der Wahl solche Stellen nicht berühren, welche bebaut sind, z. B. Weinberge, Saatfelder u. dgl. Dies ist dem Grundsatz gemäß, daß man sich der Servitut civiliter, das ist, mit möglichster Schonung des Eigentiums bedienen müsse. Hierin stimmen Celsus und Javolenus mit einander überein. Erster sagt *L. 9. D. de Servitut.*

Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam cedatur, (sc. inter vivos) vel relinquatur (nimurum per ul-

¶ 2

timam

71) Außer den gelegentlich schon angeführten Schriften, vergleiche man noch *Franc. DUAREN* Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 31. *Lud. CHARONDAE* *Neidax.* S. Verisimil. Lib. V. cap. 5. nr. 2. (in *Ew. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 693.) *Barn. BRISSONIUS* de formul. et solemn. P. R. verbis Lib. VI. c. 138. und *LYKLAMA* Membranar. Lib. III. Eccl. 12.

timam voluntatem): *in infinitum* (videlicet per quamlibet eius partem) ire agere licebit. Civiliter tamen modo. Non enim — per medias vineas ire agere sinendus est.

Letzterer hingegen lehrt L. 13. §. 3. D. b. t.

*Si locus*⁷²⁾, non adiecta latitudine, nominatus est: per eum qualibet iri poterit: si autem praetermissus est: aequa latitudine non adiecta, per totum fundum una poterit eligi via, duntaxat eius latitudinis, quae lege comprehensa est. Pro quo ipso⁷³⁾, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.

Nur Paulus scheint anderer Meinung zu seyn, wenn er L. 26. D. b. t. sagt:

Si via, iter, actus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi, per quam partem fundi velit consti- tuere servitutem: si modo nulla captio legatario in servitute fit.

Nach diesem Fragment soll also in dem Falle, da die Servitus viae, itineris, oder actus schlechthin, und ohne Bestimmung des Orts vermacht worden ist, dem Erben die Wahl des Weges zukommen, die doch Celsus in dem vorhergehenden Fragment ausdrücklich dem Legatar einräumt.

72) *Locus* ist, wie Ulpian sagt L. 60. pr. D. de Verb. signif. non fundus, sed portio aliqua fundi.

73) Id est, pro electione loci, non vero latitudinis, quae lege definita est. S. ROMAICA Pandect. Iustin. h. t. Nr. VIII. not. c. Tom. I. pag. 267.

räumt. Man hat bende Stellen auf verschiedene Art⁷⁴⁾ mit einander zu vereinigen gesucht, unter welchen jedoch diejenige unstreitig den Vorzug behält, nach welcher die L. 26. von einem legato per damnationem, die L. 9. hingegen von einem legato per vindicationem relichto verstanden werden muß⁷⁵⁾). Denn daß bey einem legato damnationis, das ist, welches mit der Formel: *heres meus dannas esto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo*, hinterlassen wurde, der Erbe die Wahl hatte, ist bekannt. Nun behauptet zwar Janus a Costa⁷⁶⁾), dem auch

§ 3

West-

74) *Lud. CHARONDAS* Πειθαρ. S. Verisimil. Lib. I. cap. 5. (bey OTTO in Thes. iur. Rom. T. I. pag. 693.) glaubt, daß nach den angeführten Fragmenten der Erbe so gut, wie der Legatar die Wahl habe. Es dürfe nur keiner zum Nachtheil des Kindern handeln. *Lud. VITALIS* Lection. variat. Lib. II. cap. 10. (bey OTTO Tom. II. pag. 671.) räumt der Regel nach dem Erben die Wahl ein, und meint, sie komme nur dann an den Legatar, wenn jener bey Bestimmung des Beges nicht bona fide zu Beske gegangen sey. *Ulr. HUBER* in Eunomia Rom. Lib. VIII. ad L. 26. *D. de servitut. praed. rustic.* pag. 386. meint hingegen, daß in der Regel zwar dem zur Servitut Berechtigten die Wahl zustehé, weil aber doch derselbe mehr nicht, als einen zu Ausübung der Dienstbarkeit bequemen Weg, verlangen könne, so sey es nicht unbillig, eine Prävention Statt finden zu lassen, und dominans müsse zufrieden seyn, wenn ihm der Serviens einen solchen Weg angewiesen habe.

75) *S. EM. MERILLIUS* in Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. ad L. 9. cit. bey OTTO Tom. III. pag. 641. *Franc. BROEUS* in Expositionib. in Iustin. Institut. ad §. 22. I. de legatis nr. 4; pag. 460. *Ian. a COSTA* Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos, locaq. selecta iuris civ. pag. 42. und *WESTPHAL* de servitut. praed. §. 548. not. d. pag. 349.

76) Praelect. cit. pag. 43.

Westphal⁷⁷⁾ bestimmt, es komme jetzt darauf an, an wen die Worte gerichtet sind, und daß wenigstens alsdenn die Wahl dem Erben nicht abgesprochen werden könne, wenn die Worte, so wie beim legato vindicationis geschehe, an den Erben gerichtet sind. Allein, da nach dem neuesten Röm. Rechte aller Unterschied in Absicht auf die Formel der Vermächtnisse aufgehoben ist, und alle Legate angesehen werden, als wären sie per vindicationem hinterlassen worden⁷⁸⁾; so kann dem Erben die Wahl nur noch als dann gestattet werden, wenn sie ihm der Testirer ausdrücklich überlassen hat⁷⁹⁾.

Ist nun der Weg einmal gewählt, so muß er zwar für immer beibehalten werden; es ist aber auch dem Eigentümer des dienstbaren Grundstücks keine Unternehmung erlaubt, wodurch die freye Ausübung der Servitut gehindert werden würde. Folgende Stellen des Röm. Rechts bestätigen alles dieses ausdrücklich.

L. 13. §. 1. D. b. t. Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant. At si iter, actusve

fine

77) Cit. loc. §. 548.

78) §. 2. *I. de legat.* *L. 1. C. Commun. de legat.* *S. Ios. AVERANII Interpretat.* iuris Lib. IV. cap. 13. nr. 9. und meine Opusc. iurid. Fascic. I. pag. 232.

79) Man sehe hier vorzüglich *Lani a COSTA* Commentar. ad §. 22. *I. de legat.* *Ant. SCHULTINGII* Jurisprud. Antejust. ad *Ulpiani* Fragm. Tit. 24. de legatis §. 14. not. 40. pag. 655. und *BAV. VOORDA* ad *Lani a COSTA* Praelection. loc. cit. not. p. pag. 43.

sine ulla determinatione legatus est: modo ⁸⁰⁾ determinabitur: et, qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit: caeterae partes liberae sunt. Igitur arbiter dandus est; qui utroque casu viam determinare debet.

L. 9. D. de servitutib. wo Celsus sagt:

Verum constitit, ut, qua primum viam direxit-
set, ea demum ire agere deberet, nec amplius
mutandae eius potestatem haberet.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß zwar bey der Bestellung dieser Dienstbarkeiten mancherley Modificationen Statt finden können, aber doch nur in Ansehung der außerwesentlichen Bestimmungen derselben. Denn wesentliche Bestandsheile können durch Verträge nicht davon getrennt werden. Daher kann z. B. bey dem actus zwar festgesetzt werden, mit welchen Arten des Viehes der Weg betrieben werden soll, oder mit welchen Arten von Wagen der Weg befahren werden soll ⁸¹⁾; allein das Recht der Viehtrift kann so wenig, salva actus notione, ausgeschlossen werden ⁸²⁾, als das ius itineris und actus bey der servitus

§ 4

viae,

80) Modo ist hier nicht adverbialiter zu nehmen, sondern es ist der Ablativus von dem Worte modus; und heißt hier soviel als *ad modum certum*, oder *secundum modum agri*. S. BAV. VOORDA ad *Iani a COSTA* *praelect.* cit. pag. 43. not. q. und WESTPHAL §. 548. not. b. pag. 348. Unser Cod. Pand. Erlang. membran. liest *modus* statt *modo*.

81) L. 4. §. 1. D. de Servitut. L. 11. pr. D. Quemadm. servit. amitt.

82) S. WALCH Diff. de actu minus pleno §. 4.

viae, bey welcher sie zu den wesentlichen Bestandtheilen gehören. Kein Wunder, wenn daher Ulpian in der schon oben angeführten Stelle, L. 13. §. 1. D. de acceptilat. bey der stipulatio viae eine Acceptilation geradezu für unwirksam erklärt, wodurch iter und actus bey dieser Servitut erlassen worden sind. Daß indessen diese Servituten und ihre Ausübung auch auf Zeiten eingeschränkt werden könne, hat keinen Zweifel. Papinian lehrt dies ausdrücklich L. 4. §. 2. D. de Servitut. So z. B. kann festgesetzt werden, daß die Servitut nur bey Tage ausgeübt werden solle⁸³⁾.

§. 678.

Servitus pascendi.

IV. Servitus pascendi, die Hüt- und Weidegerechtigkeit. Sie besteht in dem dinglichen Rechte, das Vieh, was man auf seinem Landgute zu dessen Zweck und Cultur nöthig hat, auf dem Grundstücke des Andern ungehindert weiden zu dürfen⁸⁴⁾. Papinian⁸⁵⁾ und Paulus

83) L. 14. D. Commun. praedior.

84) S. Ant. Fernand. de OTERO Tr. de pascuis et iure pascendi. Coloniae 1705. 8. Fr. Sam. KAEMPFFF Diss. de servitute pascendi ad agrorum praesertim desertorum culturam utiliter regunda; praef. Cbr. CAR. STUEBEL def. Vitembergae. 1791. Ge. Wilh. Strampfers jurist. Kameralist. Abhandl. vom Hütrechte. Erlangen 1798. 8. und C. E. Münters - Weiderecht. Hannover 1804 8.

85) L. 4. D. b. t. Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitatem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. S. de OTERO Tr. cit. Cap. 18. n. 8. sqq.

Ius⁸⁶⁾) gedenken dieser Servitut ausdrücklich, und zwar bemerkt der erstere, daß zwar die Servitus pecoris pascendi mehr eine Prädial- als Personal-Dienstbarkeit seyn; sie könne aber doch auch dem Berechtigten zuweilen blos für seine Person vermacht seyn, ohne Rücksicht auf sein Grundstück, und dann gehe sie weder auf den Erben, noch auf den dritten Käufer des Grundstücks über. Ulpian betrachtet sie jedoch unstreitig als eine Real-Servitut, wenn er L. 3. pr. D. b. t. sagt: Servitutem imponi posse, ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur. In dieser Weidegerechtigkeit ist nun zwar das Triftrecht notwendig enthalten, so wie in dem aquae baustus das ius adeundi ad fontem⁸⁷⁾). Es unterscheidet sich jedoch die Triftgerechtigkeit dadurch wesentlich von der Weidegerechtigkeit, daß erstere auch für sich bestehen kann, wenn das Vieh über ein fremdes Grundstück nach den Weidepläzen ungehindert getrieben werden darf, und daß beim bloßen Viehtriebe der Hirt auf dem fremden Grundstücke mit seiner Herde weder halten, noch auf und nieder treiben darf, sondern die Trift in einem Zuge fort verrichten muß⁸⁸⁾). Es ist daher ganz unrichtig, wenn Hellfeld die Hut und Weide, und die Triftgerechtigkeit für Eins halten will⁸⁹⁾). Die Hut- und Weidegerechtigkeit kann nun auf

86) L. 6. §. 1. in fin. D. b. t.

87) L. 3. §. 3. D. b. t.

88) S. Hagemanns Handbuch des Landwirtschaftsrechts. §. 307. §. 581.

89) Man sehe God. Christ. LEISERI ius georgicum Lib. III. cap. 10. nr. 2. pag. 458. und Münters Weiderecht §. 100. S. 144. ff.

auf verschiedene Art bestellt werden, nämlich entweder so, daß der Hutungsberechtigte dadurch blos das Recht erhält, sein Vieh auf dem dienstbaren Grundstück ungehindert weiden zu dürfen; oder auf eine solche Art, daß der Berechtigte hierdurch zugleich das Recht erhält, dem Eigentümer des dienstbaren Grundstücks eine Handlung zu verbieten, welche dieser sonst vermöge der natürlichen Freiheit auf seinem Eigenthume, auch des dem Andern zustehenden Hutungsrechts ungeachtet, vornehmen dürfte. So z. B. hindert die Weideservitut den Eigentümer nicht, seine Ländereien und Grundstücke wirtschaftsmäßig zu benutzen. Er kann sie also nicht nur mit allen Arten von Früchten bestellen, sondern auch zu Zeiten brache liegen lassen⁹⁰). Auch kann ihm das Recht der Michutung nicht verwehrt werden⁹¹). Allein es kann der Abhutungsberechtigte ein ausschließendes Recht zu weiden, oder auch das Recht erworben haben, dem Eigentümer zu verbieten, daß er seine Grundstücke nicht mit einer gewissen Art von Früchten bestelle. Ist nun die Weideservitut mit einem solchen Verbietungsrechte verbunden, vermöge dessen der Eigentümer etwas, wozu er sonst als Eigentümer befugt wäre, unterlassen muß, damit die dem Andern gestattete Servitut desto besser ausgeübt werden könne, so wird sie eine negative Weideservitut, (*servitus pascendi negativa*) in dem entgegengesetzten Falle aber eine affirmative (*servitus pascendi affirmativa*) genannt⁹²). Der Unterschied zwischen

bey-

90) S. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 34. und WIESAND Opus. iurid. Specim. VIII. Obs. 2. pag. 114. sqq.

91) S. LEISERI ius georgic. c. l. nr. 30. pag. 462. und Münster im angef. Buche §. 64.

92) S. KAEMPFFE cit. Diss. Cap. I. §. 2.

henden ist eben so wichtig, wie der zwischen affirmativen und negativen Prädikat-Servituten überhaupt⁹³⁾). Denn es läßt sich mit Grund die Meinung derjenigen⁹⁴⁾ nicht vertheidigen, welche behaupten wollen, daß jede Weideservitut schon an sich das Recht enthalte, dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks jede Art von Cultur desselben, und jedes Unternehmen zu verbieten, woraus nur irgend ein Nachtheil für das Weiderecht entsteht⁹⁵⁾). Es wird vielmehr dazu entweder eine ausdrückliche Begebung von Seiten des Eigenthümers, oder von Seiten des Berechtigten eine erweisliche Prohibition erforderlich, bei welcher sich der Eigenthümer über rechtsverwährte Zeit beruhiget hat⁹⁶⁾.

§. 679.

Die Weideservitut kann eingeschränkt, oder uneingeschränkt seyn.

Die Weidegerechtigkeit kann ferner entweder auf eine unbestimmte oder bestimmte Art eingeräumt seyn. Ist das Erstere der Fall, so darf dennoch die Hut- und Weidegerechtigkeit nicht bis ins Unendliche ausgedehnt werden. Denn es findet auch hier das aus der Natur der Dienstbarkeiten abgeleitete Prinzip des Röm. Rechts, servitute civiliter est utendum, seine volle Anwendung.

Es

93) S. oben §. 660.

94) S. TOEPFER Diff. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente. Lipsiae 1792.

95) KAEMPFFF cit. Diff. Cap. II. §. 4. hat diese Meinung widerlegt.

96) S. CARPOV P. II. Constit. IV. Definit. 13. WIESAND Opusc. cit. pag. 117. KIND Quæstion. for. Tom. III. Cap. 39. und KAEMPFFF cit. Diff. de servitute pascendi Cap. I. §. 3.

Es darf daher der Berechtigte den Weideland nicht in der Masse betreiben, daß der Grundeigentümer behindert wird, sein Grundstück wirtschaftsmäßig zu benutzen, noch mit allzu vielem Vieh die Weide abhüten⁹⁷⁾; vielmehr finden hier gewisse natürliche Gränen statt, welche theils aus dem Wesen einer Real servitut überhaupt, theils nach den Grundsätzen der Landwirtschaft zu bestimmen sind. Es ist demnach

1) in Absicht auf die Art des Viehes darauf zu sehen, daß das Hüttungsrecht nur mit solchen Viecharten ausgeübt werde, die sich für die zur Abhütung bestimmten Plätze schicken⁹⁸⁾. Es darf daher weder frisches, noch solches Vieh, welches der Weide schädlich ist, auf die Weideplätze gebracht werden. So z. B. dürfen Schweine wegen des Umlühlens, und Gänse wegen ihres heißen und ätzenden Düngers schlechterdings nicht auf Wiesen gehütet werden⁹⁹⁾. Ist die Weidegerechtigkeit durch Verjährung erworben worden, so kann sie nur mit den Viecharten ausgeübt werden, welche seit rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht worden sind¹⁰⁰⁾.

2) In

97) S. Danz; Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, 2. B. §. 283. S. 529. und Hagemanns Handbuch des Landwirtschaftsrechts §. 293, S. 555.

98) Von Benckendorf Öeconom. for. I. B. I. Hypst. §. 19. Io. Ad. Th. kind Quæstion. for. Tom. IV. cap. 64.

99) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 10. Rüdigers Anfangsgründe der allgemeinen Staatslehre. 2 Th. S. 26.

100) LAUTERBACH c. l. kind c. l. Tom. IV. p. 381. Münster §. 70.

2) In Absicht auf die Zahl des Viehes findet bey einer uneingeschränkten Weidegerechtigkeit die jetzt als gemein angenommene wichtige Regel Statt, daß der Hütungsberechtigte nur soviel Vieh auf die Weide treiben dürfe, als zu einem mit der wirthschaftlichen Benutzung des Guts proportionirten Viehstande gehört, und der Berechtigte mit dem eigenen gewonnenen Futter zu durchwintern im Stande ist¹⁾). Diese Regel leidet um so weniger einigen Zweifel, da sie aus der Natur einer Real-Servitut selbst abgeleitet ist. Denn da eine solche Dienstbarkeit keiner Person, sondern einem praedio zusteht, so muß der Umfang derselben lediglich durch die Bedürfnisse des herrschenden Gutes bestimmt werden. Wenn nun ein Gut wirthschaftlich benutzt werden soll, so muß nothwendig der Viehstand mit dem Futterstande in einer Proportion stehen, und sich nach dem eigenen gewonnenen Winterfutter richten, folglich muß auch nach diesem Verhältniß bey einer uneingeschränkten Hütgerechtigkeit die Anzahl des Viehes bestimmt werden²⁾). Dies ist also die Gränzlinie, die nicht überschritten werden darf. Ob übrigens das Vieh dem zur Abhutung Berechtigten eigen gehört, oder ob es nur von ihm in Pacht genommen ist, darum hat sich der Besitzer des dienstbaren Gutes

1) MEVIUS P. I. Decis. 28. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 123. und Tom. IV. Obs. 109. Struben rechtliche Gedanken 4. Th. Bed. 117. §. 3. von Beneckendorf Oeconom. for. I. B. 1. Hypst. §. 110. KIND Quaest. for. Tom. II. c. 59. et Tom. IV. c. 65. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 298. u. HAUBOLD ad Bergeri Oecon. iuris Tom. I. pag. 330. not. 2.

2) Gmelin und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 3. B. Nr. 13. S. 210. und Danz Handbuch des deutschen Rechts 2. B. §. 283. S. 528.

Gutes nicht zu bekümmern, wenn er es nur zum Gebrauch und zur Cultur seines Grundstücks hält³⁾). Hellfeld will zwar von einer unbestimmen Hutgerechtigkeit fremdes Vieh ganz ausschließen. Allein es läßt sich diese Meinung nur in soweit rechtfertigen, daß der Abhutungsberechtigte seinem Dritten gestatten darf, sein Vieh mit auf die dienstbaren Felder zur Weide zu treiben. Denn nach der L. 5. in fin. D. b. t. kann eine Real servitut nie weiter ausgeübt werden, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit, cui concessa est servitus. Insofern also das von dem Berechtigten in Pacht genommene fremde Vieh zur Cultur des Gutes gebraucht wird, zu dessen Nutzen die Dienstbarkeit bestellet worden, ist es als zum Viehstand des Gutes gehörig anzusehen, und der Serviens ist solches auf seinen zur Abhutung bestimmten Grundstücken zu dulden schuldig, so weit es mit dem eigenen auf dem praedio dominante gewonnenen Futter durchwintert werden kann⁴⁾.

3) In Absicht auf die Zeit der Abhutung ist zu bemerken, daß der Hutungsberechtigte nie zu geschlossen, sondern nur in offenen Zeiten weiden dürfe. Wenn diese Zeiten ihren Anfang nehmen, und wenn sie sich endigen, ist zwar gewöhnlich durch die Landesgesetze oder durch rechtliches Herkommen des Orts bestimmt. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hingegen kommt es

3) v. Genkendorf a. a. D. §. 112. Struben a. a. D. §. 4. Gmelin u. Elsässer a. a. D. 3. B. §. 134. S. 213.

4) Ausser Gmelin und Elsässer a. a. D. §. 134. ist hier noch vorzüglich zu vergleichen das gründliche Gutachten des Hrn. Prof. Wolstárs in Kleins merkwürdigen Rechtsprüchen der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Bd. Nr. III.

es vorzüglich auf die Art und Eigenschaft des Grundstücks an, auf welchem das Nutrecht ausgeübt wird⁵⁾). Dieses Grundstück ist nämlich entweder ein solches, welches sonst gar keinen andern Zweck und Nutzen hat, als daß es blos zur Abhutung dient, außerdem aber ein ganz ödes, wüstes und ungebautes Grundstück ist, dergleichen man Lehden, oder Haiden zu nennen pflegt; oder das diensthafte Gut ist ein solches Grundstück, welches außer der Wieldenuzung noch andere Früchte und Vortheile gewährt, die dem Hutungsrechte nicht unterworfen sind; als wohin Acker, Wiesen und Waldungen gehören. In dem ersten Falle kann die zuständige Wieldeservitut zu allen Zeiten des Jahres ausgeübt werden. In dem andern Falle hingegen ist die Weide nur erst von dem Zeitpunkt an als offen zu betrachten, wenn die Früchte an allen Stellen des dienstbaren Gutes vollkommen eingearndet worden sind⁶⁾). Es ist dies nicht nur dem Grundsatz gemäß, welchen Ulpian⁷⁾ aufstellt: ut ne per servitutem commoditas et usus rei propriae domino adimatur; sondern es ist auch schon überhaupt nie zu vermuthen, daßemand auf seinen Wiesen und Feldernemand die Hut und Weide habe verstatten, und sich selbst den größern Nutzen, den jene gewähren, dadurch habe entziehen wollen. Es muß vielmehr im Zweifel immer angenommen werden, daß die Hut nicht anders, als mit Vorbehalt der ordentlichen

5) Man vergleiche hier vor allen andern die vortreffliche Ausführung, in *Io. Ad. Th. 1. Quaest. for.* Tom. II. cap. 58.

6) Strubens rechtliche Bedenken Th. I. Ged. 165. und Münters Weiderecht §. 63. und §. 91.

7) *L. 13. in fin. D. Commun. praedior.*

wen Früchte eingeräumt, und daß daher dieselbe civiliter, und ohne Schaden der Früchte ausgeübt werden müsse⁸⁾. Um jedoch den Zeitpunkt noch genauer zu bestimmen, wenn die Abhutungszeit als offen anzusehen ist, müssen wir die Natur und Beschaffenheit der zur Abhutung bestimmten Grundstücke noch etwas näher betrachten. Diese können nämlich:

1) Wiesen seyn, die ganz vorzüglich zur Gräseren und zum Viehfutter bestimmt sind. Sie werden in Rücksicht der Benutzung in solche, die nur eine Heuerndte zu lassen, und in solche eingetheilt, welche eine zwey oder wohl gar dreymalige Abschneidung des Grases gestalten. Jene werden einheuige oder einschürige, diese aber zwey- oder dreihäuige, oder zwey- und dreischürige Wiesen genannt⁹⁾. Ist nun

a) Die Wiese einheuig, so darf der Besitzer des praedii dominantis gleich nach geendeter Heuerndte sein Hutrecht ausüben, ohne daß es dem Eigentümer der Wiese erlaubt ist, sie noch einmal zu mähen, und Nachgras oder Grummet darauf zu ärndten¹⁰⁾.

b) Ist die Wiese zweymäthig, so ist dieselbe so gleich nach vollendeter doppelten Benutzung für offen zu halten, und der Berechtigte darf nun sein Vieh hütten¹¹⁾. Endlich,

c) in

8) L. 9. D. de servitut. KIND c. 1. pag. 320. sq.

9) S. KIND c. 1. pag. 323. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 131.

10) Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 153. und Strampfer vom Hutrechte §. 17. und 18.

11) Strampfer a. a. D. §. 15. u. §. 18.

c) in Gegenden, wo Wiesen dreimal gemähet werden, ist die Wiese erst dann für offen zu halten, wenn diese dreifache Benutzung vorüber ist. Darnach ist denn freylich der Anfang und das Ende der Hutung, oder die Zeit, wie lange die Wiesen im Herbst und Frühjahre der Aufhütung unterworfen sind, sehr verschieden. Weil jedoch die völlige Wiesenbenutzung gewöhnlich um Michaelis vorüber ist, so nimmt die Zeit der Abhütung an den meisten Orten gewöhnlich um diese Zeit ihren Anfang, und dauert bis Walpurgis, mit welchem Tage sodann die geschlossene Zeit eintritt¹²⁾.

2) Acker werden gewöhnlich auf zwey verschiedene Arten benutzt, sie werden nämlich mit Sommer- und Winterfrüchten bebauet, und im dritten Jahre brach gelassen. Die Abhütung auf Bauäckern setzt nun immer eine völlige Brache voraus. Ist diese vorhanden, so hat der Hutungsberechtigte die Befugniß, zur Zeit der Brache sein Vieh auf den dienstbaren Feldern ohne Zeitbestimmung zu weiden; weil die Brache zur Weide dient. Ein Acker ist demnach nur erst dann für offen zu halten, wenn die gewöhnlichen Sommer- und Winterfrüchte vollkommen eingearndet, und vom Felde geschafft sind. Man nennt diese Art der Weide die Stoppelschüttung. Sollte es zweifelhaft seyn, ob das dienstbare Grundstück nicht ein in jedem Jahre zu bauender Acker sei, so wird im Zweifel keine Brache zum Vortheil des herrschenden Guts vermutet. Denn Niemand ist, zum Vortheil des Weideberechtigten,

12) G. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. IX. not. 2.
KIND Quesst. for. T. II. cap. 58. pag. 223. und HAGEMANN'S
Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 132.

tigten, Brachfelder zu halten schuldig, wenn ihn nicht Gesetz, Vertrag, oder rechtliches Herkommen dazu verpflichten¹³⁾). Endlich

3) in Waldungen kann zwar eine unbestimmt eingeräumte Hut zu aller Zeit ausgeübt werden, doch hängt in häufigen oder schlagbaren Wäldern die Zeit der Hütung vorzüglich von dem Wachsthum und der Art des Holzes ab. Denn die Zeit, wo nach richtigen Forstgrundsätzen der Wald geschont werden muß, ist zu halten, mag auch das Hutrecht noch so uneingeschränkt seyn¹⁴⁾). Die Zeit der Hütung in Wäldern ist also so lange für geschlossen zu halten, bis die Blätter der Bäume dem Viehe außer dem Maule gewachsen sind, wie man zu sagen pflegt, d. h. so lange noch das Vieh dem jungen Anfluge durch Wegfressen oder Zerbeißen der jungen Lohden schädlich werden kann¹⁵⁾.

Ist die Hut und Weidegerechtigkeit hingegen auf eine bestimmte Art eingeräumt, so kann sowohl die Zeit der Hütung, als auch die Art und Zahl des Viehes bestimmt seyn. Diese Bestimmungen müssen von dem Hutberechtigten genau befolgt werden. Es entsteht hierbei die Frage, ob und wie lang bei Schafen, deren Anzahl bestimmt ist, die Lämmer bei ihren Müttern ungezählt auf

der

13) S. Hagemanns Landwirtschaftsrecht §. 295. und Stampfers Abhandl. vom Hutrechte §. 20.

14) S. Hagemanns Landwirtschaftsrecht. §. 296. und Stampfer vom Hutrechte §. 24.

15) KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 58. pag. 321. und HAUBOLD ad Bergeri Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. y. Tom. I. pag. 329.

der Weide zu dulden sind? Die Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschiedener Meinung. Einige¹⁶⁾ wollen die Lämmer schlechterdings, auch selbst während der Saugezeit, von der Weide ausschließen, weil Servituten, als eine gehässige und lästige Sache, streng nach den Worten erklärt werden müßten, und die Erfahrung lehre, daß die Lämmer, auch so lange sie wirklich noch saugen, bereits die Weide nebenher mit genössen. Andere hingegen, denen auch Hellfeld bestimmt, lassen zwar die Lämmer zu, allein sie streiten darüber, wie lange der Eigentümer des dienstbaren Weideplatzes dieselben ungezählt auf der Weide zu beladen schuldig sei? Einige¹⁷⁾ behaupten nämlich, die Lämmer müßten ein ganzes Jahr ungezählt neben den Schafen auf der Weide geduldet werden. Andere¹⁸⁾ hingegen halten dafür, daß der Eigentümer des Weide-

M 2

platzes

- 16) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 491.
God. BARTH Diss. de iure pascendi. Cap. 3. §. 5.

- 17) BRUNNEMANN Comment. ad L. 17. D. h. t. de BERGER
Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 3. Aug. a LEYSER
Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVIII. Cor. 1. God. Chrift.
LEYSER iur. georgic. Lib. II. cap. 14. nr. 52. Io. Wilb. EN-
GELBRECHT Specim. de eo quod iustum est circa agnos.
(Helmst. 1724.) P. II. Cap. 2. §. 4. Estor kleine Schriften
St. 12. Nr. 9. S. 760. KIND Quaest. for. T. II. cap. 59.

- 18) von Mohr Haushaltungsrecht B. 6. Cap. 3. §. 5. Gebr.
Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien
5. Bd. Medit. 310. und besonders Runde Beiträge zur Er-
läuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band (Göttingen
1799. 8.) Nr. X. S. 339. ff. Dieser Meinung sind auch
TRIBAUT im System des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 608. lit. B.
und Hagemann im Landwirthschaftsrecht. §. 2998. Not. *.
S. 564.

plazes die Lämmer nicht länger, als bis zur Absetzezeit, welche zwischen Pfingsten und dem Johannistage eintritt, ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig seyn. Diese letztere Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Die Gründe liegen in der Natur der Sache. Denn Servituten dürfen nicht zum Nachtheil des dienstbaren Gutes ultra modum concessum ausgedehnt werden; und dann bringt dies auch die Absicht des die Zahl bestimmenden Vertrages mit sich, welche unstreitig dahin geht, daß die Weide nicht mit zu viel fressendem Viehe übertrieben werde.

§. 680.

Mithutungsrecht des Eigenthümers.

Die Hutungsgerechtigkeit kann endlich dem Andern entweder auf eine solche Art gestattet seyn, daß sich der Eigenthümer davon des Rechts, sein eigen Vieh auf seinen Grundstücken mitweiden zu lassen, ausdrücklich begeben hat; oder so, daß ihm die Mithut, *ius compascendi*, zusteht. Letzteres wird im Zweifel vermutet. Denn das Recht der Mithut ist ein Ausfluß des dem Eigenthümer zustehenden Gebrauchsrechts, welches ihm selbst die Gesetze, neben der auf dem Gute hastenden Servitut, ausdrücklich zu sichern¹⁹⁾). Dem Eigenthümer bleibt also die Mithut so lange offen, bis der Hutungsberechtigte dargethan hat, daß ihm entweder ein ausschließliches Hutungsrecht von dem Eigenthümer selbst eingeräumt sey, oder daß er sich

über

19) *L. 6. C. de Servitat. L. 13. §. 1. in fin. D. Commun. praedior. S. Andr. Flor. RIVINI Disp. de aequali iure dominantis et servientis praedii, si pascua non sufficient. Lipsiae 1738. §. 10. et 11.*

über rechtsverjährtē Zeit im Besitz des Verbietungsrechtes befindet,²⁰). Durch bloßen Nichtgebrauch hingegen geht das Recht der Michut von Seiten des Eigenthümers darum nicht verloren, weil dessen Ausübung, als ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes, von der freien Willkür des Eigenthümers abhängt²¹). Tritt nun der Fall ein, daß der Ertrag der Weide für beide Heerden nicht zureicht, so ist die Frage, welcher von beiden Interessenten zurückstehen, oder seine Heerde vermindern müsse? sehr streitig. Man hat hier, wie Hellfeld auch ganz richtig behauptet, vor allen Dingen darauf zu sehen, ob die Zahl des Viehes, welches der Hütberechtigte weiden darf, ausdrücklich bestimmt ist, oder nicht. Im ersten Falle sind alle darin einverstanden, daß der Eigenthümer dem Hütungsberechtigten weichen müsse, wenn die Fütterung mangelt. Hier tritt die Regel ein: *eatenus ab usu iuris mei excludor, quatenus id alteri in meo concessi*²²). In dem andern Falle hingegen sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige²³) geben dem Eigenthü-

M 3

met

20) RIVINUS cit. Diff. §. 18. et 19. HAGEMANN §. 301. Not. I. S. 569. und STRAMPFER a. a. D. §. 33.

21) RIVINUS cit. Diff. §. 20. und MÜNTERs Weiderecht §. 112. S. 162.

22) STRUBEN rechtl. Bedenken 4. Th. Bd. 117. §. 3. S. 300. und THIBAUT System des P. K. 2. Bd. §. 608. S. 49. a. E.

23) LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 9. BRUNNEMANN Comm. ad L. 13. D. Commun. praed. nr. 5. BERLICH P. II. Concl. 49. nr. 6. sqq. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1105. MALBLANG Princip. iur. Rom. Tom. II. §. 435. not. g. und STRAMPFER §. 33.

mer des dienenden Grundstücks, andere²⁴⁾) dem Hutberedtigten den Vorzug. Noch andere²⁵⁾ behaupten, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks müsse auch bey einer unbestimmten Hutzgerechtigkeit wenigstens alsdann immer zurückstehen, wenn von Seiten des Hutberedtigten die Anzahl des Viehes nicht überschritten wird, welche derselbe mit eigenem gewonnenen Winterfutter ernähren kann. Es bleibt ferner Rechtsgeschriften²⁶⁾, welche darauf gesehen wissen wollen, mit welchem Titel die Weideservitut erworben worden sey. Ist nämlich die Weideservitut durch Verjährung erworben, so sey der Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf jeden Fall wenigstens soviel Vieh zuzulassen, gesetzlich verpflichtet, als dem Hutberedtigten mit einer Fütterung zu durchhalten möglich ist. Denn da die Präscription eine Strafe der Nachlässigkeit ist, so verdiene hier der Eigenthümer keine rechtliche Begünstigung. Wäre hingegen die Hutzgerechtigkeit dem Andern durch Vertrag bewilligt worden, so müsse ob clausulam rebus sic stantibus für den Eigenthümer des dienenden Gutes gesprochen

24) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 67. de BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 15. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 48.

25) Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 3. Band Nr. 13. §. 133. Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 301. S. 570. f. und Danz im Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. S. 527. f.

26) Car. Frid. Gans nobil. dom. in PUTLITZ-Dissert. epistolar. de eo, quod iustum est circa servitutem pascendi, si pascua non sufficiunt. Halae 1772. 4. und Münster Weiderecht. §. 64.

sprochen werden. Endlich verdienen diejenigen²⁷⁾ noch besonders bemerkt zu werden, welche behaupten, daß, wenn die Zahl des zu weidenden Viehes nicht besonders bestimmt ist, das Recht auf beiden Seiten gleich sey, folglich beide ihre Herden, nach dem Urtheile der Haushaltsverständigen, verhältnismäßig vermindern müßten. Diese letztere Meinung, welche auch Hellfeld annimmt, ist nicht nur den Rechten und der Billigkeit am gemätesten, sondern auch jetzt fast durchgehends in der Praxis angenommen²⁸⁾.

§. 681.

Koppelhut. Verschiedene Arten derselben. Inwiefern findet einseitige Aufhebung derselben Statt?

Von dem Rechte der Mihut, von welchem in dem vorligen Paragraph die Rede war, ist eigentlich die Koppelweide zu unterscheiden. Zwar wird von vielen das Recht der Mihut, welches dem Eigentümer des dienstbaren Gutes auf seinem eigenen Grundstücke neben dem Hutungsberechtigten zusteht, auch als eine Art der Koppelweide aufgeführt, in sofern nämlich unter Koppelhut im allgemeinen Sinn, eine gemeinschaftliche Hüttung, oder ein gemeinschaftliches Weiderecht überhaupt

M 4

ver-

27) HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 152. RIVINUS in Diss. de aequali iure dominantis et servantis praedii, si pascua uon sufficient. §. 26. set 27. und HOMMEL Rhapsod. quaest. forens. Vol. I. Obs. 188.

28) S. Chriſt. GOTTL. HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. iuris Tom. I. pag. 331. not. d. und Io. Ad. THEOPH. KIND Quaest. for. Tom. IV. cap. 66. pag. 386. sq.

verstanden wird²⁹). Allein Koppelhut, oder Koppelweide kann, wenn man

I. auf das Object sieht, entweder

1) auf fremden Grundstücken statt haben, und dann versteht man

a) im eigentlichen Sinn unter Koppelweide, *Compassuum in specie sic dictum*, wenn mehrere verschiedene Gutsbesitzer einander wechselseitig die Weide auf ihren Grundstücken blos hittweise, als ein persönliches Recht, aus nachbarlicher Freundschaft, und zur Vermeidung aller Irrungen und Streitigkeiten, gestatten. Ein solches *compassuum ex familiaritate concessum* wird insgemein durch die untermischte Lage der Saatfelder und Wiesen veranlaßt, welche es fast unmöglich macht, daß nicht das Vieh des einen Eigenthümers auf die angränzenden Saatfelder und Wiesen des andern Nachbars herüber laufe, und was abfresse. In dieser Lage pflegen oft Nachbarn einander ein gegenseitiges Abhutungsrecht zu gestatten, um immerwährenden Pfändungen auszuweichen³⁰). Ein solches Weiderecht beruhet auf einem *Precarium*, und kann daher nach Gefallen widerrufen werden, ohne daß dem

29) S. Stampfer in der angef. Abb. 2. Abschn. §. 31. und Hagemann im Landwirtschaftsrecht §. 300. u. ff. LEYSER sagt in seinen Meditat. ad. Pand. Specim. 108. medit. II. *Compassuum est communio iuris pascendi.*

30) S. Münters Abhandlung von der Koppelweide, in dem Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann und Günther 4. Th. Nr. 2.

dem einen Theile eine Verjährung gegen den Andern zu stattfinden kommt³¹).

b) Im uneigentlichen Sinn, eine gegenseitige Weide servitut, wenn jeder der zur Koppelhut berechtigten Nachbaren durch eine Servitut berechtigt ist, sein Vieh auf des andern Grundstücke zu hüten. Ein solches Weiderecht kann von keinem der beiden Theile einseitig aufgehoben werden³²).

Ist es zweifelhaft, ob die Koppelhut als Servitut, oder als ein Precarium zugestanden seyn, so fragt sich's, wofür die Vermuthung streite? Hellfeld behauptet, daß im Zweifel kein Precarium zu präsumiren seyn. Eben dieser Meinung ist auch Thibaut³³). Allein die meisten Rechtsgelehrten³⁴⁾ nehmen das Gegentheil an, weil die Vermuthung für das Precarium mit der allgemeinen Begünstigung der natürlichen Freiheit mehr übereinstimme, dagegen das Daseyn einer Servitut im Zweifel nicht vermutet

31) S. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 6.
HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 212. und Danz
Handbuch des heutigen deutschen Privatrechtes 2. Bd. §. 283.
S. 526.

32) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1092. pag. 289.

33) System des P. R. 2. B. §. 608. S. 50.

34) BERGER c. I. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t.
§. 11. CARPOV P. II. Const. 4. Def. 14. et Constit. 41.
Def. 9. STRUV Exercit. XIII. §. 27. Io. Lud. ECKARDT Diss.
an detur compascuum ex præsumptione, quod sit familiaritas,
aut precarium, revocabile? Jenae 1784. HAUBOLD ad Bergerum
cit. loc. T. I. pag. 331. not. f. HOFACKER cit. loc.
Münster in der angeführten Abhandlung. §. 3.

het werden könne. Ueberdem bringe es auch schon die Natur einer Gemeinschaft mit sich, daß niemand wider seinen Willen darin zu bleiben, genötigt werden könne. Noch andere³⁵⁾, sagen, wenn zwischen den Besitzern angrenzender, im ausschließlichen Eigenthume eines jeden befindlichen, Grundstücke die gemeinschaftliche Hütung auf diesen Grundstücken regelmäßig statt hat, so sey eine wechselseitige Weideservitut anzunehmen; wenn hingegen diese gegenseitige Behütung nicht regelmäßig und beständig auf ebendenselben, sondern nur zuweilen, und bald auf diesen bald auf andern Stücken statt findet, so sey ein Precarium zu präsumiren. Die richtigste Meinung ist jedoch diejenige, welche die Praxis annimmt³⁶⁾, nämlich, daß kein besonderer Grund vorhanden sey, das eine vor dem andern zu präsumiren, weil das eine so gut, wie das andere statt haben kann, und das eine so gut, wie das andere factisch ist. Wenn also ein Nachbar gegen den andern behauptet, daß die bisher ausgeübte Koppelhüt ein bloßes precarium gewesen sey, und dieses zum Grunde seiner Klage macht; so muß er den Beweis übernehmen³⁷⁾. Es hat indessen keinen Zweifel, daß die ursprünglich auf einem bloßen Precarium beruhende Koppelhüt dadurch in eine

35) H a g e m a n n Landwirtschaftsrecht §. 303.

36) MEVIUS P. V. Decis. 251. WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 358. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 38. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius, civ. controv. h. t. Qu. 2. not. o.

37) Diese Meinung stimmt auch mit den allgemeinen Grundsätzen von der Beweisführung am besten überein. S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 170. ff.

eine Weideservitut verwandelt und umgeschaffen werden könne, daß einer der Interessenten sie widerrufen will, der andere aber widerspricht, und fortfährt, sein Vieh binnen der zur Verjährung erforderlichen Zeit ungehindert in die Weide einzutreiben zu lassen³⁸⁾.

2) Auf gemeinschaftlichen Grundstücken kann die Koppelhut mehreren, vermöge eines Miteigenthums, zustehen. *Compascuum ex iure condominii.* Ein solches gemeinschaftliches Weiderecht kann wenigstens insofern wieder aufgehoben werden, als das Miteigenthum selbst durch Theilung aufgehoben werden kann.

II. Sieht man auf das Subject, so können die Interessenten entweder

1) Einzelne seyn, denen die Koppelhut auf einem fremden Grundstück entweder mit dem Eigentümer desselben, oder zugleich mit andern gemeinschaftlich zusteht. Hier ist das Verhältniß der mehreren Hütungsberechtigten unter sich nach den Grundsäzen von der Communion³⁹⁾, das Verhältniß aller zum Eigentümer des dienstbaren Grundstücks hingegen nach den allgemeinen Grundsäzen von Dienstbarkeiten zu beurtheilen. Gewöhnlich versteht sich jedoch die Hut von gleicher Zeit, Zahl und Art des Viehes, wosfern unter den Interessenten nicht ein Anders bestimmt ist³⁹⁾.

2) Mitglieder einer Gemeinheit. Diese Koppelweide, welche vermöge des Gemeinderechts ausgeübt wird, ist eine der gewöhnlichsten. Es gehören dahin

38) Hagemanns Landwirtschaft §. 303.

³⁹⁾ Arg. L. 4. D. de aqua quotid.

39) S. Hagemann §. 302. und Strampfer a. a. D. §. 34.

dahin die Gemein-Weiden der Städte und Dörfer. Solche Gemeinweiden werden entweder

a) auf öffentlichen Pläzen, welche zum Eigenthume des Staats gehören, oder

b) auf Gemeinde-Pläzen, deren Eigenthum der ganzen Gemeinheit, als einer moralischen Person, zusteht, oder

c) auf der ganzen Dorfsflur, mithin auch auf den, im ausschließenden Eigenthume eines jeden Gemeindegliedes befindlichen Acker- und Wiesen ausgeübt. Ein solches Compascuum ist oft wegen der untermischten Lage der säbaren Grundstücke, welche die Feldsluren der teutschen Dörfer bilden, fast nothwendig, und an vielen Orten der gestalt zu einem Gesammeigenthume der Gemeinde geworden, daß der Eigenthümer seiner Felder und Wiesen nicht einmal die Vorhut auf seinem Grund und Boden ausüben, oder sonst etwas vornehmen darf, wodurch die Weide der Interessenten verhindert wird⁴⁰⁾.

Die Gränzen der Ausübung des Gemeinde-Weiderights sind gewöhnlich durch Dorf- und Gemeinde-Ordnungen oder Observanzen vorgezeichnet. Auf jeden Fall haben jedoch nur wahre Gemeinde-Glieder ein vollkommenes Anspruchsrecht daran, ohne übrigens auf die Größe ihrer Besitzungen Rücksicht zu nehmen⁴¹⁾. Der Grad der Theilneh-

40) Hagemann §. 304. Not. 1. S. 575. und Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Bd. S. 351. ff.

41) PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 108. von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Bd. Etart. 56. und Münters Weiderecht. §. 90.

nehmung eines jeden Mitgliedes ist im Zweifel nach dem Verhältniß der Bedürfnisse zu bestimmen, und daher zum Grundsatz anzunehmen, daß jeder Interessent nur dasjenige Vieh auf die gemeine Weide bringen dürfe, was er zum Behuf seines eigenen Haushalts nöthig hat⁴²⁾). Eine solche Koppelweide, welche vermöge des Gemeinderechts ausgeübt wird, kann nun anders nicht aufgehoben werden, als wenn entweder alle Gemeindeglieder dagegen willigen, oder die Aufhebung wenigstens durch die Majorität beschlossen wird⁴³⁾); und hiervon ist auch zunächst die Art der Vertheilung bei Gemeinweiden abhängig. Ist nichts darüber bestimmt worden, so wollen zwar einige⁴⁴⁾ dasjenige Princip für das angemessenste halten, nach welchem die Viehzahl, womit jeder Theilhaber die gemeine Weide zu betreiben befugt war, den Maasstab zur Bestimmung der Anteile abgibt. Allein da jedes Mitglied unstreitig ein gleiches Recht an der Gemeinweide hat, so ist nach rechtlicher Ansicht die Meinung derjenigen billig vorzuziehen, welche zum Grundsatz annehmen, daß die Vertheilung der Gemeindeplätze in völlig gleiche Theile geschehen müsse, und also im Zweifel Kopftheile zu machen sind⁴⁵⁾). Dass

42) S. von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen 4. Bd. Nr. 57.

43) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. Bd. §. 283. S. 547. und THIBAUT Syst. des P. R. I. B. §. 221. S. 164.

44) S. Runde Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band Nr. I. und Hagemanns Handb. des Landwirtschaftsrechts §. 103.

45) S. Krülls Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses, nach welchem Gemeindeplätze oder Gemeinweiden unter die dazu Be- rech-

Inzwischen eine solche Gemeintheilung und Auseinanderziehung wegen der verschiedenen Ansichten und Meinungen der Rechtsgelehrten immer mit großen Schwierigkeiten verbunden sey, lehrt die Erfahrung⁴⁶⁾.

§. 682.

Servitus aqueductus, aquaehaustus, et pecoris ad aquam appulsus.

V. Die *Servitus aqueductus* ist das dingliche Recht, Wasser in Röhren oder Kanälen aus einer fremden Quelle, oder durch eines andern Grundstück in das seinige zu leiten, oder aus seinem Grundstücke durch des Nachbars Grund und Boden abzuleiten. Wasserleitungsgerechtigkeit. Westphal⁴⁷⁾ sagt richtiger, wie andere, *AQUAEDUCTUS est, quando, per fundum vicinum,*

rechtingen vertheilt werden sollen; in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts.

2. Bändchen. Landshut 1803. 8. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 221. S. 164. folg.

46) Man vergleiche noch Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeinweiden in rechlicher und staatswirtschaftlicher Rücksicht. Landshut 1803. 8. Jacobi Beschäftigungen mit Gemeintheilungs-Materien. Hannover 1803. 8. Meier über die Gemeintheilung 1. Th. Celle 1801. Mereau Miscellanen zum deutschen Staats- und Privatrecht 1. Th. Gotha 1791. Nr. 4. und Keuperts wirtschaftliches Taschenbuch Jahr 1804. Nr. 11.

47) De lib. et servitut. praed. §. 617. Man sehe auch Ge. Sigism. RICHTER Diss. de aqueductibus, Jenae, praef. Ge. Ad. STRUVIO, def. 1666. und G. G. HERMANN Diss. de servitute aquae ductus Lipsiae 1803.

cinum, vel ad se derivare licet aquam, vel a fundo suo deducere. Es lässt sich also diese Servitut auf zweyerley Art gedenken.

I. Wenn man befugt ist, Wasser aus eines Andern Grundstück, oder durch dasselbe, in das seinige zu leiten. Dies ist der gewöhnliche Fall, auf welchen sich folgende Stellen beziehen.

Ulpian L. 1. pr. D. b. t. Aquaeductus est ius aquam ducendi per fundum alienum.

Justinian q. 1. I. de Servitutibus praed. hat diesen Begriff wörtlich beh behalten.

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über diese Stelle der Institutionen *Lib. II. Tit. 3. Pr.*⁴⁸⁾ giebt folgenden Commentar darüber:

Aquaeductus ἐσὶ δικαίον τὸν ἔλκειν με υδωρ δι' ἀλλοτρίου αγροῦ οἷον, ἐνχει ἀγρὸν υδάτι πλουτοῦντα. ἐνχειν δὲ ἔγει πλησίον αγρὸν υδάτος δεόμενον. ητησά σε, ως μοι ἔξειναι ἐκ τῆς παραστασίας τοι Φυομένης πηγῆς υδωρ ἔλκειν εἰς τὸν ἐμὸν αγρόν παρέσχεις μοι τότε αὐτῇ η δουλεία λέγεται aquaeductus. d. i. AQUAEDUCTUS est ius aquae ducendae per alienum agrum: veluti, babebas agrum aqua abundantem; et ego in propinquuo babebam agrum aqua indigentem: rogavi te, ut mibi liceret ex fonte apud te ex oriente aquam ducere in meum agrum; hoc mibi concessisti. Haec servitus dicitur aquaeductus.

Zarmenopulus in seinem Προχειρονομων. Lib. II. Tit. 4. nr. 117.⁴⁹⁾ sagt: καὶ το ἔλκειν υδωρ απὸ πηγῆς αλλο-

48) Tom. I. pag. 267. der Reihischen Ausgabe.

49) In Supplemento novi Thesauri Meerman. pag. 144.

αλλοτριας, δουλεια εσιν. i. e. ex fonte etiam alieno aquam ducere servitus est. Es ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1) In der Regel darf das Wasser nur durch Röhren geleitet werden. Einen Canal von Steinen, darf der Berechtigte nur dann anlegen, wenn es bey der Bestellung dieser Servitut ausdrücklich ausbedungen und verstattet worden ist. Paulus sagt *L. 17. §. 1. D. de aqua et aquae pluviae arc.* Recte placuit, non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda comprehensum sit. Non enim consuetudinis est, ut qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat; illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiam si nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt: ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

2) Die Servitus aqueductus kann constituiert werden, wenn gleich noch kein Wasser auf dem dienstbaren Grundstück vorhanden ist, nämlich auf eine solche Art, daß der Berechtigte erst das Wasser suche, und solches, wenn er eine Quelle gefunden hat, in sein Grundstück leite. Paulus bemerkt dies ebenfalls *L. 10. D. b. t.* wenn er sagt: *Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat.* Nam si liceat, nondum aedificato aedificio, servitutem constituere, quare non aequa liceat, nondum inventa aqua, eandem constituere servitutem? et, si ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam, ut inventa ducatur, cedi potest.

3) Wird die Wasserleitung dem Andern ohne Bestimmung der Stellen gestattet, durch welche die Wasserröhren lau-

laufen, oder der Canal gezogen werden soll, so hat der Berechtigte zwar die Wahl, es findet jedoch, wenn sie einmal geschehen ist, keine Veränderung weiter statt. Es sind hier folgende Gesetze zu bemerken.

L. 21. D. b. t. wo Paulus sagt: *Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem; totus fundus tuus serviet.*

Eben so sagt auch Scavola L. 8. D. de aqua quotid. *Cui per fundum iter aquae debetur, quacunque vult, in eo rivum licet faciat, dum ne aqueductum interverteret*⁵⁰⁾.

Auf jeden Fall muß jedoch zur Anlegung des Canals ein solcher Ort gewählt werden, welcher unbebauet ist, und wo also die Servitut ohne Nachtheil des dienenden Grundstücks ausgeübt werden kann. Pomponius gedenkt dieser Modification L. 22. D. b. t. wo es heißt:

Sed quae loca eius fundi tunc, cum ea fieret celsio, aedificiis, arboribus, vineis vacua fuerint, ea sola eo nomine servient.

Wenn Paulus L. 26. D. b. t. sagt: *Si via, iter, actus, aqueductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituerre servitutem;* so ist dies eigentlich von einem legato damnationis zu verstehen⁵¹⁾, und kann, da jetzt der Unterschied der Formeln bei Vermächtnissen aufgehoben ist, nun

50) S. Greg. MAJANSIUS ad trig. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 186. sqq.

51) S. voET Comment. ad Pand. h. t. §. 8.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist⁵²⁾).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bei der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. B. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersezzen⁵³⁾). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. D. b. t. Aquaeductus, et hauftus aquae, per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2. eod. Si aquaeductus vel hauftus aquae sufficiens est, potest et pluribus per eundem locum concedi, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. D. de aqua quotid. et aestiva. Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: non possum alia hora ducere, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abb. §. 18. S. 150.

L. 4. D. eodem. Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, cessi: Quaesitum est, an et Maevio cedere possim, ut per eundem aqueductum aquam ducat? Et, si putaveris posse cedi per eundem aqueductum duobus: quemadmodum debeant? Respondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel simul, vel separatim potest, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi, sicut eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividendo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. D. eod. Cum constet, non solum temporibus, sed etiam mensuris⁵⁴⁾ posse aquam dividi: potest eodem tempore alius quotidiana, alius aestivam aquam ducere: ita ut aestate inter eos dividatur aqua, hieme solus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich ist noch

5) zu bemerken, daß auch bei der Servitus aqueductus so wenig, als bei einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrschenden, noch dienstbaren Grundstücks Statt finde, sondern vielmehr streng auf die Art der Concession und auf die bisherige Observanz gesehen werden müsse. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. C. de Servitutibus. Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundstücks, und dessen nachherige Erweiterung

54) Von den verschiedenen Arten des Wassermaasses, *digitus* und *uncia*, bei den Römern sehe man Petr. Wesseling Observation. variat. Lib. II. cap. 27.

terung kommt hier in Betrachtung, sondern die Concession der Servitut allein bestimmt die Gränzen bei der Ausübung derselben⁵⁵⁾). In den Basiliken⁵⁶⁾ wird diese Stelle auf eben die Art erklärt: Οὐκ ὁφείλει πλέον μέρος τοῦ ὑδατος λαβεῖν, ἀλλα πρὸς τὴν γενομένην παραχώρησιν, οὐτως ὁφείλομεν ἐλκεῖν τὸ ὑδωρ. i.e. *Maior modus aquae non debet accipi, sed quatenus facta est cessio, eatenus aquam ducere debemus.*

L. 3. §. 2. D. de aqua quotid. Si aquam flumine publico duxeris, et flumen recesserit: non potes subsequi flumen: quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. Sed si alluvione paulatim acceperit fundo tuo, subsequi potes: quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere cooperit mutato alveo, non potes: quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus. Hier ist von dem Falle die Rede, da Jemand das Wasser aus einem öffentlichen Flusse, welches jedem freysteht⁵⁷⁾), bisher durch mein an dem Flusse liegendes Grundstück, vermöge einer ihm deshalb verstateten Servitut, in das seinige geleitet hatte.

Ber.

55) S. WISSENBACH Commentar. ad dict. L. 12. C. pag. 196.

56) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 7. Const. 12. pag. 775.

57) *L. 2. D. de flumin.* Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit, nisi Imperator, aut Senatus vetet: si modo ea aqua in usu publico non erit. Sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile sit, non permittitur id facere. Und *L. 3. §. 1. D. de aqua quotid.* heißt es: Ex flumine aquam ducere plures possunt: ita tamen, ut vicinis non noceant: vel si angustus amnis sit (oder vielmehr *angustus amnis fiat*) etiam ei, qui in alia ripa sit.

Verläßt der Fluß sein Bett, so kann er dem Fluß nicht nachfolgen, und seine Wasserröhren nun durch den ausgedrochneten Grund bis an das neue Fließbett ausdehnen, wenn gleich der ausgedrochnete alveus nach bekannten Grundsäcken⁵⁸⁾, wegen der Angränzung an mein Grundstück, mein Eigenthum geworden ist; weil auf diesen die meinem Grundstück ausgelegte Dienstbarkeit nicht erstreckt werden kann⁵⁹⁾.

L. 7. Cod. de Servitut. et aqua. Si manifeste doceri possit, ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: Procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit.

II. Kann die Servitut des aqueductus auch darin bestehen, wenn man befugt ist, das Wasser aus seinem Grundstück durch des Nachbars Grund und Boden abzuleiten. Z. B. wenn meine Wiese sumpfig ist, und ich bin befugt, einen Abzugsgraben durch meines Nachbars Grundstück zu führen. Man könnte diese Dienstbarkeit auch Servitus aquae educenda nennen. Wir haben hierüber folgende Stelle in dem Röm. Gesetzbuche.

L. 29. D. b. t. wo Paulus sagt: Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat. In

¶ 3

lege

58) §. 23. I. de rer. divis. L. 7. §. 5. D. de acquir. rer. dom. Dass hierauf die Worte: *quamvis is locus* (sc. quem flumen recedendo siccum reliquit) *meus sit*, sich beziehen, hat auch POTHIER in Pandect. Iustin. T. I. Lib. VIII. Tit. 1. nr. XII. not. d. et e. bemerkt.

59) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 176. not. 146.

lege ita dixerat: *ut aquam, sulco aperto, emtori educere in fundum inferiorem recte liceat.* Si emtor ex alio fundo aquam acciperet, et eam in inferiorem ducere vellet, quae situm est, an possit id suo iure facere, nec ne? Respondi, nihil amplius, quam quod ipsius fundi siccandi causa derivaret, vicinum inferiorem recipere debere.

VI. *Servitus aquae haustus.* Diese besteht in dem Rechte, vermöge dessenemand das zum Nutzen seines Grundstücks erforderliche Wasser aus eines Andern Brunnen oder Quelle oder Bache zu schöpfen befugt ist⁶⁰). Pomponius begnügt sich *L. 20. §. 3. D. b. t.* bloß zu bemerken: *Hauriendi ius non hominis, sed praedii esse*⁶¹). Theophilus hingegen beschreibt diese Servitut in seiner griechischen Paraphrase⁶²) auf folgende Art: οἷον τοῦ μοι ἔχειναι διέρχεσθαι ἐν τῷ σῷ ἀγρῷ, καὶ ἀπὸ τῆς ἁγρῆς παρὰ σοὶ πηγῆς υδωρ ἀντλεῖν. i. e. veluti ut mibi liceat transire per tuum agrum, et ex fonte, qui apud te est, aquam baurire. Sie schließt also, wie hier Theophilus deutlich zu erkennen giebt, schon ihrer Natur nach die *Servitus itineris*, den Zugang zum Schöpfplatz in sich. Eben dies sagt auch Ulpian *L. 3. §. 3. D. b. t.* ausdrücklich, wo es heißt: *Qui habet haustum, iter quoque babere videtur ad bauriendum.* Hiermit stimmt ferner Marcellus überein

60) Car. Frid. WALCH Diff. de aquae hauriendae servitute. Jenae 1754.

61) Wird das Recht, aus eines Andern Brunnen Wasser zu schöpfen, als eine persönliche Servitut eingeräumt, so heißt dies *Ius aquae.* *L. 37. D. b. t. L. 21. D. de Iusu et habit.*

62) Ad §. 2. I. de Servitut. Tom. I. pag. 269. der Reichischen Ausgabe.

überein, wenn er *L. 10. D. de servitut. praedior. urban.* sagt: *Usufructu loci legato, etiam accessus dandus est, quia, et haustu relicto, iter quoque ad bauriendum praestatur.* Wenn Justinian §. 2. *I. de Servitut. praed.* sagt: *Inter rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae hauustum; so scheint es, daß die Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht ganz einverstanden gewesen sind, ob die Wasserschöpfungsgerechtigkeit zu den servitutibus rusticis, oder urbanis zu rechnen sey.* Gerhard Noodt⁶³⁾ vermutet, der Grund, warum man sie zu den ersten zu rechnen, Bedenken getragen habe, sei vielleicht gewesen, weil man geglaubt habe, sie gehöre nicht eigentlich zum Ackerbau. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so zweifelten wenigstens Ulpian⁶⁴⁾ und Utericus⁶⁵⁾ nicht, den aquaehauustus unter die servitudes rusticæ zu zählen, deren Meinung auch Justinian bestätigt hat^{66).} Walsh⁶⁷⁾ sucht dies noch besonders durch die

N 4

Be-

63) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Tenes (Operum Tom. II. pag. 217.)*

64) *L. I. §. 1. D. b. t.*

65) *L. 2. §. 1. D. eod.*

66) In der griechischen Pharaphrase des Theophilus ad §. 2. *I. de Servitut.* ist der Sinn des Kaisers nicht ganz richtig gefaßt, wenn es daselbst heißt: Ἐν ταῖς δελσίαις τῶν αὐγεῶν Φάσι τίνες, συναρθμέσθαι δικαίος aquaehauustum: i. e. *In servitutibus ruris, dicunt nonnulli, merito connumerari aquaehauustum.* Denn die Partikel *recte* in dem Text der Institutionen, welche hier auf die Rechtsgelehrten gezogen wird, geht offenbar auf den Kaiser. Denn sonst wäre ja blos die Meinung einiger Rechtsgelehrten angeführt, ohne darüber zu entscheiden.

67) *Diss. cit. de aquae haur. servitute. §. 4.*

Bemerkung zu unterstützen, daß in Rom ein solcher Ueberflüß am Wasser, und eine solche Menge von Brunnen gewesen sey, daß Niemand nöthig gehabt habe, sich deshalb eine Servitut bestellen zu lassen. Daß indessen der aquae-haustus doch auch eben so gut, als eine servitus urbana habe constituit werden können, wie der aqueductus⁶⁸⁾, läßt sich wohl nicht bezweifeln; denn beyde Servituten haben überhaupt viel mit einander gemein.

Noch ist zu bemerken, daß eine Wasserschöpfgerechtigkeit auch auf den zu einer Wasserleitung angelegten offenen Wassergängen Statt haben könne, wie aus L. 2. D. de rivis zu erssehen ist, wo Paulus sagt: *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri: quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel bauriendi aquam.* Quod sibi non placere, Pomponius ait: quia id domino magis ex occasione, quam ex iure contingere; nisi si ab initio in imponenda servitute id actum effet⁶⁹⁾.

VII. *Pecoris ad aquam ad pulsus* besteht in dem Rechte, das Vieh, welches man auf seinem Grundstück nöthig hat, auf eines Andern Grundstück zur Tränke freiben⁷⁰⁾. Papinian sagt L. 4. D. b. t. *Pecoris ad aquam appellendi servitus, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae*

68) L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 219. sq.

69) Man sehe über diese Stelle WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 543. not. 490.

70) S. CAEPOLLA de Servitutib. Tract. II. Cap. 8.

sonae videtur; und Ulpian L. I. §. 1. D. b. t. so wie Justinian §. 2. I. de servitut. praed. zählen die Servitut der Flehränke ausdrücklich unter die servitudes rusticæ. Sie begreift jederzeit die servitutem actus in sich, und kann auch, wie die Weldegerechtigkeit, mit dem iure iugurium habendi in fundo serviente verbunden seyn, um allenfalls bey rauher Witterung einen Zufluchtsort zu haben, wie Paulus bemerkt, wenn er L. 6. in fin. D. b. t. sagt: *Maecianus probat, et tales servitutem constitui posse, ut iugurium⁷¹) mibi habere liceret in tuo: scilicet, si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi; ut, si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.* Der Berechtigte darf übrigens nicht mehr Vieh zur Tränke treiben, als ihm gestattet ist. Jedoch zieht eine Ueberschreitung der Gränzen nicht gerade den Verlust der Servitut nach sich, wie Trebatius behauptete, dessen Meinung Marcellus mit Recht widerlegt, wie aus einer Stelle aus Ulpian zu ersehen ist, welcher L. I. §. 18. D. de aqua quotid. sagt: *Trebatus: cum amplior numerus pecoris ad aquam appelleatur, quam debet appelli: posse universum pecus impune prohiberi: quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulsus debeat, totum corrumpat pecoris adpulsum.* *Marcellus autem ait, si quis iūs habens*

71) *Tugurii appellatione*, sagt Pomponius L. 180. D. de Verb. Signif. omne aedificium, quod rusticæ magis custodiae convenit, quam urbanis aedibus, significatur. Allein eigentlich heißt *Tugurium* eine bewegliche Hütte, dergleichen sich theils die Hirten, theils diejenigen, welche Feldfrüchte hüten, zum Schutz gegen die üble Witterung oder gegen die Hitze der Sonne bedienen. VARRO de re rustica Lib. II. cap. 17. und ISIDORUS Lib. XIV. Orig. cap. 12.

habens pecoris ad aquam appellendi, plura pecora ad pulserit: non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum; quia pecora separari possunt.

§. 683.

Noch einige andere servitutes rusticae, deren in den Gesetzen hin und wieder Erwähnung geschieht.

Außer den angeführten Servituten kommen noch verschiedene andere in den Gesetzen des Röm. Rechts, als servitutes rusticae, vor, welche wir noch kürzlich bemerken wollen. Dahin gehören: *ius cretae eximendae, calcis coquendae, lapidis eximendi, et arenae fodiendae* in fundo alieno, aedificandi eius gratia, quod in fundo nostro est; item *ius ex silva vicini pedamenta sumendi* ad vineam nostram necessaria. Item *ius fructus in vicini villa cogendi, coactosque ibi babendi*; deren L. I. §. I. L. 5. §. I. et L. 6. §. I. D. b. t. Erwähnung geschieht, und deren Natur sich schon aus dem Wortverstande von selbst ergiebt. Zuweilen kann, wie Ulpian L. 13. §. I. D. Commun. praedior. bemerkt, durch das Herkommen die Freiheit, auf einem fremden Grund und Boden, gegen Erlegung des hergebrachten Bruchgeldes⁷²⁾, Steine zu brechen, eingeführt seyn. Auch in diesem Falle muß jedoch der Steinbruch so ausgeübt werden, daß die Grube nicht darunter leide,

⁷²⁾ Statt Solarium, wie die Florentine hat, ist vielmehr nach der Vulgata Solarium zu lesen. Solarium wird also hier, wie DUCKER in Opusc. de Latinitate veter. Ictorum pag. 418. sagt, pro pecunia genommen, quae secundum consuetudinem loci pendenda est domino, e cuius lapidicinis, quae in ipsius agro privato sunt, alias lapides vult cædere.

leide, und dem Eigenthümer selbst der nöthige Gebrauch der Steine nicht entzogen werde. Wenn der Steinbruch meines Nachbars sehr nahe an mein Grundstück gränzt, so kann ich demselben, wenn es ihm am Platz fehlt, das Recht verstatthen, die gebrochenen Steine auf mein Grundstück zu wälzen, und dort lagern zu lassen. Dieser Servitut gedenkt ebenfalls Ulpian L. 3. §. 2. D. b. t.

Einige Rechtsgelehrten⁷³⁾ wollen auch noch eine sogenannte *Servitus thynnaria* in der L. 13. pr. D. Commun. praed. entdeckt haben, welche in dem Rechte bestehen soll, meinem Nachbar zu verbieten, daß er nicht an der Küste der See die Fischerey treibe, sondern mir solche zum Nutzen meines Grundstücks allein überlasse. Sie nennen sie auch *Servitutem non pescandi*, und legen ihr die anomallische Eigenschaft bey, daß sie nicht auf dem dienenden praedio selbst ausgeübt werde, sondern zum Vortheil des herrschenden Grundstücks den Eigenthümer des dienenden nur zur Unterlassung einer Handlung verpflichte, welche sonst jedem erlaubt ist. Allein diese vermeintliche Servitut weicht viel zu sehr von der bekannten Natur einer negativen Dienstbarkeit ab, als daß es dem großen Ulpian hätte einfallen können, eine solche Servitut im Ernst zu behaupten. Eine nähere Betrachtung der Worte der L. 13. wird uns hier von überzeugen, welche folgendergestalt lauten. *Venditor fundi Geroniani fundo Botrojano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur, quamvis mari, quod natura omnibus patet,*
ser-

73) *Ant. FABER Rational. ad Pandect. h. L. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 619. not. 549. pag. 402.* und Münster von Servituten I. Th. §. 64.

servitus imponi privata lege non potest: quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit: personae possidentium, aut in ius eorum succendentium, per stipulationis vel venditionis legem obligantur. Offenbar ist hier nur von einer persönlichen Verpflichtung des Käufers und seiner Erben, aber von keiner Servitut die Rede, wie Cujaz⁷⁴⁾, Capolla⁷⁵⁾ und Pochier⁷⁶⁾ auch schon längst gezeigt haben. Wie könnte auch eine Servitut constituit werden, die den dritten Besitzer des verkauften Grundstücks hätte verbinden können? Etwas auf einer res communis zu unterlassen, was jedem Menschen die natürliche Freyheit erlaubte? Das Gesetz sagt es ja deutlich genug, *mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest*. Die Worte: *aut in ius eorum succendentium* können daher unmöglich auf successores singulares sich beziehen, weil es eine bekannte Wahrheit ist, daß ein Dritter aus dem Vertrage eines Dritten nicht verpflichtet wird⁷⁷⁾. Ich füge hier nur noch zur Erläuterung dieser Stelle hinzu, daß der Ausdruck *Ibynni* alle größere Arten der Seefische bezeichnete; die hierauf gehende Fischerei hieß daher *piscatio ibynnaria*, oder *cetaria*, und diejenigen, welche dieselbe trieben, wurden *cetarii* oder *Guroknoroi* genannt⁷⁸⁾.

Daf

74) Observation. Lib. XXIV. cap. 22.

75) Tractat. de Servitutib. praedior. Tract. II. Cap. 26. nr. 1. pag. 421.

76) Pandect. Iustin. T. I. Lib. VIII. Tit. I. Nr. XXXIV.

77) L. 3. pr. D. de obligat. et act. L. 81. §. 1. D. de contrab. emt. vendit. voet Comm. ad Pand. h. t. §. 12. und KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 41.

78) S. cujaci Lib. XXIV. Observat. cap. 22.

Daß es heut zu Tage noch manche andere Arten von servitutibus rusticis geben könne, leidet keinen Zweifel. Man denke sich z. B. das Recht, in eines andern Walde die Jagd, oder Mastung auszuüben. Bekannt sind ferner die Holzungsgerechtigkeiten⁷⁹⁾ u. a. m.

79) S. Hagemann's Handbuch des Landwirtschaftsrechts §. 152. u. 153. Ob das Beholzungrecht auch das Rohrschneiden unter sich begreife, ist streitig. LEYSER in Medicat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVII. med. 8. behauptet es. Allein das Gegentheil hat Mich. God. WERNHER in Lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 10. pag. 355. sq. gezeigt.

Lib. VIII. Tit. IV.

Communia praediorum urbanorum et rusticorum.

§. 684.

Die servitutes urbanae und rusticae haben

- 1) gleiche Entstehungsarten; sie haben
- 2) die essentialia und naturalia servitutum praedium mit einander gemein⁸⁰⁾; sie haben
- 3) gemeinschaftliche Klagen, und
- 4) gleiche modos amittendi.

Die beiden ersten Puncte sind in den vorigen Titeln bereits erledigt, die beiden letztern hingegen werden in dem 5. und 6. Titel erklärt werden.

80) vozt in Commentar. ad Pandect. h. t. hat dies alles recapitulirt, wer es nochmals zu wissen verlangt.

Lib. VIII. Tit. V.

Si servitus vindicetur, vel ad alium
pertinere negetur.

§. 685.

Uebersicht der Klagen wegen der Real-Servituten.

Die Klagen und Rechtsmittel, von denen in diesem Titel der Pandecten gehandelt wird, beziehen sich blos auf die dinglichen Servituten⁸¹⁾. Denn die wegen der persönlichen Dienstbarkeiten statt habenden sowohl petitorischen als possessorischen Klagen sind oben Lib. VII. Tit. 6. erklärte worden. Daher sagt Ulpian *L. 1. D. b. t. Actiones de servitutibus rusticis, sive urbanis eorum sunt, quorum sunt praedia*; und *L. 2. eod.* heißt es weiter: *De servitutibus in rem actiones competunt nobis (ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent) tam confessoria, quam negatoria.* Um nun die hierher gehörigen Klagen deutlich überschauen zu können, sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Streit kann

I. die

81) G. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. Sect. III. Cap. 32. et 33. Ant. FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XX. Cap. 13. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Eineden. §. 459. ff. und Ernst Gotts. Schmidts theor. pract. Commentar über dieses Lehrbuch 2. Bd. §. 459.

I. die Bestellung einer Dienstbarkeit betreffen. Hier findet nur eine persönliche Klage statt. Diese kann entweder

1) eine *actio ex contractu* seyn, wenn mir Jemand mittelst eines Vertrags ein Servitutrecht zu constituiren versprochen hat, allein sein Versprechen durch eine Quasitradition zu vollziehen sich weigert. Z. B. *actio emti*. Diese Klage kann gegen den dritten Besitzer nicht angestellt werden, wenn der Promittent das Grundstück, worauf er mir eine Servitut versprochen hat, noch vor deren Bestellung veräußert haben sollte; sondern ich kann in einem solchen Falle blos gegen den Promittenten auf Leistung des Interesse klagen.

2) Die *actio personalis ex testamento*, wenn ich eine mir legirte Sache anders nicht gebrauchen kann, als wenn mir der Erbe eine Servitut constituiert, oder mir solche auf eines Andern Grundstück verschafft.

3) Eine *actio extraordinaria*, oder *imploratio officii iudicis*, wenn ein solcher Fall vorhanden ist, wo eine Servitut auch gegen den Willen des Eigentümers durch die Sentenz des Richters constituiert werden kann⁸²⁾.

II. Der Streit betrifft eine schon vorhanden seyn sollende Dienstbarkeit, und dann wird entweder

A) blos über den Besitz gestritten. Hier muß man sich eines Interdicts bedienen. Dergleichen possessoriische Klagen sind theils

1) die

82) Man vergleiche des 9. Theils I. Abth. §. 628.

1) die allgemeinen possessorischen Rechtsmittel, j. B. das *Interdictum uti possidetis utile*⁸³⁾. Ferner das *Interdictum: Quod vi aut clam*⁸⁴⁾. Aber nicht das *Interdictum unde vi*, weil eine eigentliche *Dejection* bey Servituten, als unkörperlichen Dingen, sich nicht denken lässt⁸⁵⁾.

2) Eigene für RealServituten gegebene Interdicte⁸⁶⁾. Dahin gehören

a) Inter-

83) Die Zulässigkeit dieses Interdicts bey Real-Dienstbarkeiten wollen zwar einige Rechtsgelehrten bezweifeln, als Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. Lib. VIII. Tit. 6. pag. 302. und Io. Iac. WISSENBACH in Exercitat. ad L. Libros Pand. P. II. Lib. XLIII. Disputat. XXIV. Th. 5. pag. 260. Allein das *Interdictum uti possidetis* kann nur dann nicht gebraucht werden, wenn für den Besitz dinglicher Servituten eigene Interdicte eingeführt sind. L. 1. pr. D. *Uti possidetis*. Das außerdem dieses Interdict sowohl bey affirmativen als negativen Dienstbarkeiten Statt findet, lässt sich keinesweges bezweifeln. Man sehe L. 3. §. 6. D. *Uti possid.* und L. 8. §. 5. D. *Si servit. vindic.* und vergleiche noch vorzüglich Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46. S. 486. und 502. Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 3. Band. Nr. XII. S. 187. ff. und eines Ungenann-ten Versuchs über den Quasi-Besitz. (Halle 1806) Nr. II. S. 47. ff., auch Höpfners Commentar über die Heinec- Institutionen §. 1219.

84) L. 6. §. 1. D. b. t. GIPHANIUS c. l. pag. 302.

85) L. 4. §. 27. D. de Usurpat. et Usucap. S. von Savigny. Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 46. S. 486.

86) L. 20. D. de Servit. WESTPHAL de Servitutib. praedior. Sect. III. cap. 34. und von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 485. ff.

a) *Interdictum de itinere actuque privato*⁸⁷⁾. Hiermit steht das *Interdictum de itinere actuque privato reficiendo* in Verbindung⁸⁸⁾.

b) *Interdictum de aqueductu*, wovon die *Interdicta de aqua quotidiana et aestiva*⁸⁹⁾, desgleichen *de reficiendis rivis*⁹⁰⁾ wieder Untergattungen sind.

c) *Interdictum de fonte*, wegen das aquaehaustus und pecoris ad aquam appulsus⁹¹⁾. Hiermit steht das *Interdictum de fonte reficiendo*⁹²⁾ in Verbindung:

d) *Interdictum de cloacis*⁹³⁾.

Die erste Bedingung bei allen diesen Interdicten ist Besitz der Servitut, worüber gestritten wird. Auf das Recht selbst kommt es hier gar nicht an. Nur das Factum des Besitzes muß beschönigt werden.

L. I. §. 2. D. de itin. actuq. priv. Hoc interdicto Praetor non inquirit, *utrum habuit iure servitutem impositam, an non.* Sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi, non clam, non precario.

L. I. §. 10. D. de aqua quotid. Sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit: cum non

87) *L. I. D. de itinere actuque priv.*

88) *L. 3. §. 11. 13. et 14. D. de itin. actuq. priv.*

89) *L. I. pr. D. de aqua quotid.*

90) *L. I. pr. D. de rivis.*

91) *L. un. pr. et §. 1. D. de fonte.*

92) *L. un. §. 6. 8. 9. et 10. D. de fonte.*

93) *L. I. pr. et §. 1. et 5. D. de Cloacis.*

non in iure, sed in facto erravit, dicendum est, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit. Sufficit enim, si iure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit.

L. 1. §. 9. D. de rivis. Hoc interdictum competit etiam ei, qui ius aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate, aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficiat, non vi, non clam, non precario duxisse.

L. 2. §. 3. D. b. t. Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de iure, id est, in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur.

Eine Ausnahme hiervon macht jedoch das Interdictum de itinere actuque privato reficiendo. Bey diesem muß der Kläger, außer dem Besitz der Servitus, auch noch das Recht derselben beweisen.

L. 3. §. 13. D. de itin. actuq. priv. Hoc autem a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et ius sibi esse reficiendi, doceat⁹⁴⁾). Ius autem esse videatur ei, cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitudinem competere. Caeterum, si desit alterutrum, deficit Interdictum: nec immerito. Qui enim

94) Die Florentine hat oporteat. Die Bulgata hingegen liest richtiger doceat. WESTPHAL §. 1025. bemerkt jedoch, daß auch das oporteat einen richtigen Sinn gebe, nur müsse man statt et: ut lesen.

vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere. Quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enim vero qui vult reficere, aliquid novi facit: neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitutem⁹⁵⁾).

Bey dem *Interdicto de rivis reficiendis* hingegen ist es bey der Regel geblieben. Hier kommt es auf das Recht der Servitut nicht an, sondern allein auf den Besitz.

L. 4. D. de rivis. De rivis reficiendis ita interdicetur, ut non quaeratur, an aquam ducere actori liceat? non enim tam necessariam refectionem itinerum, quam rivorum esse: quando, non refectis rivis, omnis usus aquae auferretur, et homines siti necarentur. Et sane aqua pervenire, nisi refecto rivo, non potest: at non refecto itinere, difficultas tantum eundi agendique fieret, quae temporibus aestivis levior esset.

Es

95) Von diesem Interdict ist auch die *L. 2. §. 2. D. de Interdict.* zu verstehen, wenn es daselbst heißt: Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actaque privato (sc. reficendo). Nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Das Recht der Servitut ist also hier nicht blos Bedingung, sondern zugleich Gegenstand dieses Interdicts, so daß der Kläger durch dasselbe nicht nur gegen alle Störung bey der Ausbesserung des Weges geschützt wird, sondern daß ihm auch, wie durch die *actio confessoria*, das Recht der Servitut selbst zugesprochen werden muß, wenn er seinen Beweis führt. Es ist also dieses Interdict wirklich nichts anders, als eine summarische *actio confessoria*. S. von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 494.

Es ist jedoch bey den meisten dieser possessorischen Interdicte Ausübung der Servitut allein nicht einmal hinreichend, sondern die Gesetze haben überdem ein bestimmtes Maas derselben als Bedingung vorgeschrieben. Wer nämlich das Interdictum *de itinere actuque privato* gebrauchen will, muß in dem verflossenen Jahre (von Zeit der angestellten Klage an, zurückgerechnet) wenigstens 30 Tage hindurch die Servitut ausgeübt haben⁹⁶⁾. Auch bey dem Interdicto *de aqua quotidiana vel aestiva* ist es Bedingung, daß die Servitut in dem letzversflossenen Jahre, oder wenn die Wasserleitung nur im Sommer gebraucht wird, in dem vorjährigen Sommer, und also wenigstens in den letzten anderthalb Jahren ausgeübt worden sey⁹⁷⁾. Eben so kommt es bey den beyden Interdicten *de fonte* auf die Ausübung des iuris aquae hauriendae in dem letzten Jahre an⁹⁸⁾.

Bey negativen Servituten ist der Besitz des Klägers daraus zu beurtheilen, ob zur Zeit des angestellten Interdicts noch nichts geschehen ist, was der Servitut entgegen streitet. Das bloße Nicht thun von Seiten des Eigentümers des dienenden Grundstücks ist hier zum Besitz der Servitut hinreichend⁹⁹⁾.

L. 6. §. 1. D. Si servit. vind. Sciendum tamen, in his servitutibus possefforem esse eum (al. eundem) iuris et petitorem, et si forte non habeam aedificatum altius in

D 3

meo,

96) *L. 1. §. 2. et 3. D. de itinere actuq. privato.*

97) *L. 1. §. 20. 22. 29. 30. 31 et 34. D. de aqua quotid.*

98) *L. un. princ. et §. 6. D. de fonte.*

99) *G. von Savigny a. a. D. S. 500.*

meo, adversarius meus possessor est. Nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet; et aedificantem me prohibere potest, et civili actione, (sc. actione confessoria) et interdicto, quod vi aut clam. Idem et si lapilli iactu impedierit. Sed et si, paciente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus.

Es ist hier von dem Falle die Rede, da ich die Servitus altius non tollendi gegen das Haus meines Nachbars behaupte. So lang dieser noch nicht höher gebauet hat, bin ich in dem Besitz der Servitut. Allein da sich mein Besitz auf das bloße Nichthandeln gründet, so wird derselbe durch das entgegengesetzte Handeln natürlich aufgehoben. Habe ich also gelitten, daß mein Nachbar höher gebauet hat, so ist hierdurch mein Nachbar wieder in den Besitz der natürlichen Freiheit gekommen, und mein Besitz der Servitut nothwendig ausgeschlossen.*)

Bey positiven oder affirmativen Servituten hingegen, welche mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, hängt der Besitz stand der Servitut davon ab, ob diejenige Anstalt schon vorhanden ist, durch deren Daseyn das Recht der Servitut wirklich ausgeübt wird. Z. B. bei der Servitus tigni immittendi, ob die immisso zur Zeit des angestellten Interdicts schon wirklich Statt findet¹⁰⁰).

L. 8. §. 3. D. eodem. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidein tigna immissa sunt, eum.

*) C. BRUNNEMANNI Commentar. ad Pand. h. L.

100) L. 20. pr. D. de Servit. praed. urb. von Savigny a. a. D. S. 498.

eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

Ist endlich von solchen affirmativen Realservituten die Rede, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, so ist der zur Begründung eines Interdicts erforderliche Besitz nur dann anzunehmen, wenn nicht nur dasjenige wirklich geschehen ist, was den Gegenstand der Servitut ausmacht, sondern auch als ein Recht ist ausgeübt worden, es mag von dem Kläger selbst, oder von andern Personen in seinem Namen geschehen seyn¹⁾.

Haben die Gesetze zur Ausübung der Servitut einen gewissen Zeitraum als Bedingung des Interdicts vorgeschrieben, so findet auch *accessio possessionis* statt, das heißt, der Besitz des Erblassers, oder Verkäufers kommt auch dem Erben und Käufer zu statten, so wie der Besitz, der gegen den Erblasser oder Verkäufer ist ausgeübt worden, auch gegen den Erben und Käufer nützt²⁾. Es ist daher z. B. bei dem Interdicto de *uinere actaque privat* ganz gleichgültig, ob der Kläger selbst, oder sein auctor, oder beyde zugleich das Recht an 30 Tagen des letzten Jahrs ausgeübt haben³⁾.

D 4

Eine

1) L. 1. §. 7. et 8. L. 3. §. 4. et 7. D. de *itinere*. WESTPHAL §. 1004. von Savigny S. 488.

2) L. 1. §. 37. D. de *aqua quotid.* L. 6. D. de *itin. actaque privat.* L. 3. pr. D. eod. WESTPHAL §. 1007. et 1008.

3) L. 3. §. 6. 9. et 10. D. de *itinere*. von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 489.

Eine zweyte Bedingung bey diesen Interdicten ist gewaltsame Stöhrung des Besitzes. Von wem diese Stöhrung herrührt, ist gleichgültig. Sie mag also durch die Handlung des Eigenthümers des dienstbaren Guts, oder eines Dritten geschehen seyn⁴⁾.

Das Gesuch des Klägers wird zunächst darauf gerichtet, daß dem Beklagten die Stöhrung untersagt, und dann auch, daß derselbe zum vollständigen Ersatz des dadurch zugefügten Schadens verurtheilt werde⁵⁾.

Wird jedoch wegen Ausbesserung des zur Ausübung der Servitut erforderlichen Gegenstandes ein Interdict gebraucht, so fordert der Kläger in diesem Interdict, daß ihn der Eigenthümer nicht hindere, die nöthige Ausbesserung vorzunehmen; und hier ist das Besondere, daß der Kläger wegen des Schadens, der durch die Arbeit etwa zugefügt werden könnte, Caution leisten muß⁶⁾.

Alle diese possessorischen Interdicte haben nun zwar das mit einander gemein, daß bey denselben ein summarisches Verfahren statt findet, und der Kläger, welcher den Besitz verfolgt, nicht schuldig ist, sich auf Verschuldungsgründe seines Gegners einzulassen, welche das Recht betreffen⁷⁾. Daher sind die Interdictsklagen,

wenn

4) L. 3. §. 5. D. de itinere. L. 1. §. 25. D. de aqua quotid.

5) von Savigny a. a. D. S. 489. u. S. 496.

6) L. 3. §. 11. L. 5. §. 4. D. de itinere. L. 3. §. 9. D. de risis.

7) L. un. C. Uti possidet. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Bd. Nr. LXXXI. §. 3. und §. 4.

wenn man den, daben vorausgesetzten Thatumstand für sich hat, vortheilhafter, als die petitorischen. Allein nach dem Römischen Rechte ist jeder Streit über Besitz, auch als Factum betrachtet, immer mit einer Untersuchung über die Rechtmäßigkeit desselben verbunden⁸⁾). Denn es erfordert zur Begründung eines Interdicts in Beziehung auf den Gegner schlechterdings, daß der Besitz schlesfren sey⁹⁾). Es giebt aber heut zu Tage noch ein vortheilhafteres Rechtsmittel, dessen man sich auch bey Servituten bedienen kann, um besonders alle Gewalthärtigkeiten abzuwenden, welche von Seiten des Gegners zu besorgen sind. Ich meine das *possessorium summarium*, zu dessen Begründung schon die jüngste ruhige, d. i. unwidersprochene Besitzhandlung genügt¹⁰⁾). Zwar wollen auch hier einige Rechtsgelehrten¹¹⁾ noch den Ablauf derjenigen Zeit erfordern, welcher in dem Röm. Rechte bey einigen Interdicten vorgeschrieben ist. Allein daß dies dem Zweck dieses Rechtsmittels eben so wenig, als der Praxis gemäß sey, ist schon von andern gezeigt worden¹²⁾.

B) Es

8) L. I. §. 5. D. *Uti possid.*

9) L. I. §. 9. D. *eodem.*

10) GÖNNER a. a. D. §. 10. S. 424. ff. von SAVIGNY
6. Abschn. §. 51.

11) de BERGER Suppl. ad Electa Disceptat. for. Tom. II.
Tit. 5. Observ. 18. pag. 145. HOMMEL Diff. de processu pos-
sessor. summar. Quaest. 5. u. a. m.

12) WERNHER select. observat. for. Tom. I. P. I. Observ. 114.
Tom. II. P. VI. Obs. 327. und Ernst Fried. Pfotenhauer
in der Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen,
welche den neuesten Besitz betreffen. (Leipzig 1797. 8.)
§. 9.

B) Es wird blos über den Nachtheil gestritten, welcher mir aus einem neuen Werke, das mein Nachbar unbefugter Weise auf einer unbeweglichen Sache, z. B. durch Bauen, Andern, oder Niederreißen, unternommen hat, entweder für die Freyheit meines Eigenthums, oder für das mir auf der Sache zustehende Recht der Servitut erwächst. Hier kann ich mich, zur Erhaltung meines Rechtes, der *operis novi nunciatio*¹³⁾ bedienen, so lang das unternommene Werk noch nicht vollendet ist, und hierdurch die Fortsetzung desselben hindern¹⁴⁾. *Nunciatio* sit, sagt Ulpian *L. I. §. 16. D. de operis novi nunciat. aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici juris tuendi gratia;* und *L. 5. §. 9. D. eodem.* sagt eben dieser Röm. Jurist:

Triplicem esse causam operis novi nunciationis: aut naturalem, aut publicam, aut imposititiam. Naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur, aut

13) S. vorzüglich *Franc. DUAREN* Tractat. method. de operis novi nunciatione. Desgleichen *Eiusdem* in Tit. Pandectar. de operis novi nunciatione Praelectiones. (In *EIUS Operib. Francof.* 1592. f.) pag. 583. — 602. *WESTPHAL* de libert. et servitut. praedior. Cap. XIII. *Domin. Mart. BRENTANO* Diss. de novi operis nunciatione. *Goettingae* 1794. 8. und *Ferd. KAEMMERER* Dissertat. inaug. de operis novi nunciatione. *Heidelbergae* 1807. 8.

14) Ist das zu unserm Nachtheil unternommene Werk bereits ganz vollendet, so findet keine *operis novi nunciatio* weiter Statt, sondern man muß entweder das Interdictum: *Quod si aut clam anstellen, oder petitorisch klagen.* *L. I. §. 1. D. de novi operis nunciat.*

aut aedificatur in nostro. *Publicam causam, quoties Leges, aut Senatusconsulta, Constitutionesque principum per operis novi nunciationem tuemur.* *Imposititiam, cum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.*

Von dem Gebrauche der operis novi nunciatione bey Servituten¹⁵⁾ handeln namentlich folgende Stellen.

L. un.

15) Bey den persönlichen Dienstbarkeiten ist der Gebrauch dieses Rechtsmittels sehr beschränkt. Der Usufructuar kann sich gegen den Proprietar der Nunciation auf keine Weise bedienen, sondern muß gegen ihn bloß sein Nutzungrecht mit der *actio confessoria* verfolgen. Dem Nachbar hingegen, welcher ihm durch Unternehmung eines neuen Werks in seinem Rechte Eintrag thut, kann er anders nicht, als im Namen des Eigentümers, und als dessen *procurator*, novum opus nunciiren. *L. 1. §. 20. D. de oper. novi nunciat.* *L. 2. D. eodem.* Viele Rechtsgelehrten sind zwar außerer Meinung, und wollen dem Nutznießer ein unbedingtes Nunciationsrecht eintäumen, als STRUV in Synt. iur. civ. Exerc. XXXIX. Th. 4. ibique MÜLLER ad Eundem. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXXIX. Tit. 1. §. 20. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4095. WALCH Controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. 1. §. 9. Allein diese Meinung ist ausführlich widerlegt in Ferd. KAEMMERER Diff. de operis novi nunciatione b. g. Die *L. un. §. 4. D. de remiss.* worin bloß Julian's Meinung angeführt wird, kann gegen die ausgeführten deutlicher, und bestimmter sprechenden Geschstellen, in keine Betrachtung kommen, sondern muß, wenn man nicht annehmen will, daß Julian hierin von den übrigen Rdm. Rechtsgelehrten abgewichen sey, in Gemäßheit jener Gesetzesstellen erklärt werden. *C. M. Aurel. GALVANUS de Usufructu Cap. 37. §. VIII. pag. 543. edit. Tübing.*

L. un. §. 3. D. de remissionib. Ius habet opus novum nunciandi, qui aut dominium, aut servitutem habet.

L. 15. D. de Servitut. praed. urb. Inter servitudes, ne luminibus officiatur, et ne prospectui offendatur, aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum; in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur, *opusque ei novum nunciari potest*, si modo sic faciat, ut lumini noceat.

L. 6. §. fin. D. Si servit. vindicet. Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet; deteriorem si facit, aut per hanc actionem, (sc. confessoriam) aut per operis novi nunciationem prohibetur.

L. 8. pr. D. de oper. novi nunciat. Non solum proximo vicino, sed etiam superiori opus facienti nunciare opus novum potero: nam et servitudes quaedam interventientibus mediis locis, vel publicis vel privatis esse possunt.

Nur eine Stelle macht Schwierigkeiten, welche den angeführten entgegen zu sehn scheint.

L. 14. D. eod. wo Julian sagt: Qui viam habet, *si opus novum nunciaverit adversus eum*, qui in via aedificat, *nihil agit*, sed servitudem vindicare non prohibetur.

Viele Rechtsgelehrten¹⁶⁾ sind dadurch veranlaßt worden, zwischen servitutes urbanae und rusticae zu unterscheiden, und das Rechtsmittel der Nunciation blos auf jene zu beschränken, bei den letztern hingegen gänzlich auszuschließen. Allein dieser Unterschied ist offenbar unangebrüder, wie schon Claproth¹⁷⁾ gezeigt hat. Ulpian sagt ganz allgemein *L. I. §. 14. D. de oper. novi nunciat.* Sive intra oppida, sive extra oppida in villis vel agris opus novum fiat, nunciatio ex hoc Edicto locum habet. Man unterscheide vielmehr mit Anton Faber¹⁸⁾.

I. Ob ein Nachbar, der nicht Eigentümer des dienstbaren Grundstücks ist, auf demselben ein Werk unternimmt, welches dem Rechte der Dienstbarkeit nachtheilig ist, es geschehe mit oder ohne Wissen und Willen des Eigentümers. Daß gegen einen solchen Extraneus die Nunciation Statt habe, leidet keinen Zweifel. Denn hier ist es offenbar, daß er kein Recht habe, zum Nachtheil der Servitut auf dem dienstbaren Grundstück etwas zu unternehmen¹⁹⁾.

II. Ob der Eigentümer des dienstbaren Guts selbst etwas unternimmt, was der Servitut nachtheilig ist. Hier ist wieder zu unterscheiden.

i) Das

16) Franc. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. II. cap. 17. (*Operum* pag. 1067. sq.) Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XV. cap. 45. Iul. PACIUS Evaristio^{Phar.} f. Legg. Conciliatar. centur. III. Quaest. 57. Io. STRAUCH Dissertation, ad univ. ius Iustinian. Diss. XXIII. §. 4 pag. 361. u. a. m.

17) Einl. in sämtliche summar. Prozeße. §. 257.

18) Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 5.

19) G. M. LYCKLAMA a NYHOLT Membran. Lib. III. Eccl. II.

1) Das unternommene neue Werk streitet direkt gegen die Natur der constituirten Servitut, so daß das durch die ganze Servitut aufgehoben wird. z. B. der Eigenthümer handelt durch einen unternommenen Bau der Servitus altius non tollendi oder luminibus non officiendii geradezu entgegen. Auch hier ist das Verbietungsrecht desjenigen, der zu der Servitut berechtigt ist, ausser Zweifel, und er hat die Wahl, ob er sein Recht mit der *actio confessoria* versolgen, oder mittelst der *operis novi nunciatio* gegen den besorglichen Nachtheil schützen will, die Servitus mag eine urbana oder rustica seyn¹⁹⁾. z. B. der Eigenthümer will die Wiese, auf welcher mir die Huts- und Weidegerechtigkeit zusteht, in einen Acker oder Garten umschaffen, oder sie umzäunen, oder Teiche darauf anlegen. Hier findet die *operis novi nunciatio* ohne Bedenken Statt.

2) Das von dem Eigenthümer unternommene neue Werk ist nicht direkt der constituirten Servitut entgegen, es wird also dadurch die Ausübung der Servitut nicht schlechterdings, sondern nur *per indirectum* gehindert; z. B. der Eigenthümer unternimmt an dem Orte, wo mir vermöge der Servitut auf seinem Grundstück ein Weg zum Gehen oder Fahren zusteht, einen Bau. Von diesem Falle redet Julian L. 14. D. de *operis novi nunciato*.

¹⁹⁾ L. 15. D. de servit. praed. arb. L. 6. §. 7. D. Si servit. vindic. L. un. §. 3. D. de remission. voigt Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. IV. §. 12. und KAEMMERER cit. Diff. §. 12. pag. 122. seqq.

ciat²⁰⁾). Nur hier fällt die operis novi nunciatio weg, und ich kann gegen den Eigenthümer bloß die Servitut vindicare. Die Nunciation würde hier, wie Julian sagt, ohne allen Effect seyn. Denn man kann dem Eigenthümer nicht alles Bauen in seinem Eigenthum untersagen, sofern dadurch die Ausübung der Servitut nicht schlechterdings gehindert wird, und die constituirte Servitut nicht gerade darauf geht, daß er nicht bauen soll. Wenn mir nun bloß die servitus viae zusteht, so kann ja der Weg, da das ganze Grundstück dienstbar²¹⁾ ist, auch eben so leicht an einem andern Orte angewiesen werden²²⁾. Ganz hierauf passend sagt Ulpian²³⁾ in einem ähnlichen Falle: Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui servitus deberetur. Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impedienda causa id fieri: et ideo religiosus fit, et sane habet rationem. Ein Anders wäre freylich zu behaupten, wenn sich der unternommene Bau dergestalt über das ganze dienstbare Grundstück verbreiten sollte, daß dadurch die Ausübung der Dienstbarkeit völlig aufgehoben würde²⁴⁾. Was von der via gilt, muß unter gleichen

20) Es ist offenbar unrichtig, wenn LYCKLAMA Lib. III. Membranar. Eccl. II. vertheidigt dieser Stelle alle Nunciation gegen den Eigenthümer des dienstbaren Gutes schlechterdings für ungültig halten will.

21) L. 9. D. de servitut. L. 13. §. 1. D. de servitut. præd. rustic. L. 21. D. eod.

22) S. VOEST c. I. §. 12.

23) L. 2. §. 3. D. de religios.

24) S. KAEMMERER Diss. cit §. 12. pag. 125.

gleichen Umständen und aus gleichem Grunde auch bei der Servitus itineris, actus, aqueductus, stillicidii, u. s. w. gelten, wie Cujas²⁵⁾ mit Recht behauptet, den deshalb Constantinus²⁶⁾ ohne allen Grund getadelt hat. In einer Stelle des Paulus, L. 9. D. b. t heißt es ausdrücklich: *Si eo loco, per quem iter (via²⁷⁾ mihi debetur, tu aedificaveris: possum intendere, ius mihi esse ire agere.* (Das heißt, ich muß die Servitut gegen den Herrn des dienenden Guts vindiciren, und die confessorische Klage anstellen). *Quodsi probavero, inhibeo opus tuum.* (Nicht durch eine operis novi nunciatio, von welcher hier keine Rede seyn kann²⁸⁾, sondern durch den Prätor, welcher nun ein interdictum prohibitorium oder demolitorium gegen den aedificantem erlassen konnte, wenn ich mein Recht erwiesen hatte²⁹⁾). Item Julianus scripsit: *si vicinus, in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est, ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus.*

Dieses Rechtsmittel hat übrigens das Eigene, daß es die Mitwirkung des Richters nicht erfordert. Ulpian bemerkt dies ausdrücklich, wenn er L. I. §. 2. *De oper. novi nunciat.* sagt: *Nunciatio ex hoc Edicto non habet necessaria.*

25) Observation. Lib. I. cap. 17.

26) Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 18. §. 2. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 588. sq.).

27) Siehe oben S. 59. Not. 35.

28) Siehe Not. 36. S. 59.

29) Man vergleiche KLEMMERER Diss. cit. §. 12. pag. 127.

necessariam Praetoris additionem: potest enim nunciare quis, et si eum non adierit; und zwar kann man die Vollführung des von dem Gegner unternommenen nachtheiligen Werks außergerichtlich nicht nur durch eine in Gegenwart des Werks eingelegte Protestation hindern, welches im eigentlichen Sinn operis novi nunciatio genannt wird³⁰); sondern auch durch Thätschkeiten, indem man die Arbeiter vertreibt, und das neue Werk auf frischer That zerstört³¹). Bey den Römern war auch das symbolische Zeichen des Hintwurfs eines Steins gegen das Werk (iactus lapilli) üblich³². Eine solche nunciatio realis ist jedoch anders nicht, als zur Vertheidigung des Besitzes, in einem

30) L. 3. §. 1. et 2. D. de oper. novi nunciat. L. 5. §. 2. et §. 10. D. eod. Ern. Frid. SCHROEDER Diff. de operis novi nunciatione verbali. Jenae 1664. und PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 20. Bey den Römern geschehe diese Nunciation mit der Formel: Denuncio tibi, ne quid in illo loco novi operis, me invito, facias. CUSACIUS in Paratitl. ad Dig. Tit. de op. novi nunciat. Heut zu Tage geschieht sie gewöhnlich vor einem Notar und Zeugen. S. CLAPROTHS Einleit. in sammel. summarische Prozesse. §. 256.

31) L. 20. §. 1. D. Quod vi aut clam. Prohibitus autem intellegitur, quolibet prohibentis actu: id est, vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve iactantis, prohibendi gratia. L. 5. §. 10. D. de operis novi nunciat. L. 27. pr. D. de servitut. praed. urb. L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil. S. KAEMMERER cit. Diff. Cap. I. §. 4. et 5.

32) L. 6. §. 1. D. b. t. L. 5. §. 10. D. de oper. novi nunciat. L. 1. §. 6. D. Quod vi aut clam. EV. OTTONIS de Iurisprud. symbolica Exercit. II. cap. 9. u. Iul. Ge. Paul du ROI lib. sing. de iactu lapilli. Helmst. 1782. 8.

einem solchen Falle erlaubt, da der Gegner das neue Werk auf unserm Eigenthume unternimmt; nie aber wenn er in seinem Eigenthume blos zu unserm Nachtheil handelt³³). Statt der außergerichtlichen Verbal-Nunciation, wedurch man ohnehin seinen Gegner als Besitzer anerkennt³⁴), ist es jedoch immer ratsamer, das Verbot durch den Richter einlegen zu lassen, mittelst Anstellung des darauf abzweckenden Interdicti de novi operis nunciatione³⁵), wobei das Prozeßverfahren ebenfalls summarisch ist³⁶). Der Nunciant muß jedoch auf jeden Fall, wenn die Sache an den Richter gebracht wird, vorläufig den Eid für Gefährde (juramentum calumniae) schwören³⁷), und dann sein Interesse weiter ausführen³⁸). Die rechtliche

Wise

33) L. 5. §. 10. D. de oper. novi nunciat. Meminisse autem oportet, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere, vel proiicere vult: melius esse, eum per Praetorem, vel per manum (id est, lapilli iactum) prohibere, quam novi operis nunciatione (sc. verbali). Caeterum, operis novi nunciatione possessorem eum faciemus, cui nunciaverimus. Aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Add. L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 323. Beispiele sind eben §. 668. Not. 73. vorgekommen.

34) L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. D. de op. novi nunciat. KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 3. pag. 199.

35) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 180. ff. und Claproths Einleit. in die sammil. summar. Prozeße §. 257. ff.

36) KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 5.

37) L. 5. §. 14. D. de op. novi nunc.

38) L. 15. D. eod. KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 5. pag. 205. und Gust. Henr. MYLII Diss. usum doctrinae de novi operis nunciatione in foris Germ. sist. Lipsiae 1741.

Wirkung der Nunciation, sie sey gerichtlich oder außgerichtlich geschehen, ist immer die nämliche, daß der Nunclat von der Vollendung des Werks abstehen muß, bis sich's finden wird, daß er so zu bauen befugt sey³⁹⁾). Kehrt sich derselbe nicht an das Verbot, sondern setzt den Bau dennoch fort, so findet gegen ihn ein *interdictum demolitorium* statt, welches ihn unbedingt zur Wegräumung des Werks auf eigne Kosten verpflichtet⁴⁰⁾.

C) Es wird über das Recht der Servitut selbst gestritten. Hier sind wieder, um die deshalb anzustellenden *petitorischen Klagen* zu bestimmen, folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Der Kläger behauptet, daß dem Grundstück, welches er besitzt, die Servitut auf des Beklagten Grundstücke zu stehe; und dann ist er entweder

i) erweislicher Eigentümer des berechtigten Grundstücks. Hier klagt er,

a) wenn die Servitut nach dem Civilrechte gültig constituit ist, *actione confessoria directa*⁴¹⁾.

b) Wenn sie hingegen blos nach dem prätorischen Rechte gilt; z. B. die Servitut ist von einem Nicht-

P 2

eigen-

39) *L. 1. pr. L. 5. §. 4. L. 8. §. 4. L. 20. §. 1. D. de oper. novi nunciat.*

40) *L. 1. §. 7. L. 5. §. 10. L. 20. §. 1. L. 21. §. 1. D. eodem.*

41) *L. 2. §. 1. D. b. t.* Haec autem in rem *actio confessoria* nulli alii, quam *domino fundi*, competit: servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo habet, cui servitutem dicit deberi. *S. voigt* b. t. §. 1. und *WESTPHAL* §. 970.

eigenhümer constituiert worden, welchen der Kläger bona fide für den Eigenthümer hieß, er hat sie aber noch nicht so lange ausgeübt, daß er sie hätte durch Verjährung erwerben können. Hier hat die *actio Publiciana*⁴²⁾ Statt, wenn der Beklagte ein schwächeres Recht an dem dienstbaren Gute hat, z. B. er hat es von demselben Nichteigenhümer erhalten, der die Servitut darauf constituiert hatte, oder dasselbe ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen⁴³⁾. Ja es kann diese Klage sogar gegen den Eigenthümer selbst angestellt werden, wenn von ihm die Bestellung der Dienstbarkeit auf eine solche Art geschehen ist, daß sie zwar nach dem strengen Civilrechte nicht gilt, allein vom Prätor der Billigkeit wegen geschützt wird⁴⁴⁾.

2) Der Kläger, welcher das Recht der Servitut verfolgt, ist nicht Eigenthümer; und dann ist er entweder

a) bonae fidei possessor. Hier flagt er *actione Publiciana* gegen denjenigen, welcher ihn in der Ausübung der Servitut hindert⁴⁵⁾. Oder

b) ein

42) L. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. Siehe des 8. Theils 2. Abth. §. 593. S. 319. ff.

43) STRYCK U. mod. Pandectar. Lib. VI. Tit. 2. §. 6. in fin. und Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz ic. §. 986.

44) L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. Beispiele kommen vor L. 4. pr. D. de servitut. et L. 2. D. Commun. praedior. VOET h. t. §. 1, und des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz (Halle 1806.) Nr. VI. S. 108. Not. *).

45) L. 18. D. de pignor. STRYK loc. cit.

b) ein anderer Dinglichberechtigter, dem an der Erhaltung der Servitut gelegen ist, z. B. der Pfandgläubiger, oder Superficiar. Hier findet die *actio confessoria utilis*⁴⁶⁾ statt. Der Usufructuar eines Grundstücks kann wegen der demselben zustehenden Servitut gegen den Proprietar selbst nicht anders klagen, als wenn er sein Nutzniehungsrecht selbst verfolgt⁴⁷⁾. Er muß hier die Störung der Servitut als eine Beeinträchtigung seines Ususfructus darstellen⁴⁸⁾. Wenn ihn hingegen ein Dritter an der Ausübung der Servitut hindert, so kann er, wenn er den Missbrauch selbst nicht direkt vindiciren will, wegen der auf der nutznießlichen Sache ruhenden Servitut, zwar im Namen des Proprietars, als dessen Procurator, aber nicht im eigenen Namen klagen⁴⁹⁾.

II. Der Kläger läugnet, daß dem Beklagten die sich angemachte Servitut zustehe. Hier ist die *actio negatoria* anzustellen⁵⁰⁾. Mittelst derselben verfolgt nun entweder

P 3 a) der

46) *L. 16. D. de servitut.* Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari. *L. 9. D. de oper. novi nunciat.* *L. un. §. ult. D. de remiss.*

47) *L. 1. princ. L. 5. §. 1. D. Si ususfr. petat.* *S. des 9. Theils I. Abth. §. 626. S. 85. ff.*

48) *S. CARRACH Adnotat. ad Boehmeri doctr. de actionibus.* Sect. II. cap. II. §. 37. pag 144.

49) *L. 1. §. 20. et L. 2. D. de operis novi nunciat.* verglichen mit *L. un. §. 4. D. de remission.* *S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1.* und besonders *BOEHMERI Doctr. de actionibus* Sect. II. cap. 2. §. 37. Jedoch behauptet LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. daß ein Usufructuar wegen der dem nutznießlichen Grundstück zustehenden Servituten gegen einen Dritten, der nicht der Proprietar ist, auch in eigenem Namen *actione confessoria utili* klagen könne.

50) *L. 2. pr. D. b. t.*

a) der Eigenthümer die Freiheit seines Grundstücks. — *actio negatoria directa*; oder

b) ein anderer Dinglichberechtigter stellt diese Klage an; z. B. der Pfandgläubiger, *Superficiar*. — *actio negatoria utilis*⁵¹).

(Es ist nun jetzt noch von der *actio confessoria* und *negatoria* etwas ausführlicher zu handeln übrig⁵²).

I. Die *actio confessoria* ist hier diejenige dingliche Klage, welche direct von dem wahren Eigenthümer, der seinem Grundstück das Recht der Dienstbarkeit auf des Beklagten Grundstück zueignet, utiliter aber auch von einem Pfandgläubiger, *Emphyteuta*, und *Superficiar*, gegen jeden angestellt wird, welcher dem Kläger die Servitut nicht zugesteht, oder ihn an deren Ausübung hindert, und auf Anerkennung der geklagten Servitut, Enthaltung aller fernern Stöhrung mittels Bestellung einer Cautio, und auf Ersatz der dadurch verursachten Schäden geht.

II. Die

51) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 12. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 625. lit. C.

52) *Io. Frid. KNORRE* Considerat. inaug. de actione confessoria et negatoria. Erford. 1679. *Ferd. Aug. HOMMEL* Diff. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate. Lipsiae 1721. *Henr. Christ. SENCKENBERG* Diff. cautelas circa actionem negatoria exhibens. Gieffae 1740. *Io. Frid. REINHARDT* Paradoxa circa actionem negatoria, praef. *Andr. Flor. RIVINO*. Vitemb. 1746. und *Lud. Conr. SCHROEDER* Progr. de actione negatoria pro specie contravindicationis apud Rom. non habenda. Marb. 1750. besonders auch *WESTPHAL* Sect. III. cap. 32.

II. Die *actio negatoria*, welche in den Gesetzen auch *actio negativa*⁵³⁾, desgleichen *actio contraria*⁵⁴⁾ heißt, ist hingegen diejenige dingliche Klage, welche direct vom wahren Eigenthümer, utiliter aber auch von dessen Stellvertreter, nämlich vom Pfandgläubiger, desgleichen vom Emphyteuta und Supersficiar wider denjenigen angestellt wird, der sich widerrechtlich eine Servitut auf des Klägers Grundstück anmaßt; und auf Anerkennung der Freiheit des angeblich dienstbaren Gutes, nicht minder auf Entlastung der sich angemaßten Servitut, mittelst Leistung einer Caution, und Ersatz des zugefügten Schadens geht.

Dies sind die wahren Begriffe, so wie sie uns Ulpian in der schon oben angeführten Stelle⁵⁵⁾ lehrt. Mehrere Rechtsgelehrten⁵⁶⁾ glauben indessen, daß die angegebenen Begriffe zwar dem heutigen Sprach- und Gerichtsgebrauch gemäß wären; allein die Römer hätten damit ganz andere Ideen verknüpft. Diese nämlich hätten dabei mehr auf die Klagformel gesehen, und die Vindication eines affirmativen Rechts, es betreffe nun eine Servitut, oder ein Recht der natürlichen Freiheit des Eigenthums, welches der Beklagte dem Kläger nicht gestatten will, *actio confessoria*; hingegen die Vindication eines negativen Rechts, das Verbier-

53) §. 2. I. de actionib. L. 5. pr. D. Si ususfr. petet.

54) L. 8. pr. D. b. t.

55) L. 2. pr. D. b. t. Man sehe auch *Ant. FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 13.*

56) I. H. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 2. §. 40. not. p. REINHARDT Paradoxa circa actionem negator. §. 4. SCHROEDER cit. Progr. de actione negator. §. 4. §. 6. et §. 8. u. q. m.

tungsrecht entspringe aus dem Rechte des freyen Eigenthums, oder aus dem Rechte einer Servitut, *actio negatoria* genannt. Bey der erstern sey die Formel gebraucht worden: *aio, ius mibi esse ire, agere, aedificare, altius tollere aedes meas, tignum immitttere in vicini aedes etc.* bey der letztern hingegen habe man sich der negativen Formel bedient: *aio, ius tibi non esse ire, agere, aquam ducere, altius tollere etc.* Auf diese Art lasse sich die schwierige Stelle in den Institutionen, §. 2. de actionib. welche schon bei einer andern Gelegenheit (S. 87.) wörtlich angeführt worden ist, leicht erklären, wenn nämlich daselbst die Formel: *aio, ius mibi esse altius aedes meas tollendi* zur *actio confessoria*, hingegen die Formel: *aio, ius non esse adversario altius tollendi* zur *actio negatoria*, gerechnet wird, und es sey nun nicht nothig mit Bachov⁵⁷⁾, Vinnius⁵⁸⁾, und Thomasius⁵⁹⁾ den Kaiser Justinian, oder seinen Tribonianen eines Irrthums zu beschuldigen, daß er die *Windication* der natürlichen Freyheit höher zu bauen, für welche man jetzt die negatorische Klage glebt, eine *actio confessoria*; hingegen die *Windication* der Servitus altius non tollendi, welche jetzt mit der confessorischen Klage geschieht, eine *actio negativa* genannt habe. Ulpian welche auch nun in der oben angeführten Stelle L. 2. pr. D. b. t. von Tribonianis Vorstellung gar nicht ab, ob er gleich zu den heutigen Begriffen Anlaß gegeben habe. Denn er rede bloß von affirmativen Servituten, *de quibus nobis actiones competunt ad exemplum earum, quae ad usumfructum perti-*

57) Commentar. ad §. 2. I. de action.

58) Commentar. ad eund. §. I. nr. 4.

59) Diff. de onere probandi in actione negatoria. §. 9.

pertinent. Nun habe freylich bey solchen Dienstbarkeiten, welche in einem Leiden bestehen, die *actio confessoria* immer eine Vindication des Dienstbarkeitsrechts, die *actio negatoria* hingegen eine Vindication der Freyheit des Eigenthums gegen fremde Anmassung einer Servitut zum Zweck, mithin sey bey jener die Formel der Klage affirmativ, bey dieser aber negativ gefaßt gewesen: *aius tibi ius non esse*. Allein, auch davon abgesehen, daß es schon an sich gar nicht wahrscheinlich ist, daß Justinian noch zu seinen Zeiten die Begriffe zweyer so practischer Klagen nach der bloßen Formel den Anfangern der Rechtswissenschaft gelehrt haben sollte; so leuchtet es in die Augen, daß man die Stelle in den Institutionen ganz unrecht verstanden habe. Man unterscheide mit Westphal⁶⁰⁾ ein doppeltes *ius altius tollendi*, das eine, welches mir vermöge der natürlichen Freyheit, das andere, welches mir vermöge einer constituirten Servitut zusteht. Von dem erstern ist hier keine Rede, wie ich an einem andern Orte⁶¹⁾ gezeigt habe. Justinian redet also blos von dem letztern, also von der Servitus altius tollendi. Behaupte ich nun, daß mir diese Servitut zustehe; so ist die Klage, welche ich deswegen anstelle, die *actio confessoria*. Klagt hingegen mein Nachbar, daß mir dieses Recht nicht zustehe, so ist diese Klage die *actio negatoria*⁶²⁾. Auf die Formel kommt also gar nichts an, sie mag affirmativ oder negativ abgefaßt seyn, sondern

60) De lib. et servitut. praedior. §. 969. not. a. pag. 684.

61) Siehe eben S. 89.

62) Man vergleiche *Lud. CHARONDAE Plaidav. s. Verisimil.* Lib. I. cap. 5. ad L. 15. D. de oper. novi nunciat. (in *EV. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 695.*)

sondern auf den Zweck der Klage⁶³⁾. Z. B. Wenn ich behaupte, daß mir vermöge des Rechts des freien Eigenthums die Befugniß zustehe, so hoch zu bauen, als ich will, und mein Nachbar will mir dieses nicht gestatten, weil er behauptet, daß ihm die Servitus altius non tollendi auf meinem Hause zustehe, so ist die Klage, die ich anstelle, die *actio negatoria*, wenn sie gleich affirmativ gefaßt ist. Klagt hingegen mein Nachbar, daß mir dieses Recht nicht zustehe, so ist die Klage die *actio confessoria*, wenn sie gleich negativ gefaßt ist⁶⁴⁾.

Der Unterschied zwischen der *actio confessoria* und *negatoria* besteht nun darin.

I) In Ansehung des Klägers. Dieser ist

a) bei der confessorischen Klage derjenige, welcher behauptet, daß dem Grundstück, welches er aus einen vollkommenen, oder bloßen Nutzungseigenthume, oder vermöge eines Pfandrechts besitzt, die geflagte Servitus zustehe⁶⁵⁾.

b) Bei

63) VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de action. nr. 3. und KNORRE in Diff. de actione conf. et negator. P. I. Membr. I. §. 43.

64) Mit Recht sagt daher THEOPHILUS in Paraphr. graec. Institution. Lib. IV. Tit. 6. §. 2. pag. 790. der Reichischen Ausgabe: *Quandoque actionem, quae figura verborum, negatoria est, ipso effectu (οὐν τῷ ἀποτελέσματι) esse confessoriā, et contra confessoriā esse, figura verborum inspecta, quae vi ipsa sit negatoria.* G. Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. VII. (bei MEERMAN Tom. IV. pag. 199.)

65) Wenn L. 2. §. 1. Dr. b. t. sagt: *Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi, competit. Servitutem enim*

b) Bey der Negatorienklage hingegen ist derjenige Kläger, welcher behauptet, daß sein Grundstück von der Servitut frey sei, welche sich der Beklagte mit Unrecht darauf anmaßt.

Beyde Klagen haben das Eigene, daß sie Statt haben, wenn sich auch gleich der Kläger in dem Quasibesitz der geklagten Servitut, oder der behaupteten Freyheit des Grundstücks befindet⁶⁶⁾). Mehrere Eigenthümer klagen sowohl

enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi; so ist dies von der *actio confessoria directa* zu verstehen. Von der *actio utilis* handelt *L. 16. D. de servitut.* Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

66) cocceji in iur. civ. controv. h. t. Qu. I. giebt dies zwar bey der Negatorienklage zu, läugnet es aber bey der *actione confessoria*. Allein ohne allen Grund. Daß auch die letzte Klage Statt hat, ob sich gleich der Kläger in dem Quasibesitz des geklagten Dienstbarkeitsrechts befindet, lehren *L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. in fin. L. 16. D. b. t.* Ja in dem §. 2. I. de act. wird sogar darin ein wichtiger Unterschied zwischen der *Vindication* körperlicher Sachen und der *Vindication* der Servituten gesetzt, daß erstere nur gegen den Besitzer Statt haben, letztere aber auch dem Besitzer selbst zustehen könne. Daß beim *Usumfructus* die *actio confessoria* dem Besitzer zukommt, setzt die *L. 5. §. 7. D. Si ususfr. petat.* außer allem Zweifel. Nun ist aber nach der *L. 2. pr. D. b. t.* die *actio confessoria* und *negatoria*; *ad exemplum earum actionum, quae ad usumfructum pertinent*, auf die Realservituten ausgedehnt worden. Man sche D'AVEZAN *Servit.* libr. P. VII. pag. 200. und EMMINGHAUS ad *Coccejum c. l. not. p. pag. 50.*

sowohl wegen der Servitut, als wegen der Freyheit in solidum, weil das eine wie das andere ein unheilbares Recht ist. Dies hat die Folge, daß zwar das obstiegliche Urtheil, welches der eine erhalten hat, auch den übrigen zu statten kommt⁶⁷⁾; hingegen kann der Verlust des Prozesses, den der eine erlitten hat, den übrigen nicht schaden, die an dem Prozesse keinen Anteil genommen haben⁶⁸⁾.

II. In Ansehung des Beklagten. Dieser ist

a) bey der *actio confessoria* jeder, welcher die Ausübung der Servitut hindert, es mag der Eigenthümer des dienstbaren Gutes selbst, oder ein Anderer seyn⁶⁹⁾; und zwar findet die Klage nicht nur dann Statt, wenn der Beklagte dem Kläger das Recht der Dienstbarkeit streitig macht, sondern sie ist auch dann begründet, wenn der Beklagte

67) L. 4. §. 3. D. b. t. Si fundis, cui iter debetur, plurium sit; unicuique in solidum competit actio, sed in aestimationem id, quod interest, veniet; scilicet quod eius interest, qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, et *victoria et aliis proderit*. Aestimatio autem ad id, quod eius interest, revocabitur.

68) Anderer Meinung sind zwar cujaci ad L. 4. §. 3. D. h. t. und *Lud. VITALIS* Lection. variar. Lib. II. cap. 6. (in *Ev. OTTONIS Tbes. iur. Rom. T. II.* pag. 666.) Allein dieser Meinung stehen L. 19. D. b. t. L. 94. und L. 155. D. de Reg. iur. ents gegen. Man sehe *WESTPHAL* de lib. et servit. praed. §. 972. not. 850. et §. 973. und *KNORRE* Diss. eit. P. I. Membr. I. §. 31.

69) L. 10. §. 1. D. b. t. und L. 1. §. 25. D. de aqua quotid. Verb. Nam et sic servitus adversus quemcunque posse vindicari. S. *Guil. BESTII* Ratio emendandi Leges; Cap. 24. §. 12.

Beklagte nur etwas unternimmt, oder verhindert, welches zur Ausübung der Servitut nothwendig ist⁷⁰). Gehört das Eigenthum des dienenden Grundstücks mehreren zu, so kann gegen jeden in solidum geklagt werden⁷¹). Nur hen der Servitus oneris ferendi findet, wie bereits oben (S. 27.) bemerkt worden ist, die Ausnahme statt, daß wegen der Resection jeder nur zu seinem Antheile haftet⁷²).

b) Bei der Negatorienklage ist der Beklagte nicht nur derjenige, welcher sich eine ihm nicht zustehende Servitut auf des Klägers Grundstück anmaßt, sondern auch der kann mit dieser Klage belangt werden, welcher eine ihm wirklich zustehende Servitut weiter ausdehnt, als ihm zukommt⁷³). Z. B. der Beklagte treibt mehr Vieh auf die Weide, als ihm nach dem Bedürfniß seines Gutes, und vermöge der Servitut erlaubt ist; oder er will den Kläger von dem Rechte der Mithut ausschließen; oder er legt mehr Balken in die dienstbare Wand, als ihm gestattet ist⁷⁴).

Läßt

70) L. 4. §. 5. D. b. t. S. oben §. 666. S. 66.

71) L. 4. §. 4. D. b. t. Sed si duorum fundus sit, qui servit: *adversus unumquemque ita poterit agi, et quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.*

72) L. 6. §. 4. D. b. t.

73) L. 14. D. b. t. L. 11. D. *Quemadmodum servitutes amitt.* L. 22. §. 2. D. *de Usu et habitat.* S. KNORRE Diff. cit. de act. confess. et negotioria. P. II. Membr. I. §. 17. et 18. und Schmidt's theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. Band §. 466. S. 265. f.

74) S. voigt Commentar. ad Pand. b. t. §. 5.

Läßt sich der Beklagte nicht ein, so ist hier die Folge des Ungehorsams die, daß er aus dem Beklagten nun Kläger, und aus dem Besitzer nun Nichthaer wird⁷⁵). Ist demnach 1) die *actio confessoria* angestellt worden, und a) der Kläger im Besitz, so muß der Beklagte zur Strafe seines Ungehorsams Caution stellen, daß er nichts gegen das von dem Kläger behauptete Recht unternehmen wolle, ohne die *actio negatoria* angestellt zu haben. b) Ist hingegen der Beklagte im Besitz, und läßt sich nicht ein, so wird er aus dem Besitz gesetzt, das heißt, es wird ihm aufgegeben, binnen einer vorgeschriebenen Frist die *negatoria* anzustellen, und, wenn das nicht geschicht, das zu zerstören, was zum Nachtheil des Klägers geschehen ist. 2) Wenn hingegen bey der *negatoria* der Beklagte im Besitz ist, und läßt sich nicht ein, so muß derselbe Caution stellen, daß er den Kläger nicht in dem Gebrauche der natürlichen Freiheit; z. B. im Bauen, stöhren wolle. Merkwürdig sind folgende Stellen hierüber.

L. 15. D. de operis novi nunciat. Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse, invito adversario, altius tollere: eo non defendantem, similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adver-

75) *S. Iac. cujacii* Commentar. ad Africanum Tract. IX. ad L. 15. D. de oper. novi nunciat. und *WESTPHAL* de lib. et servitut. praedior. §. 986. et 987.

adversarium iuberet, nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut iure suo probare necesse haberet: id enim esse, *petitoris partes sustinere.*

L. 45. D. de damno inf. Aedificatum habes: ago, tibi ius non esse babere: non defendis. *Ad me possessio transferenda est:* non quidem ut protinus destruatur opus, (*iniquum enim est, demolitionem protinus fieri;*) sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris, ius tibi esse aedificatum babere.

III) In Absicht auf das Gesuch geht

a) die *actio confessoria* dahin: zu erkennen, daß dem Grundstücke des Klägers die behauptete Servitut zustehe, und daher der Beklagte schuldig sey, sich aller fernern Stohrung zu enthalten, auch deshalb Caution zu leisten, so wie nicht minder allen zugefügten Schaden zu ersetzen, und die etwa zum Nachtheil der Servitut gemachten Einrichtungen wieder aufzuheben*).

b) Bei der *actio negatoria* hingegen wird das Gesuch dahin gerichtet, zu erkennen, daß das Grundstück des Klägers von der angemaßten Dienstbarkeit des Beklagten frey sey; oder, wenn der Kläger zwar nicht Eigentümer ist, aber doch sonst ein besonders Interesse daben hat, daß dem Beklagten die sich angemaßte Servitut nicht zustehe, und daher derselbe sich aller ferneren Anmaßung zu enthalten, auch darüber Caution zu bestellen, nicht minder allen zugefügten Schaden zu ersetzen, schuldig sey.

L. 7.

*) L. 20. §. 2. D. de Serv. praed. urb. L. 5. C. de Servitut.

L. 7. D. b. t. sagt: Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut *res praefestur*⁷⁶), aut *cautio*. *Res ipsa* haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis, et idoneum praefestare. *Cautio* haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere: neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere, sublatumque habere, et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem praefestat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.

L. 4. §. 2. D. Si servit. vind. In confessoria actione, quae de servitute movetur, *fructus* etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius, id demum *fructuum nomine* computandum, *si quid sit, quod intersit agentis, servitute non probiberi*. Sed et in negatoria actione (ut *Labeo* ait) *fructus* computantur, quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium. Et hanc sententiam et *Pomponius* probat.

L. 6. §. 6. D. eodem. Veniunt et *fructus* in hac actione, id est, *commodum*, quod haberet, si onera eius vicinus sustineret.

Welche

76) HOPACKER in Princip. iur. civ. T. II. §. 1145. erklärt die Worte: *res praefestur* von dem ungehinderten Gebrauche der Freyheit oder der Servitut. WESTPHAL §. 988. hingegen so, daß alles in den vorigen Stand gesetzt, auch aller Schade vergütet werde. Ist noch nichts zum Nachtheil der Servitut oder Freyheit geschehen, so bleibt es blos bey der Cautio. Daher die Alternative. S. KNORRE cit. Diff. P. I. Membr. L. §. 25.

Welche Art der Caution hier zu leisten seyn, ist streitig. Einige verstehen darunter eine Realcaution durch Bürgen oder Pfandgebung⁷⁷⁾. Allein in den Gesetzen wird blos der Caution schlechthin gedacht, ohne alle weitere Bestimmung, und darunter ist immer nur eine bloß promissoriische Sicherheitsleistung zu verstehen⁷⁸⁾. Da nun das bloße Versprechen selten den erwünschten Erfolg hat, so ist es ratsamer, statt derselben, das Gesuch auf Androhung einer bestimmten Geldstrafe zu richten⁷⁹⁾. Auf Cautionsleistung kann jedoch auch der Richter von Amts wegen erkennen, wenn sie gleich von dem Kläger nicht gefordert worden ist⁸⁰⁾.

Aus allem ergiebt sich nun, daß es nur eine petitorische Klage giebt, die aus dem Rechte der Dienstbarkeit entspringt, nämlich die *actio confessoria*. Die Negatorieneinlage hingegen ist eine aus dem Eigentumsrechte entspringende Vindication der Freyheit unsers Grundstücks, welche ihren Grund nicht sowohl, wie einige⁸¹⁾ behaupten, in der natürlichen Freyheit, auch nicht, wie andere⁸²⁾ sagen,

in

77) S. KNORRE cit. loc. §. 24.

78) L. 3. C. de Verb. Signific.

79) z. B. daß Beklagter sich aller fernern Straftreibung bey 10—20 Thlr. Strafe zu enthalten schuldig. S. Schmidts Commentar 2. Bd. §. 464. u. §. 469.

80) S. KNORRE cit. Diff. P. I. Membr. I. §. 23. STRYK U. mod. Pand. h. t. §. 3.

81) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. II. BOERNER Doctr. de action. Sect. II. Cap. II. §. 41.

82) Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 466.

Giicks Eklärut. d. Pand. 10. Th.

in der Verneinung der Dienstbarkeit, sondern vielmehr, wie Rivinus⁸³⁾ ganz richtig dargethan hat, in der Natur des Eigenthumsrechts hat, vermöge dessen der Eigentümer seine Sache auf alle mögliche Art gebrauchen, und jedem verbieten kann, etwas wider seinen Willen auf seinem Eigenthume zu unternehmen. Denn die natürliche Freyheit ist ja keine Gattung des dinglichen Rechts, sondern eine nothwendige Folge des Eigenthums, und die bloße Verneinung der Servitut an sich enthält auch noch keinen rechtlichen Grund, den Beklagten von der Ausübung der sich zugeeigneten Dienstbarkeit auszuschließen, weil es ein sehr unbündiger Schluß ist, der Kläger verneinet dem Beklagten die Servitut, also hat er auch ein Recht, ihm die Ausübung derselben zu verbieten. Nein, es muß noch ein stärkeres Fundament hinzutreten. Es ist also, wie Hugo⁸⁴⁾ ganz recht sagt, im Grunde die Eigenthumsfrage, womit man die Freyheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet.

Noch ist zu bemerken, daß es bey der Negatocienfrage schon genüge, wenn das Grundstück des Klägers nur wenigstens von der Dienstbarkeit frey ist, welche sich der Beklagte darauf anmaßt, gesetzt auch, daß es einem andern Grundstück wirklich dienstbar seyn sollte⁸⁵⁾.

§. 686.

83) Paradoxa circa actionem negatoriam §. 9.

84) Lehrbuch der Pandecten §. 195.

85) L. 4. §. 7. D. b. t. WESTPHAL de lib. et servitut. præd. §. 1001.

Heutige Ausdehnung der *actio confessoria* und *negatoria*.

Heutzutage werden die gedachten beiden Klagen utiliter auch bey andern Rechten gebraucht, welche zwar keine römische Dienstbarkeiten sind, aber doch darin mit denselben eine Ahnlichkeit haben, daß sie entweder die natürliche Freyheit oder das gemeine Recht, oder ein sonst gleiches Recht des Andern einschränken oder aufheben. Daher die *actio confessoria utilis*, und die *actio negatoria utilis* im heutigen Sinn.

Die *actio confessoria utilis* wird nämlich von demjenigen angestellt, welcher, ausser dem Falle einer römischen Servitut, ein besonderes Recht zu haben behauptet, an dessen Ausübung er von dem Beklagten behindert wird.

Die *actio negatoria utilis* hingegen wird von demjenigen angestellt, der dem Beklagten das sich angemachte besondere Recht streitig macht, und sich dagegen auf die natürliche Freyheit, oder das gemeine Recht, oder ein ihm zustehendes gleiches Recht beruft.

Unter einem besonderen Rechte ist also hier ein solches Recht zu verstehen, welches von der natürlichen Freyheit, oder vom gemeinen Rechte, oder einem gleichen Rechte Anderer abweicht.

So ist z. B. in der natürlichen Freyheit gegründet, daß jeder sein Korn in einer Mühle mahlen lassen kann, in welcher er will. Behauptet nun aber der Besitzer einer gewissen Mühle, daß ihm ein Zwangsmühlenrecht zustehe, vermöge dessen die Bauern eines gewissen Dorfs ihr Ge-

traide in selner Mühle mahlen lassen müßten; so klagt entweder der Müller gegen die Bauern, die ihm ein solches Zwangsrecht nicht zugestehen wollen, oder die Bauern treten flagend wider ihn auf. Jener stellt die *actio confessoria utilis*, diese stellen die *actio negatoria utilis* an. So ist es ferner gemeinen Rechtes, daß jeder Besitzer unbeweglicher Güter Steuern entrichten muß. Behauptet nun ein Gütsbesitzer, daß sein Grundstück steuerfrei sey, so klagt er gegen denselben, welcher ihm diese Immunität streitig macht, *actione confessoria utili*. Oder man seze, A habe das Priviliegium erhalten, einen Gasthof anzulegen. B behauptet, hierüber ein früheres ausschließendes Priviliegium erhalten zu haben. Hier klagt A *actio negatoria utili*, B hingegen *actione confessoria utili*⁸⁶⁾.

Das Gesuch bey der *actio confessoria utilis* geht dahin, zu erkennen, daß dem Kläger das besondere Recht zustiche, und daher Beklagter sich aller fernern Stöhrung bey 20 Thaler Strafe zu enthalten schuldig sey.

Das Gesuch bey der *actio negatoria utilis* hingegen geht dahin, zu erkennen, daß dem Beklagten das besondere Recht nicht zustiche, und daher derselbe den Kläger in dem Gebrauche der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen, oder des ihm zustehenden gleichen Rechtes bey 20 Thaler Strafe nicht behindere.

§. 687.

86) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 471 — 480.
Schmidt's Commentar 2. Bd. S. 273 — 282. und KNORRE
cit. Diss. de act. confess. et negatoria. P. I. Membr. 2. et P. II.
Membr. 2.

Bon der Beweisführung bey diesen Klagen.

Soviel hiernächst den Beweis bey diesen Klagen anbetrifft, so ist zu unterscheiden. Es wird entweder

I. possessorisch geklagt, und dann gründet sich entweder

i) der Kläger darin, er befinde sich in dem Besitz der natürlichen Freyheit seines Grundstücks, und bittet, durch Erlassung eines Inhibitorii an den Beklagten, darin geschützt zu werden. Hier behaupten zwar viele Rechtsgelehrten⁸⁷⁾, daß der Kläger den angeführten Besitz der natürlichen Freyheit zu beweisen habe, weil bey dem Possessorium hierauf der Grund der Klage beruhe, und zwar die natürliche Freyheit eines Grundstücks an sich, aber nicht der Besitz derselben vermuthet werden könne. Allein nach der richtigern Meinung der meisten Rechtsgelehrten⁸⁸⁾ braucht der Kläger, welcher das possessorium summarium anstellt, nur den Besitz des Grundstücks selbst, auf wel-

Q 3

chem

87) BERGER Elect. processus possess. §. 10. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 274. LUDOLF Observat. for. Part. I. Obs. 18. und Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Ged. 28.

88) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 484. BARTH Hodegeta for. Cap. V. §. 2. pag. 930. HERTIUS in Diss. de quasi possidente probante Sect. I. §. 6. (in Opuscul. Vol. I. Tom. III. pag. 206.) LUDOVICI Civilprozeß Cap. 2. §. 8. Gundlingiana Stück XXVIII. Nr. 3. §. 16. 17. et 18. von Er am e r. Weklarische Nebenstunden Th. 26. Nr. 4. und Phe tenhauser Abhandl. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 11. S. 41 — 44.

them der Beklagte eine Servitut sich angemahnt, zu bescheinigen, wogegen der Beklagte sodann darhun muß, daß er ruhige, der behaupteten natürlichen Freyheit des Klägers zuwiderlaufende Handlungen für sich habe. Denn wenn gleich bei Anstellung des Possessoriums nicht die natürliche Freyheit selbst, sondern der Besitz und die wirkliche Behauptung derselben zum Grunde der Klage angenommen wird; so muß doch in dem Falle, da vom Kläger der Besitz des Grundstücks, auf welchem der Andere ein Recht sich angemahnt hat, bescheinigt worden ist, die wirkliche Behauptung der natürlichen Freyheit in Ansehung dieses Grundstücks so lange vermuthet werden, bis der Andere ruhige, der vom Kläger behaupteten natürlichen Freyheit zuwiderlaufende, Handlungen bengbracht hat. Oder

2) der Kläger gründet sich in dem Quasi-Besitz der behaupteten Servitut, oder eines andern besondern oder ausschließenden Rechts. Hier muß der Kläger den Beweis des behaupteten Besitzes übernehmen. Das Römische Recht erfordert zwar einen rechtmäßigen Besitz, welcher weder mit Gewalt, noch heimlich, noch durch ein precarium angefangen hat, wenn der Kläger durch das Interdictum *Uti possidetis* geschützt werden soll⁸⁹⁾). Allein bedient sich heut zu Tage der Kläger des possessorii summi, so kommt es nur darauf an, ob der Kläger die jüngste ruhige Besitzhandlung für sich hat. Auf die Fehler des Besitzes wird keine Rücksicht genommen, wenn sie nicht sogleich aus den Acten liquid sind⁹⁰⁾.

H. Es

⁸⁹⁾ L. 1. pr. et §. 5. L. 3. pr. D. *Uti possidetis*. von Sdvigny Recht des Besitzes §. 38. §. 412. f.

⁹⁰⁾ S. Pfoenhauers angef. Abhandlung §. 8.

II. Es wird petit orissch mit der *actio confessoria* oder *negatoria* geklagt. Der hier zu führende Beweis kann von zweierlei Art seyn. Er betrifft entweder

A) blos die vorläufige Legitimation zur Sache, d. h. daß der Kläger zur Anstellung einer Klage von der Act befugt sey. Diesen Beweis muß allemal der Kläger führen. Nun klagt entweder

a) der Eigentümer. Hier muß der Kläger, welcher behauptet, daß seinem Grundstück die geklärte Servitut zustehe, oder daß sein Grundstück von der angemahnten Servitut des Beklagten frey sey, wenn der letztere läugnet, daß dem Kläger das Grundstück gehöre, dessen Rechte er geltend machen will, vor allen Dingen das Eigenthum bescheinigen⁹¹⁾). Kann er diesen Beweis nicht führen, so fällt auf seiner Seite alles Interesse, folglich auch alles Recht, der sich angemahnten Befugniß oder Handlung des Gegners zu widersprechen, weg, und er muß nothwendig dem Beklagten weichen, wenn dieser selbst auch nicht das mindeste Recht für sich hätte⁹²⁾). Da jedoch der Streit über das Eigenthumsrecht hier nur einen Incidentpunkt ausmacht, so wird kein förmlicher und strenger Beweis, wie bei der Revindication, erfordert, sondern es braucht blos das präsumtive Eigenthum bescheinigt zu werden, nämlich daß der Kläger das Grundstück durch einen solchen Titel, welcher an und für sich geschickt ist, das Eigenthumsrecht

91) L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. b. t. L. 16. D. de exception.

92) L. 5. pr. D. Si ususfr. petet. WESTPHAL de servitut. praed. §. 971.

recht zu übertragen, an sich gebrachte habe⁹³⁾). Mehrere Rechtsgelehrten⁹⁴⁾ behaupten sogar, daß die bloße Bescheinigung des Besitzes des Grundstücks schon hinlänglich seyn, weil der Besitz der Sache die rechtliche Vermutung des Eigenthums begründe. Eine summarische Bescheinigung des Eigenthums halten sie nur dann für nöthig, wenn der Kläger gar nicht im Besitz des Grundstücks sich befindet, dessen Rechte er gleichwohl gerichtlich verfolgt. Allein wenn gleich der Besitzer im Streite über das Eigenthum den Vortheil hat, daß er mit dem Beweise der Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht belästigt werden darf; so tritt doch hier ein ganz anders Verhältniß ein, wo die *prae sumptio pro possesso* nichts entscheiden kann. Es gilt hier der Legitimation zur Sache. Hierzu ist die bloße Bescheinigung des Besitzes nicht hinreichend. Denn der Beklagte muß gesichert seyn, daß er nicht vergeblich litigire, und in der Folge mit einem Andern aufs neue in einen Prozeß darüber gerathet, dem die *exceptio rei iudicatae* nicht

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. ClX. Med. I. et 2. WERNHER Observ. for. Tom. II. P. IX. Obs. 33. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 2. Band §. 465.

94) BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 22. Not. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. KNORRE Diff. de act. conf. et negatoria P. I. Membr. I. §. 34. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Ged. 105. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. II. §. 36. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. V. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1143. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3. u. a. m.

nicht entgegengesetzt werden kann. *Cum inter alios acta et iudicata aliis nec noceant, nec profint.* Ist insonderheit von der Negatorienklage die Rede, und der Beklagte befindet sich im Besitz der behaupteten Servitut, so muß ihm an der Legitimation des Klägers um so mehr gelegen seyn, weil er, wenn der Kläger jene bezubringen nicht vermag, schlechterdings von der Klage entbunden werden muß, gesetzt auch, daß er sich die Servitut wirklich mit Unrecht anmaße. *Quod si enim, qui agit, dominus non est, quamvis reus ius servitutis non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant⁹⁵⁾* Aus diesen Gründen haben sich Leyser⁹⁶⁾, Rixinus⁹⁷⁾, und Carrach⁹⁸⁾ mit Recht der Meinung derjenigen entgegengesetzt, welche den bloßen Beweis des Besitzes zur Legitimation des Klägers für hinreichend halten wollen⁹⁹⁾; und auch neuere praktische Rechtsglehrten¹⁰⁰⁾ sind wenigstens darin einverstanden, daß den Beweis des Besitzes noch sol-

che

95) *L. s. pr. D. Si ususfr. petet.*

96) *Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 3.*

97) *Paradoxa circa actionem negatoriam §. 16.*

98) *Adnotat. ad Boebmeri doctr. de actionib. Sec. II. cap. II. ad §. 36. not. g. pag. 141.*

99) Man sehe noch WALCH *Controv. iur. civ. Sect. IV. cap. I. §. 7.* SCHMIDTS *pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Bd. §. 465.* und THIBAUT *Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. lit. D. S. 64.*

100) KIND *Quaest. for. Tom. II. cap. 64.* WIESAND *Opusc. iurid. Specim. VIII. §. 2. pag. 98. sq.* HAUBOLD *ad Bergeri Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 350. not. b.*

che Gründe unterstützen müßten, woraus sich das Eigentumsrecht des Klägers an dem innehabenden Grundstück schließen läßt. Z. B. das Gut ist in dem Steuer-Catastrum auf des Klägers Namen eingetragen, der Kläger hat seither alle, sowohl ordentliche als außerordentliche, Abgaben und Steuern davon entrichtet, und in eigenem Namen die Früchte gezogen.

b) Ist der Kläger zwar nicht Eigentümer, aber doch, wegen eines ihm an dem Grundstück zustehenden dinglichen Rechts, zur Anstellung der *actio confessoria* oder *negatoria utilis* befugt; so muß er vorläufig beschleunigen, daß er in dem, zur Begründung dieser Klagen, erforderlichen Verhältniß zu der angeblich dienenden Sache wirklich stehe¹⁾.

B) Der Beweis in der Hauptsache betrifft die Frage, ob dem Grundstück des Klägers die geflagte Servitut zustehe? oder ob des Klägers Grundstück von der angemessenen Servitut des Beklagten frey sei? Hier liegt demjenigen der Beweis ob, welcher sich die Servitut zuschreibt. Dies ist bey der *actio confessoria* der Kläger, bey der *negatoria* des Beklagten. Also muß bey der *actio confessoria* der Kläger, hingegen bey der *negatoria* des Beklagten beweisen, daß dem im Besitz habenden Grundstück die Servitut wirklich zustehe, und zwar muß dieser Beweis auf die Erwerbsart gerichtet werden, wodurch man das Recht der Dienstbarkeit erlangt hat²⁾. Daß bey der Negatoria

1) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. lit. D. S. 64.

2) KNORR Diss. cit. P. I. Membr. I. §. 36. MENCKEN Introduc. in doctr. de action. for. Sect. I. Cap. II. Membr. V. §. 9 — 14.

gatorischenklage der Kläger die Freyheit seines Eigenthums nicht zu beweisen braucht, versteht sich wohl von selbst. Denn ist das Eigenthum bewiesen, oder die Zuständigkeit desselben anerkannt, so folgt hieraus freye Ausübung dieses Eigenthums von selbst, und bedarf keines weiteren Beweises. Es kann mithin der Beklagte dieselbe gar nicht abläugnen, ohne ein neues Factum anzuführen, wodurch die mit dem Eigenthume in der Regel cohärende freye Ausübung desselben beschränkt worden sey. Eine rein negative Urtiscontestation ist folglich, der entgegenstehenden Vermuthung wegen, völlig unstatthaft, und vielmehr jede auf den Erwerb einer Servitut gegründete Einschränkung der aus dem erwiesenen oder zugestandenen Eigenthume fließenden Befugniß freyer Ausübung desselben, stets als wahre Einrede zu betrachten, deren Beweis dann ohne Zweifel dem Beklagten lediglich obliegt³⁾. So wahr und ausgemacht dieses ist, so sehr bestritten ist die Frage, ob nicht dem Kläger bey der negatorischen Klage wenigstens alsdann die Beweisführung obliege, wenn sich der Beklagte in dem Besitz der behaupteten Servitut befindet, und ob nicht dagegen auch bey der confessorischen Klage der Kläger von der Beweislast zu befreien sey, wenn er zugleich

Wie die Beweisartikel zu formiren sind, zeigt BERGER in Oeconom. juris Lib. II. Tit. III. Th. 22. not. 2. Man sehe auch CARRACH Adnotat. ad Boebmeri doctr. de action. pag. 142. ad v. Probare debet. -

3) S. Pfeiffers vermischtte Auffäige über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts. S. 207. und Ernst Christ. Gottl. Schneider's vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. I. Th. S. 35.

zugleich Quasi-Possessor ist? Viele Rechtsgelehrten⁴⁾ tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und diese Meinung hat vorzüglich an Coccej⁵⁾, Pfeiffer⁶⁾ und Weber⁷⁾ eben so eifrige als geschickte Vertheidiger gefunden. Allein die entgegengesetzte Meinung, welche die Beweislast demjenigen auflegt, der sich die Servitut zugesetzt, auch wenn er in dem Besitz geschützt worden ist, hat seit Accursius bei weitem die meisten Anhänger⁸⁾ gehabt, und nach ihr wird auch gewöhnlich in der Praxis gesprochen.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. et II. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 22. Not. 8. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 5. et §. 12. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 969. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1143. MALBLANC Dig. P. II. §. 439. Wilb. Frid. HOMBERCK zu Vach Diff. de concursu præsumptionum §. 47 — 49. Dabekow Handbuch des heutigen gemeinen röm. deutschen Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1573. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. u. a. m.

5) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

6) Vermischte Auffäige über Gegenstände des teutschen und röm. Privatrechts S. 207 — 222.

7) Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Eintreden. 3. Stück. Nr. 16.

8) Unter den neuern Rechtsgelehrten haben sich für diese Meinung vorzüglich erklärt Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Eintreden §. 470. WERNHER in lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3. P. I. pag. 358. sq. WALCH Controv. iuris Sect. IV. Cap. I. §. 6. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 195. Not. 2. (der 3. Aufl.) Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise 1. Abth. 1. Th. §. 35. und 2. Abth. Anmerk. XI. S. 434. f. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 46. S. 501. ZACHARIAE in Libro Quæstion. Quæst.

chen⁹). Unter den neuern haben sich Rind¹⁰) und Hufeland¹¹) am meisten angelegen seyn lassen, sie auch aus Gründen der Theorie zu vertheidigen. Die Gründe und Gegengründe beider Parteien hier nochmals darzustellen, scheint mir nach dem mühsamen Fleize eines Hufelands überflüssig zu seyn. Auch die eigenen neuen Ansichten dieses Gelehrten sind schon vom Weber gründlich geprüft und gewürdiget worden. Ich will also nur noch meine Gedanken hinzufügen. Es ist, wie ich glaube, bei der Frage, wem bey den auf Servituten sich beziehenden petitorischen Klagen der Beweis in der Hauptsache obliege, folgender Unterschied zu machen.

1) Es ist die confessoriſche Klage angestellt. Hier muß unstreitig der Kläger beweisen, daß ihm die behauptete Servitut zustehe, er mag sich in dem Quasi-Besitz derselben befinden, oder nicht. Nicht nur die L. 10.

pr-

Quaest. 16. pag. 119. sq. ZAUNER Introduc. in ius Digestor. P. II. Lib. III. Tit. 12. §. 4. pag. 124. und die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band. Meditat. 545.

9) de CRAMER Observation. juris univ. Tom. IV. Observ. 1161. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CIX. medit. 5. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 37. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. VI. Obs. 117. WERNHER Observat. for. T. L. P. I. Obs. 339. P. III. Obs. 168. und Fratr. BECMANNO-RUM Consil. et Decision. P. I. Decis. 28. n. 10. sqq. et P. II. Decis. 71. nr. 5. sqq.

10) Quaest. for. Tom. I. Cap. 105.

11) Revision der bekannten Streitfrage über die Beweislast bey der negatorischen Klage; in Dessen Beyträgen zur Be richtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften. 4. St. 10. Abb.

pr. D. b. t. sondern auch die L. 15. D. de oper. novi nunciat. in Verbindung mit L. 6. §. 1. D. b. t. beweisen deutlich, daß der Kläger, auch wenn er im Besitz ist, den Beweis übernehmen müsse, und nur durch den Ungehorsam des Beklagten dieses Beweises entledigt werde.

2) Es ist die negatorische Klage angestellt. Hier ist wieder zu unterscheiden

a) der Beklagte hatte das possessorium angestellt, und ist beim Quasi-Besitz der behaupteten Servitut rechtskräftig geschützt worden. Hier würde es höchst inconsequent seyn, wenn der geschützte Quasi-Possessor bei der wider ihn angestellten Negatorienklage beweisen sollte, daß die Besugniß, in deren Besitz er geschützt worden ist, ihm wirklich zustehet. Denn wer einmal im summarischen Besitzprozesse obtinirt hat, braucht nicht weiter zu beweisen, sondern bleibt fortwährend geschützt, bis der Gegner im ordentlichen Besitzprozesse, oder im petitorio ein besseres Recht ausgeführt hat¹²⁾). Die Präsumtion der natürlichen Freiheit kann hier dem Kläger nicht mehr zu thatten kommen. Denn diese lag schon beim possessorio seines Gegners vor. Ward nun dennoch nicht auf selbige Rücksicht genommen, sondern, derselben ungeachtet, der Gegner geschützt, so kann diese Präsumtion nicht weiter zur Sprache kommen, noch weniger aber derselben jetzt noch die Wirkung bemelegt werden, daß der Gegner, der ungeachtet jener Präsumtion geschützt ward, nunmehr doch noch den Gegenbeweis wider diese Präsumtion führen sollte.

Es

12) S. Pfotenhauer's Abh. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 27.

Es lagen ja jener Präsumption keine factischen, als illiquid in separato auszumachende, Thatsachen zum Grunde. Nein, sie ist von den Gesetzen selbst anerkannt, und nothwendige Folge des Eigenthums. Ward sie nun dennoch in dem possessorischen Prozeßversfahren nicht beachtet, so kann sie nun auch jetzt in *petitorio* in keine weitere Besprachung kommen¹³⁾). Gesetze, die das Gegenheil lehren, glebt es nicht. Denn die von Hufeland¹⁴⁾ angeführte L. 5. pr. D. *Si ususfr. petat.* gehört offenbar nicht hierher, da sie von dem Hause redet, wenn der Kläger das Eigenthum nicht zu beschleichen vermag; unsre Frage hingegen gerade das Verhältniß des Quasi-Besitzers zum Eigenthümer betrifft. Das daraus hergeleitete argumentum a contrario ist auch von Weber¹⁵⁾ mit Recht bestritten, und zur Genüge widerlegt worden. Eben so wenig kann uns der Einwurf treffen, daß man dem Kläger den Beweis einer Verneinung aufzubürden würde, welcher nach der L. 23. C. *de probat. per rerum naturam* nicht Statt finde. Denn daß rechtlich genügende Beweise einer Verneinung allerdings sowohl directe als indirecte geführt werden können, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln¹⁶⁾). Das angeführte Gesetz ist auch gar nicht entgegen. Denn es redet nicht von dem, welcher etwas überhaupt verneint,

13) Man vergleiche hier vorzüglich die Versuche über den Quasi-Besitz. Halle 1806. 8. Nr. VIII. §. 5. S. 149. ff.

14) In den angef. Beyträgen. 4. St. Nr. X. S. 53. ff.

15) Beyträge zur Lehre von Klagen und Eintreden. 3. Stück. S. 131. ff.

16) Man sehe hier vorzüglich Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. 10. S. 189. ff.

net, sondern vielmehr von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatsache abläugnet¹⁷⁾). Ob der Beweis leicht oder schwer zu führen sey, kann hier in keine Betrachtung kommen. Genug, der Kläger muß hier beweisen, daß dem Beklagten das Recht, in dessen Besitz er geschützt worden ist, nicht zustehe. Unmöglich ist dieser Beweis nicht, da sich ja allerdings ein fehlerhafter Besitz des Beklagten, oder ein Verlust der Servitut nach bekannten Rechtsgründen, beweisen läßt, auch die Eideszuschließung dem Kläger unbenommen bleibt¹⁸⁾.

b) Der Beklagte ist noch nicht in einem vorausgegangenen Possessorium bey seinem Besitz geschützt, sondern der Eigenthümer ist ihm mit der Negatorienklage zuvorgekommen. Hier muß der Beklagte das Recht der sich angemachten Servitut beweisen. Denn wenn gleich daraus, daß Jemand ein Recht schon ausgeübt hat, eine Vermuthung entsteht, daß ihm ein solches Recht wohl zustehe, so kann doch diese Vermuthung nur da von Wirkung seyn, wo sie allein steht, oder mit einem schwächeren Gegner, z. B. mit einem Nichteigenthümer collidirt, nicht aber da, wo sie mit einem stärkeren Gegner, wie in Rücksicht auf den Eigenthümer, streitet. Denn ist das Eigenthum an sich gewiß, oder durch Beweis außer Streit gesetzt, so ist auch die Folge derselben, nämlich die Freiheit des Eis-

gen-

17) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. 12. S. 205. f. und Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen. S. 211. ff.

18) S. Weber in den Beiträgen z. St. S. 138. f. und des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz Nr. VIII. §. 8. S. 161. ff.

genthums, zugleich mit bewiesen, und diese muß so lange angenommen werden, bis eine Beschränkung derselben, welche hier immer als Ausnahme erscheint, von dem Gegner erwiesen worden ist. Man wendet zwar ein, der Besitzer sei hier kein solcher Besitzer, der dem Kläger sein Eigenthumsrecht streitig macht, und sich die ganze Sache annimmt, sondern behauptet nur für sich ein Recht, was mit dem Eigenthume des Klägers an sich gar wohl bestehen könne, ja was seiner Natur nach immer eine fremde Sache voraussetze. Es sei mithin kein Grund vorhanden, warum die Vermuthung für den Quasibesitzer eines Rechts ihrer Natur nach schwächer seyn müsse, als die Präsumtion für die natürliche Freyheit des Eigenthums. Man sagt weiter, die Gesetze hätten einmal die allgemeine Regel aufgestellt, daß in zweifelhaften Fällen immer für den Besitzer entscheiden werden solle. Von dieser Regel sei der Besitz unkörperlicher Sachen, oder so genannter Gerechtigkeiten keinesweges ausgenommen. Er müsse also eben die Vortheile gewähren, die der Besitz überhaupt mit sich bringt¹⁹⁾). Allein dieser ganze Einwurf scheint mir eine noch gar nicht erwiesene Hypothese zum Grunde zu haben. Die Regel des Römischen Rechts, daß in zweifelhaften Fällen für den Besitzer gesprochen werden soll, beschränkt sich eigentlich nur auf den Besitz körperlicher Sachen. Denn nur bei körperlichen Sachen, wenn das Eigenthum nicht erhoben, ist es für beide streitende Theile zweifelhaft, wer Eigentümer sei. Nun haben zwar die Gesetze diese Regel auch auf unkörperliche Sachen, und namentlich auf Servituten erstreckt, jedoch nur gegen den dritten

R 2

Nichts

19) S. Webers Beiträge a. a. D. S. 128. f.

Nichteigenthümer, wie aus L. 5. pr. D. *Si ususfr. petat.*
klar erschlet. Daß hingegen diese Erstreckung auch den
Eigenthümer treffe, und auch gegen diesen die Präsumption
für den Quasibesitzer eines Rechts von Wirkung sey, ist
unerweislich. Denn in Rücksicht des Eigenthümers kann
nie ein Zweifel eintreten, ob sein Eigenthum frey sey oder
nicht. Das dominium ist in der Regel immer volles und
freies Eigenthum. Ist also das Eigenthum bewiesen, so
versteht sich freye Ausübung von selbst, weil sie eine noth-
wendige Folge des Eigenthums ist. Bey Rechten, die
Jemand wider den Eigenthümer behauptet, tritt demnach
immer nur in Rücksicht dessen ein Zweifel ein, der sich ein
Recht annimmt, ob ihm nämlich dieses Recht auf dem
Grundstück des Eigenthümers wirklich zustehe, oder nicht.
Er muß folglich um so mehr den Beweis übernehmen, da
er eine Beschränkung des Eigenthumsrechts behauptet, und
daher die Vermuthung gegen sich hat²⁰⁾. Es erschlet zu-
gleich hieraus, daß die Gesetze²¹⁾, welche den Beweis der
persönlichen Freyheit demjenigen auflegen, gegen welchen
ein Anderer sich in dem Besitz der herrschaftlichen Gewalt
befindet, hier völlig unpassend sind, und michin zur recht-
lichen Entscheidung der vorliegenden Streitfrage durchaus
keine Norm abgeben können. Denn daß hier ein ganz an-
ders Rechtsverhältniß eintritt, wenn Jemand aus der
Sklaveren seine Freyheit verfolgen will, als bey der Ne-
gatorienklage, hat schon Thomasius²²⁾ hinlänglich dar-
gethan,

20) S. des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz.
Nr. VIII. §. 7. S. 158. ff.

21) L. 7. §. 5. D. *de liber. causa.* L. 14. D. *de probat.*

22) *Diss. de onere probandi in actione negotoria.* §. 31.

gethan, und Hufeland²³⁾ sehr gründlich erinnert, daß das ganze Argument schon darum nicht schließe, weil jede Dienstbarkeit immer eine fremde Sache, also insofern das einzuschränkende Recht eines Andern voraussetzt, dahingegen die Menschenrechtschaft immer eine eigenthümliche Sache zum Gegenstande hat. Uebrigens ist es wohl außer allem Zweifel, daß der Kläger bei der Negatorienklage alsdann den Beweis übernehmen müsse, wenn er einräumt, der Beklagte habe die Servitut wirklich gehabt, aber das gegen behauptet, er habe auf diese Verzicht gethan, oder die Servitut sei durch Verjährung erloschen, oder wenn er dem Beklagten die Servitut zugestellt, aber eine Einschränkung derselben in Anschung der Art, oder der Zeit, oder des Orts behauptet, oder er habe ihm die Servitut auf seinem Grundstück zwar eingeräumt, aber auf eine wiederrussische Art²⁴⁾.

R 3

Lib. VIII.

23) Beiträge 4. Stück Nr. X. §. 6. S. 72.

24) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 7. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 105. pag. 409. von Hymmen Beiträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 3. Samml. 1. Abschn. Nr. IV. S. 36. ff. SCHMIDTS Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Band. §. 466. und Hufeland in den Beiträgen 4. Stück. Nr. X. §. 13. S. 90. ff.



Lib. VIII. Tit. VI.

Quemadmodum servitutes amittantur.

§. 688.

Verlust der Prädialservituten.

Dingliche Servituten können auf mancherley Art aufhören.

I. Durch gänzlichen Untergang des dienstbaren oder herrschenden Gutes. Wird jedoch das Grundstück wieder hergestellt, so lebt die Dienstbarkeit wieder auf, wenn gleich bis dahin eine so lange Zeit verflossen seyn sollte, als zum Erlöschen der Servitut hinreicht²⁵⁾). Eine bloße Veränderung des dienstbaren Guts, bei welcher die Ausübung der Dienstbarkeit immer noch möglich bleibt, hebt

25) L. 20. §. 2. D. de Servit. praed. urban. Siehe über diese Stelle Ger. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. II. (Oper. Tom. I. pag. 468.) Besonders L. 14. D. b. t. Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est: servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est. S. Lud. VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. II. (in Thes. Otton. Tom. II. pag. 672.) Es muß nur nicht etwa die Restitution an dem Eigentümer des herrschenden Gutes selbst gelegen haben, und darüber die zur Erlösung der Servitut hinreichende Zeit verstrichen seyn. S. voigt in Comm. h. c. §. 4.

hebt die Servitut nicht auf, weil sie sich mehr auf den Grund und Boden, als auf die Oberfläche bezieht²⁶).

II. Durch Confusion, wenn beyde Grundstücke an einen Herrn kommen²⁷). Hier tritt der Grundsatz ein: *nemini res sua servit.* Hört die Confusion wieder auf, so entsteht die Frage, ob die vorige Servitut wieder aufliebe? Simon van Leeuwen²⁸) trägt kein Bedenken, sie zu bejahen. Wolfg. Ad. Schöppf²⁹) hingegen verneinet sie schlechthin. Allein es ist vielmehr mit Voet³⁰) ein Unterschied zu machen, ob die Confusion durch Erwerbung eines blos temporären, oder eines beständigen Eigenthums eingetreten war. Nur in jenem Falle lebt die Servitut wieder auf, wenn die Confusion wieder aufhört³¹). Dieser Fall tritt ein, wenn einem Ehemanne ein ihm vorher dienstbar gewesenes Grundstück zum Brautschatz gegeben worden war, und solches nach getrennter Ehe restituirt wird; oder wenn ein Erbe ein ihm dienstbar gewesenes

R 4. Gut,

26) L. 13. pr. D. de servitut. praed. rustic.

27) L. 1. D. b. t. Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse cooperit. S. Gebb. Christ. BASTINELLER Diss. de confusione. Vitemb. 1750. §. 9. sqq.

28) Censur. for. iuris civ. Lib. II. cap. 14. nr. 7.

29) Diss. sist. decadem casuum de reviviscentia iurium. Tüb. 1746. Cas. IX.

30) Commentar. h. t. §. 3.

31) L. 70. §. 1. D. de legat. I. L. 116. §. fin. D. eodem. L. 18. D. de servitut. L. 7. §. 1. D. de fundo dot. L. 73. §. 1. D. ad SCtum Trebell. Fr. DUARENUS ad L. 18. D. de Servitut. Oper. pag. 191. Ge. FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. und Aem. Lud. HOMBERGK zu Wach Diff. de reviviscentia iurium extinctor. Marb. 1743. §. 13.

Qui, oder ein solches, dem ein Grundstück des Erben dienstbar war, durch Erbschaftsantritt erhält, solches aber einem Andern unter einer Bedingung vermachte worden ist³²⁾). In dem andern Falle hingegen lebt die Servitut nicht wieder auf, wenn auch in der Folge die Confusio n wieder aufhören sollte, wofern nicht die Servitut ausdrücklich vorbehalten worden ist. Z. B. wenn Jemand ein ihm bisher dienstbar gewesenes Grundstück kauft, und solches nach einiger Zeit wieder verkauft³³⁾). Ausnahmen finden jedoch statt, 1) wenn Jemand ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück geerbt, die Erbschaft aber an einen Andern verkauft hat. In diesem Falle lebt die durch Confusio n erloschen gewesene Servitut aus dem Grunde wieder auf, quis, wie Pomponius³⁴⁾ sagt, *id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.* Eben dies geschieht, 2) wenn die Erbschaft durch die Inofficiositäts-Quarel evincirt worden ist, weil hier die Erbschaft für nicht angetreten gehalten wird³⁵⁾), und folglich dem Testamentserben alle eigenen Rechte verbleiben³⁶⁾). Es wird übrigens bei der Confusio vorausgesetzt, daß sich dieselbe auf das ganze Grundstück erstrecke. Denn betrifft sie nur einen Theil

des

32) G. LAUTERBACH Diff. de confusione. Tüb. 1660. §. 21. und Ge. Frid. KRAUSE Diff. de servitute reviviscente. Vitemb. 1755. §. 4—6.

33) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urban. WERNHER Observ. for. T. II. P. VIII. Obsl. 468. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. und KRAUSE cit. Diff. §. 3.

34) L. 9. D. Commun. praed. L. 2. §. 18. et 19. D. de bered. vel act. vend. VOET h. t. §. 3. KRAUSE cit. Diff. §. 5.

35) L. 21. §. fin. D. de inoff. testam. L. 22. C. eod.

36) G. LAUTERBACH Diff. de confusione §. 23.

des Guts, dem mein Grundstück, oder welches meinem Grundstück dienstbar war, so dauert die Servitut auf dem übrigen fort³⁷⁾.

III. Durch Aufgebung und Entsaigung, sofern alle Interessenten dabei einwilligen³⁸⁾. Eine solche Entsaigung kann auch stillschweigend dadurch geschehen, wenn der Berechtigte dem Herrn des dienenden Guts ausdrücklich etwas erlaubt, was die Ausübung der Dienstbarkeit auf immer unmöglich macht³⁹⁾. Das bloße Nichtwidersprechen, oder stillschweigende Leiden einer solchen Handlung enthält jedoch noch keine Remission der Servitut⁴⁰⁾, sondern es geht dadurch nur der Quasibesitz verloren⁴¹⁾. Der Berechtigte kann jedoch verlangen, daß alles wieder in den vorigen Stand gesetzt werde. Wäre indessen ein Gebäude errichtet worden, ohne die Vollendung desselben durch eine operis novi nunciatio zu hindern; so kann der Berechtigte zwar auf Entschädigung, wegen der vereitelten Servitut, aber nicht auf Abrechnung des Gebäudes klagen

37) L. 30. §. 1. D. de servit. praed. urb.

38) L. 14. §. 1. D. de servitut. L. 34. pr. D. de servitut. praed. rustic. WESTPHAL §. 876.

39) L. 8. pr. D. b. t.

40) L. 5. D. de servitut. praed. urb. In vitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit. Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich Ios. Lud. Ern. PÜTTMANNI Varia iuris civ. capita. Lipsiae 1766. Cap. 3. und Guil. a TEISTERBANT Observation. et Emendation. libr. Cap. 33.

41) L. 6. §. 1. D. Si servit. vindic. cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. besonders Höpfner im Commentar über die Institut. §. 368.

gen⁴²). Uebrigens ist alle Remission streng zu erklären, und kann daher von der einen Servitut auf die andere nicht gezogen werden, wenn dem berechtigten Grundstück etwa mehrere Servituten zustehen sollten⁴³).

IV. Wenn des Constituenten Eigenthumsrecht ex tunc widerrufen wird⁴⁴). Es tritt hier die Regel ein: resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis⁴⁵).

§. 689. u. 690.

Fortsetzung.

V. Realdienstbarkeiten können auch durch Nichtgebrauch verloren gehen. Nach dem ältern Römischen Rechte war ein Nichtgebrauch von zwey Jahren hinreichend⁴⁶). Allein Justinian verordnet L. 13. Cod de Servit. daß alle Servituten durch den Nichtgebrauch in zehn Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden erloschen sollen. Die Worte dieser Verordnung sind schon bey einer andern Gelegenheit⁴⁷) vorgekommen. Ob aber dingliche Servituten durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen, oder ob sie nicht von Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Guts eine Usucaption der Freyheit erfordern, ist streitig. Viele⁴⁸) behaupten das

42) L. 28. D. Communi divid. voet in Comm. h. t. §. 5.

43) L. 21. D. de servit. praed. urb. L. 20. pr. D. de serv. pr. rustic. cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 4. WESTPHAL §. 875.

44) L. 11. §. 1. D. b. t. L. 105. D. de condit. et demonstrat. Ein Anders wäre, wenn die Servitut mit Einwilligung desjenigen constituit worden ist, an welchen das Eigenthum zurückfällt. L. 9. pr. et §. 1. et 2. D. de aqua pluv. WESTPHAL §. 923.

45) S. den 8. Th. §. 577. S. 76. folgg.

46) PAULUS Sentent. recept. Lib. I. Tit. 17. §. 1. Servitus hau-tiendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit.

47) Siehe 9. Th. 2. Abth. S. 369.

48) WALCH Controv. iur. civ. Sect. II. Cap. III. §. 30. Andr. Frid. MALLINKROT Diss. de praescriptione servitutum extictiva. Jenae 1788. HAUBOLD ad Bergeri Oecon. iuris Tom. I. pag. 354. not. k.

das erstere, und eben so viel⁴⁹⁾ das letztere. Allein nach der richtigern Meinung der meisten Rechtsglehrten⁵⁰⁾ ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob von servitutibus praediorum urbanorum oder rusticorum die Frage ist. Bey den ersten ist der bloße Nichtgebrauch nicht hinreichend, sondern es muß damit auf Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Gutes noch eine Usucaption der Freyheit verbunden seyn, wenn sie verloren gehen sollen. Diese Usucaption besteht bey negativen Servituten darin, daß der Herr des dienenden Grundstücks eine mit der Servitut streitende Handlung unternommen, und der Berechtigte sich dabei beruhiget habe. Z. B. mein Nachbar verbauet mir das Licht, da doch meinem Hause die Servitus ne luminibus officiatur zusieht, und ich habe diesen Bau geschehen lassen, ohne novum opus zu nunciren. Die bloße Anpflanzung eines Baums auf dem dienstbaren Grundstück, wenn auch dadurch das Licht gehindert wird, ist zur Usucaption nicht hinreichend. Pomponius⁵¹⁾ führt das von den Grund an: *Quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter modum naturalem arboris⁵²⁾.* Bey den affirmativen Dienst-

bars.

49) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 188. RAVE de praescription. §. 109. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 364. und Klein in den merkwürdigen Rechtsprüchen der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Bd. Nr. VI. S. 89. ss.

50) Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 9. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. C. de Servitut. pag. 177. Lud. VITALIS Lection. variar. Lib. II. c. 11. nr. 3. Rad. FORNERIUS Ref. Quotidian. Lib. II. c. 12. (in OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 172.) VOET Comm. h. t. §. 11. POTHIER Pand. lust. T. I. h. t. Nr. IX. cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et ad Eundem EMMINGHAUS not. h. Wolfgang. Ad. SCHÖPFF Diff. de praescriptione servitut. extinctiva. Tüb. 1716. Cap. III. §. 15. WESTPHAL de Servit. praed. §. 1109. THIBAUT über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. u. 58. und KONOPAK Institution. des röm. Rechts §. 278.

51) L. 7. D. de servitut. praed. urb.

52) Die Worte *propter motum naturalem arboris* werden auf sehr verschiedene Art erklärt. Man sehe EV. OTTONIS Praefat ad Tom.

barkelten hingegen besteht die Usucaption darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks die zur Ausübung der Servitut erforderlichen Anlagen zerstört, und sich dadurch in den Besitz der natürlichen Freyheit gesetzt habe. Hierher gehört die ganz entscheidende L. 6. D. de Servitut. praed. urb. wo Cajus sagt: *Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat: veluti, si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero, vel obstruxero: ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas babueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immisii aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita babueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet.* So viel die Servitutes rusticæ anbetrifft, so ist bei diesen, da sie zu ihrer Ausübung blos wiederholte Handlungen von Seiten des Berechtigten erfordern, schon der bloße Nichtgebrauch zu deren Verlust hinreichend. Dieser Unterschied, welcher in der Natur der Sache selbst gegründet ist, ist durch die L. 13. C. de Servit. keinesweges aufgehoben worden, da sich diese Verordnung offenbar nicht weiter, als auf die Zeitbestimmung erstreckt, welche beim Verlust aller Servituten durch Nichtgebrauch die nämliche seyn soll⁵³⁾. Ich muß hier noch folgendes bemerken.

1) Ich

Tom. II. Thes. iur. Rom. pag. 16. Die richtigste Erklärung giebt ohne Zweifel Ge. D'ARNAUD Vitæ Scaevolar. Diss. posthum. (Traj. ad Rben. 1767. 8.) §. 41. wenn er sagt: *Intelligebat Mucius naturalem vegetationem arboris, quae cum identidem novis succis alitur, non eadem semper, sed nova esse censebatur, adeoque ad usucaptionem, quemadmodum aedificium, prodeesse non poterat.*

53) S. Groß Geschichte der Verjährung S. 79.

1) Zur Usucaption der Freiheit wird, wie zu jeder andern erwerbenden Verjährung, auf Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Guts ein ununterbrochener Besitz⁵⁴⁾ und guter Glaube erforderlich, letzter bestehet nun entweder in einer gänzlichen Unwissenheit der auf seinem Grundstück haftenden Servitut, oder in der Ueberredung, daß der Berechtigte dem dienstbaren Gute die Servitut erlassen habe⁵⁵⁾). Dahingegen kann bei der Aufhebung einer Servitut durch bloßen Nichtgebrauch von einer bona fides um deshalb keine Rede seyn, weil es hier nicht auf eine Handlung von Seiten desjenigen, dem das dienstbare Gut gehört, sondern blos auf eine Unterlassung von Seiten dessen ankommt, dem die Servitut zustand⁵⁶⁾).

2) Soll eine Prädial-Servitut durch Nichtgebrauch erloschen, so muß der Nichtgebrauch a) freiwillig, b) impotabel, und c) total gewesen seyn. Der Berechtigte muß also die Servitut weder selbst, noch durch andere ausgeübt haben, ohnerachtet es ihm nicht an Gelegenheit fehle⁵⁷⁾).

3) Ist die Realservitut auf eine solche Art bestellt worden, daß sie nur ein Jahr um das andere, oder nur zu gewissen Zeiten im Jahre, d. B. nur im Sommer, oder blos im Winter, oder wohl gar nur alle drey Jahre einmal ausgeübt werden darf, so geht sie erst in 20 Jahren verloren⁵⁸⁾, ohne daß es hier weiter auf den Unterschied der Gegenwart und Abwesenheit ankommt⁵⁹⁾.)

4) Wech-

54) L. 32. §. 1. D. de servit. praed. urb. voet h. t. §. 8.
Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 18. Groß
Geschichte der Verjährung S. 61. f.

55) RAVE de praescript. §. 112. PUFENDORF Tom. III. Obs. 188.
§. 39. HOFACKER Tom. II. §. 1109.

56) Groß Geschichte der Verjährung S. 63. f.

57) L. 5. L. 6. L. 12. L. 18. L. 20. 21. 22 — 24. D. b. t.

58) L. 7. D. b. t. L. fn. C. de servitut.

59) VOET in Comm. h. t. §. 7. HUBER Praelect. ad Pand. h. t.
§. 3. et 4. Thibaut über Besitz und Verjährung S. 155.
anderer Meinung sind Pet. Franc. LINGLOIS Quinquag. Decis.
Iustin. Decis. VIII. Qu. I. nr. 8. pag. 77. und WESTPHAL §. 883.

4) Wechselt hingegen eine Servitut blos nach Tagen oder Stunden ab, so ändert dieser Umstand nichts in Absicht auf die Verjährungszeit⁶⁰⁾.

5) Hat man eine Realservitut nur zum Theil ausgeübt, so schadet dies der Servitut nicht, sie wird dadurch dennoch im Ganzen erhalten. Z. B. ich habe mich des Fuhrwegs blos zum Fußsteige bedient⁶¹⁾. Hat hingegen

6) der Berechtigte die Servitut auf eine andere, als die bestimmte Art ausgeübt, so geht auch dadurch die Servitut verloren⁶²⁾. Indessen kann man die andere Art der Servitut, die man statt der wirklichen ausgeübt hat, durch Verjährung erwerben, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind⁶³⁾.

VI. Durch Eintritt der Bedingung, oder des Zeitpunkts, von deren Eintritt ihr Ende abhängig gemacht war, endigt sich eine Realservitut in sofern, daß dem Berechtigten die exceptio doli oder pacti entgegen gesetzt werden kann, wenn er actione confessoria gegen den Eigenthümer des dienstbar gewesenen Gutes nach Ablauf der Zeit klagen wollte⁶⁴⁾.

60) L. 7. D. b. t. WESTPHAL §. 881.

61) L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 2. D. b. t. WESTPHAL §. 888.

62) L. 10. §. 1. D. b. t. L. 18. pr. D. eod. L. 17. pr. D. de aqua pluv.

63) WESTPHAL §. 891.

64) L. 4. D. de servit. WESTPHAL §. 800. not. 716.

