Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

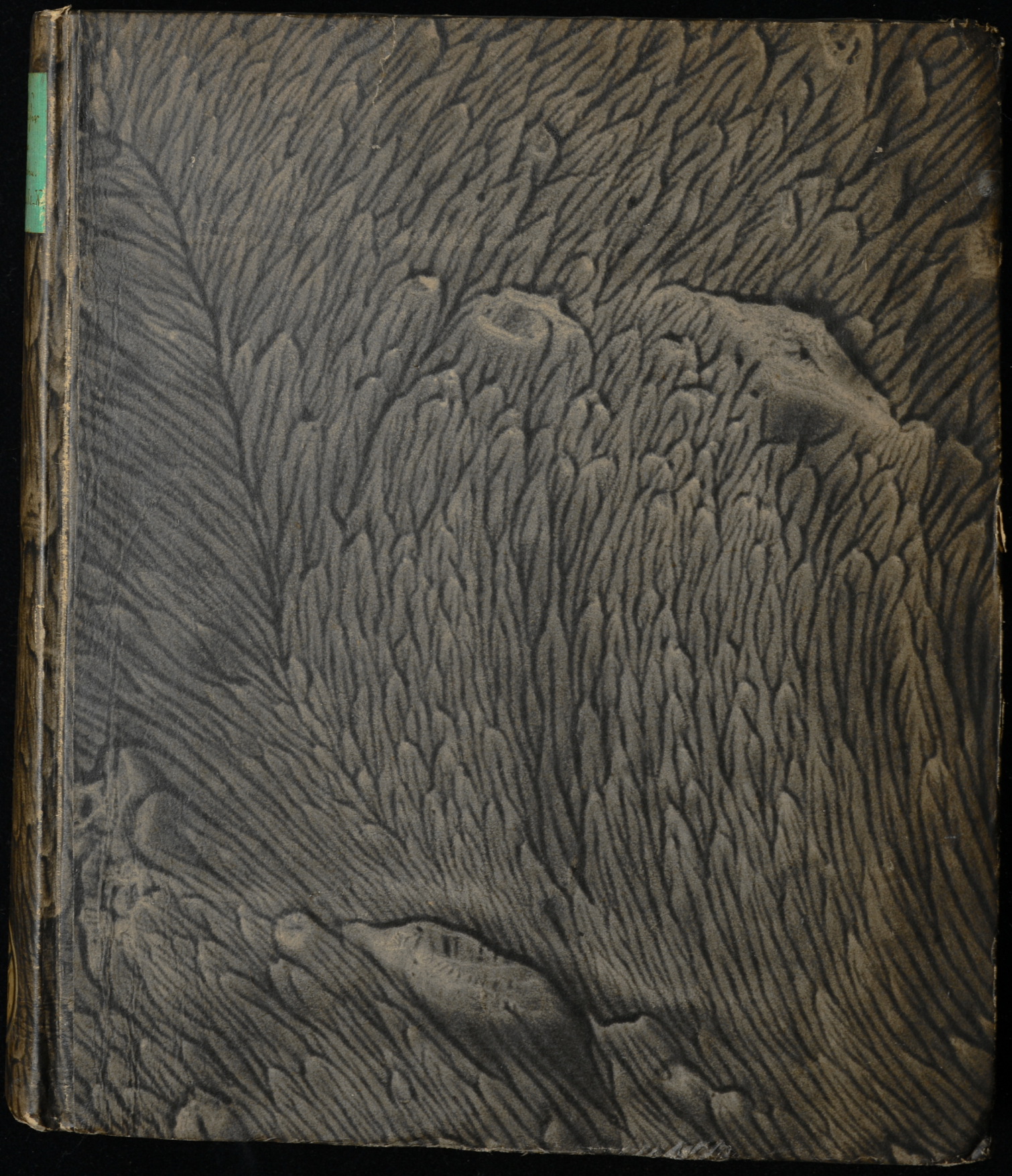
Theoretisch-practischer Commentar über die Pandecten nach Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs

3. Th., 1. Abth.

Leipzig: Barth, 1802

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378

Band (Druck) Freier Zugang PUBLIC DOMAIN



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0001
DFG

K. f. — 186 (3)
K. f. — 186. (3.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0002
DFG

Theoretisch-practischer

Commentar

über die

Pandecten

nach

Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs

von

Christian Heinrich Gottlieb Köchy D.

Dritten Theils erste Abtheilung.

Leipzig,
bey Johann Ambrosius Barth,
1802.

Ex dibris
Ferd. Kämmerer, Dr.

Ex Bibliotheca Academiae Rostochiensis

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0006
DFG

Vorrede.

Nur über zwey Puncte habe ich mich bey Erscheinung dieses neuen Theils meines Commentars zu erklären.

Der erste betrifft die Fortsetzung dieses Werkes. Wie ich höre trägt man sich mit dem Gerüchte, ich sey nicht gesonnen, diesen Commentar fortzusetzen und zu beendigen. Dem aber hiermit öffentlich zu widersprechen achte ich mich aus mehreren Ursachen verpflichtet.

Vorrede.

Der zweyte betrifft die neue Ausgabe des Hellfeldschen Lehrbuchs. Wie ich nehmlich ebenfalls höre halten mich einige irrig für den Herausgeber. Dem aber hiermit öffentlich zu widersprechen achte ich mich aus mehreren Ursachen nicht minder verpflichtet. Mir ist die erwähnte neue Ausgabe noch nicht zu Gesicht gekommen.

Jena,
im Weinmonath, 1802.

Köchy.

LIB.

LIB. VI. TIT. III.

SI AGER VECTIGALIS, ID EST, EMPHYTEVTICARIVS PETATVR.

§. 600.

Die rei vindicatio ciuilis oder eigentliche Eigenthumsklage ist, wie oben erinnert wurde a), entweder *directa*, oder *vtilis*, je nachdem sie aus dem dominio directo, oder vtili entspringt. Wenn nehmlich ein Eigenthümer, der nur ein nutzbares Eigenthum hat, die Eigenthumsklage anstellt, so heißt diese Klage *rei vindicatio* vtilis. Ein Beyspiel einer solchen Reivindication nun ist die aus dem emphyteutischen Rechte entstehende Realklage, die actio *si ager vectigalis*, welche der Emphyteuta gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer des Guts anzustellen befugt ist.

Was ist aber emphyteusis? Man bemerke.

Bisweilen besitzt jemand wüste Ländereyen; er wünscht, sie mögten urbar gemacht und gehörig gebauet werden, hat aber nicht Lust oder Gelegenheit, dies selbst zu thun. Wegen der Mühe des Anrottens findet sich niemand, der die Ländereyen auf eine Zeitlang pachten, und Pachtgeld dafür bezahlen will. Er giebt

a) §. 583.

giebt sie daher einem für sich, seine Erben und Nachkommen zum nutzbaren Eigenthume, unter der Bedingung, daß er sie anbauen, und zum Zeichen seines unvollständigen Eigenthums eine jährliche geringe Abgabe entrichten soll. In diesem Falle ist eine *emphyteusis* vorhanden. Das Wort emphyteusis selbst übrigens kommt aus dem Griechischen her, von ἐμφυτευειν, welches eigentlich pfropfen, überhaupt aber auch verbessern heißt, und es wird in dreyerley Bedeutungen genommen. Es bedeutet theils einen Contract, theils ein Recht, theils eine Sache. Nimt man es

1) für einen Contract, so versteht man darunter den Consensualcontract, mittelst dessen ich jemandem das nutzbare Eigenthum eines Grundstücks zu überlassen verspreche, unter der Bedingung, daß er das Grundstück verbessere, und zur Anerkennung meines Obereigenthums eine jährliche Abgabe entrichte. Versteht man aber

2) darunter ein Recht, so bedeutet es das nutzbare Eigenthum, welches jemand unter der Bedingung der Melioration und einer jährlichen Abgabe erhält. Endlich bedeutet emphyteusis

3) auch oft die Sache, welche ich jemandem unter der eben beschriebenen Bedingung zu melioriren und zu genießen gebe.

Die Personen, welche bey der Emphyteusis vorkommen, sind der dominus emphyteuseos und der emphyteuta. Wer nehmlich das nutzbare Eigenthum seines Grundstücks einem andern unter der Bedingung giebt, daß er es verbessern, und eine jährliche Abgabe entrichten soll, heißt *dominus emphyteuseos*, im Deutschen der Erbzinsherr; wer aber ein Grundstück unter diesen Bedingungen erhält, heißt *emphyteuta*, im Deutschen der Erbzinsmann. Die Emphyteusis selbst wird Erbzinscontract, Erbzinsrecht, Erbzinsgut genannt.

Die Veranlassung und Geschichte der Emphyteusis bey den Römern ist folgende b). Wenn die Römer ein Volk besiegten, so nahmen sie den Ueberwun-

b) Ausführlich erzählt den Ursprung und die Geschichte der Emphyteusis *Burmann de vectigal. pop. rom. cap. I. II. III.*

wundenen ein Stück ihres Landes ab c), und vertheilten solches entweder unter verdiente Krieger, wie auch unter arme und aufrührerisch gesinnte Bürger, die man als Colonisten dahin schickte d), oder machten es zu einer Staatsländerey (ager publicus populi romani), mithin zu einem förmlichen Eigenthume des Staats (patrimonium rei publicae) e). Die bereits cultivirten Stücke

c) Selten wurden den besiegten Feinden alle ihre Ländereyen abgenommen, sondern gewöhnlich nur ein Theil davon. *Liuius Histor. rom. Lib. I. cap. XV. Lib. II. cap. XXXXI. Lib. VIII. cap. I. Lib. XXXVI. cap. XXXVIIII.*

d) Durch diese weise Einrichtung wurde der Muth der Krieger angefeuert, und der Staat von einer Menge unnützer und unruhiger Bürger befreyet. Vom jährlichen Ertrage solcher agrorum mußten die Colonisten an den Staat eine gewisse Abgabe geben, welche nach der mehrern oder mindern Fruchtbarkeit des Landes, oder nach den Gesetzen und Rechten, welche eine Colonie hatte, bestimmt wurde, insgemein aber im zehnten Theile von den Saaten (σπειρομενα), und im fünften Theile von den Früchten (φυτευομενα) bestand. *Liuius Histor. rom. Lib. IIII. cap. XXXVI.*

e) Bisweilen überließ man die eroberten Länder den Einwohnern selbst gegen eine bestimmte jährliche Abgabe an Getraide und Früchten (decumae). Diese Einrichtung wurde insgemein in den Provinzen außerhalb Italien getroffen. Und sie war um so nothwendiger, da der Theil von Italien, in welchem die Römer ihren Wohnsitz hatten, zu unfruchtbar war, als daß von dem jährlichen Wachsthume in demselben einer so großen Menge Menschen in der Stadt und bey der Armee Lebensunterhalt verschafft werden konnte. Daher schon vorher, ehe die Römer noch auswärtige Provinzen erobert hatten, die sie zu ihren Frucht- und Vorrathskammern machen konnten, Getraide aus den benachbarten Ländern, z. B. aus Volscien, Campanien und aus dem reichen Sicilien herbeygeschafft werden mußte. *Liuius l. l. Lib. II cap. VIIII. XXXIIII.* Daß es mit den den Feinden abgenommenen Ländern so gehalten wurde, bezeugt *Plutarchus in vit. Tiber. et Caii Grachor. p. 827.* wenn er sagt: Ρωμαῖοι τῆς τῶν ἀσυγειτόνων χώρας ὅσην ἐτετέμοντο πολέμῳ, τὴν μὲν ἐπίπρασκον, τὴν δὲ ποιούμενοι δημοσίαν, ἐδίδοσαν, νεμεσθαι τοῖς ἀκτήμοσι καὶ ἀπόροις τῶν πολιτῶν, ἀποφοραν οὐ πολλὴν εἰς τὸ δημόσιος τελοῦσιν, d. i. die Römer haben die bey der Stadt gelegenen Ländereyen, welche sie durch Krieg erobert hatten, theils verkauft, theils zum Staate geschlagen, und unbegüterten und armen Bürgern zum Genuß eingegeben, wofür sie eine geringe Abgabe dem Staate zahlen sollten. Eben so lehrt *Appianus de bell. ciu. Lib. I. p. 6[illegible]4.* mit folgenden Worten: Ρωμαῖοι τὴν Ἰταλίαν πολέμῳ κατὰ μέρη χειρούμενοι, γῆς μέρος ἐλάμβανον, καὶ πόλεις ἐνώκιζον, ἢ ἐς τὰς προνόρον οὔσας κλρουχους ἀπὸ σφῶν κατόλεγον. Καὶ τάδε μὲν ἀντὶ φρουρίων ἐπονοοῦν, τῆς δὲ γῆς τῆς δορυκτήτου σφίσιν ἑκάστοτε γιγνομένης, τὴν μὲν ἐξειργασμένην αὐτίκα τοῖς οἰκιζομένοις ἐπιδιήρουν, ἢ ἐπίπρασκον, ἢ ἐξετίθουν: τὴν δὲ ἀγὸν ἐκ τοῦ πολέμου τότε οὖσαν, ἢ δὴ καὶ μάλιστα ἐπλήθυεν, οὐκ ἀγαγόντες πῶ χολὴν διαλαχεῖν, ἐπεκ-

ρυττον

dieser Staatsländerey gaben sie auf einen beständigen Pacht, und ließen sich eine verhältnißmäßige Abgabe (vectigal) davon entrichten; die wüsten oder noch nicht angebaueten Stücke gaben sie zur Emphyteusis. Späterhin ahmten die Kayser, die Kirchen, die Städte diese Anstalt nach, indem auch sie öde, wüste Stücken Landes zur Emphyteusis gaben; ja Privatpersonen fiengen endlich an, ihre Güter auf diese Art auszuthun, und man nannte nun dergleichen Güter bona *emphyteutica* auch *vectigalia*. In der Rubrik des vorliegenden Titels der Pandecten werden daher zwar agri vectigales und Emphyteusen als gleichgeltende Benennungen gebraucht, allein daß beyde ursprünglich einerley gewesen, wie Schilter f) behauptet, ist dennoch mehrerer Gründe wegen sehr unwahrscheinlich. Denn theils haben die beyden Wörter vectigalis und ἐμφυτευτικὸς der Bedeutung nach nichts mit einander gemein, theils behielten ja die Römer auch in ihrer Sprache das griechische Wort bey, weil sie im Lateinischen keines hatten, welches dieses Recht gehörig ausdrückte g), welches sie vermuthlich nicht

ρυττον ἐν τοςῶδε τοῖς ἐθέλȣςιν ἐκπονεῖν, ἐπὶ τέλει τῶν ἑπηςίων καρπῶν, δεκάτη μὲν τῶν ςπειρομένων, πέμπτη δὲ τῶν φυτευομένον, ὥριςο δὲ καὶ τοῖς προβατέȣςι τέλη μειζόνων τε καί ἐλαπτονων ζώων, d. i. die Römer, da sie Italien nach und nach ein Stück nach dem andern bezwungen, nahmen einen Theil des Landes und baueten Städte darauf, oder setzten in die bereits vorhandenen Städte neue Einwohner von den ihrigen, welche sie als Besatzungen hielten. Von den eroberten Ländern aber, welche den ihrigen insgemein zufielen, vertheilten sie das Bebauete sogleich unter die Einwohner, oder verkauften oder verpachteten es; das Unbebaute aber, welches durch den Krieg verwüstet, und das mehrste war, ließen sie, da sie solches zu vertheilen nicht Zeit hatten, ausrufen, wer es zu bebauen Lust hätte, unter einer Abgift der jährlichen Früchte, und zwar des zehnten Theils von dem Gesäeten, und des fünften von dem Gepflanzten. Auch den Heerden wurde ein Zins oder eine Abgift von dem großen und kleinen Vieh bestimmt.

f) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVI. §. 77. Faber de error. pragmaticor. Dec. LXV. err.* 4. glaubt, die Rubrik der Pandecten: Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur, enthalte einen Tribonianism.

g) Z. B. in der *L.* 3. §. 4. *D. de Reb. eor. qui sub tut.* fragt Ulpian: Si ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamuis ius praedii potius sit, ist die Antwort. Wie mag aber vom iure *emphyteutico*, dessen Ulpian hier gedenkt, das ius *embateuticum* verschieden seyn? Dies läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen; wahrscheinlich hatte Ulpian eine Art vom dominium vtile, oder auch den Nießbrauch im Sinne. *cf. Heineccius ad Brisson. de verbor. signif. s. v.* embateuticum ius.

nicht gethan hätten, wenn die so gewöhnlichen und bekannten agri vectigales das nämliche angezeigt hätten. Bey den agris vectigalibus war dasjenige, was die Besitzer jährlich zahlen mußten, ein ordentliches Pachtgeld, welches sich vermuthlich nach dem Werthe und der Beschaffenheit der Früchte richtete; hingegen bey den Emphyteusen wird der jährliche Canon nur in recognitionem dominii gegeben, und steht mit dem Werthe und der Größe der Früchte in keiner Proportion. Bey so bewandten Umständen waren wohl die Emphyteusen eine besondere Art von Gütern, die gleich anfänglich, da sie entstanden, diesen Namen erhielten, und zwar deswegen, weil sie aus öden, unbebauten Oertern bestanden, die von denjenigen, welchen sie eingegeben würden, urbar gemacht und verbessert werden mußten, daher sie auch ἐμπονήματα (Bearbeitungen) genannt werden. Anfänglich hatten die Besitzer nur ein persönliches Recht, nach und nach aber wurde dieses in ein gewisses erbliches Recht, in ein dominium vtile verwandelt, um sie desto mehr zur Bearbeitung aufzumuntern. Da nun eben dieses Erbrechts wegen solche Aecker, wenn sie gleich fruchtbar gemacht und in guten Stand gesetzt worden waren, dennoch den erstern Besitzern und ihren Nachkommen unter gleichen Bedingungen verblieben, so traf man mit der Zeit auch Emphyteusen an, die in fruchtbaren und wohlbebauten Ländern bestanden. Man fieng sogar nun an, nach dem Beyspiele solcher Emphyteusen neue über fruchtbare und wohlbebaute Länder aufzurichten, ja man gieng, wie es bey dergleichen willkührlichen Sachen gemeiniglich zu geschehen pflegt, noch weiter, indem man die Emphyteusen auf ganz andere Güter, als bey denen sie ursprünglich statt fanden, ausdehnte, und auch Häuser oder deren Grundplätze u. s. w. in emphyteusin verlieh. Verschiedene Rechtsgelehrte, als Coccejus h), Walch i) und mehrere andere, behaupten zwar, nur Grundstücke (praedia rustica), und nicht Gebäude habe man von jeher bey den Römern in emphyteusin geben können, allein mit Recht nehmen Stryk k), Vinnius l), Westenberg m) und Hofacker n) mit mehreren andern das Gegentheil

b) *de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. I. tit. Si ager vectigal. quaeſt. 3. p. 520. ed. nouiſſ.*

i) *Walch Introd. in controuerſſ. iur. ciuil. Sect. III. cap. IIII. membr. IIII. §. 2. p. 644. ſq. ed. nouiſſ.*

k) *Stryk Vſ. mod. Pandect. tit. Si ager vectigal. §. 3.*

l) *Vinnius Com. in Inſtitutt. Lib. III. tit. XXV. §. 3.*

m) *Weſtenberg ad Dig. tit. Si ager vectigal. §. 9.*

n) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1036. p. 251.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0013
DFG

an, da solches in der *Nov.* 7. *cap.* 3. und der *Nov.* 120. *cap.* 1. §. 1. deutlich enthalten ist, auch aus der *L.* 15. §. 6. *D. de Damn. inf.* erhellet, daß man nach dem Beyspiele der *agrorum* vectigalium auch *aedium* vectigales gehabt habe o). Daß auch heutiges Tages Gebäude, z. B. Mühlen, ein Gegenstand des emphyteutischen Contracts seyn können, leidet, wie Voet p), Höpfner q), Claproth r) und Emminghaus s) bezeugen, kein Bedenken t).

§. 601.

Ueberhaupt alle unbewegliche Sachen oder liegende Grundstücke, woran man ein nutzbares Eigenthum sub lege meliorationis et canonis erlangen kann, als Felder, Wiesen, Waldungen, Gärten, Häuser, Mühlen, u. dgl. nebst den denselben anhängigen Sachen und Zubehörungen, die nicht füglich getrennt werden können v), sind ein Gegenstand der Emphyteuse. Nicht nur wüste und verwilderte Grundstücke und Ländereyen, die zur Entstehung dieser Art von Gütern Gelegenheit gegeben haben, sondern auch bereits angebaute Grundstücke und Ländereyen können in emphyteusin gegeben werden, da bey letztern doch auch die lex meliorationis statt findet, wie fern sie in dem guten Zu-

o) *cf. Auth.* Quas ruinas *Cod. de Sacrosanct. eccles.*

p) *Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal.* §. 7.

q) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 896. *not.* 2.

r) Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge, Th. II. §. 309.

s) *Emminghaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. l. l. not. g. p.* 521.

t) Von den Schriften über diese Materie sind zu bemerken: *Cuiacius Com. ad tit. Dig. Si ager vectigal. (in opp. Tom. VII.) Leoninus Praelectt. in tit. Cod. de iure emphyteutico, (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p.* 655. *sqq.) *a Costa Com ad tit. eund. (in Praelectt. iur. ciuil. p.* 346. *sqq.) *Maranus Com. ad tit. eund. (in opp. Tom. II.) Beck Tr. de iure emphyteutico.* (Norimb. 1739) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 83. ff. *Vatasci Quaest. iur. emphyteut. (in Ruland Thes. iur. emphyt. Fulgineus Tr. de iur. emphyt.* Genev. 1665. Abhandlung vom Erbzinsrecht, Handlohn, Zehend und andern damit verbundenen Materien, Nürnberg 1789.) *Hartleben Diss. de emphyteusi meletemata quaedam,* Mogunt. 1792.)

v) Dahin gehören z. B. die stehenden Früchte, Bäume, und was nageifest und eingemauert ist, auch die dem Gute nutzenden Servituten und sonstigen Gerechtsame.

Zustande erhalten werden müssen, wo in sie bereits sind. Auch Güter der Kirchen und milden Stiftungen können erbzinslich ausgethan werden, daher denn die Emphyteusen in geistliche (*ecclesiasticas*) und weltliche (*seculares*) eingetheilt werden. Die unbewegliche Sache nehmlich, welche zu einem emphyteutischen Gute gemacht wird, gehört entweder einer Kirche, ingleichem einem pium corpus zu, oder irgend einer andern Person. Im ersten Falle ist eine geistliche, und im zweyten eine weltliche Emphyteuse vorhanden. Erbzinsgüter demnach, welche Clöstern, Armenhäusern, Waisenhäusern, Schulen, Academien u. s. w. zugehören, sind emphyteuses *ecclesiasticae*.

Diese Eintheilung der Erbzinsgüter ist von wichtigen practischen Folgen

1) in Ansehung ihrer Stiftung. In concessione emphyteuseos ecclesiasticae ea requiruntur sollemnia, quae in alienatione rerum ecclesiasticarum sunt necessaria, bemerkt Hellfeld ganz richtig in Beziehung auf die *L.* 14. und *L.* 17. *C. de Sacrosanct. eccles.* Die Verleihung des emphyteutischen Rechts an Kirchengütern muß also nach vorgängiger Untersuchung der Sache mit Concurrenz und Einwilligung der Kirchenvorsteher, des Patrons und des Kirchenregenten geschehen, daher denn bey den Protestanten der Consens des Landesherrn erforderlich ist, dessen Stelle meistentheils die Consistorien vertreten, in catholischen Landen hingegen der Bischof seine Einwilligung ertheilt x). Nur bey rebus ecclesiasticis *in emphyteusin dari solitis*, d. h. bey Sachen, die schon Erbzinsgüter gewesen, aber an die Kirche oder das pium corpus wieder zurück gefallen sind, findet eine Ausnahme statt, indem diese, gleich den Kirchenlehngütern, auch ohne Feyerlichkeit wieder als Emphyteusen sollen eingeräumt werden können y). — Ferner differiren geistliche und weltliche Emphyteusen

2) in Ansehung ihrer Dauer. Kirchengüter sollen nicht auf immer, sondern auf eine bestimmte Erbfolge von Kindern und Enkeln, auch Mann und Frau, und nicht weiter erbzinslich ausgethan werden. Geschieht die Ausleihung zum Erbzins ohne besondere Erwähnung der Nachfolger, so sollen zwar Kinder und Enkel darunter begriffen seyn, nicht

x) S. oben *tit. de Diuis. rer. et qualit.* §. 168.

y) *Boehmer Iur. eccles. protest. lib. III. tit. XVIII.* §. 12. von Cramer Nebenstunden, Th. XXXI Num. 3. Die Kirchenvorsteher selbst dürfen die Güter der Kirchen nicht in Erbzins nehmen.

nicht aber Ehegatten. Dies verordnete Justinian in der *Nov.* 7. *cap.* 3. *pr.* deutlich, mit Abänderung der Verordnungen seiner Vorfahren, der Kayser Leo und Anastasius, nachdem er schon vorher selbst verschiedene griechische Verordnungen über die Sache gemacht hatte, welche im Codex fehlen. In der Folge scheint er zwar durch die *Nov.* 120. *cap.* 6. die Einschränkung des Erbzinsvertrags auf Kinder und Enkel wieder aufgehoben, und dadurch die Contracte der Kirchen mit denjenigen, welche andere Ausleiher errichten, in diesem Puncte wieder gleich gemacht zu haben, allein es scheint auch wirklich nur so, und man lasse sich durch diesen Schein nicht verleiten, denjenigen Rechtslehrern beyzupflichten, welche solches wirklich behaupten z). Der Kayser verordnet in dieser letztern Gesetzstelle bloß, daß die Kirchengüter auf beständig erbzinslich sollen ausgethan werden können. Praedictis venerabilibus domibus (nehmlich *ecclesiis, et monasteriis, et xenodochiis, et nosocomiis*) licentiam damus non solum ad tempus emphyteusin facere immobilium rerum sibi competentium, sed et perpetue haec eis emphyteutico iure volentibus dari. Ist nun dadurch wohl die vorige Regel aufgehoben? Meinem wenigen Bedünken nach keinesweges. Wenn nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß das Erbzinsgut eine emphyteusis perpetua seyn soll, so ist zu vermuthen, daß sie nur auf die Enkel des Erbzinsmannes fortdauern, von diesen aber auf das pium corpus zurück fallen soll. — Endlich sind beyde Gattungen der Erbzinsgüter auch

3) in Ansehung ihres Verlustes verschieden. Bey einer kirchlichen Emphyteuse geht das Erbzinsrecht verloren, wenn der Erbzinsmann binnen zwey Jahren den Canon nicht entrichtet a), bey einer weltlichen hingegen erst alsdann, wenn die Entrichtung des Canons binnen drey Jahren nicht geschehen ist b).

§. 602. 603.

Der Erbzinsmann erhält ein nutzbares Eigenthum (dominium *utile*). Da aber überhaupt kein Contract ein dingliches, sondern nur ein persönliches

z) Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract, §. 195. S. 93.

a) *l.* 2. C. *de iur. emphyteut. Auth.* Qui rem *Cod. de Sacrosanct. eccles.*

b) S. unten §. 606.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0016 DFG

ches Recht giebt, so verschafft auch der emphyteutische Contract nur ein persönliches Recht; das ius in re, das dominium vtile erhält der Erbzinsmann erst alsdann, wenn ihm das Grundstück übergeben wird. Irrig ist es demnach, wenn einige Rechtslehrer behaupten, daß der emphyteutische Contract schon allein ein dingliches Recht wirke c); aber irrig ist es auch, wenn andere selbst nach der Tradition dem Emphyteuta zwar ein dingliches Recht, aber kein Eigenthum zugestanden wissen wollen d). Die Gesetze enthalten darüber freylich keine deutliche Bestimmung, ja sie scheinen sich in diesem Stück zu widersprechen e; allein die Rechte, welche in denselben dem Erbzinsmanne beygelegt werden, rechtfertigen die diesseitige Meinung aufs vollständigste. Und diese Rechte sind:

1) es

c) *Vinnius Com. in Institutt. Tom. II. ad §. 3. de Locat et conduct. num. 4. p. 762. ed. nouiss.* sagt mit Recht: Recte interpretes statuunt, ante traditionem praedii ius reale seu vtile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum. Etenim conuentionum et contractuum non haec natura et vis est, vt rem aliquam aut ius aliquod inmediate nostrum faciant, sed vt alium nobis ad aliquid dandum aut praestandum obstringant dumtaxat, adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, vt solo consensu ius praedii transferatur, et in rem actionem colonus adquirat. Es existirt in dem römischen Gesetzbuche keine einzige Stelle, durch welche sich diese Anomalie nur im geringsten rechtfertigen ließe.

d) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 166. ff.

e) Für das nutzbare Eigenthum des Emphyteuta lassen sich anführen 1) aus dem theodosianischen Codex die *L. vn Commun diuid.* In Sardinia *fundis* patrimonialibus vel *emphyteuticariis*, *per* diuersos nunc *dominus* distributis; ingleichem die *L. 5. de Censitor.* Actus Stratoris, qui possessores iuris emphyteuticarii, suae peraequationis colore, turbauit iubemus aboleri, alio ad id negotium dirigendo: quem obseruari, conueniet, vt pristinis *dominis*, siquidem idonei comprobantur, cuncta restituat. 2) Aus dem justinianeischen Codex die *L. 12. de Fund. patrimon.* Licentia eis concedenda etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque *emphyteuticariis*, *quum fundorum sint domini*, praestare; und die *L. 14. eod.* Nullam penitus super *dominio* — inquietudinem formidare. — Pro certo habeant, *suum* esse, quod possident; ingleichem die *L. 7. de Cens. et censitor.* Reliqua vero temporis anteacti a *nouo domino* fiscum postulare non patimur, ferner die *L. 1. de Omni agro deser.* Pro his fundis, qui inuenire *dominos* non potuerunt, die *L. 8. eod.* Qui agros *domino cessante* delertos — ita tamen, vt si vacanti et destituto solo nouus cultor insederit, ac *vetus dominus* intra biennium etc. und endlich die *L. 11. eod.*

1) es gehören ihm alle Nutzungen und Früchte des Grundstücks, z. B. Fischerey, Holzhieb, Mastung u. s. w. Selbst der Schatz, welcher auf dem Erbzinsgute gefunden wird, fällt dem Erbzinsmanne anheim. Denn unstreitig gebührt das Recht des Eigenthümers auf einen Schatz dem nutzbaren Eigenthümer dergestalt allein, daß derjenige, welchem bloß ein Antheil an der Proprietät zusteht, keine Prätensionen darauf machen kann f). Dagegen muß aber auch der Emphyteuta alle von der Sache zu entrichtende Abgaben entrichten. Beschwerden werden im Staate auf gewisse Güter insgemein in Absicht der Nutzungen gesetzt, welche der Besitzer daraus zieht, und deren ruhigen Genuß ihm der Staat garantirt. Billig ist es demnach, daß derjenige, welcher die Nutzungen von einem Gute genießt, auch die Lasten davon tragen müsse g). Da nun dem Emphyteuta alle Vortheile des Guts zukommen, so können auch mit Recht die darauf haftenden öffentlichen Anlagen von ihm beygetrieben werden h).

Man hat hiebey die Frage aufgeworfen: ob die den Fürsten, Geistlichen und andern Personen zuständige Freyheit, von ihren Gütern keine Steuren und Auflagen zu bezahlen, dadurch aufhöre, wenn solche Güter jemandem in emphyteusin gegeben werden? Bey fürstlichen Gütern dürfte wohl die ganze Frage mehrentheils vergeblich seyn, da es insgemein lediglich bey den Fürsten steht, in wie weit sie ihre Erbzinsmänner von den Auflagen befreyet wissen wollen, wenn nicht etwa ge-

Locorum *domini* intra sex menses edictis vocati, reuertantur. Wider das nutzbare Eigenthum des Erbzinsmannes führt man gemeinhin an, in allen Gesetzen im Titel des Codex *de Iur. emphyteut.* werde der emphyteuta dem dominus entgegen gesetzt. So heiße es z. B. in der *L.* 1. Non emphyteuticario — sed *rei domino.* Auch werde bey den agris vectigalibus dem Besitzer das Eigenthum ausdrücklich abgesprochen durch die L. 1. §. 1. *D. Si ager vectigal.* in den Worten: Quamuis non efficiantur domini, wie auch durch die *L.* 7. §. 6. *C. de Praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* worin es heißt: Nulla danda licentia ei, qui iure emphyteutico rem aliquam — detinuerit dicendi — *dominium* sibi in iisdem rebus quaesitum esse. Kann man wohl bey diesem Schwanken der Gesetze Eintracht unter den Rechtsgelehrten erwarten?

f) S. meine Civilistische Erörterungen, Samml. *I.* Num. *VII.* S. 255. f.

g) *L.* 13. D. *de Inpens. in res dot. fact. L.* 2. *C. de Annon. et tribut.*

h) *L.* 2. *C. de Iur. emphyt.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0018
DFG

gewisse Verträge mit den Landständen im Wege sind, oder die Immunität der fürstlichen Emphyteuten den übrigen Unterthanen zur Last gereichen würde; desto häufiger aber kann die Frage bey andern steuerfreyen Gütern zur Sprache kommen. Sie gehört unter die streitigen, indem sie von vielen Rechtslehrern bejahet, von vielen hingegen verneinet wird i). Der Grund, weswegen die Rechtslehrer bey dieser sonst leicht zu entscheidenden Frage verschiedener Meinung sind, liegt theils darin, daß sie die Fälle, welche sich dabey denken lassen, nicht gehörig aus einander gesetzt haben, theils darin, daß sie eine Sache, die doch lediglich aus den deutschen Rechten und Gewohnheiten, und aus der Verfassung sowohl Deutschlands überhaupt, als einer jeden einzelnen Provinz insonderheit, hätte entschieden werden sollen, aus den römischen Gesetzen, z. B. durch ungereimte Anwendung der von den fundis patrimonialibus und von andern dergleichen auf unsere Staatsverfassung nicht passenden Instituten gegebenen Verordnungen, zu entscheiden gesucht haben. Die verschiedenen dabey vorkommenden Fälle lassen sich freylich nicht wohl entscheiden, ohne die Materie von den Steuren mit auszuführen, wozu nun hier der Ort nicht ist. Im allgemeinen kann inzwischen folgende Regel zur Entscheidung dienen: ein vorher freyes Gut behält die Eigenschaft der Immunität auch noch nachher, wenn es gleich an jemanden erbzinslich ausgethan wird. Ausnahmen finden jedoch statt, wenn die Freyheit des vorigen Besitzers bloß auf dessen Person eingeschränkt war, und vermöge des ertheilten Privilegiums ausdrücklich erfordert wird, daß er die steuerfreyen Güter selbst besitze, oder wenn die Person des Emphyteuten so beschaffen ist, daß dieser nach den Gesetzen oder vermöge gewisser Verträge keine Güter, ohne die gewöhnlichen Beschwerden davon zu entrichten, besitzen kann.

2) Kann der Erbzinsmann die Gestalt des Guts ändern, wie fern solches dem Gute nicht zum Schaden gereicht k). Es fließt dies aus dem Rechte, welches er bey der ersten Eingebung erhalten hat. Er ist verbunden, das Gut auf alle mögliche Art zu verbessern und fruchtbar zu machen; dieser Verbindlichkeit aber corre-

i) Die beyderseitigen Gründe findet man umständlich angeführt bey *Borngaesser Diss. de praediorum emphyteuticorum iure et immunitate*, (Giessae 1736.)

k) *Auth. Qui rem C. de Sacrosanct. eccles.*

spondirt begreiflich die Befugniß, hie und da nützliche Veränderungen mit dem Gute vorzunehmen, z. B. aus Wiesen Aecker, aus Aeckern Gärten zu machen, stagnirende Lachen in Fischteiche zu verwandeln, u. s. w. Eben so ergiebt sich aus jener Verbindlichkeit die Einschränkung, daß durch die Veränderung das Gut nicht verschlimmert werden darf. Jede Deterioration oder Verschlimmerung würde wider seine Verbindlichkeit, das Gut zu melioriren, anstoßen, und dem Erbzinsherrn muß das dominium directum ungekränkt bleiben. Streitig ist es daher unter den Rechtsgelehrten, ob der Erbzinsmann

3) das Recht habe, Servituten auf das Gut zu legen. Daß er dem Gute eine Dienstbarkeit erwerben könne, ist keinem erheblichen Zweifel unterworfen. Denn wenn gleich die Gesetze dem Usufructuar diese Befugniß ausdrücklich absprechen l), so würde man dennoch sehr irren, wenn man von ihm auf den Erbzinsmann schließen zu können glaubte. Der Erbzinsmann hat ein weit stärkeres Recht, als ein bloßer Nießbrauchsnehmer. Sodann hat ja der Erbzinsmann das Gut unter der Bedingung, daß er solches verbessern solle, eingegeben erhalten; nun gehört aber zur Verbesserung unstreitig auch die Acquisition gewisser Gerechtsame, zu dieser hat ihn also der Herr stillschweigend bevollmächtiget, und da bekanntlich auch Servituten durch einen Bevollmächtigten erworben werden können m), so ist nicht abzusehn, weswegen nicht der Erbzinsmann in dieser Eigenschaft dieselben zu acquiriren befugt seyn sollte. So sehr dies der Natur des emphyteutischen Contracts angemessen ist, eben so sehr scheint es ihr freylich auf der andern Seite zu widersprechen, daß der Erbzinsmann im Gegentheil auch berechtigt seyn sollte, das Gut mit Dienstbarkeiten zu belegen. Denn streitet dies nicht evident mit dem Grundsatze, daß der Erbzinsmann das Gut zwar melioriren soll, nicht aber deterioriren darf? In der That fehlt es nicht an Rechtsgelehrten, welche aus diesem Grunde dem Erbzinsmanne diese Befugniß nicht zugestanden wissen wollen. Es mag genug seyn, von ihnen einen Wernher m) und Buri n) zu nennen. Wenn man aber nur be-

l) *L. 15. §. 7. D. de Vsufr.*

m) *a Wernher Obseruatt. forr. Part. I. obs. CCXXIII. num. 12. sqq. p. 263.*

n) von Buri, a. O. S. 170. f.

bedenkt, daß der Emphyteut nach den Gesetzen das Gut sogar veräussern kann, so wird man ihm die Befugniß, es mit Servituten zu beschweren, wohl schwerlich versagen. Kein Wunder demnach, wenn ihm die angesehensten Rechtsgelehrten, von welchen ich nur einen Westenberg o), Heineccius p), Höpfner q) und Hofacker r) namhaft machen will, das erwähnte Recht mit unserm Verfasser wirklich einräumen. Gemeiniglich beruft man sich zum Beweise dieses Rechts des Erbzinsmannes auch auf die *L. 1. §. vlt. D de Superfic.*, worin Ulpian sagt: Seruitutes quoque praetorio iure constituentur: et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, vtilibus actionibus petentur, sed et interdictum de his vtile competit. Allein, wenn wir auch voraussetzen wollten, daß in diesem Stück von der Superficies auf die Emphyteuse sicher geschlossen werden könne, so glaube ich doch, daß die Stelle nicht von der Auflegung, sondern vielmehr von der Erwerbung der Servituten handelt; wenigstens scheinen mir dies die Worte: *vtilibus actionibus* PETENTVR, und INTERDICTVM *de his vtile competet*, anzudeuten, indem dadurch, meinem wenigen Bedünken nach, angezeigt wird, daß ein Superficiar die erlangten Dienstbarkeiten zwar nicht wie ein völliger dominus actione confessoria und interdictis possessoriis *directe*, aber doch *vtiliter* fordern könne. Wozu bedarf es auch noch eines gesetzlichen Beweises, da das Recht des Erbzinsmannes, das Gut mit Dienstbarkeiten zu beschweren, schon vermöge des ihm zuständigen Veräusserungsbefugnisses außer Zweifel beruht. Indessen versteht es sich von selbst, daß dergleichen vom Erbzinsmanne constituirte Servituten nicht länger dauern, als das emphyteutische Recht, nach der bekannten Regel: resoluto iure dantis, resoluitur ius concessum. So bald das Gut auf den Herrn zurück fällt, hören die ohne seine Einwilligung bestellten Dienstbarkeiten auf s).

o) *Westenberg Princip. iur. sec. ordin. Dig. Lib. VI. tit. III. §. 13.*

p) *Heineccius Elemm. iur. sec. Institutt. Lib. III. tit. XXV. §. 899.*

q) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 899.

r) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1043. p. 255.*

s) *cf. Grafs de reditu dominii legali, §. 64. num. 32. p. 213.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0021 DFG

4) Ist der Erbzinsmann befugt, das Gut unter gewissen Umständen zu verpfänden und zu veräussern. Was

a) das Verpfändungsrecht betrifft, so ist der Erbzinsmann allerdings berechtigt, das Erbzinsgut zu verpfänden, auch ohne Einwilligung des Erbzinsherrn. Bekanntlich können sogar ganz fremde Sachen mit der Wirkung verpfändet werden, daß unter den Partheyen oder Contrahenten eine vollkommene Verbindlichkeit gestiftet wird, und deshalb die actio pigneratitia statt findet t); um wie viel mehr muß das nicht bey der Emphyteuse der Fall seyn. Es fehlt auch nicht an Gesetzen, welche dem Erbzinsmanne dieses Recht ertheilen. Etiam vectigale praedium pignori dari potest, heißt es in der *L.* 16. § 2. *D. de Pignerat. act.* ausdrücklich. Doch gilt die Verpfändung nicht länger, als bis das Erbzinsgut künftig einmal in die Hände des Erbzinsherrn zurück kehrt. Merkwürdig ist es, wenn Scävola in der *L.* 31. *D. de Pignor. et hypothec.* sagt: Lex vectigali fundo dicta erat, vt si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat: postea is fundus a possessore pignori datus est: Quaesitum est, an recte pignori datus est? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesiit: si, quum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse: cuius potior causa esset? Respondit, si, vt proponeretur, vectigali non soluto, iure suo dominus vsus esset, etiam pignoris ius euanuisse. Wenn das Erbzinsgut an den Erbzinsherrn, eines Privationsfalls wegen, zurück fällt, so ist das von dem Erbzinsmanne ohne jenes Einwilligung gegebene Pfandrecht erloschen, weil das Recht des Gläubigers nicht länger dauern kann, als das, welches der Verpfänder gehabt. Der Verpfänder hatte kein beständiges, fortdauerndes und völlig von seiner Willkühr abhängiges Recht, sondern sein Besitz war auf den Fall, wo keine Consolidation oder Privation bevorstand, eingeschränkt. Der Erbzinsherr hatte sich des Grundstücks auf

t) *L.* 9. §. 4. *et L.* 22. §. 2. *D. de Pignerat. act.*

auf den Fall einer Consolidation und Privation gar nicht begeben. Daher mußte das vom Erbzinsmanne ertheilte Pfandrecht in diesen Fällen aufhören v).

Ist die Verpfändung mit Einwilligung des Erbzinsherrn geschehen, dann ist dieser freylich beym Heimfalle des Guts verbunden, den Gläubigern entweder das Geld zu bezahlen, oder ihnen das Gut bis zum gänzlichen Abtrag der Schulden zu überlassen x). Hieraus fließen folgende zwey von Leyser y) beygebrachte Urtheile, nehmlich

a) daß, wenn zu einer Emphyteuse ein Concurs der Gläubiger entsteht, und der Herr, weil er seinen Zins nicht richtig erhalten, zugleich auf die Beraubung des Guts klagt, alsdann alle auch gerichtlich geschehene Verpfändungen wegfallen, weil der Richter durch seine Einwilligung dem Herrn an

v) Die Worte: si pecunia interceſſit, pignus eſſe, erklärt Cujaz so. Wenn der Gläubiger wirklich etwas darauf geborgt hat, oder sonst eine Forderung hat, so ist gegen das Pfandrecht nichts einzuwenden. Die Erklärung läßt sich zwar hören; da aber nicht abzusehn ist, wie der Jurist eine Bedingung habe beyfügen können, die sich von selbst versteht, und woran es der Natur der Sache nach nicht einmal fehlen kann, so übersetzt Westphal Versuch einer systemat. Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte, §. 137. *not.* 161. S. 198. die erwähnten Worte richtiger so. Wenn die dem Erbzinsherrn gehörige Abgabe richtig entrichtet worden, so ist gegen das Pfandrecht nichts einzuwenden. Auf diese Weise stehn die Worte mit den folgenden in besserer Verbindung. Die Worte: tam debitor, quam creditor, zeigen nicht an, daß der Gläubiger auch etwas verschuldet haben müsse. Wenn dieser auch von der erbzinslichen Qualität nicht das mindeste weiß, so verliert er doch sein Pfandrecht, weil es bloß darauf ankommt, daß des Verpfänders widerrufliches Eigenthum zu Ende gehe. Die Worte zielen, wie Westphal a. a. O. bemerkt, vielmehr darauf, daß wenn der Gläubiger auch ohne Wissen und Willen des Erbzinsmannes den Erbzins abgetragen haben sollte, dadurch eben so gut die Privation verhindert werde, als wenn der Erbzinsmann selbst alles bezahlt, und eben dadurch das Pfandrecht bey Kräften erhalten hätte. Und dieser Grundsatz ist sehr vernünftig. Denn man kann ja für einen andern ohne dessen Wissen und Willen mit der nämlichen Wirkung bezahlen, als er selbst bezahlen würde.

x) *Arg. L.* 16. §. 3. *D. de Pignor. et hypothec.* Aut pecuniam ſoluat, aut rem reſtituat.

y) a Leyser *Meditatt. ad Pandect, Specim. CVI. med.* 5. 6. 7.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0023 DFG

an seinem Rechte nichts entziehn kann, und also lediglich nur die vom Herrn verwilligten Verpfändungen kräftig bleiben. Im Gegentheil ergiebt sich indessen auch hieraus, daß, wenn keine Privationsklage vorhanden ist, alsdann auch diese Entscheidung nicht statt finden könne, sondern daß alsdann die gerichtlichen Verpfändungen, weil solche in Ansehung des Erbzinsmannes an und für sich gültig sind, allen andern vorgehn, und die bey den übrigen vorhandene Einwilligung des Herrn ihnen solchen Vorzug nicht nehmen kann, indem diese Einwilligung nicht eher, als bis das Gut an den Herrn zurück fällt, von Nutzen und Wirkung seyn kann.

b) Daß, wenn dem Erbzinsmanne das Gut auf solche Art genommen, und dem Herrn anheim gefallen ist, der Herr, bevor er die mit seiner Einwilligung auf das Gut gemachten Schulden nicht bezahlt, nicht befugt sey, auf das Gut einen neuen Erbzinsmann zu setzen, sondern solches den Gläubigern zu ihrem Gebrauche, wiewohl seinen übrigen Rechten unbeschadet, überlassen müsse, weil den Gläubigern widrigenfalls ihr Pfand, und die darauf gegründete Sicherheit, vereitelt werden würde.

β) Das Veräusserungsrecht des Erbzinsmannes betreffend, so leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß er die Befugniß habe, über das Gut zu disponiren, solches, im Falle diese Befugniß sonst auf eine andere Art nicht eingeschränkt ist, zu verschenken, zu vertauschen, zu verkaufen, u. s. w. z. Nur die Frage: ob der Erbzinsmann alle diese Arten von Veräusserungen vorher dem Erbzinsherrn anzuzeigen nöthig habe, oder ob dies nur allein bey dem Verkaufe erforderlich sey? wird von den Rechtsgelehrten nicht gleichmäßig beantwortet a).

Die

2) cf. *Harpprecht Disp. de licentia emphyteusin item feudum alienandi, in ipsa prima investitura absolute concessa*, (Tubingae 1713. *et in Eius dissertatt. Vol. I. num XVIIII. Endter Diss. de alienatione emphyteuseos*, Alt. 1678.)

a) Am weitläuftigsten hat diese Controverse erörtert *Alef Diss. de denunciatione domino in alienatione emphyteuseos facienda*, (Heidelb. 1759.) Man sehe aber vorzüglich auch

Die mehresten besondern Landesgesetze machen es dem Erbzinsmanne bey allen und jeden Alienationen zur Pflicht, dieselben dem Erbzinsherrn vorher anzuzeigen b); da aber die Uebereinstimmung vieler, oder wohl gar der mehresten deutschen Provincialgesetze kein gemeines Recht formirt, so darf man sich dieselbe auch hier, um letzteres zu eruiren, nicht irren lassen. Sehe ich bloß auf die Verordnungen des römischen Rechts, so glaube ich denjenigen Rechtsgelehrten beypflichten zu müssen, welche behaupten, daß bloß in dem Falle, wenn das Erbzinsgut verkauft werden soll, solches dem Erbzinsherrn angezeigt werden müsse, alle übrige Veräusserungen hingegen, Verschenkung, Vertauschung, u. s. w. ohne dies geschehn können c).

Der Grund nehmlich, weswegen der Verkauf des Erbzinsguts, ohne vorgängige Anzeige, nicht unternommen werden darf, besteht einzig und allein darin, daß dem Erbzinsherrn in diesem Falle das Vorkaufsrecht zuständig ist. Denn so heißt es in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyteut.* ausdrücklich: Disponimus, atteſtationem domino tranſmitti, et praedicere, quantum pretium ab alio reuera adcipi poteſt. Et ſi quidem dominus hoc dare maluerit, et tantum praeſtare quantitatem, quantam ipſe reuera emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſum dominum omnimodo haec compara-

auch Gmelin Erläuterung der *L.* 3. C. *de Iur. emphyt.* (in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen, Band *IIII.* Num. *VIII.* S. 93. ff.)

b) S. Hellfelds *Repertorium reale practicum iuris priuati Imper. rom. germ.* Th. *II.* u. d. W. emphyteuſis.

c) *Hilliger ad Doneli. Lib. VIIII. cap. XIIII. litt. G. Vinnius Selectt. iur. quaeſtt. Lib. II. cap. II. Hahn ad Weſenbec. tit. Si ager vectigal. num.* 3. *Lyncker Reſolutt. diſceptt. forr. Cent. III. reſolut. CCLXV. Franzk Tr. de laudemiis, cap. VIIII. num.* 68. *ſqq. Wiſſenbach Exercitt. ad Dig. diſp. XVIII.* §. 38. *Huber Praelectt. iur. ciuil. tit. Dig. Si ager vectigal. num.* 12. Weſtphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract, §. 1060. *a Coſta Praelectt. ad inluſtrior. loc. iur. ciuil. ad L.* 3. *C. de Iur. emphyteut.* Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Band II. Num. *LVIII. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1043.

parare. Dieser Grund trit also nur beym Verkaufe, bey andern Veräusserungen aber gar nicht ein, da sich, wie bekannt, beym Tausche, bey der Schenkung, u. s. w. des Vorkaufs oder Näherrechts niemand bedienen kann. Die Denunciation des vorhabenden Verkaufs geschieht dem Erbzinsherrn, wie gesagt, lediglich des ihm zustehenden Vorkaufsrechts wegen; also im mindesten nicht, um seinen Consens darein zu erhalten, denn diesen kann er, wenn nicht besondere Ursachen dazu vorhanden sind, eben so wenig verweigern, als ein Anverwandter, dem bey Erbgütern das Näherrecht zusteht. Dies bestätigt die angezogene Gesetzstelle aufs deutlichste, wenn es darin weiter heißt: Necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio, secundum praefatum modum vendita sit, adcipere emphyteutam: vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit: non contradicere, sed nouum emphyteutam in possessionem suscipere. Applicirt man nun dies auf andere Arten der Veräusserungen, wobey das Näherrecht oder der Vorkauf nicht statt findet, so wird man auch einräumen müssen, daß bey denselben der Erbzinsmann dem Erbzinsherrn die Anzeige davon zu thun gar nicht nöthig habe.

Die Gegner d) wenden indessen ein, jener oben angeführte Grund sey nicht der einzige, weswegen dem Erbzinsherrn der Verkauf angezeigt werden müsse, es existire noch ein anderer eben so wichtiger, der nehmlich, daß dem Erbzinsherrn wider sein Wissen kein neuer Erbzinsmann gleichsam obtrudirt werden dürfe. Da dieser Grund nun auch beym Tausche, bey der Schenkung, u. s. w. seine Anwendung findet, so, glauben die Gegner, müßten auch

d) a *Wernher Obseruatt. forr. Part. III. obs. CCXXXV. Sande Tr. de prohibita rer. alienat. Part. I. cap. IIII. §. 8. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CV. med. 2. Fachinaeus Controuerss. iur. Lib. III. cap. LXXXXVII. Lib. VI. cap. LXXXXVIII. Lib. XIII. cap. XXXXVIIII. de Berger Supplemm. ad electt. disceptatt. forr. Part. II. consil. LXIII. p. 1236. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. III. cap. IIII. membr. IIII. §. 6. p. 648. sq. ed. nouiss.*

auch diese Arten der Veräusserung des Erbzinsguts dem Erbzinsherrn vorher angezeigt werden.

In der That relevirt aber dieser Grund nicht so sehr, als die Gegner wähnen. Denn theils muß der Erbzinsherr, da er sein Gut einmal erbzinslich ausgethan hat, sich dasjenige gefallen lassen, was die Gesetze in diesem Falle verordnen, und die Gesetze sagen, wie wir gleich nachher sehn werden, nichts davon, daß es nöthig sey, zum Tausche, zur Schenkung, u. s. w. die Einwilligung des Erbzinsherrn nachzusuchen, theils fällt auch der erwähnte Grund um deswillen hinweg, weil der Erbzinsherr den neuen Erbzinsmann, wenn dieser etwa untüchtig und unfähig seyn sollte, überhaupt nicht anzunehmen braucht. Der daher genommene Einwurf bleibt demnach immer sehr unbedeutend, und hinlänglich ist es, wenn, im Falle einer Schenkung oder eines Tausches, wo der Erbzinsherr kein Näherrecht prätendiren kann, nur diesem nachher jenes angezeigt wird, damit er den neuen Erbzinsmann von neuem investire, ihn in den Besitz des Gutes setze, und dieser alsdann die Lehnwaare entrichte. Geschieht dies, ist sonst auf keine Weise hinterlistig und betrieglich gehandelt, und ist dann der neue Erbzinsmann nicht untüchtig, so bleibt der Tausch oder die Schenkung auch immer aufrecht.

Zwar wollen die Gegner die in der oben angeführten *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* vorkommenden Worte: *Minime licere emphyteutae, sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere*, VEL IVS EMPHYTEVTICVM TRANSFERRE, auf alle Arten von Veräusserungen ausgedehnt wissen. Es sey nicht zu leugnen, sagen sie, daß Justinian in dieser Gesetzstelle hauptsächlich den Kaufcontract vor Augen gehabt, und darin dem Herrn das Näherrecht ertheilt habe; zugleich aber erhelle ganz deutlich aus der gleich im Anfange des Gesetzes aufgeworfenen Frage: ob der Erbzinsmann mit des Herrn Willen seine Verbesserungen oder sein emphyteutisches Recht veräussern oder auf einen andern übertragen müsse (*alienare* vel *in alium transferre*)? und aus der darauf ertheilten Antwort, in welcher, nachdem zuerst von dem Kaufe insbe-

sondere gehandelt worden, nachher immer auch jede andere Veräusserung durch die Wörter *transferre*, *transponere* angezeigt werde, daß Justinian eine generelle Verordnung von allen Alienationen, die unter der Frage enthalten, und bey denen die vorgeschriebenen Umstände statt finden können, überhaupt habe geben, und die Zweifel, welche vor seiner Zeit dabey vorgefallen, habe heben, mithin alle vorhergehende widrige Gesetze ändern oder wenigstens dahin erklären wollen e). Allein der ganze Zusammenhang des Gesetzes lehrt, daß die Worte ius emphyteuticum transferre nur allein auf den Verkauf gehn. Denn nicht nur dadurch wird dies angezeigt, daß vorher von dem Verkaufe allein die Rede ist, sondern auch der noch beygefügte Grund, weswegen eben in diesem Falle der Veräusserung die Anzeige dem Erbzinsherrn davon vorher geschehen soll, damit sich nehmlich derselbe innerhalb zwey Monaten bedenken könne, ob er für den gebotenen Preis das Erbzinsgut selbst übernehmen wolle, beweiset solches aufs deutlichste. Hätte das Gesetz nicht viel

e) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 173. erklärt zwar die Gesetzstelle eben so, behauptet jedoch, daß das Verbot sich nicht auf die Veräusserungen, welche durch einen letzten Willen geschehen, erstrecke, sondern daß solche erlaubt geblieben seyen, und darin auch noch nach der *L. 3. C. de Iur. emphyt.* die Verordnung der *L. 71. §. 5. D. de Legat. 1.* beobachtet werden müsse. Denn 1) könne bey solchen Alienationen niemals die Frage, welche Justinian aufgeworfen und allein entscheiden wollen, ob nehmlich der Erbzinsmann bey seiner Veräusserung, ehe er solche unternehmen könne, zuvor des Herrn Consens erwarten müsse, vorgefallen seyn, weil die Veräusserung sich allererst ereignet, wenn der Erbzinsmann schon gestorben, und also bey seinem Herrn um die Einwilligung nicht mehr nachsuchen kann, folglich Justinians abändernde Entscheidung auf einen Fall, wovon er gar nicht gehandelt, nicht füglich sich anwenden lasse. 2) Lehrten auch die übrigen von Justinian bey einer gültigen Veräusserung vorgeschriebenen Umstände, z. B. daß der Erbzinsmann dem Herrn ein Zeugniß von dem geschlossenen Contracte überschicken, darauf zwey Monate warten solle, u. s. w., daß er auf die durch einen letzten Willen geschehenen Alienationen sein Absehn gar nicht gerichtet habe, noch eine Aenderung darin habe machen wollen, weil bey solchen das Vorgeschriebene nicht beobachtet werden kann. 3) Werde auch durch diese Erlaubniß des Erbzinsmannes dem Herrn kein Nachtheil verursacht; denn wenn das Gut einem tüchtigen Erbzinsmanne vermacht worden sey, so leide der Herr keinen Schaden dabey und müsse er auch bey einer andern Veräusserung einwilligen, sey aber der Erbe oder Legatar untüchtig dazu, so brauche er ihn eben so wenig, als wenn das Gut durch einen Contract an denselben überlassen worden, anzunehmen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0028
DFG

viel allgemeiner, bey weitem nicht so eingeschränkt abgefaßt werden müssen, wenn es alle Arten der Alienationen mit unter sich begreifen sollte?

Doch, es fehlt auch nicht an Gesetzen, welche die diesseitige Meinung noch ausdrücklich bestätigen. Denn so ist es in Gemäßheit der *L. 1. C. de Fund. patrim. et saltuens. et emphyteut. et eor. conductor.* erlaubt, das von der Cammer oder dem Fiscus inne habende Erbzinsgut ohne vorgängige Einwilligung willkührlich zu verschenken, und wenn dies bey solchen Erbzinsgütern erlaubt ist, um wie viel mehr muß es nicht bey andern, die man von Privatpersonen hat, verstattet seyn. Si quis, heißt es darin, fundos emphyteutici iuris salua lege fisci citra iudicis auctoritatem donauerit, *donationes firmae sint*, dummodo suis quibusque temporibus ea, quae fisco pensitanda sunt, repraesentare cogatur. Man excipirt zwar gegen diese Verordnung des Kayfers Constantin, sie sey durch die in der oben angeführten *L. 3. C. de Iur. emphyt.* enthaltene allgemeine Verordnung Justinians aufgehoben worden; allein wenn in dieser letztern Gesetzstelle, wie vorhin gezeigt wurde, nichts von Schenkungen enthalten und verordnet ist, so kann doch wohl die *L. 1. C. de Fund. patrim. et saltuens. et emphyteut. et eor. conductor.* durch dieselbe nicht abgeschafft seyn.

Ferner verstatten auch die Gesetze, ein Erbzinsgut, ohne vorgängige Einwilligung des Erbzinsherrn, einem andern zu legiren. Der römische Rechtsgelehrte Ulpian wirft darin die Frage auf: Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus? und beantwortet sie aus Julians Digesten bejahend, wenn er hinzu fügt: Et Iulianus lib. XXVIII. Digestorum scribit, quamuis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legauit, habet, *valere legatum*. Wenn gleich der Anwendung dieser Stelle auf unsre Streitfrage die von Buri gemachten Erinnerungen in Absicht auf Veräusserungen, welche durch einen letzten Willen geschehen, entgegen stehn dürften, so können wir doch immer, da Vermächtnisse wie Schenkungen

anzusehen, und im Wesentlichen wenig differiren, von diesen auf jene hier einen richtigen Schluß machen.

Wie unbedeutend erscheinen nicht gegen alles dieses die Einwürfe, welche man wider Justinians freylich etwas unbestimmt abgefaßte Verordnung in der mehr gedachten *L. 3. C. de Iur. emphyt.* macht. Wer aber dessen ungeachtet, was ich darüber geäussert habe, noch häsitiren sollte, der bedenke nur, daß diese Verordnung unter die Strafgesetze gehört, welche bekanntlich nur mit der äusserſten Vorsicht auf nicht ausdrücklich genannte Fälle extendirt werden dürfen. In den Schlußworten: Si autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteuticario cadat, verordnet der Kayser, daß bey Unterlassung der dem Erbzinsherrn zu geschehenden Anzeige der Erbzinsmann seines Rechts an dem Erbzinsgute verlustig seyn solle. Ist nicht diese Sanction als eine Strafe anzusehn? und wenn sie als solche anzusehn ist, darf man sie dann wohl wider den deutlichen Buchstaben auf Arten der Veräusserungen ausdehnen, die höchstens nur versteckt angegeben, ja der Raison der ganzen Verordnung zuwider wären?

Bey dem allen bleibt nun immer noch die Frage übrig: muß der Erbzinsmann bey seinem Verkaufe um die Einwilligung des Erbzinsherrn vor oder nach geschlossenem Kaufcontracte nachsuchen, und wie lange steht ihm solches nachher noch frey, ehe er sich seines Rechts verlustig macht? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig, wie wir nach Anleitung unsers Verfassers weiter unten sehen werden f). Hier zuvörderst noch von den Gerechtsamen des Erbzinsmannes, wohin

5) das Recht, die Emphyteuse sowohl ab intestato als durch eine letztwillige Verordnung zu vererben, gehört. Da der emphyteutische Contract wegen der besondern Verträge der Interessenten mancherley Modificationen unterworfen ist, so läßt sich freylich nicht füglich eine allgemeine, oder vielmehr in allen Fällen anwendbare Regel von der Vererbung der Erbzinsgüter geben. So kann es

f) §. 610.

es z. B. seyn, daß das Gut jemandem bloß für seine Person erbzinslich eingegeben worden ist, und alsdann versteht es sich von selbst, daß es mit seinem Tode auf den Erbzinsherrn zurück fällt. Eben so kann es seyn, daß dem Erbzinsmanne die Emphyteuse für sich und seine Familie ertheilt worden ist, und hier bleibt es bey letzterer so lange, als noch Personen davon übrig sind. Sind aber dergleichen besondere Pactionen oder Verabredungen nicht vorhanden, sondern es ist jemandem das Gut überhaupt erblich, oder auch unbestimmt, ohne der Vererbung zu erwähnen, zur Emphyteuse eingegeben, so kann er vermöge der Rechte eines Erbzinsmannes solches sowohl auf seine Anverwandten, als auf fremde Erben transmittiren. Was in dieser Rücksicht besonders bey kirchlichen Emphyteusen Rechtens sey, ist bereits oben ausgeführt worden g). Hellfeld bemerkt hier nur noch: heredibus *regulariter* fundi diuisio non est permissa, und veranlaßt uns dadurch zur Untersuchung der Frage: ob Miterben das Gut ohne Einwilligung des Erbzinsherrn unter sich in mehrere Stücke zu zertheilen befugt sind? einer Frage, über welche die Rechtsgelehrten nicht mit einander einverstanden sind. Ich glaube sie am richtigsten zu beantworten, wenn ich unterscheide. Die Zertheilung ist entweder so vorgenommen, daß sie den Erbzinsherrn selbst mit betrifft, und diesem nachtheilig seyn kann, oder nicht. Im ersten Falle, wohin z. B. gehören würde, wenn dem Erbzinsherrn statt eines Erbzinsmannes mehrere aufgedrungen werden, er von jedem der mehreren Erbzinsmänner besonders den Canon fordern soll, u. s. w. ist die Zertheilung allerdings für unerlaubt zu halten, weil hier der Herr dadurch sehr gefährdet wird, wie fern die Güter sich zuletzt gar verlieren, daß er nicht mehr weiß, bey wem er sie suchen soll, ihm dadurch die Mühe gemacht wird, den Canon von mehrern zu empfangen, auf die Verwaltung vieler Acht zu haben, durch diese Zersplitterungen die Besitzer eines jeden Stücks öfters außer Stand gerathen, das Gut gehörig in Acht zu nehmen, die darauf haftenden Beschwerden richtig abzuführen, u. s. w. Hingegen im zweyten Falle, wohin z. B. zu rechnen wäre, wenn die sämmtlichen Miterben unter sich ausmachen, wer in ihrer aller Namen den gewöhnlichen Canon dem Herrn bezahlen, und als gemeinschaftlicher Erbzinsmann dem Herrn verpflichtet bleiben soll, u. s. w. geht mei-

g) §. 601. *num.* 2.

meinem wenigen Bedünken nach die Untereintheilung dem Herrn nichts an, er kann sie nicht anfechten, indem sie als eine Art von Sublocation oder Subemphyteuse anzusehn ist, welche dem Erbzinsmanne frey steht h).

Der Regel nach ist es demnach mehreren Miterben nicht erlaubt, das Erbzinsgut unter sich zu zertheilen, sie müssen es in Gemeinschaft, oder einer von ihnen muß es unzertrennt behalten. Sind aber die Miterben für sich, ohne dem Herrn weiter etwas davon zu sagen, befugt, das Gut einem von ihnen ausschließlich zu überlassen? Diese Frage scheint Leyser i) unter der vorerwähnten mit zu begreifen, und er verneint beyde. Seine Gründe sind folgende:

α) dem Herrn sey daran gelegen, zu wissen, welchen unter mehreren Erben er zum Zinsmanne haben, und von wem er den Zins eintreiben solle;

β) auch müsse er untersuchen, ob derjenige, welcher das Gut haben soll, tüchtig dazu sey;

γ) ferner sey vermöge der *L.* 1. *C. Commun. vtriusque iudic.* die Theilung der Güter für einen wirklichen Kauf zu halten, und müsse also billig dasjenige, was von der Veräusserung in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* verordnet wird, wenigstens in so weit, daß die Sache dem Erbzinsherrn zuvor zu melden sey, auch bey der Theilung statt finden;

δ) das nämliche sey auch vermöge 2. *Feud.* 77. bey den Lehnen Rechtens.

Zugleich sucht Leyser den Jurist Clarus k) zu widerlegen, welcher die Einwilligung des Erbzinsherrn aus folgenden Gründen für unnöthig hält:

α) dem Erbzinsherrn werde dadurch nicht der geringste Nachtheil zugefügt, indem er alle Miterben für seine Erbzinsmänner halte, und

h) *cf. Beck Tr. de iure emphyt. cap. XI. §. 22. cap. XII. §. 5. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1041.*

i) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CV. med. 4.*

k) *Clarus de emphyteuf. Lib. IIII. V. quaeſt. 14.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0032
DFG

und also in Absicht seiner keine Veräusserung vorhanden sey, so lange das Gut auf eine Person versetzt werde, bey welcher es keiner neuen Recognition bedürfe;

β) könne es ihm gleich viel gelten, bey welchem unter den Miterben die Sache gefunden werde, weil die andern, welche das Gut veräusserten, nicht aufhörten, ihm in solidum verpflichtet zu seyn, eben sowohl, wie sie es vor der Theilung waren.

Ich glaube mit Buri l), daß man unter den Erben einen Unterschied machen muß, nehmlich ob sie Intestaterben (heredes *legitimi*), oder Testamentserben (heredes *extranei scripti*) sind. Bey den letzteren leidet es keinen Zweifel, daß, gleichwie sie, wenn sie in Gemeinschaft geblieben wären, sich sämmtlich bey dem Herrn hätten melden, in den Besitz einsetzen lassen, und die Lehnwaare bezahlen müssen, solches auch derjenige, dem sie das Gut überlassen haben, zu thun verbunden sey. Ist aber von den ersteren die Frage, oder von solchen Miterben, denen das Gut als nächsten Anverwandten des letzten Besitzers zugefallen ist, so haben diese, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben, nicht nöthig, sich um eine gewisse Einwilligung des Herrn zu bekümmern, noch sich von ihm in den Besitz immittiren zu lassen, noch auch ihm die Lehnwaare zu bezahlen, und weswegen sollte also solches nöthig seyn, wenn sie das Gut einem unter sich allein überlassen, und sich dem zu Gefallen ihres Rechts darauf begeben wollen, da doch dadurch in Ansehung des Herrn gar keine Veränderung vorgeht, noch ihm einiger Nachtheil zugefügt wird, wie aus dem von Clarus m) beygebrachten Gründen hinlänglich erhellet. Was die von Leyser n) angeführten Einwürfe betrifft, welche dem entgegen zu stehn scheinen, so läßt sich wider dieselben vieles erinnern. Denn

α) muß freylich der Erbzinsherr wissen, von wem er den Zins fordern soll; allein folgt denn daraus, daß ihm solches vor der Theilung gesagt werden müsse? kann es ihm nicht genug seyn, wenn er es nachher, da derjenige Miterbe, welchem die übrigen das Gut überlassen, sich in dessen Besitz befindet, erfährt?

β) die

l) von Buri a. a. O. S. 179.

m) *Clarus l. l.*

n) *a Leyser l. l.*

β) die erwähnte Untersuchung findet statt, wenn das Gut an einen Fremden veräussert werden soll, nicht aber, wenn es auf einen Intestaterben vererbt wird, indem diesem sein Recht einer bloßen widrigen Vermuthung wegen, sie müßte denn etwa ganz untrieglich seyn, nicht genommen werden kann, und der Herr verbunden ist, ihm das vermöge des Erbrechts ihm zuständige Gut so lange zu lassen, bis er etwas versieht, wodurch er sich nach Vorschrift der Gesetze desselben verlustig macht.

γ) Das in der *L.* 1. *C. Commun. vtriusque iudic.* enthaltene Princip, daß die Theilung der Erbschaft wie ein Kauf anzusehen sey, hat in so weit seine Richtigkeit, daß die Miterben in der Erbtheilung eben sowohl, wie der Verkäufer im Kaufcontracte, sich unter einander die Eviction leisten müssen, nicht aber geht jenes Princip so weit, daß alle vom Kaufe vorhandene Verordnungen auch auf die Erbtheilung anzuwenden seyen, indem öfters ganz verschiedene Umstände vorhanden seyn können, dergleichen dann in der That auch im gegenwärtigen Falle anzutreffen sind. Denn beym Verkaufe soll der Erbzinsmann die Sache dem Herrn um deswillen zuvor melden, theils, damit dieser sich erkläre, ob er das Näherrecht ausüben wolle, theils auch, damit er sehe, ob der neue Erbzinsmann tüchtig sey, und damit er die Lehnwaare fordern könne. Alles dieses fällt aber bey der Vererbung ab intestato hinweg. Die Untersuchung, ob der Erbe tüchtig sey, gestehn die Gesetze dem Herrn nicht zu. Die Lehnwaare darf er nicht fordern. Da also alle Ursachen, weswegen der Herr prätendiren kann, daß man um seine Einwilligung nachsuche, hier cessiren, so kann auch die Strafe, welche auf die unterlassene Nachsuchung um den Consens gesetzt ist, nicht statt finden.

δ) Wenn auch gleich der Schluß von den Lehnen auf die Emphyteusen seine Richtigkeit hätte, welchen doch Leyser oben, wiewohl mit Unrecht, für ungereimt erklärt, so ist doch in dem angeführten Texte des Lehnrechts, 2. *Feud.* 77. nehmlich, ein von dem vorliegenden ganz verschiedener Fall enthalten. Es heißt in dieser Stelle, wenn mehrere Brüder das Lehn unter einander theilen, so müsse ein jeder von ihnen für seinen Antheil das Lehn empfangen, und den Eid schwören. Davon aber findet sich

keine

keine einzige Sylbe, ob die Theilung mit oder ohne Einwilligung und Vorwissen des Herrn geschehen müsse, so wenig als davon, ob es den Brüdern erlaubt sey, diese Theilung zu unterlassen, und eigenmächtig einem unter sich das Lehn abzutreten, wovon doch unsere Frage handelt.

6) Der Erbzinsmann ist befugt, jeden, selbst auch den Erbzinsherrn, vom Gebrauche des Gutes auszuschließen, daher ihm dann auch der Sache wegen eine dingliche Klage zusteht, so daß er das emphyteutische Gut von jedem Besitzer vindiciren kann. Wenn nehmlich ein anderer unrechtmäßig in den Besitz des Gutes gelangt ist, so kann der Erbzinsmann die Reivindication gegen ihn anstellen. Selbst gegen den Herrn der Emphyteuse ist ihm die Klage zuständig, wenn sich dieser in den Besitz des Gutes gesetzt hat, und es dem Erbzinsmanne vorenthält. In der *L.* 1. § 1. und *L.* 2. *D. Si ager vectigal.* erklären Paulus und Ulpian ausdrücklich: Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamuis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem aduersus quemuis possessorem: sed et aduersus ipsos municipes, ita tamen si vectigal soluant. Der Erbzinsmann unterscheidet sich eben darin von einem Pachter, daß er, so lange er seine Obliegenheiten gehörig erfüllt, eine dingliche Klage der Sache wegen gegen jeden, der ihm solche vorenthält, und auch gegen den Erbzinsherrn selbst hat.

§. 604.

Dies wären die Rechte des Erbzinsmannes; er hat aber auch verschiedene Verbindlichkeiten zu erfüllen, und von diesen wollen wir jetzt handeln.

Aus dem längst bekannten Princip: emphyteuta habet legem meliorationis o), entwickelt Hellfeld hier folgende zwey Pflichten des Erbzinsmannes:

1) obligatur, vt rem, quantum fieri potest, meliorem reddat, nec meliorationum pretium a domino potest repetere. Da wüste und öde Güter anfänglich deswegen zu Emphyteusen gemacht,

o) S. oben §. 600.

deswegen jemandem für eine unbedeutende Kleinigkeit erblich eingegeben wurden, damit er desto geneigter seyn möge, sie in guten, brauchbaren Stand zu setzen, so verstand es sich von selbst, daß die hauptsächlichste Pflicht des Erbzinsmannes in der Verbesserung des ihm eingegebenen Gutes bestand. Als späterhin auch bereits angebauete Ländereyen auf gleiche Art ausgethan wurden, so konnte zwar eine eigentliche Verbesserung im vorigen Verstande vom Erbzinsmanne nicht mehr gefordert werden, inzwischen entschwand die Absicht der Melioration nicht gänzlich, sondern blieb, wie fern sie möglicher Weise erreicht werden konnte, so daß der Emphyteut beständig verbunden war, das Gut in nutzbarem Stande zu erhalten. Hieraus ergiebt sich nun von selbst, daß der Erbzinsmann, wenn er wegen nicht bezahlten Canons oder aus irgend einer andern Ursache des Gutes beraubt wird, wegen der Verbesserungen dem Herrn nichts anrechnen könne, wie solches zum Ueberflusse auch in der *L. 2. C. de Iur. emphyt.* und der *Nou. 120. cap. 8* deutlich verordnet wird. Nicht ungegründet scheint es mir indessen zu seyn, wenn einige Rechtslehrer in Absicht auf den letztern Punct zwischen den Meliorationen selbst unterscheiden, ob nehmlich solche aus der Natur des Contracts fließen, oder nicht, und behaupten, daß der Erbzinsmann nur die ersteren, nicht aber die letzteren verliere p. Unter den Verbesserungen, welche aus der Natur des Contracts fließen, sind wohl solche zu verstehn, die überhaupt auf die Fruchtbarkeit und bessere Benutzung der Ländereyen, auf das Wachsthum der Früchte und Bäume, auf die Verwahrung der Früchte, die Aufnahme der Viehzucht, und auf andere dergleichen zur Landhaushaltung gehörige Sachen verwendet worden sind, z. B. auf die Anpflanzung der Wälder, Anlegung guter und einträglicher Gärten, Befestigung des Ufers, Aufbauung der Scheuren und Ställe, u. s. w. Alle diejenigen Verbesserungen hingegen, welche nicht

p) *Bronchorst Miscellan. Cent. I. adsert. XXXXV. Besoldus Delibat. iur. ad Lib. VI. Dig. tit. Si ager vectigal. quaest. XI. Facbinaeus Controuerss. iur. Lib. I. cap. LXXXXII. Perez Com. in Cod. tit. de Iur. emphyt. num. 21. Zoesius Com. ad Pandect. tit. Locat. num. 114. a Sande Decis. Friss. Lib. III. tit. VI. defin. 6. Garsias Tr. de expenss. et meliorat. cap. VI. num. 20. 21. 22. Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal. num. 52. Valascus Tr. de iur. emphyt. quaest. XXXV. num. 3.* Der erste Erfinder dieser Distinction scheint *Molynaeus ad consuet. Paris. §. 1. gl. 5. num. 73. sqq.* zu seyn.

nicht das Gut an sich, und die dabey zu führende Landhaushaltung betreffen, fließen nicht aus der Natur des Contracts, weil der Herr bey erbzinslicher Eingebung des Gutes solche nicht zur Absicht hatte, folglich dieselben auch nicht, wie die ersteren, aus rechtlicher Schuldigkeit von seinem Erbzinsmanne fordern kann; diese muß der Herr bey Einziehung des Gutes dem Erbzinsmanne billig erstatten q), oder letztern wenigstens wegnehmen lassen. Gehören würde zu solchen Verbesserungen die Anlegung von Lusthäusern, Irrgärten, Wasserkünsten, Alleen, u. s. w. r).

q) Es versteht sich, quantum fundus reuera *melior* est tempore finitae emphyteuseos inspecto.

r) Der berühmte *Voet l. l.* äussert sich über die Sache so gründlich, daß ich seine eigenen Worte hersetzen will. Inpensas quod attinet et meliorationes ab emphyteuta emphyteusi durante factas (sagt er), *distinctione* opus est. *Aut* enim secundum primam emphyteuseos constitutae legem melioratio facta est; *aut* vltra id, quod ex prima emphyteuseos conuentione inpendendum ac in statum meliorem reducendum erat, alia vtiliter erogata sunt. *Priore* casu sine vllo refusionis onere penes dominum directum eas remanere, rationis est, siue culpa emphyteutae, siue sine culpa eius, lapsu temporis, aut generationis defectu, emphyteusis exstincta sit: *quum eas ex conuentione et natura rei emphyteuta fecerit, adeoque necessitate obligationis vrgente:* sic vt veluti canonis mercedisue pars esse videantur, canone scilicet viliore inposito, propter adiectam meliorationis conditionem, qua omissa potuisset iusta merces in pactionem deduci. At casu *posteriore* deducere eas, emphyteusi finita, emphyteuta prohibendus non est, sive sine culpa eius emphyteusis euanuerit, siue ob alienationem aut moram in soluendo canone commissam vtili dominio emphyteuta ceciderit; *quum nullam haec culpae poena inueniatur proposita, sed magis ea, quae in emphyteusios amissione consistit:* neque aequum est, bis eum poenam luere, rem *amittendo simul et* meliorationem, qui semel quidem deliquit rem alienando, canonemue non soluendo; sed inpendendo in rem, cuius dominium vtile inpendii tempore habebat, nullius potuit videri culpae reus. — Quibus consequens est, vt dicamus ea, quae de meliorationibus haud repetendis in casu, quo per culpam iure suo emphyteuta ceciderit, traduntur in *L. 2. C. de Iur. emphyt.*, ad eas restringi debere, ad quas ex contractu emphyteusios emphyteuta deuinctus erat. Wie äusserst billig ist nicht der Grund, mit welchem Voet die Distinction zuletzt rechtfertigt. Man sehe vorzüglich auch noch *Franzk Tr. de laudem. cap. XV. num. 40. sqq.* und *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1066.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0037
DFG

2) Fundum non debet reddere deteriorem, potius eius deterioratio, quae alicuius momenti est, amissione iuris punitur, ita tamen, vt, parte deteriorata, hac tantum priuetur. Wenn der Erbzinsmann das Gut zu verbessern, oder wenigstens doch in gutem, brauchbarem Stande zu erhalten verbunden ist, so ist leicht zu erachten, daß er dasselbe nicht verschlimmern dürfe, da beydes in geradem Widerspruche mit einander steht. Verdirbt der Erbzinsmann das Gut in hohem Grade, so ist er nach den Gesetzen, und zwar vermöge ausdrücklicher Vorschrift der *Nou.* 120. *cap.* 8., seines Rechts verlustig. Wenn der Erbzinsmann ein liederlicher, unordentlicher Wirth ist, und etwa das Gut nicht nach den Regeln einer guten Haushaltung bewirthschaftet, dasselbe sich nicht gehörig zu Nutze macht, so kann freylich deshalb noch nicht gleich die Strafe der Privation eintreten, indem dadurch nicht sowohl dem Herrn, als dem Erbzinsmanne selbst ein Schaden verursacht wird. Zur Privation wird vielmehr eine solche Verderbung des Guts erfordert, wodurch der innere Werth, die innere Güte des Guts verringert wird. Dahin würde nun z. B. gehören, wenn der Erbzinsmann die Aecker ganz verwildern läßt, wenn er die Waldungen ruinirt, fruchtbare Obstbäume umhauet, nutzbare Gebäude einreißt, u. s. w. Mit Fleiß sage ich aber, der Erbzinsmann müsse das Gut auf irgend eine Art in hohem Grade verderben, denn auch nicht durch jede geringe Deterioration verwirkt er sein Recht. Die angezogene Novelle redet nun zwar bloß von der Emphyteuse einer Kirche; billig extendirt man sie aber ob paritatem rationis auch auf andere Emphyteusen, wenigstens ist diese Ausdehnung in der Praxis angenommen s). Et haec priuatio locum habet, licet forsan alterius partis meliorem fecerit conditionem, setzt übrigens Hellfeld mit Recht hinzu, und bemerkt zugleich in der Note, daß Leyser dissentire. Leyser t) glaubt nehmlich, der Erbzinsmann könne, wenn er das Gut in andern Stücken wieder verbessert hat, diese Verbesserung für die Verschlimmerung anrechnen, und sich dadurch gleichsam compensando von der Strafe der Beraubung befreyen. Er beruft sich hierunter auf die *L.* 11. *in*

s) *Graſs Tr. de reditu dominii legali*, §. 45. *num.* 1. *Jqq. p.* 137. der überhaupt in dieser Materie empfohlen zu werden verdient.

t) *a Leyſer Meditatt. ad Pandect. Specim. CII. med.* 8.

in fin. D. de Negot. geſt. und auf die von Carpzov v) in einem faſt ähnlichen Beyſpiele angeführte *L.* 45. §. 13. *D. de Iure fiſci.* Nimt man aber nicht auf die beſonderen Umſtände Rückſicht, welche vielleicht in dem Falle, wodurch Leyſer zu jenem Gedanken veranlaſſet wurde, vorhanden geweſen ſeyn mögen, ſo zweifele ich ſehr, ob das von ihm aufgeſtellte Princip den Rechten gemäß ſey. Denn

α) ſteht demſelben die deutliche Verordnung der angezogenen *Nou.* 120. *cap.* 8. ſowohl, als der von Hellfeld allegirten *Auth.* Qui rem *C. de Sacroſanct. eccleſ.* offenbar entgegen. In der erſtern heißt es: Et antiquum ſtatum locatae ſiue emphyteuticae rei exigere et eiicere de emphyteuli, ſiue de locatione, NON VALENTEM DE EPONEMATIS ACTIONEM ALIQVAM CONTRA VENERABILES DOMOS MOVERE, und in der letztern: Vt tamen ſoluat totius temporis penſionem, et id, in quo rem laeſit, reſarciat, NON REPETITVRVS, SI QVID IMPENDIT NOMINE MELIORATIONIS. Kann in Gemäßheit dieſer Geſetzſtellen der Erbzinsmann, wenn er wegen ſeiner Deterioration des Guts bereits mit der wirklichen Privation deſſelben beſtraft worden iſt, nicht einmal für die gemachten Verbeſſerungen einigen Erſatz fordern, um wie viel weniger muß er wohl nicht durch deren Vorſchützung von der Strafe der Beraubung ſelbſt ſich zu befreyen im Stande ſeyn. Aber eben ſo

β) ſteht demſelben die Natur des emphyteutiſchen Contracts ſelbſt im Wege. Hat der Erbzinsmann das Gut verbeſſert, ſo hat er weiter nichts gethan, als was er zu thun ſchuldig war, was Pflicht und Schuldigkeit erheiſchte. Wie will er alſo dafür dem Herrn etwas anrechnen, und dieſen auf ſolche Weiſe nöthigen können, ſein Delict ungeſtraft dahin gehn zu laſſen?

γ) Die Geſetze ſind in dieſem Puncte ſo ſcharf, daß ſie ſich nicht begnügen, wegen der Verderbung des Guts dem Erbzinsmanne das Gut ſelbſt abzuſprechen, wie auch ihn aller gemachten Verbeſſerungen und aufgewandten Koſten für verluſtig zu erklären, ſondern daß ſie ihm ſogar außerdem noch auflegen, die Deterioration wieder gut zu machen, den angerichteten Schaden wieder ab-

v) *Carpzov Definitt. forenſſ. Part. II. conſtit. XXXVIII. def.* 24.

abzustellen oder zu ersetzen, ja daß sie sogar deshalb dem Herrn eine stillschweigende Hypothek auf des Erbzinsmanns Güter einräumen x). Hieraus ergiebt sich hinlänglich, wie die Einwendung, daß der Herr durch die Verderbung keinen Schaden leide, oder ihm solcher anderweit ersetzt werde, den Erbzinsmann gegen die Wegnahme des Gutes nicht sichern kann, indem dieser Umstand bey einer jeden wegen vorhandener Deterioration geschehenen Beraubung des Gutes den Gesetzen nach da ist. Endlich

δ) ist nicht abzusehn, wozu Leyser die beyden angeführten Gesetzstellen herbey zog, da die eine so wenig als die andere etwas enthält, wodurch seiner Behauptung nur das geringste Gewicht verschafft würde. Denn so enthält die *L.* 11. *in fin. D. de Negot. gest.* weiter nichts, als daß ein Abwesender, dessen Geschäfte wider sein Wissen von einem andern besorgt worden sind, den erhaltenen Vortheil mit dem erlittenen Verluste aufheben müsse. Dies hat freylich bey der Geschäftsführung seinen guten Grund; denn bekanntlich ist der negotiorum gestor, weil er die Geschäfte eines andern bloß aus Complaisance, nicht aber um seines eigenen Vortheils willen, übernimt, bloß dazu gehalten, daß er dem negotiorum dominus keinen Schaden zufüge, wenn er ihm gleich keinen Vortheil verschafft. Ganz anders verhält es sich aber mit dem Erbzinsmanne, da dieser zur Verbesserung des Gutes verbunden ist, und solche unmöglich dem Herrn als eine Wohlthat anrechnen kann. So wenig ein socius den in der Gesellschaft angerichteten Schaden gegen den gestifteten Vortheil in Anschlag bringen darf y), eben so wenig darf es der Natur der Sache nach ein emphyteuta in der Verbindung, worin er mit dem Erbzinsherrn steht. In der *L.* 45. §. 13. *D. de Iure fisci* wird geordnet, der Pachter eines fiscalischen Grundstücks solle sich bey Strafe des vierfachen Ersatzes nicht unterfangen, Cypressen- oder Olivenholz davon zu verkaufen, oder sonst Obst tragende Bäume zu fällen, wenn er nicht wieder andere in die Stelle schafft. Ob man von einem solchen Pachter auf den Erbzinsmann richtig schließen könne, mögte

x) *Nou.* 7. *cap.* 3.

y) *L.* 25. *et L.* 26. D. *Pro soc.*

mögte immer wohl noch eine große Frage seyn, da bekanntlich der conductor nicht wie der emphyteuta zur Verbesserung, sondern lediglich zur Erhaltung der Sache verbunden ist. Gesetzt aber, man wollte jenen Schluß als richtig gelten lassen; was würde sich dann für Leysers Meinung aus jener Gesetzstelle beweisen lassen? weiter nichts, als daß es dem Erbzinsmanne frey stehe, einige Bäume abzuhauen, wenn er sie durch andere rekrutiren will, die dem Gute eben so nützlich sind, und daß er dann seines Abhauens ungeachtet des Guts nicht beraubt werden könne. Weswegen aber? nicht deswegen, weil er das Gut auf andere Weise etwa wieder verbessert, sondern deswegen, weil dann gar keine Deterioration des Gutes vorhanden seyn würde, indem es nicht Sache einer schlechten, sondern vielmehr einer guten Haushaltung ist, alten abgängigen Bäumen die Axt an die Wurzel zu legen, und junge gesunde anzupflanzen.

§. 605.

Eine der wichtigsten Obliegenheiten des Erbzinsmannes ist die Entrichtung einer gewissen Abgabe, welche **Canon, Erbzins, Eigenzins** heißt. Sie wird nicht als ein Ersatz für die Früchte bezahlt, welche der Erbzinsmann bezieht, sondern bloß in recognitionem dominii directi, zur Anerkennung des Obereigenthums, zum Zeichen und Beweise, daß der Erbzinsmann kein vollständiges, sondern nur ein unvollständiges Eigenthum habe. Schließt man sich nur immer an dieses Princip fest an, so ist es leicht, diesen wichtigen Gegenstand in der Lehre von den Erbzinsgütern nach seinen verschiedenen Verhältnissen richtig aufzufassen, und manchen Irrthümern auszuweichen, auf welche bey ihm mehrere Bearbeiter des Civilrechts gerathen sind.

Die erwähnte Abgabe besteht

1) nicht immer gerade in baarem Gelde, sondern nicht selten auch in andern fungibilen Sachen, z. B. in Getraide, Wein, Oel, u. dgl. m.; denn die Erfahrung lehrt es, daß viele Erbzinsherren **Erbzinsgetraide** essen, **Erbzinswein** trinken und **Erbzinsöl** brennen. Der Regel nach muß der Erbzinsmann den Canon auf seine Kosten an demjeni-

jenigen Orte präſtiren, wo der Erbzinsherr wohnhaft iſt z); auch wird dieſer Erbzins gewöhnlich alle Jahre entrichtet, obgleich feſt geſetzt werden kann, daß er alle Monate, alle Vierteljahre, alle zwey Jahre gegeben werden ſolle a).

2) Mehrentheils iſt der Canon den Früchten des Gutes gar nicht proportionirt, obgleich ſolches füglich der Fall ſeyn kann, und heutiges Tages wirklich oft der Fall iſt. Da man anfänglich nur uncultivirte Aecker erbzinslich austhat, ſo mußte begreiflich der jährliche Zins ſehr gering ſeyn, weil ſich ſonſt nicht leicht jemand zum Anrotten gefunden haben würde. Eben daher war es aber auch ſo wenig räthlich als billig, den Zins nachher, wenn das Gut erſt durch den Fleiß des Erbzinsmannes in brauchbaren Stand geſetzt worden war, zu erhöhen. Als ſpäterhin auch über fruchtbare Güter Emphyteuſen errichtet wurden, behielt man die Natur der ältern darin bey, daß der jährliche Zins insgemein mit dem Werthe des jährlichen Ertrags in keinen Vergleich geſtellt werden konnte, ſondern nur in recognitionem dominii directi gegeben wurde. Da aber doch nach Vorſchrift der *L.* 1. *L.* 2. und *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* die Natur des emphyteutiſchen Contracts durch Verabredungen der Intereſſenten modificirt werden kann, ſo konnte auch jener Umſtand oft ſehr leicht von ihnen abändernd beſtimmt ſeyn, und hieraus ergiebt ſich dann von ſelbſt, daß, wenn auch gleich der Canon etwa dem Werthe der jährlichen Früchte und Nutzungen größtentheils beykommen ſollte, man daher dennoch allein keineswegs vermuthen könne, daß keine Emphyteuſe vorhanden ſey. Bey dem allen inzwiſchen, wenn auch der Zins den Werth der Früchte beynahe ausmacht, ſteht beſtändig der Grundſatz feſt: der Canon wird nicht in compenſationem fructuum, ſondern lediglich in recognitionem dominii directi bezahlt; und daher leitet Hellfeld die beyden Schlußfolgen:

a) quouis anno vniformis manet canon, neque aucto fundo augetur. Der Erbzins bleibt ſich immer gleich. Leidet der Erbzinsmann einigen Abgang an Früchten, z. B. durch Mißwachs, ſo darf er deswegen den Canon nicht verringern wollen,

z) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1047.

a) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen, §. 901.

wollen, wogegen er aber auch den Vortheil hat, den Zins nicht vergrößern zu dürfen, wenn seine Einnahmen sich vermehren, weil ihm das Gut ein für allemal mit allen Nutzungen, die davon bezogen werden können, eingegeben worden ist. Würde demnach das Gut durch eine Alluvion ansehnlich vermehrt worden seyn, so kann der Erbzinsherr deshalb noch keine Erhöhung des Canons ansprechen. Bey den Römern kam es zwar hierunter darauf an, ob die erbzinslich ausgethanen Ländereyen agri *arcifinii* oder *limitati* waren b). Bey den ersteren wuchs die Anlage den Besitzern zu; bey den letzteren hingegen, da ihnen einmal eine gewisse bestimmte Größe vom Staate angewiesen war, fand keine Alluvion statt, vielmehr fiel, was diesen Aeckern über ihre gemessene Größe zuwuchs, dem Staate zu c). Wollte also bey Emphyteusen der Besitzer solches zu seinem Gute mit gezogen wissen, so mußte er es, als etwas davon verschiedenes, insbesondere vom Staate recognosciren, und deshalb auch einen besondern Zins entrichten. Vermuthlich liegt hierin die Veranlassung, weswegen die Kayser Arcad, Honor und Theodos in der *L.* 2. *C. de Alluuion.* verordneten, daß diejenigen, deren Ländereyen durch Ueberschwemmung des Nilstrohms vergrößert worden, von solchem Anwachs ihre Beschwerden entrichten sollten. Die Kayser Theodos II. und Valentinian III. hoben jedoch jene Verordnung ihrer Vorgänger in der *L.* 3. *C. eod.* wieder auf, und verfügten dagegen, daß nicht nur dergleichen Anlagen den Besitzern zugehören, sondern insbesondere auch ihre Abgaben deshalb nicht vergrößert werden sollten. Und diese Verfügung muß billiger Weise auch dem Erbzinsmanne um so mehr zu statten kommen, da er in dem Falle, wo ihm etwa der Fluß etwas abspült und abreißt, den Zins nicht [illegible]ingern darf, sondern diesen Schaden tragen muß d). Dazu kommt noch, daß dasjenige, was durch Alluvion an ein Gut nach und nach sich ansetzt, für einen Theil des Gutes selbst gehalten wird, also den Besitzern über solchen Anwachs das nämliche Recht, wie

b) S. meine Civilistische Erörterungen, Samml. I. Num. I. S. 4. f.

c) *L.* 16. *D. de Adquir. rer. domin.*

d) *L.* 1. *C. de Iur. emphyt.*

über die übrigen Theile des Gutes, zuständig seyn muß, gleichwie aus eben dem Grunde dem Usufructuar gleichfalls die Nutzungen der Alluvion gehören, das Eigenthum derselben aber dem Proprietar zufällt e).

β) Ob sterilitatem, seu ob casum fortuitum non remittitur canon. Da der Erbzinsmann den Canon nicht für die Früchte, sondern zur Anerkennung des Obereigenthums und überhaupt dafür, daß er ein Gut mit so ganz vorzüglichen Vorrechten von dem Herrn besitzt, bezahlt, so kann er freylich wohl nicht nach dem Beyspiele eines bloßen Pachters verlangen, daß man ihm wegen Unfruchtbarkeit am Canon etwas erlassen solle. Aber einigen Bedenklichkeiten dürfte es doch noch unterworfen bleiben, ob das nämliche besonders auch dann Rechtens seyn müsse, wenn der Erbzinsmann das Gut gar nicht gebrauchen, nicht die geringsten Nutzungen daraus beziehn konnte, weil es z. B. einige Jahre hindurch in feindlichen Händen war. Leonin f) behauptet, der Erbzinsmann müsse dessen ungeachtet, nach wieder erlangtem Gute, den Canon auch von denjenigen Jahren, da die Feinde das Gut im Besitz hatten, bezahlen, und eben der Meinung scheint auch Höpfner g) zu seyn, indem er ohne alle Einschränkung sagt, der Canon werde nicht erlassen oder vermindert, wenn dem emphyteuta die Früchte durch Mißwachs, feindliche Ueberzüge oder andere Unglücksfälle entgehn. Dies hält Leyser h) pro sententia inhumana, und sucht den angeführten Leonin aus der *L.* 12. §. 2. *D. de Reb. auctorit. iudic. possid.* zu widerlegen. Obgleich nun andere neuere Rechtslehrer keine Inhumanität darin finden wollen, so muß ich doch frey bekennen, wie ich glaube, daß Leyser allerdings Recht habe, jene Meinung zu tadeln. Ich gebe einestheils zu, daß der Erbzinsmann den Canon

e) *L.* 9. §. 4. *D. de Vsufr. Paulus Receptt. sententt. Lib. III. tit. VIII.* §. 25. *cf. Noodt Tr. de vsufructu, Lib. I. cap. VI. in fin.*

f) *Leoninus ad L.* 1. *C. de Iur. emphyt. num.* 7.

g) Höpfner a. a. O.

h) *s. Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CIII. med.* 4. *in fin.*

Canon nicht für die Früchte bezahlt, daß also der Mangel oder die Abwesenheit der Früchte ihn von dieser Schuldigkeit an sich nicht entbinden kann. Man wird aber anderntheils auch zugeben, daß der Erbzinsmann seinen Canon dafür entrichtet, weil er ein Gut besitzt, an welchem einem andern das Obereigenthum zusteht. Nun kann man wohl nach dem in der angezogenen *L.* 12. §. 2. *D. de Reb. auctorit. iudic. possid.* enthaltenen Ausspruche des römischen Rechtsgelehrten Paulus: Si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri: recte dicitur, non esse, quod possideatur, nicht sagen, daß der Erbzinsmann ein Gut, welches völlig überschwemmt ist, oder welches der Feind inne hat, besitze. Wo aber kein Gut besessen wird, da bedarf es auch keiner Recognition, daß man den Besitz jemandem zu verdanken habe. Und gleichwie der Erbzinsmann seinen Zins nicht eher zu bezahlen schuldig ist, als bis ihn der Herr, welcher zur Ueberlieferung des Gutes verbunden ist, in den Besitz gesetzt hat, so braucht er auch solchen alsdann, wenn er ohne sein Verschulden den Besitz wieder verloren hat, nicht zu bezahlen. Hierin stimmen mit mir auch Wernher i), Buri k), Hofacker l) und andere angesehene Rechtslehrer überein.

Noch ist die Frage zu beantworten übrig: können mehrere Miterben eines Emphyteutgutes gezwungen werden, wider ihren Willen einen Provasall oder gemeinschaftlichen Lehnträger zu bestellen? Unser Verfasser bejahet solches mit Carpzov m), hingegen Beck n) und andere leugnen es, wenn nicht etwa ein Herkommen in contrarium vorhanden sey, für welches jedoch billig die Präsumtion an solchen Orten streitet, wo die Erbleyhen ganz nach dem Maaßstabe der wirklichen Lehne beurtheilt werden. In diesem Falle müssen nehmlich die Erben des Erbbeständers die Erbleyhe

i) *a Wernher Obseruatt. forenss. Part. IIII. obs. CCXIIII.*

k) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 182. f.

l) *Hofacker l. l.* §. 1048. dieser setzt auch noch zwey andere Ausnahmen hinzu, nehmlich: 1) si pensio *fructibus* respondeat, aut 2) loco pensionis *certa pars fructuum* promissa sit.

m) *Carpzov Definitt. forenss. Part. II. constit. XXXVIII. def.* 5. *num.* 8.

n) *Beck Tr. de emphyteus. p.* 344.

erneuern; wenn aber mehrere Erben, ohne einen gemeinschaftlichen Lehnträger zu bestellen, die Emphyteuse erhalten, und alle zugleich die Erbleyhe erneuern, so würde, nach dem Ableben eines jeden dieser Miterben, entweder von allen, oder wenigstens von den Kindern dieses Miterben jedesmal eine besondere Erneuerung der Erbleyhe zu suchen seyn; und diese würde unzählige Erneuerungen zum großen Schaden der Miterben verursachen. Auch ist überdem dem Grundherrn sehr daran gelegen, zu wissen, von wem er seinen Erbzins zu fordern habe, und er kann daher nicht ohne seinen Nachtheil zugeben, daß sein Emphyteutgut unter so viele Erbpächter getheilt werde o).

§. 606.

Wenn der Erbzinsmann bey der Bezahlung des Canons einen Verzug begeht, und innerhalb der gesetzlichen Frist bey weltlichen Emphyteusen in drey Jahren p), und bey kirchlichen Emphyteusen in zwey Jahren q), diese Abgabe nicht leistet, so wird er zur Strafe seines Rechts beraubt. Der Grund dieser Strafe ruhet wohl eigentlich darauf, daß man, wenn der Erbzinsmann in jener gesetzlichen Zeit den Canon nicht entrichtet, dafür hält: er habe dem Erbzinsherrn sein Obereigenthum entreißen, und ihn nicht ferner für seinen Obereigenthumsherrn ansehn wollen. Wenigstens können wir, daß dies, und nicht das Interesse des Erbzinsherrn, der wahre Grund der Strafe sey, mit Recht daraus schließen, weil der Canon einzig und allein zur Anerkennung des Obereigenthums, und nicht für den Genuß der aus dem Gute zu ziehenden Nutzungen, gegeben wird. Soll aber die erwähnte Strafe der Privation eintreten, so muß voraus gesetzt werden, daß der Erbzinsmann keine rechtmäßige Ursachen anführen kann, wodurch etwa die Nichtzahlung bewirkt worden ist. Solcher Ursachen giebt es nun verschiedene, und diese müssen hier weiter angegeben und untersucht werden. Man rechnet dahin:

1) wenn

o) S. oben §. 602. 603. *num.* 5. und vergl. Runde Anmerkungen und berichtigende Zusätze zu dem Burischen Lehnrecht oder der ausführlichen Abhandl. von Bauergütern, S. 16.

p) *L. 2. C. de Iur. emphyteut.*

q) *Nou. 7. cap. 3. §. 2. Cap. vlt. X. de Locat. cond. cf.* Westphal vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel, §. 1065. S. 801. ff. §. 1067. S. 804.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0046
DFG

1) wenn bey Errichtung der Emphyteuse ein längerer Termin, nach dessen Verlauf die Privation allererst statt finden soll, von den Interessenten fest gesetzt worden ist, oder wenn der Herr des Rechts, dem Erbzinsmanne wegen nicht gezahlten Canons das Gut wieder zu entreißen, sich gar begeben hat. Wer wird die Gültigkeit jener Zeitbestimmung oder dieser Renunciation bezweifeln r); denn nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze soll vor allen Dingen, ehe man die Verordnungen des gemeinen Rechts zu Hülfe nimt, hierin auf die Verabredungen der Interessenten gesehn, und danach die Sache entschieden werden. Siquidem aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis obseruari, et de reiectione eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem, vel publicarum functionum apochas non praestiterit, ist nach der *L. 2. C. de Iur. emphyt.* Justinians ausdrücklicher Wille. Sin autem, fährt der Kayser fort, nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias soluerit, neque apochas domino tributorum reddiderit: volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere, nulla ei in posterum adlegatione nomine meliorationis, vel eorum, quae emponemata dicuntur, vel *poena obponenda* s): sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo, neque praetendente, quod non est super hac causa inquietatus: quum neminem opor-

r) Ungern bemerke ich, daß sie der große Civilist *a Costa Praelectt. ad inlustrior. quosd. titul. locaque selecta iuris ciuil. ad L. 2. C. de Iur. emphyt.* wirklich bezweifelt; er sieht die Entsetzung auf den Fall des nicht gezahlten Zinses ohne Grund für etwas so Wesentliches an, daß derselben nicht einmal durch ein entgegen stehendes Versprechen zum voraus entsagt werden könne. Die Entsetzung kann nach ihm ohne gerichtliche Hülfe geschehn.

s) Was für eine Strafe, wegen welcher kein Einwand gemacht werden soll, mag Justinian gemeint haben? Die Worte können entweder dahin zielen, daß der Erbzinsherr bey Strafe den Erbzinsmann nicht zu entsetzen beym Antritt des Guts versprochen hat, oder daß der Erbzinsmann auf den Fall der Säumniß eine Strafe angelobt hat. Einige wollen, wiewohl ohne allen Grund, die Strafe von der des Edicti Diui Marci verstehn. *a Costa l. l.* glaubt, man müsse die Worte von einer Geldstrafe des Erbzinsherrn verstehn, bey welcher er die ununterbrochene Beybehaltung des Erbzinsmannes versprochen hat; diese sey auf den Fall der unterlassenen Erbzinszahlung nicht auszudehnen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0047
DFG

oporteat conuentionem, vel admonitionem exspectare, sed vltro sese obferre, et debitum spontanea voluntate persoluere, secundum quod et *anteriore lege* t) nostri numinis generaliter cautum est. Der Erbzinsmann muß die auf dem Gute haftenden Steuern bezahlen, und es kann ausgemacht seyn, wie es gehalten werden solle, wenn er solches nicht thut, und nicht die Quittungen vorlegt, daß es geschehen sey. Sind aber die Steuern auf drey Jahre aufgesummt, so soll dies für den Erbzinsherrn, in Ermangelung besonderer Verabredung, eine Ursache der Ausbietung des Erbzinsmannes abgeben, wobey der Einwand des letztern, daß er wegen des Canons oder der Contribution nicht gemahnt worden sey, ganz keine Rücksicht verdient, nach den dürren Worten des Gesetzes: quum neminem oporteat *conuentionem* (nehmlich wegen des versprochenen Zinses) vel *admonitionem* (wegen der Steuern) exspectare. Huber v) macht einen sehr unnöthigen Zweifel, wenn er erinnert, von der Zeit, wie lange der Erbzinsmann die öffentlichen Abgaben müsse haben aufschwellen lassen, ehe zur Privation geschritten werden könne, sey in den Gesetzen nichts vorgeschrieben, und daher müsse solches von der Zeit an gerechnet werden, wo der Fiscus das Gut wegen der Contribution angesprochen habe, oder wo der Erbzinsmann deswegen sonst zum öftern ernstlich gemahnt worden sey. In der That, es ist schwer zu begreifen, wie Huber diese Behauptung aufstellen konnte. Setzt denn nicht Justinian in der vorliegenden Gesetzstelle ausdrücklich, wie bey der Bezahlung des Erbzinses, drey Jahre zum Ziel, wenn er sagt: Sed *per* totum *triennium* neque pecunias soluerit, *neque* apochas domino tributorum reddiderit? wird nicht dadurch die Frage, wie viele Jahre, in Ermangelung besonderer Verabredungen, die Zahlung unterblieben seyn müsse, in Ansehung der Steuern sowohl als des Erbzinses entschieden? Eher dürfte vielleicht das zweifelhaft seyn: ob die drey Jahre bey kirchlichen Emphyteusen, wenn öffentliche Lasten auf ihnen haften, eben so wie bey unterlassener Bezahlung des Erbzinses, in zwey Jahre verwandelt worden seyen? Da in der *Nou.* 7. *cap.* 3. §. 2. ausdrücklich nur des Canons gedacht wird: hoc enim tempus (nehmlich *biennium continuum*) pro triennio aliorum hominum suffi-

t) Diese anterior lex ist die *L.* 12. *C. de Contrab. et committ. stipulat.*

v) *Huber Praelectt. iur. ciuil. tit.* Dig. *Si ager vectigal.* §. 12.

fuſſicere ad caſum eccleſiaſticarum aut ptochicarum emphyteuſium PRO NON SOLVTO CANONE ponimus, ſo glaube ich, daß, in Anſehung der unterlaſſenen Zahlung der öffentlichen Beſchwerden, zwiſchen weltlichen und geiſtlichen Emphyteuſen kein Unterſchied anzunehmen ſey.

2) Wenn der Erbzinsherr ſich geweigert hat, den Canon anzunehmen. Juſtinian fürchtete, dieſer oder jener Erbzinsherr mögte vielleicht der verweigerten Annahme des offerirten Canons ſich als eines Mittels bedienen wollen, den Erbzinsmann um das Gut zu bringen. Daher verordnete er noch am Ende der *L. 2. C. de Iur. emphyt.*, dem Erbzinsmanne ſolle dann die Nichtzahlung unſchädlich ſeyn, ja er gab dieſem noch Verhaltungsregeln an die Hand, wie er ſich in ſolchem Falle wider alle Chicanen verwahren könne. Ne autem, ſind ſeine Worte, ex hac cauſſa dominis facultas oriatur, emphyteutas ſuos repellere, et reditum minime velle ſuſcipere, vt ex huiuſmodi machinatione triennio elapſo, ſuo iure is, qui emphyteuſin ſuſcepit, cadat: licentiam ei concedimus, adteſtatione praemiſſa, pecunias obferre, hiſque obſignatis, et ſecundum legem depoſitis, minime deiectionis timere periculum. Es ſoll dem Erbzinsmanne verſtattet ſeyn, dem Herrn, wenn dieſer den Canon nicht acceptiren will, das Geld nochmals in Gegenwart einiger Zeugen anzubieten, bey fernerm Weigern aber zu verſiegeln, und gerichtlich unter Beobachtung der dabey in den Geſetzen vorgeſchriebenen Sollemnitäten zu hinterlegen. Dieſe Vorſichten übrigens, welche Juſtinian giebt, wenn der Erbzinsherr den Erbzinsmann chicanirt, ſind, wie alle übrige Cautelen, zwar nützlich, aber nur nicht nothwendig. Wenn auch ohne jene Vorſichten die Anbietung erweislich geſchehen iſt, ſo iſt der Erbzinsmann nicht ſäumig, und bloß wegen der Säumniß ſoll er doch des Guts entſetzt werden.

3) Wenn der Erbzinsmann eine liquide Gegenforderung an den Herrn hat, und dieſem alſo exceptionem compenſationis opponiren kann. Denn in ſolchem Falle hat er wirklich ſeinen Erbzins bezahlt, weil nach den Geſetzen die Compenſation eine ſpecies ſolutionis iſt x).

4) Wenn

x) §. 30. *I. de Act.*

4) Wenn der Erbzinsherr auf seiner Seite den Contract noch nicht erfüllt, oder demselben zuwider gehandelt hat. Hieher würde z. B. gehören, wenn er dem Erbzinsmanne einige zu dem Gute gehörige Nutzungen widerrechtlich vorenthält; in diesem Falle ist der Erbzinsmann allerdings befugt, auch so lange den Canon einzubehalten, bis ihm der völlige contractsmäßige Gebrauch des Gutes eingeräumt worden ist y).

5) Wenn überhaupt die Nichtzahlung dem Erbzinsmanne nicht beygemessen werden kann, weil sie entweder an dem Herrn selbst liegt, oder sonst in einem unvermeidlichen Zufalle sich gründet. Dahin kann man z. B. rechnen, wenn der Herr gestorben ist, und man noch nicht weiß, wer ihn erben werde; wenn der Herr weit verreiset ist, und keinen Mandatar zurück gelassen hat; wenn der Erbzinsmann in feindliche Gefangenschaft gerathen und weggeführt worden ist u. s. w. Denn in diesen und ähnlichen Fällen ist der Erbzinsmann nicht in mora z).

Kann der Erbzinsmann nicht einen solchen Entschuldigungsgrund seiner Säumniß in Bezahlung des Canons anführen, so trifft ihn die Strafe der Privation, und zwar soll sie ihn, wie Hellfeld bemerkt, ohne Unterschied treffen, siue dolo, siue culpa lata, vel leui omissa sit canonis praestatio. Dies ist nun freylich so ausgemacht nicht; denn über die Frage: ob sich der Erbzinsmann wohl nicht damit entschuldigen könne, daß er die Entrichtung des Canons keineswegs vorsätzlich unterlassen habe? streiten die Rechtslehrer. Leyser a), Fresenius b) und Walch c) wollen diese Entschuldigung gelten lassen; denn sie behaupten, der Erbzinsherr könne sodann nicht auf die Beraubung des emphyteutischen Rechts wider den Erbzinsmann klagen, wenn dieser die Bezahlung nicht vorsätzlich, oder wenigstens aus grober Fahrlässigkeit, die hier dem wirklichen Vorsatze völlig gleich zu achten ist, unterlassen haben sollte; ein geringes, oder auch nur

y) *Arg. L. 13. §. 8. D. de Act. emt. vend.*

z) *Arg. L. 21. und L. 22. D. de Vsur. et fruct.*

a) *a Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. CIII. med. 2. 3. p. 393. sqq.*

b) *Fresenius Diss. de poena emphyteutae canonem non soluentis*, §. 13. (in dessen Meditationen für Rechtsgelehrte; Fortsetz. I. S. 28. ff.)

c) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. III. cap. IIII. membr. IIII. §. 4. p. 646. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0050
DFG

nur mäßiges Versehen hingegen könne den Verlust der Emphyteuse nicht nach sich ziehn, dieses sey nur willkührlich zu bestrafen. Die Gründe, welche sie für ihre Meinung anführen, sind außerordentlich scheinbar. Da es nehmlich, wie wir wissen, zum Characteristischen des Canons gehört, daß derselbe lediglich zur Anerkennung des Obereigenthums entrichtet wird, und nicht etwa zur Compensation der Früchte; so leidet es wohl keinen Zweifel, daß der wahre Grund dieser Strafe keineswegs das Interesse des Erbzinsherrn sey, sondern lediglich auf der durch die Nichtzahlung entstandenen Präsumtion ruhe, der Erbzinsmann habe das Obereigenthum nicht ferner anerkennen, sondern widerrechtlich an sich ziehn wollen, wie schon vorhin erinnert wurde. Hieraus nun glauben diese Rechtslehrer mit Gewißheit folgern zu können, daß die erwähnte Strafe der Beraubung des emphyteutischen Rechts zum wenigsten nur dann statt finden könne, wenn der Erbzinsmann die Entrichtung des Canons entweder aus Vorsatz, oder aus grober Nachlässigkeit unterlassen hat. Denn, auf solche Weise werde, um dem Erbzinsmanne sein Recht entziehn zu können, wesentlich erfordert, daß er widerrechtlich und betrieglich gegen den wahren Eigenthümer gehandelt habe; es scheine daher in dem Falle, wenn auf Seiten des Emphyteuta nur ein mäßiges oder geringes Versehn vorhanden ist, an einem wesentlichen Erfordernisse zu ermangeln, unter dessen Voraussetzung die Privation eintreten soll, und folglich cessire auch die Raison der Strafe sodann gänzlich.

Ferner, glauben sie, könne man hier doch auch von einem Lehnmanne, ingleichem von einem Vormunde, auf den Erbzinsmann schließen. Weil nehmlich ein Vasall nur dann des Lehns verlustig wird, wenn er durch vorsätzliche Nichtbeobachtung der Vasallentreue eine Felonie begeht, oder wenigstens doch eine grobe Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen läßt d), und weil bey einem Vormunde nur dadurch ein zur Remotion hinlänglicher Verdacht bewirkt wird, wenn er entweder vorsätzlich, oder aus grober Nachlässigkeit seinen Pflichten nicht Genüge leistet e), so sey anzunehmen, daß auch eben das bey einem Erbzinsmanne Rechtens seyn müsse.

d) *II. Feud.* 52. §. 3. *II. Feud.* 55. *pr. cf. Gail Obseruatt. camerall. Lib. II. obs.* XXXXVIII. *num.* 9. *Boehmer Princip. iur. feudal. Lib. I. Sect. III. cap. I.* §. 353. *p.* 258. *sq. ed. nouiss. Püttmann Elemm. iur. feudal. cap.* XXII. §. 586. *p.* 352. *sq.*

e) L. 7. §. 1. D. *de Suspect. tutor. cf.* Struben rechtl. Bedenken, Th. I. Bed. LXXXV. S. 199. f. Th. II. Bed. CXXI. S. 473.

Endlich berufen sich diese Rechtsgelehrten auf die Billigkeit, und insbesondere, behauptet Fresenius f), sey daher diese Meinung den Gesetzen g) gemäß, weil es hart und unbillig seyn würde, den Erbzinsmann wegen einer geringen Fahrlässigkeit seines Rechts zu entsetzen.

Dessen ungeachtet scheint mir, wie ich schon an einem andern Orte geäussert habe h), die gegenseitige Meinung, die auch unter andern von Berger i) und Müller k) angenommen ist, den Vorzug zu verdienen, weil sie den Gesetzen selbst allemal am angemessensten ist. Aus der vorhin angezogenen *L. 2. C. de Iur. emphyt.* ist ihrem wörtlichen Inhalte nach die Voraussetzung, daß der Erbzinsmann den Canon vorsätzlich oder aus grober Nachlässigkeit innerhalb dem dreyjährigen Zeitraume zu entrichten unterlassen habe, nicht ersichtlich; im Gegentheil soll er in die Strafe der Beraubung seines Rechts auch dann verfallen, wenn er den Canon aus bloßer Nachlässigkeit nicht zu rechter Zeit bezahlt hat. Dies giebt der Gesetzgeber hinlänglich zu erkennen, wenn er verordnet, der Erbzinsmann solle durch die Einwendung, daß die Forderung von dem Obereigenthümer nicht in Anregung gebracht worden sey, sich keineswegs von der Strafe des Verlusts befreyen können. Denn meiner Meinung nach wird hiedurch bloß angedeutet, der Erbzinsmann solle sich auch damit nicht entschuldigen können, daß die Säumniß lediglich durch seine Nachlässigkeit veranlaßt worden sey.

Auch in andern Verordnungen des römischen Rechts, der *Nou. 7. cap. 3. §. 2.*, wird dieses Princip bestätigt, wenn darin ganz allgemein vorgeschrieben wird, daß der Erbzinsmann wegen eines begangenen Verzugs bey Bezahlung des Canons sein Recht verlieren soll l).

Es leidet also wohl keinen Zweifel, daß der Erbzinsmann seines emphyteutischen Gutes verlustig werde, wenn er innerhalb dem zweyjährigen oder drey-

f) Fresenius a. a. O.

g) *L. 90. D. de Diuers. reg. iur.*

h) S. meine Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, Band *I.* Num. *XXVI.* S. 345. ff.

i) *de Berger Responss. Part. II. resp. XXXIIII.*

k) *Müller Obseruu. practt. ad Leyseri Meditatt. ad Pandect. Tom. I. fasc. II. obs. CCXXXXVII. p. 268. sq.*

l) *cf. Nou. 120. cap. 8.*

dreyjährigen Zeitraume den Canon nicht entrichtet hat, ohne daß hiebey darauf eben weiter Rücksicht zu nehmen wäre, ob der begangene Verzug vorsätzlich, oder aus bloßer Nachlässigkeit geschehen ist. Der Erbzinsmann kann sich auch nicht beklagen, daß auf solche Weise hart und unbillig mit ihm verfahren werde; denn durch seine Nachlässigkeit und eigene Schuld wird das Nutzungseigenthum mit dem Obereigenthume in der Person des Erbzinsherrn ipso iure consolidirt. Wenn er ohne rechtmäßige Ursachen oder Hindernisse die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt, und dadurch die Vermuthung wider sich erregt, er habe dem Erbzinsherrn sein Obereigenthum entreißen, und ihn für seinen Obereigenthumsherrn nicht ferner anerkennen wollen, so hat er doch lediglich sich selbst den Verlust seines Rechts zuzuschreiben.

Irrig ist es daher, wenn man glaubt, die Behauptung, daß der Erbzinsmann auch wegen eines durch geringe Fahrlässigkeit veranlaßten Verzugs seines Rechts entsetzt werden könne, sey wider die natürliche Billigkeit. Die anscheinende Härte, die man in der dieſſeitigen Meinung finden will, muß vollends sogleich verschwinden, wenn man nur in Erwägung zieht, daß es dem Erbzinsmanne nicht nur frey steht, irgend eine von den erwähnten Ursachen anzuführen, die ihn an der zeitigen Entrichtung des Canons behindert hat, sondern daß er auch sogar, wie wir unten m) sehn werden, die Befugniß hat, den begangenen Verzug wieder gut zu machen (moram purgare). Ist der Erbzinsmann auch hierin nachlässig, und sucht sich auch auf diese Weise nicht von der Strafe zu befreyen, so ist gewiß nichts billiger und vernünftiger, als daß er nunmehr der Verordnung der Gesetze gemäß des emphyteutischen Guts beraubt werde, ja es würde höchst ungerecht seyn, wenn man denselben zum Nachtheile des Erbzinsherrn noch weiter begünstigen, und diesem das Recht der Ausbietung entziehn wollte, welches ihm die Gesetze einräumen.

Eine andere Frage ist indessen noch die: ist der Erbzinsmann auch dann, wenn er innerhalb dem gesetzmäßigen Zeitraume von zwey und drey Jahren dem Erbzinsherrn einen Theil des Canons bezahlt hat, des emphyteutischen Gutes für verlustig zu achten? Auch diese Frage ist controvers. Die meisten Rechtslehrer, als Harpprecht n), Hahn o), Berlich p), Coccejus q), Tyra-

m) §. 616.

n) *Harpprecht Com. ad Institut. tit. de Locat. conduct. §. 3. num. 482. sqq.*

o) *Hahn Obss. ad Wesenbec. tit. Si ager vectigal. num. 3.*

p) *Berlich Concluss. practicabb. Part. II. concl. XXXXVI. num. 18.*

q) *Coccejus Iur. civ. controv. tit. Si ager vectigal. quaest. 9.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0053 DFG

quell r), Clarus s), Mantica t), Voet v), Carpzov x), Fachinäus y), Perez z) und Zoesius a) behaupten, eine solche Zahlung, oder gar keine, sey einerley, und der Erbzinsmann falle also ihrer ungeachtet in die Strafe der Privation des ganzen Erbzinsgutes. Ihre Gründe sind diese:

α) derjenige nur bezahle seine Schuld, welcher sie ganz abträgt, nicht aber ein solcher, der nur einen Theil davon entrichtet, daher denn auch nur jener, nicht aber dieser von seiner Verbindlichkeit frey werde b): sogar den Käufer befreye es nicht von der durch die lex commissoria fest gesetzten Strafe, wenn er einen Theil des Kaufpretiums bezahlt habe c);

β) falle auch derjenige, welcher etwas unter einer gewissen Strafe zu thun versprochen hat, in diese Strafe, wenn er nicht diesem Versprechen völlige Genüge leiste d). Da nun der Erbzinsmann schuldig sey, innerhalb der gesetzlichen Frist, bey Strafe des Verlusts seines emphyteutischen Rechts, den Canon zu bezahlen, so müsse er ihn auch ganz bezahlen, wenn er von dieser Strafe frey seyn wolle.

γ) Sey

r) *Tyraquell de retractu conuention. §. 4. gloss. 6. num. 26.*

s) *Clarus de emphyteus. quaest. 8. num. 4.*

t) *Mantica de tacitt. et ambigg. conuentt. Lib. XXII. tit. XXVII. num. 16. sqq.*

v) *Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal. num. 37.*

x) *Carpzov Definitt. forens. Part. II. constit. XXXVIII. defin. 4. 5.*

y) *Fachinaeus Controuerss. iur. Lib. I. cap. LXXXXVII.*

z) *Perez Com. in Cod. tit. de Iur. emphyt. num. 19.*

a) *Zoesius Com. ad Pandect. tit. Loc. num. 78.*

b) *Arg. L. 41. §. 1. D. de Vsur. L. 9. C. de Solut.*

c) *Arg. L. 4. §. 1. et L. 6. §. 1. D. de Leg. commiss. L. 85. §. 6. ff. de Verbor. oblig.*

d) L. 85. §. 6. D. *de Verbor. oblig.* Item si ita stipulatio facta sit: si fundus Pitianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest, partes fundi tradere, cessante vno.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0054
DFG

γ) Sey es nach Vorschrift der *L.* 7. *D. Comm. diu.* unerlaubt, den Canon zu vereinzelnen.

Dagegen ist aber zu erinnern:

α) wer seine Schuld nicht ganz bezahlt, wird freylich von seiner Verbindlichkeit nicht frey; allein daraus folgt noch nicht, daß deswegen die auf die Nichtbezahlung des Canons gesetzte Strafe auch hier statt finde. Der Erbzinsmann bleibt zwar verbunden, den rückständigen Canon noch nach zu bezahlen, allein die Strafe kann doch hier um deswillen wegfallen, weil, so bald nur ein Theil des Canons innerhalb der in den Gesetzen bestimmten Zeit bezahlt ist, der Canon von der ganzen Zeit nicht mehr zurück steht e). Hat es auch gleich einerseits seine völlige Richtigkeit, daß eine Bezahlung auf Abschlag gar keine Zahlung sey, nehmlich in so weit, daß ich den andern zu ihrer Annahme nicht zwingen, folglich wider des andern Willen mich dadurch von der auf die unterlassene Zahlung gesetzten Strafe nicht befreyen kann, so ist es doch andererseits eben so gewiß, daß abschlägliche Stückzahlung allerdings für eine Zahlung zu achten sey, wenn mein Gläubiger solche annimt, daß ich pro parte dadurch von meiner Schuld befreyet werde, wenn nicht etwa auch darin die Verabredung und Absicht der Partheyen ein anders mit sich bringt. So heißt es mit Recht in der *L.* 41. §. 1. *D. de Vsur.* und der *L.* 9. *C. de Solut.*, daß, wenn ein Schuldner eine geringere Summe, als er schuldig ist, deponirt, er sich dadurch von der Bezahlung der Zinsen für die ganze Summe nicht befreye, wenn nicht bey Darleihung des Geldes verabredet worden, daß solches nach und nach wieder bezahlt werden könne, d. h. wenn der Gläubiger in die Stückzahlung einwilligt; diese Einwilligung ist aber auch nachher vorhanden, wenn er die Bezahlung auf Abschlag annimt.

β) Theils hat der Erbzinsmann sich gar nicht verbindlich gemacht, bey einer bestimmten Strafe den Canon zu bezahlen, theils steht auch

e) Dies wollen auch wohl die Gesetze selbst, *Nou. 7. cap. 3. §. 2. Auth. Qui rem C. de Sacrosanct. eccles. Cap. 4. X. de Locat. conduct.*, worin die Strafe der Beraubung gedroht wird, sagen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0055
DFG

auch nur bloß auf der unterlassenen Bezahlung des Canons, in der bestimmten Zeit, die Strafe des Verlusts des Erbzinsrechts, und zwar, weil man glaubt, daß alsdann der Erbzinsmann dem Obereigenthumsherrn sein Recht entreißen, und ihn nicht weiter dafür anerkennen wolle. Dies fällt aber weg, so bald nur ein Theil des Canons bezahlt ist, da der Erbzinsmann durch diese Zahlung deutlich zu erkennen giebt, daß er dem Erbzinsherrn das Obereigenthum nicht streitig zu machen gedenke, sondern ihn noch immer für den Obereigenthumsherrn halte. Wie kann er demnach schon die Strafe verdienen, welche in jenem Falle nur statt findet?

γ) In der *L.* 7. *D. Comm. diu.*, auf welche die Gegner provociren, ist in der That nichts anzutreffen, das zum Beweise ihrer Meinung dienen könnte. Zwar heißt es im Anfange dieser Gesetzstelle, ein ager vectigalis solle bey Theilungen nicht leicht von dem Richter in wirkliche abgesonderte Stücke vertheilt werden, damit die Bezahlung des Vectigals den Herren nicht erschwert werde (alioquin praestatio vectigalis confundetur). Dies kann also zu einem Beyspiele von der Anwendung jener Regel dienen, die der Jurist Cajus in der *L.* 3. *D. Famil. ercisc.* anführt: Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, vt debita et credita singulis pro solido, aliis alia adtribuat: quia saepe et solutio et exactio partium non minima commoda habet. Auch kann man daraus so viel schließen, daß, wenn mehrere Miterben vorhanden sind, der Herr nicht von jedem die Bezahlung des Zinses nach seinem Antheile anzunehmen brauche, sondern die ganze Summe auf einmal verlangen könne. Daraus folgt aber nicht, daß, wenn er von allen ihren Antheil separat bezahlt angenommen, und noch ein einziger schuldig geblieben, er wegen dieses kleinen Rückstandes die ganze Emphyteuse einziehn könne, indem von diesem Falle in der ganzen Gesetzstelle kein Wort enthalten ist.

Je unbedeutender demnach die Gründe sind, mit welchen die genannten Rechtslehrer ihre Behauptung unterstützen, desto mehr finde ich mich geneigt, denjenigen beyzupflichten, welche den Erbzinsmann bey seinem Rechte geschützt wissen wollen, wenn er einen Theil des Canons zu rechter Zeit abgeführt hat.

Es

Es mag genug seyn, von diesen einen Brunnemann f) Leyser g) und Buri h) zu nennen. Hofacker i) meint zwar, die Praxis befolge solches mehr nur der Billigkeit wegen, als nach der Strenge des Rechts. Illud, quod ob *partem* solutam iure suo non cadat, ex aequitate magis quam iuris rigore *receptum* est, sagt dieser berühmte Rechtsgelehrte. Allein ich glaube, daß selbst nach ächten theoretischen Gründen in den Gerichten für den Erbzinsmann gesprochen werden müsse. Denn

1) verordnen die Rechte, daß der Erbzinsmann, wenn er die ganze Zeit der zwey und drey Jahre hindurch keinen Canon oder, wie es in der *L. 2. C. de Iur. emphyt.* heißt, kein Gelo gegeben, das emphyteutische Gut einbüßen solle. Kann man dies aber wohl von einem Erbzinsmanne, der immer etwas abbezahlt, und des Rückstands wegen den Herrn um Geduld gebeten hat, sagen? Er ist ja in der That den vollen Zins von zwey und drey Jahren nicht schuldig geblieben, weil das abschläglich Bezahlte wieder davon abgehn muß, und er also nur den Zins etwa von $2\frac{1}{2}$ oder $1\frac{1}{2}$ Jahren nach der Größe der abschläglich bezahlten Summe unbezahlt gelassen hat, worauf aber die Gesetze noch keineswegs die Strafe der Privation gesetzt haben.

2) Muß man hier nothwendig den Fall voraus setzen, daß der Erbzinsherr die abschläglich geleistete Stückzahlung angenommen habe. Refüsirte er sie, welches ihm allerdings frey stand, weil man niemandem wider seinen Willen Stückzahlung obtrudiren kann, so ist es nicht möglich, daß der Erbzinsmann jährlich etwas abbezahlen konnte. Nahm er sie aber an, so verwilligte er ja dem Erbzinsmanne stillschweigend wegen des Rückstands Stundung, und begab sich seines Rechts.

Hieraus ergiebt sich nun aber auch von selbst, daß die abschläglich geschehene Zahlung den Erbzinsmann nur alsdann gegen die Strafe der Beraubung des Gutes sichere,

a) wenn

f) *Brunnemann ad L. 2. C. de Iur. emphyt.*

g) *a Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. CIII. med. 7. 8.*

h) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 132. ff.

i) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1057.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0057
DFG

α) wenn der Erbzinsherr dieselbe angenommen hat. Hat er den Erbzinsmann damit abgewiesen, wie er zu thun wohl befugt ist, so blieb ihm dieser den ganzen Canon schuldig, und es muß also dann auch die in den Gesetzen bestimmte Strafe der Privation zur Anwendung kommen. Daher kann ich dem angeführten Leyser so wenig, als den Gebr. Overbeck k) meinen Beyfall geben, wenn sie behaupten, daß sogar die bloße Anbietung der Stückzahlung schon genüge, um den Erbzinsmann von der Strafe zu befreyen, da dies dem unbestrittenen Princip, daß man durchaus niemanden zur Annahme einer Bezahlung auf Abschlag zwingen kann, e diametro entgegen ist l).

β) Wenn er bey der abschläglich geleisteten Zahlung den Erbzinsherrn um Nachsicht wegen des Rückstandes gebeten hat. Denn hat er es böslicher Weise verschwiegen, daß das nicht der volle Erbzins sey, es ist auch dem Herrn solches nicht bekannt gewesen, so kann er sich nicht auf die stillschweigende Einwilligung des Herrn stützen, und sein dolus darf ihm nicht zu statten kommen.

Wird der Erbzinsmann wegen nicht bezahlten Canons des Emphyteutgutes wirklich entsetzt, so entsteht die Frage: ist er jetzt verbunden, von den vergangenen Jahren den rückständigen Canon noch nach zu bezahlen? Fehlt es gleich über diese Frage nicht an bestimmten Verordnungen der Gesetze, so wird sie dennoch von den Rechtsgelehrten nicht gleichmäßig

k) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band II. Num. LVIIII. S. 22. ff.

l) Leyser irret ohnehin, wenn er sein Responsum lediglich auf die *L.* 42. *D. de Poen.* gründet, worin es heißt: interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae, so wie auch auf die *L.* 155. §. 2. *D. de Diuers. reg. iur.*, worin Paulus sagt: In poenalibus caussis benignius interpretandum est. Denn diese allgemeine Regel findet nur in denjenigen Fällen statt, wo die Worte eines Strafgesetzes zweifelhaft sind, und man aus zwey oder mehreren Begriffen, die mit den Worten der gewöhnlichen Bedeutung nach verknüpft werden könnten, denjenigen Begrif, nach welchem die Strafe die gelindeste bleibt, wählt. Dagegen ist es den Exegeten nicht erlaubt, durch diesen Vorwand eine Meinung unterzuschieben, wovon das Gesetz gar nichts enthält, oder die wohl gar demselben zuwider ist. Dies heißt nicht die Gesetze auslegen, sondern sie verändern, oder neue Gesetze machen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0058
DFG

mäßig beantwortet. Clar m), Menoch n) und besonders Carpzov o) nehmen an, wenn bey angestellter Privationsklage der Erbzinsmann des Gutes beraubt werde, so könne nicht auch noch außerdem der rückständige Erbzins von ihm gefordert werden, und zwar aus folgenden Gründen:

1) die Beraubung des Emphyteutgutes sey nichts anders, als eine wirkliche Strafe, die Sache selbst aber und die Strafe dazu könne man nicht zugleich verlangen p);

2) da der Erbzins nicht für die Früchte, sondern zur Anerkennung des Obereigenthums entrichtet werde, so könne man nicht sagen, daß der Erbzinsmann die Strafe für die unterlassene Bezahlung leide.

Die gegenseitige Meinung aber, welche Coccejus q), Buri r), Harpprecht s), die Gebr. Overbeck t) und Leyser v) vertheidigen, ist meines Bedünkens den Rechten viel gemäßer. Sie wird durch die *Nou.* 120. *cap.* 8. und die daraus gezogene *Auth.* Qui rem *C. de Sacrosanct. eccles.* deutlich bestätigt, indem darin ausdrücklich verordnet wird, daß der Erbzinsmann der Ausbietung ungeachtet allen rückständigen Erbzins bezahlen müsse. In der Novelle selbst heißt es: Ex qua locatio aut emphyteusis facta est, et quae debentur solum PRO PRAECEDENTE TEMPORE, und in der Authentike: Vt tamen soluat TOTIVS TEMPORIS PENSIONEM. Zwar ist in diesen Gesetzen bloß von Kirchengütern die Rede, aber sie können doch, wie ich glaube, mit gutem Grunde auch auf weltliche Emphyteusen angewendet werden. Denn weswegen sollte eben hierin der Kirche ein größeres Vorrecht zustehn. Zudem

m) *Clarus Sententt. Lib. IIII. quaest.* 10. *num.* 2.

n) *Menochius Consill. num. DCCLXXV.*

o) *Carpzov Definitt. forens. Part. II. const.* XXXVIII *def.* 6. *num.* 10. *sq.*

p) *L.* 4. *C. de Pact. int. emt. et vend. L.* 10. *D. de Public. et Vectigal.*

q) *Coccejus de emphyteus. cap. X. num.* 9. (*in exercitt. curioss. Tom. I. diss.* XXXXI.)

r) von Buri a. a. O. S. 238. ff.

s) *Harpprecht l. l. num.* 494.

t) Gebr. Overbeck a. a. O. 47um. *LXI.* S. 31. ff.

v) a *Leyser l. l. med.* 11.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0059 DFG

ist hier von Seiten des Erbzinsmannes eine wirkliche Schuld vorhanden, deren er sich nicht entledigen kann, wenn er gleich des Erbzinsgutes durch seine eigene Schuld verlustig wird. Ist dies nicht in ähnlichen Fällen eben so? Muß nicht z. B. der Pachter das rückständige Pachtgeld noch nachbezahlen, wenn er gleich aus dem Besitze der Pachtung gesetzt wird? und ist dies etwa überhaupt so etwas ungewöhnliches, da hier doch weiter nichts, als eine noch rückständige Schuld abgetragen wird?

Was die Einwürfe der Gegner betrifft, so läßt sich denselben leicht begegnen. Denn

a) ist der Satz, daß Sache und Strafe nicht zugleich gefordert werden können, nichts weniger als allgemein. Zwar trifft derselbe bey den so genannten vermischten Klagen in so weit ein, daß, da in solchen Klagen zugleich die rei persequutio mit enthalten ist, man also z. B. in der actio vi bonorum raptorum nach erhaltenem Quadruplum nicht noch insbesondere ad rem persequendam klagen kann, allein bey andern Klagen kriegt er doch, indem man z. B. nach angestellter actio furti ad poenam consequendam noch die condictio furtiua ad rem persequendam hat x). Außerdem aber kann die gegenwärtige Privationsklage, wobey der Herr zugleich den rückständigen Erbzins fordert, mit den Pönalklagen oder den vermischten Klagen gar nicht verglichen werden, da hier zwey Klagen, die beyde rei persequutoriae sind, übrigens aber gar nicht gemeinschaftliche, sondern ganz verschiedene Absichten haben, vorhanden sind, nehmlich eine ad retradendum fundum ob non solutum canonem, und eine ad soluendum canonem für die besessene Emphyteuse. Wie könnten nun wohl beyde Klagen einander aufheben? Dazu kommt noch, daß die Strafe wegen des nicht in der gesetzmäßigen Zeit bezahlten Canons, und die Entrichtung des rückständigen Canons, gar nicht aus einem und eben demselben Grunde herrühren. Die Strafe des Verlusts des Erbzinsguts rührt aus dem Gesetze her, weil der Erbzinsmann dadurch ein unerlaubtes Factum, welches in contemtum domini abzielt, begangen hat. Die Bezahlung des Canons hingegen rührt aus dem Contracte her. Beydes läßt sich

x) L. 34. §. 2. D. de Obligat. et act.

sich also gar wohl mit einander vereinigen. Wäre hier der Fall, daß der Erbzinsmann entweder den Canon bezahlen, oder das Erbzinsgut verlieren müsse: so könnte freylich der Herr nur eines von beyden verlangen; allein dies ist hier gar nicht der Fall, sondern beydes, Strafe und Entrichtung des Canons, ist mit einander verbunden. Auch ist hierin nichts unbilliges, da der Erbzinsmann doch die Zeit hindurch die Früchte von dem Gute genossen hat, also auch den Canon nicht ohne Ursache bezahlt. Ferner, die beyden angeführten Gesetze enthalten nichts, womit die Behauptung der Dissentienten sich erweisen ließe. In der *L.* 4. *C. de Pact. int. emtor. et vend.* heißt es bloß: derjenige, welcher nach dem Verlauf der bestimmten Zahlungszeit nicht die verkaufte Sache, sondern die Zinsen für das schuldige Kaufpretium fordert, solle nachgehends nicht mehr auf die Erfüllung der lex commissoria dringen können. Der Grund davon ist leicht einzusehn. Denn durch jenes Benehmen giebt der Verkäufer zu erkennen, daß er die verkaufte Sache vermöge des Vertrags nicht wieder nehmen, sondern lieber den Kaufschilling gegen Zinsen stehn lassen wolle, wobey es sich dann von selbst versteht, daß, wenn der Verkäufer das noch schuldige Geld fordert, er nicht zugleich auch die Sache wieder nehmen könne, weil die ganze Forderung des Geldes darauf sich gründet, daß dem andern eine Sache verkauft worden ist, und wenn also der Kauf wieder aufgehoben, und die verkaufte Sache wieder zurück genommen wird, auch das versprochene Kaufgeld wieder wegfallen muß. Bey Beraubung der Emphyteuse im Gegentheil werden ja die Nutzungen, welche der Erbzinsmann die verflossenen Jahre hindurch aus dem Gute bezogen hat, diesem nicht wieder weggenommen, und kann er sich daher auch der Abtragung des schuldigen Zinses nicht entziehn. Die *L.* 10. §. 1. *D. de Public. et vectig.* verordnet, daß, wenn die Pachter von den Zöllen ihr Pachtgeld nicht bezahlen, man ihnen vor geendigter Zeit die Pacht nehmen, oder von dem Rückstande die Zinsen fordern könne. Folgt denn aber daraus, daß, wenn man ihnen die Zölle nimt, man von den bereits verflossenen Jahren die rückständigen Pachtgelder nicht fordern, und also nicht Strafe und Sache zugleich verlangen dürfe? Und

das ist doch eigentlich bey der Emphyteuse, wovon wir handeln, der Fall.

β) Daraus, daß der Canon nicht wegen der gehobenen Früchte und Nutzungen, sondern zur Anerkennung des Obereigenthums gegeben wird, scheint freylich dem ersten Ansehn nach zu folgen, daß, so bald der Erbzinsherr das Erbzinsgut zu sich nimt, auch die Anerkennung des Obereigenthums von Seiten des Erbzinsmannes aufhöre, und deswegen der rückständige Canon, der doch aus jenem Grunde nur entrichtet wird, aufhöre. Allein dies paßt auf unsern Fall nicht, wo der Erbzinsmann den Canon von der vergangenen Zeit noch schuldig ist, sondern kann nur auf die künftige Zeit angewendet werden. Dort ist der Canon nunmehr als ein wirkliches Debitum anzusehn, zu dessen Entrichtung der Erbzinsmann immer verbunden ist, wenn er auch gleich das Gut nicht mehr besitzt. Sollte der Contract schon von dem Jahre an, da der Erbzinsmann angefangen, mit der Zahlung auszubleiben, aufgehört haben, so müßte der Erbzinsmann auch die Früchte von den zwey oder drey Jahren wieder heraus geben, indem der Contract nicht zugleich auf seiner Seite gültig, und auf des Herrn Seite ungültig seyn kann.

§. 607.

Wird man gefragt: wie kann eine Emphyteuse entstehn? so läßt sich die Antwort im allgemeinen dahin geben, daß alle gesetzmäßige Erwerbungsarten von Gütern und Rechten, die schon in eines andern Eigenthume sich befinden, auch dem Erbzinsgute seine Existenz verschaffen können. Also kann man eine Emphyteuse erhalten

1) durch letztwillige Verordnungen sowohl, als
2) durch Verjährung, obgleich es meistentheils
3) durch einen Contract zu geschehen pflegt, nehmlich durch den sogenannten emphyteutischen Contract (*contractus emphyteuseos s. emphyteuticarius* *).

Die-

*) Einige haben ihm auch den Namen contractus insitionis beygelegt, welchen sie aus Valentinians *Nov.* 40. *L.* 1. beym *Cod. Theod. de Praed. pistor. Afr. deput.* her-

Dieser emphyteutische Contract ist ein Mittelding zwischen dem Kaufcontracte und dem Miethcontracte. Die römischen Juristen stritten anfänglich darüber, ob er als ein Kauf oder als eine Miethe anzusehn sey, weil er von beyden Geschäften Eigenschaften an sich trägt. Er scheint einerseits ein Kauf zu seyn, weil der Erbzinsmann eine Art von Eigenthumsrecht erlangt; er gleicht aber auch andererseits dem Miethcontracte, weil der Erbzinsmann eine jährliche Abgabe entrichten muß, und dem Erbzinsherrn das Eigenthum verbleibt. Der Kayser Zeno entschied endlich den Streit durch einen Schwerdtstreich, indem er verordnete, die Emphyteuse solle fernerweit kein Zwittercontract mehr, keine emtio oder locatio, sondern ein besonderer eigener Contract seyn. Die Worte seiner Verordnung in der *L.* 1. *C. de Iur. emphyt.* sind: Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse constituimus, ab vtriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum; conceptionem definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter vtrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interueniente habitis placuerint, firma inlibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri. Dies ist die berühmte lex Zenoniana, wovon Justinian im §. 3. *I. de Locat. et conduct.* sagt: *eamdem emphyteuseos contractus* PROPRIAM STATVISSE NATVRAM, *neque ad* locationem, *neque ad* venditionem *inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.* Schiltery) behauptet zwar, die ganze Sache habe längst schon vor Zeno ihre Richtigkeit gehabt, indem sowohl Honor, als bereits Constantin der Große die emphyteuticarios mit dem Namen domini belegt, und also allerdings dafür gehalten hätten, daß bey diesem Contracte eine Veräusserung des Eigenthums vorgehe, es möge nun die Emphyteuse errichtet seyn, wie sie immer wolle. Ich muß aber bekennen, daß ich nicht einsehe, wozu Schilter so weit ausholt. War denn etwa durch den von jenen Kaysern gebrauchten Namen dominus der Streit der römischen Rechtsgelehrten aufgehoben, von welchen einige die Emphyteuse als eine Vermie-

hergenommen, wo die Worte: sub eodem insitationis modo, quo nunc tenentur vorkommen, bey welchen sie für insitatio lieber insitio lesen wollen. Wahrscheinlich ist aber dort ein Fehler; es soll wohl penitatio für insitatio stehn. Man sehe *Leoninus Praelectt. ad rubric. Cod. de Iur. emphyt.* (in *Ottonis Thes. iur. rom. Tom. V. p.* 655.)

y) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVI.* §. 78.

mierung, andere als einen Verkauf angesehn wissen wollten? Wer hiermit noch nicht zufrieden ist, dem gebe ich dasjenige zu bedenken, was einer der scharfsinnigsten Civilisten z) darüber sagt: *Erroneum est, a Zenone Imp.* primitus hunc contractum adinuentum fuisse; *quum et ante Zenonis tempora soliti fuerint domini agros suos, squallidos praesertim et incultos aut longe dissitos, in emphyteusin concedere. Neque aliud a Zenone praestitum, quam quod illam sustulit inter Iurisconsultos disputationem, qua alii emphyteusin emtioni, alii locationi contendebant adcensendam esse, et propriam huius contractus constituit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; quum varias animaduerteret inter hanc conuentionem et emtionis locationisque contractum diuersitates; intacta de caetero relicta emphyteuseos natura, ac in nullo innouata.*

Was die Natur des emphyteutischen Contracts betrifft, so haben wir zu bemerken: die Emphyteuse ist ein Consensualcontract, wenigstens nach der gemeinen Meinung der Rechtslehrer a). Als solcher ist sie dann

1) bonae fidei; denn bekanntlich sind alle Consensualcontracte bonae fidei negotia, d. h. sie wurden bey den Römern ohne Formel geschlossen, man sah bey ihnen auf die Billigkeit, blieb nicht strenge an den Worten kleben.

2) Ist sie sogleich vollkommen, wenn die Interessenten überein gekommen sind und

3) ist es, daß sie schriftlich verabfaßt werde, nicht **nothwendig**, sondern nur **nützlich**, damit, wenn dermaleinst über die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Interessenten etwa Streitigkeiten ent-

z) *Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal. §. 3.*

a) *Matthaeus de obligatt. disp. XXII. num. 2. Vinnius Com. ad Institutt. ad §. 3. de Locat. et conduct. num. 8. Christinaeus Decis. Vol. III. decis. CXVIIII. num. 5. Voet l. l. de Berger Resolutt. legg. obstant. tit. Si ager vectigal. quaest. vn. de Cocceius Iur. ciu. controu. tit. eod. quaest. 2.* Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract, §. 1056. *Mencken Gymnas. iur. polem. disp. III. §. 5 Noodt Com ad Pandect. tit. Si ager vectigal. p. 430. Hahn Opinn. iuriid. class. I. opin. 33.* von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 160. ff. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. III. cap. IIII. membr. IIII §. 1 p. 643. ed. nouiss. Valckenier Disp. de vera contractus emphyteutici natura,* (Trai. ad Rhen. 1731.)

entstehn sollten, aus der Scriptur so gleich der Beweis geführt werden könne.

Nicht alle Rechtslehrer sind jedoch hierin einverstanden, und zwar aus sehr guten Gründen. Wenn eine Kirche ein Gut erbzinslich austhut, so soll nach ausdrücklicher Vorschrift der *Nou.* 7. *pr.* und der *Nou.* 120. *cap.* 5. der Contract schriftlich aufgesetzt werden. Nun behauptet zwar Höpfner b), seines Erachtens gehöre dennoch auch hier die Scriptur nicht zum Wesen der Sache, so daß also eine solche Emphyteuse, wenn die schriftliche Aufsetzung unterblieben ist, darum nicht ungültig sey, allein er unterstützt sein Erachten nicht mit Gründen. Ich weiß nicht, was man irgend gegen die verbindliche Kraft jener Gesetzstellen sollte einwenden können, und glaube daher mit Rivin c), Böhmer d), Wesenbec e), Claproth f), Hofacker g) und Beck h), daß bey der Emphyteuse, die eine Kirche giebt, der schriftliche Aufsatz allerdings zum Wesen des Geschäfts gehöre, folglich eine solche Emphyteuse nicht als ein Consensualcontract anzusehn und zu behandeln sey. Die Gesetze reden so deutlich, daß dies im Grunde nicht dem geringsten Zweifel unterworfen ist. In der That zweifelhaft ist es hingegen, ob das nämliche auch in Ansehung der weltlichen Emphyteusen Rechtens sey. Viele Rechtsgelehrte, z. B. Hunnius i), halten auch bey ihnen die schriftliche Aufsetzung für wesentlich nothwendig, und ihre Meinung gewinnt allerdings daher einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, weil Zeno in der angeführten Verordnung sagt: SCRIPTVRA INTERVENIENTE. Der berühmte Civilist Costa k) glaubt, ein schriftlicher Auf-

b) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 898. *cf. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CCCCLVIIII. med.* 5.

c) *Rivinus Iurisprudent. polem. thes.* 123.

d) *Boehmer Princip. iur. canon.* §. 667.

e) *Wesenbecius Praelectt. ad tit. Dig. Si ager vectigal. num.* 3.

f) Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge, Th. II. §. 812.

g) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1039.

h) *Beck de iur. emphyt. cap. V. p.* 58.

i) *Hunnius Resolutt. Lib. III. Tr. VII. Part. II. p.* 855.

k) *a Costa Praelectt. ad inlustrior. quosd. titt. locaque select. iur. ciuil. ad L.* 1. *C. de Iur. emphyt. p.* 353. *sqq.*

Aufsatz sey beym Erbzinsvertrage an sich nicht nöthig, wenn nichts verabredet werde, das von der Natur der Emphyteuse abweicht. Im entgegen gesetzten Falle aber sey ein schriftlicher Vertrag nöthig. So müsse man die Meinungen der Rechtsgelehrten vereinigen, von welchen einige die schriftliche Vollziehung beym Erbzinsvertrage für nöthig hielten, andere nicht. *Non desiderat*, sagt er, *hic contractus scripturam, si praedia dentur simpliciter ea lege, qua etiam ante Zenonem dari receptum est, vult enim contractum per se subsistere Zeno, vult et iustum esse validumque, sed si noua quaedam substantia formanda est, vel natura, vt Zeno permittit, vult enim in hoc contractu cuncta, quae contrahentibus placuerint, obseruari, licere contrahentibus fulcire naturam vt loquitur, et perinde valere, ac si natura talis contractus esset: sane hoc casu pactiones istae, quibus certam formam contractus adcipit, necessario desiderant scripturam.* Hiedurch ist nun aber freylich wohl der Schwierigkeit noch keineswegs abgeholfen. Der Streit betrifft ja ohne alle Rücksicht auf besondere Verabredungen der Interessenten gerade die Frage: ob bey weltlichen Emphyteusen die Scriptur zum Wesen des Geschäfts gehöre? und wie konnte also Costa wohl glauben, es sey auf die erwähnte Art ein leichtes, *pacem conciliare inter contrarias sententias*, wie er sich ausdrückt. Niemand irret aber wohl mehr, als Leeuwen 1), wenn er behauptet, die Scriptur sey wenigstens heutiges Tages erforderlich, in quantum nullum ius in re constitui possit, nisi coram lege loci, de ea autem constitutione scripturam fieri. Was hat der Erbzinsvertrag mit der Uebertragung des dinglichen Rechts zu thun? Erhält nicht der Erbzinsmann das ius in re, das dominium vtile erst alsdann, wenn ihm das Grundstück übergeben wird? Durchaus kein Contract giebt ein dingliches, sondern nur ein persönliches; also auch der emphyteutische Contract giebt nur ein persönliches Recht.

Vielleicht dürfte sich der Streit auf eine andere schicklichere Weise beylegen lassen. Es ist wahr, Zeno sagt in seiner Verordnung: SCRIPTVRA INTERVENIENTE. Da er aber doch nicht ausdrücklich verordnet, daß der ganze Contract ungültig seyn solle, wenn keine schriftliche Urkunde darüber verfertigt wird, so glaube ich, daß er die Scriptur nur zum bessern Beweise des Contracts, nicht aber zum Wesen desselben erfordert; wahrscheinlich wird dies besonders dadurch, daß Justinian in dem Auszuge, welchen er im §. 3. *I. de Locat. et conduct.* von der zenonischen Verordnung beybringt, nichts von der Nothwendigkeit des schriftlichen Aufsatzes erwähnt. Bey Kirchengütern, die erbzinslich aus-

1) *van Leeuwen Censur. forens. Part. I. Lib. II. cap. XVI. num. 23.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0066
DFG

ausgethan werden, verordnete er in den angezogenen Gesetzstellen, daß der darüber zu errichtende Contract schriftlich verabfaßt werden solle, ohne Zweifel zu dem Ende, damit aller Unterschleif verhütet werde, und der Erbzinsmann nicht Gelegenheit erhalte, das Gut als sein völliges Eigenthum wider die Kirche zu verjähren m).

Wenn übrigens der Erbzinscontract ein Consensualcontract ist, so hat auch die Bemerkung, womit Hellfeld diesen §. beschließt: emphyteuta non est obligatus, vt scriptam *conceſſionis confeſſionem* certo redimat pecuniae quanto (den Lehnschein löse), nisi forsan ex pacto vel consuetudine aliter sit receptum, ihre völlige Richtigkeit. Liegen nicht entgegen stehende Verträge oder Gewohnheiten in der Mitte, so kann der Herr den Erbzinsmann nicht anhalten, daß er einen schriftlichen Contract wegen der Emphyteuse gegen Erlegung eines gewissen Geldes für Schreibe- und Siegelgebühr von ihm einlösen solle, weil er sonst die bisherigen Abgaben des Erbzinsmannes vergrößern, und diesem eine neue Beschwerde, die er bisher nicht gehabt, aufbürden würde. Würde hingegen der Erbzinsherr den Lehnschein seinem Erbzinsmanne umsonst ausfertigen wollen, oder nur bloß dessen Unterschrift zu dem aufgesetzten Contracte verlangen, so ist der Erbzinsmann allerdings verbunden, sich solches gefallen zu lassen. Denn obgleich, wie Struv n) und Leyser o) wollen, die Lehn- und Erbzinsbriefe lediglich den Vasallen und Erbzinsleuten zum Besten gereichen, zu ihrer Sicherheit nehmlich und zum Beweise des rechtmäßig erlangten Gutes, hiernächst die Herren, wenn ihnen ja auch an dergleichen Briefen gelegen wäre, sich auf andere Weise sicher stellen können, indem sie entweder in Gegenwart des Erbzinsmannes durch eine öffentliche Person ein genaues Verzeichniß der Güter verfertigen, oder wenn der Erbzinsmann den Canon und die Lehnwaare bezahlt, sich eine Gegenquittung von ihm geben lassen können, so ist doch einestheils dem Herrn sehr daran gelegen, daß er den Zustand, die Anzahl der Abgaben, u. s. w. des ausgethanen Gutes wisse, auch ihm die Namen seiner Leute und Besitzer des Gutes bekannt seyen, damit er dadurch desto mehr wegen der Erhaltung seiner ihm darüber zuständigen Rechte gesichert werde, anderntheils macht sich der Erbzinsmann, welcher ein so billiges Ansinnen ohne

m) *cf. Leoninus Praelectt. ad rubric. Cod. de Iur. emphyt. (in Ottonis Theſ. iur. rom. Tom. V. p. 656.)* und gegen ihn Otto selbst *Praef. ad Tom. V. p. 28.*

n) *Struv Synt. iur. feudal. cap. VIII. §. 8. num. 2.*

o) *a Leyſer Meditatt. ad Pandect. Specim. CII. med. 9. 10.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0067
DFG

Ursache sich gefallen zu lassen weigert, verdächtig, daß er den Herrn um einen Theil seiner Rechte bringen, und dieselben nicht getreulich anzeigen wolle, wodurch er dann insbesondere auch bey den mehrsten deutschen Erbzinsgütern wider seine angelobte Pflicht, seinem Herrn treu und gehorsam zu seyn, seinen Schaden zu warnen, u. s. w. handelt.

§. 608.

Wir wissen schon aus dem Vorhergehenden, daß Emphyteusen unter den Lebendigen sowohl, mittelst Contracts oder Verjährung, als des Todes wegen, durch letztwillige Verordnungen, entstehn können, und kaum bedarf es wohl noch einer Bemerkung, wie zwischen der conventionellen und testamentarischen Entstehungsart der Unterschied ist, daß, wenn ein dingliches Recht auf die Emphyteuse erhalten werden soll, bey der erstern die Tradition oder Quasitradition erfordert wird, bey der letztern hingegen nicht. Es ist dies eine unmittelbare Folge der längst bekannten Wirkung von Verträgen und letztwilligen Verordnungen.

Bey der Frage: was für Klagen aus der Emphyteuse entstehn? muß man den emphyteutischen Contract von dem emphyteutischen Rechte unterscheiden. Denn

1) aus dem emphyteutischen Contracte entspringen zwey Personalklagen, welche beyde actio emphyteuticaria heißen. Sie entstehn beyde gleich anfänglich und wesentlich aus dem Contracte, weil der Contract gleich anfänglich auf beyden Seiten verbindlich ist; sie sind also beyde actiones directae. Und zwar

   a) die eine actio emphyteuticaria stellt der Erbzinsmann gegen den Erbzinsherrn oder dessen Erben an, daß ihm das emphyteutische Gut versprochenermaßen in Besitz und Genuß gegeben werde. Demnach ist

      aa) der Kläger der Erbzinsmann, oder derjenige, welchem die Sache zum Erbzinsgute zu überlassen versprochen worden ist, ingleichem dessen Erbe, welcher der bey dem Contracte genommenen Abrede nachzukommen bereit ist;

      ββ) der Beklagte ist der Erbzinsherr, oder derjenige, welcher die Sache zum Erbzinsgute zu überlassen versprc-

sprochen hat, ingleichem dessen Erbe, welcher seine Verbindlichkeit zu erfüllen sich weigert;

γγ) Das Gesuch ist, zu erkennen, daß Beklagter die libellirte Sache mit allen, von Zeit des Verzugs, eingehobenen, oder zu erheben gewesenen Nutzungen dem Kläger abtrete. Sollte der Beklagte solches zu thun nicht im Stande seyn, so wird das Interesse gefordert p), wie denn auch das Gesuch dieser Klage auf die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten, die dem Erbzinsherrn nach bereits vollzogenem Contracte obliegen, gerichtet werden kann q).

β) Die andere actio emphyteuticaria wird vom Erbzinsherrn gegen den Erbzinsmann oder dessen Erben dahin angestellt, daß dieser die Sache zur Emphyteuse nach Erbzinsrecht übernehme, und überhaupt seine contractsmäßigen Schuldigkeiten erfülle. Sonach ist

αα) der Kläger der Erbzinsherr, oder derjenige, welcher die Sache zum Erbzinsgute zu überlassen versprochen hat, ingleichem dessen Erbe, welcher der bey dem Contracte genommenen Abrede, oder sonst seiner nach den Gesetzen ihm obliegenden Verbindlichkeit, nachzukommen bereit ist;

ββ) der Beklagte ist der Erbzinsmann, oder derjenige, welchem die Sache zum Erbzinsgute zu überlassen versprochen worden ist, ingleichem dessen Erbe, welcher seiner ihm obliegenden Verbindlichkeit keine Genüge leistet;

γγ) das Gesuch kann nicht nur auf Vollziehung des Contracts, sondern auch auf Erfüllung der übrigen nach vollzogenem Contracte entstehenden Verbindlichkeiten

p) *L.* 1. *pr. et L.* 11. §. 9. *D. de Act. emt. L.* 4. *C. eod.*

q) *L.* 3. *C. de Iur. emphyt. L.* 19. §. 1. *D. Loc. cond. cf.* Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1010.

gerichtet werden, wohin gehört, daß der Erbzinsmann den rückständigen Canon r) in gehöriger Quantität und Qualität s) abtrage t), daß er das Erbzinsgut verbessere v), daß er den angerichteten Schaden ersetze x), daß er die Quittungen von den entrichteten öffentlichen Abgaben producire y), daß er dem Kläger den Vorkauf gestatte z), daß er das Erbzinsgut wegen vorhandener rechtmäßigen Ursache wieder abtrete a). Streitig ist es aber unter den Rechtslehrern: ob der Erbzinsherr mittelst dieser Klage auch fordern könne, daß der Erbzinsmann die Lehnwaare in der schuldigen Größe entrichte? Verschiedene Rechtslehrer glauben, der Erbzinsherr könne die Lehnwaare bloß actione emphyteuticaria fordern. Da aber

r) Wenn nehmlich der Herr es nicht räthlicher findet, zwey oder drey Termine abzuwarten, und alsdann auf die Privation zu klagen.

s) In was für Münzsorten der Gelderbzins bezahlt werden müsse, untersucht Schmidt Abh. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist, §. 295. und Rechtl. Entscheidungen, Num. LXXXVIII. S. 626. Seine Meinung geht dahin, der Erbzins brauche nur in den zu jedesmaliger Verfallzeit gangbaren Münzsorten ohne Rücksicht auf die Münzsorten, welche zur Zeit des errichteten Zinses gegolten, abgetragen zu werden, wenn nicht Verträge oder Landesgesetze ein andres vorschreiben. Er gründet seine Meinung darauf, daß der Erheber solcher Zinsen ordentlicher Weise dadurch nicht seine Einkünfte besonders zu vermehren, sondern nur das Andenken seines Grundeigenthums an der dem Zinspflichtigen eingegebenen Sache zu erhalten gesucht hat, dieses aber durch die Entrichtung des Zinses in den jedesmaligen gangbaren Münzsorten hinlänglich erhalten wird. *cf.* Carpzov *Definit. forenss. Part. II. const. XXVIII. def.* 9. *num.* 5. 6. 7.

t) §. 3. *I. de Locat. et conduct. L.* 2. *et L.* 3. *C. de Iur. emphyt.*

v) *L.* 2. *et L.* 3. *C. de Iur. emphyt.*

x) *Auth.* Qui rem *C. de Sacrosanct. eccles.* *cf.* Carpzov *l. l. const. XXXVIII. def.* 20.

y) *L.* 2. *C. de Iur. emphyt.*

z) *L.* 3. *C. eod.*

a) *cf.* Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1015.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0070
DFG

aber die Lehnwaare eben dafür, daß der Herr den neuen Besitzer zu seinem Erbzinsmanne annimt, und also den emphyteutischen Contract mit ihm schließt, entrichtet wird, so zweifele ich sehr, ob man solche von dem Käufer durch eine Klage, welche nur die Verbindlichkeiten, die nach geschlossenem Contracte dem Erbzinsmanne oblegen, zum Vorwurf hat, fordern könne. Böhmer b) giebt zwar zu, die actio emphyteuticaria sey eine persönliche Klage, und es scheine demnach, daß sie wider einen dritten Besitzer, dergleichen hier der neue Erbzinsmann ist, nicht angestellt werden könne; dagegen urgirt er aber, wenn ein dritter Besitzer in den Contract seines Vorgängers gewilligt hätte, ja sogar in denselben eingetreten wäre, wie doch hier der Fall sey, so leide es keinen Zweifel, daß er aus demselben auch belangt werden könne c). Ich sehe aber dennoch nicht ein, wie man hier aus dem Grunde, daß der neue Erbzinsmann in den Contract seines Vorgängers getreten ist, schließen könne, daß wegen Bezahlung der Lehnwaare die actio emphyteuticaria wider ihn angestellt werden könne. Denn hätte der Vorgänger den Contract fortgeführt, so wäre dieser zur Bezahlung der Lehnwaare nie verbunden gewesen, und wenn der neue Erbzinsmann den vorigen in totum, wie ein Erbe den Verstorbenen, repräsentirte, könnte er ja doch aus seines Vorgängers Person zur Bezahlung der Lehnwaare nicht angehalten werden, weil diese Verbindlichkeit gar nicht aus dem vorigen Contracte herrührt, sondern erst bey dem Käufer oder neuen Erbzinsmanne sich äussert, und, wie gesagt, nicht ex contractu, sondern pro contractu emphyteuticario bezahlt wird. Frantzk d) insinuirt hier eine den römischen Gesetzen in diesem Verstande ganz unbekannte condictio ob causſam für den ertheil-

b) *Boehmer Doctr. de act. forenſſ. Sect. II. cap. VIII.* §. 116.

c) *Arg. L. 9. C. Locat.*

d) *Frantzk Tr. de laudem. cap. XXIIII. num.* 3. — 28.

ertheilten Besitz des Gutes, deren Ungrund aber längst schon Schilter e) gezeigt hat. Dennoch hat sie Sturm f) aufs neue zu bekräftigen gesucht; er nennt sie nur zugleich eine actio praescriptis verbis, die aus dem unbenannten Contracte facio, vt des, herrühren soll. Man bedenke aber dagegen nur, daß der Erbzinsmann, wenn auch keine Verabredung wegen Bezahlung der Lehnwaare für die Inmission in den Besitz des Gutes vorhergegangen, demungeachtet zur Bezahlung der Lehnwaare gehalten ist, folglich seine Verbindlichkeit nicht sowohl in einem Contracte, als in den Gesetzen ihren Grund hat. Bey so bewandten Umständen halte ich die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten für die gegründetste, welche annehmen, daß dem Erbzinsherrn *condictio* ex lege, und zwar *ex L. vlt. C. de Iur. emphyt.* zuständig sey, da in dieser Gesetzstelle sein Recht, die Lehnwaare zu fordern, völlig fest gesetzt, und auf eine gewisse Summe bestimmt worden ist g). Zwar erinnern Frantzk h) und Sturm i) dagegen, die Emphyteuse so wenig als die Bezahlung der Lehnwaare sey vom Kayser Justinian zuerst in dem angezogenen Gesetze eingeführt worden, vielmehr schon lange vorher gebräuchlich gewesen, und es fehle hier also an der Haupteigenschaft einer condictio ex lege, nehmlich die *obligatio lege noua introducta* k). Diese Bedenklichkeit läßt sich aber leicht heben. Denn so ist es aus den Gesetzen l) bekannt, daß in der Lehre von der erwähnten Condiction unter der lex noua alle diejenigen

gen

e) *Schilter Diss. de bon. laudem.* §. 48.

f) *Sturm Diss. de praecipuis laudemii capitibus*, (Viteb. 1732.)

g) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 214.

h) *Frantzk l. l.*

i) *Sturm l. l.*

k) *L. vn. D. de Condict. ex leg.*

l) *L. 7. pr. D. de Capit. minut. L. 1. et. L. 3. D. de Heredit. petit.*

gen Gesetze verstanden werden, die nach der zwölf Tafellegislation gegeben waren. Würde also gleich erwiesen, daß die Lehnwaare schon vor Justinian in einem Gesetze verordnet gewesen sey, so würde doch solches immer lex nova bleiben, und an die Zeiten der zwölf Tafelgesetze nicht hinaufreichen. Allein das ganze Vorgeben ist auch an sich ungegründet, da man in den ältern Gesetzen vor Justinian nichts von dem Rechte des Erbzinsherrn, Lehnwaare zu fordern, findet, ob sich gleich aus der angezogenen *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* schließen läßt, daß die Erbzinsherren schon vorher für die Annahme des neuen Erbzinsmannes facto etwas gefordert haben. Justinian verwandelte in seiner Verordnung diese Gewohnheit in ein gesetzliches Recht, setzte sie auf einen gewissen Fuß. In so weit also kann die Verbindlichkeit der Erbzinsleute wohl per hanc nouam legem introducta genannt werden, und da dem Erbzinsherrn in eben diesem Gesetze keine namhafte Klage gegeben wird, weswegen sollte man sie dann nicht mit dem Namen condictio ex lege belegen. Faber m), Richter n) und Carpzov o) wollen der Lehnwaare wegen dem Herrn die hypothecarische Klage verstattet wissen, und zwar nach heutigen Rechten in Deutschland mit Recht. Gleichwie das römische Recht nichts von einer dem Erbzinsherrn zuständigen stillschweigenden Hypothek verordnet, so kann ihm auch nicht wohl die darauf sich gründende Klage nach dem römischen Rechte zustehn. Nach deutschen Rechten hingegen ist die Lehnwaare als eine dingliche Last, die auf dem Gute haftet, und mit solchem auf jeden Besitzer fällt, anzusehn. Daraus also, nicht aber aus den römischen Gesetzen ist es herzuleiten, daß fast an allen Orten Deutschlands dem Erb-

m) *Faber Cod. definitt. forenss. Lib. IIII. tit. XXXXII. def. 4. num. 3. 4.*

n) *Richter Decis. LXXXIII. num. 38.*

o) *Carpzov Definitt. forenss. Part. II. const. XXXVIII. def. 16.*

Erbzinsherrn durch Landesgesetze oder hergebrachte Gewohnheit ein stillschweigendes Unterpfand auf das Gut wegen dieser Abgabe zugestanden wird, ja daß der Erbzinsherr an vielen Orten sogar eines iuris praelationis sich deshalb zu erfreuen hat p). Dies ist dann den deutschen Rechten sehr gemäß. Denn nach solchen kann einer kein rechtmäßiger Besitzer eines solchen Guts werden, bevor er nicht von dem Herrn damit beliehen ist, und folglich die dafür zu entrichtende Lehnwaare bezahlt hat. Alle übrigen Gläubiger können also nicht eher ein gültiges Recht auf das ihnen verpfändete Gut erhalten, als bis der Besitzer dasjenige bezahlt, wodurch er selbst ein Recht auf das Gut erlangt, und ohne welches er gar nicht befugt gewesen wäre, das Gut zu verpfänden. Alle Forderungen der Gläubiger an das Gut setzen also die Bezahlung der Lehnwaare voraus, weil sie sonst gar keinen gültigen Anspruch daran machen könnten q).

2) Aus dem emphyteutischen Rechte entspringt

α) auf Seiten des Erbzinsherrn die Reivindication. Ist nehmlich dem Erbzinsherrn das Gut auf eine oder die andere Art wieder anheim gefallen, ein Dritter aber hat dasselbe in Besitz, so versteht es sich von selbst, daß er wider diesen die Eigenthumsklage anstellen kann, da er in solchem Falle von andern Eigenthümern gar nicht verschieden ist.

β) Auf Seiten des Erbzinsmannes entsteht aus dem emphyteutischen Rechte, weil es in seiner Rücksicht ein nutzbares Eigenthum ist, ebenfalls die Eigenthumsklage. Wenn nehmlich der Erbzinsmann nicht auf die Erfüllung des Contracts, sondern auf die Wiedererlangung des ihm entzogenen Gutes oder des ihm auf dasselbe zuständigen Rechts klagt, so kommt ihm rei vindicatio vtilis oder *actio si ager vectigalis*, gegen jeden unrechtmäßigen

p) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XXXXVI. §. 41.*

q) Buri a. a. O. S. 215.

gen Besitzer, und auch sogar wider seinen Erbzinsherrn, zu statten r).

§. 609.

Das emphyteutische Recht läßt sich durch Präscription erwerben s) und zwar auf zweyerley Art, nehmlich

1) wenn ein Nichteigenthümer mir ein emphyteutisches Recht constituirt, und ich es 10. oder 20. Jahre lang bona fide ausübe;

2) wenn ich das Gut ohne allen, oder doch ohne rechtmäßigen Titel 30. Jahre lang als eine Emphyteuse besessen habe t).

Es ist indessen unter den Rechtslehrern noch streitig, ob zu dieser Verjährung die lange, oder die längste Zeit (*longum* vel *longissimum* tempus) erfordert werde v). Diejenigen, welche die längste Zeit erfordern, berufen sich hauptsächlich auf die *L.* 14. *C. de Fund. patrimon.*, worin der Kayser Anastasius folgendes verordnet: Sed *inpositum canonem* pro qualitate iuris, cuius praedia sunt vel loca per singulos annos *soluentes*, pro certo habeant suum esse, quod possident vel postea possederint, ita vt omnibus ad excludendam omnem quolibet modo ex publico mouendam quaestionem, nuda ex quocumque titulo, vel etiam sine titulo corporalis *quadraginta annorum* iugis possessionis *exceptio* possit sufficere. Da aber diese Verordnung die fundos patrimoniales betrifft, so kann sie wohl nicht füglich auf alle Emphyteusen erstreckt werden. Und weil übrigens bey der Emphyteuse nichts vorhanden ist, weswegen zu ihrer Acquisition eine andere Verjährung, als bey andern unkörperlichen Sachen oder Gerechtigkeiten,

r) *Arg. L.* 1. §. 1. *D. Si ager vectigal. cf.* Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1017.

s) §. 607.

t) *cf.* Raue *Princip. doctr. de praescriptione adquisit. et exstinct. defin. et indefin.* (Halae 1790.) §. 41. *p.* 58. *sq.*

v) *de* Cocceius *iur. ciu. controu. Tom. I. tit. Si ager vectigal. quaest.* 5. *p.* 521. *ed. nouiss.* Voet *Com. ad Pandect. tit. eod.* §. 4. 5. von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 165. Hofacker *Princip. iur. ciuil. rom. germ.* §. 1040.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0075
DFG

erforderlich seyn sollte, so scheint mir der ganze Streit vergeblich zu seyn. Man kann vielmehr überhaupt sagen, daß das emphyteutische Recht, wie andere Gerechtsame, in Gemäßheit der römischen Gesetze nach verschiedener Beschaffenheit der Umstände in 10. 20. und 30. Jahren präscribirt werden könne.

Diejenigen, welche die außerordentliche Verjährung der Dienstbarkeiten statuiren, behaupten x), daß man auch auf gleiche Weise eine Emphyteuse erwerben könne, wenn man nehmlich mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ein wüstes Gut urbar mache, zehn Jahre lang besitze, und den Canon davon bezahle y). Ueber diese Behauptung mag es genug seyn, meinen Lesern dasjenige mitzutheilen, was Emminghaus z) so gründlich davon bemerkt. Primo quidem intuitu, sagt dieser Rechtsgelehrte, audacula nimis videtur ista sententia, quum seruitutum praescriptionis ope adquirendarum peculiaris sit ratio, et magis *dominii*, quam seruitutis naturam imitetur ius emphyteutae, ad quod adquirendum comparata non est praescriptio, quam Iurisconsultus in *L.* 10. *pr. D. Si seruit. vindic.* persequitur. Sed bona caussa est. Licet enim in partes eorum discedere haud velim, qui negant plane, ad speciem dominii referendum esse ius emphyteuticum, attamen res ipsae magis quam verba ac denominationes sunt considerandae. Respectu concedentis, penes quem est directum dominium, dici omnino potest, iure seruitutis vti emphyteutam, quatenus ille pati tenetur, vt fructus praedii, cuius dominio gaudet, iure quodam reali percipiat ista, et reliqua iura exerceat, quorum complexus dominium vtile sistit.

§. 610.

Daß der Erbzinsmann die Befugniß habe, das emphyteutische Gut zu alieniren, beruhet außer Zweifel; eben so gewiß ist es aber auch, daß ihm im Gegentheil nach gemeinen Rechten bey Strafe der Verwirkung des Gutes die Verbindlichkeit obliege, dem Erbzinsherrn den vorhabenden **Verkauf** anzuzeigen a), damit dieser theils untersuchen könne, ob der neue Erbzinsmann zu Bau

x) *Arg. L.* 10. *pr. D. Si seruit. vindic.*

y) *Titius Iur. priu. Lib. II. cap. VIIII.* §. 30. 31. *Lib. III. cap. V.* §. 24.

z) *Emminghaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. l. l. not. k.*

a) S. oben § 602. 603. *num.* 4. *litt. β.*

Bau und Besserung des Gutes tüchtig sey, theils das ihm innerhalb zwey Monaten von Zeit der ihm geschehenen Anzeige zuständige Vorkaufsrecht ausüben könne b). Nur darüber wird unter den Rechtsgelehrten nicht wenig gestritten: ob der Erbzinsmann bey seinem Verkaufe um die Einwilligung des Erbzinsherrn vor oder nach geschlossenem Kaufcontracte nachsuchen müsse, und wie lange ihm solches nachher noch frey stehe, ehe er sich seines Rechts verlustig macht? Einige behaupten, der Erbzinsmann müsse bey Strafe der Privation vor Schliessung des Contracts um die Einwilligung des Herrn nachsuchen, weil es in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* heißt: *Exspectare* consensum, minime licere *sine consensu* domini *vendere*, *praedicere*, quantum pretium ab alio reuera adcipi potest, u. s. w. Es ist aber diese Meinung nicht nur der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.*, auf welche sie sich berufen, zuwider, sondern es würde auch meistentheils vergeblich seyn, vor Schliessung des Contracts um die Einwilligung des Herrn nachzusuchen. Denn in jener Gesetzstelle wird ausdrücklich geordnet, der Erbzinsmann solle dem Herrn eine Attestation, ein Zeugniß, etwa die Copey des Contracts zustellen, damit er sehen könne, wie viel der Käufer dem Erbzinsmanne für das Gut geben wolle, damit der Herr überlegen könne, ob es wohl räthlich sey, das Gut unter gleichen Bedingungen für sich selbst zu behalten. Wie kann aber der Erbzinsmann dies thun, ehe er noch mit seinem Contrahenten eins geworden ist, und nicht weiß, wie viel dieser für das Gut geben will, und unter welchen Bedingungen er das Kaufpretium bezahlen will? Und weswegen sollte er um die Einwilligung des Erbzinsherrn schon vorher sich bemühen, bevor er noch nicht einmal weiß, ob er dieselbe gebraucht, ob der vorhabende Kaufcontract wirklich zu Stande kommen werde? Andere nehmen an, die Nachsuchung um den erbzinsherrlichen Consens müsse in Gemäßheit des longobardischen Lehnrechts c) innerhalb Jahresfrist geschehn. Leyser d) verwirft dies um deswillen, weil man die Lehnrechte als besondere Rechte auf andere als lehn-

b) S. unten §. 615.

c) *II. Feud.* 24. *pr.* Prima autem causa beneficii amittendi haec fuit, et adhuc est in plerisque curiis: (sed in nostra curia Mediolanensi non obtinet), quod si vasallus per annum et diem domino suo mortuo steterit, quod heredem domini sui, investituram petendo, fidelitatem polliendo non adierit: tamquam ingratus exsistens beneficium amittit: et e conuerso, si domino superstite vasallus decesserit, et filius eius per iam dictum tempus neglexerit petere inuestituram, beneficio carebit.

d) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CV. med.* 1.

bare Fälle nicht anwenden könne, außerdem auch Valasco e) gezeigt habe, daß jeder vom Vasallen auf den Erbzinsmann gemachte Schluß ungereimt sey. Buri f) hält freylich diese Gründe für unzureichend, jene Meinung zu widerlegen, weil theils das longobardische Lehnrecht allerdings auch in nichtlehnbaren Fällen analogisch gebraucht werden könne, theils aber wenigstens bey den deutschen Erbzinslehnen es unstreitig sey, daß man in einigen Fällen vom Vasallen auf den Erbzinsmann schließen könne, weil viele Rechte und Gewohnheiten bey diesem von jenem entlehnt, und in Nachahmung der Lehne bey den Erbzinsgütern eingeführt worden; mit Recht urtheilt er indessen, daß die erwähnte Meinung nicht zu befolgen sey, weil man

1) in nichtlehnbaren Fällen zu den Lehnrechten nicht eher recurriren muß, als bis die Sache aus den von der Materie eigentlich handelnden Gesetzen nicht enschieden werden kann;

2) weil der angezogene Text des longobardischen Lehnrechts evident nur von der zu suchenden Investitur handelt, von welcher man selbst bey den Lehnen nicht einmal auf die Veräußerung schließen kann.

Leyser g) glaubt demnach, der Erbzinsmann könne immer noch seinem Rechte unbeschadet um den erbzinsherrlichen Consens nachsuchen, so lange der Herr über die Alienation sich noch nicht beschwert habe. Denn

α) sey eine alienirte Emphyteuse dadurch nicht ipso iure verwirkt, sondern es müsse zuvörderst die Erklärung des Herrn hinzukommen, daß er dieselbe einziehn wolle; so lange der Herr dies noch nicht erklärt habe, sey noch nichts versehn, so daß die Einwilligung immer noch gesucht werden könne;

β) werde solches durch das *Cap.* 4. *X. de Loc. et cond.* bestätigt, indem darin dem Erbzinsmanne zugestanden werde, sich wider die Strafe, die ihm des ohne Vorwissen des Herrn unternommenen Verkaufs wegen bevorstehe, celeri satisfactione zu helfen.

Beydes näher zu prüfen, ist hier der Ort nicht h), zumal da es in Ansehung der vorliegenden Frage im mindesten nicht relevirt. Will der Erbzinsmann seines

e) *Valascus de iur. emphyt. quaest. XXXVIIII. num.* 19.

f) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 174.

g) *a Leyser l. l.*

h) S. unten §. 616. Der Text des canonischen Rechts handelt evident vom nicht bezahlten Canon.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0078
DFG

seines Rechts nicht verlustig werden, so muß er bey seiner Veräusserung nothwendig genau an dasjenige sich binden, was die *L. 3. C. de Iur. emphyt.* vorschreibt. Denn so heißt es in diesem Gesetze ausdrücklich: Sin autem *aliter* fuit *versatus*, quam nostra constitutio disposuit, *iure emphyteutico cadat.* In Gemäßheit der *L. 3. C. de Iur. emphyt.* nun, wodurch alle jene Zweifel gehoben werden, muß der Erbzinsmann, so bald er den Contract wegen des Verkaufs des Gutes geschlossen hat, ehe er solchen durch die Uebergabe vollendet, dem Erbzinsherrn die Copey des Contracts übersenden, oder ihm sonst Nachricht davon geben. Wartet der Erbzinsmann hierauf noch zwey Monate, und der Erbzinsherr ertheilt ihm in dieser Zeit keine Antwort, so braucht er nun nicht länger mehr auf seine Entschließung zu warten, sondern kann das Gut für sich verkaufen und tradiren, so daß der Herr verbunden ist, den neuen Erbzinsmann, wenn dieser anders tüchtig ist, anzunehmen, und gegen Bezahlung der so genannten Lehnwaare in den rechtmäßigen Besitz des Gutes einzusetzen. Hieraus folgt also zugleich,

α) daß die oben angeführten Worte: exspectare consensum, non sine consensu vendere, praedicere u. s. w. von der Consummation des Kaufcontracts, welche durch die Tradition, wodurch allererst das Eigenthum des emphyteutischen Rechts auf den Käufer gebracht wird, geschieht, verstanden werden müssen;

β) daß, da ausdrücklich verordnet ist, der Erbzinsmann, welcher die Vorschrift dieses Gesetzes nicht genau erfüllt, solle seines Rechts verlustig seyn, solches auch bey demjenigen statt finden müsse, welcher nach geschehener Tradition, wenn sich gleich der Erbzinsherr noch nicht gemeldet, (indem bey seiner Abwesenheit oder anderer Ursachen wegen die Alienation dem Herrn viele Jahre unbekannt bleiben könnte) die ganze Sache ihm erst anzeigt, und um seine Einwilligung bittet. Denn von einem solchen kann man nicht sagen, quod consensum exspectauerit, quod praedixerit.

Bey so bewandten Umständen hat es seinen guten Grund, wenn Hellfeld in Beziehung auf Carpzov i) und Frantzk k) sagt: Poena priuatio-

i) *Carpzov Definit. forr. Part. II. const. XXXVIII. def.* 13.

k) *Frantzk Tr. de laudem. cap. XIIII. num.* 86.

tionis tunc demum locum habet, si absque domini consensu, animo transferendi dominii, res nouo tradita est adquirenti.

§. 611.

Zu den Rechten des Erbzinsherrn gehört unter andern vorzüglich noch die Befugniß, eine gewisse Abgabe zu fordern, wenn der Erbzinsmann das emphyteutische Gut titulo singulari alienirt, oder, was einerley ist, dasselbe allein, ohne sein übriges Vermögen auf einen andern zu transferiren, veräussert *); eine Abgabe, welche dafür, daß der Erbzinsherr denjenigen, welcher das emphyteutische Gut erhält, als einen tüchtigen Erbzinsmann annimt und in das Gut einweiset, entrichtet werden muß **). Justinian ertheilt dieses Recht dem Erbzinsherrn in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* ausdrücklich, nirgends aber findet man, daß die Abgabe selbst bey den Römern einen eigenen besondern Namen gehabt hätte; heutiges Tages wird sie gemeinhin **Laudemium**, ingleichem **Lehnwaare** genannt.

Daß das Wort Laudemium, ob es gleich römisch klingt, dennoch den Römern ganz unbekannt war, ist gewiß ***), desto mehr aber sind die Meinungen der Gelehrten über die etymologische Ableitung desselben getheilt l). Gewöhnlich derivirt man es von *laudare*, weil solches in der alten Urkundensprache so viel, als **erlauben, einwilligen**, anzeigt m). Allein nach dieser Ableitung

*) S. jedoch unten §. 613.

**) *Frantzk Tr. de laudemiis*, (Colon. 1723.) Beck Abh. von der Nachsteuer und Handlohn, mit Langens Anmerkungen, (Bayreuth 1781.) *Henne Diss. de laudemio censuali, vulgo von der Erbenzinslehnwaare*, (Erford 1770.) Schröter Abh. von der Lehnwaare, und andern Belehnungsgebühren, (Berlin und Stralf. 1789.) Vom Handlohn der Erbgüter, besonders nach nürnbergischen Rechten, (Nürnberg 1798.)

***) *Vicat Vocabular. iur. vtriusque, Tom. II. s. v.* laudemium, *p.* 276. *ed. nouiss.* Mit Recht nennt er es vocabulum recentioris vsus.

l) *cf. Wachter Glossar. iur. german. Tom. I. p.* 998. *du Fresne Glossar. med. et infim. latinitat. s. v.* laudemium.

m) Z. B. in einer Urkunde von 1125. bey *Guichenon Biblioth. Sebus. Cent. I. num.* 10. *p.* 46. *ed. Hoffmann.* wo es heißt: Laudante, simulque confirmante Stepha-

tung würde jener Ausdruck überhaupt nichts weiter, als eine Einwilligung andeuten, keineswegs aber den Begrif von einer gewissen Abgabe oder Bezahlung enthalten; wollte man ihn ja von laudare derivíren, so würde ich eher geneigt seyn, diesem Worte hier eine andere der alten Urkundensprache ebenfalls nicht unbekannte Bedeutung beyzulegen, die nehmlich, wo es so viel als überliefern, übergeben anzeigt n). Richtiger inzwischen ist es, wenn man die Derivation von dem altdeutschen Worte Los, Lot, Lod oder Looth macht, welches so viel als Lohn oder Vergeltung bedeutet o). Das zweyte Wort

Stephano Comite Bononiensi — qui et hoc domum laudauit atque confirmauit praesentibus multis. Auch *laus* bedeutet bisweilen die Einwilligung, z. B. in einer Urkunde von 1174. bey dem *von du Fresne* citirten Columbus, wo es heißt: Hanc vero permutatione Comes Willelmus dicebat non valere, quia facta erat *sine sua laude* et voluntate.

n) Z. B. in einer Urkunde von 1281. bey *Guichenon l. l. num.* 5. *p.* 36. heißt es: Pro remedio animae meae — dono et laudo Deo et B. Mariae — et Durbonensibus fratribus — pascua animalibus eorum. Man sehe auch *du Fresne l. l. f. v.* laus, wo er aus einer Urkunde von 1150. bey *Ruff Comit. prouinc. p.* 133. diese Stelle anführt: Facta est haec laus siue concessio in claustro Sancti Marii. Dann würde Laudemium fast ein gleichbedeutendes Wort mit Investitur seyn, nach welcher Bedeutung es auch in einer Urkunde bey *Guichenon l. l. num.* 95. *p.* 173. vorkommt, die so lautet: Tibi — titulo donationis concedo, laudo — propter hanc autem donationem et laudemium habuimus a te vndecim millia solidorum Melgoriensium.

o) *Wachter l. l.* In einer von *du Fresne l. l.* f. v. accapitum und lause angeführten Urkunde des Grafen von Thoulouse Ildefons von 1144. bey *Catell Hist. occitan. p.* 324. heißt es: Carbonellus faber habeat de laboratoribus suis *censum*, qui vulgo vocatur Lause. Noch jetzt bedeutet sogar im Englischen das Wort lot eine Auflage oder Beschwerde, wie aus der Redensart: pay scot and lot, d. h. die Schatzung und andere Beschwerden bezahlen, erhellt. So wird insbesondere auch durch laus diejenige Abgabe, welche beym Verkaufe eines Gutes der Käufer dem Herrn bezahlen muß, angezeigt, z. B. *Tabul. S. Theofredi in Velauis de ann.* 1159. bey *du Fresne f. h. v.* Item si alii donent vel vendant, iam dictus Abbas vel successores eius *pro laude et vendis* inde exigant. Im Französischen heißt es lods et ventes. In der Schweiz heißt es lod oder lot, wie man aus der von *Senckenberg Epist. ad fratr. p.* 8. aus *Stanians Etat de Suisse, p.* 195. angeführten Stelle: Il y a dans ce canton une autre charge en usage, que l'on nomme le *lod* ou le *lot*. Elle monte à la sixieme partie de la valeur entiere des biens de terre, qu'à chaque vente l'acheteur est obligé de payer au Souverain, sieht.

Wort Lehnwaare betreffend, so muß wohl das Wort Waare in dieser Zusammensetzung entweder überhaupt so viel als dasjenige anzeigen, was für eine Sache bezahlt, abgegeben wird, oder es ist aus Gewähr, worunter die Investitur, die Einweisung verstanden wird, verkürzt p).

Gleichbedeutend mit den Ausdrücken: Laudemium und Lehnwaare, sind folgende Worte: *Accapitum*, *Accaptamentum*, Anlait, Anleit q), Ausfarth, Einfarth, Infarth, Auffarth, Anfallgeld, Anstand, Empfängnüßgeld, Ehrschatz r), Beweisung, Fallgeld, Festegeld, Gelöbnißgeld, Gewinn, Handgewinn, Leibgewinn, Vorgewinn, *Praeludium*, Handlohn, Knechtrecht, Lehnschatz, Lehngeld, Leihkauf (*Mercipotus*), Miede, Miethgeld, Nagelgeld, Ummesat, Umsatz s), Urlaubschilling, Vorgeld, Vorheuer, Vorhure t), Weinkauf, Herrenweinkauf, Weinpfennig, (*Vinicopium*, *Pecunia vinaria s. potabilis*) v), Mahlpfennig x).

Ehe wir nun weiter in dieser Lehre gehn, und die Natur dieser Abgabe nach römischen und deutschen Rechten genauer bestimmen, wird hier zuvörderst die Frage: von wem muß die Lehnwaare bezahlt werden? zu erörtern

p) cf. *Leibnitz Collect. etymol. Part. II. p.* 407.

q) Von anleiten, d. h. in Besitz setzen. cf. Blumbacher Tract. vom Anleitr. nach Erzstift Salzburg. Rechten, (Salzburg 1721.) In der Frankfurt. Reformat. Th. *I.* Tit. *XXXXIII.* werden unter Anlaitsachen Streitigkeiten über Baudienstbarkeiten verstanden, worüber der Bauherr eine Besichtigung anstellt.

r) Zepernick Samml. auserlesener Abhandlungen aus dem Lehnrechte, Th. *II.* S. 377.

s) Wiesand jurist. Handbuch, S. 734. ff.

t) *Gudenus Cod. diplom. Tom. II. p.* 182.

v) *Hoffmann Specim. iurisprudent. symbol. vett. germanor.* §. 17. Man unterscheidet auch den nassen und trocknen Weinkauf. Estor bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, Th. *I.* §. 470. Dreyer Miscellaneen oder kleine Schriften, S. 50.

x) Man sehe überhaupt über die Veranlassungen und den Sinn dieser Benennungen Lange historische Entwickel. der deutschen Steuerverfassungen, (Berlin und Stettin 1793.) S. 92. ff. Schröter a. a. O. S. 1 — 14. und Lennep von der Leihe zu Landsiedelrecht, Tit. *III.* §. 6. S. 250. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0082
DFG

tern seyn. Hellfeld nimt es als entschieden gewiß an, sie müsse von dem neuen Besitzer, der die Emphyteuse an sich bringt, entrichtet werden; denn er sagt geradezu: soluitur a nouo emphyteuta. Zu leugnen ist es auch nicht, fast alle Rechtslehrer stimmen darin überein, daß derjenige, an welchen die Emphyteuse veräussert wird, wie z. B. beym Verkaufe der Käufer, die Lehnwaare bezahlen müsse. Wenn aber deshalb Carpzov y) sagt: *indubitati iuris* est, laudemiorum solutionem ad EMTOREM spectare, mit dem hinzugefügten Grunde, weil nicht der Verkäufer, sondern der Käufer zum Erbzinsmanne angenommen, die Lehnwaare aber pro inuestitura facta et recognitione bezahlt werde, so wird man ihm wohl darin schwerlich Recht geben können, da man bey Schilter z) einige Rechtslehrer sowohl, als auch wirkliche Gewohnheiten angeführt findet, welche die Bezahlung der Lehnwaare dem Verkäufer ganz oder doch zum Theile aufbürden. Aber auch nicht einmal nach dem römischen Rechte läßt sich die Sache für so gewiß und unbezweifelt halten, als Carpzov will. Denn in der erwähnten *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* heißt es nur überhaupt, daß der Erbzinsherr pro subscriptione vel depositione sua jene Abgabe haben solle, ohne daß dabey bestimmt wäre, ob sie der Verkäufer oder der Käufer erlegen müsse. Es scheint sogar wider den Verkäufer die Vermuthung zu streiten, indem

α) ein Theil des Kaufpretiums dem Erbzinsherrn gegeben werden soll. Denn wer das ganze, nehmlich das Kaufgeld, hat, der kann auch eigentlich nur einen Theil davon geben, und nicht der Käufer, sondern der Verkäufer, hat das Kaufgeld. Ferner

β) betrifft die ganze Verordnung in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* die Pflicht des Verkäufers, wie solcher bey seiner Veräusserung der Emphyteuse gegen den Erbzinsherrn sich verhalten soll, und nur ihm, nicht dem Käufer, wollte Justinian Vorschriften machen. Daher es auch

γ) am Ende heißt, wenn der Verkäufer die gesetzlichen Vorschriften, wohin unter andern auch die Bezahlung der Lehnwaare gerechnet wird, bey seinen Alienationen nicht befolge, solle er der Emphyteuse verlustig seyn. Das alles kann nun aber begreiflich den Käufer gar nicht treffen, da diesem in dem ganzen Gesetze keine Vorschriften gemacht werden. Endlich

y) *Carpzov Definit. forenss. Part. II. const. XXXVIIII. def.* 33.

z) *Schilter Diss. de bonis laudemialibus*, §. 50.

z) ist ja die ganze Verordnung von der Lehnwaare deswegen gemacht worden, damit der Habsucht einiger Erbzinsherren, die pro subscriptione vel depositione sua übermäßige Geldsummen erpreßten, Gränzen gesetzt würden, ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent (quod vsque ad praesens tempus praestari cognouimus), wie Justinian sagt. Diese unbilligen Geldsummen, worüber der Kayser sein Mißfallen bezeigt, hatten doch wohl die Erbzinsherren nicht von dem Käufer fordern und erpressen können. Würde nicht der Käufer, wenn ihn die Anforderung zu hoch dünkte, lieber den ganzen Kauf haben fahren lassen? Nothwendig mußten sie demnach jene Summen von dem Verkäufer, der vielleicht in Geldnoth war, und etwa deswegen die Emphyteuse gern verschachern wollte, erzwungen haben.

Bey dem allen inzwischen kann man es wenigstens heutiges Tages wohl als Regel annehmen, daß die Lehnwaare von dem neuen Besitzer entrichtet werden muß. Die mehresten deutschen Rechte stimmen darin überein, indem nach ihnen die Lehnwaare für die Belehnung und Einweisung in den Besitz des Gutes zu bezahlen ist. Wahrscheinlich ließ man sich dadurch mit verleiten, es auch nach dem römischen Rechte für unbezweifelt zu halten, und legte, wenn eine römische Emphyteuse in Deutschland errichtet, oder ein Gut von den Rechtslehrern für eine Emphyteuse erklärt wurde, jenes Princip als unstreitig dabey zum Grunde. Als Regel wollen wir daher eben dieses Princip in der Folge für erwiesen annehmen, und wir werden uns desselben bey Erörterung einiger Fragen als eines Arguments κατ' ἀνθρωπον bedienen, welches hier ein für allemal erinnert seyn mag a).

§. 612.

a) Man hat die Frage aufgeworfen: ob auch bey Veränderungen in der Person des Erbzinsherrn das Laudemium bezahlt werden müsse? Diese Frage ist ohne Anstand zu verneinen. Denn 1) überläßt der Erbzinsherr dem Erbzinsmanne und dessen Familie nicht nur für sich, sondern auch für seine Nachkommen das Gut, und es ist daher nicht nur er, sondern es sind auch seine Erben verbunden, den einmal geschlossenen Erbzinscontract fortzusetzen, ohne daß es einer Erneuerung bey den in manu dominante eintretenden Veränderungsfällen bedarf, und ohne daß also auch ein Anspruch auf ein Lehngeld in diesen Fällen statt finden kann. 2) Dadurch, daß ein neuer Obereigenthümer das Erbzinsgut erhält, geht keine Veränderung in der Person des Erbzinsmannes vor, und doch beschränkt sich die Laudemialpflicht, schon ihrem Begriffe nach, nur auf diesen letztern Fall. 3) Wollte man der Schuldigkeit des Lehngeldes

§. 612.

So groß auch immer der Einfluß des römischen Rechts auf die vorliegende Lehre noch heutiges Tages bey uns ist, so würde man dennoch sehr irren, wenn man jenes als den allgemeinen Maaßstab in Beurtheilung der heutigen Laudemialpflicht ansehn zu müssen glaubte. Man hat vielmehr folgende Quellen in nachstehender Ordnung stets zur Hülfe zu nehmen:

1) Verträge, Zinsbücher und Erbregister;

2) örtliche Statuten und locales Herkommen;

3) Landesgesetze und Observanz.

Fehlt es an allen diesen, dann treten freylich die Verordnungen des römischen Rechts ein, die aber in den mehrsten Fällen um so unzureichender sind, als jene drey Normen gemeiniglich in Hinsicht auf die Quantität und Qualität, desgleichen in Ansehung der übrigen detaillirteren Modificationen solche Bestimmungen an die Hand geben, die von den Verordnungen des Kayfers Justinian gänzlich abweichen b). So läßt es sich schon im allgemeinen durchaus

geldes auch bey den Veränderungen in der Person des Erbzinsherrn Platz geben, so würde es ganz in der Willkühr des letztern stehn, den Erbzinsmann nach Belieben mit dieser Abgabe zu belästigen. Endlich 4) redet auch Justinian in der *L. 3. C. de Iur. emphyt.* bloß von denjenigen Veräusserungen, die der Emphyteutmann, keineswegs aber von denjenigen, die der Emphyteutherr vornimt. *cf. a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. III. obs. XXXV. XXXVI. LIII.* Schröter a. a. O. S. 437. ff. *Walch Diss. de retrouenditione a laudemii enere libera*, (Ienae 1761. *et in Eius opuscc. Tom. II. p. 255. sqq.*)

b) Ueberhaupt muß man auch, wenn heutiges Tages von Entrichtung der Lehnwaare die Frage ist, jederzeit auf die eigenthümliche Natur der besondern Art von Bauergütern in allen gegebenen Fällen Rücksicht nehmen. In Deutschland ist die Entrichtung der Lehnwaare so gemein üblich geworden, daß fast alle Bauergüter für ehrschätzig gehalten werden, und daß Laudemialpflicht als unmittelbare Folge von der bäuerlichen Zinspflicht betrachtet wird, als welches die bekannte Parömie: die Henne trägt das Handlohn auf dem Schwanze, andeutet. *cf. Hertius de paroemiis, Lib. I. num. XVIIII. (in opuscc. Vol. II. Tom. III. p. 282.* Richtig ist es daher, wenn Hellfeld in der Note *b*). zum vorhergehenden §. sagt: Ex pacto vel consuetudine etiam censitae praestant laudemium. Die Lehnwaare wird in Deutschland entweder von eigentlichen Lehngütern, oder von Allodien, d. h. bürgerlichen und Bauergütern, entrichtet. Im ersten Falle heißt sie die Ritterlehnwaare (*laudemium feudale*), im zweyten aber die Allodiallehnwaare (*laudemium allodiale*). Beyde Arten

nicht bestimmen: wie viel Handlohn jemand zu geben hat? Bey Beantwortung dieser Frage muß man vielmehr vorerst auf die individuellen Verträge, dann auf das örtliche Herkommen und die Localgesetze, dann auf die Landesgesetze und Gewohnheiten, und endlich, in Ermangelung aller dieser Quellen, auf das römische Recht Rücksicht nehmen. Letzteres bestimmt nun zwar die Größe der Lehnwaare auf den **funfzigsten Theil des Werthes**, also auf zwey Procent, daher denn auch die Lehnwaare bey den Rechtslehrern hin und wieder unter dem Namen quinquagesima emphyteuticaria vorkommt; allein immer bleibt doch dabey noch die Frage: **wie die Größe der Lehnwaare gerechnet werden solle?** zu beantworten übrig. Man bemerke. In vielen Gegenden Deutschlands ist die Summe des Handlohns ein für allemal auf immer fest gesetzt, so daß man sich um den steigenden oder fallenden Werth der emphyteutischen sowohl, als aller übrigen handlohnbaren Güter, niemals bekümmert. Das Laudemium heißt dann deswegen das **stete oder beständige.**

Ist

sind entweder aus dem römischen Rechte, oder auf deutschem Boden entsprungen. Wenn jenes ist, so wird sie das eigentliche (*proprium*), ist aber dieses, das uneigentliche Lehngeld (*improprium*) genannt. Beyde gründen sich entweder auf Gesetze, oder auf Verträge. Im ersten Falle erhält die Lehnwaare den Namen der gesetzlichen, im zweyten aber der vertragsmäßigen. An diese Eintheilung gränzt diejenige, welche die älteren Rechtsgelehrten annehmen, wenn sie daß Lehngeld in das bürgerliche (*ciuile*) und herkömmliche (*consuetudinarium*) eintheilen. Unter jenem verstehn sie dasjenige Lehngeld, welches von Emphyteutgütern, unter diesem dasjenige, welches von Lehn- Zins- und andern Gütern gegeben wird. Ferner pflegt man die Lehnwaare in die hohe (*maius*) und in die niedrige (*minus*) abzutheilen. Die letzte kommt bey Lehnen unter den Benennungen: Lehntaxe, Canzleygebühren, bey Alloden aber unter den Namen: Schreibschilling, Ab- und Zuschreibegebühr, vor. Die hohe Lehnwaare wird sowohl bey eigentlichen Lehnen, als bey bürgerlichen und Bauergütern, bey jeder Veränderung der Lehnshand, oder der Besitzer, bezahlt. Eine solche Veränderung ereignet sich also entweder in Beziehung auf den Obereigenthumsherrn (*in manu dominante*), oder geht auf Seiten des Untereigenthümers (*in manu seruiente*) vor. Der Obereigenthumsherr kann aber auf doppelte Art verändert werden, nehmlich entweder, wenn der bisherige Obereigenthumsherr sein Gut, oder die Oberherrlichkeit (dominium directum) an einen andern veräussert, oder wenn derselbe stirbt, und sein nächster Verwandter ihn beerbt. Auf die nämliche Weise trit an die Stelle des Untereigenthümers ein neuer, wenn der bisherige Besitzer entweder sein Gut an einen Fremden überläßt, oder sein nächster Blutsfreund darin succedirt. Im ersten Falle erhält das Lehngeld den Namen des Antrit- oder Annehmelehngeldes, im zweyten den der Successions- oder Sterbelehnwaare. S unten §. 613. und vergl. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band V. §. 531. S. 406. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0086
DFG

Ist aber ein solches stetes oder beständiges Laudemium nicht eingeführt, so lassen sich, wenn von Festsetzung des Quantums der Lehnwaare die Rede ist, überhaupt folgende zwey Fälle gedenken. Entweder haben die Contrahenten einen Kaufpreis mittelst Vertrags bestimmt, oder es wird, in dessen Ermangelung, der wahre Werth des Gutes durch Schätzung unpartheyischer Sachverständiger erhoben. Ist

1) durch den Vertrag der Contrahenten ein Kaufpreis bestimmt, so muß der Erbzinsherr, in der Regel, dabey sich beruhigen; nur steht es ihm

α) frey, durch alle an sich zulässige Beweismittel in jedem einzelnen Falle darzuthun, daß die Partheyen, zu seinem Nachtheile, den wahren Kaufpreis verschwiegen haben. Das Gesetz fordert zwar nur vom Erbzinsmanne, daß er dem Obereigenthümer anzeige, wie viel ihm von seinem Käufer auf das Emphyteutgut geboten worden sey, allein er ist meines Erachtens außerdem auch schuldig, dem Erbzinsherrn den Käufer bekannt zu machen, wenn er darauf dringen sollte. Der Erbzinsherr muß, so viel als möglich ist, in den Stand gesetzt werden, wenn er dem Erbzinsmanne auf sein Wort nicht trauen will, in Ansehung des eigentlichen Kaufpreises sich näher zu erkundigen, mithin kann er auch von seinem Erbzinsmanne mit Recht verlangen, daß ihm derjenige namhaft gemacht werde, der um das angezeigte Pretium die Sache kaufen will; und hat er einen gegründeten Verdacht, daß ihm die Contrahenten einen höhern Kaufpreis, um ihm sein Einstandsrecht zu erschweren, oder einen niedrigern Kaufpreis, um ihm die Lehnwaare zu schmälern, vorspiegeln, als worüber sie wirklich mit einander übereingekommen sind, so kann er sogar darauf bestehn, daß entweder der Verkäufer oder der Käufer nach Beschaffenheit der Umstände sich davon eidlich reinige.

β) Von dem ganzen Kaufgelde ist die Lehnwaare zu erlegen, wenn gleich jenes den wahren Werth der Sache bedeutend übersteigen sollte; umgekehrt hingegen kann durch einen Freundschaftskauf die Quantität des Laudemiums willkührlich nicht gemindert werden, sondern in diesem Falle verlangt der Herr mit Recht Eruirung des wahren Werths durch Schätzung.

2) Wenn kein Kauf vorgegangen ist, so bleibt nichts anders übrig, als das veräusserte Gut durch sachverständige Taxatoren schätzen zu lassen.

Die

Die Verfahrungsart bey dieser Schätzung hat nichts eigenthümliches, und wird daher billig mit Stillschweigen hier übergangen. Berger c) glaubt zwar, man müsse, wenn das Gut nicht verkauft, sondern auf eine andere Art, z. B. durch Tausch, Schenkung und dergleichen, veräussert werde, die Größe der Lehnwaare nach derjenigen Summe berechnen, wofür etwa das Gut zuvor das letzteremal verkauft worden sey, allein man braucht nur die Verordnung der angezogenen *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* anzusehn, um sich zu überzeugen, wie unrichtig seine Meinung ist. Denn evident unterscheidet Justinian darin, ob die Emphyteuse verkauft, oder ob sie auf eine andere Art alienirt worden ist. Im ersten Falle soll die Berechnung nach dem Kaufpretium gemacht, und von diesem der funfzigste Theil (quinquagesima pars pretii) an den Erbzinsherrn gezahlt werden; im zweyten Falle hingegen soll das Gut selbst geschätzt, und nach solchem Anschlage der funfzigste Theil bezahlt werden (*aestimationis* loci, qui ad aliam personam *transfertur* d).

Noch entsteht aber die Frage: ob der Herr befugt sey, sich durch ausdrückliche Verträge eine größere Summe, als zwey Procent, auszubedingen? Verschiedene Rechtslehrer verneinen diese Frage. Sie berufen sich auf die *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* und zwar deswegen, weil darin ausdrücklich, um dem unchristlichen Wucher der Erbzinsherren Einhalt zu thun, verordnet werde, **daß ihnen mehr nicht als den funfzigsten Theil zu nehmen erlaubt seyn solle** (*non amplius eis liceat adcipere*). Ein so klares Verbot des Gesetzes könne man, sagen sie, die Erbzinsherren keineswegs durch besondere Verträge willkührlich aufheben lassen, weil dadurch die wohlthätige Absicht des Gesetzgebers ganz vereitelt werden würde. Und aus dem nämlichen Grunde sey auch die Frage: ob der Erbzinsherr, wenn er von undenklichen Zeiten her eine größere Summe erhalten, deswegen den Erbzinsmann zwingen könne, solche ihm auch ferner zu bezahlen? billig zu verneinen, und die Summe auf die gesetzliche Größe vom Richter herab zu setzen, weil einestheils keine Verjährung wider ein verbietendes Gesetz statt finde, anderntheils aber auch der Kayser in seiner Verordnung ausdrücklich alle bisher vorhanden gewesenen widrigen Gewohnheiten aufgehoben habe,

c) *de Berger Electt. disceptatt. forenss.* p. 1325.

d) *cf. Kind Quaestt. forr. Tom. I. cap. XVIIII.* p. 134.

habe, wie aus den Worten: Quod vsque ad praesens tempus perpetrari cognouimus, deutlich hervor gehe. Ich glaube aber dennoch mit Buri e), daß in beyden Fällen nach dem römischen Rechte für den Herrn zu sprechen sey. Denn

1) heißt es in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* ausdrücklich, daß bey allen bey Veräusserung der Emphyteuse sich ereignenden Streitigkeiten die Verabredungen der Interessenten vor allen Dingen zur Norm dienen sollen. Sancimus, (sind die Worte) si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas obseruari. Das Gesetz findet demnach nur statt, wenn keine Verabredungen vorhanden sind.

2) Die nämliche Bewandniß hat es, wenn durch die Länge der Zeit etwas gewisses fest gesetzt ist, da eben daher in diesem Falle ein stillschweigender Vertrag angenommen werden muß. Wogegen nun auch

3) das im mindesten nicht relevirt, daß durch Privatverträge gesetzliche Sanctionen nicht aufgehoben werden können. Denn der Endzweck dieses justinianeischen Verbots ist nicht, dem Erbzinsmanne zu verwehren, sich gutwillig zu einer größern Summe anheischig zu machen, sondern der Endzweck desselben besteht darin, den Erbzinsherrn zu verhindern, daß er nicht durch Verweigerung seiner Einwilligung in den Verkauf den Erbzinsmann zu einer übermäßigen Summe zwingen könne. Wodurch dann auch zugleich

4) der Einwand gehoben wird, als ob auf solche Art die ganze Absicht des Gesetzes zernichtet werde, indem es doch immer seine Richtigkeit behält, daß der Erbzinsmann wider seinen Willen mehr als zwey Procent zu bezahlen nicht gezwungen werden könne. So wie endlich

5) das nicht in Betracht kommt, daß wider ein gesetzliches Verbot keine Verjährung zulässig sey, und Justinian alle widrigen Gewohnheiten aufgehoben habe. Denn wider das gesetzliche Verbot soll hier gar keine Präscription eintreten, sondern sie soll in einem nicht verbotenen Falle statt finden, den das Gesetz selbst stillschweigend erlaubt hat. Wenn der Kayser einiger unbilligen Erbzinsherren wegen, die von ihren Erbzins-

e) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 193.

zinsmännern, um ihnen den Verkauf der Emphyteuse zu erschweren, übermäßige Summen erpreßt hatten, sein Mißfallen zu erkennen giebt, so sind ja damit keineswegs diejenigen Erbzinsherren, die eine größere Summe ruhig, rechtmäßig und mit stillschweigender Einwilligung ihrer Erbzinsmänner hergebracht hatten, gemeint.

Von den Münzsorten, in welchen die Lehnwaare zu bezahlen, erinnert Hellfeld zuletzt: laudemium in *eo monetae* genere est praestandum, in quo pretium soluitur. Damit ist aber die Sache noch nicht ganz im Reinen. Man distinguire. Es ist entweder von den Contrahenten ein Kaufpreis mittelst Vertrags bestimmt, oder es wird, in dessen Ermangelung, der wahre Werth des Gutes durch Taxation unpartheyischer Sachverständiger ausgemittelt. Im ersten Falle muß die Lehnwaare in eben dem Gelde entrichtet werden, in welchem das Kaufpretium zur Zeit des geschlossenen Contracts bezahlt wird, weil man hier die Bestimmung der Größe der Lehnwaare nach dem Kaufgelde macht, und folglich nach dieser sich jene richten muß. Ist also das Kaufgeld in guten Münzsorten versprochen worden, so muß auch der Erbzinsherr eben dergleichen bekommen f), und er kann deshalb von dem Käufer die Vorzeigung des Kaufbriefes fordern g). Dahingegen muß der Erbzinsherr, wenn eben schlechte Münzsorten gangbar seyn sollten, worin das Kaufgeld bezahlt wird, auch seine Lehnwaare in den schlechten Münzen annehmen h). Der Erbzinsherr kommt hierbey in der That eben nicht zu kurz, da wegen des schlechten Geldes unstreitig die Sache theurer verkauft seyn wird, mithin dadurch die Lehnwaare zugleich unmittelbar vergrößert worden ist. Gesetzt aber auch, man hätte das Kaufpretium des schlechten Geldes wegen nicht erhöhet, so muß der Erbzinsherr doch die niedrige Summe in schlechtem Gelde sich gefallen lassen; denn scheint ihm die Kaufsumme bey dem schlechten Gelde zu gering zu seyn, so mag er das ihm zustän-

f) *Carpzov Responſ. Lib. I. resp.* LXXXX. *num.* 4. *Schoepfer Synopſ. iur. rom. priu. Lib. VI. tit.* III. *num.* 31.

g) *Schoepfer l. l. Frantzk Tr. de laudemiis, cap.* XXIIII. *num.* 29.

h) Dies bestätigt auch *Richter Deciſſ. cap.* LXXII. *num.* 16. und führt zugleich folgendes Responsum an: Hat Joachim Löber seel. sein Haus *anno* 1622. den 15. *Jan.* bey damahliger leichter *interims* müntz umb 1650. fl. von Joseph Kirmbsens Erben erkauft, auch ihm dasselbige *iudicialiter* in Lehen und Würden gereichet, und er *in vacuam poſſeſſionem* gesetzt worden, so ist auch euer Pfleghaftin das geforderte Lehngeldt in solcher Müntz, wie sie *tempore contractus* gäng und gebe gewesen, zu bezahlen befugt. V. R. W.

zuständige Vorkaufsrecht ausüben i). Will er dies aber nicht, so kann er sich auch nicht weigern, den neuen Erbzinsmann anzunehmen, wenn derselbe keine Vermuthung wider sich hat, daß er dem Erbzinscontracte zuwider handeln werde k).

Was den zweyten Fall betrifft, wo der wahre Werth des Gutes durch Taxation unpartheyischer Sachverständiger ausgemittelt worden ist, so ist die Schätzung geschehen entweder nach dem eben zu der Zeit gangbaren schlechten, oder guten Gelde. Hier erhält der Erbzinsherr auch die Lehnwaare entweder in schlechtem, oder gutem Gelde. Er leidet in beyden Fällen keinen Schaden, weil er auch bey dem schlechten Gelde, da das Gut um so höher angeschlagen worden ist, eine desto größere Summe bekommt, welche nach dem Werthe des Geldes eben so viel ausmacht, als eine kleine Summe in gutem Gelde l).

§. 613.

Die Lehnwaare pflegt ordentlicher Weise nur alsdann gegeben zu werden, wenn ein neuer Erbzinsmann das Erbzinsrecht erhält m). Ein neuer Erbzinsmann aber ist derjenige, welcher noch kein Recht an dem Erbzinsgute gehabt hat, und dieses Princip muß bey Beantwortung der Frage: ob auch bey Vererbungen oder Erbtheilungen die Lehnwaare bezahlt werden müsse? zum Grunde gelegt werden. Irrig ist es ohne Zweifel, wenn Hellfeld sagt: pro nouo emphyteuta haberi nequit heres siue *testa-*

i) *Stryk Vs. mod. Pandect. Lib. XVIII. tit. II. §. 21. a Wernher Obseruatt. forenss. Part. II. obs. CCCCXXVIII. num. 2.*

k) *Schaumburg Adnott. ad Struuii Iurisprudent. Lib. II. tit. XII. §. 8.* Diesem gemeinen Rechte gemäß würde daher in einem Hochfürstl. Eisenachischen Regierungs-Circulare vom 20. Jan. 1763. befohlen: daß bey vorkommenden Kaufcontracten, bey welchen Lehngeld zu entrichten ist, dieses in eben denjenigen Münzsorten, in welchen die Kaufsumme zu bezahlen ist, desgleichen die Abzugsgelder in eben solchen Sorten, in welchen das zu verabzugende Quantum bestehet, erleget werden solle. Damit aber die Gerichtsherrschaft durch das schlechte Geld nicht so leicht Schaden litte, so wurde den Aemtern und Gerichten zugleich aufgegeben, dahin zu sehn, daß die Kaufcontracte so viel möglich auf patentmäßiges Geld geschlossen würden.

l) Schmidt Abh. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist, §. 296 — 299.

m) *L. 3. C. de Iur. emphyt.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0091 DFG

mentarius, siue *ab intestato*, quippe qui cum defuncto est vna persona; denn unstreitig muß man bey jener Frage zwischen **testamentarischen** und **gesetzlichen** Erben wohl unterscheiden.

Was die ersteren oder diejenigen Erben betrifft, welchen das Emphyteutgut durch letztwillige Verordnungen des Todes wegen verschafft wird, so können diese der Entrichtung der Lehnwaare sich nicht entziehn. Da nehmlich sie durch den ersten Vertrag gar kein Recht auf die Emphyteuse haben, sondern solche allererst durch die Verordnung des letzten Besitzers erhalten, so sind sie allerdings als neue Erbzinsmänner anzusehn, auf welche durch die Veräusserung des letzten Besitzers das emphyteutische Recht transferirt worden ist, die demnach von dem Erbzinsherrn in den Besitz des Gutes zu setzen sind, und folglich dasjenige, was die neuen Besitzer dem Herrn dafür bezahlen müssen, die Lehnwaare nehmlich, zu entrichten schuldig sind.

Eine andere Frage hingegen ist es: ob auch die Intestaterben die ererbten Grundstücke zu verlehnwaaren verbunden seyen? Richtig läßt sich dieselbe nicht beantworten, wenn man nicht zwischen den **Descendenten** und den **übrigen Erben** unterscheidet. Was

1) die Descendenten betrifft, so ist diesen, da sie bekanntlich nach den Gesetzen n) bey Lebzeiten ihrer Eltern schon als Mitherren der väterlichen Güter angesehn werden, ein vollkommenes Erbrecht dergestalt zuständig, daß sie bey den jedesmaligen Eröffnungsfällen einer neuen Verwilligung von Seiten des Erbzinsherrn nicht bedürfen, folglich muß bey ihnen, in der Regel, die Abgabe des Lehngeldes hinwegfallen. Sie werden, als in der Belehnung des letzten Besitzers begriffen, einer neuen Investitur deswegen nicht bedürftig, und mithin auch der Laudemialpflicht nicht unterworfen betrachtet o). Was hingegen

2) die Ascendenten und Collateralen anlangt, so sind zwar in Ansehung ihrer die Landesgesetze überaus abweichend; allein nach allgemeinen Principien läßt sich kein, auch nur scheinbarer Grund angeben, weswegen dieselben mit der Lehnwaare verschont werden müßten. Es trit hier an die Stelle des vorigen ein neuer Besitzer, welcher der Investitur von Seiten des Erbzinsherrn bedarf, und mithin also auch das

n) L. 11. D. *de Liber. et posthum.*

o) Carpzov *Iurisprudent. forens. Part. II. const. XXXVIIII. def.* 21.

das Laudemium zu entrichten hat. Diejenigen Rechtslehrer, welche das Gegentheil um deswillen behaupten, weil alle die Personen, welchen succeſſio immediate a lege ſine facto hominis zufällt, als in der Inveſtitur des letzten Beſitzers mit begriffen, und daneben den letztern repräſentirend betrachtet werden müßten, gehn von ganz unerwieſenen Grundſätzen aus p). Denn theils läßt ſich nicht einſehn, wie Aſcendenten und Seitenverwandten des letzten Beſitzers als in der Inveſtitur dieſes letztern begriffen ſollten angeſehn werden können, theils beruht die angebliche Repräſentation, und Unität der Perſon zwiſchen dem letzten Beſitzer und jedem Inteſtaterben auf einer bloßen, ganz nicht erwieſenen Hypotheſe q).

Nach dem erwähnten Unterſchiede geht es nun begreiflich auch bey der Theilung und Anweiſung der Erben unter ſich. Hellfeld, ſeinem vorigen Grundſatze treu, ſagt geradezu: ab onere praeſtandi laudemii immunes ſunt heredes, *niſi forſan plures heredes vni ex coheredibus in diuiſione ſuas interueniente pretio cedant partes.* Allein der heres extraneus, dem die Emphyteuſe in der Theilung zugefallen iſt, muß nothwendig, als ein neuer Beſitzer, der zuvor gar kein Recht auf die Emphyteuſe gehabt hat, die Lehnwaare bezahlen. Und das nämliche gilt aus den ſo eben angeführten Gründen von Inteſtaterben, wenn ſie Aſcendenten oder Seitenverwandte ſind. Iſt aber bey der Erbtheilung unter Kindern dem einen Miterben die Emphyteuſe zugefallen, ſo braucht dieſer die Lehnwaare eben ſo wenig zu bezahlen, als wenn die Erben ſämmtlich das Gut in Gemeinſchaft behalten hätten, ohne Unterſchied, ob er den übrigen Miterben für ihren Antheil Geld, oder andere Sachen aus der gemeinſchaftlichen Erbſchaft herausgegeben hat. Carpzov r) äuſſert zwar hier einige Bedenklichkeiten, weil eine ſolche Theilung für einen Kauf zu achten ſey; allein man bedenke nur dagegen, daß das Gut von dem letzten Beſitzer nicht durch einen Kauf oder eine ſonſtige Veräuſſerung, ſondern iure hereditario auf den jetzigen gebracht iſt, der eben ſeines Erbrechts wegen ſchon bey Lebzeiten des vorigen Erbzinsmannes als ein conemphyteuta anzuſehn war. Dem Erbzinsherrn kann es gleich viel ſeyn, auf welche Art der zeitige Emphyteutmann mit ſeinen Miterben ſich verglichen hat, wenn ihm nur kein neuer Erbzinsmann, der

p) von Buri Erläuterung des in Deutſchland üblichen Lehnrechts, S. 209.

q) *cf.* Carpzov *l. l.*

r) Carpzov *l. l.*

zuvor noch kein Recht auf die Emphyteuse hatte, aufgedrungen wird. Würde nach vollendeter Theilung der eine Erbe dem andern, dem das Gut zuerst zugefallen war, das Gut wieder abkaufen, dann halte ich es allerdings den Rechten gemäß, daß er die Lehnwaare bezahlen müsse, weil er alsdann sein Recht auf das Gut nicht mehr einer Vererbung, sondern der Veräusserung des letzten Besitzers zu danken hat.

An vielen Orten jedoch liegt vermöge der Statuten oder Gewohnheiten Laudemialpflicht allen und jeden Erben ohne Unterschied ob, und da heißt alsdann die Lehnwaare, welche von denjenigen, die durch das Recht der Erbfolge die Emphyteuse überkommen, entrichtet wird, die Successions- oder Sterbelehnwaare s). Diese Sterbelehnwaare ist völlig germanischen Ursprungs, hat die Stelle des ehedem üblichen Heergewettes, das dem Herrn als Honorar für die Belehnung entrichtet wurde, eingenommen, und ist nur hin und wieder und in manchen Puncten nach dem Leisten des fremden Rechts näher modificirt worden t).

§. 614.

So oft das emphyteutische Gut einen neuen Besitzer bekommt, der einer neuen Investitur bedarf, oder mit andern Worten, so oft das dem Erbzinsmanne überlassene nutzbare Eigenthum auf einen neuen Erwerber in der Maße übergeht, daß dieser das letztere in eigenem Namen inne hat, und zu dieser Erwerbung der besondern Genehmigung des Erbzinsherrn bedarf, eben so oft muß in der Regel das Laudemium erlegt werden. Hierin liegt der Schlüssel zum Aufschluß der Frage: ob die Lehnwaare bey allen Arten von Veräusserungen bezahlt werden müsse? Es sind hiebey wieder verschiedene Fälle zu untersuchen. Und zwar fragt es sich

1) muß die Lehnwaare bey allen titulis dominii translatiuis entrichtet werden? Dies ist allerdings zu bejahen. In der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* heißt es am Ende überhaupt, es solle quinquagesima pars pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam *transfertur*, dem Erbzinsherrn für seine Einwilligung gegeben werden. Ob demnach die Veräusserung mittelst eines onerosen, oder lucrativen Titels vor sich geht, thut nichts zur Sache, kann

s) *Stryk Vs. mod. Pandect. Lib. VI. tit. III. §.* 12.

t) Schröter a. a. O. S. 58. ff.

kann unmöglich in Hinsicht auf die Laudemialpflicht etwas ändern. Also auch der Schenknehmer, ingleichem derjenige, dem das Gut von Todes wegen verschafft wird, u. s. w. können der Abgabe der Lehnwaare sich nicht entziehn. Auch bey Vertauschungen und Mitgiften zum Brautschatze muß nothwendig die Lehnwaare eintreten, indem ja auch hier eine wahre Veränderung mit den Gütern vorgenommen wird, und an die Stelle des vorigen Besitzers ein neuer kommt, indem ja auch hier der Grund, weswegen nach dem römischen Rechte das Laudemium bezahlt werden soll, vorhanden ist, nehmlich weil der Erbzinsherr consentirt, daß das Gut auf einen Besitzer, der vermöge des ersten Vertrags kein Recht auf dasselbe hatte, versetzt wird v). Weiter entsteht

2) die Frage: muß die Lehnwaare auch bey einem sub pacto de retrouendendo abgeschlossenen Verkaufe erlegt werden? Diese Frage beantwortet Carpzov x) ganz richtig dahin, daß bey der ersten Uebergabe die Lehnwaare allerdings bezahlt werden müsse, nicht aber, wenn der erste Verkäufer das Gut wieder einlöset, weil der Erbzinsherr bey Ertheilung seiner Einwilligung in den ersten Verkauf schon zugleich in die hinzugefügte Bedingung, daß nach der in dem Kaufcontracte fest gesetzten Zeit das Gut von dem Verkäufer solle wieder eingelöset werden können, consentirt hat, und es also keiner neuen Genehmigung von seiner Seite bey dem Wiederkaufe bedarf y).

Da-

v) Die von *Carpzov Iurisprudent. forens. Part. II. const. XXXVIIII. def.* 15. 18. angeführten Sätze, daß im Tauschcontracte, und wenn das Gut dem Bräutigam zur Mitgift abgetreten und eingeräumt wird, die Lehnwaare nicht bezahlt werde, sind besondere dem römischen Rechte widersprechende Verordnungen der churfächsischen Rechte.

x) *Carpzov l. l. const. I. def.* 23. *cf. Moller Semestr. Lib. IIII. cap. III. num.* 1. *Zoesius Com. ad Pandect. tit. Loc. num.* 99. *in fin. Tyraquell Tr. de retractu conuent. §.* 6. *num.* 19. 20.

y) Das Gegentheil behauptet indessen *Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal. §.* 31. Etsi demus, sagt er, rem magis redditam, quam de nouo adquisitam esse, in exsequutionem pacti adiecti, ac in illud dominum iam tum primae venditionis tempore consensisse, vicissim tamen et nobis dandum puto, redditionem illam ex noua profluxisse caussa, noua scilicet venditione, quae, licet ex praecedente pacto fiat, a prima tamen venditione etiam ante redemtionem perfecta, et dominii translationem operata, diuersa prorsus est; nec quemquam negaturum existimem, quin noua alienatio ac

du-

Dahingegen halte ich es aber mit Buri z) für ungegründet, wenn Carpzov a) ferner behauptet, daß bey der Wiedereinlösung der Verkäufer dem Käufer die von letzterm beym ersten Verkaufe bezahlte Lehnwaare wieder erstatten müsse. Denn wenn die Bezahlung der Lehnwaare eine Beschwerde ist, die allemal dem Käufer obliegt, die dieser dafür übernehmen muß, daß der Erbzinsherr ihn in den Besitz des Gutes einweiset, so hat der Verkäufer damit gar nichts zu thun, die Entrichtung der Lehnwaare ist in Ansehung seiner als res inter alios acta anzusehn, die lediglich zwischen dem Erbzinsherrn und dem Käufer verhandelt wird. Der Käufer kann auch in diesem Stück sich nicht über

duplicata dominii translatio adpareat; altera, qua res a venditore primo in emtorem transiit, altera, qua primus emtor mutata quasi scena venditoris partes obtinet, et in redimentem ius illud transfert, quod ipse prius sibi plenissime parauerat. Alioquin enim, si nudam diceres fieri venditionis prioris resolutionem, et omnia sic consideranda esse, ac si res ab initio mansisset inemta; futurum esset, vt ne semel quidem laudemia deberentur, quasi deficiente in vniuersum alienatione. Quum ergo re ipsa duplex alienatio sit, ac cuiusque intuitu dominus directus adgnoscendus veniat, non potest non ad duplicis quoque adgnitionis signum, id est duplex laudemium, ius domino directo videri quaesitum. Quibus adcedit, quod in id omnes consentiunt, venditorem primum citra speciale pactum de retrouendendo redimentem, teneri rursus laudemium exsoluere. Quo posito, non animaduerto, cur pactum tale primae venditioni additum, conditionem domini deteriorem redderet, aut ius duplicis perceptionis deminutum; quum pacto tali nulla duplici alienationi mutatio adcedat, adeoque nec duplicis laudemii causa tollatur, sed id vnum agatur, vt alienatio secunda certior expeditiorque sit, et ad eam faciendam emtor inuitus cogi possit, qui, pacto omisso, voluntate arbitrioque suo fuisset distracturus. Nec consensus domini in pactum illud de retrouendendo primae venditioni adiectum impedimento est duplici laudemiorum solutioni: nam quamuis vno actu consensus in venditionem redemtionemque interponatur, quia tamen in duas alienationes diuersis temporibus faciendas conceptus est, tot separatae considerari debent dominii directi conprobationes, quot alienationes distinctae sunt, ad quas consensus relationem habet; eo modo, quo tot stipulationes separatae intelliguntur, quot sunt in stipulatum deductae res, etiamsi vna fuerint verborum conceptione comprehensae. Sehr scharfsinnig sind diese Gründe, aber dennoch nicht überzeugend. Man sehe auch *van Leeuwen Censura forr. Part. I. Lib. IIII. cap. XX. num.* 14.

z) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 203.

a) *Carpzov l. l.*

über eine Unbilligkeit beschweren. Denn er wußte es ja vorher, daß er das gekaufte Gut nur gegen Bezahlung der Lehnwaare in Besitz erhalten konnte, und willigte also stillschweigend in diese Bedingung ein. Zudem hat der Käufer allein den Vortheil für die Bezahlung der Lehnwaare genossen, nehmlich den ruhigen Besitz der Emphyteuse; der Verkäufer hingegen hat an und für sich gar keinen Vortheil davon. Carpzov unterstützt zwar seine Meinung noch mit folgenden Gründen:

α) wenn der Contract wieder aufgehoben werde, so dürfe nach Vorschrift der *L.* 23. §. 1. *D. de Aedilit. ed.* keiner von den Interessenten mehr erhalten, als was jeder von ihnen haben würde, wenn der Kauf gar nicht wäre abgeschlossen worden;

β) müsse in Gemäßheit der *L.* 27. *in fin. D. eod.* der Verkäufer seinem Käufer alles, was dieser auf die verkaufte Sache nothwendig verwendet hat, nach wieder aufgehobenem Contracte erstatten, damit der Käufer schadlos gestellt werde.

Dem steht aber entgegen, daß

α) wenn gleich von der redhibitorischen Klage aus dem ädilitischen Edicte, worauf die in der angezogenen *L.* 23. §. 1. *D.* enthaltene Regel sich bezieht, auf den sub pacto de retrouendendo eingegangenen Kaufcontract geschlossen werden könnte, welches doch in vielen Fällen nicht angeht, dennoch jene Regel hier in der That gar nicht anwendbar ist. Denn nicht der Verkäufer, sondern der Erbzinsherr lucrirt hier die Lehnwaare. Sollte also der Verkäufer dieselbe dem Käufer ersetzen, wie würde es dann um jene Regel stehn, nach welcher auch jener keine Einbuße leiden darf.

β) Heißt es zwar in der angeführten *L.* 27. *in fin. D.* ausdrücklich, daß dem Käufer unter andern auch dasjenige, was er an Zollgebühren ausgelegt hat, ersetzt werden solle, womit nun freylich das für die Lehnwaare Bezahlte dem Ansehn nach über einkommt. Man erwäge aber, daß auch in dieser Gesetzstelle von der redhibitorischen Klage die Rede ist, mit welcher es in diesem Stück eine ganz andere Bewandniß hat, als mit dem unter der Ausbedingung des Wiederkaufs geschlossenen Kaufcontracte. Bey jener Klage liegt die Schuld, daß der Kauf wieder zurück geht, lediglich

lich am Verkäufer, weil er bey den verkauften Sachen entweder die Fehler, die er anzuzeigen verbunden war, verschwiegen, oder Eigenschaften, die sich nachher nicht gefunden, versprochen hat b). Wäre es nicht äusserst unbillig, wenn der Käufer aus einem Kaufcontracte, der durch Malice oder Versehen des Verkäufers zurück gegangen ist, Schaden leiden sollte? Wie ganz anders verhält es sich nicht aber in unserm vorliegenden Falle. Beym Vertrage des Wiederkaufs consentirt der Käufer gleich anfänglich in die Bedingung, daß der Kauf nach einer gewissen bestimmten Zeit von dem Verkäufer wieder aufgehoben, und die verkaufte Sache wieder von ihm eingelöset werden könne; unmöglich kann er sich also der Beschwerden, die ihm als Käufer wegen der gekauften Sache zufallen, entziehn, oder solche nachher bey der Wiedereinlösung von dem Verkäufer zurück fordern, er kann dies eben so wenig, als der Verkäufer die Vortheile, die der Käufer vermittelst der verkauften Sache erlangt, zu verlangen befugt ist.

3) Entsteht die Frage: muß die Lehnwaare zweymal bezahlt werden, wenn beyde Interessenten nach völlig geschlossenem und consummirtem Kaufcontracte sich eines andern besinnen, so daß der Verkäufer das erhaltene Kaufpretium, und der Käufer das tradirte Gut wieder zurück giebt? Auch diese Frage beantwortet Carpzov c) ganz richtig dahin, daß hier eine doppelte Lehnwaare entrichtet werden müsse, weil in der That zwey Veräusserungen oder Kaufcontracte vorhanden sind d), also in beyden Fällen die Einwilligung des Erbzinsherrn bey Strafe der Privation erforderlich ist. Hingegen kann ich ihm mit Buri e) darin nicht beypflichten, daß das Laudemium nicht bezahlt werde, wenn das Erbzinsgut sub addictione in diem, oder sub lege commissoria verkauft worden ist, und dieser Kauf in der Folge wieder aufgehoben wird. Den Grund setzt Carpzov f) darin, weil in

b) *L. 1. §. 1. D. de Aedilit. ed.*

c) *Carpzov l. l. const. XXXVIIII. def. 13.*

d) *Arg. L. 2. et L. 3. D. de Resc. vendit.*

e) von Buri a. a. O. S. 203. f.

f) *Carpzov l. l.*

in solchem Falle die Ursache, weswegen der Erbzinsherr die Lehnwaare fordern könne, hinweg falle, folglich auch die Forderung selbst mit vernichtet werde, so daß in Gemäßheit der *L.* 1. und *L.* 2. *D. de Condict. cauſſ. dat. cauſſ. non ſequut.* das bereits Ausgezahlte von dem Erbzinsherrn wieder condicirt werden könne. Beyde Verträge aber, die addictio in diem und die lex commiſſoria, lassen sich wohl überhaupt nicht füglich auf gleiche Art entscheiden. Bey der addictio in diem qua talis, sie mag nun dem Verkaufe als eine Bedingung und ſuſpenſiue, oder pure und diſſolutiue hinzugefügt seyn, kann es sich niemals wie bey der lex commiſſoria ereignen, daß der Verkauf ganz wieder aufgehoben wird, und die verkaufte Sache dem Verkäufer vermöge dieses Vertrags wieder anheim fällt. Denn wenn sich ein besserer Käufer findet, so fällt sie diesem anheim, findet sich solcher aber nicht, so bleibt der erste Verkauf aufrecht, und die Sache bleibt bey dem ersten Käufer. Bey Bezahlung der Lehnwaare nun ist auf den erwähnten Unterschied zu sehn, ob nehmlich die addictio in diem dem Verkaufe als eine Bedingung hinzugefügt ist, daß nehmlich alsdann erst, wenn innerhalb einer gewissen Zeit sich kein besserer Käufer findet, der Kaufcontract gültig werden, bis dahin aber in ſuſpenſo bleiben soll, oder ob der erste Verkauf schon vollkommen geschlossen und vollendet worden, und nur der Umstand hinzugefügt ist, daß wenn sich innerhalb einer gewissen Zeit ein besserer Käufer finden sollte, der erste Kauf wieder aufgehoben, sonst aber gültig bleiben solle. Im ersten Falle ist der ganze Kaufcontract für bedingt zu achten, indem er nicht eher zur Richtigkeit kommt, als bis die bestimmte Zeit verflossen ist, und man weiß, ob ein besserer Käufer sich gefunden habe, oder nicht. Da also vorher noch kein Kauf vorhanden ist, so kann auch noch kein Laudemium gefordert werden, sondern solches muß allererst von demjenigen, der nach dem Ablauf der Zeit das Gut erhält, bezahlt werden. Im zweyten Falle hingegen ist ein wirklicher Verkauf vorhanden, die Sache wird tradirt, der Käufer wird statt des Verkäufers Eigenthümer von der verkauften Sache, er hat die Gefahr derselben g). Sonach gebührt auch dem Erbzinsherrn für seine Einwilligung die Lehnwaare, und wenn auch der Verkauf gleich nachher wieder diſſolvirt wird, so wird doch dadurch keine emtio venditio plane infecta

g) *L.* 2. §. 1. *D. de In diem addict.*

bewirkt, eben so wenig, wie in dem vorigen Falle h). Es kann also auch hier die condictio causſa data causſa non sequuta nicht statt finden, weil die causſa, weswegen die Lehnwaare bezahlt wird, wirklich vorhanden gewesen ist. Denn der Erbzinsherr hat in den Verkauf consentirt, hat dem Käufer den Besitz des Gutes erlaubt, und hat also alles dasjenige gethan, wofür er die Lehnwaare erhalten. Daß aber der Käufer nachher sich nicht länger dieser Erlaubniß bedienen will oder kann, sondern das Gut dem zweyten Käufer überläßt, das muß dem Erbzinsherrn in Ansehung seines einmal acquirirten Rechts unschädlich seyn. Die lex commiſſoria unterscheidet sich zwar von der letztern diſſolutiue verabredeten addictio in diem noch darin, daß bey wieder aufgehobenem Kaufcontracte das Gut in der Addiction dem zweyten bessern Käufer zufällt, in dem commissorischen Vertrage aber dem Verkäufer selbst wieder anheim fällt, und daß also bey der erstern die Bezahlung der Lehnwaare auch von den Gegnern selbst zugegeben werden muß, und der Streit eigentlich nur der ist, ob die Lehnwaare von dem ersten, oder von dem zweyten Käufer entrichtet werden solle, da nach ihrer Meinung beym commissorischen Vertrage der Erbzinsherr gar nichts bekommen würde. Weil aber bey der lex commiſſoria eben sowohl, als bey der angeführten addictio in diem ein Vertrag zum Grunde liegt, wodurch ein bereits vollendeter gültiger Kaufcontract wieder aufgehoben wird, so muß auch bey solchem Verkaufe die Lehnwaare bezahlt werden. Eine gleiche Bewandniß hat es auch, wenn der Kauf wegen einer enormen Läsion rescindirt wird, obgleich Carpzov i) mit mehreren andern Rechtslehrern auch hierin anderer Meinung ist. Denn es ist alsdann ebenfalls ein wirklicher Verkauf vollführt worden, der nachher zum Nachtheile des Erbzinsherrn nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann. Doch gebe ich zu, daß in allen diesen Fällen der zweyte Käufer oder der erste Verkäufer bey Erhaltung oder Wiedererlangung des Erbzinsgutes keine neue Lehnwaare geben dürfe, weil auch darin, wie beym Wiederkaufe, der Erbzinsherr bereits bey der ersten Einwilligung zugleich ausdrücklich oder stillschweigend mit eingewilligt hat.

4) Fragt es sich noch: muß die Lehnwaare auch dann bezahlt werden, wenn das Erbzinsgut wegen Schulden öffentlich

h) *Arg. L. 2. D. de Reſc. vendit.*

i) *Carpzov. l. l.*

lich vergantet oder verkauft wird? Unser Verfasser sagt: non nocet domino, quod res sub hasta sit emta, und bemerkt dabey in der Note: *contrariam sententiam ex erroneis principiis defendunt Leyser* k) *et Schaumburg* l). In der That behaupten beyde Rechtslehrer, daß die Lehnwaare nur bey dem freywilligen, nicht aber bey dem nothwendigen Verkaufe, gefordert werden könne. Ihre Gründe sind folgende:

α) die *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* handle nur von einer freywilligen und Privatveräusserung, und dürfe auf eine nothwendige und öffentliche Alienation nicht extendirt werden;

β) die Gläubiger suchten lediglich ihren Schaden zu evitiren, der Erbzinsherr hingegen suche einen Vortheil, und müsse demnach jenen billig nachstehn;

γ) würde es äusserst unbillig seyn, den Käufer zu mehrerm, als er angelobt, anzuhalten, da er fidem hastae publicae für sich habe, und eben dadurch gegen alle weitere Ansprüche gesichert zu seyn glaube.

So scheinbar diese Gründe aber auch sind, so zerfallen sie doch bey genauer Prüfung durch sich selbst zusammen, und Hellfeld irret nicht, wenn er sie geradezu principia erronea nennt. Denn

α) redet die *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* ganz allgemein, und verordnet überhaupt, daß bey Veräusserungen für die Annahme des neuen Erbzinsmannes dem Herrn die Lehnwaare bezahlt werden solle. Ob die Veräusserung vom Erbzinsmanne freywillig oder gezwungen, öffentlich oder privatim unternommen werde, sind Dinge, die auf des Erbzinsherrn Gerechtsame keinen Einfluß haben, und ihn in so weit gar nicht interessiren.

β) Haben die Gläubiger den etwannigen Schaden lediglich sich selbst beyzumessen. Wer hieß es ihnen, auf ein Gut so viel zu borgen, welches mehreren Lasten, als andere Güter, unterworfen ist, und deswegen nicht so hoch verkauft werden kann. Unmöglich

k) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CIIII. med.* 3.

l) *Schaumburg Compend. iur. Dig. tit. St ager vectigal.* §. 17.

können sie doch dem Erbzinsherrn zumuthen, daß er ihnen zum Besten das Seinige mit hergeben, und zu ihrer Bezahlung mit beytragen soll. Es ist hier auf Seiten des Herrn gar kein lucrum vorhanden, wie bey einem Donatar und Legatar; er fordert vielmehr etwas, welches ihm von Rechtswegen zukommt, und der neue Erbzinsmann ihm vor allen andern zu bezahlen schuldig ist.

γ) Nimt hier der Erbzinsherr den Käufer nicht wegen des Emphyteutgutes selbst, sondern nur wegen des erkauften emphyteutischen Rechts, in Anspruch; er fordert etwas, welches der Käufer bey Erwerbung des Gutes schon vorher gewußt hat oder doch hätte wissen sollen. Denn so bald jemand eine Emphyteuse kauft, willigt er eo ipso in alle damit verknüpfte Bedingungen, und bezahlt auch in dieser Hinsicht eine Emphyteuse nicht so theuer, als ein anderes ganz freyes Gut. Worin soll also hier die Unbilligkeit liegen? Kann man es wohl für hart und unbillig halten, wenn jemandem etwas abgefordert wird, wozu er sich stillschweigend anheischig gemacht hat? Die Bezahlung der Lehnwaare ist als als eine stillschweigende Bedingung anzusehn, die bey jeder Veräusserung zum Grunde gelegt wird, indem sie von jedem neuen Besitzer übernommen werden muß; wer also eine Emphyteuse kauft, von dem ist zu vermuthen, daß er darein consentirt habe.

Unstreitig ist demnach die gemeine Meinung, daß die Lehnwaare beym öffentlichen Verkaufe ebenfalls bezahlt werden müsse, den Rechten weit angemessener. Dem Erbzinsherrn ist einmal in den Gesetzen das Recht ertheilt, für Ertheilung seiner Einwilligung in die Alienation, so wie für Einsetzung des neuen Erbzinsmannes in das Gut, die Lehnwaare zu fordern; dieses Recht kann ihm wohl durch den Erbzinsmann und dadurch, daß dieser wegen Schulden das Gut verkaufen muß, nicht entzogen werden.

§. 615.

Der Erbzinsmann kann, wie wir wissen, das emphyteutische Gut willkührlich veräussern, ohne zuvor den Erbzinsherrn um seine Einwilligung in die Veräusserung zu ersuchen; nur ist er verbunden, wenn er die Emphyteuse verkaufen will, sein Vorhaben dem Erbzinsherrn anzuzeigen, und ihm das Kauf-

pre-

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0102 DFG

pretium nebst den nähern Bedingungen des projectirten Kaufcontracts bekannt zu machen. Unterläßt er diese Denunciation, schließt er ohne dieselbe den Kaufcontract ganz ab, und consummirt diesen durch die Tradition, so trifft ihn die Strafe der Caducität. Da inzwischen der Grund, weswegen die Denunciation beym vorhabenden Kaufcontracte geschehen soll, in dem Vorkaufsrechte des Erbzinsherrn liegt, so kann man, wie ich glaube, mit Sicherheit annehmen, daß die Unterlassung der Anzeige für den Erbzinsmann von keinen nachtheiligen Folgen sey, wenn in dem emphyteutischen Instrumente der Erbzinsherr auf sein ius protimiseos renunciirt haben sollte, da in diesem Falle die Denunciation ohne allen Zweck, mithin ganz überflüssig seyn würde. Nach gemachter Anzeige von dem vorhabenden Verkaufe muß alsdann der Erbzinsmann in Gemäßheit der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* zwey Monate lang, wenn das emphyteutische Instrument hierüber keine andere Bestimmungen enthält, die Entschließung des Erbzinsherrn abwarten. Binnen des erwähnten Termins ist dieser befugt, das Vorkaufsrecht auszuüben, wenn er für das gebotene Kaufpretium das emphyteutische Gut selbst übernehmen, und überhaupt zu denjenigen Bedingungen sich verstehn will, wozu sich der neue Käufer verstanden hat. Will er das angebotene Kaufgeld nicht dafür geben, oder er erklärt sich binnen der zweymonatlichen Frist auf den ihm gemachten Antrag nicht in der gehörigen Art, so ist nunmehro der Erbzinsmann berechtigt, die Emphyteuse ungehindert, ohne einige Rücksicht auf den Erbzinsherrn zu nehmen, zu verkaufen, an wen er will. Der Erbzinsherr ist alsdann vollkommen verbunden, den neuen Erbzinsmann anzunehmen, wenn er anders ein tüchtiger Mann, besonders auch in Ansehung derjenigen Prästationen ist, die er an ihn zu entrichten hat. Er kann also auch gegen denselben Einwendungen machen, weil er sich keinen untüchtigen Erbzinsmann aufdringen zu lassen braucht. Aber auch in diesem Puncte will der Gesetzgeber allen Chicanen vorbeugen, und verhindern, daß nicht unter einem nichtigen Vorwande derjenige, der die Emphyteuse an sich gebracht hat, davon entfernt, oder ihm wenigstens der Zutritt dazu erschwert werde. Deswegen nehmlich soll der Erbzinsherr, wenn er gegen denjenigen, an welchen die Emphyteuse veräussert worden ist, eine gegründete Ausstellung zu haben vermeint, gleichfalls binnen zwey Monaten eine schriftliche Protestation einreichen, im Unterlassungsfalle hingegen der Erbzinsmann, ohne sich weiter um die Einwilligung des Herrn zu bekümmern, berechtigt seyn, jedem das Gut zu überlassen. Si autem nouum emphyteutam vel emtorem meliorationes suscipere minime dominus maluerit, et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit; licere emphyteutam, etiam non consentientibus dominis

minis, ad alios ius suum vel emphyteumata transferre, sagst Justinian ausdrücklich.

Für tüchtig ist der Erbzinsmann alsdann zu achten, wenn sich von ihm voraus sehn läßt, er werde die ihm obliegenden Verbindlichkeiten erfüllen können und wollen. Der Erbzinsherr hat das Recht des Canons, des Rückfalls bey unbeerbtem Abgange des Besitzers, der Lehnwaare, die Rechte bey Verwirkung des Gutes, u. s. w. Deswegen kann er auf etwannige Veränderungsfälle gehörige Sicherheit verlangen m), nur muß die Sicherheit, wie beym Nießbrauche, gleich anfänglich verlangt werden. Ist dies nicht geschehen, und der Erbzinsherr hat den Erbzinsmann schon einige Zeit in dem Gute gelassen, ohne an einen Vorstand zu denken, und in der Folge, ohne weitere Veranlassung, fällt es ihm auf einmal ein, Sicherheit zu fordern, so ist er mit seinem Gesuche abzuweisen n).

§. 616.

Das emphyteutische Recht hört auf

1) durch die **Consolidation**; wenn nehmlich der Erbzinsherr das nutzbare Eigenthum an sich bringt, und mit seinem Obereigenthume vereinigt, oder wenn sich der Erbzinsmann das Obereigenthum erwirbt, und also beyde

m) *L.* 7. C. *de Fund. patrim. et saltuens.* Quicumque ad emphyteusin fundorum patrimonialium vel rei publicae iussu nostri numinis venerit, is, si redundantia fortunarum idoneus fuerit ad restituenda, quae desertis forte possessionibus requirentur, patrimonium suum publicis inplicet nexibus. Si vero minor facultatibus probabitur, datis fideiussoribus idoneis ad emphyteusin adcedat. Scientibus his, quos talium rerum cura sollicitat, in se negligentiae damna, si huiusmodi cautio defuerit, esse vertenda. Bey den Patrimonialgütern des Fiscus war den kayserlichen Bedienten vorgeschrieben, bey eigener Verantwortung für diese Sicherheit zu sorgen. Es leidet aber keinen Zweifel, daß auch jeder Privatmann dasjenige bey Eingebung der Güter verlangen kann, was zu seiner Sicherheit nöthig ist.

n) *L.* 11. C. *eod.* Ius emphyteutici praedii, quod sine obligationis vinculo (ohne Sicherheit) retentatum est (d. h. *diu concessum, relictum, toleratum est*) iudicio nostro, inmutabile perdurare praecipimus. Possessionem autem, quae sine obligatione speciali (ohne Sicherheit) fuerit vitiosa, vetustate temporis nolumus adiuuari. Cujaz hat aus dem griechischen Texte nachgewiesen, daß hier *volumus* für *nolumus* gelesen werden müsse, und diese Lesart ist offenbar vorzuziehn.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0104
DFG

beyde Eigenthumsrechte in seiner Person vereinigt. Der Fälle, wo das eine oder das andere geschehen kann, giebt es sehr viele, und namentlich gehören dahin unter andern auf Seiten des Erbzinsherrn die von Hellfeld bemerkten Fälle, daß die Emphyteuse *tempore praeterlapso* wieder aufhöre, si ad certum tempus conceſſio eſt facta, ingleichem *morte emphyteutae* heredibus non relictis, in quos ex lege conceſſionis emphyteuſis tranſire poteſt o).

2) Durch die Verjährung p), und zwar

α) in der Person des Erbzinsherrn, wenn dieser sich ein vollständiges Eigenthum anmaßt, den Erbzinsmann als bloßen Pachter behandelt, oder das Gut einzieht, und selbst in Besitz nimt, und der Erbzinsmann sich dabey die gewöhnliche Verjährungszeit hindurch beruhigt;

β) in der Person des Erbzinsmannes, wenn der Erbzinsherr den Canon fordert, der Erbzinsmann ihn verweigert, sich ein vollständiges Eigenthum zuschreibt, und der Erbzinsherr dabey die gewöhnliche Verjährungszeit hindurch acquiescirt;

γ) in der Person eines Dritten, wenn dieser auf das emphyteutische Gut durch die Präscription ein vollständiges Eigenthum erwirbt.

3) Durch freywillige Begebung von Seiten des Erbzinsmannes, oder, wie Hellfeld sagt, *renunciatione*, ſeu ceſſione domino facta, quippe quae pro arbitrio ab emphyteuta fieri poteſt. Ueber den letztern Punct wird jedoch unter den Rechtsgelehrten mit den scheinbarsten Gründen gestritten. Viele ältere Rechtslehrer, wohin unter andern Treutler q), Carpzov r) und Tyraquell s) gehören, so wie

o) S. oben §. 602. 603. *num.* 5.

p) S. oben §. 609.

q) *Treutler Diſput. Vol. II. diſp. XXVIIII. theſ.* 13. *litt.* D.

r) *Carpzov Deciſſ. Part. II. deciſ. CXXXVIIII. num.* 12. *ſqq.*

s) *Tyraquell Tr. de retract. gentilit.* §. 34. *gloſſ.* 2. *num.* 1. *ſqq.*

wie auch neuere, als Kraus t) und Hofacker v), wollen dem Erbzinsmanne das Recht, die Emphyteuse zu derelinquiren, und solche dem Erbzinsherrn auch wider seinen Willen aufzukündigen, nicht zugestanden wissen. Für diese Meinung werden folgende Gründe angeführt:

α) dem Erbzinsherrn sey es nur in einigen Fällen erlaubt, dem Erbzinsmanne das Gut wegzunehmen, umgekehrt könne es also auch dem Erbzinsmanne nicht erlaubt seyn, das Gut dem Erbzinsherrn nach Belieben zurück zu geben, weil sonst der Herr nichts voraus haben würde;

β) sey hier ein auf beyden Seiten verbindlicher Contract vorhanden, von welchem der Erbzinsmann einseitig nicht abgehn könne;

γ) werde solches durch den deutlichen Ausspruch der *L.* 3. *C. de Fund. patrim. et saltuens.* außer Zweifel gesetzt, so wie auch nicht minder

δ) durch das *Cap.* 3. *X. de Inmunitat. eccleſiar.* bestätigt.

Als Fälle, wo ausnahmsweise dem Erbzinsmanne die Renunciation gestattet seyn soll, führt man zugleich folgende an:

α) wenn eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden sey, wohin z. B. gehörte, wenn die ganze erbzinslich ausgethane Sache verloren gegangen ist, oder wenn eine Mühle unter der Bedingung zur Emphyteuse gegeben ist, daß der Erbzinsmann dem Herrn und allen seinen Nachkommen umsonst mahlen soll, die Anzahl dieser Nachkommen aber so sehr angewachsen ist, daß die ganze Mühle dem Erbzinsmanne dadurch unnütz wird;

β) wenn durch örtliche Statuten oder Gewohnheitsrechte diese Befugniß dem Erbzinsmanne eingeräumt werde;

γ) wenn der Erbzinsmann einen ungewissen Zins oder andere nicht bestimmte Beschwerden präſtiren müsse, nach Art eines Vasallen, der zu unbestimmten Diensten gehalten sey, indem einer wegen einer ungewissen Last die damit beschwerte Sache verlassen könne.

Die

t) *Kraus Diſſ. de emphyteuſ. renunciat. inuito domino inualida*, (Vitemb. 1761.)

v) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1055. *p.* 261.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0106
DFG

Die Beweise für die Regel aber sowohl, als die Ausnahmen von der letztern, dürften schwerlich eine genaue Prüfung aushalten. Von den Ausnahmen gehört die erste gar nicht hieher; bey der zweyten ist um so weniger etwas zu erinnern, da die Sache dann auf jeden Fall keinen Zweifel leidet; die dritte aber würde ganz ungegründet seyn, wenn es auch mit der Regel seine Richtigkeit hätte. Denn hätte der Erbzinsmann sonst kein ius refutandi, wie sollte es ihm bloß deswegen, weil die Größe des Zinses und der übrigen Beschwerden unbestimmt ist, zukommen können, da es doch seine eigene Schuld ist, wenn er das Gut unter dergleichen Bedingungen erbzinslich an sich genommen hat. Was die Beweise für die Regel betrifft, so läßt sich dagegen mit Recht folgendes einwenden:

α) es ist hier ein großer Unterschied zwischen dem Erbzinsherrn und dem Erbzinsmanne vorhanden. Der Erbzinsmann erhielt das Gut unter der Bedingung, daß er und seine Erben dasselbe so lange, als sie ihre Schuldigkeit nicht verabsäumen, behalten sollen, und er verwendete in dieser Hinsicht vielen Fleiß auf den Bau und die Besserung desselben; wäre es nun wohl nicht äusserst unbillig, wenn ihm der Erbzinsherr wider sein Versprechen dasselbe ohne Ursache nehmen wollte? Der Erbzinsherr hingegen hat sich das beständige Verbleiben des Erbzinsmannes auf dem Gute weder ausdrücklich noch stillschweigend ausbedungen, vielmehr, da er durch Aufkündigung desselben insgemein nichts verliert, sondern wohl eher noch gewinnt, indem er sein Gut wieder erhält, wogegen auch der geringe Canon nicht in Betracht kommt, muß man vermuthen, daß er in diesen ihm vortheilhaften Umstand bey Errichtung des Contracts stillschweigend gewilligt habe. Wenigstens erhellet hieraus so viel, daß man in diesem Stück von dem Erbzinsherrn auf den Erbzinsmann nicht sicher schließen könne.

β) Ungeachtet es allerdings seine Richtigkeit hat, daß jeden Vertrag, worin einer dem andern etwas versprochen hat, beyde Interessenten zu erfüllen gehalten sind, und keiner einseitig wieder davon abgehn darf, wenn auch gleich der andere dadurch keinen Schaden leiden würde, so ist doch dabey voraus zu setzen, daß nicht Umstände vorhanden sind, woraus man mit Sicherheit schließen

kann, daß der eine Paciscent die Dauer des Vertrags an gewisse Resolutivbedingungen gebunden, oder der Willkühr des andern überlassen habe. Wendet man dies auf den emphyteutischen Contract an, so wird man sich bald überzeugen, daß das erwähnte Argument irrelevant ist. Durch den emphyteutischen Contract macht sich der Erbzinsherr verbindlich, jemandem ein gewisses Gut erblich zu überlassen; der Erbzinsmann macht sich dadurch anheischig, das Gut zu bauen und zu bessern, den jährlichen Zins davon zu geben, u. s. w. bey Strafe des Verlusts des Gutes. Die perpetuirliche Behaltung des Gutes ist dasjenige, was der Herr dem Erbzinsmanne als eine Belohnung für seinen Fleiß verspricht, der Erbzinsmann aber verpflichtet sich auf keine Weise, diese Belohnung auch wider Willen anzunehmen. Denn hätte er sich verbindlich gemacht, das Gut ewig zu behalten, so müßten ihm die Gesetze keine Veräusserungsbefugniß zugestanden haben, indem er durch die Alienation seine Zusage brechen, und dem Herrn an seinem Rechte etwas entziehn würde. Zudem müßte man annehmen, daß der Erbzinsmann bey den Römern sich dadurch gewissermaßen zu einem glebae adscriptus gemacht, und in diesem Stück seiner persönlichen Freyheit entsagt hätte, da doch ganz und gar kein Grund vorhanden ist, weswegen zu glauben wäre, daß der Erbzinsmann in diese so nachtheilige Bedingung jederzeit sollte stillschweigend gewilligt haben. Aus der ihm verstatteten Veräusserungsbefugniß läßt sich vielmehr schließen, daß der Erbzinsherr durch den emphyteutischen Contract weiter nichts, als die Verbesserung seines Gutes und Bezahlung des jährlichen Zinses von einem zeitigen Besitzer beabsichtiget, keinesweges aber das gesucht habe, den Erbzinsmann oder dessen Nachkommen ewig auf seinem Gute gezwungen zu behalten, und daß er also in die freye Aufkündigung des Contracts von Seiten des Erbzinsmannes stillschweigend consentirt habe.

γ) Die *L. 3. C. de Fund. patrim. et saltuens.* handelt, wie die Rubrik des Titels lehrt, von denjenigen, welche Staatsländereyen erbzinslich übernommen haben. Sie enthält ein Reskript der Kayser Valentinian und Valens des Inhalts, daß die

die Inhaber solcher Ländereyen dieselben nicht nachher unter dem Vorwande, sie seyen verödet, liegen zu lassen befugt seyn sollen. Da aber theils von solchen Emphyteusen nicht immer auf andere geschlossen werden kann, indem bey ihnen des gemeinen Bestens wegen viele Anomalien statt fanden, auch außerdem unbekannt ist, durch was für besondere Umstände dieses Rescript veranlaßt seyn mogte, wie sich die Besitzer verbindlich gemacht hatten, ob sie nicht vielleicht nach Vorschrift der *L.* 7. *C. eod.* Sicherheit geleistet hatten, daß die Ländereyen nicht öde gelassen werden sollten, u. s. w. so kann man wohl aus jenem Gesetze keine allgemeine Regel herleiten.

d) In dem *Cap.* 3. *X. de Immunitat. eccleſiar.* heißt es: Dictum est nobis, quod ruſtici eccleſiae rura eius deferentes, in priuatorum poſſeſſionibus culturam exhibeant, quod experientia tua fieri non permittat. Wie man sieht, ist dieser Text des canonischen Rechts so kurz gefaßt, daß man den eigentlichen Fall mit seinen Umständen, wovon er handelt, nicht füglich bestimmen kann. Allemal bleibt es aber schwer zu begreifen, weswegen die *rura eccleſiae* hier Emphyteusen bedeuten sollten; es scheint vielmehr die Rede von Bauern zu seyn, die ihre Frohnen auf den Kirchenäckern nicht verrichten, sondern dafür Privatpersonen arbeiten.

Das Gegentheil nun, oder daß dem Erbzinsmanne die freye Refutation der Emphyteuse allerdings zugestanden werden müsse, behaupten außer dem von Hellfeld angeführten Schilter x) unter andern mehreren auch Bachovy), Faber z), Voet a), Leeuwen b), Buri c),

x) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVI. §. 88. ſq.*

y) *Bachouius Nott. et animaduerſſ. ad diſputt. Treutl. l. I.*

z) *Faber Cod. definitt. forenſſ. Lib. IIII. tit. XXXXIII. def.* 11. 36.

a) *Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal. §.* 17.

b) *van Leeuwen Cenſur. for. Part. I. Lib. II. cap. XVI. num.* 17.

c) von Buri Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts, S. 229.

Charondas d) und Zoesius e), und zwar hauptsächlich aus folgenden Gründen:

α) sey es eine allgemeine Rechtsregel, daß jeder, der in Ansehung einer Sache zu einer gewissen Beschwerde verbunden ist, sich dieser Beschwerde dadurch entledigen könne, daß er die Sache, jedoch ohne Argliſt und Gefährde, derelinquire f);

β) sey es ebenfalls ein ganz ausgemachter Rechtssatz, daß jeder sich seines Rechts willkührlich begeben könne, und weswegen dieser Rechtssatz nicht auf den Erbzinsmann in Ansehung des emphyteutischen Rechts anwendbar seyn sollte, dazu lasse sich kein Grund ausfindig machen. Der Einwurf nehmlich, daß die Renunciation dem Erbzinsherrn zum Nachtheile gereiche, wolle gar nichts bedeuten, weil der Erbzinsmann sich bloß seines Rechts bediene, und der Erbzinsherr, wenn er ihm solches nicht verstatten wolle, einen unbilligen Zins fordern würde. Denn entweder könne der Erbzinsherr wieder einen andern Erbzinsmann erhalten, der ihm den nämlichen Zins bezahlt, oder er könne keinen andern Erbzinsmann wieder dazu finden. Im ersten Falle cessire aller vorgewandte Schaden von selbst, im zweyten Falle aber könne man auch dem gegenwärtigen Erbzinsmanne nicht ansinnen, daß er einen so unbilligen Zins beständig präſtiren solle, zumal wenn er nicht selbst darein gewilligt, noch sich dazu verbindlich gemacht, sondern das Gut iure hereditario überkommen habe.

γ) Sey die Refutation dem Vasallen erlaubt, und müsse daher auch dem Erbzinsmanne um so mehr verstattet seyn, weil beyde Personen und ihre Rechte große Aehnlichkeit mit einander hätten, z. B. der vsufructus feudalis sey das dominium vtile bey der Emphyteuse, auch treffe man bey beyden insgemein gewisse und bestimmte Lasten an, bey jenem die Leistung der Dienste, bey diesem die Bezahlung des Zinses;

δ) leide

d) *Charondas ad consuetudd. Pariſſ. Art.* 109. 110.

e) *Zoesius Com. ad Pandect. tit. Loc. num.* 74. 88.

f) *L.* 64. *D. de Vsufr. L.* 6. *et* 7. §. 2. *D. de Damn. inf. L.* 7. §. 1. *D. de Aqu. et aqu. pluu. arc.*

δ) leide die Sache wenigstens nach germanischen Rechtsprincipien kein Bedenken, indem nach diesen die emphyteutischen Güter eine Art von Bauerlehn oder Erblehn seyen;

ε) räumten die Gegner selbst ein, daß die Refutation aus einer rechtmäßigen Ursache geschehen könne; eine solche nun sey auch ein unbilliger Zins.

Mit Recht läßt sich aber wider diese Argumente folgendes einwenden:

α) die Regel, daß einer durch Dereliction der Sache auch von der darauf haftenden Last sich befreyen könne, ist nur dann für gegründet zu achten, wenn seine Verbindlichkeit, die Last zu tragen, bloß aus dem Besitze oder dem Eigenthume der Sache herrührt. Hat sich jemand zugleich einem andern zur Uebernahme der Beschwerde verbindlich gemacht, welches doch beym Erbzinsmanne der Fall ist, so würde er ja diesem durch die Dereliction etwas von seinem Rechte entziehn, und es kann ihm folglich dieselbe nicht ohne des andern Willen erlaubt seyn g).

β) Wenn das Recht, dessen ich mich begeben will, mich allein betrifft, und auf Seiten meiner mit keiner Verbindlichkeit gegen einen andern verknüpft ist, so hat es freylich seine Richtigkeit, daß ich auf dasselbe willkührlich renunciiren kann. Wird aber durch die Entsagung meines Rechts dem andern zugleich mit ein Recht

g) Die in den angezogenen römischen Gesetzstellen befindlichen Beyspiele beziehn sich sämmtlich auf den ersten Theil der erwähnten Regel. Denn ein Usufructuar, der nicht Lust hat, das verfallene Haus, wovon er den Nießbrauch hat, wieder repariren zu lassen, kann solches nach der *L.* 64. *ff. de Usufr.* deswegen derelinquiren, weil er die Reparation dem Proprietar nicht versprochen hat, sondern ihm dieselbe nur in so weit, als er den Nießbrauch behalten will, per consequentiam obliegt. Der Herr eines über den Haufen und auf des Nachbars Haus gestürzten Gebäudes kann sich vermöge der *L.* 6. und *L.* 7. §. 2. *D. de Damn. inf.* von allem Schadensersatze befreyen, wenn er das ganze zusammengefallene Gebäude derelinquirt, vorausgesetzt nur, daß er noch keine Caution de damno infecto geleistet hat, indem er, wenn letzteres der Fall ist, den Schaden nach Vorschrift der *L.* 17. §. 4. *D. eod.* schlechterdings ersetzen muß. In der *L.* 7. §. 1. D. *de Aqu. et aqu. pluu. arc.* endlich wird nur demjenigen, der bona fide ein Gut gekauft hat, worauf etwas, wodurch dem Nachbar eine Ueberschwemmung oder ein anderer Wasserschaden verursacht werden könnte, aufgerichtet ist, erlaubt, sich durch Dereliction des ganzen Gutes von aller Klage frey zu machen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0111
DFG

Recht, welches er durch mein Versprechen erhalten hat, entzogen, so ist die Begebung meines Rechts ohne des andern Einwilligung unzulässig. Es thut auch nichts zur Sache, daß meine Verbindlichkeit mir etwa sehr beschwerlich fällt, und daß durch deren Aufhebung der andere keinen sonderlichen Schaden leiden würde. Der erste Umstand könnte vielleicht Mitleiden bey dem andern erwecken, so wie ihn vielleicht der zweyte zur Einwilligung bestimmen mögte; keiner von beyden aber begründet eine rechtliche Schuldigkeit, daß er mich von der Verbindlichkeit frey sprechen müßte. Es kann auch hierunter dem Erbzinsmanne gar nicht zu statten kommen, wenn er anführt, daß er die Emphyteuse ererbt habe, da bekanntlich nach den Gesetzen der Erbe die Verbindlichkeiten seines Erblassers zu erfüllen schuldig ist.

γ) Die römische Emphyteuse hat mit den Lehnen keine so große Aehnlichkeit, daß man in jedem individuellen Falle sicher von dem einen auf das andre schließen könnte.

δ) Wollte man auch zugeben, daß die römischen Emphyteusen mit den deutschen Zinsgütern einerley wären, welches doch, wie wir weiter unten sehen werden, gar nicht ist; wollte man ferner zugeben, daß die Erblehne, Bauerlehne, u. s. w. wirklich mit zu den eigentlich so genannten Lehnen referirt werden müßten, welches doch gar nicht zu behaupten steht: so würde gleichwohl bey dieser Frage allemal nach den deutschen Gewohnheiten ein großer Unterschied zu machen seyn. Denn die Bauerlehne waren insgemein mit Knechten und Leibeigenen besetzt, die Ritterlehne hingegen, wenn man die Ministerialen ausnimt, wurden von freyen Leuten besessen. War also gleich diesen die Refutation erlaubt, so konnten deswegen doch jene sich dieselbe nicht anmaßen.

ε) Unter rechtmäßigen Ursachen sind hier solche zu verstehn, die in den Gesetzen dafür erklärt werden. Dahin gehört also nicht jede eingebildete Unbilligkeit des Zinses.

Bey dem allen glaube ich indessen selbst, daß, wo nicht immer, doch mehrentheils für die willkührliche Befugniß des Erbzinsmannes zur Refutation die Vermuthung zu fassen sey. Gemeiniglich werden bey der

der Refutation solche Umstände vorhanden seyn, die entweder die Befugniß des Erbzinsmannes dazu begründen, oder die den Erbzinsherrn bewegen, in die Dereliction der Emphyteuse gern einzuwilligen. So lange nehmlich das Erbzinsgut noch von einigem Ertrage ist, oder so lange sich noch Nutzungen davon hoffen lassen, wird entweder der Erbzinsmann wenig Lust haben, dasselbe dem Erbzinsherrn zu überlassen, oder der Erbzinsherr wird sich doch bald darüber zufrieden geben, wenn es ihm der Erbzinsmann wirklich überläßt, indem es ihm nicht schwer fallen kann, das Gut bald wieder aufs neue unter den nämlichen oder noch bessern Bedingungen erbzinslich auszuthun. Wenn aber dem Erbzinsmanne durch Ueberschwemmung, Krieg, oder auf andere Art aller Vortheil, den er aus dem Gute ziehn sollte, entzogen ist, so kann es der Erbzinsherr dem Erbzinsmanne nicht verargen, wenn dieser ein Gut nicht länger behalten will, welches ihm ganz unnütz ist, da ihm doch bey Errichtung des Contracts Früchte davon zu beziehn versprochen wurde. Dazu kommt noch, daß der Herr unter solchen Umständen keinen Zins vom Emphyteutmanne würde fordern können h), und ihm also auch schon deswegen wenig daran liegt, ob der Erbzinsmann das Gut behält, oder nicht, weil er in dem einen Falle so wenig als in dem andern Nutzen davon hat i).

Die Emphyteuse geht ferner verloren

4) durch den gänzlichen Untergang des Gutes. Geht nur ein Theil zu Grunde, so bleibt das übrige Stück ein emphyteutisches Gut, der emphyteutische Contract leidet dadurch keine Veränderung, auch kann deshalb der Erbzinsmann nach Vorschrift der *L.* 1. *C. de Iur. emphyt.* keinen Erlaß am Zinse verlangen. Die Emphyteuse hört

5) zur Strafe auf, wenn der Erbzinsmann

α) bey seiner Veräusserung dasjenige nicht beobachtet, was ihm Justinian in der *L.* 3. *C. de Iur. emphyt.* vorschreibt. Die Frage: was der Erbzinsmann bey dem Verkaufe der Emphyteuse beobachten müsse? ist mit steter Hinsicht

h) S. oben §. 605.

i) Man sehe noch *Hildebrand Diss. de refutatione emphyteuseos*, (Alt. 1703.)

sicht auf diese Gesetzstelle ausführlich gezeigt worden k). Die Strafe der Caducität drohet der Kayser dem Erbzinsmanne auf den Fall der Nichtbeobachtung seiner Verordnung ausdrücklich, indem er sagt: Sin autem aliter fuit versatus, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat l).

β) Wenn der Erbzinsmann die Emphyteuse in hohem Grade verdirbt m), oder

γ) den Canon einer Kirche zweymal nach einander, einem andern Obereigenthümer aber dreymal nicht bezahlt n). Hier verfällt der Erbzinsmann in die Strafe der Privation des emphyteutischen Rechts, und zwar ipso iure, das heißt, nicht erst von der Zeit an, da der Richter ihn seines Rechts durch eine Sentenz verlustig erklärt, sondern sogleich, wenn der zweyte oder dritte Termin ohne Zahlung verstrichen ist. Doch muß der Erbzinsherr erklären, daß er den Erbzinsmann verstoßen wolle; stirbt er ohne dies erklärt zu haben, so ist der Erbzinsmann geborgen o). Kann aber der Erbzinsmann sein Außenbleiben wieder gut machen (*moram purgare*)? oder mit andern Worten: muß der Erbzinsherr den Canon annehmen, und den Erbzinsmann auf dem Gute lassen, wenn letzterer nach Verstreichung des zweyten oder dritten Termins kommt, und den Canon bringt, ehe noch der Erbzinsherr erklärt hat, daß er ihn vertreiben wolle? Unser Verfasser sagt in der Note: Iure equidem ciuili res dubia ob *L. 3. C. de Iur. emphyt.*, ast iure canonico, *Cap. 4. X. de Locat. et conduct.*

k) S. oben §. 603. 610.

l) *cf.* von Buri a. a. O. S. 250. ff.

m) S. oben §. 604.

n) S. oben §. 606.

o) *de Cocceius Iur. ciu. controu. tit. Si ager vectigal. quaest. 8.* Höpfner theoret. pract Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 902. *a Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. CV. med. 1.* Man sehe indessen auch von Buri a. a. O. S. 175.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0114
DFG

duct. res est determinata. Nach dem römischen Rechte ist der Erbzinsherr unstreitig nicht verbunden, den Canon anzunehmen, und den Erbzinsmann auf dem Gute zu lassen; das canonische Recht aber ertheilt in dem angeführten Texte bey geistlichen Emphyteusen dem Erbzinsmanne die Befugniß, sein Außenbleiben durch die Ueberbringung des Canons wieder gut zu machen. Es heißt darin ausdrücklich: Emphyteuta quoque, cessando in solutione canonis per biennium (*nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset*) iuste potuisset repelli. Struv p), Carpzov q), Stryk r), Brunnemann s) und mehrere andere angesehene practische Rechtslehrer dehnen diese Verordnung des canonischen Rechts auch auf weltliche Emphyteusen aus. Eine Cautel ist es daher für den Erbzinsherrn, wenn er das Gut einziehn will, daß er sogleich nach dem Ablaufe der Zahlungstermine die Privationsklage anstellt; denn thut er dies, so kann sich der Erbzinsmann nicht mehr durch die Uberbringung des rückständigen Canons von der Strafe der Caducität befreyen t).

p) *Struv* Deciss. *Sabbath. cap. X. decis. XIII.*

q) *Carpzov Iurisprudent. forens. Part. II. constit. XXXVIII. def.* 11. *num.* 6.

r) *Stryk Diss. de purgatione morae, cap. IIII. num.* 47.

s) *Brunnemann Com. ad* L. 2. *C. de Iur. emphyt.*

t) von Buri a. a. O. S. 243. erinnert wider den angeführten Text des canonischen Rechts, es sey darin nicht bestimmt, wie viele Zeit unter der celeri satisfactione verstanden werden solle, und ob nicht etwa der Pabst nur ein paar Tage, die er aus anscheinender Billigkeit dem Erbzinsmanne noch hingehn lassen wollte, dadurch habe anzeigen wollen. Sodann könne die ganze Verordnung gar füglich von dem Falle, wo der Erbzinsherr damit zufrieden gewesen, und sich die Reue des Erbzinsmannes gefallen lassen, erklärt werden, weil das Wort studuisset nur eine Bemühung auf Seiten des Erbzinsmannes anzeigte, woraus noch keine Verbindlichkeit des Erbzinsherrn, solcher Bemühung die intendirte Wirkung angedeihen zu lassen, folgte. Man sehe aber dagegen *Voet Com. ad Pandect. tit. Si ager vectigal.* §. 43. vorzüglich auch *Iesnitzer Diss. vtrum emphyteuta ante motam actionem priuatoriam, offerendo canonem, moram purgare possit?* (Lipsiae 1777.) und *Fresenius Diss. de poena emphyteutae canonem non soluentis* (in den Meditationen für Rechtsgelehrte, Fortsetz. I. S. 32. ff.

§. 617. — 619.

Große Aehnlichkeit mit der römischen Emphyteuse haben die deutschen Bauergüter, von welchen der Besitzer dem Gutsherrn Zinsen zu entrichten verbunden ist. Die Materie von dergleichen Gütern gehört ganz eigentlich in das deutsche Privatrecht, wird in eigenen Vorlesungen gelehrt, und in den dieser Rechtsdisciplin besonders gewidmeten Schriften ex professo erläutert. An dem gegenwärtigen Orte mag es daher genug seyn, nach Anleitung unsers Verfassers einige kurze Bemerkungen darüber mitzutheilen, um die Differenz solcher Güter von der römischen Emphyteuse zu characterisiren.

Die von deutschen Bauergütern zu entrichtenden Zinsen werden überhaupt **Grundzinsen**, **Unpflichten**, **Gülten** genannt, und wenn die Verbindlichkeit, sie zu entrichten, mit dem Gute auf die Erben übergeht, heißen sie auch insbesondere **Erbenzinsen**. Alle diese Benennungen dienen zur Unterscheidung dieser Reallast, als einer gutsherrlichen Forderung, von solchen **Landessteuern** und Contributionen, welche auf alle Grundstücke steuerbarer Unterthanen gelegt werden v).

Nach jenen Zinsen werden die Güter, von welchen sie zu entrichten sind, überhaupt **Zinsgüter**, **Erbzinsgüter**, **Gülthöfe** (*praedia censitica*) genannt. Ehedem nehmlich nannte man jedes Gut, welches auf Willkühr, oder unbestimmte Zeit einem Dritten, pachtweise, gegen Entrichtung eines jährlichen Zinses, hingegeben wurde, ein **Zinsgut**, und den Pachter einen **Zinsmann**. Wurde hingegen ein solches Gut nicht nur dem gegenwärtigen Besitzer, sondern auch seinen Erben, gegen Entrichtung eines jährlichen Zinses, erblich eingegeben, so nannte man es ein **Erbzinsgut**. Als endlich mit dem römischen Rechte auch die Emphyteusen auf deutschen Boden verpflanzt wurden, nannte man diese gemeiniglich **Erbzinsgüter**, die vormals so genannten erblichen Zinsgüter schlechthin **Zinsgüter**, die nicht erblichen Zinsgüter aber **Leihen**, **Temporalleihen**.

Die Inhaber solcher Güter werden in Beziehung auf die ihnen obliegende Zinspflicht **Zinsleute**, **Zinsmänner**, **Zinspflichtige**, **Gültenmänner** genannt; so wie der Gutsherr, oder überhaupt derjenige, an welchen der Zins zu entrichten ist, der **Zinsherr** oder **Gülther** heißt.

Die

v) Den Unterschied zwischen beyden Gattungen der Reallasten zeigen *de Goebel de iure et iudicio rusticorum, cap. III.* und *Struben de iure villicorum, cap. IIII. VI.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0116
DFG

Die Veranlassungen zur Entstehung einer Grundzinspflicht sind sehr mannigfaltig x), und eben so sehr weichen die Grundsätze der Rechtsgelehrten über ihre rechtliche Natur von einander ab y), weswegen dann auch ihre Schriften mit besonderer Vorsicht zu gebrauchen, und ihre Erläuterungen überhaupt nur auf solche Gegenden und Güter wieder anzuwenden sind, von denen ihre Erfahrungen entlehnt waren.

Um jedoch die Materie von Zinsen, so weit es sich bey ihrer großen Mannigfaltigkeit thun läßt, unter allgemeine Gesichtspuncte zu bringen, und auf allgemeine Grundsätze zurück zu führen, müssen vorzüglich zwey Hauptarten des Grundzinses von einander unterschieden werden, nehmlich der vorbehaltene (census *reseruatiuus*) und der aufgelegte Zins (census *constitutiuus*) z). Die erstere Zinsart entsteht dadurch, daß der bisherige Eigenthümer, bey Ueberlieferung eines Grundstücks, oder Ueberlassung eines Rechts, zum Zeichen seines gehabten Eigenthums, oder eines beybehaltenen Obereigenthums, oder auch eines beybehaltenen wahren Grundeigenthums, oder einer beybehaltenen Gutsherrschaft, sich einen zu gewissen Zeiten zu entrichtenden Zins vorbehält, welchen der Empfänger entweder zum Bekenntniß allein, oder zum Bekenntniß und zur Vergeltung zugleich, entrichten soll a). Hingegen die

x) *Boehmer Diss. de vario censuum significatu et iure*, (*in exercitt. ad Pandect. Tom. II. p.* 494.) von Buri a. a. O. S. 105. f. S. auch Lang histor. Entwickelung der deutschen Steuerverfassung, (Berlin und Stettin 1793.) und vorzüglich Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band V. §. 504. S. 233. ff.

y) Aus der großen Menge von Schriften, welche de censu et bonis censiticis handeln, sehe man *Franzk Varr. resolutt. Lib. I. p.* 1. *sqq. Rhetius Diss. de censu fundo cohaerente*, (*in dissertatt. selectt. Vol. II. num. XVI.*) *Weidler Diss. de origine et natura bonorum censiticorum*, (Vitemb. 1730.) Schaden ius censiticum, das Erbzinsrecht, (Erfurt 1737.) *Henne Diss. de natura et indole censuum*, (Erford. 1764.) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. DCXXXVIII.* Westphal deutsches Privatrecht, Th. I. Abh. XXXV. S. 366. ff.

z) Die Abtheilung der Zinsen in vorbehaltene und aufgelegte ist die durchgreifendste. Unter diese beyden Hauptclassen lassen sich alle bekannte Zinsarten ordnen, und dieses Verzeichniß wird um so mehr systematisch, wenn man die aufgelegten Zinsen in ablösliche und unablösliche, und die vorbehaltenen in solche, wo ein Bekenntniß und verhältnißmäßige Vergeltung zugleich, und solche, wo nur eine geringe Abgabe zum Bekenntniß entrichtet wird, wieder contradistinguirt.

a) *Zoll Diss. de censu reseruatiuo*, (Rintel. 1705.) *Ioachim Diss. de censu constitutiuo et reseruatiuo*, (Lipsiae 1727.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0117
DFG

die letztere Zinsart wird, ohne Veränderung des Besitzers, vom Eigenthümer selbst zum Besten eines solchen Zinsherrn, entweder auf sich, oder auf ein Grundstück versichert, in welchem letztern Falle der Zinsherr keine weiteren dinglichen Rechte an dem angewiesenen Grundstücke erhält, als etwa die Sicherheit des aufgelegten Grundzinses erfordert b).

Nur die vorbehaltenen Zinsen gehören aber, unserm gegenwärtigen Zwecke nach, hieher c). Sie sind nach Veranlassung und Art überaus verschieden. Die gewöhnlichste, wichtigste und eigentlich hieher gehörige Gattung derselben ist jedoch diejenige, welche der eigentliche Bauer einem Grund- oder Gutsherrn zu entrichten hat. Das Recht, welches dem Bauer an einem solchen ihm von dem Grundherrn zur Cultur überlassenen Gute zusteht, heißt überhaupt Co-

b) *Sorber Comment. de censu constitutiuo seu mutuo palliato*, (Ienae 1746.)

c) Die aufgelegten Zinsen sind überhaupt bey Bauergütern selten, und machen auch an sich selbst und allein kein Merkmal eines wahren Bauergutes aus. In vielen Fällen liegt bey ihnen ein bloßes verschleyertes Darlehn zum Grunde, und schon daraus läßt sich schon in zweifelhaften Fällen bestimmen, ob und in wie fern ein solcher Zins für ablöslich, oder für unablöslich zu halten sey. Schröter vermischte juriſt. Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen- und peinl. Rechts, Th. *I.* S. 351. ff. Doch giebt es auch noch andere rechtliche Wege, aufgelegte Zinsen zu bestellen, wie z. B. Kauf, Schenkung, Tausch, Vermächtniß, u. s. w., wo alsdann in jedem gegebenen Falle vor allem andern aus den zum Grunde liegenden besonderen Umständen bestimmt werden muß, ob der Zins ein ablöslicher oder unablöslicher sey, ingleichem ob derselbe bloß auf der Person des Zinsmannes hafte, oder auf angewiesenen Grundstücken ruhe, oder zwar auf Grundstücken ruhe, jedoch in Ansehung der Person, die ihn zu entrichten verbunden ist, gewissen Modificationen unterworfen sey, und ob derselbe ein persönlicher, oder dinglicher oder gemischter sey. Selbst aber auch dann, wenn der aufgelegte Zins als ein unablöslicher, dinglicher, oder Grundzins anzusehen ist, kann dennoch der Zinsherr noch nicht als ein wahrer Gutsherr des zinspflichtigen Besitzers betrachtet werden, vielmehr kann der Zinsmann neben dem Zinsherrn gar wohl noch einen andern wahren Gutsherrn haben, oder es kann auch mit einer solchen Zinspflicht ohne Anstand volles Eigenthum des Zinsmannes an seinem Zinsgute bestehen, wie dies dann insonderheit bey den in Sachsen befindlichen so genannten schlechten Zinsgütern namentlich der Fall ist. Sehr pertinent und bestimmt drückt sich daher die *Const. Elector.* 30. aus, wenn es darin heißt: Zudem so wird allein die erbliche Nutzbarkeit des Gutes, *vtile dominium*, in den Erbenzinsmann, *Emphyteutam*, gewandt, und behält der Lehnherr darauf den Grundeigenthum, *directum dominium*. Aber solches beydes, *directum et vtile dominium*, hat ein jeglicher schlechter Zinsmann in allen solchen seinen Gütern, *cf. Carpzov Iurisprudent. forens. Part. II. const. XXXVIIII. def.* 1.

Colonatrecht (*ius colonarium*), dessen Natur begreiflich durch die besonders verabredeten Bedingungen bestimmt wird, unter welchen die Ueberlassung des Gutes jedesmal erfolgt ist. Das Colonatrecht muß also an sich so mannigfaltig seyn, als jene vertragsmäßigen Bedingungen es sind, und eben so verschieden ist folglich auch die Natur des dabey vorbehaltenen Zinses d). Inzwischen lassen sich hier wiederum zwey Hauptarten der Bauergüter und des bäuerlichen Grundzinses gedenken, je nachdem nehmlich das Colonatrecht ein wahres Erbrecht des Colonus involvirt, oder nicht. Die Bauergüter der erstern Art führen die Namen **Erbleihgüter**, **Erbpachtgüter**, **Erbmeyergüter**, **Erbmeyerstätte**, auch **Erbenzinsgüter**, und hiernach wird auch der Grundzins ein **Erbenzins** benannt; die der letztern Art hingegen heißen schlechtweg, ohne weitern Zusatz, **Pachtgüter**, **Meyergüter**, **Leihgüter**, auch wohl **Temporalleihen**, und der davon zu entrichtende Grundzins ist ein schlechthin genannter **Zins**, **Meyerzins**, auch wohl **Pachtzins**.

Beyde Arten der Bauergüter sind nun zwar in rechtlicher Hinsicht wesentlich verschieden, aber sie kommen doch beyde darin überein, daß der von ihnen zu entrichtende Grundzins die Natur nicht bloß eines Bekenntnisses, sondern auch einer Vergeltung für die gewonnenen Früchte hat, und insonderheit ist bey denen der letztern Art die Eigenschaft eines wahren **Locariums** offenbar.

Bey der aus alle dem hervor gehenden eclatanten Aehnlichkeit zwischen deutschen Zinsgütern und den römischen Emphyteusen darf man sich nicht wundern, daß das angenommene römische Recht, und die mit ihm auf deutschen Boden verpflanzte Lehre von der Emphyteuse, nicht nur in der Nomenclatur, sondern auch in den rechtlichen Begriffen selbst, große Verwirrung anrichtete, daß die fremden Rechtsbegriffe von der Emphyteuse bald auf das germanische Institut der Zinsgüter, so wie diejenigen von dem zu entrichtenden Canon auf den deutschen Grundzins angewendet wurden e). In der That haben auch man-

d) von Buri a. a. O. S. 110.

e) Die deutschen Zinsgüter mögen wohl mit den römischen Emphyteusen durch dieselben Gründe veranlaßt worden seyn, um nehmlich den Anbau wüster Ländereyen zu befördern. Frühzeitig erhielten auch schon die deutschen Zinsleute zuweilen Erbrecht auf ihre Güter ertheilt; wie denn unter andern Friedrich I. Erzbischof zu Hamburg und Bremen im Jahre 1106. mit den in Deutschland neu angekommenen Holländern einen Vertrag abschloß: quo incultam et paludosam terram tradidit Hollandis et *ipsorum heredibus*, ea lege, vt praeter decimam de singulis mansis, singulos dena-

manche deutsche Bauergüter, vorzüglich in den geistlichen Staaten des deutschen Reichs, eine Umwandelung in wahre Emphyteutgüter erfahren, oder es sind wenigstens viele einzelne von der Emphyteuse hergenommene Grundsätze, bald durch Vertrag, bald durch Gesetz, oder Herkommen, auf die mancherley Arten deutscher Zinsgüter angewendet worden. Im Ganzen ist aber doch stets diese Anwendung der fremden Grundsätze von der Emphyteuse auf deutsche Zinsgüter mit großer Behutsamkeit, und unter sorgfältiger Sichtung der ausländischen und ursprünglich germanischen Rechtsbegriffe zu machen. Sind bey einzelnen Bauergütern fremde, von der Emphyteuse abgeleitete Principien durch Vertrag, Gesetz, oder Herkommen, ungemischt oder modificirt, wirklich in Anwendung gebracht worden, so steht es freylich nicht mehr in der Gewalt des Richters, diese gewählten Normen bloß deswegen, weil sie fremden Ursprungs sind, außer Augen zu setzen, sondern heilige Pflicht ist es vielmehr für ihn, solche genau zu befolgen. Allein dies bleibt dann doch immer Ausnahme von der Regel, indem, genau alles erwogen, die Emphyteutgüter von den deutschen Zinsgütern nach jeder Hinsicht wesentlich differiren, so daß mithin derjenige, der bey den letzteren fremde Rechtsbegriffe angewendet wissen will, jedesmal besonders darthun muß, daß solche durch Verträge, Particulargesetze, oder Herkommen entschieden angenommen seyen. Die wesentlichen Verschiedenheiten zwischen beyden Instituten lassen sich auf folgende Puncte reduciren:

1) der

denarios annuatim soluerent. S. *Lindenbrog Scriptt. vett. germ. p.* 170. Andere Beyspiele der ältern Zeit führen an *Struben de iure villicorum, cap. II.* §. 2. und Kopp Lehnsproben, Th. *I. Num. VI.* Gleichwohl ist jedoch nicht zu läugnen, daß erst in neueren Zeiten diese Einrichtung recht gäng und gäbe geworden ist. In Bayern wurden erst durch eine Verordnung vom 3. May 1779. bey allen churfürstlichen Unterthansgütern alle Gattungen von Gerechtigkeiten, die immer darauf gehaftet haben, den Besitzern und Grundholden zum Besten, und andern Grundherren zum Beyspiel, in wahres Erbrecht verwandelt, und das bisherige sehr beschwerliche Laudemialverzeichniß in eine jährliche Meyerschaftsfrist umgeschaffen. Indessen haben doch nur sehr wenige heller denkende Unterthanen sich dieser Wohlthat bedient, und sehr wenige Grundherren den Vorgang des Grundherrn des Landes nachgeahmt. S. von Yachiery von dem gefreyten Erbrechte in Bayern, dessen Wirkung auf die Unterthanen und Landescultur, (München 1789.) Schon im Mittelalter übrigens vermischte man häufig Zinsgüter und Emphyteusen, und noch heutiges Tages wird man diese Verwirrung in Gesetzen, Urkunden, und bey Schriftstellern nicht selten gewahr. *cf. Schilter Diss. de bon. laudem. §. 48. Wencker Adparat. archiu. p.* 30.

1) der Grundzins bey deutschen Zinsgütern hat die Natur eines Bekenntnisses und einer Vergeltung für die gewonnenen Früchte zugleich; nicht so der Canon bey der Emphyteuse f).

2) Dem Emphyteuta ist ein wahres römisches nutzbares Eigenthum zuständig g); dem Zinsmanne ein bloßes Colonatrecht.

3) Der Zinsvertrag erheischt in den mehresten Ländern eine **Verbriefung** oder **Handveste**; bey der Emphyteuse aber ist dies nicht wesentlich, sondern nur, um des bessern Beweises willen, üblich, die kirchliche Emphyteuse ausgenommen h).

4) Die Erbfolge in Zinsgütern hat nach manchen Hinsichten von der Lehnfolge vieles entlehnt; bey der Emphyteuse aber trit dies gar nicht ein i).

5) Die Lehnwaare wird nicht selten in gleichen Fällen, wie bey Lehnen, in Geld oder in Naturalien, je nachdem sie bestimmt ist, gegeben; bey den Römern hingegen waren zwey Procent ein für allemal fest gesetzt, die nur bey Veräusserungen der Emphyteuse erlegt wurden, und die man erst in der Folge mit dem Namen der Lehnwaare belegte k).

6) Die Deutschen bedienten sich ganz anderer ihnen eigener Zwangsmittel die saumseligen Zinsleute zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten, als die Römer l), namentlich der Rutscherzinsen, der Pfändung m), des Einlagers. Endlich

7) äussert

f) S. oben §. 605.

g) S. oben §. 602. 603.

h) S. oben §. 607.

i) S. oben §. 602. 603.

k) S. oben §. 611. 612.

l) S. oben §. 602. 603. 616.

m) Diese ist noch jetzt im Herzogthum Bremen üblich. a *Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. II. obs. LXII.*

7) äussert sich auch in Ansehung der Zeit, nach deren Ablauf ein saumseliger Gutsmann von dem Hofe vertrieben werden kann, ein merkwürdiger Unterschied zwischen einem Erbzinsgute, und der römischen Emphyteuse. Die Römer erforderten die Unterlassung der schuldigen Leistungen zwey, oder drey Jahre hindurch, je nachdem es geistliche oder weltliche Emphyteusen sind n); die Deutschen hingegen beobachteten hierin keine so bestimmte Zeit. Bey ihnen war die Expulsion wegen Saumseligkeit in Entrichtung der Abgaben meistens mehr willkührlich, und dem Ermessen des Zinsherrn überlassen; manchmal war auch der Zeitraum in dem Leihbriefe bestimmt o). Auch bedienten sich die Deutschen zu Austreibung des Gutsmannes einer eigenen Ver-

n) S. oben §. 606.

o) Wenn keine Zinsbuße versprochen ist, oder die Zusage derselben ohne Wirkung bleibt, so fragt es sich: ist der Gutsherr überhaupt befugt, den zinspflichtigen Bauer wegen unterlassener Zinsentrichtung auszutreiben? Einige Provincialgesetze bejahen diese Frage, andere hingegen verneinen sie. So wird z. B. in der Meyerordnung für das Fürstenthum Calenberg v. J. 1772. Capit. *VIII.* §. 1. geordnet: Die Abmeyerung hat statt, wann der Meyer an denen dem Gutsherrn gebührenden Zinsen und Gefällen so viel restirt, als ein dreyjähriges Quantum derselben beträgt; in der *Constit. Elect. Sax.* 39. *Cod. Aug. Tom. I. p.* 98. heißt es aber: Von wegen schlechter Zinsen *bona censitica* genannt, machet sich der Zinsmann des Guthes nicht verlustig, wann er gleich die Zinse davon gebührlich nicht entrichtet, welches in den Erbzinsgütern geschiehet. Die gemeine Rechtsanalogie, man mag sie von Pachtgütern, oder von der Emphyteuse hernehmen, entscheidet für die erstere strengere Meinung. S. *Struben Adcess. ad ius villic. num. XXXVIIII. p.* 493. und vorzüglich *Frick Diss. de iure expellendi villicum ob moram in soluenda annua pensione factam, in primis secundum iura ducatus Brunsuico — Guelpherbit.* (Helmst. 1794.) Auch eine große Menge Urkunden, worin für die Gutsherren die Befugniß des Austreibens bedungen ist, läßt sicher annehmen, daß sie wenigstens nach dem Herkommen älterer Zeiten dazu berechtigt gewesen sind. Dergleichen Urkunden findet man bey von Buri n. a. O. S. 124. 377. Lennep von der Leihe zu Landsiedelrecht, Th. I. S. 454. ff. von Cramer Wetzlarische Nebenstunden, Th. *LXXXI.* Num. *VIIII.* Schott jurist. Wochenbl. Th. *IIII.* S. 597. ff. Ob die Gutsherren der Regel nach noch heutiges Tages dazu befugt sind, muß in Ermangelung besonderer Gesetze der Gerichtsgebrauch bestimmen, welcher gewöhnlich nur in dem äußersten Falle aller vergeblichen richterlichen Nachsicht die Strenge statt finden läßt. Westphal teutsch. Privatr. Th. I. S. 395.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0122
DFG

Verfahrungsart, des so genannten Aufhohlungsprocesses, der gerichtlich angestellt, und summarisch verhandelt wurde p).

p) a *Pufendorf l. l. Tom. III. obs. LXXXVIII.* Danz a. a. O. §. 534. 535. S. 439. ff. Vergl. daneben *Ayrer de diuersitate iuris emphyteutici et villaris, praecipue Brunsuicensis*, (Goett. 1766.) *Hoffmann Conlat. iur. natural. rom. et canon. circa doctrinam de emphyteusi cum legibus et moribus Germaniae*, (Lipsiae 1720.) *Stipper de bonorum emphyteuticorum et censiticorum differentia eiusdemque in Saxonia Elector. vsu*, (ibid. 1727.) *Spengel de natura et indole emphyteuseos germanicae, vulgo* der deutschen Erbleihe, (Goett. 1771.) *Glasmacher Diss. de potioribus differentiis inter emphyteuses romanas et germanicas intercedent.* (Marb. 1769.) *Hoeser Quod iure germanico in primisque Elector. Sax. inter bona emphyteutica et censitica nulla differentia intercedat*, (Waldenb. 1728.) *Claproth Diss. de praediis rusticorum, in primis illis, quae* Zins et Erbenzins-Güter *nostratibus audiunt*, §. 9. (in der Samml. seiner Abhandl. S. 126. ff.)

LIB. VII. TIT. I.

DE VSVFRVCTV ET QVEMADMODVM QVIS VTATVR FRVATVR.

§. 620.

Wir haben oben q) gehört, daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, **Eigenthum, Erbrecht, Dienstbarkeit** und **Pfandrecht.** Die beyden ersteren Gattungen, das Eigenthumsrecht und Erbrecht, mit den daraus entspringenden Rechtsmitteln, haben uns bisher beschäftigt, und wir gehen nun zur dritten Gattung über, zu den Dienstbarkeiten und den dinglichen Klagen, welche derselben wegen statt finden, — einem Gegenstande, den im Allgemeinen Costa r), Ramos s), Merill t), Avezan v) und Westphal x) vorzüglich gut erörtert haben y).

In

q) §. 178. §. 576. *not. o.*

r) *a Costa Com. ad tit. Dig. de Seruitut.* (*in Eius praelectt. ad inlustriorr. quosdam titt. locaque sell. iur. ciuil. p.* 22. *sqq.* auch, wiewohl unvollständig, *in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. I. p.* 697. *sqq.*)

s) *Ramos del Manzano Com. ad tit. Dig. de Seruitut.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p.* 43. *sqq.*)

t) *Merillius Com. ad tit. Dig. de Seruitut.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p.* 634. *sqq.*)

v) *d'Auezan Seruitutt. lib.* (*in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p.* 119. *sqq.*)

x) *Westphal Interpretatt. iur. ciuil. de libertate et seruitutibus praedior.* (Lipsiae 1773.)

y) Eine reiche Nachlese von Schriften findet man in *Lipenii Biblioth. real. iurid.* und Schotts und Senkenbergs Supplementen zu derselben, *sub Rubr.* Seruitus.

Zur

In den Fragmenten des vorliegenden Pandectentitels ist, wie schon die Ueberschrift zeigt, von der persönlichen Servitut des Nießbrauchs die Rede, und auch unser Verfasser handelt davon hier; billig aber läßt er der Lehre von dieser einzelnen Dienstbarkeit, um ihr den Weg zu bahnen, einige allgemeine das ganze römische Servituteninstitut erläuternde Principien voran gehen, und zwar so, daß er

1) den Begrif der Servitut entwickelt (§. 620);

2) einige Eintheilungen der Servituten vorträgt (§. 621 — 623.);

3) die Entstehungsarten der Servituten zeigt (§. 624 — 629.), und

4) einige andere generelle Lehrsätze bey den Servituten bemerkt (§. 630.). Dem allen läßt er dann

5) in den sämmtlichen übrigen Paragraphen dieses Titels (§. 631 — 636.) die Lehre vom Nießbrauche folgen, die durch alle Titel dieses Buches der Pandecten continuirlich fortläuft, ausgenommen daß sie, der sehr nahen Verwandtschaft der Materien wegen, im achten Titel durch zwey besondere Gattungen der persönlichen Servituten, durch die des **Gebrauchs** und der **Wohnung** nehmlich, unterbrochen wird.

Es entstehet hier demnach zuvörderst die Frage: was ist eine Dienstbarkeit?

Wenn Hellfeld sagt: Servitvs est *ius reale, vtilitatem percipiendi ex re aliena*, so definirt er nicht logicalisch richtig, denn sichtbar ist seine Definition latior suo definito, und dem Geiste der römischen Legislation nicht gemäß. Man kann sagen: Servitut oder Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht auf eines andern Sache, vermöge dessen er auf dieser Sache zum Besten einer Person oder Sache entweder etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf, was er sonst, vermöge der natürlichen Freyheit, nicht zu leiden brauchte, oder allerdings thun dürfte. Also ist sie

Zur compendiarischen Uebersicht dieser Lehre empfehle ich besonders Hofacker und Malblanc, jenen in seinen *Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1081. sqq.* diesen aber in seinen schätzbaren *Princip. iur. rom. sec. ordin. Dig. Tom. II. §. 419. sqq.* Die vorzüglichsten Schriften über einige Gattungen der Servituten wird man da bemerkt finden, wo von diesen die Rede ist.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0125 DFG

1) ein dingliches Recht (ius *reale*). Habe ich gegen jemanden nur ein persönliches Recht (ius *ad rem*), vermöge dessen er auf seiner Sache etwas leiden muß, oder nicht thun darf: so habe ich keine Servitut. Wenn mir z. B. jemand sein Haus vermiethet, so muß er freylich leiden, daß ich dasselbe bewohne; da ich aber kein dingliches Recht auf das Haus, sondern nur ein persönliches Recht gegen den Vermiether habe, so steht mir keine Dienstbarkeit zu z).

2) Ist die Servitut ein Recht auf eine fremde Sache; z. B. das Recht, aus der Quelle, dem Brunnen, dem Teiche eines andern Wasser zu schöpfen, das Recht, über den Hof eines andern zu gehen, das Recht, mein Vieh auf die Weide eines andern zu führen, u. s. w. In seruitute, sagt Hellfeld, de qua hic agimus, *res* seruit, non *homo*, et inde differt ab ea seruitute, qua homo seruit. Wir reden hier nicht von der Knechtschaft, oder von dem Zustande eines Menschen, vermöge dessen er im Eigenthume eines andern sich befindet. Der römische Sclave ist zwar auch eine Sache, aber er ist die eigene Sache des Herrn a).

3) Sie ist ein Recht, vermöge dessen ein anderer leiden muß, daß ich etwas auf seiner Sache vornehme, was ich ohne Servitut nicht vornehmen dürfte; oder vermöge dessen der andere etwas unterlassen muß, was er sonst vermöge der natürlichen Freyheit thun dürfte. Wenn mir z. B. jemand das Recht ertheilt, Kalch auf seinem Grundstücke zu brennen: so muß er etwas leiden, das er außerdem zu leiden nicht verbunden wäre. Ferner, wenn mir jemand verspricht, es solle in seinem Hofe nie ein Gebäude aufgeführt werden, das mir meine Fen-

z) Man halte dies nicht für theoretische Spitzfindigkeit; es hat auffallendes practisches Interesse. Wenn, um bey dem gegebenen Beyspiele stehen zu bleiben, der Eigenthümer das Haus veräussert, und ich habe eine Dienstbarkeit, so kann ich diese auch gegen den neuen Besitzer des Hauses ausüben; habe ich hingegen das Haus nur als Miethsmann bewohnt, so kann ich die Wohnung von dem neuen Besitzer nicht verlangen.

a) Die Dienstbarkeit, wie das Wort hier genommen wird, hat ihre Benennung von dienen. Das Wort dienen aber bezeichnet in dem Verstande eben so viel, als ohne einige Vergeltung, und mit Beschwerung des Herrn, dem die Sache zusteht, einem andern, der doch nicht Herr ist, einen Nutzen und Gebrauch verstatten.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0126
DFG

Fenster verdunkelt: so muß er nun das Bauen unterlassen, welches ihm vermöge der natürlichen Freyheit erlaubt wäre. In beyden Fällen ist demnach eine Servitut vorhanden.

4) Dieses Leiden oder Unterlassen gereicht einem andern Subject zum Besten. Nach dem strengen Rechte mußte ein Nutzen im eigentlichen Verstande durch die Dienstbarkeit befördert werden; um des Vergnügens allein konnte man keine Realservitut bestellen b). Nach den neueren Gesetzen und Gewohnheiten indessen war dies erlaubt c). So urtheilen wenigstens Cujaz d), Noodt e), Wieling f), Höpfner g) und mehrere andere, denen jedoch Robert h), Walch i) und noch einige neuere Rechtslehrer widersprechen k).

§. 621.

Die Servituten werden verschiedentlich eingetheilt, und zwar vorerst hier in persönliche und dingliche. Den Nutzen einer Dienstbarkeit nehmlich ge-

b) *L. 8. pr. D. de Seruitut.* Vt pomum decerpere liceat, vt spatiari, vt coenare in alieno possimus, seruitus inponi non potest.

c) *L. 1. §. 11. D. de Aqua quotid. et aestiu.* Illud quaeritur, vtrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum inrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad vsum quoque et commodum nostrum? Et hoc iure vtimur, vt haec quoque contineatur. *L. 3. pr. D. eod.* Hoc iure vtimur, vt etiam non ad inrigandum, sed pecoris caussa, vel amoenitatis, aqua duci possit.

d) *Cuiacius Obseruatt. et emendd. Lib. XXII. cap. XXXV.*

e) *Noodt Probabill. Lib. I. cap. II.*

f) *Wieling Lectt. iur. ciuil. Lib. I. cap. XVII. p. 58.*

g) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 347.

h) *Robertus Sententt. iur. Lib. III. cap. XXIIII.*

i) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 2. p. 149. sq. ed. nouiss.*

k) *cf. Westphal l. l. Sect. III. cap. XVIII. §. 589. p. 375. sq.* und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Band I. Abh. I, S. 1. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0127
DFG

genießt entweder die Sache, oder die Person, und deswegen sind die Servituten von zweyerley Art, entweder *reales s. praediales*, oder *personales*. Bey jeder Servitut ist zwar das Object, auf dem die Servitut ruhet, eine Sache; je nachdem aber das Subject, dem sie zustehet, verschieden ist, je nachdem ist auch die Servitut entweder real oder personal. Nehmlich wenn die Servitut jemandem für seine Person auf lebenslang zustehet, so heißt sie eine persönliche; wenn hingegen ein solches Recht allen Besitzern einer Sache zukommt, so ist eine dingliche Servitut vorhanden. Wenn z. B. das Recht, Kalch auf des andern Grundstücke zu brennen, mir für meine Person zukommt, so daß ich es ausüben kann, nicht aber mein Erbe, auch nicht ein künftiger Besitzer meines Grundstücks, so ist es eine persönliche Servitut; wenn hingegen alle Besitzer meines Grundstücks befugt sind, auf des Nachbars Grundstücke Kalch zu brennen, so ist dieses Recht eine reelle oder dingliche Dienstbarkeit l).

Von den römischen Juristen wird die seruitus realis dahin erklärt, sie sey eine Servitut, quum fundus fundo seruit m), das heißt deutlicher, sie sey eine Servitut, die allen Besitzern eines Grundstücks auf ein anderes Grundstück zustehet. Nothwendig setzt demnach eine reelle Dienstbarkeit zwey Grundstücke oder praedia voraus; eines, dessen Besitzer das Recht der Dienstbarkeit haben, und ein zweytes, dessen Besitzer die Servitut leiden müssen. Das erste heißt das herrschende Gut (prae-

1) Die dinglichen Dienstbarkeiten werden bisweilen, mit Ausschluß der persönlichen, schlechtweg Servituten genannt, wie solches z. B. in der Rubrik des Pandectentitels *de Seruitutibus* der Fall ist. Sie kommen auch hin und wieder, z. B. in der *L.* 1. *in fin. D. de Rer. diuis.* L. 10. §. 1. *D. de Alienat. iudic. mut. cauſſ. fact.* unter dem Namen iura praediorum vor, obgleich übrigens diese Benennung einen ausgedehntern Begrif, als das Wort seruitus, hat. *L.* 86. *D. de Verbor. ſignif.* Bisweilen werden sie conditiones genannt. *L.* 23. §. 2. D. *de Seruitut. praedior. ruſticor.* L. 12. *D. Comm. praed.* Die persönlichen Dienstbarkeiten heißen bisweilen, z. B. in der *L.* 15. *D. de Seruitut.* L. 20. *in fin. D. de Seruitut. praedior. ruſticor.* hominum seruitutes, und zwar wie *Vicat Vocabular. iur. vtriuſq. Tom. III. p.* 377. bemerkt, um deswillen, *quoniam hominibus debentur, et cum his pereunt.* Rerum vero seruitutes (setzt er hinzu) idcirco dicuntur praediorum, *quod praediis debentur, non perſonis, et ſine praediis conſtitui non poſſunt.* Nemo enim eas seruitutes adquirere vel debere potest, nisi qui praedium habet. Diese Gründe sind wörtlich aus der *L.* 1. §. 1. *D. Comm. praed.* und §. 3. *I. de Seruitut.* entlehnt.

m) *L.* 12. *D. Comm. praed.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0128
DFG

(praedium *dominans*), das andere aber wird das **dienstbare** oder **dienende** Gut (praedium *seruiens*) genannt. Darf z. B. mein Nachbar auf seinem Hofe nichts bauen, was die Fenster meines Hauses verdunkelt, so ist der Hof das praedium seruiens, mein Haus das praedium dominans. Wenn ich, um in meinen Garten zu kommen, über des Nachbars Acker fahren darf, so ist mein Garten das praedium dominans, des Nachbars Acker aber das praedium seruiens.

Nach deutschen Rechten haben die Servituten einen ausgedehntern Begrif und Umfang, als nach dem römischen Rechte. Denn so giebt es in Deutschland

1) außer den aus dem römischen Rechte bekannten Servituten, deren wesentliche Eigenschaft im Leiden und Nichtthun bestehet; auch solche, deren Hauptabsicht aufs **Thun** gerichtet ist, und davon wird nach Anleitung des Verfassers noch unten besonders gehandelt werden n).

2) Haben wir in Deutschland noch eine vierte Art von Dienstbarkeiten, die nicht allen Besitzern eines Grundstücks, sondern einer Person zukommen, doch aber nicht auf diese Person eingeschränkt sind. Sie gehen auf die Erben, man kann sie auch an andere veräussern. So kann z. B. jemand das Zehendrecht haben, dergestalt, daß er es auf seine Erben zu transferiren, daß er es zu verkaufen, zu vertauschen, zu verschenken befugt ist. Diese Servituten kannten die Römer eben so wenig, als

3) unsere **Staatsdienstbarkeiten** oder **Staatsrechtsdienstbarkeiten** (*seruitutes iuris publici*), welche nicht auf im Privateigenthume sich befindenden Gütern haften, sondern vielmehr darin bestehen, daß ein Landesherr die Befugniß hat, in des andern Gebiete allerley Hoheitsrechte o) auszuüben, oder deren Ausübung zu beschränken p).

Sonst

n) *tit. de Seruitut.* §. 659.

o) Z. B. das Besteurungsrecht, das Zollrecht, das Postrecht, u. s. w.

p) *Engelbrecht Lib. sing. de seruitutibus iuris publici*, cum praef. *Buderi*, (Lipsiae 1739.) Gönner Entwickelung des Begrifs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, (Erlangen 1800.) *Pütter Institutt. iur. publ. germ.* §. 471. Die Lehre von den deutschen Staatsdienstbarkeiten gehört eigentlich zu den im Staatsrechte abzuhandelnden Territorialverhältnissen.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0129 DFG

Sonst gehört die Lehre von den Dienstbarkeiten unter diejenigen Materien, welche in Deutschland durch vaterländische Gesetze fast gar keine Bestimmungen erhalten haben, und worin das römische Recht fast mit allen seinen Eigenheiten und Subtilitäten zur Richtschnur dient. Die ältesten und mittleren deutschen Rechtsmonumente schweigen darüber, und auch sogar in einzelnen Statuten kommt fast gar nichts davon vor. Nur in einigen wenigen Stücken weichen, in Beziehung auf Deutschland überhaupt, der Gerichtsgebrauch, und in Beziehung auf einzelne Länder insbesondere, Provinzialgesetze vom römischen Rechte ab. Lediglich aus letzterm erhält demnach in der Regel die Gattung der Dienstbarkeiten, welche im Leiden oder Nichtthun bestehen, in deutschen Gerichten ihre rechtliche Bestimmung, zumal da selbst dasjenige, was etwa in deutschen Stadt- und Landrechten davon enthalten ist, meistens in bloßen Wiederholungen des fremden Rechts bestehet q). Selbst auch alsdann noch findet diese Anwendung des römischen Rechts in der Lehre von den Servituten statt, wenn gleich die Dienstbarkeit unter keinem eigenen Namen im römischen Gesetzbuche vorkommt, oder einen Gegenstand betrifft, welchen die Römer nicht als Dienstbarkeit anzusehen gewohnt waren. Es ist schon hinreichend, wenn das Recht, wovon die Frage ist, in die den Römern bekannte Form der Servituten paßt r).

§. 622.

Die Realservituten sind entweder **städtische** (*urbanae*) oder **ländliche** (*rusticae*). Praedium vrbanum nehmlich heißt hier in der Materie von den

q) Einige wenige Sätze des römischen Rechts, die auf bloßen Subtilitäten beruhen, sind durch den Gerichtsgebrauch nie angenommen worden. Die dahin zu rechnenden Principien werden in der Folge an den gehörigen Orten bemerkt werden. Man sehe unterdessen Gleditsch *Diss. de differentiis iuris romani et germanici in materiis de rerum seruitute*, (Vitemb. 1794.)

r) Dahin gehört das Recht, in fremden Waldungen und Feldern die Jagd auszuüben, ingleichem das Beholzungsrecht, die Eichellese und Mastung; ferner das Floßrecht, Fährrecht, auch Fischereygerechtigkeit in Gewässern, welche im Staats- oder fremden Privateigenthume sich befinden; nicht weniger die Huth- und Weidegerechtigkeit, das Triftrecht auf fremden Feldern; auch kann die Schäfereygerechtigkeit, sammt dem Pferchrechte als eine solche gemeine Dienstbarkeit ausgeübt werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0130
DFG

den Dienstbarkeiten s) jedes Gebäude, es mag in der Stadt oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung, oder zu einem andern öconomischen Gebrauche bestimmt seyn. Hingegen praedium rusticum ist jeder leere Platz, z. B. ein Garten, eine Wiese, ein Acker, ein Hof, u. s. w. Dies ist wenigstens die richtigere Erklärung, wie Noodt t), Vinnius v), Walch x) und vorzüglich Koch y), wider Schaumburg z), Lauterbach a) und mehrere andere, zeigen b). Wenn nun eine Dienstbarkeit zum

s) Eine andere Bestimmung nehmen die Ausdrücke praedia *vrbana* et *rustica* in der Lehre vom Pfandrechte an. Hier heißt praedium vrbanum jede zu dem Ende verpachtete unbewegliche Sache, daß der Pachter solche bewohnen, oder Güter darin niederlegen und aufbewahren soll. Unter praedium rusticum aber wird eine zu dem Ende verpachtete unbewegliche Sache verstanden, daß der Pachter die Früchte, welche die Sache hervor bringt, beziehn soll. *L.* 3. D. *In quib. causs. pign.* Si horreum fuit conductum, vel diuersorium, vel area, tacitam conuentionem de inuectis et inlatis etiam in his locum habere, putat Neratius, quod verius est *L.* 4. §. 1. *D. eod.* Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum numero ea habenda sint? dubitari potest. Et quidem vrbanorum sine dubio non sunt, quum a ceteris aedificiis separata sint. Quod ad caussam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab vrbanis differunt. *cf.* Weber Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrechte, Num. *I.* §. 1, *not.* 1.

t) *Noodt Com. ad Pandect. Lib. VIII. tit. III.*

v) *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. I. quaest.* 30.

x) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III.* §. 22. *p.* 166. *sq. ed. nouiss.*

y) *Koch Diss. de praedio vrbano et rustico*, (Ienae 1757. *rec.* Giessae 1774.)

z) *Schaumburg Compend. Dig. Lib. VIII. tit. I. p.* 212.

a) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. I. Lib. VIII. tit. I. p.* 642. *ed. nouiss.*

b) Man rechnet nehmlich zu den praediis *vrbanis* diejenigen Grundstücke, welche zur Wohnung und zum Vergnügen, zu den *rusticis* hingegen diejenigen, welche nicht zur Wohnung oder zum Vergnügen, sondern zum Feldbau, und dem damit verknüpften öconomischen Nutzen gehören. Solchergestalt würden also die Scheuren, Viehställe und sonstigen Wirthschaftszimmer als rustica praedia anzusehen seyn. Die Gesetze aber bestimmen den Unterschied ganz anders, und der angegebene Begrif wird durch sie aufs vollständigste gerechtfertigt. Im §. 1. *I. de Seruitut.* sagt Justinian ausdrücklich, jedes aedificium werde praedium vrbanum genannt; ja in der *L.* 1. *D. Comm. praed.* geht Ulpian so weit, daß er davon nicht einmal diejenigen Gebäude aus-

Vortheile eines praedii vrbani bestellt ist, so heißt sie *vrbana;* gereicht sie hingegen einem praedio rustico zum Besten, so heißt sie *rustica.* Auch dies ist wenigstens die richtigere Erklärung. Faber c), Corasius d), Wieling e), Coccejus f) und sonst verschiedene angesehene Rechtsgelehrte behaupten, die erwähnten Dienstbarkeiten erhielten ihre Benennung von dem dienenden Gute, weil theils Theophilus in seiner Paraphrase g) eine städtische Servitut diejenige nennt, quam vrbanus debet vicinus, und eine ländliche, quam rusticus debet vicinus, theils auch Ulpian, da er in der *L.* 11. §. 1. *D. de Public. in rem. act.* ein Beyspiel von einer seruitus vrbana geben will, sagt: si forte per domum quis suam passus aquae ductum transduci; allein daß diese Gründe unstichhaltig sind h), und

ausgenommen wissen will, welche auf dem Lande gelegen sind. Seine Worte sind: Aedificia, vrbana quidem praedia adpellamus: ceterum, etsi in villa aedificia sint, aeque seruitutes *vrbanorum praediorum* constitui possunt. In der *L.* 198. *D. de Verbor. signif.* zählt er den Viehstall ohne Bedenken zu den Stadtgrundstücken: *Vrbana praedia* omnia aedificia, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis. Und wäre dem nicht so, wie könnte dann wohl Paulus in der *L.* 3. *D. de Seruitut.* sagen: Seruitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt, da man vernünftiger Weise unter jenen nichts anders, als ländliche, und unter diesen nichts anders, als städtische Dienstbarkeiten verstehen kann. *cf. Koch l. l.*

c) *Faber Coniecturr. iur. ciuil. Lib. XVIII. cap. III.*

d) *Corasius ad rubric. tit. Pandect. de Seruitut. num.* 8. *(in opp. Tom. I. p.* 442. *sqq.)*

e) *Wieling Lectt. iur. ciuil. Lib. II. cap. I.*

f) *de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. II. tit. de Seruitut. quaest.* 1. *p.* 32. *sqq. ed. nouiss.*

g) *Theophilus Paraphras. Institutt. tit. de Reb. corporal. et incorporal.*

h) Die *L.* 11. §. 1. *D. de Public. in rem. act.* ist von jeher den Exegeten ein großer Stein des Anstoßes gewesen, und sehr verschieden von ihnen erklärt worden. Man sehe nur *Noordkerk Obseruatt. cap. I. Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XI. cap. IIII. Noodt l. l. Richter Ex. de Neratio Prisco Iurisconsulto,* (Lipsiae 1788.) *cap. IIII. p.* 42. *sqq. d'Auezan Seruitutt. lib. Part. III. cap. VI. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p.* 158.) *Hottomannus Com. in Institutt. ad §. 1. de Seruitut. Wieling Animaduerss. ad Labitt. et Schmucc. p.* 75. *sq. Part. Iurisprudent. restit. et Lectt. iur. ciuil. l. l. Huber Praelectt. iur. ciuil. ad tit. Dig. de Seruitut. praedior. rusticor. et Eunom. rom. ad L.* 2. *pr. D. de Seruitut. praedior. rusticor. Walch Diss. de aquae haur. Jeruit. §.* 7.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0132
DFG

und nach den Gesetzen i) jede Dienstbarkeit ihre Benennung von dem herrschenden Gute bekomme, zeigen andere eben so angesehene Rechtslehrer, von welchen ich nur beyspielsweise einen Costa k), Voet l) und Charondas m) nennen will n). Eben deswegen, weil jede Dienstbarkeit von dem herrschenden Gute benannt wird, kann eine und eben dieselbe Servitut unter verschiedenen Umständen bald eine städtische, bald eine ländliche seyn. Wenn z. B. die Besitzer eines Hauses das Recht haben, aus des Nachbars Brunnen ihr nöthiges Wasser zu holen, so ist die Servitut eine vrbana; sind hingegen die Eigenthümer eines Küchengartens befugt, das zum Begießen der Gewächse erforderliche Wasser aus dem benachbarten Brunnen zu schöpfen, so ist dieselbe Servitut eine rustica o).

Nach dem alten römischen Rechte war die Eintheilung der Servituten in städtische und ländliche practisch; denn die seruitutes *rusticae* waren res mancipi, die seruitutes *vrbanae* aber nicht. Da aber der Unterschied zwischen

i) §. 1. *I. de Seruitut. praed.* Praediorum vrbanorum seruitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent: ideo vrbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia vrbana praedia adpellamus, etsi in villa aedificata sint. Item vrbanorum praediorum seruitutes sunt, vt vicinus onera vicini sustineat: vt in parietem eius liceat vicino tignum inmittere: vt stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, ne altius quis tollat aedes suas, ne luminibus vicini officiat. §. 2. *I. eod.* Inter rusticorum praediorum seruitutes quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

k) *a Costa Com. ad L. 3. D. de Seruitut. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. I. p. 701.)*

l) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Seruitut. §. 4.*

m) *Charondas ap. Schulting. Iurisprudent. anteiust. p. 619.*

n) Verschiedene Rechtsgelehrte, als Lauterbach *l. l.* §. 3. *Schaumburg Adnott. ad Struuii Iurisprudent. forens. Lib. II. tit. III. aph. 3. Schorch Diss. de iure seruit. et cens.* (Erford. 1745.) §. 7. *Menchen Colleg. iur. polem. disp. III. num. 16. Struv Exolutt. controuerss. num. XIII. thes. 5.* und *Heineccius Antiquitt. romm. Lib. II. tit. III. §. 1.* wollen die städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten ab vsu benannt wissen, ganz gegen die gesetzliche Natur der erwähnten Servituten. Man sehe *de Cocceius l. l.*

o) *Merillius ad §. 2. I. de Seruitut. praed.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0133 DFG

rebus mancipi und nec mancipi aufgehoben ist, so hat auch jene Distinction alles practische Interesse verloren p).

§. 623.

Die Natur der persönlichen und dinglichen Servituten ist schon characterisirt worden q); von den ersteren bemerke man hier noch folgende Sätze:

1) sie setzen nur eine Sache voraus, rem seruientem, statt daß die Realdienstbarkeiten zwey Sachen erfordern, praedium dominans und seruiens;

2) sie sind ein dingliches Recht (ius *in re*) eben so gut, als die Realservituten, und man darf sich nicht durch den Namen Personaldienstbarkeiten verleiten lassen, zu glauben, als ob sie etwa ein bloßes persönliches Recht (ius *ad rem*) gäben. Indessen

3) sind sie doch auf die Person desjenigen, dem sie zustehen, eingeschränkt; er kann sie nicht auf seine Erben transferiren, nicht verkaufen, verschenken, u. s. w.; noch weniger können alle Besitzer eines gewissen Grundstücks darauf Anspruch machen.

§. 624.

Eine Dienstbarkeit kann auf verschiedene Art ihre Entstehung erhalten, und zwar werden Personalservituten auf eben die Arten, wie die Realservituten, constituirt, obgleich von den Gesetzen jene häufiger, als diese, gegeben werden. Ueberhaupt entspringen Servituten entweder

1) mit Bewilligung des Eigenthümers der Sache, sowohl

α) durch eine Handlung unter den Lebendigen, als
β) durch eine Handlung des Todes wegen (§. 626.); oder

2) ohne Bewilligung des Eigenthümers der Sache, sowohl

α) durch gesetzliche Verordnung (§. 627.), als

β) durch

p) *Thomasius Diss. de seruit. stillicidii*, §. 15. Das Gegentheil behauptet jedoch *Waizenegger de seruitut. Diss. III, cap. I, §. 17. p. 355.*

q) S. oben §. 621.

β) durch richterliche Handlung (§. 628.), als endlich

γ) durch Verjährung (§. 629.).

Alle diese verschiedenen Entstehungsarten der Servituten wollen wir nun jetzt der Reihe nach näher betrachten.

§. 625.

Was die erste Entstehungsart der Servituten per domini voluntatem betrifft, so ist davon zu bemerken. Wer eine Dienstbarkeit constituiren will, der muß

1) ein dominium *solitarium* haben. Ist eine Communion vorhanden, oder steht das Eigenthum mehreren Individuen zugleich zu, so erstreckt sich entweder das Recht eines jeden Miteigenthümers auf die ganze Sache (*in solidum*) dergestalt, daß dabey nicht einmal unabgesonderte Theile (partes intellectuales), und die nach einem gewissen Verhältnisse gegen das Ganze bestimmt sind r), gedacht werden, oder das Recht eines jeden Miteigenthümers beschränkt sich auf einen von den übrigen unabgesonderten Theil des Ganzen (*partem intellectualem*, *indiuisam*), so daß ein jeder einzelner Miteigenthümer z. B. die Hälfte, ein Drittheil, ein Sechstheil u. s. w. an der gemeinschaftlichen Sache hat. Im letzteren Falle, wo ein wahres Miteigenthum (*condominium*) vorhanden ist s), kann jeder unbedenklich in seinem Antheile eine Servitut constituiren t); hingegen im erstern Falle, wo ein Gesammteigenthum (*condominium in solidum et pro indiuiso*) vorhanden ist, kann der gemeinschaftlichen Sache eine Servitut

r) z. B. die Hälfte, ein Drittheil, ein Sechstheil u. s. w.

s) S. oben §. 577.

t) In der *L.* 6. *D. de Seruitut.* sagt Paulus ausdrücklich: Ad certam partem fundi seruitus tam remitti, quam constitui potest. Der Ausdruck certa *pars* bedeutet hier, wie in andern Gesetzen, z. B. in der *L.* 25. D. *Quib. mod. vsufr.* *L.* 1. §. 7. *D. Vti possidet.*, so viel, als diuisa *pars*, gleichsam *a cernendo*, quae *cerni* potest. *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praedior.* §. 537. *p.* 332. Daher bemerkt auch Gothofred *Nott. ad L.* 6. *et L.* 8. *D. de Seruitut.* Seruitus ad partem pro *diuiso* inponi et adquiri potest et pro *indiuiso* non potest. Pars enim pro diuiso non est pars proprie, sed totum; id est, praedium, non pars praedii.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0135
DFG

vitut ohne Bewilligung aller Miteigenthümer nicht auferlegt werden v). Wenn daher zuerst einer von den Gesammteigenthümern die Dienstbarkeit ertheilt, und der andere hernach mit seiner Einwilligung hinzu tritt, so wird jetzt erst die Servitut wirksam x). Indessen kann derjenige, welcher die Servitut bereits ertheilt hatte, sich der Ausübung derselben nicht widersetzen y).

2) Er muß ein dominium *plenum* haben, ein vollständiges, vollkommenes Eigenthum, so daß ihm die einzelnen Bestandtheile des Eigenthums ausschließlich zugehören z). Denn

α) kön-

v) Deswegen sagt in der *L.* 2. *D. eod.* Ulpian: Vnus ex dominis communium aedium seruitutem inponere non potest.

x) *L.* 6. §. 2. *et* L. 18. *D. Comm. praed.* In der erstern Stelle heißt es: Si duo homines binas aedes communes habeamus, simul tradendo, idem efficere possumus, ac si ego solus proprias binas aedes haberem. Sed et si separatim tradiderimus, idem fiet: sic tamen, vt nouissima traditio efficiat etiam praecedentem traditionem efficacem. Es sey mir erlaubt, dasjenige vorzulegen, was *Westphal l. l.* §. 788. *p.* 529. *sq.* zur Erläuterung beybringt: Subtilis est distinctio, vbi initio vni ex duobus sociis, deinde et alteri seruitus concessa est, aut, *vbi alter ex sociis rei communis primo solus consensit in seruitutis inpositionem, deinde autem adcessit etiam alterius voluntas.* Hic si ante quam cum vtroque negotium consummatum, in alterutro eorum mutatio contingat, posterior concessio firmat et perficit priorem, ita tamen, vt a momento demum, quo posterior addita est, initium negotii computetur. Si in iis, quibus constituenda est seruitus, mutatio adcidit ante, quam nouissima voluntas priorem firmauerit, nihil agitur. In his autem, quorum consensu inponenda est seruitus, si fit mutatio, et is quidem, qui seruitutem iam constituit, substitutum adcipiat, inanitur, quod actum est, licet post eius decessum alterius socii voluntas superuenerit, nisi postea prioris socii successor ratum habeat, quod antecessor fecit. Mutato denique eo, qui nondum consensit, prior consensus tollitur, vnde posterior inualide adcedit.

y) *L.* 11. *D. de Seruitut. praed. rusticor.* Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi, agendi, potest separatim cedi: ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant, et nouissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, et antequam nouissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare vti cesso iure non posse, *cf.* L. 28. *D. eod.* L. 25. §. 1. *D. de Seruitut. praed. vrb.*

z) S. oben §. 577.

α) können zwar ein Emphyteutmann, ein Superficiar und andere, denen nur ein nutzbares Eigenthum zuständig ist, das Gut mit einer Dienstbarkeit beschweren; allein es versteht sich von selbst, daß dergleichen constituirte Servituten nicht länger dauern, als ihr Recht, nach der bekannten Regel: resoluto iure dantis, resoluitur ius concessum. So bald das Gut auf den Herrn durch Consolidation oder Privation zurück fällt, hören die ohne seine Einwilligung bestellten Dienstbarkeiten auf a).

β) Kann der bloße Proprietar, nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars, dem fundo vsufructuario eine Dienstbarkeit gültig auferlegen, es wäre denn, daß die Servitut dem Nießbrauchsnehmer zu gar keinem Nachtheile gereichte; nach ausdrücklicher Vorschrift der *L.* 15. §. *vlt.* und *L.* 16. *D. de Vsufr.*, worin Ulpian und Paulus folgendes verfügen: Nec seruitutem inponere fundo potest proprietarius, nec amittere seruitutem. Adquirere plane seruitutem eum posse, etiam inuito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem adquirere fundo seruitutem non potest, retinere autem potest: et si forte fuerint, non vtente fructuario, amissae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus nequidem consentiente fructuario seruitutem inponere potest: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem seruitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere. Daß überhaupt zum Nachtheile einer schon vorhandenen Dienstbarkeit keine neue ertheilt werden dürfe, wenn nicht derjenige, dem sie zuständig ist, sich selbiges gefallen läßt, lehrt die gesunde Vernunft, und wird durch die Ge-

a) *L.* 1. *D. Quibus mod. vsuſſr. amitt. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1095. *p.* 291. *Haubold Nott. ad de Bergeri Oecon. iur. Lib. II. tit. III. thes.* 3. *not. b. p.* 323. S. auch oben §. 602. 603. *num.* 3. S. 12. f. und vergl. noch Thibauts Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Band II. Abh. XV. S. 303. ff.

Gesetze bestätiget b); aber räthselhaft bleibt es doch allemal, weswegen nach Ulpian und Paulus der Proprietar auch dann nicht befugt seyn soll, das Grundstück mit einer diesem nachtheiligen oder den Nießbrauch beeinträchtigenden Servitut zu beschweren, wenn der Nießbrauchsnehmer damit zufrieden ist, darein consentirt. Wie soll man dies mit der bekannten Regel: quilibet commodo pro se introducto renunciare potest, zusammen reimen? Es läßt sich davon in der That kein vernünftiger Grund angeben, daher es dann auch äusserst streitig ist, wie diese Verordnung des römischen Rechts zu erklären sey. Die Worte der ganzen Verordnung sind so deutlich, daß sie gar keiner Erklärung bedarf; allein das Sonderbare derselben hat von jeher die Aufmerksamkeit der Rechtsgelehrten auf sich gezogen, und die berühmtesten Exegeten haben es sich auf verschiedene Weise angelegen seyn lassen, die Schwierigkeit aus dem Wege zu räumen. Einige halten sie für corrupt, und nehmen daher zur Emendation ihre Zuflucht, sind aber wieder über den Punct, wo der Fehler stecke, und wie die ächte Lesart herzustellen sey, verschiedener Meinung. Wenn es in der Stelle heißt: proprietatis dominus nequidem consentiente fructuario seruitutem inponere potest, so rechnen sie, wie Steck c) bemerkt, Pinell und Busius zu den vielen Gesetzen, in welchen die Verneinungspartikel non ausgelassen seyn soll, und diese, glauben sie, müsse zwischen die Worte *inponere potest* eingeschoben werden. Connan d) will den Text dadurch berichtigen, daß er für nequidem vielmehr *nec quidem* setzt, Huber e) hingegen behauptet, Ulpian habe für nequidem geschrieben *non; nisi.* Einen andern Weg schlägt Eck f) ein, indem

b) *L.* 1. D. *de Vsu, vsufr. et redit.* *L.* 83. §. 1. D. *de Seruitut. praed. rusticor.*

c) *Steck Vindicatt. legg. anticritt. cap. V.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p.* 512.)

d) *Connanus Comm. iur. ciuil. Lib. IIII. cap. III.* §. 3.

e) *Huber Eunom. rom. p.* 328.

f) *van Eck ad tit. Dig. de Vsufr.* §. 28.

indem er für nequidem gelesen haben will *equidem*, und ihm pflichtet auch Bynkershök g) bey, welcher letztere jedoch noch außerdem, um einen desto natürlichern Sinn heraus zu bringen, eine leichte Versetzung der Worte macht, so daß das für nequidem zu lesende *equidem* zwischen potest und consentiente zu stehen kommt h). Noch anders emendirt Heisler i), indem er für consentiente substituirt *consciente*. Alle diese Emendationen findet man von Bauer k) und Richter l) gewürdigt, und so wie einerseits die von Heisler überall den wenigsten Beyfall erhalten hat, so dürfte wohl andererseits, meines Erachtens, die von Bynkershök unstreitig vor allen übrigen den Vorzug verdienen, da sie bescheidener als die übrigen ist, und die Verordnung gegen den Vorwurf einer Ungereimtheit hinlänglich rettet m). Doch viele Rechtsgelehrte verwerfen

g) *van Bynkershoek Obseruatt. iur. rom. Lib. I. cap. XI. p.* 55.

h) Quia seruato verborum ordine, sagt er, qui nunc est, exceptio *d. L.* 16. magis pertinet ad inpositionem seruitutis, quae proxime praecessit, quam ad consensum fructuarii, qui longius abest, ego, traiectis nonnihil vocabulis, ita legerem: *Proprietatis dominus seruitutem inponere potest; equidem consentiente fructuario, nisi qua etc.* Sic bene cohaeret exceptio, quam ceteroquin, si, vt par est, ad consensum fructuarii referas, valde oportebit torquere et durius adtollere. In der mit der *L.* 16. zusammenhängenden nächstfolgenden *L.* 17. *pr.*, worin Ulpian zu Gunsten der Religion eine Ausnahme macht, wenn er erklärt: Locum autem religiosum facere potest, consentiente vsufructuario. Et hoc verum est fauore religionis. Sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest: finge enim, eum testatorem inferre, quum non esset tam opportune, vbi sepeliretur, will *van Bynkershoek l. l.* für *autem* lesen *item*, und die Worte folgendergestalt an einander reihen: *Locum item religiosum facere potest, consentiente vsufructuario. Sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest; et hoc verum est fauore religionis: finge enim* etc.

i) *Heisler Diss. de nuda propr. pleno dominio et proprietat. domino seruitutem inponente*, (Halae 1756.)

k) *Bauer Diss. recept. L.* 15. *in fin. D. de Vsufr. lectionem ab alior. emendat. nec non vulgari explicatione et nota absurditatis vindic.* (*in opusc. Tom. I. p.* 134. *sqq.*)

l) *Richter Diss. de seruitute a proprietatis domino fundo fructuario inponenda*, (Lipsiae 1789.)

m) *cf. Walch Nott. ad Ecklmrdi Hermeneut. iur. p.* 48. und *Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 1. p.* 145. *sqq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0139
DFG

jede, auch nur die geringste Emendation, behaupten, der Text sey unverdorben und ächt; aber auch sie gehen wieder in ihren Meinungen sehr von einander ab. Eine andere Raison der Verordnung geben an Costa n), Noodt o), Ramos p), Coccejus q) und Avezan r); eine andere Donell s), Steck t), Galvan v), Vitalis x), Gothofred y), Voet z) und Schilter a); wieder eine andere Toullieu b) und Struv c); noch eine andere Bauer d); ferner eine andere Woltär e), endlich noch eine andere Richter f) und Sammet g). Einige von diesen Rechtsgelehrten legen, in Be-

n) *a Costa Com. ad §. 9. Institutt. de Rer. diuis.*

o) *Noodt Tr. de vsufr. Lib. I. cap. XV.*

p) *Ramos del Manzano Com. ad tit. Dig. de Seruitut. Part. II. cap. I. §. 19. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. VII. p. 58.)*

q) *de Cocceius Iur. ciu. controu. Lib. VIII. tit. I. quaest. 4.*

r) *d'Auezan Seruitutt. lib. Part. V. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p. 186.)*

s) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. I. cap. XI.*

t) *Steck Vindicatt. legg. anticritt. l. l.*

v) *Galuanus de vsufr. cap. XXXV. num. 6.*

x) *Vitalis Lectt. varr. iur. ciuil. Lib. II. cap. VIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 669.)*

y) *Gothofredus Animaduerss. iur. ciuil. cap. V.*

z) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Seruitut. §. 20.*

a) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVII. §. 46.*

b) *de Toullieu Diss. de iure seruitut. inpon. fundo fructuar. (in collectan. num. XI.)*

c) *Struv Synt. iur. ciuil. Ex. XII. §. 22.*

d) *Bauer l. l. §. 24 — 26.*

e) *Woltaer Tr. de propriet. domino nequidem consentiente fruct. seru. inpon. ad L. 15. §. vlt. D. de Vsufr. (in obseruu. ad ius ciu. et brandenburg. Fasc. II. num. 33.)*

f) *Richter l. l.*

g) *Sammet Opuscc. p. 62.* S. auch noch *Faber Rationall. ad L. 15. §. vlt. D. de Vsufr. Wolbers Obseruatt. iur. rom. cap. VI. p. 27. Wieling Lectt. iur. ciuil. Lib.*

Beziehung auf Stellen verschiedener alten Scribenten h), den Worten: nequidem consentiente vsufructuario, einen besondern, und zwar bejahenden Sinn bey; die übrigen nehmen aber die erwähnten Worte in dem gewöhnlichen verneinenden Sinne. Ich würde zu weitläuftig werden, wenn ich hier die Meinungen eines jeden der genannten Rechtsgelehrten referiren und beurtheilen wollte. Das einzige will ich nur noch erinnern. Die Aechtheit des sonderbaren Ausspruchs: proprietatis dominus nequidem consentiente fructuario seruitutem inponere potest, läßt sich, meines Bedünkens, nicht wohl bezweifeln, da theils alle Ausgaben, selbst auch der florentinische Codex, jene Lesart haben, theils auch ihre Integrität durch die Basiliken i) evident bestärkt wird, so wie durch den ganzen Redebau der Stellen, wenn man sowohl auf dasjenige Rücksicht nimt, was in der erstern kurz vorher gesagt wird, als auf dasjenige, was sogleich in der letztern folgt. Westphal k) sagt: Res fere desperata est. Ab vna parte stat rei, cuius nulla plane ratio erui potest, absurditas. Ex altera Basilicorum auctoritas, et legum sequentium cohaesio, quas non concilies, nisi cum multa detorsione et correctione, cuius nulla potest fieri fides. Malim itaque in re inpedita vulgaria retinere et ad illam excusationem confugere, multum in seruitutum materia a Romanis constituta fuisse subtiliter magis, quam vtiliter, quorum itaque hodie exiguus vsus. Daß die römischen Gesetze in der Lehre von den Servituten viele fast unbegreifliche Subtilitäten enthalten, ist allerdings wahr. Man denke nur z. B. an dasjenige, was sie von der in einem letzten Willen nicht

Lib. I. cap. VIII. Trotz Praef. ad Gothofredi opp. minor. p. 28. Reinoldus Varior. cap. XVI. p. 125. Ienius Stricturr. ad rom. iur. Pandect. et Cod. p. 49. sq.

h) *Sueronius Vit. Caesaris, cap. XXXVI. Liuius Lib. III. cap. XIIII. Cicero Epistolar. ad Attic. Lib. VI. ep. 1.*

i) *Basilic. Lib. XVI. tit. I.* οὔτε ἐπιθεῖναι κἂν συναινεῖ ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων.

k) *Westphal Interpretatt. de liberr. et seruitutt. praedior. Sect. III. cap. XXVIII. §. 794. p. 536.*

zu erlassenden usufructuarischen Cautionsleistung vorschreiben. Vielleicht ist dann auch die vorliegende Verordnung eine von jenen Subtilitäten l), deren heutigen Gebrauch jedoch, ganz gegen Westphals Meinung, Richter m) eifrig vertheidiget.

[Adquirere potest seruitutem non solum quilibet dominus sibi suoque fundo; sed quoque tertius tertio eiusque fundo seruitutem recte adquirit, secus ac iure romano]. Erwerben kann eine Servitut nach dem römischen Rechte niemand, als welcher theils überhaupt fähig ist, etwas zu acquiriren n), theils aber insonderheit Herr und Eigenthümer desjenigen Gutes ist, welchem die Dienstbarkeit erworben werden soll. Die Ursache ist, wie Westphal o) richtig bemerkt, *quia alius, ad quem fundus non pertinet, si fundo ius perpetuum stipularetur, non sibi, sed alii contraheret, quod iterum Romani non permittebant.* Die Römer hatten bekanntlich die Re-

l) Viele erklären sie aus dem Princip, daß an einer schon vorhandenen Servitut keine neue ertheilt werden darf. *cf. Emmingbaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. l. l. not. n. p.* 37. Dieser sagt: Plane non posse fundo fructuario seruitutem in sensu iuris romani inponi, nisi talem, quae conditionem vsufructuarii deteriorem non reddat, siue consentiat iste, siue minus, inconcussa iuris ciuilis regula est, *L.* 15. §. *vlt. L.* 16. *D. de Vsufr.* et, ni fallor, in alio, aequae indubio eius canone, eo nimirum, quod seruitutis seruitus esse non possit, fundata, arg. *L.* 33. §. 1. *in fin. D. de Seruitut. praed. rusticor.* vbi vsumfructum seruitutis constitui posse veri simillime ex eadem ratione negat Africanus. Sed quemadmodum nec canon iste, licet in ipsa rerum natura, vt putabant, fundatus, (*Waechter ad Noodt. probabill.* in *opusce. p.* 234. *Gothofredus ad L.* 33. *cit.*) nec alia quaeuis ratio Vlpiano in *L.* 15. *cit.* subministrata, vbi rem propius consideras, fundamentum genuinum tibi subpeditat, cur non possit fructuarius in tantum iure sibi quaesito se abdicare, in quantum opus est, vt dominus possit ius in re sua alii concedere, vtilitatem ex ea percipiendi; ita quoque, quid obsit, non video, quin possit saltem ius seruituti analogon, quale est v. c. et illud, quo ad faciendum adstringitur dominus, ac proinde rem ipsam adficiens, inde oriri, si dominus rei fructuariae, adnuente ipso vsufructuario, seruitutem in ea constituit.

m) *Richter l. l. cap. VI.* Man sehe dagegen Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band *II.* §. 282. S. 524.

n) Einem Kinde daher, einem Rasenden u. s. w. könnte keine Servitut constituirt werden, wenn nicht die Vormünder ihre Auctorität interponiren, und die Curatoren consentiren.

o) *Westphal l. l.* §. 776. *p.* 523.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0142 DFG

Regel: ALTER ALTERI STIPVLANDO ADQVIRERE NON POTEST p), und vermöge derselben konnte unmöglich der Nichteigenthümer eines Gutes diesem eine Dienstbarkeit acquiriren, welches allerdings wichtige practische Folgen hatte. So konnte z. B. der Eigenthümer zweyer Grundstücke, wenn er beyde verkaufte, dies aber nicht zu gleicher Zeit, nicht in dem nämlichen Augenblick that, sondern vielmehr nach dem Verkaufe des einen das andere noch einige Zeit behielt, dieses sowohl zum Vortheile des verkauften Grundstücks mit einer Servitut beschweren, als auch durch eine acquirirte Servitut vermehren, die das verkaufte Grundstück afficirte; verkaufte er aber beyde Grundstücke zur nämlichen Zeit zugleich, so war die dem einem auf das andere constituirte Dienstbarkeit ungültig q). Ferner konnte der Eigenthümer eines Grundstücks nicht sich

p) *L.* 38. §. 17. *D. de Verbor. obligat.*

q) *L.* 6. *pr.* D. *Comm. praed.* Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditione dicere: vt vel istae, quae non traduntur, seruae sint his, quae traduntur: vel contra, vt traditae retentis aedibus seruiant: paruique refert, vicinae sint ambae aedes, an non. Idem erit et in praediis rusticis. Nam et si quis duos fundos habeat; alium alii potest seruum facere tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris seruas: quia neque adquirere alienis aedibus seruitutem, neque inponere potest. *L.* 8. *D. eod.* Si, quum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an seruitus alterutris inposita valeat: quia alienis quidem aedibus inponi nec adquiri seruitus potest. Sed ante traditionem peractam suis magis adquirit vel inponit is, qui tradit: ideoque valebit seruitus. Aus der Verbindung beyder Gesetzstellen erhellet, daß man distinguiren müsse, ob einem Käufer oder mehreren Käufern zugleich in dem nämlichen Augenblicke zwey Grundstücke tradirt werden, oder ob in verschiedenen Zeitpuncten dem einen das eine, dem andern das andere tradirt wird. In jenem Falle kann einem von beyden Grundstücken keine Servitut aufgelegt oder acquirirt werden, in diesem Falle aber geht es an. Einige Rechtslehrer glauben, beyde Gesetzstellen widersprächen sich. Schon vor *Cuiacius Recitatr. sollemn. ad tit. Dig. Comm. praed. in L.* 6. *pr.* und *Vitalis Variar. lectt. Lib. II. cap. IIII.* haben sich die Glossatoren bemühet, den angeblichen Widerspruch zu heben. Accursius hält dafür, in der *L.* 6. sey die Rede *de duabus aedibus* simul *traditis*, in der *L.* 8. hingegen *de duabus aedibus* separatim *traditis*. Dem steht nun aber freylich entgegen, daß es in der letztern Stelle heißt: *Si, quum duas haberem insulas, duobus* EODEM MOMENTO *tradidero*, das heißt doch wohl eodem temporis articulo, vno traditionis actu. Cujaz sagt: *Aut simul quis aedes tradit, aut separatim, eodem tamen momento. Si simul tradat vel vni vel pluribus communi nomine ementibus; hoc casu alteris alteras seruas efficere non potest, ne videatur alienis aedibus seruitutem adquirere. Quod si separatim tradat, eodem tamen momento, vt puta vni vnas, alteri alte-*

sich und zugleich seinem Nachbar eine Servitut versprechen und einräumen lassen; in Ansehung des Nachbars hatte das Versprechen ganz keinen Effect, er erwarb in solchem Falle sich selbst die ganze Servitut, seinem Nachbar aber nichts. In der *L.* 5. *D. Comm. praed.* sagt Javolen: Proprium solum vendo: an seruitutem talem iniungere possim, *vt mihi et vicino seruiat?* Similiter si commune solum vendo, *vt mihi et socio seruiat*, an consequi possim? *Respondi:* seruitutem recipere, nisi sibi, nemo potest. Adiectio itaque vicini pro superuacuo habenda est, ita vt tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem commune vendendo, *vt mihi et socio seruiat*, efficere non possum, quia per vnum socium communi solo seruitus adquiri non potest. Der zweyte im Gesetz enthaltene Fall ist wohl der. Ich besitze zwey Grundstücke mit einem socius gemeinschaftlich. Von diesen beyden Grundstücken verkaufen wir communi consilio das eine; das andere behalten wir. Mein Socius denkt nicht daran,

alteras: hoc casu confestim potest alterutris aedibus seruitutem inponere vel adquirere: quia tunc videtur suis aedibus adquirere, non alienis; nam id fecit ante peractas traditiones. Vitalis schreibt: *Vlpianus dominum, qui simul duas aedes tradit, alteris alteras seruas efficere posse negat. Pomponius vero distinguit, et Vlpiani sententiam probat, si post peractam traditionem seruitutem inponat: quod si nondum traditione sequuta seruitus inponatur, quoniam suis magis, quam alienis seruitutem inponit, vel quaerit, seruitutis constitutionem admittit.* Gegen beyde Raisonnements macht *Voorda Interpretatt. et emendatt. Lib. II. cap. XI. p.* 144. *sqq. ed. nouiss.* verschiedene Erinnerungen. Seine eigene Meinung geht dahin, die römischen Rechtsgelehrten Ulpian und Pomponius, aus deren Schriften die beyden Gesetzstellen genommen sind, hätten über den in Frage stehenden Punct dissentirt, es sey also zwischen beyden Stellen eine wahre Antinomie vorhanden, doch müsse in vorkommenden Fällen die Meinung des Pomponius in der *L.* 8. der des Ulpian in der *L.* 6. vorgezogen werden. *Constat enim*, sagt er, *vel ipso Vlpiano auctore in* L. 6., *eum, qui duas aedes habens tradit alteras, posse legem traditioni dicere,* vt vel istae, quae non traduntur, seruae sint his, quae traduntur: *vel contra,* vt traditae retentis aedibus seruiant. *Horum autem neutrum fieri potest, nisi intelligatur tradens ante peractam traditionem seruitutem aedibus etiamnum suis adquirere vel inponere: nam alienato perfecta iam traditione a se dominio, alienis aedibus neque adquirere eam potest, neque inponere. Quod si vero iuris ratio permittit, existimari eum, qui praedium vnum tradens huiusmodi legem dicit, seruitutem isti praedio, dum suum adhuc est, ante peractam traditionem, vel adquirere, vel inponere: quid impedimento est, quo minus itidem suis adhuc praediis, priusquam perfecta traditio est, seruitutem et adquirere et inponere credatur is, qui duobus dicta tali lege eodem temporis momento praedio duo tradit.*

daran, sich eine Servitut vorzubehalten, die doch für unser zurück behaltenes Grundstück von großem Nutzen seyn würde; ich aber, bedächtiger als er, constituire durch einen mit dem Käufer eingegangenen Vertrag dem zurück behaltenen gemeinschaftlichen Prädium die Dienstbarkeit, ohne daß mein Socius davon etwas weiß. Diese Convention gilt nicht r). Der deutsche Gerichtsgebrauch inzwischen hat, wie Schilter s), Stryk t) und Danz v) zeigen, diese

r) Dieselbe Meinung äussert der Jurist Javolen in der *L.* 64. *D. de Contrab. emt.* über den Fall, wo jemand für sich und für einen andern gemeinschaftlich ein Grundstück gekauft hat. Das Wort recipere heißt in der *L.* 5. *D. Comm. praed.* so viel, als excipere, reseruare. Streitig bleibt es übrigens nach dem römischen Rechte allemal, in wie fern ein Miteigenthümer ohne Concurrenz der andern der gemeinschaftlichen Sache eine Servitut erwerben könne. S. *L.* 18. *D. Comm. praed.* und vergl. *Westphal l. l.* §. 788. *p.* 529. *sqq.* Vom Emphyteutmann, Superficiar und andern, denen nur ein nutzbares Eigenthum zusteht, erworbene Servituten galten nach dem Civilrechte nicht; der Prätor aber hält sie der Billigkeit wegen aufrecht. *L.* 1. §. *vlt. D. de Superfic.* Seruitutes quoque praetorio iure constituentur: et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, vtilibus actionibus petentur. Sed et interdictum de his vtile competit. Diejenigen, welche nur ein dominium *temporarium* haben, können zwar seruitutem fundo perpetuo profuturam erwerben, nicht aber eine immerwährende Dienstbarkeit bestellen. *L.* 11. §. 1. *D. Quemadmod. seruitut. amitt.* Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, inposuit ei seruitutes: exstinguentur, si legati conditio exsistat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium, et magis dicendum est, vt sequantur. Der *dominus temporarius* kann zwar keine über sein Recht hinaus dauernde Beschwerden auf die Sache legen, aber Rechte kann er der Sache auf immer erwerben; denn ersteres gereicht seinem Successor zum Nachtheile, letzteres hingegen nicht. Aus diesem billigen Princip leiteten die Römer überhaupt viele Folgen her. So soll z. B. der Erbe zwar befugt seyn, den ihm unter einer Bedingung legirten Sclaven zu alieniren, weil er Eigenthümer ist, so bald aber die Bedingung existirt, soll die Alienation evanesciren. *L.* 105. *D. de Condit. et demonstrat. L.* 69. §. 1. *D. de Legat.* 1. *L.* 81. *D. eod.* Die Manumission eines solchen Sclaven hingegen ist dem Erben durchaus verboten, weil die einmal ertheilte Freyheit unwiderruflich seyn würde, wenn gleich die Bedingung des Vermächtnisses nachher existirt. *L.* 3. *et L.* 29. §. *vlt. D. Qui et a quib. manum. lib.* Aus dem nämlichen Grunde kann er auch einen ihm unter einer Bedingung legirten Ort nicht zum locus religiosus machen; denn die Existenz der Bedingung würde gegen die Religiosität unwirksam seyn. *L.* 34. *D. de Religios.*

s) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVIII. thes.* 30.

t) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. Commun. praed.* §. 5.

v) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band II. §. 282 S. 524.

diese auf bloßen Subtilitäten beruhenden Sätze des römischen Rechts nicht angenommen.

§. 626.

Mit Bewilligung des Eigenthümers kann eine Servitut durch **Verträge** sowohl, als **letztwillige Verordnungen** entstehen x) und es wird eine Dienstbarkeit, sie mag vermittelst eines Vertrags oder einer letzten Willensverordnung fest gesetzt seyn, in der Regel nach gleichen Grundsätzen beurtheilt. Was

1) die durch **letztwillige Verordnungen** constituirten Dienstbarkeiten betrifft, so gehört dahin z. B. wenn ich jemandem das Recht vermache, daß er und alle Besitzer seines Landgutes in meinem Walde jagen dürfen. Von so bestellten Servituten wird unten in besondern Titeln y) weitläuftiger gehandelt werden. Hier ist nur in Absicht der Erwerbung einer solchen Dienstbarkeit zu bemerken, daß man durch den letzten Willen nicht bloß ein persönliches Recht erhält, sondern vielmehr die wirkliche Dienstbarkeit, ein dingliches Recht, auch ohne Quasitradition, erlangt, weil der letzte Wille ein solcher Titel ist, der schon für sich allein ein dingliches Recht giebt. So viel

2) die durch **Verträge** bestellten Servituten angeht, so kann zwar eine Dienstbarkeit conuentionum quouis genere, quod in foro adgnoscitur, durch jede erlaubte Convention, entstehen; ich kann jemandem eine Servitut durch Schenkung, Tausch, Kauf, u. s. w. überlassen. Allein

   α) ist ein gewisses, nicht nach Willkühr des Concedenten widerrufliches Versprechen erforderlich. Durch ein Precarium, mittelst

x) § 4 *I. de Seruitut. praed.* Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas: ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiatur, eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumue aduersus eum habere: vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamue ex eo ducere.

y) *tit de Vsu et vsufr. et red. et habitat. et oper. per legat. vel fideicommiss. dat. Lib. XXXIII. num. II. tit. de Seruit. leg. Lib. XXXIII. num. III.*

telst dessen man jemandem etwas auf sein Ansuchen so lange bewilliget, als es einem belieben würde z), kann eine Servitut so wenig remittirt werden, als ihre Existenz erhalten a). Dergleichen actus familiaritatis oder Vergünstigungen pflegen weder demjenigen, der sich derselben bedient, etwas zu erwerben, noch demjenigen, der sie leidet, zu schaden. Jener, welcher etwas iure familiaritatis besitzt, besitzt es nur aus Freundschaft und Gutwilligkeit des andern, und dies kann demjenigen, der etwas aus gutem Willen leidet, nicht schaden.

β) Das bloße Versprechen genügt bey einer gewissen Classe von Servituten nicht zu ihrer Entstehung. Die Dienstbarkeiten werden nehmlich in Hinsicht auf ihre Beschaffenheit selbst in seruitutes *adfirmatiuae* und *negatiuae* eingetheilt, je nachdem vermöge derselben der Eigenthümer der fremden Sache etwas leiden muß, was er nach seiner natürlichen Freyheit nicht nöthig hatte, oder etwas unterlassen muß, was er nach seiner natürlichen Freyheit zu thun befugt war b). Ueberläßt mir nun jemand eine affirmative Servitut durch einen Vertrag, so erhalte ich durch den Vertrag weiter nichts, als ein ius *ad rem*; die wirkliche Servitut, das ius *in re*, erlange ich erst durch die Quasitradition, welche darin besteht, daß ich, der dominans, die Servitut einmal mit Vorwissen und ohne Widerspruch des seruientis ausübe c). Bey negativen

z) L. 1. *pr.* §. 1. 2. D. *de Precar.*

a) L. *pen.* D. *Comm. praed.* Si precario vicinus in tuo maceriam (eine Mauer, um etwas, z. B. Gärten, Weinberge, u. s. w. einzuschließen, sie sey aus Stein, Lehm u. s. w.) duxerit: interdicto, quod precario habet, agi non poterit: nec maceria posita, donatio seruitutis perfecta intelligitur, nec vtiliter intendetur, ius sibi esse, inuito te, aedificatum habere: quum aedificium, soli conditionem sequutum, inutilem faciat intentionem. Ceterum si in suo maceriam precario, qui seruitutem tibi debuit, duxerit: neque libertas vsucapietur, et interdicto, quod precario habet, vtiliter cum eo agetur. Quod si donationis caussa permiseris, et interdicto agere non poteris, et seruitus donatione tollitur. *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praedior. Sect. III. cap. XXVIIII.* §. 826. *p.* 562. *sq.*

b) S. unten *tit. de Seruitut.* §. 660.

c) L. *vlt.* D. *de Seruitut.* Quoties via, aut aliquod ius fundi emeretur: cauendum esse putat Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure vti possit: quia nulla

Servituten verhält es sich anders. Diese lassen sich begreiflich nicht quasitradiren. Verspricht mir z. B. mein Nachbar, in seine Wand keine Fenster zu machen, so habe ich eine verneinende Dienstbarkeit, hier findet aber keine Quasitradition statt. Denn, wie sollte man eine solche Servitut quasitradiren? Daher erfordern die Gesetze die Quasitradition nur bey den bejahenden Dienstbarkeiten d).

[Ipso *facto* seu *tacite* seruitus non constituitur, excepto casu, quo dominus rem suam in alterum transfert, quae absque seruitutis inpositione nullam praestat vtilitatem]. Der Regel nach werden Servituten ausdrücklich, nicht stillschweigend bestellt. Letzteres wird nur dann

nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset: ego puto, vsum eius iuris pro traditione possessionis adcipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. *L.* 1. §. 2. *D. de Seruitut. praed. rusticor.* Traditio plane et patientia seruitutum inducet officium praetoris. *L.* 16. *D. Si seruit. vindic.* Si a te emero, vt mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere, et postea te sciente, ex caussa emtionis, immissum habeam: quaero, an ex hac caussa actione quadam, vel exceptione tuendus sim? Respondi, vtroque auxilio me vsurum. *cf. Westphal l. l.* §. 828. *p.* 564. *sqq.*

d) Gegen die deutliche Verordnung jener Gesetzstellen behauptet Bachov, jede Servitut, ohne allen Unterschied, werde schon durch den bloßen Vertrag existent, es bedürfe selbst zur Acquisition affirmativer Dienstbarkeiten gar keiner Tradition, man könne sogleich actione in rem klagen, wenn der Vertrag abgeschlossen worden ist. Mit Recht erinnert aber *Vinnius Com. in Institut. Tom. I. tit. de Seruitut. p.* 241. *ed. nouiss.* wider ihn: Quo quidem ego nihil vmquam audiui, quod a ratione et au toritate iuris magis abhorreat. In toto enim iure (setzt er hinzu) modi adquirendarum obligationum distinguuntur a modis adquirendi res in obligationem deductas, siue corpora sint, sine seruitutes. Modi, quibus obligatio quaeritur, sunt contractus et conuentiones, quibus dominium rei in obligationem deductae, traditiones et in rebus incorporalibus ea facta, quae traditionem diximus repraesentare. Si igitur stipulanti mihi viam aut iter promiseris, ex hac conuentione non adquiritur mihi ius eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio dumtaxat et actio personalis ex stipulatu, qua intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere.* Tunc demum dominium seruitutis nanciscor et actionem in rem, quum conuentionem sequuta est traditio naturae rerum incorporalium conueniens. *cf. Hommel Diss. de seruitutis per pactum constitutione*, (Lipsiae 1736.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0148
DFG

dann für geschehen geachtet, wenn jemandem eine Sache eingeräumt ist, die er ohne eine gewisse Servitut gar nicht gebrauchen kann e). Daher ist z. B. der Erbe verbunden, dem Legatar, dem ohne Servitut das Vermächtniß unnütz seyn würde, dasjenige Recht einzuräumen, welches die Ausübung der aus dem Legat entspringenden Befugniß erfordert. Gesetzt, der Testirer hätte mir eine Wiese legirt, so muß mir der Erbe die Ueberfahrt bestellen, wenn ich ohne diese die Wiese gar nicht benutzen kann. In der *L.* 1. §. 2. 3. *D. Si vsufr. petat.* sagt Ulpian ausdrücklich: Sed si vsusfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento vtique agendo, fructuarius consequetur, vt cum aditu sibi praestetur vsusfructus. Virum autem aditus tantum et iter, an vero et via debeatur fructuario, legato ei vsufructu, Pomponius lib. V. dubitat. Et recte putat, prout vsusfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum. Einige wollen mit Haloander gegen das Ansehen des florentinischen Codex für: *ad quem aditus non est per hereditarium fundum*, vielmehr: *ad quem aditus non est*, NISI *per hereditarium fundum*, lesen. Obgleich aber auch die Basiliken f) diese Lesart zu bestätigen scheinen, so ist sie dennoch unrichtig, wie schon aus der Verbindung des zunächst vorhergehenden Paragraphen der Gesetzstelle nicht undeutlich erhellet, wenn es darin heißt: Vsusfructus legatus adminiculis eget, sine quibus vti frui quis non potest: et ideo, si vsufructus legetur, necesse est tamen, vt sequatur eum aditus; vsque adeo, vt, si quis vsumfructum loci leget ita, ne heres cogatur viam praestare, inutiliter hoc adiectum videatur. Item, si vsufructu legato, iter ademtum sit, inutilis est ademtio, quia semper sequitur vsumfructum. In diesem ersten §. scheint mir die Rede von dem Falle zu seyn, wo dem Legatar zu dem ihm vermachten Fundus nicht anders, als durch ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück, der Zugang offen steht; jener zweyte §. aber unterstellt unstreitig gerade den Fall, wo der Vermächtnißnehmer zu dem ihm legirten Grundstücke nicht anders, als über des Nachbars Grundstück, das nicht zur Erbschaft des Vermächtnißgebers gehört, kommen kann. Zu diesem Grundstücke dem Legatar den Zugang zu verschaffen kann der Erbe angehalten werden. Da aber dem Legatar

e) *Hertius Diss. de seruitute facto constituta*, (Giessae 1699. *et in Eius Commentatt. et opusc. Tom. III. num. VIII.*)

f) *Basilic. Lib. XVI. tit. VI.*

deshalb keine dingliche Klage zuständig seyn kann, indem solche bey einem Grundstücke, an welchem der Testirer kein Recht hatte, unmöglich sich annehmen läßt, so steht ihm keine andere Klage, als actio personalis ex testamento zu, wobey das Gesuch dahin zu richten ist, daß der Erbe angehalten werde, den Durchgang von dem Eigenthümer des benachbarten Grundstücks zu kaufen, und solchem dem Kläger zu prästiren. Nicht unbemerkt darf ich hier übrigens lassen, was Ulpian im nachfolgenden §. 4. hinzufügt: Sed an et alias vtilitates, et seruitutes ei heres praestare debeat: puta luminum et aquarum, an vero non? Et puto, eas solas praestare conpellendum, sine quibus omnino vti non potest. Sed si cum aliquo incommodo vtatur, non esse praestandas. Es sind vom Testirer einzig und allein solche Servituten für stillschweigend constituirt zu achten, die der Gebrauch der legirten Sache nothwendig erheischt, ohne welche dieser nicht denkbar ist; zur Bestellung anderer Servituten daher, die nur zum Nutzen, zur Bequemlichkeit des Legatars gereichen würden, ist der Erbe keineswegs gehalten g).

§. 627.

Auch ohne Bewilligung des Eigenthümers kann eine Dienstbarkeit ihre Entstehung erhalten, und zwar erstens durch **unmittelbare gesetzliche Verfügung**. So kann z. B. der Regent gewissen Personen auf den gemeinen Aeckern oder Wiesen der Bürgerschaft das ius pascendi einräumen, wenn es der gemeine Nutzen erfordert, oder eine gewisse Zeit, wann man das Vieh auf die Felder treiben darf, bestimmen. Besonders gehören hieher die von Hellfeld namhaft gemachten Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs nach römischem und deutschem Rechte. So hat

I. nach römischem Rechte einen gesetzlichen Nießbrauch

1) der Vater an der Gattung des Sonderguts seiner Kinder, welche man peculium aduentitium ordinarium nennt, und wovon noch besonders unten gehandelt werden wird h;

2) der überlebende Ehegatte an der Verlassenschaft des verstorbenen, und zwar nach folgendem Unterschiede. Ein Ehegatte stirbt entweder

ab

g) *cf. Westphal l. l.* §. 813. *p.* 553.

h) *tit. de Pecul.*

ab intestato, oder **nicht.** Stirbt er ohne Testament, und der Wittwer oder die Wittwe erbt vermöge der Gesetze einen Theil des Nachlasses, so erhält er oder sie diesen Theil pleno iure, das heißt, er erlangt Proprietät und Nießbrauch, vorausgesetzt nur, daß er nicht mit seinen eigenen Kindern, sondern mit Stiefkindern, Eltern des Verstorbenen oder Seitenverwandten erbt; denn wenn er mit seinen eigenen Kindern succedirt: so erhält er nur den Nießbrauch von seiner Erbportion, die Kinder aber haben die Proprietät. Wenn hingegen ein Ehegatte stirbt, und der andere überlebende Ehegatte vermöge eines vom Verstorbenen errichteten Testaments, aus der Erbschaft etwas erhält; so erhält er zwar darauf ein volles Recht, Proprietät und Abnutzung, allein so bald er zur zweyten Ehe schreitet, fällt auf die aus erster Ehe vorhandenen Kinder die Proprietät, und der Ehegatte behält nur den Nießbrauch i).

II. Nach deutschem Rechte ist ein gesetzlicher Nießbrauch nicht selten zuständig

1) den **Eltern** an den Gütern ihrer Kinder. Eltern können nehmlich oft aus besondern Gründen der deutschen Rechte einen Nießbrauch an dem Vermögen ihrer Kinder behaupten. Dieser Nießbrauch, welcher auf eigenthümlichen germanischen Instituten beruhet, und deswegen auch weder in Ansehung der Dauer, noch in Rücksicht der übrigen rechtlichen Bestimmungen, in der Regel, nach römischem Maaßstabe beurtheilt werden kann, wird im Allgemeinen **Beysitz** oder **statutarischer Nießbrauch** genannt k). Die Abarten desselben gründen sich

i) *Auth.* Praeterea C. *Vnde vir et vxor. L.* 3. *et L.* 5. C. *de Secund. nupt. cf.* Fabricius Abh. von dem Nutznießungsrecht des Wittwenstuhls zweyter oder folgender Ehen an dem hinterlassenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten nämlicher Ehe, (Speier 1791.)

k) Man sehe noch außer den vom Verfasser angeführten Schriften von Braun, Heimburg, Heineccius und Hombergk folgende: *Hoffmann Diss. de vsufructu parentum statutario inprimis Norico*, (Alt. 174 .) *Harpprecht Diss. de vsufructu statutario materno*, (*in Eius dissertatt. Tom. II p.* 1516. *sqq.*) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. I.* §. 584. und besonders Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band *VII.* §. 617. wo man die von Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 617. compendiarisch vorgetragenen Grundsätze vortrefflich erläutert findet. Der angeführte Hombergk hat seit dem Jahre 1770. vom vsufructu parentum in Hassia zehen Dissertationen herausgegeben, die allerdings vom statutarischen Nießbrauche viel allgemein Brauchbares enthalten.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0151
DFG

sich aber nicht alle in der elterlichen Gewalt, sondern es müssen, wenn sie gleich mit dieser letztern verbunden sind, ihre Fundamente doch in ganz andern Einrichtungen aufgesucht werden, und wir haben in dieser Hinsicht zu bemerken:

a) an denjenigen Orten, wo das Verfangenschaftsrecht (*ius deuolutionis*) noch heutiges Tages üblich ist l), ist dem überlebenden Ehegatten auch der lebenslängliche Nießbrauch des verfangenen Vermögens zuständig. Denn obgleich der Gegenstand dieses besondern Rechts, da die Particularrechte so verschiedene Modificationen darüber an die Hand geben, im Allgemeinen nicht mit völliger Gewißheit sich bezeichnen läßt: so bleibt doch immer die Hauptsache desselben darauf gerichtet, daß, mit dem Ableben des einen Ehegatten, das Eigenthum der von ihnen gemeinschaftlich besessenen Güter den aus solcher Ehe vorhandenen Kindern zufällt, oder verfangen, verhaftet wird, der überlebende Ehegatte aber auf lebenslang den Nießbrauch davon behält m). Diese Befugniß gründet sich nicht in der elterlichen Gewalt, sondern in einer ächt germanischen, zum Besten der aus einer Ehe vorhandenen Kinder getroffenen Anstalt. Daher findet auch hier zwischen Vater und Mutter durchaus kein Unterschied statt, und es hört mit dem Ende der elterlichen Gewalt dieser Beysitz nicht auf, sondern dauert lebenslänglich.

b) Bey der allgemeinen n) ehelichen Gütergemeinschaft ist es durch Einmischung der römischen Lehre vom Einstandsrechte nicht selten

l) In den meisten deutschen Provinzen ist das Devolutionsrecht, der für die Kinder der weiteren Ehen daraus oft entstehenden drückenden Folgen wegen, außer Gebrauch gesetzt. Wo es beybehalten worden ist, da hat man zu Abwendung seiner unbilligen Folgen insonderheit die Einkindschaft empfohlen, deren zu dieser Absicht die Statuten und Landesordnungen, welche das Verfangenschaftsrecht enthalten, gleich hinterher gedenken. Man sehe z. B. die Jülich-Bergische Rechtsordnung und Reformation, Capit. *LXXIIII. LXXV.* und *LXXVI. cf.* Tafinger über die Lehre von der Einkindschaft, S. 10. f.

m) *Stockmann de iure deuolutionis*, (Amst. 1668.) *Estor de iure deuolutionis*, (Ienae *et* Lipsiae 1738.) Derselbe vom *iure deuolutionis* zu Ohrdruf in Thüringen, (in den kleinen Schriften, St. *XI.* S. 483. ff.) *Wehner Obseruatt. practt. Art.* Verfangenschaftsrecht.

n) Es kann indessen gar wohl auch bey der Particulargütergemeinschaft im eigentlichen Sinne eine ähnliche Einrichtung eintreten.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0152
DFG

selten dahin gekommen, daß der überlebende Gatte nicht nur während der prorogirten Communion das ganze Vermögen genießt, sondern daß er auch sogar, nach aufgelöster Gemeinschaft, noch die Nutznießung von dem den Kindern zugefallenen Antheile an dem gemeinschaftlichen Vermögen, bis an den Tod, anzusprechen hat. Auch diese Art des Beysitzes ist evident nicht in der elterlichen Gewalt, sondern in dem germanischen Institute der ehelichen Gütergemeinschaft, gegründet, und eben deswegen auch in Hinsicht auf die Dauer nicht an die erstere gebunden.

c) Nicht selten führt auch die Gemeinschaft der Errungenschaft auf ein solches Nießbrauchsrecht des überlebenden Gatten, indem sich das letztere bald auf die gesammte Errungenschaft beschränkt, bald auf das ganze Vermögen erstreckt, bald bis an den Tod des Nutznießers währt, bald mit der weitern Verheyrathung dieses letztern sich endiget o).

d) Endlich kann die Mutter auch mittelst der Gütergemeinschaft, worin sie mit ihrem Ehemanne steht, selbst an dem auf römische väterliche Gewalt sich gründenden Nießbrauche Theil nehmen; indem ihr dieser letztere eben so gut zu statten kommen muß, als der Genuß anderer Vermögenstheile, deren Proprietät der Gemeinschaft nicht unterliegt p).

e) Ganz anders verhält es sich hingegen mit dem altdeutschen Nießbrauche, welcher als natürliche Folge der beyden Eltern ursprünglich zustehenden Gewalt anzusehen ist q). Nehmlich nach deutschen Begriffen war mit der elterlichen Pflicht zur Erziehung und Ernährung der Kinder auch das elterliche Recht verbunden, das den Kindern auf irgend eine Weise zugefallene Vermögen zu besitzen und zu genießen. Aber freylich mußte mit dem Grunde dieser Befugniß auch die Befugniß selbst, folglich mit dem Ende der

o) Danz a. a. O. §. 611. *litt.* K. *num.* II. III. S. 55. f.

p) Z. B. der Genuß aus Lehngütern, Fideicommißgütern, u. s. w.

q) *Hofacker l. l.* §. 585.

der elterlichen Gewalt auch der elterliche Beysitz wegfallen r). Hieraus ergeben sich folgende rechtliche Bestimmungen von selbst:

α) jener elterliche Beysitz gilt heutiges Tages weder überall in Deutschland, noch unter allen Classen von Personen, noch hat sich derselbe auch an allen Orten gleichförmig erhalten. Wenn er also bey uns statt finden soll: so muß seine Aufnahme durch statutarische Anordnung, oder durch verbindliches Gewohnheitsrecht, oder durch Vertrag, oder letzte Willensverordnung, vor allen Dingen außer Zweifel beruhen s).

β) Vater und Mutter haben gleiche Gerechtsame dabey t), und wenn einzelne Statuten die Mutter ausschließen: so ist das der Natur des Instituts zuwider, und dem Einflusse des fremden Rechts zuzuschreiben v).

γ) So wie die Kinder aus der elterlichen Gewalt treten, hört die Nutznießung ganz auf x), und eben so wird sie auch durch freywillige, an sich gültige Renunciation, und durch Uebertretung eines Particulargesetzes, das diese Pön auf einzelne Handlungen gesetzt hat y), aufgehoben z). Würden einzelne Statuten den elterlichen Beysitz über die Dauer der elterlichen Gewalt hinaus erstrecken, so ist das eine Folge

r) *a Pufendorf Observatt. iur. vniu. Tom. I. obs. XXXXVII. Sebiller Prax. iur. rom. Ex. XVII. §. 19. Engau Elemm. iur. germ. Lib. I. tit. VIIII. §. 304.* Orth Anmerkungen zur Frankfurter Reformation, Th. II. Tit. VI. §. 2. S. 541. *cf.* Scherer die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft, Th. II. §. 253. 254. 263. 264.

s) *Hofacker l. l. §. 587.* von Cramer Wetzlarische Nebenstunden, Th. XXXX. Abh. IIII.

t) *a Pufendorf l. l, obs. LXXXXVIII, §. 14.*

v) Scherer a. a. O. §. 258.

x) *a Pufendorf l. l. §. 2.* von Cramer a. a. O. Th. LXXXI. S. 141. ff. *Heineccius Elemm. iur. germ. Tom. I. Lib. I. §. 169.*

y) z. B. auf üble Wirthschaft, auf Umgehung der Inventur, u. s. w.

z) Scherer a. a. O. §. 265.

Folge von der Einmischung solcher Grundsätze, die nur auf einige oben angeführte Abarten des statutarischen Nießbrauchsrechts a) passen b). Der Fall ist in der That nicht selten, daß nach einzelnen Statuten den Eltern aus dem gedoppelten Grunde, einmal der elterlichen Gewalt wegen, und dann wegen der bestehenden Gütergemeinschaft, das Beysitzrecht zukommt. So bald dies eintrit, muß freylich eine solche gemischte Anstalt auch nach gemischten Grundsätzen beurtheilt werden c).

a) Der Ehemann hat nach den Rechten einiger Lande und Städte die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens seiner Ehefrau d) So ist ihm z. B. nach sächsischen Rechten die Administration und der Nießbrauch der Paraphernalgüter der Ehefrau zuständig e), so daß diese wider seinen Willen davon weder etwas verschenken, noch sonst darüber disponiren kann, der Mann hingegen alle Früchte genießt und keine Rechnung abzulegen braucht f). Man lasse sich aber nicht dadurch, daß Hellfeld sagt: Germanorum iura vsumfructum constituunt *marito* in bonis paraphernalibus vxoris, verleiten, dies für gemeines deutsches Recht zu halten; es bleibt immer nur Ausnahme von der Regel g).

§. 628.

Ohne Bewilligung des Eigenthümers kann zweytens eine Dienstbarkeit existent werden, durch richterliche Handlung. Ungeachtet der Richter

a) Auf die sub litt. a. b. c. angeführten.

b) Scherer a. a. O. §. 257.

c) *de Selchow Elemm. iur. germ. priu. hod.* §. 372.

d) *cf. Stryk Diss. de iure mariti circa bona vxoris, (in Eius dissertatt. Francoff. Vol. V. num. VI.)*

e) Schaumburg Einleit. zum sächsischen Rechte, Th. I. Ex. IIII. §. 27. S. 71. *Schott Institut. iur. Sax. elector. priu. Lib. II. Sect. III.* §. 2. *p.* 265. *ed. nouiss.*

f) *Berlichius Decisi. Part. II. decis. CCXXVII. sqq. Carpzov Iurisprud. for. Part. III. constit. XXV. def.* 6.

g) Danz a. a. O. §. 632. S. 180. f.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0155
DFG

ordentlicher Weise nicht befugt ist, gegen den Willen des Eigenthümers an dessen Sache ein dingliches Recht jemandem zu bestellen, so will ihm doch unser Verfasser diese Befugniß wenigstens zugestanden wissen in Fällen, quibus necessitas vel vtilitas *publica* interuenit. Darin hat er freylich Recht; allein auch in Fällen, wo nur necessitas vel vtilitas *priuata* vorhanden ist, wird von den Gesetzen dem Richter wider die Regel jene Befugniß zugestanden, und dergleichen Fälle sind gerade in den gesetzlichen Folgen enthalten, welche Hellfeld aus dem erwähnten Princip abstrahirt. Inde (sagt er) seruitus oritur *necessaria*, quam iudex constituit

1) si domino fundus aliter, quam constituta seruitute, vtilitatem praestare nequit. Hoc enim casu dominus cogi potest, vt, pro determinato ex aequitate pretio, seruitutem alteri concedat. Richtig. Die Obrigkeit kann einem zuweilen von Amtswegen eine Servitut bestellen, wenn er nehmlich außerdem seine Sache gar nicht gebrauchen könnte. So kann der Richter z. B. einem Nachbar, wenn er seinen Acker sonst nicht benutzen kann, die Ueberfahrt über des andern Acker bestellen. Es versteht sich aber, daß er ein billiges Aequivalent dafür bezahlten muß h).

2) In re inter plures communi et indiuisibili, si socii in communione persistere nolunt, et de re alienanda inter se non conueniunt, iudex vsumfructum constituere potest alternatiuum. Der Richter giebt zuweilen von Amtswegen einen Nießbrauch in den so genannten iudiciis diuisoriis. Es existiren im römischen Rechte drey Klagen, welche *iudicia diuisoria*, Theilungsklagen heißen. Sie sind iudicium *finium regundorum*, die Gränzscheidungsklage, iudicium *familiae erciscundae*, die Erbsonderungsklage, iudicium *communi diuidundo*, die theilende Gemeinschaftsklage. Sind nehmlich die Gränzen zweyer liegenden Güter in Unordnung gerathen, und einer der Eigenthümer klagt auf die Herstellung der Gränzen: so heißt die Klage *iudicium* finium regundorum. Haben mehrere Miterben bisher eine Erbschaft in ungetheilter Gemeinschaft besessen, und einer klagt nun auf die Vertheilung: so ist es *iudicium* familiae erciscundae. Wenn end-

h) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CVIIII. med. 9. Wiesand Pr. de seruitute necessaria*, (Vitemb. 1784.)

endlich eine einzelne Sache bisher mehreren Miteigenthümern gemeinschaftlich zugehört hat, und einer auf die Theilung klagt, so nennt man es *iudicium communi diuidundo*. In allen diesen Processen, die wir unten in eigenen Titeln genauer betrachten werden i), giebt der Richter zuweilen einen alternativen oder abwechselnden Nießbrauch. Wenn der Richter z. B. ein Haus unter zwey Miterben vertheilen soll, das sich nicht wohl wirklich vertheilen läßt, das auch die Erben nicht verkaufen wollen, und keiner dem andern ganz überlassen will; kurz, wenn kein anderes Mittel vorhanden ist, die Interessenten aus einander zu setzen: so kann er die Veranstaltung treffen, daß einer um den andern den Nießbrauch hat. In der *L. 6. §. 1. D. de Vsufr.* heißt es ausdrücklich: Constituitur adhuc vsusfructus et in iudicio familiae erciscundae, et communi diuidundo, si iudex alii proprietatem adiudicauerit, alii vsumfructum. Inzwischen hat ein solcher alternirender Nießbrauch viele Unbequemlichkeiten, und es können leicht Streitigkeiten daraus entstehn; daher muß ihn die Obrigkeit nicht ohne die äusserste Noth anordnen. Wird er übrigens angeordnet, so ist zu seiner Wirklichwerdung die Tradition nicht erforderlich; denn schon die Gesetze der zwölf Tafeln k) rechnen die Adjudication in den iudiciis diuisoriis unter die modos adquirendi ciuiles l).

§. 629.

Endlich drittens kann eine Servitut ohne Bewilligung des Eigenthümers auch durch Verjährung entstehen. In wie weit aber? Dies ist gewissermaßen streitig.

In der Geschichte der römischen Gesetzgebung über die Acquisitivverjährung der Servituten sind fünf Perioden zu unterscheiden m):

i) *Tit. Fin. regund. Famil. erciſc.* und *de Communi diuid.*

k) *Vlpianus Fragmm. tit. XVIII. de Adquiſ. rer.*

l) *cf. L. 14. §. 1. L. 22. §. 3. D. Famil. erciſc. L. 6. §. 10. L. 10. §. 1. L. 18. D. Comm. diuid. Weſtphal Interpretatt. de libert. et ſeruitutt. praedior. Sect. III. cap. XXVIII. §. 871. p. 602. ſq.*

m) *cf. Raeuardus ad legem Scribuniam, (in opp. Tom. II. p. 704. ſqq.) Walch Hiſtor. tam vſucapionis quam praeſcriptionis adquiſit. ſeruitutt.* (Goett. 1794.)

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0157 DFG

1) die Gesetze der zwölf Tafeln erlaubten die Usucapion der Dienstbarkeiten nicht; sie übergiengen sie nehmlich mit Stillschweigen, indem sie bloß verfügten, bewegliche Sachen sollten in einem Jahre, unbewegliche hingegen in zwey Jahren usucapirt werden. Man glaubte daher, die Verjährung der Servituten sey stillschweigend verboten.

2) In den mittleren Zeiten Roms, bis unter Augusts Regierung hin, wurde die Usucapion der Dienstbarkeiten verstattet n), wenigstens der ländlichen Servituten, denn in Ansehung der städtischen ist die Sache bey dem Mangel sicherer historischer Daten sehr zweifelhaft o).

3) Zur Zeit des Kayfers Tiberius wurde durch das scribonische Gesetz das alte Recht wieder eingeführt, nehmlich die zweyjährige Usucapion der Dienstbarkeiten untersagt p), und zwar aus einem doppelten Grunde, den der römische Jurist Paulus in der *L.* 14. *D. de Seruitut.* angiebt, wenn er sagt: Seruitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus adcedunt, incorporales tamen sunt, et ideo vsu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, vt nullo momento pos-

n) *a Costa Praelectt. ad illustrior. titt. locaque sell. iur. ciuil. p.* 47. *sq. a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. III. obs. CLXXXVIII. §. 3. p.* 503. *ed. nouiss.*

o) *Branchü Obseruatt. iur. rom. cap. XVII. Hotomannus Obseruatt. Lib. IIII. cap. I. Cuiacius Com. ad L.* 4. *§. vlt. D. de Vsurpat. et vsucap. Otto Diss. de vsucap. seruitutt. cap. II. §.* 3.

p) *cf. Maianfius Disp. ad leg. Scribon.* (*in Eius dispp. iur.* Lugd. Bat. 1752. *ed. Tom. II.*) Seine Benennung hat das Gesetz vom Consul L. Scribonius Libo, der es im Jahre *DCCXX.* gab, wenn es nicht etwa gar die *Lex Scribonia viaria* ist, die schon früher im Jahre *DCCIIII.* von einem Tribun C. Curio unter den Consuls Paulus und Marcell gegeben wurde. Letzteres Gesetz dispenirte zwar de viis muniendis, allein vielleicht hatte es auch andere Capitel, welche vias tam publicas quam priuatas, et iter betrafen. *cf. Galuanus de vsufr. cap. XII. num.* 4. *p.* 106 *ed. nouiss. van de Water Obseruatt. iur. rom. Lib. II. cap. XVIII. Noordkerk Disquisit. de leg. Petron p.* 90. *Bach Histor. iurisprudent. rom. Lib. II. cap. II. §.* 38. *p.* 184. *sq. §.* 93. *p.* 139. *ed. nouiss.* Galvana. a. O. sucht aus Stellen des Cicero zu beweisen, daß das Gesetz von jenem Consul L. Scribonius Libo herkomme, also eine lex *consularis*, keine *tribunitia*, sey. Auch Paulus sagt in der *L.* 4. *§. vlt.* D. *de Vsurp. et vsucap.* ausdrücklich, Scribon habe die Usucapion der Servituten aufgehoben.

possessio eius interpellari videatur. Nehmlich, da zur Usucapion nicht nur überhaupt ein Besitz, sondern besonders auch ein ununterbrochener Besitz erforderlich war q): so hob Scribon die Usucapion der Servituten auf. Denn sie konnten nicht besessen werden, weil sie res incorporales waren; noch weniger konnten sie ununterbrochen besessen werden, da ihr Besitz wenigstens einige Augenblicke interrumpirt werden mußte r). Bey dem allen

4) versprach indessen der Prätor, denjenigen im Besitze zu schützen, welcher lange Zeit die Servitut nicht heimlich, nicht mit Gewalt und nicht bittweise (nec *clam*, nec *vi*, nec *precario*) ausgeübt habe. In der *L.* 10. *pr. D. Si seruit. vindic.* sagt Ulpian ausdrücklich: Si quis diuturno vsu, et longa quasi possessione, ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est veluti ex legato, vel alio modo: sed vtilem habet actionem, vt ostendat, per annos forte tot vsum se, non vi, non clam, non precario possedisse. Dies wird auch in noch mehreren Gesetzstellen s) aufs deutlichste bestätigt t).

5) Ju-

q) *L.* 3. *D. de Vsurp. et vsucap.*

r) Galvan a. a. O. glaubt jedoch, der Jurist Paulus habe jene Gründe mehr auf allgemeine theoretische Rechtsprincipien, als auf Scribon's Absicht bezogen; Scribon scheine die Usucapion der Servituten mehr um deswillen aufgehoben zu haben, quod essent odiosae ac abhorrerent a fauore naturalis libertatis. Dies läßt sich allerdings hören. Denn weswegen behielt dann Scribon nach dem Zeugnisse des nämlichen Paulus in der *L.* 4. §. *vlt. D. de Vsurp. et vsucap.* die vsucapionem libertatum bey, ungeachtet diese eben so gut unkörperliche und unbesitzliche Sachen waren, auch nicht selten eben so gut einen unterbrochenen und unterlassenen Gebrauch hatten, wie z. B. beym Stillicidium offenbar ist. Dem sey indessen, wie ihm wolle, genug, des scribonischen Verbots wird in den Gesetzen überall, z. B. in der *L.* 14. *pr. D. de Seruitut. L.* 43. §. 1. *D. de Adquir. rer. domin.* erwähnt, ja auch der Gerichtsgebrauch erkannte es an, wie Ulpian in der *L.* 10. §. 1. *D. de Vsurp. et vsucap.* bezeugt, wenn er sagt: HOC IVRE VTIMVR, vt seruitutes per se nusquam longo tempore capi possint. Die Einwürfe, welche sich dagegen aus einigen Stellen der Alten machen lassen, widerlegt Galvan a. a. O. sehr geschickt und gründlich.

s) *L.* 1. *in fin. D. de Aqu. et aqu. pluu. L.* 11. §. 1. *D. de Public. in rem. act. L.* 5. §. 3. *D. de Itin. actuque priu. L.* 1. *et L.* 2. *C. de Seruit. et aqu.*

t) *cf. Galuanus l. l. p.* 110.

5) Justinian ließ die Verjährung der langen Zeit, von zehen oder zwanzig Jahren bey den Servituten zu; inzwischen ist auch die Verjährung der längsten Zeit, von dreyßig Jahren, dabey nicht ausgeschlossen. Nachdem der Kayser in der *L. vlt. C. de Praescript. long. tempor.* vieles in Betreff der Präscription der langen Zeit fest gesetzt hat, schließt er endlich mit den Worten: Eadem obseruando et si res non soli sint, sed incorporales, veluti vsvsfrvctvs et ceterae servitvtes. Mit dieser Verjährung der Dienstbarkeiten verhält es sich nun, wenigstens nach der gemeinen und richtigern Meinung der Rechtsgelehrten, so. Wenn ich eine Servitut, die mir jemand bestellte, welcher dazu nicht befugt war v), durch Verjährung erlangen will: so habe ich sie entweder durch einen rechtmäßigen Titel erworben, und in gutem Glauben ausgeübt, oder nicht. Im ersten Falle wird die Servitut binnen langer Zeit präscribirt, das heißt, binnen zehen Jahren, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Gutes gegenwärtig ist, binnen zwanzig Jahren, wenn er abwesend war. Was aber den zweyten Fall betrifft, wenn ich die Servitut nicht durch rechtmäßigen Titel erhalten, oder nicht bona fide ausgeübt habe, so gelten folgende Grundsätze:

α) fehlt es am Titel, aber es ist doch bona fides vorhanden, so kann ich die Dienstbarkeit durch die Präscription von dreyßig Jahren erwerben;

β) fehlt aber bona fides, so ist die Präscription der Servitut unmöglich; denn ohne guten Glauben kann man schlechterdings nichts durch Verjährung erwerben.

Diese Lehre von der Präscription der Servituten nach justinianeischem Rechte ist den allgemeinen von der Vergährung geltenden, im römischen Gesetzbuche enthaltenen Grundsätzen gemäß; aber dennoch dissentiren viele Rechtslehrer. So behaupten Vinnius x), Pufendorf y), Ber-

v) Dies ist nothwendig voraus zu setzen; denn wenn mir einer die Servitut giebt, welcher dazu berechtigt ist, so acquirire ich sie sogleich, und es bedarf alsdann gar keiner Präscription.

x) *Vinnius Select. iur. quaestt. Lib. I. num. XXXI.*

y) *a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. obs. XXXII.*

Berger z), Vasquius a), Hahn b), Struv c), Perez d), Brunnemann e), Coccejus f), Huber g) und selbst neuerlich auch Westphal h) mit mehreren andern angesehenen Rechtsgelehrten, es werde zur Erwerbung der Dienstbarkeiten durch Verjährung so wenig ein rechtmäßiger Titel als der gute Glaube erfordert, einer, der eine Servitut zehen Jahre lang gegen den Eigenthümer mit dessen Vorwissen, und ohne dessen Widerspruch, ausgeübt hat, habe die Servitut acquirirt, wenn es ihm auch an dem iustus titulus und der bona fides fehle. Sie nennen diese Verjährung eine praescriptionem seruitutum *extraordinariam*, weil sie ihrer Meinung nach, vermöge der Gesetze, wider die Regel, daß ohne guten Glauben durchaus keine Verjährung statt findet, außer der Ordnung zulässig ist. Nun ist zwar, wie schon vorhin erinnert wurde, nicht zu läugnen, daß demjenigen von den Gesetzen Schutz versprochen wird, der zehen Jahre lang eine Dienstbarkeit ruhig ausgeübt hat, und nicht heimlich, auch nicht mit Gewalt und bittweise zum Besitze gelangt ist, aber dennoch bleibt immer jene so genannte praescriptio seruitutum extraordinaria ein Hirngespinst. Denn wirklichen Erwerb der Dienstbarkeit giebt dieser Schutz nicht, und die Gesetze i), die man dagegen anzuführen pflegt, beweisen vielmehr das Gegentheil, wie unter andern Hottomann

z) *de Berger Resoluit. legg. obstantt. Lib. VII. tit. I. quaest. 2.*

a) *Vasquius Controuerss. inlustrr. Lib. II. cap. LXV.*

b) *Hahn Obseruu. ad Wesenbec. tit. de Seruitut. num. 5.*

c) *Struv Ex. XIII. §. 39.*

d) *Perez Praelectt. ad Cod. tit. de Seruitut. num. 27.*

e) *Brunnemann Com. ad L. 2. C. de Seruitut.*

f) *de Cocceius Iur. ciu. controu. tit. de Vsurpat. et vsucap. quaest. 27.*

g) *Huber Praelectt. iur. ciuil. ad tit. Institt. de Seruitut. num. 16.*

h) *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXVIIII. §. 834. p. 571. sq.*

i) *L. 10. pr. D. Si seruit. vindic. L. 8. §. pen. D. de Itin. actuque priu. L. 1. in fin. D. de Seruitut. praed. rusticor. L. 1. C. de Seruitut.*

mann k), Zoesius l), Leyser m), Hilliger n), Hert o), Cramer p), Lauterbach q) und Wernher r) ausführlich zeigen s).

Noch machen verschiedene Rechtsgelehrte, wenn von der Verjährung der Servituten die Rede ist, zwischen den seruitutes *continuae* und *discontinuae* einen Unterschied, oder zwischen solchen Dienstbarkeiten, deren Gebrauch beständig ist und nicht unterbrochen wird, und solchen, die der Besitzer nur zu gewissen Zeiten benutzen kann t). Erstere nehmlich sollen in zehen und zwanzig Jahren verjährt werden, dahingegen bey den letzteren nur die unvordenkliche Verjährung statt finden soll. Die bewährtesten practischen Rechtslehrer, von welchen ich

k) *Hottomannus Obseruatt. Lib. VIII. obs. XI.*

l) *Zoesius Com. ad Pandect. tit. de Seruitut. praed. vrban. num.* 15.

m) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CX. med.* 4.

n) *Hilliger ad Donell. Lib. XI. cap. XII. litt. C.*

o) *Hertius Diss. de quasi possid. prob. Sect. II. §.* 3.

p) von Cramer wetzlarische Nebenstunden, Th. XIIII. S. 40.

q) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. tit. de Seruitut. §.* 14.

r) *a Wernher Obseruatt. forr. Part. III. obs. LXXIII.*

s) S. auch Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 352. *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §.* 1099. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Band III. Num. CLVI. S. 205. ff. *Bardili Diss. de praescriptione seruitutt.* (Tub. 1670.) Dabelow System des gesammten heutigen Civilrechts, Band II. §. 1536. — 1538. S. 154. ff.

t) Einige Rechtslehrer verwerfen diese Eintheilung der Dienstbarkeiten, und halten alle Servituten ohne Unterschied, ihrer Ursache wegen, pro *continuis*, weil sie in solchen Gerechtsamen beständen, die der Sache stets inhäriren, und beständig zu gebrauchen sind, wenn gleich die Ausübung bisweilen suspendirt wird, weil man sich entweder so verglichen hat, oder weil das Recht schon an sich unmöglich allezeit exercirt werden kann. Man sehe *Frantzk Com. ad Institutt. tit. de Seruitutt. §.* 2. *Manz Tr. de seruitutt. tit. I. num.* 68. *Seryk Controuu. iur. cap. VI. num.* 4. Der ganze Streit scheint mir Logomachie zu seyn. Es ist zum Grunde zu setzen, daß alle Servituten caussam *perpetuam* haben, aber nicht alle caussam *continuam*, d. h. das Recht der Dienstbarkeit ist und bleibt beständig, ungeachtet der Gebrauch dieses Rechts von Zeit zu Zeit unterbrochen wird. So ist z. B. die *seruitus stillicidii* perpetua, weil es ewig

ich nur einen Mevius v), Müller x), Klock y), Deneken z), Brunnemann a) und Schilter b) namhaft machen will, vertheidigen die erwähnte Distinction. Ungeachtet aber nach ihr selbst bey den höchsten Reichsgerichten gesprochen wird, wie Gail c), Cramer d) und Mynsinger e) bezeugen, so kann uns doch das keinesweges hindern, wenn wir nach den Gesetzen urtheilen wollen, mit vielen andern Rechtsgelehrten, einem Wernher f), Carpzov g), Berger h), Vinnius i), Leyser k), Wesenbeck l), Coccejus m) und Pufendorf n) das Gegentheil zu behaupten. Nach

ewig regnen wird; sie ist aber nicht continua, weil es nicht allezeit regnet. Und dahin gehören auch andere seruitutes discontinuae, als *seruitus cloacae*, *fumi*, und alle *seruitutes rusticae*. Hingegen sind unter die seruitutes continuas zu rechnen die *seruitutes oneris ferendi*, *tigni inmittendi*, *altius non tollendi*, u. s. w., weil der Nutzen und Gebrauch dieser Dienstbarkeiten niemals unterbrochen wird.

v) *Meuius Deciss. Part. VIIII. decis.* CLXIIII. *num.* 9.

x) *Müller ad Struu. Ex. XIII.* §. 39.

y) *Klock Relat. cam. rel.* CXXXI. *num.* 24.

z) Deneken Dorf- und Landrecht, Th. *III.* Capit. *II.* §. 16.

a) *Brunnemann Com. ad L.* 14. *D. de Seruitut.*

b) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVIII.* §. 7.

c) *Gail Obseruatt. camerall. Lib. II. obs.* LXVI. *num.* 7.

d) von Cramer wetzlarische Nebenstunden, Th. *XIIII.* Num. *XIII.*

e) *Mynsinger Obseruatt. camerall. cent. IIII. obs.* LIII.

f) *a Wernher Obseruatt. forr. Tom. I. Part. II. obs.* CCCCLII.

g) *Carpzov Definn. forr. Part. II. constit. IIII. def.* 8.

h) *de Berger Supplemm. ad electt. disceptatt. forr. Part. II. tit. XI.* §. 16.

i) *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. I. cap. XXXI.*

k) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim.* CVIII. *med.* 1.

l) *Wesenbeck ad tit. Dig. de Seruitut. num.* 5.

m) *de Cocceius Iur. ciu. contron. tit. de Seruitut. quaest.* 6.

n) *a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. obs.* XXXII. §. 16.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0163
DFG

der in der oben angeführten *L. vlt. C. de Praescript. long. tempor.* von der Verjährung der Servituten gegebenen Regel werden dieselben in zehen und zwanzig Jahren präscribirt. Nirgends findet man, daß seruitutes discontinuae davon ausgenommen seyn sollten; im Gegentheil fehlt es nicht an Gesetzen, die das Gegentheil lehren. So heißt es unter andern in der *L.* 4. §. 27. *D. de Vsucap. et vsurpat.* Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non vtendo amittam viam, u. s. w. Wird hier nicht ausdrücklich einer Dienstbarkeit, deren Gebrauch nicht beständig ist, erwähnt, und dennoch behauptet, daß sie binnen langer Zeit oder, was einerley ist, binnen zehen und zwanzig Jahren verjährt werde? Das nämliche wird evident in der *L.* 13. *C. de Seruitut.* geordnet, wenn es darin heißt: Sicuti vsumfructum, qui non vtendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se mouentibus deminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii, vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris seruitutibus obtinendum esse censuimus, vt omnes seruitutes non vtendo amittantur, non biennio sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: vt sit in omnibus huiusmodi rebus caussa similis, differentiis explosis. Vergebens provociren die Gegner zum Beweise ihrer Meinung auf die vorhin citirte *L.* 14. *D. de Seruitut.*; denn wie kann diese Gesetzstelle, worin die alte zweyjährige Usucapion der Servituten untersagt wird, etwas beweisen, da dieses Verbot in der Folge durch neuere Gesetze aufgehoben ward. Eben so wenig kann ihnen die *L.* 3. §. 4. *D. de Aqu. quot. et aestiu.* zur rechtlichen Stütze ihrer Meinung dienen. Der Jurist Pomponius sagt zwar darin: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loca habetur; allein erstens redet dieses Gesetz, wie dessen Zusammenhang lehret, von dem Falle, wo das Wasser aus einem öffentlichen Flusse, an dem niemandem, als dem Regenten, ein Recht zuständig ist, geleitet wird. Sodann zweytens folgt ja daraus, daß eine Dienstbarkeit nach Menschen Gedenken verjährt werden kann, noch keinesweges dies, daß nun deswegen die übrigen Arten der Präscription ausgeschlossen seyen. Eben so gut könnte man auch schließen: eine Servitut kann jemandem im Testamente gegeben werden, also auf keine an-

andere Art; wer würde diese Folge für richtig anerkennen? Ohnehin ist es auch aus andern Gesetzstellen o) klar, daß die Dienstbarkeit der Wasserleitung in zehen und zwanzig Jahren verjährt werden kann.

§. 630.

Noch haben wir hier einige Hauptgrundsätze bey den Servituten zu bemerken, und zwar folgende:

1) jede Servitut ist ein Recht auf einer fremden Sache; von meiner eigenen Sache ziehe ich Nutzen iure *dominii*, nicht iure *seruitutis*. Dies drücken die römischen Juristen so aus: res propria nemini seruit p), und aus diesem Princip erhalten verschiedene Gesetze den Aufschluß, da sie ohne dasselbe räthselhaft seyn würden q). Unter

o) *L.* 10. *pr. D. Si seruit. vindic.* Si quis diuturno vsu, et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit: non est ei necesse docere de iure.

p) *L.* 26. *D. de Seruitut. praed. vrb.*

q) Dahin gehört die *L.* 42. §. 1. *D. de Vsufr.* worin Florentin sagt: Rerum, an aestimationis vsusfructus tibi legetur, interest. Nam si quidem rerum legetur, deducto eo, quod praeterea tibi legatum est, ex reliquis bonis vsumfructum feres. Sin autem aestimationis vsusfructus legatus est, id quoque aestimabitur, quod praeterea tibi legatum est. Nam saepius idem legando, non ampliat testator legatum. Re autem legata, etiam aestimationem eius legando, ampliare legatum possumus. Dieses Gesetz erhält aus keinem andern Grundsatze Licht, als aus dem, *quod rei propriae seruitus, speciatim vsusfructus non sit.* Nehmlich wenn jemandem der Nießbrauch an Sachen legirt ist, es ist ihm auch zugleich die Proprietät von gewissen Sachen vermacht, so müssen diese Sachen, deren Proprietät legirt ist, vom Vermächtnisse des Nießbrauchs abgezogen werden, weil Nießbrauch und Proprietät der nämlichen Sachen in einem Subject nicht zusammentreffen können. Ist jemandem der vsusfructus aestimationis vermacht, und von gewissen Sachen die Proprietät, so sind ein anderes die Sachen, ein anderes ist die Aestimation, daher dann in der Verbindung der Proprietät der Sache und des Nießbrauchs der Aestimation kein Widerspruch vorhanden ist. Was übrigens vom hinterlassenen Nießbrauche der Aestimation gesagt wird, kann nur auf den vsumfructum aestimationis an einem gewissen Theile der Erbschaft, z. B. an der Hälfte, angewendet werden. Denn wollte man darunter die Aestimation der ganzen Erbschaft verstehen, und es wäre mir eine gewisse Sache vermacht, deren Aestimation außerdem zu meinem Nießbrauche gehören müßte, so würde es sich gar nicht bestimmen lassen, woher der von der Proprietät des Vermächtnisses abgesonderte Nießbrauch dieser legir-

andern erklärt sich auch daraus der in den Gesetzen enthaltene widersinnig scheinende Satz, daß der Eigenthümer, ob ihm gleich kein ius seruitutis an seiner Sache zusteht, doch einem andern daran eine Servitut einräumen könne. In der *L.* 63. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* sagt Paulus: quod noſtrum non eſt, tranſferemus ad alios. Veluti is, qui fundum habet, quamquam vſumfructum non habeat, tamen vſumfructum cedere poteſt. Der eigentliche Nießbrauch oder der Nießbrauch an einer fremden Sache (vſuſfructus formalis ſ. ſeparatus) kann niemandem, als dem Eigenthümer, cedirt werden; hingegen das Recht des Eigenthümers, von ſeiner Sache Nutzungen zu ziehen (vſuſfructus cauſſalis ſ. coniunctus) kann auf jede Weise einem andern überlaſſen werden, wodurch dann eben ein eigentlicher Nießbrauch entſtehet, welchen der Eigenthümer nicht hat, und nicht haben kann r).

2) Das

ten Sache genommen werden ſollte. — Es gehört hieher auch die *L.* 10. D. *de Vsufr. leg.* folgenden Inhalts: Si Titio fundus et eiuſdem fundi vſuſfructus legatus fuerit: erit in poteſtate eius, fundum an vſumfructum vindicare malit: et ſi fundum elegerit, neceſſario plenam proprietatem habebit, licet vſumfructum a ſe repulerit. Si vero vſumfructum habere maluerit, et proprietatem fundi repulerit, ſolum vſumfructum habebit. Iſt jemandem ein Fundus legirt, ſo verſteht ſich ſchon der Nießbrauch, nehmlich der *vſuſfructus cauſſalis*, vernünftiger Weiſe von ſelbſt. Legirt daher der Teſtirer jemandem ein Grundſtück und zugleich den Nießbrauch des Grundſtücks, ſo würden ſeine Worte, wenn man ſie copulativiſch nähme, gar keinen Sinn, folglich auch keine Wirkung haben. Da inzwiſchen der Wille des Teſtirers ſo erklärt werden muß, daß er zur Anwendung gebracht werden kann, ſo iſt im erwähnten Falle anzunehmen, der Teſtirer habe alternativiſch geredet, habe das Grundſtück ſelbſt, oder doch deſſen Nießbrauch legiren wollen. Auf ſolche Weiſe wird nun jetzt der Legatar die Wahl haben, ob er das Grundſtück und ſo zugleich den vſuſfructus *cauſſalis*, oder ob er den Nießbrauch ohne das Grundſtück, den vſuſfructus *formalis*, nehmen will. Das Grundſtück ſelbſt ohne den Nießbrauch zugleich konnte er nicht wählen, weil dann keines von beydem, was der Teſtirer ausgedrückt hat, geſchehen würde. Dies wollen die Worte: *et ſi fundum elegerit* etc. ſagen. Wäre das Grundſtück allein, nicht auch alternativiſch der Nießbrauch, vermacht worden, ſo hätte der Nießbrauch allein nicht vindicirt werden können, weil dann das Vermächtniß nicht plene agnoscirt wäre.

r) In den Baſiliken heißt es: τὴν γὰρ χρῆσιν τοῦ ἀγροῦ μου, ἣν ἕτερος ἔχει παραχωρεῖν ἄλλῳ δύναμαι.

2) Das Daseyn einer Servitut wird nach der bekannten Regel: praedium quodlibet praesumitur liberum, nicht vermuthet, sondern muß allemal erwiesen werden s). Auch dieser Satz ist reichhaltig an practischen Folgen. Wenn z. B. der Eigenthümer zweyer Grundstücke zum Nutzen des einen derselben die Vortheile des andern gebraucht hat, er trennt nun aber auf irgend eine Weise das Eigenthum beyder Grundstücke, so kann man im Zweifel nicht annehmen, er habe jenen Gebrauch iure seruitutis fortgesetzt wissen wollen; nein, es muß dies vielmehr deutlich bestimmt oder verabredet worden seyn t). Eben so kann man es sich auch daher leicht erklären, weswegen nach den Gesetzen v) der Verkäufer eines Grundstücks, wenn er nicht dem Käufer die auf dem Grundstücke haftenden Dienstbarkeiten deutlich angezeigt hat, zur Evictionsleistung gehalten seyn soll x).

3) Der Herr des praedii dominantis darf die Servitut zu keinem andern, als dem verabredeten Endzwecke ausüben, besonders aber die Ausübung derselben nicht über die eigentlichen nothwendigen Bedürfnisse hinaus, oder weiter, als jedem Besitzer daran gelegen seyn kann, erstrecken y), es wäre denn, daß durch ausdrückliche Verabredungen solches bedungen worden, oder dem Herrn des dienenden Gutes kein Nachtheil daraus erwächst z). Ist jemandem eine Realservitut, die eben so gut auf einem gewissen Theile des Grundstücks, als überall hier und da auf demselben, ausgeübt werden kann, unbestimmt verliehen worden, so ist die Freyheit des Gebrauchs dahin einzuschränken, *vt vltra*

s) *L.* 20. *D. de Diuers. reg. iur.* Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.

t) *L.* 30. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* *L.* 1. *D. de Seruit. leg.* *L.* 47. *D. de Damn. inf.* *L.* 36. *et L.* 37. *de Seruitut. praed. vrb.*

v) *L.* 17. §. 3. 4. *D. de Seruitut. praed. vrb.* *L.* 7. *pr. D. Comm. praed.*

x) *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XVIII.* §. 541. 542. *p.* 335. *sqq.*

y) In der *L.* 5. §. 1. *D. de Seruitut. praed. rusticor.* erklärt Ulpian ausdrücklich: seruitutem non vltra posse constitui, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.

z) *Westphal l. l.* §. 524. 525. *p.* 323. *sqq.* *Noodt Probabill. Lib. I. cap. II. III.* Man sehe jedoch auch Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Band *I.* Abh. *I.* S. 1. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0167
DFG

vltra necessitatem a dominante nihil agatur. Wenn daher der Herr des praedii dominantis einmal einen gewissen zur Ausübung der Dienstbarkeit tauglichen Platz oder Raum gewählt hat, so muß er bey diesem stets bleiben; es stehet ihm nicht frey, von dem einmal gewählten Orte zu einem andern willkührlich überzuspringen a). Auch ist die Wahl immer so einzurichten, ne rebus seruientis ruina inferatur, quum tamen absque hoc damno commode exerceri seruitus possit, wie Westphal b) in Beziehung auf die *L.* 8. *D. de Aqua quotid.* c) richtig bemerkt. Und da das ius seruitutis den Herrn des dienen-

a) *L.* 9. *D. de Seruitut.* Si cui simplicius (einige lesen *simpliciter*, welches auf eins hinaus läuft) via per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur: in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ita agere licebit: ciuiliter modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est: quum id aeque commode per alteram partem facere possit, minoris seruientis fundi detrimento. Verum constitit, vt, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae eius potestatem haberet; sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento riui vtebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret. Quod et in via seruandum esse, verum est. *cf. L.* 13. §. 1. 3. *L.* 21. *et L.* 22. *D. de Seruitut. praed. rustic.* Man glaube übrigens nicht, daß allemal dem Herrn des praedii dominantis bey einer unbestimmt verliehenen Servitut das Wahlrecht zuständig sey. Cujaz macht einen Unterschied inter *concessiones inter viuos* et *vltimas voluntates;* in diesen glaubt er, sey die electio loci penes heredem, in jenen aber penes eum, cui seruitus debetur. Aber dieser Unterschied ist in den Gesetzen nirgends gegründet. Bey Vermächtnissen scheint hier vielmehr die bekannte Regel einzutreten, nach welcher demjenigen die Wahl für stillschweigend zugestanden gehalten wird, ad quem orationem suam direxit testator; also kann die Election entweder dem Erben oder dem Legatar zuständig seyn, jenem, wenn der Testirer *obliqua*, diesem, wenn er *directa* legati verba gebraucht hat. Hingegen bey durch Verträge unbestimmt constituirten Dienstbarkeiten ist in Ansehung der Election die Einwilligung beyder Interessenten erforderlich, und sollte diese Schwierigkeiten haben, so muß das arbitrium iudicis eintreten. Die *L.* 26. *D. eod.*, worin Paulus dem Erben bey einer seruitus indefinita die Wahl giebt, sucht *Charondas* παιδαν. *Lib. I. cap. V.* mit den angeführten Stellen dadurch zu vereinigen, daß er glaubt, es sey einerley, quis eligat, modo, si heres eligit, id sine captione legatarii fiat; sin legatarius, ciuiliter id faciat.

b) *Westphal l. l.* §. 549. *p.* 349.

c) Cui per fundum iter aquae debetur, quacumque vult, in eo riuum licet faciat, dum ne aquae ductum interuerteret. Das *interuerteret* bedeutet nichts anders, als *perturbaret. cf. Maiansius ad trig. Ilsor. fragmm. Comm. in Mucio Tom. I. p.* 186.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0168
DFG

nenden Grundstücks ohnehin sehr beschwert, so darf der Herr des praedii dominantis die Beschwerde nicht noch dadurch vergrößern, daß er die Servitut eigenmächtig extendirt, ändert, oder ihr etwas hinzufügt. Er darf also z. B. wenn er die Wasserleitungsgerechtigkeit hat, nicht mehreres Wasser dadurch, daß er zugleich das Wasser seiner Nachbaren mit aufnimt, in Canälen oder Röhren durch das dienende Grundstück führen d); oder, wenn er das Traufrecht hat, so darf er zwar die Beschwerde mindern, aber nur nicht vergrößern, mithin, wie der Jurist Paulus in der *L.* 20. §. 4. 5 *D. de Seruitut. praed. vrb.* aus Gründen zeigt, das Gefälle nach Belieben zwar erhöhen, aber nicht erniedrigen, die Rinnen zwar verkürzen, aber nicht verlängern e); oder, wenn er die Wasserleitungsgerechtigkeit hat, so darf er derselben keine neue dem Herrn des dienenden Grundstücks zum Nachtheile gereichende Form geben, z. B. nicht einseitig und eigenmächtig den offenen Wasserlauf zudecken f), oder umgekehrt den verdeckten Wasserlauf auf-

d) *L.* 29. *D. de Seruitut. praed. ruſtic.*

e) Si antea ex tegula caſſitauerit ſtillicidium, poſtea ex tabulato, vel ex alia materia caſſitare non poteſt. (Weswegen? Fällt das Regenwaſſer tropfenweiſe von den Dachziegeln, ſo verliert es ſich leicht, und thut wenigern Schaden, als wenn es geſammlet, aus einem Gerüſte oder einer Rinne ſtrohmweiſe herab rieſelt). Stillicidium, quoquo modo adquiſitum ſit, ALTIVS TOLLI POTEST: *leuior enim fit eo facto ſeruitus, quum, quod ex alto cadet, lenius, et interdum direptum, nec perveniat ad locum ſeruientem.* INFERIVS DIMITTI NON POTEST: *quia fit grauior ſervitus, id eſt, pro ſtillicidio flumen.* Eadem cauſſa, RETRO DVCI POTEST STILLICIDIVM: *quia in noſtro magis incipiet cadere:* PRODVCI NON POTEST, *ne alio loco cadat ſtillicidium, quam in quo poſita eſt ſeruitus.* Lenius facere poterimus: acrius non. Et omnino ſciendum eſt, meliorem vicini conditionem fieri poſſe, deteriorem non poſſe, niſi aliquid nominatim, ſeruitute inponenda, inmutatum fuerit. Die Schlußworte: *Et omnino ſciendum* etc. ſind von dem Falle einer nicht conſtituirten Servitut zu verſtehen, und wo davon die Frage iſt, was vermöge der natürlichen Freyheit geſchehen könne; denn ſonſt würde der Zuſatz: *niſi aliquid nominatim, ſeruitute inponenda, inmutatum fuerit*, ohne Sinn ſeyn.

f) L. 2. D. *de Riu.* Labeo non poſſe ait ex aperto riuo terrenum fieri, quia commodum domino ſoli auferetur adpellendi pecus, vel hauriendi aquam, quod ſibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occaſione, quam ex iure contingere: niſi ſi ab initio in inponenda ſeruitute id actum eſſet. Die Meinung des Labeo an ſich mißbilligte Pomponius vielleicht nicht, nur der Grund, auf welchen Labeo ſeine Meinung ſtützte, mißfiel ihm. Dieſer

aufdecken g), den bloß in einem Graben bestehenden Wasserlauf ausmauern, oder umgekehrt den ausgemauerten Wasserlauf in einen bloßen Graben verwandeln h), oder denselben mit Wasserröhren ausfüllen i). Eben so ist es dem Herrn des praedii dominantis nicht erlaubt, bey Ge-

Grund wird durch das Wort *quod* angezeigt, so wie das *id* den dem Herrn des dienenden Grundstücks zuständigen Vortheil, sein Vieh zu tränken, oder Wasser zu schöpfen, bezeichnet. Bey *occasione* muß man sich *rini* hinzudenken, und bey *contingere* ist *existimat* zu suppliren. Ueberhaupt ist diese Stelle unter andern ein Beweis, wie dunkel und kurz der Jurist Paulus oft schreibt. Wenn er am Ende sagt: *nisi si ab initio in imponenda seruitute* (nehmlich rini) *id actum esset*, so soll das nichts anders heißen, als: wenn nicht gleich anfänglich bey Bestellung der Servitut der Herr des dienenden Grundstücks sich ausbedungen hat, daß ihm das Recht zustehen solle, sein Vieh zu tränken, oder Wasser zu schöpfen.

g) *L.* 3. *pr. D. eod.* Seruius autem scribit, aliter duci aquam, quae ante per specum ducta est, si nunc per apertum ducatur. Nam si operis aliquid faciat quis, quo magis aquam conseruet, vel contineat: non inpune prohiberi. Ego et in specu contra, si non maior vtilitas versetur aduersarii. Diese Stelle aus Ulpians *Lib.* 70. *ad Edict.* hängt mit der vorhergehenden genau zusammen. Labeo behauptete, ein offener Wasserlauf dürfe nicht eingedeckt werden; Servius nahm an, ein anders sey sodann Rechtens, si aqua ex operto in apertum riuum conuertatur; Ulpian aber verwirft die Meinung des Servius in so fern, daß er die Conversion des bedeckten Wasserlaufs in einen offenen für unerlaubt erklärt, wenn nicht der dominus praedii dominantis beweisen kann, daß sie nach seinen Bedürfnissen ihm nützlich sey. In Gemäßheit des nachfolgenden §. 2. ist, wenn es wegen einer Neuerung zur Untersuchung kommt, die erste Frage: leidet der Eigenthümer des Bachs Schaden dadurch? die zweyte: was wird durch die Neuerung gewonnen? Die erste Frage überwiegt die letztere.

h) *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Seruius et Labeo scribunt, si riuum, qui ab initio terrenus fuit, qui aquam non continebat, caementitium velis facere: audiendum esse. Sed et si eum riuum, qui structilis fuit, postea terrenum faciat, aut partem riui: aeque non esse prohibendum. Mihi videtur vrgens et necessaria reficio esse admittenda. Ulpian fährt fort, den Servius zu beurtheilen, und seine Vorschriften einzuschränken. Auch bey denjenigen Neuerungen, welche dieser §. enthält, erfordert er eine nothwendige und dringende Ursache, und verwirft die bloße Willkühr des domini seruitutis.

i) *L.* 3. §. 2. *D. eod.* Si quis nouum canalem vel fistulas in riuo velit conlocare, quum id numquam habuerit: vtile ei hoc interdictum (nehmlich das Schutzgebot *de riuis*) futurum Labeo ait: nos et hic opinamur, vtilitatem eius, qui ducit, sine incommoditate eius, cuius ager est, spectandum.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0170
DFG

Gelegenheit der Servitut auf dem dienenden Grundstücke etwas vorzunehmen, welches die Natur der Dienstbarkeit nicht mit sich bringt, und dem Serviens zum Nachtheile gereicht, ob er gleich im Gegentheil einen natürlichen Schaden, den die Dienstbarkeit nothwendig machte, abzuwenden nicht gehalten ist. In der *L.* 20. §. 1. *D. de Seruitut. praed. ruſtic.* sagt Pomponius ausdrücklich, der Eigenthümer des mit der Servitut belasteten Grundstücks müsse es sich zwar gefallen lassen, wenn ihm die Servitut natürlich zufälligen Schaden macht, z. B. durch Regengüsse, u. s. w.; aber der zur Dienstbarkeit Berechtigte dürfe schlechterdings nichts veranstalten, was dem Belasteten nachtheilig seyn kann k).

§. 631.

Wie bekannt zerfallen die Servituten in persönliche und dingliche l). So wichtig aber auch dieser Unterschied ist, so sind doch die mehresten Dienstbarkeiten so beschaffen, daß sie der Eigenthümer jemandem willkührlich entweder als persönliche, oder als dingliche ertheilen kann m). Einige jedoch können nach Vorschrift des römischen Rechts anders nicht, als persönlich gegeben werden.

Zur letztern Gattung gehören folgende vier:

1) der Nießbrauch (*vſuſfructus*);
2) der Gebrauch (*vſus*, χρῆσις);
3) die Wohnung (*habitatio*), und
4) die Arbeiten fremder Sclaven (*operae ſeruorum*).

k) Seruitus naturaliter, non manufacto, laedere poteſt fundum ſeruientem, quemadmodum ſi imbri creſcat aqua in riuo, aut ex agris in eum confluat, aut aquae fons ſecundum riuum, aut in eo ipſo inuentus poſtea fuerit. Wann kann man sagen, daß *aquae fons ſecundum riuum, aut in eo* gefunden werde? Wohl dann, wenn neues Quellwasser neben dem Bache, oder in demselben, hervor sprudelt, so daß der Bach aus dem Ufer tritt, und das dienende Grundstück überschwemmt.

l) S. oben §. 621.

m) *L.* 2. *et L.* 4. *pr. D. de Seruitut. praed. ruſtic. L.* 2. *D. de Seruit. praed. vrb. L.* 6. *D. de Seruit. leg. L.* 14. §. *vlt. D. de Alim. leg.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0171
DFG

Denn man kann den vsufructus nur einem Menschen für seine Person geben, nicht allen Besitzern eines gewissen Grundstücks; und das nämliche ist auch bey den übrigen der namhaft gemachten Servituten der Fall.

Alle andere Dienstbarkeiten, außer den vier genannten, gehören zur erstern Gattung, das heißt, sie können eben sowohl dingliche, als persönliche seyn. Gewöhnlich aber werden sie schlechthin seruitutes reales genannt, weil sie meistens allen Besitzern einer Sache ertheilt werden, und also in den mehresten Fällen dingliche sind n). Cujaz o) behauptet zwar mit den Glossatoren, daß, wenn man einem ein Recht, welches gewöhnlich eine dingliche Dienstbarkeit ist, nur für seine Person giebt, er adcedente licet patientia constituentis doch keine Servitut bekomme, sondern nur nudam ac simplicem obligationem, vt patiatur, alterum in suo ea facere; allein daß diese Behauptung ungegründet sey, bemerkt schon Vinnius p) ganz richtig, denn die Gesetze lehren das Gegentheil q).

Hellfeld geht jetzt nach den bisherigen allgemeinen Betrachtungen über die Lehre von den Dienstbarkeiten zur speciellern Untersuchung der einzelnen Servituten über, und zwar wird vorerst hier von den gesetzlich persönlichen gehandelt, unter welchen der Rubrik des Titels gemäß der Nießbrauch, als die interessanteste Art, die Scene eröffnet.

§. 632.

Der Nießbrauch (*vsufructus*) ist eine persönliche Dienstbarkeit, auf der körperlichen, beweglichen oder unbeweglichen, Sache eines andern, vermöge deren man den vollen Gebrauch dieser Sache hat, ohne jedoch über die Substanz disponiren zu können r). Er ist also

1) eine

n) *de Berger Resolutt. legg. obstantt. Lib. VIII. tit. I. animadu. p.* 141. *sq. ed. nouiss.*

o) *Cuiacius Obseruu. et emendd. Lib. XXIIII. obs. XXII.*

p) *Vinnius Com. in Institutt. ad rubric. tit. de Vsufr.*

q) Man sehe außer den angeführten Gesetzen noch die *L.* 15. *in fin. D. de Seruitut. L.* 5. §. 9. *D. de Nou. oper. nunciat. L.* 1. §. 12. *et L.* 3. *pr. D. de Aqua quotid.*, worin es heißt, es könne eine Servitut auch der Person constituirt werden, vt pomum decerpere, vt spatiari, vt coenare in alieno liceat, quamquam praediis non prosit. *cf. Hotomannus Obseruatt. Lib. VIII. obs. XX.*

r) *Pr I. de Vsufr.* Vsufructus est ius alienis rebus vtendi fruendi salua rerum substantia. Est autem ius in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est.

1) eine persönliche Servitut; er stehet einem Menschen nur für seine Person zu, so lange er lebt, wenn er aber stirbt, so hört auch der Nießbrauch auf. Es geht gar nicht an, allen Besitzern des Grundstücks A den Nießbrauch des Gutes B zu geben; denn es muß doch jemand da seyn, der die Proprietät des Gutes B hat, und was würde diesem sein Proprietätsrecht nützen, wenn es nie mit dem Nießbrauche wieder vereiniget werden könnte.

2) Ein Recht auf einer fremden Sache. Der Eigenthümer hat zwar ebenwohl das Recht, die Nutzungen von seiner Sache zu ziehn, und dieses Recht wird vsufructus *cauſſalis ſ. coniunctus* genannt; allein davon ist hier nicht die Rede, sondern vom Nießbrauche einer fremden Sache, vom eigentlichen Nießbrauche, vom vsufructus *formalis ſ. ſeparatus*, denn nur dieser ist eine persönliche Dienstbarkeit s).

est. *L.* 1. *D. eod.* Vsufructus est ius alienis rebus vtendi fruendi, salua rerum substantia. Ob in der Institutionenstelle für *rerum* vielmehr *earum*, ingleichem für *autem* vielmehr *enim* gelesen werden müsse, untersuchet *Marckart Interpretatt. receptt. iur. lectt. Lib. II. cap. III. num.* 4. Das erstere ist, wie jeder leicht sieht, völlig gleichgültig, das letztere oder das autem aber bestätigt Theophilus in den Worten: εφ ὅσον ἀυτα τὰ πρωτότυπα σώζεται πραγματα. Man sehe auch *Galuanus de vſufructu, cap. IIII.* §. 3. und besonders *Riccius Vindicc. iur. cap. VIII.* Ueberhaupt ist zur Erläuterung der gegebenen Definition des Nießbrauchs zu bemerken. Vti re heißt im allgemeinen Sinne so viel, als den Nutzen von einer Sache ziehn, ohne die Substanz anzugreifen; re abuti hingegen die Substanz einer Sache verderben, die Sache destruiren, verbrauchen, aufzehren, u. s. w. Das lateinische *abuti* und das deutsche mißbrauchen sind also keine gleichbedeutende Ausdrücke. Ein vsus ist z. B. vorhanden, wenn jemand ein Haus bewohnt, ein Pferd reitet, mit einem Wagen fährt, u. s. w. ein abusus hingegen ist es, wenn jemand das Haus demolirt, das Pferd zu Tode jagt, den Wagen zerschlägt. Der vsus ist entweder *plenus* oder *minus plenus*. Ziehe ich nehmlich alle Nutzungen von einer Sache, die nur immer davon gezogen werden können, nehme davon nicht nur meinen Unterhalt, sondern auch was ich zu meiner Bequemlichkeit und zu meinem Vergnügen brauche, so habe ich vsum *plenum*, den vollen Gebrauch; wenn ich hingegen nur so viel von dem Abnutzen der Sache erhalte, als ich zur Nothdurft brauche, so heißt es vsus *minus plenus*. Jener wird auch *vſufructus*, und dieser *vſus* im eigentlichen Verstande genannt.

s) Die Ursachen dieser Benennungen characterisirt *Galuanus l. l. cap. II.* §. 4. 5. sehr wahr, wenn er sagt: Duo possunt in vsufructu spectari, materia, ex qua is erumpit, et totum compositum vsufructus ex materia simul, et forma coa-

3) Ein Recht auf einer körperlichen Sache. Unkörperliche Sachen geben keinen Gegenstand des Nießbrauchs ab. Paulus sagt daher in der *L.* 1. *D. de Vſ. et vſufr. et red.*, man könne nach dem strengen Rechte niemandem den vſuſfructus *itineris*, *actus*, *viae*, *aquae ductus* ver-

coaleſcens. Si cauſſam eius materialem conſideremus, haud dubie, ſicut ea nihil aliud eſt, quam ius vtendi fruendi, quod habet proprietarius, vt dixi, ita proprietarii vſuſfructus iure optimo adpellatur *cauſſalis*, ideo, *quod ab eo tamquam a materiali cauſſa procreatur proprius vſuſfructus fructuarii*. At ſi totum compoſitum ſpectemus, hoc eſt ipſum verum et proprium vſumfructum fructuarii, hunc merito *formalem* nuncupabimus, *quia non in rudi ac informi materia conſiſtit, ſed habet omnes numeros ſuos ſua perfecta forma conſiſtens.* Quodſi quis adeo ſuperſtitioſus ſit, vt his vocibus: *cauſſalis* et *formalis*, tamquam inuſitatis, offendatur, huic fortaſſe poterit fieri ſatis, ſi vſumfructum proprietarii *coniunctum*, fructuarii autem *ſeparatum* adpellemus. Nam et ipſa iuris ratio potiſſimum hos vſuſfructus diſtinguit in eo, *quod ille coniungitur in proprietate, hic vero ab illa diſiungitur.* Man hat alſo wohl nicht nöthig, die Benennungen, wie viele thun, als inept zu verwerfen. Jede Wiſſenſchaft hat ihre Kunſtausdrücke, und auch der Jurisprudenz ſind ſie eigen; die erwähnten Benennungen ſind lange noch nicht ſo bey den Haaren herbey gezogen, als ſo viele techniſche Ausdrücke in andern Wiſſenſchaften, z. B. in der Anatomie. Wenn einige Rechtsgelehrte gar ſo weit gehen, die Ausdrücke vſuſfructus *coniunctus* et *ſeparatus*, *cauſſalis* et *formalis* als voces e luto Barbarorum erutas zu verlachen, ſo darf man nicht mitlachen, man müßte denn ignoriren, daß die Geſetze ſelbſt ſo reden. Vom Nießbrauche des Proprietars ſchreibt Julian in der *L.* 4. *D. de Vſufr. adcreſc.* Habebimus egoet Maeuius trientes in vſufructu, vnus triens (*proprietarii*) proprietate miſcebitur, und Paulus in der *L.* 126. §. 1. *D. de Verbor. oblig.* Et minus eſt in eo vſufructu, quem per ſe quis promiſit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. Vom Nießbrauche des Fructuars aber ſagt Ulpian in der *L.* 5. *pr. D. Si vſufr. pet.* Vti frui ius ſibi eſſe ſolus poteſt intendere, qui habet vſumfructum, dominus autem fundi non poteſt, quia, qui habet proprietatem, vtendi fruendi ius ſeparatum (i. e. *proprium vſumfructum*) non habet; und Tryphonin in der *L.* 78. *pr. D. de Iur. dot.* Maritus tamen non vſumfructum habet, ſed ſuo fundo quaſi dominus vtitur, conſequutus per dotem plenam fundi proprietatem non ſeperatam vſufructu, oder, wie es in andern Ausgaben heißt: non ſeparatam ab vſufructu, oder, wie man auch leſen könnte: non ſeparatum vſumfructum. Daher heißt es auch in der *L.* 3. *in fin. D. de Vſufr.* vom Uſusfructus des Fructuars, eum ſeparationem recipere a proprietate. Selbſt der Ausdruck vſuſfructus *cauſſalis* läßt ſich aus den Geſetzen vertheidigen. Man ſehe nur die *L.* 21. §. 3. *D. de Except. rei iudic.*, worin von einem Nießbrauche die Rede iſt, qui ex illa cauſſa, ex qua fundus meus erat, meus eſt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0174
DFG

vermachen t), und unter den römischen Rechtsgelehrten wurde anfänglich sehr darüber gestritten, ob ein vsufructus *nominis*, der Nießbrauch einer **Schuldforderung**, denkbar sey v), ob er gleich zuletzt zugelassen wurde x). Der Nießbrauch giebt

4) ein Recht auf **alle** Nutzungen der Sache y), doch

5) so, daß die **Substanz der Sache** keinen Schaden leiden darf; mithin giebt er kein Recht, die Sache zu verderben, zu destruiren, zu verzehren.

6) Bey dem Nießbrauche sind zwey Personen vorhanden: eine, welcher der Nießbrauch zustehet, und diese heißt **Nießbrauchsnehmer, Nutznießer, Nutzungsherr** *vsufructuarius*; die andere, welcher das Eigenthum ohne Nutznießung zustehet, die aber die Hoffnung hat, die Nutznießung dereinst nach dem Tode des Usufructuars zu erhalten, und diese heißt gemeinhin der **Proprietar**, *proprietatis dominus*, *nudae proprietatis dominus* z).

Was übrigens im Vorhergehenden von den Entstehungsarten der Servituten überhaupt gelehrt wurde a), das gilt auch vom Nießbrauche insonderheit; auch er kann vel *domini voluntate*, vel *praeter eam*, und im letztern Falle vel *lege*, vel *officio iudicis*, vel *praescriptione*, constituirt werden. Wie der

t) *cf. Wernher Schediasm. quo L. 1. D. de Vs. et vsufr. et red. per legat. datt. explicat.* (Goett. 1745.)

v) *Walch Pr. controuersiam de vsufructu nominis inter veter. Iurisconsult. agit, expon.* (Ienae 1758.)

x) *L. 3. D. de Vsufr. ear. rer. quae vs. consum. vel minuunt.* Post quod omnium rerum vsusfructus legari poterit. An et nominum? Nerua negauit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerua ipsi quoque debitori posse vsumfructum legari scribit, et remittendas ei vsuras. *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXI. §. 629. b. p. 410. sq.*

y) Dadurch unterscheidet sich eben der Nießbrauch vom bloßen Gebrauche.

z) S. oben §. 576.

a) S. oben §. 624 — 629.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0175 DFG

der Nießbrauch aber aufhöre, wird unten in einem eigenen Titel gezeigt werden b).

§. 633.

Es fragt sich: was für Nutzungen zieht der Usufructuar? Hier steht die Regel fest: der Nießbrauchsnehmer hat den vollen Genuß der Sache. Er zieht also

1) alle Früchte, sie mögen fructus *naturales* oder *ciuiles* seyn, er mag sie zu seinem nöthigen Unterhalte, oder zu seiner Bequemlichkeit und seinem Vergnügen gebrauchen c); Inzwischen kann er doch

2) nur die ordentlichen Nutzungen, nur die eigentlichen und wahren Früchte, verlangen, nicht die außerordentlichen und zufälligen Accessionen. Was unter jenen sowohl als diesen zu verstehen sey, ist an einem andern Orte ausführlich gezeigt worden d), und aus den dort angegebenen Begriffen ergiebt sich von selbst, wozu der Usufructuar befugt, und nicht befugt sey. Es erhellet daraus, daß in dem Nießbrauche eines Grundstücks die Fischerey, der Vogelfang, die Jagd, u. dgl. m. enthalten seyn könne e), so wie die Befugniß des

b) S. unten *tit. Quibus mod. vsufr. vel vs. amittat.*

c) *L. 7. pr. et §. 7. L. 10. L. 29. et L. 59. §. 1. D. de Vsufr.*

d) *tit. de Rei vindicat. §. 590.*

e) *L. 9. §. 5. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Aucupiorum quoque et venationum reditum, Cassius ait libro octauo iuris ciuilis, ad fructuarium pertinere. Ergo et piscationum. Ausschließlich kann der Usufructuar die Jagd- und Fischereygerechtigkeit nur dann ansprechen, wenn in solcher gerade die Früchte des Grundstücks bestehen; sonst nicht. *L. 26. D. de Vsur.* Denn im entgegengesetzten Falle gehört ihm zwar das Wild, welches er etwa erlegt, iure occupationis, aber auch der Proprietar ist befugt, die Jagd auszuüben, wozu dieser gleichwohl nicht befugt wäre, wenn die Jagd fructuum partem vsufructuario debitam ausmachte. In der *L. 62. pr. D. eod.* heißt es: Vsufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur, nec aprum, aut ceruum, quem ceperit, proprium domini capit: seb fructus aut iure ciuili aut gentium suos facit. In Gemäßheit dieser Stelle ist wieder zu unterscheiden, ob der Nießbrauch des Grundstücks aus der Jagd bestehet, oder nicht. Im ersten Falle gehören alle Nutzungen der Jagd ausschließlich dem Usufructuar; hingegen im zweyten Falle kann er zwar nicht ausschließlichen Anspruch darauf machen, er hat kein ius prohi-

des Holzschlags in den auf demselben befindlichen Holzungen, obgleich bey letzterm nicht ganz die Grundsätze zur Anwendung kommen, welche beym vsusfructus syluae statt finden. Es existiren darüber im römischen Gesetzbuche merkwürdige Verordnungen. In der *L.* 9. *§.* 7. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* sagt Ulpian: Instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam etsi fundi vsusfructus fuerit legatus: et sit ager, vnde palo in fundum, cuius vsusfructus legatus est, solebat pater familias vti, vel salice, vel arundine, puto, fructuarium hactenus vti posse, ne ex eo vendat: nisi forte salicti ei, vel syluae palaris, vel arundineti vsusfructus sit legatus: tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit, syluam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat: et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse vti. Ad modum enim referendum est, non ad qualitatem vtendi; und in der *L.* 10. *D. eod.* Pomponius: Ex sylua caedua pedamenta, et ramos ex arbore vsufructuarium sumturum: ex non caedua in vineam sumturum, dum ne fundum deteriorem faciat. Nach diesen Gesetzstellen kommt es in Betreff des aus dem usufructuarischen Grundstücke zu nehmenden Holzes zuvörderst darauf an, ob der Nießbrauch nur überhaupt an dem Fundus, auf wel-

hibendi gegen den Proprietar, wenn dieser etwa jagen will; allein er kann doch auch in den Gebirgen und Waldungen jagen, wo die Ausübung der Jagd dem Proprietar unschädlich ist, und wo jeder Fremde, dem der Proprietar, den Fundus zu betreten, nicht verboten hat, jagen könnte. Doch hat auch hier der Usufructuar darin mehr Recht, als ein extraneus, daß ihm der Proprietar nicht verwehren kann, den Fundus der Jagd wegen zu betreten, weil der Usufructuar den Fundus auch, obgleich nur naturaliter, besitzt. Erlegt der Usufructuar in solchem Falle ein Wild, so acquirirt er dasselbe zwar nicht iure vsusfructus, aber doch nach römischen Begriffen iure gentium. Die Clausel: *sed fructus aut iure ciuili* u. s. w. ist nicht so zu verstehen, als wenn dadurch die übrigen Nutzungen der Jagd entgegen gesetzt würden; sie ist bloß eine Fortsetzung des Grundsatzes: *nec aprum* u. s. w. Der Sinn aber ist dieser. Das wilde Schwein oder der Hirsch ist hier kein emolumentum fundi, das dem Proprietar ex natura dominii, dem Nießbrauchsnehmer iure vsusfructus gehört; aber dies hindert nichts. Denn die aus dem Grundstücke zu ziehenden Nutzungen gehören dem Usufructuar entweder iure ciuili, d. h. *iure vsusfructus*, oder iure gentium, d. h. *iure occupationis*.

welchem der Wald stehet, oder an dem Walde selbst, eingeräumt worden ist. Im erstern Falle, wenn die Forstnutzung keine besondere Rubrik im Nutzungsertrage ausmacht, oder dem Proprietar nicht ausdrücklich vorbehalten worden ist, kann der Usufructuar aus dem Forste dasjenige nehmen, was er an Pfählen, Stangen, u. s. w. zum Nutzen des Grundstücks nothdürftig gebraucht, nicht aber steht es ihm frey, Holz aus dem Forste zu verkaufen; hingegen im letztern Falle ist ihm der ordentliche Holzschlag zuständig, so daß er Holz auch zum Verbrennen, zum Verkauf, u. s. w. fällen kann f). Doch kommt es auch hier weiter darauf an, ob der Wald **schlagbar** ist, d. h. ob er zum Holzfällen bestimmt ist und auch zum Fällen reifes Holz enthält g), oder nicht. Nur in jenem, nicht aber in diesem Falle erstreckt sich das Recht des Holzschlags über die zur Benutzung des Fundus erforderlichen Bedürfnisse hinaus h).

Im

f) Die Worte: *nisi forte salicti*, übersetzen die Basiliken: εἰ μὴ τῆς αὐτῆς ἡ χρῆσις ἔληγα τεύθη, nisi materiae s. syluae ipsius vsusfructus legatus sit. Die Worte: *Nam et Trebatius* etc. zielen auf deu Fall, wo insonderheit der Nießbrauch des Waldes legirt ist. *Salictum* ist ein Weidenplatz, *arundinetum* aber ein Schilfrohrbruch.

g) *L.* 30. D. *de Verbor. signif.* Sylua caedua est, vt quidam putant, quae in hoc habetur, vt caederetur. Seruius, eam esse, quae succisa, rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur. In den Basiliken steht: καυσιμη, *sylua, quae in hoc habetur, vt ligna inde comburantur.*

h) Es finden sich im römischen Gesetzbuche noch viele andere Bestimmungen über die vom Usufructuar zu ziehenden Früchte, die aus dem Begriffe ordentlicher und außerordentlicher Nutzungen fließen. So soll der Nutzungsherr befugt seyn, Steinbrüche und Sandgruben zu öffnen, und davon wirthschaftsmäßigen Gebrauch zu machen, *L.* 9. §. 2. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* und zwar ohne Unterschied, der Steinbruch oder die Sandgrube mag vor oder nach überkommenem Nießbrauche entdeckt worden seyn. *L.* 9. §. 3. *D. eod.* Entsteht in einem beträchtlichen Flusse eine Insel, so legen zwar die Gesetze den am Flusse liegenden Eigenthümern ein Recht daran bey; aber der Usufructuar soll kein Recht daran haben, weil die Insel immer ein fundus proprius, ein vom festen Lande abgesondertes Grundstück, bleibt. *L.* 9. §. 4. *D. eod.* Ob der Usufructuar auch die prouentus metallicos erhalte, oder die Benutzung der Kuxen habe, ist streitig. *Eisenhart de iure metallifod. cap. IIII.* §. 17. und *a Leyser Meditatt. ad Pandect.* gestehn sie ihm nach gemeinen Rechten zu. Nach sächsischen Rechten kann er sie nicht ansprechen, weil man glaubt, daß die Metalle nicht wieder wachsen; *Constit. Elect.* 25. *Part. III. p.* 112. *C. A.* nur die

Im Gegentheil erhellet auch aus den Begriffen von ordentlichen und außerordentlichen Nutzungen, daß der Usufructuar, wie Hellfeld bemerkt, keinesweges

α) den *partus ancillae* sich anzumaßen berechtigt ist. Wenn nehmlich jemand bey den Römern den Nießbrauch einer Sclavin hatte, so konnte er sich nicht das Kind zueignen, denn es war kein fructus. Weswegen aber dies nicht? Wenn Justinian im §. 37. *I. de Rer. diuis.* sagt: ein Mensch, (wofür doch bekanntlich die Römer den Sclaven passiren ließen, wenn er ihnen gleich eine res war) könne nicht als ein fructus angesehen werden, weil die Natur alle Früchte um des Menschen willen hervor gebracht habe, so ist dies wohl evident weiter nichts, als leere Spitzfindigkeit i). Das Eigenthum ist ja auch zum Nutzen der Menschen eingeführt, und gleichwohl konnte bey den Römern ein Mensch selbst Gegenstand des Eigenthums seyn. Einen andern befriedigendern Grund, der gerade auf den Begrif außerordentlicher Nutzungen paßt, giebt Ulpian in der *L.* 27. *pr. D. de Heredit. petit.* an, nehmlich den: man kaufe die Slavinnen nicht zum Kindergebähren, sondern zur Arbeit k). Da sich aber auch dagegen immer noch einwenden läßt, daß theils nicht einzusehen ist, weswegen man nicht Sclavinnen zu dem Ende kaufen

 könnte,

die Zinsen von der Ausbeute gehören nach dieser Verordnung dem Usufructuar, weil sie mit unter die Früchte gerechnet werden. *cf.* Carpzov *Iurisprudent. forens. def.* 3. 4. 5. Schaumburg Einleit. zum Sächs. Recht, *Sect. I. Ex. III.* §. 9. S. 746. *Schott Institut. iur. Sax. Elector. priu. Lib. II. Sect III.* §. 3. *p.* 265. *ed. nouiss.* Kaestner *Pr. de vsufructu partium metallicarum*, (Lipsiae 1742.)

i) Die angeführte Institutionenstelle ist aus der *L.* 28. §. 1. *D. de Vsur.* genommen, worin Cajus sagt: Partus ancillae in fructu non est. Itaque ad dominum proprietatis pertinet: *absurdum enim videbatur*, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparauerit.

k) Unter den alten römischen Juristen war es wirklich streitig, ob das Sclavenkind dem Nießbrauchsnehmer gehöre. Denn in der *L.* 68. *pr. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* sagt Ulpian: vetus fuit quaestio: *an partus ad fructuarium pertineret?* und bemerkt, die Meinung des Brutus, ne pertineret, sey vorgezogen.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0179 DFG

könnte, um Kinder von ihnen zu erhalten, theils auch manche Thiere nicht zu dem Ende gekauft werden, um Junge von ihnen zu ziehn, und dennoch das Junge ein fructus ist, so führt Bynkershök l) noch einen andern Grund an, und zwar folgenden. Was ein fructus seyn soll, sagt er, das muß man verzehren und destruiren können; dies geht aber bey dem Sclavenkinde nicht an, und also kann man es auch nicht als einen fructum ansehen m).

ß) Daß der bloße Usufructuar an einem Schatze, der auf dem Grundstücke, welches dem Nießbrauche unterworfen ist, gefunden wird, keinesweges die Rechte des Eigenthümers habe n). Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrte um deswillen, weil der Nießbrauchsnehmer den vollen Genuß der Sache hat, und vermöge desselben nicht nur alle natürliche und bürgerliche Früchte zu seinem nöthigen Unterhalte sowohl, als zu seiner Bequemlichkeit

zogen. Er selbst billiget auch die Meinung des Brutus, so wie sie auch Paulus *Recepit. sententt. Lib. III. tit. VI.* §. 20. vertheidiget. Das Gegentheil behaupteten Scävola und Manilius, wie Cicero *Lib. I. de finn. bonor. et malor. cap. XII.* bezeugt. Aus was für Gründen aber, kann man nicht wissen, da ihre Schriften, welche Cicero deshalb anführt, verloren gegangen sind.

l) *van Bynkershoek Obseruatt. iur. rom. Tom. II. Lib. V. cap. VII. p. 20. sqq. ed. Heinecc.*

m) *cf. Broeus Com. in Institutt. ad §. 37. de Rer. diuis. a Costa Com. in Institutt. ad §. eamd.*

n) *van Leeuwen Censur. forens. theoret. pract. Lib. II. cap. III. num. 20. p. m. 124. Carpzov Definn. forr. Part. II. constit. LIII. def. 6. de Cocceius Iur. ciu. controu. Lib. VII. tit. I. quaest. 13. p. 500. Schulting Commentatt. acadd. Vol. III. dec. XX. num. 9. p. 58. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Tom. III. tit. de Adquir. rer. domin. §. 36. p. 149. ed. nouiss. Galuanus de vsufr. cap. XXX. §. 8. p. 383. ed. nouiss. Zoesius Com. ad. Pandect. tit. de Adquir. rer. domin. num. 28. p. 7. Beyer Delineat. iur. ciuil. sec. Institutt. Lib. II. tit. IIII. num. 5. p. 70. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 372. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 5. p. 152. ed. nouiss. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. Lib. IIII. Sect. II. §. 1117. p. 308. Dabelow System des gesammten heutigen Civilrechts, Th. II. §. 1502. S. 138.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0180
DFG

keit und zu seinem Vergnügen zieht o), sondern insbesondere auch unterirdische Naturproducte, wie fern solche überhaupt von Privatpersonen erworben werden können, gewinnt p), das Gegentheil behaupten, allein demungeachtet stehet die Wahrheit des gegebenen Princips felsenfest. Denn so schränkt sich das Recht des Nießbrauchsnehmers lediglich auf die eigentlichen oder wahren Früchte der Sache ein, und er ist nur die ordentlichen Nutzungen derselben zu verlangen befugt, keinesweges aber die außerordentlichen oder zufälligen, unter welche doch ganz unstreitig die Schätze gehören. Einen unumstößlichen Grund, weswegen der Usufructuar an einem gefundenen Schatze als Eigenthümer unmöglich Antheil nehmen kann, enthält außerdem die *L.* 7. §. 12. *D. Solut. matrim. dos quemadmod. petat.* worin Ulpian sagt: Si fundum viro vxor in dotem dederit, isque inde arbores deciderit: si hae fructus intelliguntur, proportione anni debent restitui. Puto autem, si arbores caeduae fuerunt, vel gremiales, dici oportet, in fructu cedere: si minus, quasi deteriorem fundum fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inuentus: in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inuenti. Anfänglich wird in dieser Gesetzstelle bestimmt, in wie fern dem Ehemanne das Recht des Holzschlags in den auf dem Dotalgrundstücke befindlichen Holzungen zuständig sey, am Ende aber ausdrücklich verordnet, daß er seiner Ehefrau diejenigen Bäume, die vom Sturmwinde zu Boden geschlagen worden sind, bezahlen müsse, und selbige vermöge des ihm zuständigen Nießbrauchs eben so wenig als den Schatz erhalte, den er wie jeden andern auf fremdem Grunde gefundenen Schatz zur Hälfte heraus zu geben gehalten sey q). Der römische Jurist

o) *L.* 7. *pr. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.*

p) *L.* 9. §. 2. *et L.* 13. §. 5. *D. eod.*

q) Die angezogene *L.* 7. §. 12. *D. Solut. matrim. dos quemadmod. petat.* ist ihrem ganzen Inhalte nach so deutlich, daß sie keiner weitern Erklärung bedarf. Haloander hat

setzt hier, wie aus den Schlußworten: *quasi in alieno inuenti*, evident hervor geht, zum voraus, daß der Schatz von dem Ehemanne selbst gefunden worden sey; in dieser Hinsicht billigt er ihm die Hälfte desselben zu. Hat nun aber ein Ehemann, dem die Gesetze bekanntlich außer dem Nießbrauche sogar ein Civileigenthum des Dotalgrundstücks einräumen, an dem gefundenen Schatze die Befugnisse des Eigenthümers nicht, um wie viel mehr

hat einige von dem florentinischen Codex abweichende Lesearten, von welchen ich hier mit Uebergehung der übrigen minder erheblichen nur der einzigen gedenken will, wo er für: *gremiales*, setzt: *cremiales*. Gothofred sagt in der Note mit Recht: gremiales arbores *dicae, quod rustici gremio ad comburendum eas deferunt*, und es ist demnach im Grunde ziemlich gleichgültig, ob man mit Taurell *gremiales* a gremio, oder mit Haloander *cremiales* a cremando lieset. *cf. Fornerius Rer. quotidd. Lib. I. cap. XV. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 143.)* Ueber die Verschiedenheit beyder Lesearten darf man sich übrigens eben nicht wundern, weil die Verwechselung des Initialbuchstabens g mit c sehr leicht möglich ist. In einigen Ausgaben steht germinales; diese Leseart ist aber offenbar fehlerhaft, und daher setzt sie *Augustinus Emendatt. et opinn. Lib. III. cap. VII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 1517.)* der Haloandrinischen billig nach. Selbst vor der letztern behauptet aber auch die Florentine unstreitig den Vorzug. Ulpian bestärkt sie deutlich in der *L. 55. §. 4. D. de Legat. 3.* wenn er sagt: Ofilius lib. V. iuris partiti scripsit, nec sarmenta ligni adpellatione contineri: sed si voluntas non refragatur, et virgulae, et *gremia*, et sarmenta, et superamenta materiarum, et vitium stirpes, atque radices continebuntur. Man sieht aus dieser Gesetzstelle deutlich, daß der Ausdruck: gremia oder *arbores* gremiales, eine gewisse Gattung von Brennholz bezeichnet, und davon ist in der *L. 7. §. 12. D. Solut. matrim. dos quemadmod. petat.* die Rede. *cf. Nerius Analectt. Lib. II. cap. XI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. II. p. 408.)* Die Griechen nennen dergleichen Holz φρύγιον ξύλον ξηρόν. So bedient sich der Psalmist David Psalm. CII. *vers.* 4. eines Gleichnisses in folgenden Worten: καὶ τὰ ὀστᾶ μου ὡσεὶ φρύγιον συνεφρύγησαν, die in der berühmten Septuaginta so lauten: et ossa mea sicut gremium aruerunt. Die eigentliche Bedeutung des gedachten Ausdrucks lehrt *Columella Lib. XII. de re rust. cap XVIIII.* indem er vom Aufbrausen des Mostes redet, und sich so verlauten läßt: Mustum in vasa defrutaria deferemus, leuique primum igne *ex tenuibus admodum lignis, quae* GREMIA *rustici adpellant*, fornacem incendemus, vt ex commodo mustum ferueat. Da diese Stelle unwiderleglich beweiset, daß gremium in der römischen Sprache für eine ächte technische Benennung eines gewissen Brennholzes gilt, so ist es mir unbegreiflich, wie Salmasius und Hottomanus die florentinische Leseart geradezu verwerfen konnten.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0182
DFG

mehr muß dies nicht bey dem bloßen Usufructuar Rechtens seyn r).

§. 634.

Da der Usufructuar alle Früchte, die natürlichen sowohl als die bürgerlichen, zieht, so kann er

1) die Sache, worauf ihm der Nießbrauch zustehet, verpachten. Die Gesetze selbst räumen ihm diese Befugniß ausdrücklich ein. In der *L.* 27. §. 1. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* sagt Ulpian: Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas vti, vel ad negotiationem: vtique permittetur fructuario locare eas et ad alias merces, et illud solum obseruandum, ne vel abutatur vsufructuarius, vel contumelioſe iniurioſeue vtatur. Das Locationsrecht stehet dem Nießbrauchsnehmer willkührlich frey, nur hat er bey der Vermiethung dahin zu sehen, daß der fundus vsufructuarius dadurch nicht deteriorirt wird, und daß sie ohne Verletzung des Wohlstandes geschieht, damit der Proprietar nicht dadurch beschimpft werde, nicht dadurch an seiner Ehre leide. Letzteres würde z. B. der Fall seyn, wenn der Usufructuar in dem Hause, an welchem ihm der Nießbrauch zuständig ist, Hurenwirthschaft treiben, oder ein Bordell daraus machen wollte.

2) Er kann die ganze Ausübung der Nutznießung einem andern durch Kauf oder Schenkung überlassen. Cui vsusfructus legatus est, etiam inuito herede eum extraneo vendere potest, sagt Julian in der *L.* 67. *D. eod.* Also, wenn auch der Proprietar gegen die käufliche Ueberlassung der Ausübung des Nießbrauchs sich sperrt, so ist der Usufructuar dazu dennoch befugt. Und weswegen? Weil es ihm einerley seyn kann, ob der Nießbrauchsnehmer sein Recht selbst, oder durch andere ausübt. Macht der Proprietar gegen den vorhabenden Verkauf Einwendungen, so ist er freylich damit zu hören; aber die Einwendungen releviren nur dann, wenn er beweisen kann, daß besonderer Verhältnisse und Umstände wegen ihm allerdings daran gelegen seyn müsse, daß der Verkauf nicht geschehe. Auch verpfänden kann der

r) S. meine Civilist. Erörterungen, Samml. *I.* Num. *VII.* S. 256. ff.

der Usufructuar die ganze Ausübung der Nutznießung s). Nur verstehet es sich von selbst, daß in allen Fällen das Recht desjenigen, auf welchem der Nießbrauch übertragen wird, nicht von längerer Dauer seyn könne, quam ipsum fructuarii ius constitisset t). Aber

3) die Cession des Nießbrauchsrechts ist dem Usufructuar nicht erlaubt. Ein anders ist es, die **Ausübung** der Nutznießung jemandem durch Kauf oder Schenkung überlassen, ein anders, das **Recht** der Nutznießung cediren. Letzteres geht nicht an. Stehet mir nehmlich der Nießbrauch zu, so kann ich ihn nicht dergestalt einem andern abtreten, daß er nun Nießbrauchsnehmer wird, und ich aufhöre, es zu seyn. Denn der Nießbrauch ist ein ganz persönliches Recht; es kann also von der Person, der es zustehet, nicht getrennt werden. Zudem könnte dem Proprietar durch eine solche Cession seine Hoffnung, dereinst die Nutznießung mit der Proprietät zu vereinigen, gänzlich vereitelt werden, da der Cessionar auf dem Todtenbette sein Recht einem andern, und dieser in gleichen Umständen einem dritten, u. s. w. cediren könnte.

Wenn aber der Nießbrauchsnehmer mit Vernachlässigung dieser Vorschrift die Nutznießung dennoch wirklich cedirt, so entsteht die Frage: **was ist alsdann Rechtens?** Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten nicht gleichmäßig beantwortet.

Justinian führt im §. 3. *I. de Vsufr.* verschiedene Arten an, durch welche der Nießbrauch verloren gehn soll. Unter diese rechnet er auch den Fall, wo der Nießbrauch dem Eigenthumsherrn cedirt wird; von der Cession aber, welche einem Dritten geschieht, sagt er: **daß dieselbe von keiner Wirkung** seyn solle v). Durch diesen letzten Ausdruck sind viele Rechtsgelehrte x) bewogen worden, der

s) *L. 6. C. de Vsufr. L. 11. §. 2. D. de Pign. L. 8. pr. D. de Reb. auctorit. iudic. possid. L. 11. §. 2. et L. 38. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.*

t) *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praedior. Sect. III. cap. XXI. §. 663. p. 435.*

v) Item finitur vsusfructus, (sind seine Worte) si domino proprietatis ab vsufructuario cedatur: *nam cedendo extraneo nihil agitur.*

x) *Mencken Gymnas. iur. polem. disp. III. §. 12. Cuiacius ad Vlpian. tit. XVIIII. et ad Sententt. receptt. Pauli Lib. III. tit. VI. Vinnius Com. in Institutt. ad §. 3. de*

der einem Dritten geschehenen Cession des Nießbrauchs die Wirkung beyzulegen, daß der Usufructuar dadurch zur Strafe alle seine Rechte verliere, und die Nutznießung nun sogleich dem Proprietar zufalle. Was noch außerdem dieser Meinung ein besonderes Gewicht giebt, ist dies, daß Pomponius in der *L. 66. D. de Iur. dot.* in dem Falle, wo der Nießbrauch einem Dritten cedirt wird, verordnet, der Nießbrauch solle alsdann nicht auf den Dritten übergehn, sondern an den Eigenthumsherrn wieder zurück fallen y). Beyde Verordnungen scheinen die Meinung der genannten Rechtsgelehrten aufs vollständigste zu rechtfertigen. Denn, wenn es wahr ist, daß eine solche Cession von gar keiner Wirkung sey; wenn es ferner wahr ist, daß durch eine solche Cession die Nutznießung wieder an den Proprietar zurück falle: so scheint auch die Schlußfolge richtig, und jene Meinung allerdings gegründet zu seyn. Eine genauere Ansicht beyder Gesetzstellen aber wird hoffentlich jeden überzeugen, daß daraus keinesweges dasjenige sich beweisen lasse, was gleichwohl daraus erwiesen werden soll, daß man im Gegentheil vermöge beyder Gesetzstellen mit andern Rechtsgelehrten z) behaupten müsse, die Cession des Nießbrauchs sey ganz nichtig, so, daß weder der Cessionar oder derjenige, an den die Abtretung geschehen ist, noch der Proprietar, daraus einiges Recht bekommt, sondern der Usufructuar seinen Nießbrauch be-

de Vsufr. Alteserra Recitatt. quotidd. Tom. II. p. 92. de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. II. tit. Quib. mod. vsufr. amitt. quaest. 3. p. 19. sqq. ed. nouiss. Giphanius Disputt. ad Institutt. disp. II. thes. 157. num. 133. Hahn Colleg. polem. ad Institutt. num. XXXVIIII. Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. tit. Quib. mod. vsufr. amitt. §. 8. Kulpis Diss. de consolidatione. §. 25. (in disser. tatt. acadd. Argent. 1705.) *Wernher Lectiss. commentatt. ad Pandect. tit. Quib. mod. vsufr. amitt. §. 4.* u. a. m.

y) Quoniam diximus, (sind seine Worte) vsumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, *nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum.*

z) *Struv Synt. iur. ciuil. Tom. I. Lib. VII. tit. III. §. 35. p. 768. Galuanus de vsufr. cap. XXXVIII. num. 12. p. 555. Jqq. ed. nouiss. Noodt de vsufr. Lib. II. cap. X. van de Water Obseruatt. iur. rom. Lib. III. cap. XI. Broeus Com. in*

behält, eben so, als ob er ihn nicht cedirt hätte. Zwar sagt Justinian in der Institutionenstelle: *cedendo extraneo nihil agitur*, und Pomponius in der Pandectenstelle: *nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum.* Allein was die erstere Stelle anbetrifft, so kann wohl der Ausdruck: NIHIL AGI, nicht so viel heißen, der Nießbrauch gehe verloren, sondern nur so viel, die Cession sey von keiner Wirkung. Daß der erwähnte Ausdruck so verstanden werden müsse, läßt sich theils mit großer Wahrscheinlichkeit aus andern Gesetzen a) schließen, theils mit völliger Gewißheit aus dem Inhalte jener Institutionenstelle behaupten. Der Kayser setzt darin die Cession, welche dem Proprietar, und die, welche einem Extraneus geschieht, einander entgegen. Von der erstern sagt er, daß durch sie der Nießbrauch aufhöre; hingegen von der letztern redet er nicht so. Hätte er beyde Cessionen mit einander verbinden, beyden gleiche Wirkung beylegen wollen, so würde er gewiß einerley Ausdrücke von ihnen gebraucht haben. In der *L.* 66. *D. de Iur. dot.* heißt es freylich, wenn der Nießbrauch einem Dritten abgetreten würde, so solle er nicht bey diesem bleiben, sondern an den Proprietar wieder zurück fallen; aber wann oder zu welcher Zeit solches geschehen solle, bestimmt das Gesetz nicht. Nur das ist aus demselben ersichtlich, daß nicht sogleich, wenn der Nießbrauch einem Dritten cedirt wird, der Proprietar solchen wieder erlange. Denn die Worte reuersurum esse bezeichnen nicht die gegenwärtige, sondern die zukünftige Zeit. Man wendet gegen diese Erklärung verschiedenes ein, aber gewiß ohne Grund; denn selbst die Schlußworte des Gesetzes: vt ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat, rechtfertigen die Erklärung, da ausdrücklich das

Institutt. ad §. 3. de Vsufr. Brencmann de legis Remmiae exitu, cap. XI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. III. p. 1603.) a Costa Com. in Institutt. ad §. 3. de Vsufr. Otto Com. in Institutt. ad §. eamd. Crell Diss. ad L. 66. D. de Iur. dot. (Vitemb. 1739.) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 372. *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1125. p. 314. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 13. p. 159. ed. nouiss. Westphal l. l. cap. XXX. §. 946. p. 664.* u. a. m.

a) *L.* 25. §. 3. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat. L.* 2. *D. de Pignerat. act. L.* 21. §. 4. *D. Quod. met. causs.*

dadurch angedeutet wird, daß das Recht auf den Nießbrauch bey dem Manne bleibe.

Die Gegner urgiren zwar noch, durch die Cession werde die zum Nießbrauche gegebene Sache gemißbraucht, derjenige, der den Nießbrauch nicht behalten wolle, sey desselben unwürdig, er erlasse durch die Cession sein Recht; alle diese Einwürfe aber sind so schwach, daß es eine undankbare Arbeit seyn würde, der Reihe nach ihre Blöße zu zeigen. Der Verlust eines Rechts ist eine Art von Strafe, und kann folglich nur da statt finden, wo ihn die Gesetze auf eine rechtswidrige Handlung namentlich gesetzt haben. An dergleichen Gesetzen fehlt es aber im gegenwärtigen Falle ganz; es existirt kein einziges Gesetz, welches hier von der Regel, nach welcher eine sonst ungültige Cession nur die Wirkung hat, daß zwar der Cessionar kein Recht auf die cedirte Sache erlangt, solches aber doch bey dem Cedens bleibt b), eine Ausnahme machte.

§. 635. 636.

Handelten wir bis jetzt von den **Befugnissen** des Nießbrauchsnehmers, so gehen wir jetzt zu den **Pflichten** desselben über. Diese nun bestehn darin:

1) er muß die Substanz der Sache lassen, wie sie ist. Ohne Einwilligung des Proprietars darf er daher die Form der Sache nicht ändern, er darf derselben eigenmächtig keine andere Gestalt geben, gesetzt auch, daß die Veränderung nützlich wäre, daß die Sache dadurch verbessert würde c), da selbst in diesem Falle dem Proprietar aus mehreren Gründen, z. B. wegen des größern Aufwandes, den die Sache

b) *L.* 20. *D. Ex quib. cauſſ. maior. L.* 38. §. 1. *D. de Solat.*

c) *L.* 7. §. *vlt. et L.* 8. *D. de Vſufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Beyde Stellen stehn mit einander in genauem Zusammenhange. Die erste verbietet dem Usufructuar, etwas von demjenigen wegzureißen, was auf dem usufructuarischen Fundus gebauet ist; dann folgt die zweyte, worin es mit dürren Worten heißt: quamuis melius repoſiturus (*fructuarius*), quae ſententia vera. Ueberhaupt wird in der ersten verordnet, der Usufructuar sey befugt, Felder und Gärten aufs beste anzubauen, und nicht allein was nothwendig ist, sondern was zum Divertissement gereicht, in bessern Stand zu setzen, die Anlage im Ganzen aber dürfe er ohne Bewilligung des Proprietars nicht ändern, wenn solches auch vortheilhaft seyn sollte. *cf. L.* 14. *et L.* 44. *D. eod.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0187 DFG

jetzt erfordert, u. s. w. daran gelegen seyn kann, daß der Usufructuar die Veränderung nicht gemacht hätte d). So z. B. steht es dem Usufructuar nicht frey, in dem Hause, an welchem er die Nutznießung hat, eine Stube zu verkleinern, oder zu vergrößern; es steht ihm nicht frey, die Wiese in einen Acker, oder den Acker in eine Wiese zu verwandeln e).

2) Er

d) *L.* 13. §. 6. *D. eod.* Si tamen, quae instituit vsufructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum adparatum sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius: non videbitur viri boni arbitratu frui, sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. Neue Gebäude ist der Usufructuar nur dann aufzuführen befugt, wenn solche nöthig sind, um das Grundstück gehörig bewirthschaften zu können. Der Apparat, dessen hier erwähnt wird, ist, wie man aus dem vorhergehenden §. 5. sieht, ein solcher, der zu Bergwerken gebraucht wird. *Faber Rationall. ad Pandect. h. l.* will für legulorum lesen figulorum; Cujaz versteht unter *legulis* diejenigen, welche Oliven lesen. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß das Wort bey Varro und andern alten Scribenten wirklich dergleichen Leute bezeichnet; allein wie kann man ihm diese Bedeutung hier beylegen, wo von Metallifodinen die Rede ist, in welchen doch wahrlich keine Oliven gelesen werden. Das Wort legulus hat verschiedene Bedeutungen; man findet bisweilen auch *legulus auri*, worunter kein anderer zu verstehn ist, als der, qui aurum ex cauernis terrae legit et conligit. *cf. Sammet Opusc. p.* 231. *L.* 61. *D. eod.* Vsufructuarius nouum riuum parietibus non potest inponere. Aedificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter vti non possit. Sed nec eius quidem vsumfructum esse. Nisi in constituendo, vel legando vsufructu, hoc specialiter adiectum sit, vt vtrumque ei liceat. Bey dieser an sich deutlichen Stelle befremdet weiter nichts, als das Wort *riuum*. Cujaz *Observatt. et emendd. Lib. I. cap. XXXVI.* will *rectorium* dafür lesen, und diese Emendation wird dadurch wahrscheinlich, weil in der *L.* 44. *D. eod.* des tectorii erwähnt wird, und beyde Stellen aus den Schriften des Neraz genommen sind. Accurs und Russard behalten riuum bey, und verstehn darunter genus quoddam stillicidii; ihnen folgt auch *Hottomannus Amicabb. responss. Lib. II. cap. XXXVI.* So behält auch *Noodt de vsufr. Lib. I. cap. XII.* das riuum bey, weil die Alten gewohnt gewesen seyen, augendae amoenitatis aedium caussa parietibus inponere riuos aquae fluentis. *Merillius Variantt. ex Cuiac. Lib. III. cap. I.* verwirft ebenfalls die Emendation von Cujaz, und will die florentinische Lesart aus dem von Noodt angeführten Grunde beybehalten wissen. Eben so *Huber Eunom. rom. h. l.* In Ansehung der Befugniß des Usufructuars, einen angefangenen Bau zu vollenden, distinguirt Huber inter vsumfructum bonorum in genere, et specialem domus vsumfructum.

e) *cf. L.* 13. §. *pen. L.* 44. *et L.* 73. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat, fruat.*

2) Er muß die Sache so gebrauchen, wie ein guter Haushälter seine eigenen Sachen gebraucht. Hat er z. B. den Nießbrauch eines Waldes, so darf er ihn nicht ausroden, sondern er muß ihn forstmäßig benutzen f); hat er den Nießbrauch einer Heerde, so muß er an die Stelle der abgegangenen Stücke andere, von der Heerde gezogene, junge substituiren g); anzukaufen braucht er keine h). Auch ist er dazu nicht verbunden, daß er an der Sache schlechterdings nichts verderbe. Wird die Sache durch ordnungsmäßigen Gebrauch verdorben, so hat der Usufructuar deswegen nichts zu ersetzen i). Andere Deteriorationen aber ist er zu vergüten gehalten k), wie fern ihm culpa leuis beygemessen werden kann l).

f) *L.* 9. §. 7. *L.* 10. *L.* 48. §. 1. *et L.* 59. §. 2. *D. eod.* S. oben §. 633.

g) *L.* 68. §. 1. 2. *et L.* 69. *D. eod.* Foetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. Plane si gregis, vel armenti sit vsusfructus legatus: debebit ex adgnatis gregem subplere: id est, in locum capitum defunctorum. Vel inutilium alia submittere: vt, post substituta, fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque, ex natura fructus, desinunt eius esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est; et quum substituit, desinit eius esse. In Ansehung desjenigen, was Ulpian von den Jungen des Viehes sagt, scheinen die alten Juristen dissentirt zu haben, weil er sich auf den Sabin und Cassius beruft; es läßt sich daher mit Wahrscheinlichkeit schließen, daß die Proculejaner anderer Meinung waren. *cf. Paulus Receptt. sententt. Lib. III. tit. VI.* §. 20. In der *L.* 69. lieset *a Costa Com. in Institutt. ad* §. 38. *de Rer. diuis.* anders, nehmlich: vt, post substituta, fiant *priora* fructuarii. Diese Emendation billiget auch *Noodt l. l. cap. XVII.* wegen der *L.* 18. *D. eod.* sowohl, als der nachfolgenden Worte dieses Gesetzes selbst, wodurch sie offenbar begünstigt wird. Die Worte: *Nam alioquin* u. s. w. geben zu erkennen, daß auch bey andern Früchten das nämliche Rechtens seyn solle.

h) Die Gesetze supponiren, daß die Heerde nicht vollzählig ist, auch Junge vorhanden sind, mit welchen sie vollzählig gemacht werden kann. *L.* 70. *D. eod. cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXII.* §. 711 — 715. p. 472. *sqq.*

i) *L.* 9. §. 3. *D. eod.*

k) *L.* 9. *pr. et L.* 15. §. 1. 3. *D. eod.*

l) In der *L.* 65. *pr. D. eod.* sagt Pomponius: debet fructuarius omnè, *quod diligens pater familias in sua domo facit*, facere; und in der *L.* 2. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.* Paulus: fructuarius *custodiam* praestare debet.

3) Er muß die nöthigen Reparaturen vornehmen, in so fern die dazu erforderlichen Kosten mäßige sind, und unmittelbar auf den Genuß der Sache abzwecken, und zwar aus dem Grunde der Billigkeit, welchen Ulpian in Beziehung auf Celsus in der *L.* 7. §. 2. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* angiebt, weil er allen Nutzen von der Sache zieht. Quoniam (sagt er) omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi, Celsus scribit (Celsus) lib. XVIII. Digestorum. Hactenus tamen, vt sarta tecta habeat. Si qua tamen vetustate conruissent, neutrum cogi reficere: sed si heres refecerit, passurum fructuarium vti. Vnde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit: si quae vetustate conruerunt, reficere non cogitur. Modica igitur refectio ad eum pertineat, quoniam et alia onera adgnoscit, vsufructu legato: vt puta, stipendium, vel tributum, vel sallarium, vel alimenta ab ea re relicta, et ita Marcellus lib. XIII scribit. Der Jurist Celsus stand im Zweifel, wie weit die Verbindlichkeit des Usufructuars, die Sache im gehörigen Stande zu erhalten, sich erstrecke, und was darunter begriffen sey. Ulpian wollte dies daher durch die Distinction zwischen mäßigen und unmäßigen Refectionen dessen, was durch Länge der Zeit wandelbar geworden ist, bestimmen. Reparaturen der erstern Art, solche z. B., die wegen ihres geringen Kostenaufwandes den Usufructuar nicht sehr incommodiren, oder doch im Verhältniß mit den zu ziehenden Nutzungen unbeträchtlich sind, muß der Usufructuar übernehmen; hingegen Reparaturen der letztern Art, ist so wenig er als der Proprietar vorzunehmen gehalten, diese können von ihm sowohl, als diesem, vernachlässiget werden. Gesetzt aber, der Usufructuar übernimt dergleichen unmäßige Refectionen demungeachtet, was ist alsdann Rechtens? Da er zur Uebernahme derselben nicht verbunden war, die aufgewandten Kosten aber zu den nothwendigen gehören, indem sie zur Conservation der Substanz der Sache dienten, so versteht es sich von selbst, daß er sie nach Beendigung des Nießbrauchs zurück fordern kann, wenn alsdann das Pretium derselben noch vorhanden ist.

4) Er muß alle auf der Sache haftenden dinglichen m) Lasten

m) Die Leistungen, welche aus einer persönlichen Verbindlichkeit herrühren, braucht er begreiflich nicht zu entrichten.

Lasten tragen, quoniam, omnis fructus rei ad eum pertinet, wie es in der so eben angeführten *L.* 7. §. 2. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* heißt. Der Usufructuar zieht alle Nutzungen von der Sache; wer aber diese zieht, muß billig auch die Beschwerden tragen. Daher ist der Usufructuar verbunden, die von der Sache zu entrichtenden ordentlichen (onera *ordinaria s. stata*) n) sowohl als außerordentlichen (*extraordinaria s. repentina*) o) Abgaben zu bezahlen, z. B. Steuren, Zehnten, unablösliche jährliche Renten, Salarien

n) *L.* 27. §. 3. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquae ductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit. Sed et si quid ad conlationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus, sed et si quid municipio, viliore pretio, addicere solent et fisco fusiones praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. Haloander und einige Manuscripte haben *functiones* für *fusiones*. Aber es ist nichts ungewöhnliches, daß das Wort fusio gebraucht wird, um eine Entrichtung oder Prästation, eine gewisse Art von Tribut anzuzeigen. *L.* 6. *Cod. Theod. de Indulgent. credit. Brissonius de verbor. significat. h. v.* bemerkt auch aus einem alten Glossarium, daß daselbst fusio übersetzt werde durch: ὑλισμὸς, εἰσφορὰ δημοσίων. *Forma aquaeductus* ist ein gemauerter Canal, durch welchen das Wasser geleitet wird. Zur Reparatur und Reinigung desselben mußten diejenigen jährlich contribuiren, durch deren Aecker die Wasserleitung gieng. *L.* 41. *D. de Act. emt. Stipendium* ist eine beständige jährliche Abgabe; *tributum* ein Beytrag zur Besoldung der Armee. *Cloacarium* ist eine Contribution, die zum Behuf der Reinigung der öffentlichen Cloake oder Schleusen von denjenigen prästirt wurde, welche die öffentlichen Cloake gebrauchten. Conlatio viarum ist das Geld, welches die Grundbesitzer für das Bessern und Pflastern der Wege erlegen mußten. *L.* 52. *D. eod.* Vsufructu relicto, si tributa eius rei praestentur, ea vsufructuarium praestare debere dubium non est, nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur, haec quoque ab herede dari. Faber bemerkt bey dieser Stelle, die Worte: *si tributa* u. s. w. seyen nicht so zu verstehn, als wenn der Nießbrauch unter der Bedingung legirt wäre, wenn der Legatar die Tribute prästiren würde, sondern die Worte characterisieren die eigenthümliche Beschaffenheit des Prädiums, vermöge welcher von demselben Abgaben entrichtet werden müssen, und das also von der Contribution nicht eximirt ist.

o) *L.* 28. *D. de Vsufr. leg.* Quaero, si vsusfructus fundi legatus est, et eidem fundo indictiones temporariae indictae sint, quid iuris sit? Paulus respondit, idem iuris esse, et in his speciebus, quae postea indicuntur, quod in vectigalibus dependendis responsum est: ideoque hoc onus ad fructuarium pertinet. *cf. Westphal l. l. cap. XXI. §. 678. p. 451.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0191
DFG

larien der Bedienten p), Einquartirungs- oder Soldatengelder, u. s. w. Belaufen sich inzwischen die Abgaben höher, als der Nutzen, wie in außerordentlichen Fällen, z. B. in Kriegszeiten, Mißjahren, u. s. w. leicht geschehen kann, so kann der Usufructuar dasjenige, was seinen ganzen Genuß übersteigt, vom Proprietar zurück fordern q), auch die Nutznießung, wenn er die Abgaben nicht länger tragen will, derelinquiren r).

Damit der Usufructuar allen diesen ihm von den Gesetzen auferlegten Verbindlichkeiten desto gewisser nachkommen möge, ist zum Besten des Proprietars die **usufructuarische Caution** (*cautio vsufructuaria*) eingeführt worden, die wir unten in einem eigenen Titel näher betrachten werden s).

p) Man sehe die vorhin angeführte L. 7. §. 2. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* worin der Salarien ausdrücklich erwähnt wird. In einigen Ausgaben steht jedoch solarium für salarium.

q) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CVI. med. 3. Thomasius Diss. de vsufructuario a contributionibus hostium immuni*, (Lipsiae 1723.) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Vsufr.* §. 38.

r) *Arg. L.* 64. *D. eod.* Quum fructuarius paratus est vsumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et vsufructuario hoc onus incumbit. Sed et post adceptum contra eum iudicium parato fructuario derelinquere vsumfructum, dicendum est absolui eum debere a iudice. In den Basiliken heißt es: ἀπολεγων τῇ χρήσει ὁ τὴν χρήσιν ἔχων οὐκ ἀναγκάζεται τὸν οἶκον ἀνανεοῦν ἐν οἷς ἡ τοιαυτη δαπανη αὐτω ἐπίκειται, ἀλλ' ἐλευθερουται; *vsumfructum derelinquens domum reficere non cogatur, in quibus casibus hic sumtus ei incumbit, sed absoluitur.*

s) *tit. Vsufructuarius quemadmodum caueat.*

LIB.

LIB. VII. TIT. II.

DE VSVFRVCTV ADCRESCENDO.

Wenn der Nießbrauch mit Bewilligung des Eigenthümers nicht durch eine Handlung unter den Lebendigen, sondern durch eine Handlung des Todes wegen, durch ein Vermächtniß nehmlich, constituirt worden ist: so kann zwischen mehreren Vermächtnißnehmern das **Zuwachsrecht** (*ius adcrescendi*) eintreten. Von diesem Zuwachsrechte der Collegatarien ist in den Fragmenten des vorliegenden Titels der Pandecten die Rede, und es sollte also davon eigentlich hier gehandelt werden. Da aber unten, im Titel *de Vsu, et usufructu, et reditu, et habitatione, et operis, per legatum, vel fideicommissum datis*, von der Acquisition der persönlichen Dienstbarkeiten durch letztwillige Verordnungen besonders gehandelt wird, so fand es Hellfeld für gut, die Lehre von dem erwähnten Rechte diesem Titel zu reserviren.

LIB. VII. TIT. III.

QVANDO DIES VSVSFRVCTVS LEGATI CEDAT.

Es sind bey den Vermächtnissen überhaupt zwey wichtige Fragen:

1) von welcher Zeit an bekommt der Legatar ein Recht auf das Vermächtniß?

2) wann kann er dessen Auslieferung verlangen?

zwey Fragen, welche die römischen Juristen so ausdrücken: quando dies legati cedit et venit? Unten, im Titel der Pandecten: *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*, werden sie nach Anleitung unsers Verfassers im Allgemeinen sowohl, als auch mit besonderer Hinsicht auf die Vermächtnisse der persönlichen Dienstbarkeiten erörtert werden.

LIB. VII. TIT. IIII.

QVIBVS MODIS VSVSFRVCTVS VEL VSVS AMITTATVR.

§. 637. — 641.

Gleichwie der Nießbrauch auf mancherley Art seine Existenz erhalten kann, so kann er auch auf verschiedene Weise zernichtet werden. Die Nutznießung ist, wie bekannt, eine persönliche Dienstbarkeit, und hört daher auf:

1) durch den natürlichen Tod des Usufructuars, nach deutlicher Vorschrift der Gesetze t). Dabey ist zu bemerken:

α) es geht doch an, jemandem den Nießbrauch für sich und seine Erben zu geben. Geschieht solches, so ist eigentlich ein vielfacher Nießbrauch bestellt, oder, wie Ulpian in der *L.* 38. §. 12. *D. de Verbor. obligat.* sagt: diuersi sunt fructus. Unter den alten Juristen wurde zwar darüber gestritten, ob ein Vermächtniß, mittelst dessen man einem und seinen Erben den Nießbrauch hinterläßt, gültig sey; Justinian aber entschied in der *L.* 14. *C. de Vsufr.* den Streit dahin, daß es gelten, jedoch nur auf die Erben des ersten Grades gehen sollte. Die Worte dieser merkwürdigen Verordnung lauten so:

t) *L.* 56. §. 1. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* *L.* 3. §. 3. *D. Quib. mod. vsusfr. vel vs. amitt.* *L.* 3. *pr. et L.* 10. *C. eod.* §. 3. *I. de Vsufr.*

Antiquitas dubitabat, si qūis fundum vel aliam rem cuidam testamento relinqueret, quatenus vsusfructus apud heredem maneret, si huiusmodi constaret legatum. Et quidam inutile legatum esse existimabant, quia vsusfructus numquam ad suam rediret proprietatem, sed semper apud heredem remaneret: et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres, et deinceps, successores vnius esse videantur, nec possit huiusmodi vsusfructus secundum veterem distinctionem solitis modis extingui. Alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimauerunt. Tales altercationes decidentes, sancimus, *et huiusmodi legatum firmum esse, et talem vsumfructum vna cum herede finiri: et illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittente, exspirare.* Quare enim iste vsusfructus sibi tale vindicet priuilegium, vt a generali interemtione vsusfructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc *et vsumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et vtile esse legatum* sancientes, huiusmodi pauciſſimis verbis totam eorum ambiguitatem deleuimus. Nach dieſer Verordnung muß nothwendig der Nießbrauch, wenn ihn auch der Teſtirer ausdrücklich mir und allen meinen Erben, nicht dem erſten allein, legirt haben ſollte, dennoch mit dem Tode des erſten Erben aufhören, weil kein Teſtirer einem Prohibitivgeſetze zuwider laufende Anordnungen machen kann. Wenn übrigens Hotomann, Bachov und Vinnius in ihren Commentarien v) behaupten, es ſey in der That nie ein Streit über dieſen Punct geweſen, Tribonian habe einen groben Fehler begangen, habe den Kayſer Juſtinian nur mit Schatten kämpfen laſſen: ſo iſt an ihrer Behauptung weiter nichts auszuſetzen, als daß ſie unrichtig iſt, wie ſchon Merill x), Strauch y), Heineccius z) und Weſt-

v) *Comm. ad §. 3. I. de Vſufr.*

x) *Merillius ad L. deciſſ. cap. XVI. (in opp. Tom. II, p. 48 ſqq.)*

y) *Strauch ad L. deciſſ. cap. VI.*

z) *Heineccius Noſt. ad Vinnii Com. in Inſtitutt. l. l. Tom. I. p. 253. ed. nouiſſ.*

Weſtphal a) bemerken. Man ſieht aus andern Geſetzſtellen, namentlich aus der *L.* 4. *D. Si vſuſſr. petat.* und der *L.* 6. *D. de Vſufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* deutlich, daß Julian und Cajus ein Vermächtniß, cuius vſumfructum vellet teſtator apud heredem manere, für gültig hielten. Beyde Rechtsgelehrte waren bekanntlich Sabinianer, und es iſt daher ſehr wahrſcheinlich, daß ihre Antagoniſten, die Proculejaner, anderer Meinung geweſen. Darf man ſich auch wohl darüber wundern, wenn über den Punct zwiſchen den erwähnten Secten Streit war, da auf der einen Seite fauor teſtamentorum für, auf der andern aber die geſetzlich beſtimmte Natur der Nutznießung b) wider die Gültigkeit eines ſolchen Vermächtniſſes ſich anführen ließ.

β) Wenn der Nießbrauch dem Vater durch den Sohn acquirirt worden iſt, ſo geht er ſo wenig durch Todesfall als Capitisdeminution verloren, es mag ſich das eine oder das andere in der Perſon des Vaters oder des Sohns ereignen. Und was in dieſer Hinſicht von Vätern und Söhnen gilt, das iſt auch bey Herren und Sclaven Rechtens. In der *L. vlt. C. de Vſufr.* reſcribirt Juſtinian folgendes: Ex libris Sabinianis quaeſtio nobis relata eſt, per quam dubitabatur, ſi vſusfructus per ſeruum adquiſitus, vel per filium familias, capitis deminutione filii magna vel media, vel morte, vel emancipatione, vel ſerui quacumque alienatione, vel morte, vel manumiſſione poſſit adhuc remanere. Et ideo ſancimus in huiuſmodi caſibus, *neque, ſi ſeruus vel filius familias in praefatos caſus inciderit, interrumpi patri vel domino vſumfructum, qui per eos adquiſitus eſt, ſed manere intactum. Neque ſi pater magnam capitis deminutionem vel mediam paſſus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemtus, vſumfructum*

a) *Weſtphal Interpretatt. de libert. et ſeruiutt. praed. Sect. III. cap. XXX. §. 936. p. 657. ſq.*

b) Es heißt ja in ſo vielen Geſetzen geradezu: ius fruendi morte exſtingui, ſicuti, ſi quid aliud, quod perſonae cohaeret.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0197 DFG

perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur. Vsumfructum enim per eum adquisitum apud eum remanere post patris calamitatem oportet, quum plerumque verisimile sit, testatorem contemplatione magis filii, quam patris, vsumfructum ei reliquisse. Auch über diesen Punct dissentirten die alten Rechtsgelehrten. Einige glaubten, die einem Hausſohne oder Sclaven hinterlassene Nutznießung werde durch Emancipation, Manumission, u. s. w. zernichtet, und dauere nicht in der Person des Hausvaters oder Herrn fort, weil sie vom Sohne und vom Sclaven herkam. Andere waren entgegengesetzter Meinung, weil die Nutznießung eigentlich nur in der Person des Hausvaters und Herrn bestand. Ohne Zweifel nahmen diese letztern auch an, daß der Nießbrauch des Sohnes verloren gehe, wenn der Vater eine Capitisdeminution litt, oder starb. Justinian aber decidirt hier aus leicht zu errathenden Gründen in contrarium. Er hatte nehmlich durch eine schon zwey Jahre zuvor erlassene Verordnung in der *L. 6. C. de Bon. quae lib.* fest gesetzt, wenn dem Sohne die Nutznießung hinterlassen werde, so solle solches mehr contemplatione *filii*, als *patris*, für geschehen geachtet werden. — Was ist aber Rechtens, wenn

γ) der Nießbrauch einer moralischen Person, die nicht stirbt, gegeben ist? Wie wir oben, c) gehört haben, nennt man eine moralische Person mehrere physische Personen, die einerley Rechte, einerley Zustand haben, und deswegen als eine Person angesehen werden. Gesetzt nun, es wird einer Gesellschaft im Staate, und zwar einer solchen, die auf ewig eingegangen ist, z. B. einer Stadtgemeinde, ein Nießbrauch gegeben; wie lange dauert dieser Nießbrauch? Wir wollen die deshalb gegebenen Gesetze selbst darüber hören. Sie sind die *L. 56. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* und die *L. 8. D. de Vsufr. leg.* In jener heißt es: An vsufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret: quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est,

c) §. 88. 113.

eſt, qua ratione proprietas inutilis eſſet futura, ſemper abſcedente vſufructu. Sed tamen placuit dandam eſſe actionem. Vnde ſequens dubitatio eſt, quouſque tuendi eſſent in eo vſufructu municipes? Et placuit, centum annis tuendos eſſe municipes: quia is finis vitae longaeui hominis eſt; und in dieſer: Si vſusfructus municipibus legatus erit, quaeritur, quouſque in eo vſufructu tuendi ſint: nam ſi quis eos perpetuo tuetur, nulla vtilitas erit nudae proprietatis, ſemper abſcedente vſufructu: vnde centum annos obſeruandos eſſe conſtat, qui finis vitae longiſſimus eſſet. Anfänglich konnten Städte und Gemeinheiten aus letzwilligen Verordnungen gar nichts erhalten, man konnte ihnen ſo wenig fideicommittiren als legiren d), und damals wäre es alſo eine unnütze Frage geweſen, ob ihnen wohl nicht ein Vermächtniß des Nießbrauchs hinterlaſſen werden könne. Nachdem ſie aber unter dem Kayſer Hadrian der Fideicommiſſe, und unter dem Kayſer Marcus auch der Vermächtniſſe fähig geworden waren e), ſo entſtand nun die aus den in der erſten Geſetzſtelle angeführten Gründen allerdings bedenkliche Frage: ob ihnen auch die Nutznießung legirt werden könne? Dieſe Frage wurde mit ja beantwortet. Aber nun entſtand eine zweyte Frage: wie lange ſoll dieſe Nutznießung dauern? Die Geſetze ſagen hundert Jahre, weil ſie einen hundertjährigen Zeitraum für das höchſte menſchliche Lebensziel halten f). Durch Capitisdeminution, heißt es, könne bey Municipien der Nießbrauch nicht leicht verloren gehn; aber möglich war es dennoch, da ſich bey ihnen wirklich eine Capitisdeminution ereignete, wenn ſie des Bürgerrechts be-

d) *cf. Grollmann Diſſ. de legato collegio relicto*, (Gieſſae 1719.) *Otto Diſſ. de legato vniuerſitati relicto*, (Vltrai. 1735.)

e) *L. 73. §. 1. L. 117. et L. 122. pr. D. de Legat. 1.*

f) *cf. L. vlt. C. de ſacroſanct. eccleſ.* Dem Fiscus kann, wie Avezan und Cujaz behaupten, der Nießbrauch ſchlechterdings nicht vermacht werden, weil bey ihm das Vermächtniß ewig ſeyn würde. A re publica, quae in multis priuati hominis iura habet, non valet argumentum ad fiſcum, quum is nec capitis deminutionem patiatur ſagt Avezan.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0199
DFG

beraubt, und in ein Dorf oder eine Präfectur verwandelt, oder benachbarten Civitäten untergeordnet wurden g).

2) Nach beendigtem Nießbrauche kehrt nicht nur die Sache selbst an den Proprietar zurück, der nun wieder über dieselbe das vollkommenste Eigenthumsrecht ausübt h), sondern er erhält auch zugleich die auf derselben befindlichen, und noch nicht von der Substanz getrennten Früchte i), wiewohl billig unter der Verbindlichkeit, den Erben des Usufructuars die Kosten zu vergüten. Aber die bereits percipirten Früchte erwerben die Erben des Usufructuars durchgängig k). Nur in Absicht der bürgerlichen Früchte ist fest gesetzt worden, daß

a) die bürgerlichen Früchte im engern Verstande (fructus ciuiles *in specie tales*) den Erben des Nutznießers nur alsdann zuge-

g) In der *L.* 21. *D. Quib. mod. vsufr. vel vs. amitt.* wird versehen: Si vsufructus ciuitati legetur, et aratrum in eam inducatur, ciuitas esse desinit: vt passa est Carthago: ideoque quasi morte desinit habere vsumfructum.

h) §. 4. *I. de Vsufr.*

i) *L.* 13. *D. Quib. mod. vsufr. vel vs. amitt.* Si fructuarius messem fecit, et decessit: stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait: spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse, fructumque percipi, spica aut foeno caeso, aut vna ademta, aut excussa olea: quamuis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed vt verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter obseruandum de ea olea, quae per se decideriit. Iulianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit: bonae fidei autem possessoris, mox quum a solo separati sint. Evident gründet sich diese Verordnung auf die Maxime, daß Früchte, so lange sie nicht eingesammlet worden, ein Theil der Substanz sind. Zwischen dem Besitzer im guten Glauben und dem Usufructuar ist der Unterschied, daß letzterem nur diejenigen Früchte gehören, die er selbst, oder ein anderer in seinem Namen, eingesammlet hat, ersterer hingegen alle vom Boden separirte Früchte erhält, ohne Unterschied, er mag sie selbst davon separirt haben, oder es mag es ein anderer in seinem Namen gethan haben, sollte es auch zufälliger Weise, ja wohl gar wider Wissen und Willen des Besitzers geschehen seyn. *cf. L.* 25. §. 1. *D. de Vsur. L.* 48. *D. de Adquir. rer. domin. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXXI. §.* 962. *p.* 679. *sq.*

k) §. 36. *I. de Rer. diuis.*

zugehören sollen, wenn sie vor dem Tode desselben bereits fällig waren;

b) diejenigen bürgerlichen Früchte aber betreffend, die die Stelle der natürlichen vertreten (fructus ciuiles *naturalibus subrogati*), so sollen diese, wenn sie von einer Sache fallen, welche durchgängig ununterbrochenen und gleichmäßigen Nutzen gewährt, zwischen den Erben des Usufructuars und dem Proprietar nach dem Zeitraume des bestehenden Nießbrauchs vertheilt werden l); wenn sie aber von einer Sache bezogen werden, die nur zu gewissen Zeiten Nutzen leistet, nur dann den Erben des Usufructuars zukommen, wenn die natürlichen Früchte bereits bey Lebzeiten des Nutznießers von der Substanz abgesondert waren, sonst aber dem Proprietar m).

2) Durch den bürgerlichen Tod des Usufructuars, das heißt, durch die größte und mittlere Capitisdeminution. In der *L.* 16. §. 2. *C. de Vsufr.* sagt Justinian: Neque per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum inminere nostris patimur subiectis, (quare enim, si filius familias fuerit is qui vsumfructum habet forte ex castrensi peculio, vbi nec patri vsusfru-

l) *L.* 26. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Si operas suas locauerit seruus fructuarius, et inperfecto tempore locationis vsusfructus interierit, quod supereſt, ad proprietarium pertinebit. Sed et si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit, capite deminuto eo, idem dicendum est. In den Basiliken steht: εἰ δὲ καὶ ὅλον ἐξ ἀρχῆς ἐπερωτήσει, ποσὸν ὑπὲρ ὅλων ὑπηρεσίων, καὶ ὑποζῇ καταςάσεως ἐναλλαγὴν ὁ χρῆσιν ἔχων, τὸ αὐτὸ λεγομεν; *sed etsi ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit, et fructuarius capite deminutus sit, idem dicemus.*

m) *L.* 58. *pr. D. eod.* Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis: quaesitum est, vtrum pensio heredi fructuariae solui deberet, quamuis fructuaria ante Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit: an diuidi debeat inter heredem fructuariae, et rem publicam, cui proprietas legata est? Respondi, rem publicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0201 DFG

fructus adquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat)? sed secundum quod definitum est, tunc eum tantummodo desinere, quum vsufructuarius, vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia exspirare: nisi praedictae exceptionis vigor reclamauerit, excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem vel ciuitatem romanam possit adimere. Tunc etenim vsusfructus omnimodo ereptus, ad suam reuertatur proprietatem. Nach dem Zeugnisse des römischen Rechtsgelehrten Paulus n) wurde in den älteren Zeiten der Nießbrauch auch durch die geringste Capitisdeminution, nehmlich durch Arrogation, Adoption und Emancipation, zernichtet. Bey der Arrogation ist der Grund davon leicht einzusehn. Da nehmlich nach geschehener Arrogation alles, was dem Arrogirten gehörte, vom Arrogator acquirirt wurde o), so mußte nothwendig der Nießbrauch, der nun nicht mehr in der Person des Arrogirten bestehen konnte, entweder zugleich mit auf den Arrogator transferirt werden, oder auf den Proprietar zurück fallen. Jenes ließ die Natur des Nießbrauchs, als einer persönlichen Dienstbarkeit, nicht zu, mithin blieb weiter nichts übrig, als daß er mit der Proprietät consolidirt wurde. Bey der Adoption und Emancipation aber findet dieser Grund nicht statt, daher dann einige Rechtslehrer, wie z. B. Bachov p), auf den Gedanken gerathen sind, daß nach dem alten Rechte bloß die Arrogation allein den Verlust des Nießbrauchs nach sich gezogen habe. Aber wie ist es möglich, dies zu äussern, da es Paulus ausdrücklich auch von der Adoption bezeugt, und zwar von der eigentlichen Adoption, die der Arrogation entgegen gesetzt wird q). Eben so deutlich bezeugt es Justinian in der angezogenen Gesetzstelle auch von der Emancipation, und hätte nicht auch diese die Wirkung gehabt, so wäre es ja vergeblich gewesen, die Frage aufzuwerfen, ob der Nießbrauch, welcher dem Vater durch den Sohn acqui-

n) Paulus *Recepti. sententt. Lib. III. tit. VI. §. 29. (in Schultingii Iurisprudent. anteiust. p. 362. ed. nouiss.)*

o) *L. 15. D. de Adopt. L. pen. §. 2. D. de Bonor. possess. sec. tab.*

p) *Bachouius Com. ad §. 3. I. de Vsufr.*

q) Si ex *adrogatione* vel *adoptione* statum mutaueris, sagt er.

acquirirt worden ist, durch Emancipation des letztern aufhöre, eine Frage, die gleichwohl der Kayser in der *L. vlt. D. eod.* entscheidet. Da nach dem alten Rechte der Hausſohn außer dem castrensischen Sondergute nichts eigenthümliches hatte, so konnte wohl der Verlust eines dem Sohn selbst zuständigen Nießbrauchs nur in Ansehung dieser Gattung des Peculiums zur Sprache kommen. Und diesen Fall macht ja auch Justinian in seiner Verordnung namhaft: der dadurch dem Sohne acquirirte Nießbrauch, sagt er, sey nach dem alten Rechte durch die Emancipation verloren gegangen. Das nämliche geschah nach Paulus auch bey der eigentlichen Adoption, und zwar, wie Schulting r) und Vinnius s) richtig bemerken, wegen der bekannten Wirkungen der Emancipation und Adoption auf Seiten der Kinder, indem sie theils in eine erdichtete Sclaverey geriethen, theils jetzt als ganz andere Menschen angesehen wurden t). Ob aber nicht der so iuris subtilitate zernichtete Nießbrauch aus dem Edict *de capite minutis* habe restituirt werden müssen, eben so, wie die meisten auf solche Art zernichteten Obligationen wieder hergestellt wurden, ist eine andere Frage. Bachov v) behauptet dies zwar; allein nicht alle durch die Capitisdeminution verlorenen Rechte wurden restituirt. Denn so war es z. B. gleich bey der Tutel und der hereditas legitima nicht der Fall. Zudem stellte der Prätor die Obligationen deswegen wieder her: ne contra naturalem aequitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipirte und Adoptirte aber konnten sich gar nicht de facto alieno beklagen, da die Emancipation und Adoption mit ihrer Einwilligung geschah. Dem sey indessen, wie ihm wolle, genug, Justinian hob in der angeführten *L.* 16. §. 2. *C. de Vsufr.* das alte Recht auf, indem er verfügte, der Nießbrauch solle nicht mehr durch die geringste Capitisdeminution zernichtet werden. Aus was für Gründen aber? Einige sagen: deswegen, weil Justinian in der *L. vlt. C. de Emancipat. lib.* die Feyerlichkeiten der alten Emancipation abgeschafft habe. Aber dieser Grund

r) *Schulting Nott. ad Pauli Sententt. receptt. l. l.*

s) *Vinnius Com. ad §. 3. I. de Vsufr.*

t) S. oben *tit. de Adopt. et emancipat.*

v) *Bachouius l. l.*

hält nicht Stich, da jene Verordnung erst späterhin nach der *L.* 16. §. 2. *C. de Vsufr.* erlassen wurde. Andere führen zum Grunde an: Justinian sey doch damals wenigstens schon Willens gewesen, den Scheinverkauf bey der Adoption und Emancipation durch die *L. vlt. C. de Emancipat. lib.* aufzuheben. Dies ist unerweisliche Conjectur. Vielleicht hielt es der Kayser für unbillig, daß der Hausſohn den schon während der väterlichen Gewalt nicht dem Vater, sondern ihm selbst zuständigen Nießbrauch nach geschehener Emancipation verlieren solle x).

3) Durch den **Untergang der Sache, welche im Nießbrauche ist.** Der Untergang der Sache heißt hier so viel, als die Sache bleibt nicht, was sie war, sie hört entweder gänzlich auf, oder wird wenigstens so verändert, daß sie ihren vorigen Namen nicht mehr behält. Also z. B. der Nießbrauch einer Kuh hört auf, wenn sie krepirt; der Nießbrauch eines Gebäudes, wenn es im Feuer aufgeht; der Nießbrauch eines Ackers, wenn er überschwemmt, und in einen Teich verwandelt wird, und umgekehrt der eines Teiches, wenn er austrocknet, und dadurch zum Acker wird y). Nur muß dieser Untergang der Sache nicht zeitlich seyn, sondern stets fortdauern. Habe ich z. B. den Nießbrauch eines Gartens, der Garten wird von einem Flusse überschwemmt, aber nur auf einige Zeit, die Ueberschwemmung ist nicht von immerwährender Dauer, so ist mein Nießbrauch nicht verloren z). Merkwürdig ist es, daß nach Vorschrift des römischen Rechts die Nutznießung eines Gebäudes, so wie der vsus, nicht auf dem Boden desselben fortdauert. Brennt z. B. das Gebäude, auf wel-

x) *cf. Westphal l. l. cap. XXX. §. 932. p. 653.*

y) *L.* 10. §. 2. 3. *D. Quib. mod. vsufr. vel vs. amitt.* Agri vel loci vsufructus legatus, si fuerit inundatus, vt stagnum iam sit, aut palus: procul dubio exstinguetur. Sed et si stagni vsufructus legetur, et exaruerit, sic, vt ager sit factus: mutata re, vsufructus exstinguitur.

z) In der *L.* 24. *pr.* D. *eod.* sagt Javolen: Quum vsumfructum horti haberem, flumen hortum occupauit, deinde ab eo recessit, ius quoque vsufructus restitutum esse Labeoni videtur, quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset. Ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupauit: nam si, alueo mutato, inde manare coeperit, amitti vsumfructum existimo, quum is locus aluei publicus esse coeperit, neque in pristinum statum restitui posse.

welchem mir der Nießbrauch zusteht, ab, so könnte ich doch den Platz noch als Garten benutzen; dazu aber bin ich nach den römischen Gesetzen nicht befugt. In der *L.* 5. §. 2. *D. Quib. mod. usufr. vel us. amitt.* sagt Ulpian: Rei mutatione interire vsumfructum placet; veluti vsusfructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt, vel exustae sunt: sine dubio exstinguitur. An et areae? Certissimum est, exustis aedibus, nec areae, nec caementorum vsumfructum deberi. Et ita et Iulianus. Den Grund dieser Verordnung setzen Noodt a) und Vinnius b) mit Recht darin: der Gebrauch, welchen man von einem Hause macht, ist ganz verschieden von dem Gebrauche eines leeren Platzes. Wenn also der Testirer den Gebrauch des Hauses legirt hat, so hat er den Nutzen nicht legiren wollen, welchen man von dem Grunde des Hauses (*area* domus) ziehn kann, sondern er hat vielmehr gewollt, daß, wenn die Sache den Nutzen nicht mehr leistet, den sie zur Zeit seiner Disposition leistete, sie an den zurückfallen solle, dem die Proprietät zusteht. Daß dieses Raisonnement richtig sey, sieht man deutlich aus dem, was der vom Ulpian citirte Julian in der *L.* 34. §. 2. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* beybringt. Vniuersorum bonorum, an singularum rerum vsusfructus legetur, hactenus interesse puto: quod si aedes incensae fuerint, vsusfructus specialiter aedium legatus peti non potest. Bonorum autem vsufructu

posse. Die Distinction zwischen einer Ueberschwemmung und einem verlassenen Flußbette hat allerdings guten Grund. Das neue Flußbette nimt die Natur des Flusses selbst an: es gehört mithin zu den Staatssachen in der engern Bedeutung, wovon ein öffentlicher und gemeiner Gebrauch jedem Mitgliede des Staats zukommt. Trit nach einiger Zeit der Fluß in sein altes Bette zurück, so wächst der verlassene neue Flußgrund den nächsten Uferbesitzern zu. Würde auch etwa das neue Flußbette ein ganzes Grundstück eingenommen haben, so mag gleichwohl der vorige Eigenthümer in dem Falle, wo der Fluß in das alte Bette zurück gegangen seyn sollte, stricta ratione auf jenes weiter keine Prätensionen machen; denn das Grundstück erscheint gegenwärtig in einer ganz veränderten Gestalt, weil es als Flußbette nicht mehr im Eigenthume des vorigen Besitzers sich befindet, und iure vicinitatis kann kein Theil desselben ihm zugeeignet werden. S. meine Civilistische Erörterungen, Samml. I. Num. I. S. 57. ff.

a) *Noodt de vsufr. Lib. II. cap. XI.*

b) *Vinnius l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0205 DFG

legato, areae vsuffructus peti poterit, quoniam, qui bonorum suorum vsumfructum legat, non solum eorum, quae in specie sunt, sed et substantiam omnis vsumfructum legare videtur: in substantia autem bonorum etiam area est. Es ist also ein Unterschied, ob jemand den Nießbrauch einer Sache unter einem allgemeinen Ausdrucke, z. B. eines Grundstücks, oder mit besonderer Angabe ihrer Bestimmung, z. B. eines Wohngebäudes, hat. Denn im erstern Falle behält der Nießbrauchsnehmer die Nutzung vom Grund und Boden, wenn auch das Wohngebäude ganz eingeäschert worden ist; im letztern Falle hingegen hört der Nießbrauch mit dem Untergange des Gebäudes auf c). Doch ist auch hier voraus zu setzen, daß das Gebäude gänzlich zu Grunde gegangen sey, und zwar plötzlich auf einmal; ist die Substanz nur zum Theile zerstöhrt, oder die Veränderung derselben nur allmählig nach und nach geschehen, so hört der Nießbrauch nicht auf d), obgleich übrigens darauf nichts ankommt, ob die Destruction des Gebäudes vom Testirer selbst, dem Stifter des Nießbrauchs, oder nach dessen Tode geschehen ist e). Lebt aber nicht mit der Wiederherstellung der Sache auch die Servitut wieder auf? Dingliche Servituten revivisciren f), persönliche aber nicht, also auch der Nießbrauch nicht. So lehrt Ulpian in der *L.* 10. §. 7. *D. Quib. mod. vsuffr. vel vs. amitt.*, wenn er sagt: In nauis vsufructu Sabinus scribit: si quidem per partes refecta sit, vsumfructum non interire: si autem dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla praeterea adiecta, restaurata sit, vsumfructum exstinctum: quam sententiam puto veriorem. Nam etsi domus fuerit restituta, vsusfructus exstinguitur. Vergleicht man mit dieser Stelle die *L.* 83. §. 5.

c) *cf.* L. 8. *L.* 9. *et L.* 10. *pr.* §. 1. 7. D. *Quib. mod. vsuffr. vel vs. amitt.*

d) *L.* 53. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Si cui insulae vsuffructus legatus est, quam diu quaelibet portio eius insulae remanet, totius soli vsumfructum retinet.

e) *L.* 10. §. 1. *D. Quib. mod. vsuffr. vel vs. amitt.* Non tantum, si aedes ad aream redactae sint, vsuffructus exstinguitur, verum etiam, si demolitis aedibus, testator alias nouas restituerit, plane si per partes reficiat, licet omnis noua facta sit, aliud erit nobis dicendum.

f) S. unten *tit. Quemadmod. seruitut. amitt.* §. 688.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0206
DFG

§. 5. *D. de Verbor. obligat.* und die *L.* 98. §. 8. *D. de Solut.* so scheint in Ansehung des Nießbrauchs an einem Schiffe unterschieden werden zu müssen, ob das Schiff in der Absicht zernichtet sey, um es aus den nämlichen Baumaterialien wieder herzustellen, oder ob es zernichtet sey in der Intention, die Baumaterialien zu etwas anderm zu gebrauchen. Im ersten Falle scheint es nach wirklich geschehener Refection das nämliche Schiff zu seyn, und der Nießbrauch zu revivisciren; im zweyten Falle hingegen ist der Nießbrauch ein für allemal erloschen, wenn auch das Schiff nachher mutato consilio aus den nämlichen Baumaterialien wieder hergestellt wird. So argumentirt wenigstens Westphal g) aus der Vergleichung der erwähnten Gesetzstellen h) mit dem Ausspruche Ulpians, ob er gleich zugiebt, daß sich die Sache mit einem Gebäude anders verhalte, daß der Nießbrauch an diesem ohne allen Unterschied nicht restaurirt werde, wenn es einmal bis auf den Grund abgerissen ist.

4) Durch die Consolidation; wenn der Proprietar den Nießbrauch an sich bringt, z. B. kauft, oder der Usufructuar die Proprietät acquirirt i).

5) Durch den Ablauf der Zeit und die Existenz der Resolutivbedingung. Der Nießbrauch exspirirt, wenn er auf eine gewisse Zeit ertheilt, und diese Zeit verflossen ist k).

6) *Resoluto iure constituentis* Wenn ein unwiderruflicher Eigenthumsherr einen Nießbrauch constituirt, und sein Eigenthum veräussert, so hört deswegen der Nießbrauch nicht auf, weil er ein dingliches Recht ist. Giebt hingegen ein widerruflicher Eigenthümer jemandem einen Nießbrauch, so wird sein Eigenthum entweder ex *nunc*, oder ex *tunc* resolvirt. Im letztern Falle hört der Nießbrauch auf, im erstern aber nicht.

Das

g) *Westphal l. l.* §. 913. *p.* 639.

h) In der ersten Stelle heißt es: Si nauem, quam spopondit, dominus dissoluit, et iisdem tabulis compegerit, quia eadem nauis esset, inciperet obligari; und in der zweyten: Si nauem, quam tu promisisti, dominus dissoluerit, deinde iisdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem nauis est, quam te daturum spopondisti, vt videatur magis obligatio cessare, quam exstincta esse.

i) *L.* 17. *et L.* 27. *D. Quib. mod. vsufr. vel vs. amitt.* Die eigentliche Bedeutung des Worts consolidatio zeigt *Strauch ad L. decis. p.* 132.

k) S. unten §. 690.

Das widerrufliche Eigenthum nehmlich hört bisweilen dergestalt auf, daß es ist, als ob ich es nie gehabt hätte, und daß der vorige Eigenthümer eine Realklage gegen jeden Besitzer der Sache anstellen kann; bisweilen hingegen bin ich nur verbunden, dem vorigen Eigenthümer die Sache herauszugeben, er kann deshalb eine Personalklage gegen mich anstellen, und mein Eigenthum hört erst von jetzt an auf, da er klagt. Im ersten Falle sagt man: dominium resolvitur *ex* tunc, im zweyten aber: resolvitur *ex* nunc. Ex tunc hört das Eigenthum auf, wenn durch einen Vertrag fest gesetzt ist, daß in einem gewissen Falle das Geschäft null und nichtig seyn solle, oder wenn ein Geschäft nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze oder seiner Natur nach unter gewissen Umständen gänzlich annullirt wird l). Wenn das Eigenthum ex *tunc* resolvirt wird, so trit die Regel ein: resoluto iure dantis, resoluitur ius adcipientis, das heißt, wenn der revocable Eigenthümer einer Sache einem Dritten ein Recht auf die Sache gegeben hat, und sein Eigenthum hört ex tunc auf, so erlischt auch das dem Dritten verstattete Recht. Z. B. jemand kauft ein Grundstück mit dem Beding, daß, wenn er das Kaufpretium binnen zwey Jahren nicht bezahlen würde, der Kauf nichtig seyn solle. Nun räumt er mir die Jagdgerechtigkeit auf dem Grundstücke ein, bezahlt aber den Kaufschilling in der gesetzten Zeit nicht; jetzt hört sein Eigenthum am Grundstücke, und zwar ex *tunc*, auf, folglich cessirt auch die mir ertheilte Jagdgerechtigkeit. Wenn hingegen das widerrufliche Eigenthum ex *nunc* aufhört, so hat jene Regel nicht statt. Z. B. es ist jemandem ein Grundstück geschenkt worden, er räumt mir die Jagdgerechtigkeit auf demselben ein. Nun begeht er eine Undankbarkeit gegen den Schenker; dieser nimt also das Grundstück zurück. Verliere ich in diesem Falle die mir ertheilte Jagdgerechtigkeit? Nein, denn das Eigenthum des Schenknehmers hört nur ex nunc auf m). So ist das schon oben n) erwähnte Princip: *resoluto iure dantis, resoluitur ius concessum*, näher zu bestimmen.

7) Durch

l) Vergl. oben §. 577. *num.* 4.

m) *cf. Vinnius Select. iur. quaestt. Lib. II. cap. V. Trummer Diss. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis*, (Lipsiae 1741.) *Graff Tr. de reditu dominii legali*, (Tub. 1724.)

n) §. 625. S. 129.

7) Durch den **Nichtgebrauch**. Bin ich zehen Jahre lang an dem Orte, wo die res vſufructuaria iſt, ſie ſey nun beweglich oder unbeweglich, **gegenwärtig**, ohne die Sache zu gebrauchen: ſo iſt der Nießbrauch erloſchen. Ein gleiches geſchieht auch alsdann, wenn ich **zwanzig** Jahre **abweſend** den Nießbrauch nicht ausgeübt habe. Jedoch wird

α) nach juſtinianeiſchem Rechte o) dabey auch die ſo genannte vſucapio libertatis erfordert p);

β) muß der vermittelſt des Nießbrauchs zu erhaltende Genuß nicht durch einen natürlichen Zufall q) oder durch Gewaltthätigkeit des Beſitzers der dienenden Sache r) abgehalten ſeyn s). Entſteht hingegen dieſes Hinderniß in der Perſon desjenigen, dem die Ausübung des Nießbrauchs zuſtand, oder wird durch deſſen Handlungen hervor gebracht, ſo geht die Nutznießung durch den Nichtgebrauch verloren, wenn er nicht zur rechten Zeit zur Ausübung derſelben wieder zurück kehrt t). Denn die Strafe des Verluſts trifft den Nießbrauchsnehmer ſeiner Nachläſſigkeit wegen.

γ) Der Nießbrauch muß bereits durch Quaſitradition conſtituirt worden ſeyn. Die einer zwar verſprochenen, aber noch nicht conſtituirten Nutznießung wegen ſtatt findende perſönliche Klage geht erſt mit dem Ablaufe von dreyßig Jahren verloren. Denn davon ſagt **Juſtinian** nichts ausdrücklich, vielmehr redet er nur von der dem Uſufructuar entgegen zu ſetzenden Exception, und auch bey den übrigen Servituten findet eine andere Verjäh-

o) *L. pen. C. de Vſufr.*

p) S. unten §. 689.

q) *L.* 12. §. 3. *D. de Vſufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.*

r) *L.* 1. §. 23. *D. de Aqua quotid.*

s) Gegen den Ablauf der Verjährungszeit findet in ſolchem Falle das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtatt. *Weſtphal l. l.* §. 885. *p.* 613.

t) *L.* 13. *D. Quemadmod. ſeruitut. amitt.*

jährung der Personalklage, eine andere der constituirten Dienstbarkeit selbst statt v).

§. 642.

Was im Vorhergehenden von der Erlöschung des Nießbrauchs gelehrt wurde, das gilt auch überhaupt von allen persönlichen Servituten, ausgenommen, daß die Dienstbarkeiten der Wohnung und der Dienste des Sclaven so wenig durch Nichtgebrauch als Capitisdeminution zu Grunde gehn. Die erstere gieng schon nach dem alten Rechte auf keine von beyden Arten verloren, wenn nicht zugleich das Eigenthum der Sache, auf welcher sie haftete, gegen den Proprietar von jemandem usucapirt war x); von der letztern verordnen es die Gesetze ebenfalls ausdrücklich. In der *L.* 2. *D. de Vsufr. leg.* heißt es ausdrücklich: Hominis operae legatae capitis deminutione vel non vtendo non amittuntur; und in der *L.* 2. *D. de Oper. ſeru.* eben so deutlich: Operae ſerui legatae capitis minutione non amittuntur. Dem scheint freylich die §. 1. *I. de Adquiſit. per adrogat.* entgegen zu stehn, worin Justinian sagt, die operae giengen durch Capitisdeminution verloren. Allein es ist in dieser Stelle nicht von den Diensten des Sclaven, sondern von den operis liberti die Rede. Bekanntlich mußte der Freygelassene bey den Römern seinem Patron operas *officiales* oder solche Dienste leisten, die diesem zur Ehre gereichten, weil er dem Patron die Freyheit, ein unschätzbares Gut, schuldig war, es ihm zu danken hatte, daß er eine Person geworden war, und Rechte in der bürgerlichen Societät genießen konnte. Diese Dienste giengen durch Capitisdeminution verloren. Denn dem Patron konnten sie nicht mehr prästirt werden, wenn er durch Capitisdeminution aller seiner Rechte beraubt war; auf einen andern aber konnten sie auch nicht übergehn, denn sie gründeten sich ja bloß auf die besondere Dankbarkeit und Ehrerbietung, die der Freygelassene dem Patron, als seinem nächsten Verwandten und Vater, schuldig war.

v) *L.* 19. *pr. D. eod. cf. Weſtphall. l.* §. 880. *p.* 608. *ſqq.*

x) *cf. Weſtphall. l.* §. 943. *p.* 662.

LIB. VII. TIT. V.

DE VSVFRVCTV EARVM RERVM, QVAE VSV CONSVMVNTVR VEL MINVVNTVR.

§. 643. 644.

Da der Nießbrauch ein Recht ist, die Sache der Substanz unbeschadet zu gebrauchen: so fand er anfänglich nicht statt bey fungibilen Sachen, das heißt bey solchen, welche man ohne Schaden der Substanz gar nicht gebrauchen kann, oder welche man anders nicht gebrauchen kann, als wenn man sie aufzehrt, destruirt, weggiebt; oder wie andere sagen, quarum vsus consistit in abusu y), dergleichen z. B. Eß- und Trinkwaaren, als Wein, Oel, Getraide, u. s. w.

y) *Schott Pr. de rebus, quae functionem recipiunt, (in opuscc. p. 212. sqq.)* In den Schriften der Alten sucht man den Ausdruck res fungibilis vergebens; er findet sich erst bey den neueren Juristen vom Zeitalter der Glossatoren her. Die Sachen nehmlich, von welchen die Alten sagten, eas *functionem recipere*, werden von den Neueren res *fungibiles* genannt. Also haben res *fungibiles* ihren Namen erhalten *a functione*. Das Wort functio kommt her vom Worte fungi, und hat also mit diesem gleiche Bedeutung. Eine vorzüglich merkwürdige Stelle, worin der Sachen, quae functionem recipiunt, erwähnt wird, ist die *L. 2. §. 1. D. de Reb. credit.* wo der Jurist Paulus die Sachen beschreibt, welche einen Gegenstand des mutui abgeben können. Ihm sind dergleichen Sachen solche, quae *pondere*, *numero*, *mensura* consistunt. Durch diesen Begrif sind nach und nach in den Schriften der Rechtsgelehrten mehrere ganz heterogene, und zum Theil höchst sonderbare Ideen über die eigentliche und wahre Natur fungibiler Sachen zum Vorschein gekommen. Schott a. a. O. recensirt dieselben.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0211
DFG

ingleichem Geld und Kleider sind z). Inzwischen wurde doch späterhin durch ein Senatusconsult ein Quasiususfructus von diesen Sachen erlaubt, den auch Justinian beybehielt. Denn so sagt er im §. 2. *I. de Vsufr.* ausdrücklich: Constituitur autem vsusfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in seruis, et iumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso vsu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione neque ciuili recipiunt vsumfructum. Quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimentum, quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso vsu adsidua permutatione quodammodo exstinguitur. Sed vtilitatis caussa senatus censuit, posse etiam earum rerum vsumfructum constitui: vt tamen eo nomine heredi vtiliter caueatur. Itaque si pecuniae vsusfructus legatus sit, ita datur legatario, vt eius fiat et legatarius satisdet heredi, de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, vt eius fiant: sed aestimatis his satisdatur, vt, si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum vsumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi vsumfructum constituit. Der Grund also, weswegen von fungibilen Sachen ein Quasiususfructus erlaubt wurde, war *vtilitas*; worin aber diese eigentlich bestand, ist nicht bestimmt. Die nächste Veranlassung zum Senatusconsulte mogten wohl letztwillige Verordnungen seyn; in diesen war oft der Nießbrauch von fungibilen Sachen legirt, und um sie nun aufrecht zu erhalten, setzte der Senat dasjenige fest, was Justinian referirt. Wann das Senatusconsult, wodurch der Quasiususfructus eingeführt wurde, eigentlich gegeben sey, läßt sich nicht mit Gewißheit, sondern nur mit Wahrscheinlichkeit dahin bestimmen, daß es unter der Regierung der Kayser August oder Tiber geschehen sey, weil Cicero es nicht kennt, die damals lebenden Rechtsgelehrten Sabin, Nerva, Cassius und Proculus aber dasselbe interpretiren. Auch Ulpian a) gedenkt desselben in seinen Fragmenten, und Theophilus b) sagt davon: δογμα συγκλήτον γέγονε τό λέγον, ὥστε καὶ ἐπὶ αὐτῶν διὰ μεθοδον συνιασθαι συσουφρουκτον; ferner: ἡ σύγκλητος διὰ τῆς με-

z) *Schott Diss. de vsufructu vestimentorum, cap. III. §. 2. sqq. (in opusc. p. 183. sqq.)*

a) *Vlpianus Fragmm. 24. 26. 27.*

b) *Theophilus Paraphras. Institut. ad §. 2. de Vsufr.*

μεθόδου ἤτοι ἀσφαλείας μίμησιν ἐπενοησεν ουσουφρουκτον. Uebrigens sieht man aus der vorliegenden Stelle der Institutionen, daß das Senatusconsult zwey Momente enthielt:

1) daß der Nießbrauch an allen und jeden Sachen, die jemand im Vermögen hat, solle bestellt werden können;
2) daß der Quasiusufructuar fungibiler Sachen Caution stellen solle, er wolle eine Sache von gleicher Qualität und Quantität restituiren, oder den Werth ersetzen.

Der *quasi vsusfructus* ist demnach eine persönliche Dienstbarkeit, vermöge deren ich eine fremde Sache brauchen kann, wie ich will, wobey ich aber Sicherheit leisten muß, daß dereinst eine Sache von gleicher Art und Güte, oder deren Werth, erstattet werden soll. So kann ich z. B. von einem Fasse Oel den Quasiususfructus haben; ich darf den ausgepreßten Olivensaft consumiren, meine Erben aber müssen ein Faß von gleichem Gehalt und gleicher Güte zurück geben, oder den Werth des Oels bezahlen. Eben so kann ich von einem Capital den Quasiususfructus haben, es ausleihen, die Zinsen davon ziehn, nur sind meine Erben das Capital zurück zu bezahlen gehalten.

§. 645.

Mit dem Begriffe des Quasiususfructus wären wir schon im Reinen: aber demungeachtet sind in Absicht auf die Sachen selbst, welche dieser Nießbrauch zum Vorwurf haben kann, sowohl als in Ansehung der vom Usufructuar zu leistenden Caution, noch einige Fragen zu erörtern.

Was zuvörderst die vom Quasiusufructuar zu bestellende Caution betrifft, so wird unter den Rechtsgelehrten sehr darüber gestritten: ob sie nur als ein naturale beym Nießbrauche angetroffen werde, oder ob sie zum Wesen desselben gehöre, so daß ein Quasiususfructus ohne sie nicht bestehn könnte? Jenes behaupten Vinnius c) Lauterbach d), Fachinäus e), Galvan f), Majans g), Schaumburg

c) *Vinnius Selectt. iur. quaestt. Lib. I. cap. XXVIIII.*
d) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. tit. de Vsufr. ear. rer. §. 11.*
e) *Fachinaeus Controuerss. iur. Lib. VIII. cap. XXXXIII.*
f) *Galuanus de vsufr. cap. XVIIII.*
g) *Maiansius Diss. de vsufr. ear. rer. quae vsu consumunt. §. 28. (in disputt. iur. Tom. I. num. XVII.)*

burg h), Klipsch i), Westenberg k), Burchard l), Hofacker m), Dabelow n) mit mehreren; dieses hingegen unter andern vorzüglich Noodt o), Schilter p), Donell q), Schott r) und Hommel s). Die Meinung der ersteren verdient meinem wenigen Bedünken nach den Vorzug. Beym wahren Nießbrauche gehört die usufructuarische Caution ganz unstreitig keineswegs zum Wesen desselben, so daß ein Nießbrauch ohne sie nicht bestehn könnte, denn die Gesetze erlassen diese Caution einigen Nießbrauchsnehmern ausdrücklich, wie wir unten im Titel Vsufructuarius quemadmodum caueat sehen werden t). Nun sagt zwar Justinian im §. 2. *I. de Vsufr.*, der Quasiusufructuar solle Caution machen, allein dazu verbinden ja die Gesetze den wahren Nießbrauchsnehmer ebenfalls, und gleichwohl bleibt bey seiner Nutznießung die Caution immer nur ein naturale. Es läßt sich auch, die Gegner mögen einwenden, was sie wollen, kein befriedigender Grund angeben, weswegen die Caution beym Quasiusufructus mehr absolutae necessitatis seyn sollte, als beym wahren Nießbrauche. Die Gesetzstellen v) aber, welche sie für ihre Behauptung anführen, beweisen sämmtlich mehr nicht, als daß vor dem unter August oder Tiber gemachten Senatusconsult gar kein Nießbrauch von fungibilen Sachen statt gefunden habe. Wozu kann aber dieser Beweis hier nützen?

Was

h) *Schaumburg Adnott. ad Struuii Iurisprudent. forens. Lib. II. tit. VIII. aphor.* 10.

i) *Klipsch Diss. de remiss. caut. vsufr.* (Lipsiae 1756.) §. 15.

k) *Westenberg Princip. iur. sec. ordin. Dig. tit. de Vsufr. ear. rer.* §. 11.

l) *Burchard Diss. cautionem nec veri nec quasi vsusfr. substant. ingred.* (Herbip. 1757.)

m) *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ.* §. 1140.

n) Dabelow Syslem des gesammten heutigen Civilrechts, Th. II. §. 1514.

o) *Noodt de vsufr. Lib. I. cap. VIIII.*

p) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVII.* §. 63.

q) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. X. cap. IIII.*

r) *Schott l. l. cap. I.* §. 5.

s) *Hommel Diss. de iniquit. legg. romanar. remiss. cautionis vsufruct. testatori denegantt.* (Lipsiae 1765.) §. 15. 22.

t) §. 654.

v) *L. 11. D. de Vsufr. ear. rer. L. 6. D. vt in possess. legat. L. 2.* §. 1. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0214
DFG

Was hiernächst die fungibilen Sachen, den Gegenstand des Quasiusfructus selbst, betrifft, so leidet es zwar

1) nach dem, was Justinian im mehr gedachten Texte der Institutionen sagt, nicht den mindesten Zweifel, daß dahin unter andern auch Geld gehören könne; allein wenn der Jurist Cajus in der *L.* 2. §. 1. *D. de Vsufr. ear. rer.* geradezu erklärt: Quo senatusconsulto non id effectum est, vt *pecuniae* vsusfructus PROPRIE esset; nec enim naturalis ratio auctoritate senatus conmutari potuit, sed, remedio introducto, coepit QVASI vsusfructus haberi, so darf man sich dadurch nicht verleiten lassen, zu glauben, als wenn Geld immer im Quasiususfructus seyn müsse, durchaus nie im wahren Nießbrauche seyn könne. Geld kann allerdings im wahren Nießbrauche seyn, ohne daß die *naturalis ratio* der Nutznießung nur im mindesten dabey in Collision geräth. Man muß, wie Häberlin x) zeigt, einen Unterschied machen zwischen dem Nießbrauche eines Capitals, dem einer Medaillensammlung, und dem einer Summe currenter Münzen. Bey Medaillen findet nur der wahre, bey currenten Münzen nur der Quasinießbrauch statt; ein Capital aber kann sowohl in dem einen als dem andern seyn.

2) Ist es eine äusserst bestrittene Frage: ob Kleider im wahren oder Quasinießbrauche sind? Die Frage ist allerdings von practischer Wichtigkeit. Denn wenn die Kleider im wahren Nießbrauche sind, so giebt der Erbe des Usufructuars nichts, als die übrigen Lumpen zurück; sind sie hingegen im Quasinießbrauche, so muß er den Werth bezahlen, den die Kleider zu der Zeit hatten, als der Quasiususfructus anfieng, oder andere gleich gute Kleider geben. Die Gesetze scheinen sich hier geradezu zu widersprechen. Justinian referirt im angezogenen §. 2. *I. de Vsufr.* die Kleider ausdrücklich zum Quasinießbrauche; Ulpian aber lehrt das gerade Gegentheil, wenn er in der *L.* 15. §. 4. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* sagt: Et si vestimentorum vsusfructus legatus sit, non sicut quantitatis vsusfructus legetur, dicendum est, ita vti eum debere, ne abutatur.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind sehr darüber getheilt, wie man diese Stellen mit einander vereinigen solle. Noodt y) behauptet, Kleider

x) *Haeberlin Diss. de vsufructu pecuniae*, (Erlangae 1783.)

y) *Noodt de vsufr. Lib. I. cap. XXI.* und *Probabill. iur. ciuil. Lib. II. cap. III.*

Kleider seyen ihrer Natur nach res non fungibiles, und ließen daher gar keinen Quasinießbrauch zu; Justinian habe also in der Institutionenstelle einen Irrthum begangen. Der Grund, auf welchen er seine Behauptung stützt, ist vom Begriffe fungibiler Sachen hergenommen, vermöge dessen sie solche sind, quae vsu consumuntur vel minuvntur. Das *minui* aber, glaubt er, bedeute nicht rerum adtritionem paulatim incidentem, sondern vielmehr minutionem, qua res statim, ac iis vtimur, deleantur. Auf solche Weise paßte dann freylich der Begrif fungibiler Sachen auf Kleidungsstücke nicht. Leonin z) glaubt, man müsse *quatuor* bonorum genera von einander unterscheiden, nehmlich *vnum* rerum inmobilium, quae vsu non depereunt, *alterum* mobilium, quarum ea est natura, vt iis vtendo plane nihil decedat, *tertium* earum rerum, quae vsu plane consumuntur et pereunt, *quartum* earum, quibus paulatim decedit aliquid ex vsu, quaeque minuuntur adsidua contrecatione. Bey den ersten beyden Gattungen finde der verus vsuffructus, eadem ratio ac cautio statt; bey der vierten cessire die cautio des Senatusconsults, und ob sie gleich keines eigentlichen Nießbrauchs fähig sey, so finde doch bey ihr ratio et cautio veri vsufructus statt; bey der dritten aber sey der quasi vsuffructus eiusque cautio zulässig. Zur vierten Gattung, sagt er, gehören die Kleider, und Ulpian wolle in der *L.* 15. §. 4. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* nur andeuten, daß die Kleider in specie restituirt werden müßten, Justinian aber, wenn er im §. 2. *I. de Vsufr.* Wein, Oel, Getraide und Kleidungsstücke unter eine Rubrik bringt, habe keinesweges die Absicht, alles das für einerley zu erklären, sondern wolle nur zeigen, daß er nicht nur von denjenigen Sachen rede, quae vsu *consumuntur*, sondern auch von solchen, quae vsu *minuuntur*, weil keiner von beyden Gattungen der Sachen der wahre Nießbrauch angemessen sey. Und fast eben so raisonniren Meier a) und Ly ck-

z) *Leoninus Com. de vsufr. cap. XII.* Merkwürdig ist es, daß dieser Rechtsgelehrte bey der Gelegenheit noch sogar eine ganz neue Gattung des Nießbrauchs erfindet. Er nimt nehmlich drey Arten des Nießbrauchs an, *verum* vsumfructum, *quasi* vsumfructum und *velut* vsumfructum. Dieser Velutususfructus soll an denjenigen Sachen statt finden, quae paulatim consumuntur vsu, und die seiner Meinung nach so wenig zu den fungibilen, als nicht fungibilen gehören. Es findet sich aber von einem Velutususfructus in den Gesetzen keine Spur, und er ist ein Unding.

a) *Meier Colleg. Argentorat. Tom. I. p.* 515.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0216
DFG

Lycklama b). Die Glossatoren, und mit ihnen viele angesehene Rechtslehrer, als Hilliger c), Rittershus d) und Voet e), distinguiren zwischen Alltagskleidern und Feyerkleidern; jene können ihrer Meinung nach nur im Quasiusufructus, diese aber auch im wahren Nießbrauche seyn f). Viele Rechtsgelehrte nehmen zur Critik ihre Zuflucht, indem sie durch verschiedne Emendationen beyde Gesetzstellen mit einander zu vereinigen suchen. Einige wollen in der Pandectenstelle die Worte: non sicut quantitatis vsufructus legetur, als einen Zusatz eines unwissenden Glossators ganz streichen; andere wollen dafür lesen: *non sicut quantitatis vsufructu legato*; noch andere trennen die Sylben des Worts sicut in *sic* und *vt*, so daß es heißt: Et si vestimentorum vsufructus legatus sit non sic, vt quantitatis vsufructus legetur; noch andere transponiren das *non sicut* mit Hinweglassung des Buchstabens *c*, so daß es heißt: Etsi vestimentorum vsufructus legatus sit, si non vt quantitatis vsufructus legetur g). Galvan h) glaubt, Kleider könnten sowohl im Quasiusufructus als im wahren Nießbrauche seyn, und um zu bestimmen, ob jener oder dieser constituirt worden, müsse man auf den Willen des Testirers sehn. Denn hätte dieser die Kleider ad vsum legirt, so daß sie in specie restituirt werden müßten, so sey ein wahrer Nießbrauch vorhanden; hätte er sie hingegen ad abvsum legirt, und dem Usufructuar nur die Verbindlichkeit aufgelegt, den

b) *Lycklama a Nieholt Membranar. Lib. V. cap. XXIIII.*

c) *Hilliger Donell. enucl. Lib. X. cap. IIII.*

d) *Rittershusius Com. ad Institutt. tit. de Vsufr.*

e) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Vsufr. ear. rer. §. 4.*

f) *Accursius Gloss. ad §. 2. I. de Vsufr.* nennt die vestes quotidianas oder Alltagskleider vestes *temporales*. *Azo Summ. Cod. tit. de Vsufr.* glaubt, Justinian rede de indumentis tenui filo contextis, quae verisimile breui sit adtritum iri, Ulpian hingegen de iis, quae textura crassiore confecta possunt in longinquum tempus supereſſe. Man vergleiche auch *Rotgersius Diatr. de vsufructu vestimentorum*, (*in apodict. demonstrat. iur. rom. Vol. I. Lib. II.*)

g) *cf. Waechtler Nott. ad Noodtii Probabill. l. l.*

h) *Galuanus de vsufr. cap. III.*

den Werth oder Kleider der nämlichen Art zu restituiren, so existire ein Quasiusufructus. Alle diese Conciliationen sucht Schott i) zu widerlegen. Seine eigene Meinung geht dahin, die Kleider seyen der Regel nach im Quasiusufructus; wenn aber der Erblasser jemandem den Nießbrauch seiner Kleider mit dem Zusatze vermache, daß nichts, als die alten verbrauchten Ueberreste, an den Proprietar restituirt werden sollen, so sey dies ein wahrer Nießbrauch der Kleider. In der Praxis ist die erwähnte Meinung der Glossatoren angenommen, nach welcher alltägliche Kleider nur im Quasiusufructus, Feyerkleider hingegen auch im wahren Nießbrauche seyn können k).

i) *Schott l. l.*

k) *Stryk Nott. ad Lauterbach. tit. de Vsufr. ear. rer. de Berger Resolut. legg. obstant. tit. eod. animadverf. p. 138. sq. ed. nouiss.* Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 374. *Emminghaus Nott. ad de Cocceii Ius ciu. controu. Tom. II. tit. de Vsufr. ear. rer. quaest. I. not. p. p. 24. sq.* Vergl. auch noch *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 4. p. 131. sq. ed. nouiss.*

LIB.

LIB. VII. TIT. VI.

SI VSVSFRVCTVS PETATVR VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

§. 646.

Zur Erhaltung sowohl als Verfolgung des aus dem Nießbrauche entspringenden Rechts ist in den Gesetzen die confessorische (actio *confessoria*) und negatorische (*negatoria*) Klage eingeführt; da aber diese Klagen aller übrigen persönlichen sowohl als dinglichen Servituten wegen ebenfalls statt finden, und von ihnen unten im Titel *Si seruitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* überhaupt gehandelt wird, so brauchen wir hier kein Wort weiter darüber zu verlieren.

LIB. VII. TIT. VII.

DE OPERIS SERVORVM.

§. 647.

Eine eigene zweyte Gattung der persönlichen Servituten machten bey den Römern die **Dienste der Sclaven** (*operae seruorum*) aus, indem man darunter als für sich bestehend und in der Qualität eines dinglichen Rechts die Befugniß verstand, **von den Diensten eines fremden Sclaven allen Nutzen zu ziehn.** Es unterscheidet sich diese Dienstbarkeit allerdings vom **Nießbrauche** sowohl als **Gebrauche** eines Sclaven; wird jemandem der *vsusfructus* serui eingeräumt, so gehört ihm omnis serui fructus, der nun nicht bloß darauf sich beschränkt, was der Sclave durch seine operas acquirirt, sondern sich auch auf dasjenige erstreckt, was der Sclave ex re fructuarii erwirbt: der *vsus* serui begreift zwar auch beydes, den Nutzen ex operis und ex re fructuarii, allein er schränkt sich bloß auf dasjenige ein, was man von beydem zu seiner Nothdurft bedarf: die operae seruorum aber enthalten nur alles dasjenige, was der Sclave durch seine **Dienste** erwirbt, was er sonst noch acquirirt, gehört dem Proprietar. Die Gesetze bestimmen zwar den Unterschied nicht deutlich 1); aber mit gutem Grunde characterisiren ihn Coc-

1) *L.* 4. *D. de Oper. seruor.* Fructus hominis in operis consistit: et retro, in fructu hominis operae sunt. Et vt in ceteris rebus fructus, deductis necessa-

Coccejus m), Majans n), Avezan o) und Hofacker p) so, da er der Natur der Sache und dem römischen Rechtssysteme von den Servituten gemäß ist q). Das ganz besondere, und von den Regeln der Personalservituten abweichende hat diese Dienstbarkeit, daß sie nicht mit dem Tode desjenigen, dem sie zusteht, aufhört, sondern auf dessen Erben geht, und nicht eher, als wenn der dienende Sclave stirbt, ihre Endschaft erreicht r). Vinnius s) rechnet sie daher mit mehreren älteren Rechtsgelehrten gar nicht einmal zu den persönlichen Servituten, allein man darf den erwähnten Umstand nur als ein Anomalon, als eine besondere Eigenheit dieser Dienstbarkeit ansehn t). Sie ist übrigens untheilbar v), verbindet denjenigen, der sie hat, zum Unterhalte des Sclaven x), und zur Leistung einer genüglichen Caution y), und geht nicht durch Capitisdeminution verloren z). In Ansehung ihres heutigen Ge-

 brauchs

cessariis inpensis, intelligitur, ita et in operis seruorum. *L. 5. D. eod.* Operis serui legatis, vsum datum intelligi et ego didici, et Iulianus existimat. *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praedior. Sect. III. cap. XXVII. §. 771. 773. p. 519. 521.*

m) *de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. II. tit. de Oper. seruor. p. 26. sq. ed. nouiss.*

n) *Maiansius Diss. de operis, §. 12. (in disputt. iur. Vol. I. num. XVIIII.)*

o) *d'Auezan Tr. de seruitutt. Part. III. cap. IIII.*

p) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1135. p. 320. sq.* Differt *operarum* serui (sagt er) seruitus ab *vsufructu* et *vsu* serui eo, quod in vsufructu plus sit, quam in operis, in his vero plus, quam in vsu. *cf. §. 4. I. Per quas person. cuique adquir. L. 2. D. de Vsu ex vsufr. leg.*

q) Man sehe jedoch *Brunnemann Com. ad L. 14. pr. D. de vsu et habitat.* und *Galuanus de vsufr. cap. XXVIIII. num. 4.*

r) *L. 2. D. de Vsu et vsufr. leg.*

s) *Vinnius Com. in Institutt. ad rubric. tit. de vsufr.*

t) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Oper. seruor. §. 1.*

v) *L. 1. §. 9. D. Ad leg. Falcid.*

x) *L. 4. §. 1. D. de Oper. seruor.*

y) *L. 5. §. 3. D. Vsufructuar. quemadmod. cau.*

z) *L. 2. D. de Oper. seruor.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0221 DFG

brauchs erinnert Hellfeld mit Recht: vsus eiusdem apud nos fere nullus est, da wir mit dem römischen Rechte nicht zugleich das römische Sclaveninstitut angenommen haben. Einige Germanisten, die gern romanisiren, wollen zwar dasjenige, was die römischen Gesetze von den operis seruorum verordnen, auf die Dienste und Frohnen unserer deutschen Leibeigenen und Bauern analogisch angewendet wissen a); allein bey der großen Verschiedenheit des römischen Sclaveninstituts von der ächt germanischen Rechtslehre Leibeigener und Bauern dürfte wohl der analoge Schluß immer sehr mißlich und trieglich bleiben. Will man ja von den operis römischer Sclaven auf die operas deutscher Leibeigenen schließen, so ist dabey große Vorsicht zu gebrauchen, damit nicht aus unschicklicher Vermischung römischer und deutscher Rechtsprincipien Verwirrung und Inconsequenz entstehe.

a) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Oper. seruor. §. 1. p. m. 64.*

LIB. VII. TIT. VIII.

DE VSV ET HABITATIONE.

§. 648.

Die dritte Gattung der persönlichen Servituten ist der **Gebrauch** (*vsus* schlechtweg, oder vsus minus plenus, χρῆσις b)), indem man darunter, als einem für sich bestehenden dinglichen Rechte, die Befugniß versteht, den Nutzen von einer Sache zu ziehn, welchen die Nothdurft erfordert. Derjenige, welcher diese Servitut hat, wird der **Gebrauchsnehmer** (*vsuarius*) genannt.

Der Gebrauch hat mit dem Nießbrauche das gemein, daß er

1) auf die nämliche Weise seine Entstehung und Endschaft erreicht, auf welche der vsusfructus entsteht und sich endigt c); daß

2) der

b) Anfänglich zweifelte man, was der Testirer, wenn jemandem χρῆσις von ihm legirt war, eigentlich habe vermachen wollen; doch kam man endlich darin überein, daß darunter der vsus nudus verstanden werden müsse. In der *L.* 10. §. 1. *D. de Vsu et habitat.* heißt es: Sed si χρῆσις sit relicta, an vsus sit, videndum. Et Papinianus lib. VII. Responsorum ait, vsum esse, non etiam fructum relictum. Da χρῆσις von χράομαι herkommt, welches bekanntlich so viel, als *vtor, fruor* bedeutet, so hätte es auch fructum anzeigen können, und Harmenopulus übersetzt auch wirklich den vsumfructum durch χρῆσιν, allein die Juristen glaubten die onera testamenti im Zweifel eher einschränkend als ausdehnend erklären zu müssen. In den Basiliken wird der Nießbrauch χρῆσις καρπῶν genannt, der bloße Gebrauch hingegen χρῆσις μόνη.

c) *Pr. I. de Vs. et habitat.* Iisdem illis modis, quibus vsusfructus constituitur, etiam nudus vsus constitui solet: iisdemque illis modis finitur, quibus et vsusfructus desinit. *cf. L.* 1. §. 1. *D. eod.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0223
DFG

2) der Usuar die Sache der Substanz unbeschadet gebrauchen muß, auch die Form nicht ändern darf, wenn dies gleich nützlich wäre d), und

3) sowohl des pflichtmäßigen Gebrauchs, als der Restitution wegen Caution machen muß e);

allein durch folgende Hauptmerkmale unterscheidet sich doch der Gebrauch vom Nießbrauche:

1) in diesem ist das Recht auf die volle Benutzung der Sache, in jenem nur ein auf das nothwendige Bedürfniß des Usuars eingeschränktes Recht der Benutzung enthalten, oder mit andern Worten, wer den Nießbrauch hat, zieht allen Nutzen von der Sache, der sich nur davon ziehn läßt, wer hingegen den bloßen Gebrauch hat, darf nicht mehr von den Früchten nehmen, als er zu seiner Nothdurft bedarf;

2) der Nießbrauchsnehmer kann die Ausübung seines Rechts einem andern überlassen, der Usuar aber nicht, es wäre denn, daß ihm außerdem sein Recht völlig unnütz seyn würde f).

Ganz allgemein sind freylich diese Grundsätze nicht g), allein sie gelten doch der Regel nach, und die Einwendungen, welche sich aus den Gesetzen gegen sie machen lassen, sind größtentheils nur als besondere Ausnahmen von der Regel anzusehen. Wir wollen sie mit ihren Folgen jetzt näher betrachten.

§. 649.

Der Gebrauch enthält

1) zwar gewöhnlich weniger, als der Nießbrauch, aber doch nicht immer; er schränkt sich zwar nur auf das nothwendige Bedürfniß des Usuars ein,

d) *L.* 5. §. 1. *D. Vsufr. quemadmod. cau.*

e) *L.* 5. §. 1. *et L.* 11. *D. eod.*

f) *cf. Noodt de vsufr. cap. II.*

g) Verschiedene Erinnerungen dagegen macht Thibaut Vers. über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Band *I.* Num. *III.* S. 35. ff.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0224
DFG

ein, wenn aber derselbe alle Früchte der Sache nothwendig braucht, so nimt er sie auch alle, eben so gut, als ob er den Nießbrauch hätte. Der vsus richtet sich nach den Bedürfnissen des Gebrauchsnehmers, die nach dem Stande, der Würde und der Familie desselben zu bestimmen sind h). Hat er seines vornehmern Standes oder seiner weitläuftigen Familie wegen große Bedürfnisse, so nimt er viel von den Früchten; sind hingegen seine Bedürfnisse gering, so zieht er wenig von den Früchten; ja, wenn seine Bedürfnisse sich vermehren oder vermindern, so vermehrt oder vermindert sich auch der vsus i).

2) Der Usuar kann weder sein Recht, noch die Ausübung desselben einem andern verkaufen, vermiethen, vertauschen, auch nicht umsonst überlassen. Vom Usufructuar ist es aus dem Vorhergehenden bekannt, daß er zwar sein Recht nicht abtreten, aber doch durch einen andern ausüben lassen kann. Der Usuar ist der Regel nach keines von beyden zu thun berechtigt, und wenn er also auch Usuar bleiben, und nur die Früchte einen andern genießen lassen wollte, so geht es doch nicht an. Im §. 1. *I. de Vsu et habitat.* sagt Justinian ausdrücklich: vsuarius nulli alii ius, quod habet, aut *locare*, aut *vendere*, aut *gratis concedere* potest, quum is, qui vsumfructum habet, possit haec omnia facere k). Fragt man nach dem Grunde dieser Verordnung, so erhält man von den Rechtsgelehrten verschiedene Antworten. Die meisten führen an: die Ursache zur Ertheilung des vsus sey die Nothdurft des Usuars; wolle aber dieser den vsus einem andern überlassen, so gebe er dadurch zu erkennen, daß ihm derselbe nicht nothwendig sey. Dieser Grund scheint mir aber unter allen der unbefriedigendste zu seyn. Wenn er auch höchstens auf den Fall paßt, wo der Usuar die Ausübung seines Rechts jemandem umsonst überließe, so paßt er doch offenbar auf die Fälle eines Verkaufs, einer Vermiethung

h) *L.* 12. §. 1. *D. de Vs. et habitat.* — Largius cum vsuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est vsus. *cf. a Costa Com. in Institutt. ad* §. 2. *eod.*

i) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 382. *Voet Com. ad Pandect. tit. de Vsu et habitat.* §. 2.

k) *cf. L.* 8. *pr. et L.* 11. *D. eod.*

thung oder Permutation im mindesten nicht. Faber l), giebt folgenden Grund an: der vſus iſt nicht bloß ſeruitus perſonalis, ſondern perſonaliſſima, die von der Perſon des Uſuars ſchlechterdings nicht getrennt werden kann. Iſt aber das nicht evident eine petitio principii? die Frage betrifft ja gerade den Punct, weswegen der Gebrauch nach Vorſchrift der Geſetze ſo unzertrennlich von der Perſon des Uſuars ſeyn ſolle. Höpfner m) geſteht: er wiſſe eine völlig befriedigende Urſache dieſer Verordnung nicht anzugeben; mir ſcheint aber in der That die, welche der von ihm angeführte Manz n) angiebt: vſus non poteſt a perſona ſeparari, quum alius alio plus indigeat, conſequenter in alterius perſona alius vſus ſit futurus, ganz befriedigend zu ſeyn. Den nämlichen Grund giebt auch Voet o) an, wenn er ſagt: Illud conſtat, vſuarium non poſſe vſum ſuum ſeu commodum eius in alium tranſferre, ſiue vendendo, ſiue locando, ſiue donando; quamuis haec poſſit fructuarius, EO QVOD VSVFRVCTVARII OMNES AEQVALITER VIRI BONI ARBITRATV FRVVNTVR, AT FRVCTVVM IVRE VSVS ABSVMENDORVM QVANTITAS PRO RATIONE PERSONAE VARIAT, DVM NON VNA ET CONFORMIS OMNIVM INDIGENTIA EST. Juſtinians angeführte Verordnung iſt weiter nichts, als Beſtätigung eines ſchon in der Natur der Sache ſicher gegründeten Princips. Kein Menſch hat mit dem andern ganz gleiche Bedürfniſſe, und was iſt alſo wohl natürlicher, als daß der vſus, oder vielmehr deſſen Ausübung, keinem andern überlaſſen werden kann, es ſey nun umſonſt, oder gegen ein gewiſſes Aequivalent p).

Eine

l) *Faber Rationall. in Pandect. ad L. 2. §. 1. D. de Vſu et habitat.*

m) Höpfner a. a. O. §. 383.

n) *Manz Com. ad Inſtitutt. tit. de Vſu et habitat. §. 2.*

o) *Voet l. l. §. 4.*

p) Thibaut a. a. O. S. 51. ſagt: „Es iſt ausgemacht, daß dem Uſuar das „Recht der gänzlichen Abtretung genommen wurde. Warum? dieß läßt ſich „nicht mit hiſtoriſcher Gewißheit beantworten. Vielleicht hatte man, während

Eine Ausnahme findet indessen statt, wenn dem Usuar der Gebrauch völlig unnütz seyn würde, wofern er ihn nicht verkaufen, vermiethen oder vertauschen dürfte; hier ist er dazu nach dem vermuthlichen Willen des Concedenten befugt q). In der *L. 22. pr. D. de Vsu et habitat.* heißt es: Diuus Hadrianus, quum quibusdam vsus syluae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri: quia, nisi liceret legatariis caedere syluam, et vendere, quemadmodum vsufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato. Die Raison dieser Entscheidung von Hadrian setzt Majans r) darin, *quod sylua fuerit caedua eiusque naturae, vt is, qui ius in eam habet, eam caedere possit;* ohne Zweifel verdient aber dasjenige mehrern Beyfall, was Huber s) darüber äussert, es werde nehmlich hier keine doctrina de syluis generalis gegeben, sondern das Rescript sey vielmehr nur dann anzuwenden, wenn der Usuar, wofern er das Holz nicht verkaufte, wenig oder gar keinen Nutzen haben würde, weil z. B. seine Wohnung weit vom Walde entfernt ist t). Einen andern hieher gehörigen Fall, wo man einem Fuhrmanne den vsus eines Pferdes vermacht hat, enthält die *L. 12. §. 4. D. eod.* in den Worten: Equitii quoque legato vsu, videndum,

„rend die Rechtsgelehrten die Begriffe von *vsus* und *vsusfructus* ausbildeten, „den Wörtern *vti* und *frui* im gemeinen Leben gegen den ursprünglichen „Sprachgebrauch allmählig uneigentliche Bedeutungen untergeschoben. Man „verstand unter *frui* nicht mehr Früchte ziehen, sondern den vollen Genuß „der Sache haben. Das Wort *fructus* bedeutete also schon für sich, was „man ehemals nur durch das zusammengesetzte *vsusfructus* hatte bezeichnen „können. Dagegen war der Sinn des Wortes *vti* im gemeinen Leben einge„schränkter geworden, und man verstand auf allen Fall weniger darunter, „als unter dem *frui*. Der Jurist sah sich genöthigt, bey der Auslegung der „Verträge und Testamente den geltenden Sprachgebrauch nicht ganz zu ver„nachlässigen. Gesetzt also, es war hier Jemand der *vsus*, dort einem an„dern der *fructus* eines Hauses gegeben. Der Sprachgebrauch erkannte auf „allen Fall jenem weniger, als diesem, diesem mehr, als jenem zu." Wie wahr und tief gedacht!

q) *cf. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1133. p. 319.*

r) *Maiansius in XXX. ICtor. fragmm. Tom. I. p. 291.*

s) *Huber Eunom. rom. ad L. 22. pr. D. de Vsu et habitat.*

t) *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXVI. §. 760. p. 513.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0227 DFG

ne et domare possit, et ad vehendum sub iugo vti? Et si forte auriga fuit, cui vsus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his vsurum, quia quasi locare eos videtur: *sed si testator sciens, eum esse huius instituti et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc vsu sensisse.* Gleichwie der Fuhrmann in dem hier von Ulpian angenommenen Falle zur Vermiethung befugt seyn soll, so lassen sich unendlich viele andere Fälle denken, in welchen andere Gebrauchsnehmer vermöge des präsumtiven Willens des Testirers dazu ebenfalls berechtigt seyn müssen.

§. 650.

Das Recht des Usuars ist auf die nothwendigen Bedürfnisse desselben eingeschränkt, doch steht ihm die volle Benutzung der Sache zu, so weit nur irgend seine Nothdurft reicht; er zieht die ordentlichen Früchte der Sache ohne Unterschied, und irrig ist es, wenn Wesenbeck v) und Beyer x) mit mehreren andern Rechtslehrern behaupten, der Usuar erhalte keine fructus *industriales*, denn die Gesetze y) beweisen deutlich das Gegentheil z). Wenn der Usuar alle Früchte der Sache nothwendig braucht, sie auch folglich alle nimt, als ob er den Nießbrauch hätte, so muß er die Reparaturen der Sache allein übernehmen, auch alle andere auf der Sache ruhende Lasten tragen; erschöpft hingegen seine Nothdurft allen Nutzen der Sache nicht, so ist der Proprietar einen Theil davon zu übernehmen gehalten a). In Ansehung des Gebrauchs gewisser einzelner Sachen insonderheit übrigens enthalten die Gesetze noch manche Bestim-

v) *Wesenbecius Paratitl. tit. de Vsu et habitat. num. 2.*

x) *Beyer ad tit. Institutt. de Vsu et habitat.*

y) *L. 12. §. 1. D. eod.* In diesem Gesetze heißt es ausdrücklich, wer den vsum eines Landguts hat, könne von dem Getraide, Gemüse, Obst, Blumen, Heu, Stroh, Holz, kurz, von allen Früchten die darauf wachsen, so viel nehmen, als er in seiner Haushaltung braucht; die übrigen Früchte aber gehörten nicht ihm, sondern dem Proprietar. *cf. §. 1. I. eod.*

z) *Vinnius Com. in Institutt. ad tit. eumd. §. 1. num. 1.*

a) *L. 18. D de Vsu et habitat.* Si domus vsus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in partis tectis, tam heredis, quam vsuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres adcipiat, ipse reficere debeat. Si vero talis sit res, cuius vsus relegatus est, vt heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est, quae distinctio rationem habet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0228
DFG

stimmungen b), von welchen ich hier noch zum Beschluß folgende als die interessantesten anführen will.

1) Wer den vsus eines Hauses hat, darf von demselben mit seiner Familie so viel bewohnen, als er zu seiner Nothdurft braucht; vermiethen aber darf er das Haus nicht. Einen Freund oder Gast aufzunehmen ist dem Usuar unverwehrt, obgleich verschiedene ältere römische Rechtsgelehrte solches bezweifelten c). Sogar einen Inquilin oder Miethsmann darf er bey sich wohnen lassen. Letzteres ist freylich befremdend, aber es wird doch in den Gesetzen ausdrücklich verstattet. Nach Ulpians Zeugnisse in der *L.* 2. §. 1. *D. de Vsu et habitat.* war dem römischen Rechtsgelehrten Labeo die Frage: an vsuarius etiam inquilinum recipere possit? vorgelegt, und die Antwort dahin ausgefallen: eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere: idem et hospites et libertos suos. Jetzt fährt Ulpian selbst in der *L.* 4. *pr. D. eod.* so fort: Ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat, non belle d) inquilinum dici, qui cum eo ha-

b) Mit Recht bemerkt *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitut. praed. Sect. III. cap. XXV.* §. 746. Iusto subtiliores in vtendi finibus regendis Romanos fuisse negari nequit. Vnde per singulas fere rerum species, quousque pateat vsus, discendum est.

c) §. 2. *I. de Vsu et habitat.* Item is, qui aedium vsum habet, hactenus ius habere intelligitur, vt ipse tantum inhabitet, nec hoc ius ad alium transferre potest. *Et vix receptum esse videtur*, VT HOSPITEM EI RECIPERE LICEAT: et cum vxore, liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus quam seruis vtitur, habitandi ius habeat. Et conuenienter si ad mulierem vsus aedium pertineat, cum marito ei habitare liceat. *L.* 2. §. 1. *D. eod.* Domus vsus relictus est aut marito, aut mulieri. Si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. An et cum libertis, quaestionis. Et Celsus scripsit, et cum libertis, POSSE HOSPITEM QVOQVE RECIPERE. Nam ita lib. XVIII. Digestorum scripsit. Quam sententiam et Tubero probat.

d) Haloander lieset *velle* für *belle*; die florentinische Lesart ist, wie man leicht sieht, vorzuziehn, obgleich jene keinen unschicklichen Sinn hat.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0229 DFG

habitet e). Secündum haec f), et si pensionem g) percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei inuidendum: quid enim si tam spatiosae domus vsus sit relictus homini mediocri, vt portiuncula h) contentus sit? Sed et cum his, quos loco seruorum i) in operis habet, habitabit: licet liberi sint, vel serui alieni. Zuvörderst macht hier Ulpian die Bemerkung, die von Labeo namhaft gemachten Personen, der Miethsmann, der Gast oder Fremde, ingleichem der Freygelassene k) könnten das Haus nicht allein, ohne den Usuar zugleich, bewohnen; eine Bemerkung, die er auch an einem andern Orte besonders wiederholt l). Es geht nicht an, daß der Usuar das Haus, selbst für seine Person, gar nicht gebraucht, und dasselbe ganz mit dergleichen Leuten anfüllt. Und darauf bezieht sich nun auch das folgende, wo Proculus den Labeo wegen des Ausdrucks *inquilinus* tadelt, weil man einen Inquilin nur denjenigen zu nennen pflegte, der ein Haus ganz mie-

e) Haloander lieset *habitat* für *habitet*; letzteres ist nach meinem grammaticalischen Gefühl richtiger.

f) In einigen Ausgaben steht *hoc* für *haec*; Haloander hat et secundum haec.

g) Haloander inserirt hier das Wort habitationis, welches aber überflüssig ist, da es sich nach dem ganzen Inhalte der Stelle von selbst versteht, daß *pensio* den Miethzins bedeutet.

h) In den Basiliken steht μέρος ἐλάχιστον.

i) Was in Betreff der Sclaven Rechtens war, untersucht Freber *Parergg. seu verisimill. Lib. I. cap. XII.* (*in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. I. p. 876 sq.*)

k) *Faber Rationall. in Pandect. ad L. 2. §. 1. D. de Vsu et habitat.* behauptet zwar, der in den meisten Ausgaben eingeklammerte Schluß des Gesetzes: idem et hospites et libertos suos, sey ein unächter Zusatz eines unwissenden Interpres; allein wer mögte sich wohl einfallen lassen, dies mit Faber bloß deswegen zu behaupten, weil in der Stelle schon vorher von hospitibus und libertis die Rede ist. Dort wird die Meinung des Celsus angeführt, der Usuar könne Freygelassene und Fremde aufnehmen; was hindert aber das, zuletzt auch die übereinstimmende Meinung des Labeo anzuführen. Das einzige, was sich etwa gegen die erwähnten Worte einwenden ließe, wäre vielleicht die dem Labeo vorgelegte Frage: an vsuarius etiam *inquilinum* recipere possit? Haloander lieset *item* für *idem*, und *hospitem* für *hospites*. Theophilus übersetzt hospitem durch φίλον, *amicum*.

l) *L. 8. pr. D. de Vsu et habitat.* Sed neque locabunt *seorsum*, neque concedent habitationem *sine se*, nec vendent vsum.

miethete, und daſſelbe ganz allein bewohnte m). Einen Miethsmann hingegen neben ſich aufzunehmen, ſagt Ulpian ausdrücklich, ſey dem Uſuar nicht zu mißgönnen; der Grund aber, den er in Form einer Frage anführt: weswegen ſollte man es nicht einem Manne, deſſen Bedürfniſſe ſehr gering ſind, und dem gleichwohl ein großes geräumiges Haus zum Gebrauche legirt iſt, verſtatten, ſich, um einen Miethsmann aufnehmen zu können, mit einem ganz kleinen Logis zu behelfen? iſt, wie man leicht ſieht, äuſſerſt lahm, eben ſo lahm, als es andere Gründe ſind, die Faber n) und mehrere Ausleger angeben. Der vſus eines Hauſes berechtigt zwar den Gebrauchsnehmer zur ausſchließlichen Benutzung deſſelben, dergeſtalt, daß der Proprietär keinesweges befugt iſt, neben dem Uſuar eine Wohnung für ſich zu verlangen o); allein ſteht es nicht mit der Natur dieſer perſönlichen Servitut im offenbarem Widerſpruche, daß der Uſuar ſogar auch ſoll vermiethen können? Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, genug, der Buchſtaben des Geſetzes iſt deutlich und klar. Ueberhaupt machen es die Geſetze nur dem Uſuar zur Pflicht, niemanden, es ſey als Miethsmann oder Gaſt, aufzunehmen, wenn er nicht mit demſelben ohne Verletzung des Wohlſtandes und der Delicateſſe zuſammen wohnen kann. Eine Frauensperſon daher darf als Gebrauchsnehmerin keinen Gaſt aufnehmen, der ex cauſſa venerea ver-

m) *Inquilinus* iſt überhaupt derjenige, qui conductis aedibus habitat; eigentlich wird darunter der conductor eines vrbani praedii verſtanden. *L.* 37. *D. de Adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Appian *Lib. II. de bell. ciu. p.* 428. erzählt, Cicero ſey vom Catilina ἰγκουιλινον, inquilinum genannt worden, und ſetzt ſogleich hinzu, ein Inquilin werde in der Sprache der Römer genannt τὸν ἐν ἀλλοτρίαις οἰκίαις οἰκοῦντα, alienas aedes inhabitantem. *cf Vicat Vocabular. iur. vtriuſque, Tom. II. p.* 17[illegible] *ſq. ed. nouiſſ.*

n) *Faber l. l.*

o) L. 22. §. 1. D. *de Vſu et habitat.* Licet tam anguſtus eſt legatarius, cui domus vſus legatus eſt, vt non poſſit occupare totius domus vſum; tamen eis, quae vacabunt, proprietarius non vtetur: quia licebit vſuario, aliis et aliis temporibus tota domo vti, quum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exipit, quibuſdam vtantur, quibuſdam non vtantur.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0231
DFG

verdächtig ist, den die Nachbaren leicht für ihren Galan halten könnten p).

2) Wer den vsus einer Heerde hat, erhält von dem Dünger und der Milch so viel, als er nothdürftig braucht, aber nicht die Wolle, auch die Jungen nicht. In der *L.* 12. §. 2. *D. de Vsu et habitat.* sagt Ulpian: Sed q) si pecoris ei vsus relictus est, puta gregis ouilis r), ad stercorandum vsurum dumtaxat, Labeo ait, sed neque lana, neque agnis, neque lacte s) vsurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius, etiam modico lacte vsurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. Labeo gestand dem Usuar die Befugniß zu, die Schaafheerde zum Dünger zu gebrauchen t), hingegen Wolle, Lämmer und Milch räumte er demselben nicht ein; in Ansehung der Wolle und Jungen läßt es Ulpian bey Labeos Ausspruche bewenden, nur etwas Milch, sagt er, müsse dem Usuar doch vergönnt werden, weil eine letztwillige Verordnung nicht strict zu interpretiren sey. Eine hinlängliche Raison, weswegen der Usuar auch nicht von der Wolle und den Jungen so viel erhalten soll, als er nöthig hat, dürfte sich schwerlich angeben lassen. Donell v) und Manz x) urgiren: die Jungen seyen ein von der Mutter verschiedenes Ding, und wollte also der Usuar die Jun-

p) *L.* 7. *D. eod.* Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit, qui honeste cum ea, quae vsum habet, habitaturus sit.

q) Haloander inserirt *et.*

r) Taurell lieset *obilis.*

s) In den Basiliken steht στενῶς, *anguste.*

t) Thibaut a. a. O. S. 40. f. glaubt, Labeo gestehe dem Usuar unbedingt die Befugniß zu, das Vieh ad stercorandum zu gebrauchen, dagegen versage er demselben eben so unbedingt den Genuß der Früchte: denn man müsse bemerken, daß er sich des Ausdrucks pecore ad *stercorandum* vti bediene, keinesweges aber dem Usuar schlechtweg erlaube, *stercore* vti.

v) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. X. cap. XXV. vers. fin.*

x) *Manz Com. ad tit. Pandect. de Vsu et habitat. quaest. VI. resp.* 7. (*in opp. Tom. I. p.* 179.)

Jungen nehmen, so würde er ein anderes Ding gebrauchen, als dessen vsus ihm gegeben ist; die Wolle sey freylich Theil des Thiers, aber sie nütze doch fast zu nichts, bevor sie verarbeitet, gesponnen und verwebt ist, und dann, so bald das geschieht, höre sie auf, Wolle zu seyn. Wie unbefriedigend diese Gründe sind, sieht jeder leicht ohne weiteres Erinnern ein.

Bey uns in Deutschland kommt die seruitus vsus selten vor. Gebe ich jemandem den **Nießbrauch, Gebrauch, Nutzen, Abnutzen**, die **Nutznießung** oder **Leibzucht**: so zieht er alle Nutzungen, die sich von der Sache ziehn lassen y). Würde inzwischen einer dem andern die Dienstbarkeit des Gebrauchs ausdrücklich nach römischen Grundsätzen ertheilen: so müßte freylich das römische Recht befolgt werden. Wenn hingegen jemand erklärte, einer solle den **nothdürftigen Unterhalt**, die **Lebsucht**, u. dgl. aus einem Gute ziehn, die nothwendige Feuerung aus einem Walde nehmen: so mögte man wohl die Subtilitäten und willkührlichen, zum Theile höchst sonderbaren Verordnungen des römischen Rechts vom vsus nicht anwenden können, sondern vielmehr die Entscheidung aus der Natur der Sache und dem bey uns eingeführten Redegebrauche zu nehmen haben z).

§. 651.

Die **vierte** Gattung der persönlichen Servituten ist die **Wohnung** (*habitatio*), indem man darunter, als einem dinglichen Rechte an einer fremden Sache, die Befugniß versteht, das Haus eines andern, der Substanz desselben unbeschadet, zu bewohnen. Nach dem neuern römischen Rechte ist diese Servitut als eine für sich bestehende Dienstbarkeit zu betrachten, die nicht mit dem *vsufructus* und *vsus aedium* verwechselt werden darf. In der *L.* 13. *C. de Vsufr. et habitat. et minister. seruor.* heißt es: Quum antiquitas dubitabat, vsufructu habitationis legato et primo quidem cui similis esset, vtrumne vsui, vel vsufructui, an neutri eorum, sed ius proprium, et specialem naturam sortita esset habitatio, postea au-

y) *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVII. thes.* 62. Das Gegentheil behauptet jedoch *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Vsu et habitat.* §. 1.

z) *Beyer Posit. ad Institut. tit. de Vsu et habitat. thes.* 4.

autem, si posset is, cui habitatio legata esset eamdem locare, vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decidentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, siue ipse legatarius maneat, siue alii cedat, vt mercedem adcipiat? et multo magis si habitationis vsumfructum reliquerit: quum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine vsufructus addito. In tantum et enim valere habitationem volumus, vt non antecellat vsumfructum: nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter euidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium eius domus sibi esse relictum. Tunc et enim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest a). Die alten römischen Juristen stritten über die Natur der Dienstbarkeit der Habitation. Wie man aus andern Gesetzstellen b) sieht behaupteten die Sabinianer, sie sey ein *vsus* aedium, die Proculejaner hingegen, sie sey ein *vsusfructus* aedium. Javolen hielt sie für eine von beyden verschiedene, ganz eigene Servitut, und diese letzte Meinung billigte Justinian durch die vorliegende Entscheidung, wovon sich auch ein kurzer Auszug im §. 5. *I. de Vsu et habitat.* findet.

§. 652.

Wer die Servitut der Habitation hat, bedient sich

1) nicht bloß des Hauses zu seinen nothwendigen Bedürfnissen; er kann auch Visitenzimmer zu seinem Divertissement haben.

2) Er kann das ganze Haus vermiethen, wozu der Usuar nicht befugt ist. Bey dem allen hat er indessen

3) weni-

a) In den Basiliken ist die Stelle folgendermaßen zu befinden: ἡ χρῆσις τῆς οἰκήσεως, οὔτε χρῆσις ἁπλῆ ἐστιν οὔτε χρῆσις καρπῶν, ἀλλὰ διάζον δίκαιον ὁ δὲ ἔχων χρῆσιν οἰκήσεως δύναται αὐτὴν μισθοῦν ἑτέρῳ τινί.

b) *L.* 32 *D. de Vsufr. L.* 10. §. 2. *et L. pen. D. de Vsu et habitat. L.* 20. §. 2. *D. de Instr. vel instrum. leg. cf.* Gmelin Abh. von der eigenthümlichen Beschaffenheit der Habitation nach dem römischen Rechtssystem, (in den gemeinnützigen Beobachtungen und Rechtsfällen, Th. III. Num. VII.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0234
DFG

3) weniger, als der Usufructuar; denn er kann das Haus nur zum Bewohnen vermiethen, nicht zu einem andern Gebrauche. Und eben so wenig kann er

4) den Nutzen der Wohnung verschenken, d. h. jemanden unentgeltlich im Hause wohnen lassen c). Endlich

5) ist diese Servitut nach der richtigern Meinung der Rechtslehrer auf die zur Wohnung aptirten Theile des Hauses schlechterdings eingeschränkt, auf Stuben und Kammern d).

Sonst hat diese Dienstbarkeit in Ansehung der Caution und anderer Verbindlichkeiten vieles mit den obigen Servituten gemein e), auch ist sie auf die Person desjenigen, dem sie zugestanden worden ist, eingeschränkt f). Nur dadurch unterscheidet sie sich hauptsächlich von jenen Dienstbarkeiten, daß sie so wenig durch **Nichtgebrauch** als **Capitisdeminution** verloren geht g),

c) *L.* 10. *pr. D. de Vsu et habitat.* Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si vsus, quaeritur. Et effectu quidem idem pene esse legatum vsus et habitationis, et Papinianus consensit lib. XVIII. quaestionum. Denique donare non poterit. Sed eas personas recipiet, quas et vsuarius. Dem scheint zwar die *L.* 1. §. 1. *D. Commod. vel contra* in den Worten: Viuianus etiam habitationem commodari posse ait, entgegen zu stehn, da bekanntlich das Commodat eine species liberalitatis ac donationis ist; allein der Sinn dieser Stelle ist, wie *Voet Com. ad Pandect. tit. de Vsu et habitat.* §. 6. richtig bemerkt, nicht der, das jemandem schon constituirte ius habitationis könne durch denjenigen, der es erhalten hat, einem andern per modum commodati eingeräumt werden, sondern vielmehr der, man könne jemandem die Habitation per commodatum constituiren, wie sie einem durch ein Vermächtniß conferirt werden kann. Das lehrt auch die *L.* 17. *D. de Praescript. verb.* ganz deutlich, worin sogar jenes Vivians erwähnt wird. *cf. Raguellus Com. ad constitutt. Iustin. p.* 176. *sqq.*

d) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. tit. de Vsu et habitat.* §. 12. Gmelina. a. O. *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III.* §. 767. *p.* 516. Dabelow System des gesammten heutigen Civilrechts, Th. II. §. 1522. S. 148. Das Gegentheil behauptet Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 385.

e) *L.* 5. §. 3. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau. cf. Westphal l. l.*

f) *L.* 15. *pr. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.*

g) *L.* 10. *pr. D. de Vsu et habitat.* Ad heredem tamen nec ipsa transit, nec *non vtendo* amittitur, nec *capitis deminutione*, *Voet l. l.* §. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0235 DFG

obgleich Justinian in Ansehung des erstern Puncts ebenfalls ein anders fest setzen zu wollen scheint h).

Bisweilen wird auch noch heutiges Tages bey uns jemandem in letztwilligen Verordnungen die seruitus habitationis vermacht. Indessen muß man hier, wie Thomasius i) bemerkt, die vom Testirer gebrauchten Redensarten wohl unterscheiden. Wenn der Testirer sagt: ich vermache ihm **mein Haus zur Wohnung**, oder: ich vermache ihm **meine Wohnung**: so erhält der Legatar das Haus eigenthümlich; sagt er hingegen: ich vermache ihm **die Wohnung in meinem Hause**, oder **die Bewohnung des Hauses**: so bekommt der Vermächtnißnehmer die seruitutem habitationis, und kann das ganze Haus einnehmen; endlich, wenn er sagt: ich vermache ihm **eine Wohnung im Hause**, so hat der Legatar eine eingeschränktere Servitut, indem er dann nur so viel von dem Hause zur Wohnung verlangen kann, als er nothwendig braucht.

h) *L. pen. C. de Vsufr. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1134. p. 319 sq.*

i) *Thomasius Not. ad tit. I. de Vsu et habitat.*

LIB. VII. TIT. VIIII.

VSVFRVCTVARIVS QVEMADMODVM CAVEAT.

§. 653.

Damit der Usufructuar den ihm von den Gesetzen auferlegten Verbindlichkeiten desto gewisser nachkommen möge, ist zum Besten des Eigenthümers die usufructuarische Caution (*cautio vsufructuaria*) eingeführt worden, die man auch vtiliter bey andern persönlichen Servituten antrifft k). Anfänglich waren zur Bestellung derselben nur diejenigen Nießbrauchsnehmer verbunden, welchen die Nutznießung durch ein Vermächtniß hinterlassen worden war; bald aber dehnte man sie sehr zweckmäßig auch auf jeden andern Nießbrauch aus l), er mogte durch ein Fideicommiß, durch eine Schenkung des Todes wegen m), oder

k) *L.* 5. §. 1, 2. D. *Vsufructuar. quemadmod. cau.*

l) *L.* 13. *pr. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Si cuius rei vsufructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, vt officio iudicis hoc fiat: nam sicuti debet fructuarius vti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. *Haec autem ad* OMNEM VSVMFRVCTVM *pertinere*, Iulianus lib. XXXVIII. Digestorum probat.

m) *L.* 1. §. 2. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.* Illud sciendum est, ad *fideicommissa* etiam aptari eam debere. Plane et si ex *mortis caussa donatione* vsufructus constituatur, exemplo legatorum debebit haec cautio praestari. Sed et si ALIA QVACVMQVE CAVSSA constitutus fuerit vsusfructus, idem dicendum est.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0237
DFG

oder durch einen Contract n) bestellt seyn, oder wohl gar nur tuitione praetoria bestehn o). Ihre Natur charakterisirt Ulpian, wenn er in der *L.* 1. *pr. D. Vsufructuar. quemadmod. cau.* sagt: Aequissimum praetori visum est, de vtroque legatarium cauere: *et vsurum se boni viri arbitratu, et, quum vsusfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.* Man sieht aber leicht, daß dies nur auf den **wahren** Nießbrauch paßt. Durch diese Caution verspricht der Usufructuar

1) beym *verus* vsusfructus, daß er

α) die Sache als ein guter Hausvater nutzen, und überhaupt damit umgehn wolle, wie ein guter Hausvater mit seinen Sachen umzugehn pflegt; ingleichem

β) daß er nach beendigtem Nießbrauche die Sache ganz oder in dem Zustande, worein sie durch einen ordnungsmäßigen Nießbrauch versetzt worden ist, zurück geben wolle;

2) beym *quasi* vsusfructus, daß er eine andere Sache von eben der Qualität und Quantität oder den Werth derselben nach beendigtem Nießbrauche restituiren wolle p).

§. 654. 655.

Der Nießbrauchsnehmer ist zur Bestellung der usufructuarischen Caution verbunden ohne Unterschied, die Sache, an welcher ihm die Nutznießung zusteht, mag eine beweg liche, oder eine unbeweg liche seyn q). Haben mehrere die

n) *L.* 4. *C. de Vsufr.* Vsufructu constituto consequens est, vt satisdatio boni viri arbitratu praebeatur ab eo, ad quem id commodum peruenit, quod nullam laesionem ex vsu proprietatis adferat. Nec interest, siue ex *testamento*, siue ex VOLVNTARIO CONTRACTV vsusfructus constitutus est.

o) *L.* 9. § 1. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.* Illud sciendum est, siue iure ipso quis vsumfructum habet, siue etiam per TVITIONEM PRAETORIS, nihilominus cogendum esse fructuarium cauere, aut actiones suscipere. *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitut. praed. Sect. III. cap. XXI. §. 691. p. 457. sqq.*

p) §. 2. *I. de Vsufr.* *L.* 7. *D. de Vsufr. ear. rer. quae vsu consumunt.* *L.* 7. §. 1. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.*

q) *L.* 1. §. 1. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.* Haec stipulatio siue *mobilis* res sit, siue *soli*, interponi debet.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0238
DFG

die Proprietät, so muß er jedem caviren r), welches selbst auch alsdann Rechtens ist, wenn die Proprietät dem einen pure, dem andern hingegen sub conditione oder sub die zuständig ist s). Bisweilen muß sogar derjenige, dem die usufructuarische Caution prästirt wird, die nämliche Caution wieder einem andern bestellen. Dem ersten Ansehen nach scheint dies paradox, aber es ist dennoch wirklich der Fall, wenn jemandem der Nießbrauch legirt ist, er muß ihn aber vermöge eines Fideicommisses wieder einem andern überlassen, so daß er jedoch dereinst auf den Fiduciar zurück fallen kann t). Obwohl übrigens die usufructuarische Caution als ein naturale beym Nießbrauche angetroffen wird, so gehört sie doch nicht zum Wesen desselben, so daß ein Nießbrauch ohne sie nicht bestehn könnte v). Denn so haben

1) schon die Gesetze diese Caution einigen Nießbrauchsnehmern erlassen, als:

α) demjenigen, dem die Nutznießung pure, die Proprietät hingegen in diem vermacht worden ist x);

β) dem

r) *L.* 1. §. 4. *D. eod.* Si plures domini sint proprietatis, *vnusquisque pro sua parte stipulabitur.*

s) *L.* 8. *D. eod.* Si tibi vsusfructus, et mihi proprietas legata sit: mihi cauendum est. Sed si mihi sub conditione proprietas legata sit: quidam, et Marcianus, et heredi et mihi cauendum esse putant, quae sententia vera est. Item si mihi legata sit, et, quum ad me pertinere desierit, alii: et hic vtrisque cauendum, vt supra placuit. Quodsi duobus coniunctim vsusfructus legatus sit: et inuicem sibi cauere debebunt, et heredi in casum illum si ad socium non pertineat vsusfructus, heredi reddi. *cf. Westphall. l.* §. 694. *p.* 460.

t) *L.* 9. *pr. D. eod* Si vsusfructus mihi legatus sit, eumque restituere sim Titio rogatus: videndum est, quis debeat cauere, vtrum Titius, an ego, qui legatarius sum. An illud dicimus, mecum heredem acturum, cum fideicommissario me agere debere. Et est expeditius hoc dicere: si mihi spes aliqua durat vsusfructus, et, quum tu amiseris, potest ad me recidere, hoc est ad legatarium: ita rem expediri, vt tu mihi, ego domino proprietatis caueam. Quod si fideicommissarii causa vsusfructus mihi relictus est, nec est vlla spes ad me reuertendi, fructus: recta via fideicommissarium cauere oportet domino proprietatis.

v) *Burchard Diss. cautionem vsufructuariam nec veri nec quasi vsusfructus substantiam ingredi, sed solum naturale externum adtributum esse,* (Herbip. 1757.)

x) *L.* 9. §. 2. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0239
DFG

β) dem Vater, als Nießbrauchsnehmer des Sonderguts seiner Kinder γ), ingleichem

γ) dem Fiscus in der Qualität eines Usufructuars ζ).

2) Nach dem Gerichtsgebrauche fällt diese Caution beym Schenker weg, der sich an der geschenkten Sache den Nießbrauch reservirt hat α). Und so kann endlich

3) jeder, der das Recht hat, Caution des Nießbrauchs wegen zu fordern, darauf Verzicht leisten b); niemals aber kann die Erlassung der usufructuarischen Caution zum Nachtheile eines Dritten geschehen, ja, die Gesetze erklären sogar die vom Erblasser im Testamente geschehene Erlassung der usufructuarischen Caution für unverbindlich. In der *L. 7. C. Vt in possess. legator.* heißt es ausdrücklich: Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, Diuum Marcum et Diuum Commodum constituisse. Vt autem *boni viri arbitratu is, cui usufructus relictus est, vtatur fruatur*, MINIME SATISDATIONEM REMITTI TESTAMENTO POSSE. Die Angabe eines hinlänglichen Grundes dieser Verordnung ist freylich ein schwer zu lösendes Problem. Wenn einer dem andern den Nießbrauch

γ) *L. vlt. §. vlt. C. de Bon. quae liber.*

ζ) *Arg. L. 1. §. 18. D. Vt leg. nom. cau.* Auch der Ehemann pflegt als Nießbrauchsnehmer des Vermögens seiner Ehefrau mit der usufructuarischen Caution verschont zu werden. *Corpzov Responss. Lib. VI. num. LI.*

α) *Voet Com. ad Pandect. tit. Vsufructuar. quemadmod. cau. §. 8. Matthaeus de seruitutt. disp. III. thes. 15. Wissenbach ad Pandect. Vol. II. disp. XVI. thes. 11. in med. de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. II. tit. Vsufructuar. quemadmod. cau. p. 30. sq. ed nouiss. Müller ad Struuium, Tom. 1. pag. 794. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §. 1140. p. 324. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 9. p. 154. sq. ed. nouiss.* Dabelow System des gesammten heutigen Civilrechts, Th. II. §. 1514. S. 144. *Malblanc Princip. iur. rom. sec. ord. Dig. Part. II. Sect. I. §. 433. p. 201.* Das Gegentheil behauptet *Lauterbach Compend. iur. p. 132.* mit vielen andern älteren Rechtslehrern. Daß nach der diesseitigen Meinung aber auch bey den höchsten Reichsgerichten gesprochen werde, bezeugen *Gail Obseruatt. camerall. Lib. II. obs. XXXXV. num. 14.* und *Mynsinger Obseruatt. cent. I. obs. XXXVI.*

b) *L. 46. D. et L. pen. C. de Pact.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0240
DFG

brauch legirt hat: so konnte er ihm auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Nießbrauch, geben; weswegen soll er nun nicht befugt seyn, ihm die Caution zu remittiren? Man nehme z. B. den Fall an, es setzte jemand seine Geschwister zu Erben ein, und vermachte seiner Wittwe den Abnutzen des ganzen Vermögens auf Lebenslang. Warum soll er der Wittwe nicht die Cautionsleistung erlassen dürfen? Er konnte ja seine Geschwister gänzlich ausschließen, und soll ihnen doch nicht befehlen können, von der Wittwe keine Caution zu fordern. Einige sagen, der Usufructuar werde durch die Erlassung der Caution zu einer unerlaubten Handlung gereizt, nehmlich dazu, die Sache zu verderben, und dergleichen Invitationen ad delinquendum hätten die Gesetzgeber nicht dulden wollen. Mit Recht bemerkt aber Voet c) dagegen, daß der Usufructuar ja ohnehin allen Schaden, den er der Sache zufügt, ersetzen müsse, er mag Caution leisten, oder nicht. Außerdem remittiren die Gesetze selbst, wie wir vorhin sahen, in einigen Fällen die Caution; wollte man also jene Ursache annehmen, so müßte man zugeben, daß die Gesetzgeber in diesen Fällen auch zu verbotenen Handlungen reizten. Welche Ungereimtheit! Endlich der Commodatar und Conductor gebrauchen ja auch eine fremde Sache, und zwar ohne Sicherheitsleistung; weswegen werden denn sie nicht zu verbotenen Handlungen gereizt? Kurz, der angeführte Grund ist lächerlich, wie schon Hommel d) weitläuftig gezeigt hat. Noodt e) behauptet sogar, nicht einmal der Erbe sey befugt, bey einem in einer letztwilligen Verordnung hinterlassenen Nießbrauche die Caution zu erlassen. Seine Gründe sind: *est enim talis pactio aduersus leges: quia est aduersus formam, vsuifructui a praetore datam, nempe, ne fructuarius in re fructuaria grassetur cum iniuria proprietarii, negat autem praetor, se seruaturum pacta aduersus leges facta, id est, aduersus ius ciuile, aut praetorium: quo data plerisque rebus est forma a publica vtilitate non aliena.* Diese Gründe verdienen wohl keine ernstliche Widerlegung, auch lehren die Gesetze f) selbst das gera-

c) *Voet l. l. §. 9.*

d) *Hommel Diss. de iniquitate legg. romanar. remissionem cautionis vsufructuariae testatori denegantium. §. 24.*

e) *Noodt de vsufr. Lib. I. cap. XVIIII. (in opp. Tom. I. p. m. 356.)*

f) *l. 46. D. de Pact.* Pactum inter heredem et legatarium factum, ne ab eo satis adcipiatur, quum in Semestribus relata est Constitutio Diui Marci, ser-

gerade Gegentheil von dem, was Noodt behauptet g). Zoller h) hält dafür, das Gesetz rede von dem Falle, wo der Usufructuar anfängt, die Sache zu verderben; hier könne der Proprietar Caution verlangen, weil der Erblasser vorausgesetzt habe, der Usufructuar werde mit der Sache ordentlich umgehn. Davon steht aber im Gesetze kein Wort, nicht eine Spur trifft man in demselben davon an, daher das Raisonnement bloß divinatorisch ist. Stryk i) behauptet mit einigen andern Rechtslehrern, zwar das letzte Stück der Caution, de re finito vsufrucu restituenda, nicht aber das erste, de re boni viri arbitratu vtenda, könne remittirt werden. Allein auch von dieser Verschiedenheit läßt sich keine gegründete Ursache angeben k). Galvan l) sagt: die Gesetzgeber wollten nur so viel sagen, man könne dem Nießbrauchsnehmer das *ius cautionis* nicht erlassen, nicht machen, daß der Usufructuar nicht **verbunden** sey, **zu caviren**; hingegen könne man aber wohl das *factum cauendi* oder den *vsus cautionis* aufheben, man könne ihm versprechen, **daß man keine Caution verlangen wolle**, auch verordnen, daß der Erbe die Caution nicht **fordere**; und dies sey sowohl beym conventionellen, als beym testamentarischen Nießbrauche Rechtens. Mit Recht bemerkt aber Hofacker m) von dieser Distinction, sie sey nimis subtilis neque iure satis fundata; sie gehört in der That zu den sophistischen, und bleibt immer bloße Conjectur, da die Gesetze gar keine Anleitung zu ihr geben. Hert n) glaubt, das Gesetz verbiete die Cau-

vari in hoc quoque defuncti voluntatem, validum esse constat: nec a legatario remissa heredi satisdatio per pactionem ex poenitentia reuocari debet, quum liceat sui iuris persequutionem aut spem futurae perceptionis deteriorem constituere.

g) *cf. Hommel l. l.*

h) *Zoller Diss. obss. iuridd. specim.* (Lipsiae 1773.) *obs. VI.*

i) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. Vsufructuar. quemadmod. cau. §. vlt.*

k) *Hommel l. l. §. 27.*

l) *Galuanus de vsufr. cap. XVIIII. num. 8. sqq. cap. XX.*

m) *Hofacker l. l. not. f.*

n) *Hertius Diss. de plur. hom. vnam person. sustin. Sect. I. §. 12.*

Caution, weil die Testatoren bisweilen zu freygebig seyen, und in den Usufructuar ein zu großes Vertrauen setzten; es würde unbillig seyn, wenn der Proprietar gegen den Willen des Erblassers um sein Recht käme. Sotomayor o) sagt: wenn der Testirer dem Nießbrauchsnehmer die Caution de vtendo boni viri arbitrio erläßt, so scheine er ihm die Erlaubniß zu geben, mit der Sache nach Willkühr zu schalten, scheine ihm die Proprietät legirt zu haben; er habe also in solchem Falle etwas erlaubt, was mit der Natur des Nießbrauchs streitet, habe sich selbst widersprochen, indem er nur den Nießbrauch legirt, und doch eine Clausel beyfügt, die eine Proprietät involvirt, daher denn die Clausel pro non adiecta gehalten werde. Wenn inzwischen der Testirer deutlich sich ausdrückte, z. B. so: **ich legire dem Titius die Nutznießung meines Hauses, und weil ich das Zutrauen in ihn setze, daß er es wie ein guter Haushälter, und wie es einem Usufructuar geziemt, gebrauchen werde, so soll er nicht verbunden seyn, deshalb Caution zu machen**; dann sey die Remission der Sicherheitsleistuug gültig. Ich übergehe mehrere Conjecturen, die man bey Fachinäus p) findet. Die gemeine und in der Praxis geltende Meinung über die Frage: ob dem Usufructuar die Cautionsleistung erlassen werden könne? ist folgende. Der Nießbrauch ist entweder in einem letzten Willen ertheilt worden, oder durch einen Vertrag. Im letztern Falle kann derjenige, welcher den Nießbrauch giebt, dem Usufructuar die Caution erlassen. Was hingegen den ersten Fall angeht, so gilt die Frage entweder dem Erben, oder sie gilt dem Erblasser; jener kann die Caution remittiren, dieser aber nicht q).

o) *del Castillo Sotomayor Tr. de vsufr. cap. XV. num.* 30.

p) *Fachinaeus Controuerss. iur. Lib. VIII. cap. XXXXII. XXXXIII.*

q) *a Wernher Obseruatt. forr. Part. VII. obs. LXXXXIII. num.* 21. *Strykl. l. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitut. praed. Sect. III. cap. XXI. §.* 700. *p.* 462. *sq. Hofacker l. l.* Höpfner theoret. pract Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 373. *not.* 3. Noch gehören hieher überhaupt *Klipsch Diss. de remissione cautionis vsufructuariae*, (Lipsiae 1756.) *Ilser Diss. num cautio vsufructuaria a testatore remitti queat*, (Argent 1784.) und *Breuning Diss. an cautio vsufructuaria possit remitti a testatore*, (Lipsiae 1770.)

§. 656.

Zur Erlangung der usufructuarischen Caution sind folgende Anordnungen getroffen worden:

1) wenn der Eigenthümer die Sache dem Usufructuar noch nicht übergeben hat, so übt er bis zur geleisteten Caution daran das Retentionsrecht aus r); hat er sie aber

2) schon übergeben, so kann er die Sache so lange durch die Reivindication zurück fordern, bis die Caution gestellt ist, auch durch die condictio incerti den Usufructuar zur Cautionsleistung auffordern s); ja wenn

3) der Usufructuar sich hartnäckig weigert, Caution zu leisten, so kann er wohl gar seines Nießbrauchs entsetzt werden t).

§. 657.

Die usufructuarische Caution selbst muß in der Regel durch **Bürgen** bestellt werden, da theils die Gesetze überall eine **Satisdation** erfordern v), theils

r) *L. 13. pr. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat. cf. Lyncker de cautione vsufructuaria*, §. 9.

s) *L. 7. D. Vsufructuar. quemadmod. cau. L. 5. §. 1. D. de Vsufr. ear. rer. quae vsu consum.*

t) *L. 13. pr. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* Wie steht es aber mit den vom Usufructuar inmittelst gezogenen Früchten? Hat der Erbe die rem fructuariam noch nicht übergeben, so percipirt er die Früchte selbst, bis die Caution bestellt ist. *L. 24. pr. D. de Vsufr. leg.* Wenn er aber die Sache ohne vorgängige Cautionsleistung dem Legatar tradirt hat, so kann er die von letzterm ante praestitam cautionem gezogenen Früchte nicht condiciren. Dies ist wenigstens die richtigere Meinung, wie *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitut. praed. Sect. III. cap. XXI. §. 699. p. 462.* und *Tittel Diss. de fructibus ab vsufructuario ante praestitam cautionem adquirendis*, (Ienae 1762) zeigen. Man sehe auch *de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. II. tit. Vsufructuar. quemadmod. cau. quaest. 1. p. 29. sq. ed nouiss.* und *Noodt de vsufructu, Lib. I. cap. XVIIII.* Einige, wie z. B. *Voet Com. ad Pandect. tit. Vsufructuar. quemadmod. cau. §. 3.*, distinguiren inter fructus *ante petitam cautionem* perceptos, und *a tempore cautionis exactae vsque ad tempus eiusdem praestitae* perceptos; die ersteren soll der Usufructuar behalten, die letzteren aber nicht.

v) *L. 5. §. 1. D. Vsufructuar. quemadmod. cau. L. 13. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0244
DFG

theils diese Caution eine prätorische ist x), welche personarum interuentum erfordert y). Daher sagt auch der Jurist Paulus z) namentlich, der Nießbrauchsnehmer müsse *fideiussoribus oblatis* caviren. Kann aber der Usufructuar keine tüchtige Bürgen erhalten, so muß der Richter nach den Umständen, z. B. nach der individuellen Qualität der Person, nach der Größe und Wichtigkeit der usufructuarischen Sache, nach der leichtern oder unwahrscheinlichern Gelegenheit zur Gefährde für den Proprietar, u. s. w. ermessen, ob eine Caution durch **Pfand**, oder wohl gar eine **juratorische** Caution statt hat, oder ob nicht vielmehr mit Vernachlässigung des ganzen Cautionspuncts auf **Sequestration** oder **Verpachtung** der Sache zu erkennen sey. Auf alle Fälle darf aber der Richter nicht zugeben, daß der Legatar bloß deswegen, weil er den Cautionspunct gehörig zu berichtigen unvermögend ist, um die ihm legirte Nutznießung komme b).

§. 658.

Außer der Caution kann auch der Proprietar verlangen, daß über alle diejenigen Sachen, deren Nutznießung eingeräumt wird, ein Inventarium errichtet werde, damit man dereinst nach endlicher Beendigung des Nießbrauchs wissen könne, ob noch die Sachen sämmtlich in der gehörigen Quantität und Qualität vorhanden sind, wie sie vorhanden seyn müssen. In der *L.* 1. §. 4. *D. Vsufructuar. quemadmod. cau.* sagt Ulpian: Recte autem facient et heres et legatarius, qualis res sit, quum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, vt inde possit adparere, an et quatenus rem peiorem legatarius fecerit. Man sieht wohl, daß die Stelle eine bloße Suasion oder Commendation enthält, und keinesweges unter die *leges praeceptiuas* gehört. Ulpian räth nur zur Verfertigung eines Inventariums, empfiehlt

x) *L.* 1. *pr. D. Vsufructuar. quemadmod. cau.*

y) *L.* 7. *D. de Stipulat. praetor.*

z) *Paulus Receptt. sententt. Lib. III. tit. VI. §.* 27.

a) *Voet. l. l. Lauterbach Colleg. Pandect. theor. pract. tit. Vsufructuar. quemadmod. cau. §.* 18. *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II. §.* 1138. *p.* 323.

b) *del Castillo Sotomayor de vsufr. cap. XVIII. Gomez Variar. resolutt. Tom. II. cap. XV. num.* 4. *Galuanus de vsufr cap. XX. num.* 5. *Matthaeus de seruitutt. disp. II. thes.* 10. *disp. III. thes.* 13.

dieselbe als nützlich; er schreibt sie aber nicht vor, da der Beweis dessen, was zu Anfange des Nießbrauchs existirt hat, auch auf andere Weise geführt werden kann. Die Stelle eines Inventariums kann auch eine eydliche Privatspecification vertreten c).

Wenn übrigens der Usufructuar die Sache beschädigt, so kann sich der Proprietar nicht nur an die Caution halten, sondern auch durch andere Rechtsmittel, unter andern namentlich durch die Klage des aquilischen Gesetzes Entschädigung fordern d). Durante vero vsufructu, sagt Hellfeld, non solum ad interesse recte agitur, *sed quoque, si deterioratio in abusum degenerat, ipse vsusfructus reuocatur.* Ueber die Frage: ob der Usufructuar dadurch, daß er die in Nießbrauch gegebene Sache nicht gehörig gebraucht oder mißbraucht, sein Recht verliere? wird unter den Rechtsgelehrten gestritten. Ich glaube sie mit Wesenbeck e), Cramer f), Harpprecht g) und Westphal h) verneinend beantworten zu müssen. Auf den Verlust eines Rechts kann überhaupt nicht anders erkannt werden, als wenn solcher in den Gesetzen auf eine widerrechtliche Handlung gesetzt worden ist. An einer solchen gesetzlichen Verordnung fehlt es aber im gegenwärtigen Falle. Denn im ganzen Titel der Pandecten *Quib. mod. vsusfr. vel vs. amitt.* ist dieses Falles gar nicht gedacht. Selbst die Gesetze i), welche Stryk k), Böhmer l), Mantica m), Struv n) und Walch o) an-

c) *a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. obs. LXXXXVIII.*

d) *L. 13. §. 2. de vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat. cf. Westphal l. l. §. 704. pag. 466. Hofacker l. l. §. 1139. p. 323.*

e) *Wesenbecius ad tit. Dig. Quib. mod. vsusfr. amitt. num. 8.*

f) *de Cramer Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. obs. DCCCCLXVII.*

g) *Harpprecht ad §. 3. I. de Vsufr. num. 59.*

h) *Westphal l. l. §. 690. not. 614. p. 456. sq.*

i) *§. 3. I. de Vsufr. L. 13. §. 4. D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat. L. 54. §. 1. D. et L. 3. C. Locat. cond. L. 9. §. vlt. D. de Damn. inf.*

k) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. Quib. mod. vsufr. vel vs. amitt. §. 6.*

l) *Boehmer Introd. in ius. Dig. tit eod. §. 3.*

m) *Mantica de arbitrarr. iudicc. quaestt. Lib. II. cent. I. cas. 78.*

n) *Struv Ex. XII. §. 34.*

o) *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 16. p. 116. sq. ed. nouiss.*

anführen, um das Gegentheil zu beweisen, sagen solches nicht. Im §. 3. *I. de Vsufr.* sagt Justinian zwar, der Nießbrauch gehe non vtendo per modum et tempus verloren; dies ist aber bloß vom Nichtgebrauch der Nutznießung die gesetzlich bestimmte Zeit hindurch, keineswegs vom Mißbrauch, zu verstehn, wie die gleich nachfolgenden Worte: quae omnia nostra statuit constitutio, hinlänglich zeigen. Denn hier provocirt der Kayser auf seine Constitution in der *L.* 6. *de Vsufr.*, worin kein Wort vom abusus steht. In der *L.* 13. §. 4. *D. de Vsufr. et quemadmod. quis vtat. fruat.* wird freylich gesagt, der Usufructuar dürfe die in Nießbrauch gegebene Sache nicht mißbrauchen; allein, das ist auch alles was darin gesagt wird, und wie kann man daher gleich folgern, daß er des Nießbrauchs verlustig werde, wenn er es doch thut. Die *L.* 54. §. 1. *D.* und die *L.* 3. *C. Loc. cond.* gehören gar nicht hieher; denn theils kann man nicht vom Miethcontracte auf den Nießbrauch schließen, theils lehrt auch der Augenschein, daß beyde Gesetze nicht vom Mißbrauch, sondern nur davon reden, wenn der Pachter die Miethe nicht bezahlt, und der Verpachter die verpachtete Sache selbst gebrauchen muß. Eben so wenig endlich kann die *L.* 9. §. *vlt. D. de Damm. inf.* releviren, da darin bloß geordnet wird, dem Usufructuar eines Hauses könne der Nießbrauch vom Proprietar untersagt werden, wenn jener das baufällige Haus nicht bessern lassen will.

Bey so bewandten Umständen ist es wohl richtiger, daß durch den Mißbrauch der Nießbrauch nicht verloren gehe, zu geschweigen, daß es sogar nicht an Gesetzen fehlt, die solches nicht undeutlich zu erkennen geben p).

p) *L.* 1. §. 5. 6. *D. Vsufructuar. quemadmod. can. L.* 17. *D. de Noual. act. cf. Westphal l. l.*

LIB. VIII. TIT. I.

DE SERVITVTIBVS.

§. 659.

Von den persönlichen Servituten gehn wir jetzt zu den dinglichen über, die allen Besitzern eines Grundstücks an einem andern Grundstücke zuständig sind, folglich nothwendig zwey Grundstücke oder praedia voraussetzen; eines, dessen Besitzer das Recht der Dienstbarkeit haben, und ein zweytes, dessen Besitzer die Servitut leiden müssen, kurz ein herrschendes Gut (praedium *dominans*) und ein dienstbares oder dienendes Gut (praedium *seruiens*). Oben ist dies bereits genauer entwickelt worden q).

Hier haben wir vorerst nach Anleitung des Verfassers den Grundsatz des römischen Rechts zu bemerken: seruitus in faciendo consistere nequit. Jede Dienstbarkeit besteht darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes etwas leiden oder unterlassen muß; er muß z. B. leiden, daß ich die Balken meines Hauses in seine Mauer einlasse; leiden, daß ich meine Dachtraufe in seinen Hof fallen lasse; leiden, daß ich über seinen Acker gehe oder fahre, u. s. w. Hingegen muß er z. B. das Bauen unterlassen, wodurch mir meine Aussicht genommen würde; darf das Regenwasser von seinem Dache nicht auffangen, sondern muß dasselbe mir überlassen; darf in

q) §. 621.

in seine eigene Wand keine Fenster machen, u. s. w. Keine Servitut kann also in FACIENDO bestehn. In der *L.* 15. §. 1. *D. de Seruitut.* sagt Pomponius ausdrücklich: Seruitutum non ea natura est, vt aliquid FACIAT quis, sed vt aliquid PATIATVR, aut NON FACIAT. Verspricht mir jemand, daß er zum Nutzen meines Grundstücks etwas thun wolle, z. B. alle Jahre meine Wiesen wässern, meine Aecker pflügen wolle: so verbindet dieses Versprechen zwar ihn und seine Erben. Er kann aber dadurch den künftigen Besitzern seines Grundstücks, die nicht seine Erben sind (successoribus singularibus) keine Verbindlichkeit auflegen; er kann nicht versprechen, daß z. B. alle Besitzer seines Landgutes meine Wiesen wässern sollen, u. s. w. und mein Recht gegen ihn und seine Erben ist keine Servitut, hat die Rechte einer Servitut nicht.

Man hat es häufig versucht, einen befriedigenden Grund für diese Regel aufzufinden; allein bis jetzt hat noch keiner von allen allgemeinen Beyfall erhalten r). Gewöhnlich sagt man: seruitutem *res* debet, non persona; res autem *facere* non potest. Dies ist aber so viel, als nichts gesagt. Denn eben so wenig läßt sich behaupten, quod res *pati* aut *non facere* possit, und wenn gleich eine Sache nichts thun kann, so können es doch die Besitzer der Sache. Höpfner s) meint, vielleicht hätten die Römer geglaubt, ein Eigenthümer könnte, wenn man seruitutes in faciendo consistentes zulasse, sein Grundstück mit so vielen und seltsamen Lasten beschweren, daß es allen Werth verlieren, und niemand es mehr würde haben wollen. Thibaut t) verwirft diese Hypothese, und will den Grund in dem bekannten Princip des römischen Rechts, nach welchem niemand aus den Verträgen oder einseitigen Handlungen eines Dritten vollkommen berechtigt, und eben so wenig vollkommen daraus verpflichtet werden kann, gefunden haben. Aber auch dagegen mögte sich allerdings noch vieles einwenden lassen. Dem sey indessen, wie ihm wolle, genug, die Römer hielten sich fest an den Satz: seruitus in faciendo consistere nequit.

Giebt

r) *cf. Summermann Comment. de natura seruitutum ad L.* 15. §. 1. *D. de Seruitut. qua doctrina iuris romani, quae seruitutes in faciendo consistere posse negat, iuri naturali vindicatur,* (Berol. 1735.)

s) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 351.

t) Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Band I. Num. II. S. 31. ff.

Giebt es aber nicht heutiges Tages bey uns in Deutschland seruitutes in faciendo consistentes? Man bemerke. Wir haben so genannte Zwangs- oder Bannrechte (*iura bannaria*) v), vermöge welcher dem Herrn eines Gutes gegen den Herrn eines andern Gutes, oder auch überhaupt gegen die Einwohner eines Ortes ein zugleich ein Verbietungsrecht in sich begreifendes Zwangsrecht zusteht, daß dieser oder diese zum Nutzen seines Gutes etwas thun oder leisten müssen. Diese iura haben die Natur dinglicher, auf jeden Besitzer übergehender Rechte, weil sie in Ansehung eines Grundstücks, und nicht der Personen statt finden; daher müssen sie auch von dem bloßen Miethling und Bewohner des dienstbaren Gutes geleistet werden. Die mehresten von ihnen betreffen die nothwendigsten Bedürfnisse des menschlichen Lebens, und schränken die natürliche Freyheit ausnehmend ein; einige wenige dienen bloß zu beliebten Ergötzlichkeiten x). Die gemein üblichsten und wichtigsten Arten aus der zahllosen Menge solcher möglichen Rechte ist 1) der Bierzwang oder Zwangbrau (*bannum cereuisiarium*), das einer Stadt, einzelnen Brauerey, oder Schenke zustehende Recht, die Einwohner einer Gegend, oder eines Ortes zu zwingen, daß sie alles Bier, welches sie in ihrem Wohnorte trinken wollen, nur bey ihnen kaufen müssen y); 2) der Mühlenzwang, wodurch die Einwohner eines Ortes, oder einer Gegend in die Verbindlichkeit, ihr Getraide auf einer bestimmten Zwangmühle (*molendinum bannarium*) mahlen zu lassen, gesetzt werden z); 3) die Zwangbacköfen (*furni*

v) Bann heißt hier so viel als Zwang, und daher kommt der Name Bannrechte.

x) *cf. Klügel Diss. de differentiis iuris romani et germanici in materia de rerum seruitute*, §. 3.

y) *Scheid Tr. de iure coquendi et vendendi cereuisiam*, §. 16. *a Pufendorf Observatt. iur. vniu. Tom. II. obs. LIII.* Schröter Abhandlungen zur Erläuterung der deutschen Rechte, Band I. S. 461. Im Mittelalter waren dergleichen Zwangschenken sehr häufig; in neueren Zeiten aber hat man immer mehr eingesehn, daß dieselben dem wechselseitigen Verkehr äusserst nachtheilig sind; daß sie, in der Regel, auf eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der natürlichen Freyheit hinauslaufen; daß sie endlich selbst dem cameralistischen Interesse des Landesherrn auf mancherley Weise Nachtheil bringen. Man sieht sie daher lange schon als gehässige Anstalten an, und sie kommen heutiges Tages gewöhnlich nur noch da vor, wo entweder die Brauerey auf unmittelbare landesherrliche Rechnung geführt, oder doch vom Landesherrn verpachtet wird.

z) *Waldschmidt Diss. de molendinis bannariis*, (Marb. 1718.) *Müller Tr. de molendinis bannariis*, (Ienae 1678.) Westphal deutsches Privatrecht, Th. II.

(*furni bannarii*), die auf den Dörfern theils zu Abwendung der Feuersgefahr, theils auch deshalb angeordnet zu werden pflegen, damit die Einwohner gesunderes Brod erhalten, als sie bey eigenen Backöfen sich selbst zu Backen verstehn a); 4) die Zwangposten und Zwangsalzwerke, in so fern mit diesen Anstalten zu ihrer größern Vollkommenheit, und folglich zum Nutzen des gemeinen Wesens auf die bisher beschriebene Weise ein Zwangsrecht verbunden ist b).

Diese und ähnliche Bannrechte nun wollen viele Germanisten als *seruitutes in faciendo consistentes* angesehn wissen, daher sie denn behaupten, der Grundsatz:

II. S. 206. ff. Abh. von Mühlen und Zwangmühlen, (in den hinter Denekens Dorf- und Landrecht befindlichen Resolutionen, Num. I.) Dieses Recht verdient eben so wenig Begünstigung, als der Bierzwang. Am häufigsten findet man solches heutiges Tages noch bey herrschaftlichen und gutsherrlichen Mühlen. Hier entstand der Zwang um so leichter, je williger anfänglich der Privatmann seiner natürlichen Freyheit entsagte, wenn nur der Landes- oder Gutsherr die zur Erbauung einer Mühle nothwendigen Kosten übernahm, und man auf diese Weise eine Mühle in der Nähe erhielt. S. Beckmanns Beyträge zur Geschichte der Erfindungen, Band II. St. I. S. 65.

a) *Stryk de iure furnorum*, (Frcf. 1677.) von Cramer ob ein Landesherr zur Verbietung der Privatbackösen und Anlegung öffentlicher und gemeiner Backösen berechtigt sey? (*in Supplem. opuscc. num. VIIII. p. 565. sqq.*) S. auch dessen *Obseruatt. iur. vniu. Tom. III. obs. DCCCCIII.* Auch bey diesem Bannrechte hat jede Ausdehnung die Rechtsvermuthung gegen sich, und es kann daher dasselbe z. B. wenn es nur für das schwarze Brod erworben ist, auf weißes nicht ausgedehnt werden. S. Laubns Bedenken in wie weit das Recht eines Zwangbackofens auf die Weißbackgerechtigkeit zum feilen Kauf zu ziehen sey? (1752.) Einige Aehnlichkeit haben übrigens mit dieser Anstalt die so genannten Zwangkeltern. Diese werden gewöhnlich angelegt, um theils alle Vermischungen und andere Betrügereyen bey Fertigung des Mostes zu verhüten, theils die Erhebung der herrschaftlichen Zehenden gegen alle Defraudationen zu sichern. Fischer Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeyrechte, Band II. §. 874. ff. S. 582. ff.

b) *Iung de iure salinarum, p. 161. sqq.* An einigen Orten giebt es auch Zwangspielleute und Zwangköche; wo aber zu diesen und ähnlichen Bannrechten der rechtfertigende Grund liege, ist schwer zu errathen. Denn daß die landesherrliche Cämmer etliche Gulden für das Privilegium erhält, ist gewiß nicht hinreichend, die Freyheit der Unterthanen zu beschränken. *cf. Boehmer de iure principis restringendi libertatem commerciorum in vtilitatem subditorum, (in elect. iur. ciuil. Tom. III. num. XVIIII. p. 171. sqq.)*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0251
DFG

seruitus in faciendo consistere nequit, falle in Deuschland ganz weg c). Will man aber solche Dinge zu den Servituten zählen, und sie mit diesem Namen belegen, so sind und bleiben sie doch im Wesentlichen von dem Begriffe einer Servitut ganz verschieden, und können folglich höchstens nur als aequivoca, nicht aber als Unterarten davon, betrachtet werden, weil durch sie nicht sowohl das fremde Gut selbst genutzt, als vielmehr eine persönliche Leistung, wofür freylich der fundus haftet, genossen wird d). Ohnehin sind dergleichen iura theils als Privilegien, theils als Monopolien und theils als Polizeyanstalten anzusehn. Der Satz daher: seruitus in faciendo consistere nequit, bleibt, so wie ihn das römische Recht aufstellt, noch heutiges Tages von ungezweifelter Richtigkeit, und diejenigen, die sich bisher angelegen seyn ließen, nach deutschen Rechten das Gegentheil zu lehren, haben durch alle ihre Bemühungen weiter nichts erwiesen, als daß es onera giebt, die in faciendo bestehn, und von den Germanisten auch Servituten genannt werden, im Grunde aber mit den letzteren gar nichts gemein haben. In so fern also diese Rechtslehrer durch die seruitutes in faciendo consistentes dem römischen Grundsatze selbst Ausnahmen und Abänderungen aufbürden wollen, in so fern vermischen sie offenbar bloße aequiuoca mit wirklichen speciebus e).

§. 660.

c) *Gerhard de seruitutibus in faciendo consistentibus*, (Ienae 1710.) *Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Seruitut.* §. 3. 4. *Titius de seruitute faciendi*, (Lipsiae 1710.) Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 274. Letzterer sagt: da der Besitzer des Gutes das thun könne, was die Dienstbarkeit erfordert, so habe der Deutsche den römischen Grundsatz: *quod praedium nihil facere possit*, für eine leere Subtilität gehalten. Zum Beweise jenes Grundsatzes wird die *L.* 15. *D. de Seruitut.* angeführt. Mit wie wenigem Recht, sieht jeder leicht ein. Das Gesetz sagt, eine Servitut könne nicht in *faciendo* bestehn, und aus dem praedium nihil facere potest suchte man bloß, wie schon oben bemerkt wurde, jenes gesetzliche Princip zu erklären.

d) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band *II.* §. 274.

e) *cf.* Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des römischen Rechts, S. 39. f. Hugo Civilist. Magazin, Band *II.* Heft *III.* Num. *III.* Viele Rechtsgelehrte, als *Titius l. l.* §. 42. *de Selchow Elemm. iur. german.* §. 451. und *Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1148. *sq.* setzen auch die Frohndienste und Zinsentrichtungen der nicht leibeigenen Bauern mit in die Classe der so genannten im Thun bestehenden Dienstbarkeiten. Dies giebt aber einen den Rechten der Guts- und Zinsherren sehr nachtheiligen, und überdem ganz unrichtigen Gesichtspunct ab. Die Rechtsver-

§. 660.

Auf das Princip des römischen Rechts, daß jede Dienstbarkeit entweder im Leiden, oder im Nichtthun besteht, bezieht sich die Eintheilung der Servituten in affirmative und negative, indem unter jenen diejenigen verstanden werden, vermöge welcher der Eigenthümer der fremden Sache etwas leiden muß, was er nach seiner natürlichen Freyheit nicht nöthig hatte, unter diesen hingegen diejenigen, vermöge welcher er etwas unterlassen muß, was er nach seiner natürlichen Freyheit zu thun befugt war. Beyde Gattungen der Dienstbarkeiten differiren

1) ratione *constitutionis*, wie schon an einem andern Orte bemerkt wurde f). Wenn mir nehmlich jemand eine affirmative Servitut durch einen Vertrag überläßt, so erhalte ich durch den Vertrag weiter nichts, als ein persönliches Recht; das dingliche Recht, die wirkliche Servitut, erlange ich erst durch die Quasitradition, d. h. der dominans muß die Servitut einmal mit Vorwissen und ohne Widerspruch des seruientis ausüben. Negative Servituten aber lassen sich nicht quasitradiren, und daher erheischen die Gesetze die Quasitradition nur bey den affirmativen Dienstbarkeiten.

2) Ratione *praescriptionis*. Zur Erwerbung einer Servitut durch die Verjährung nehmlich wird der Quasiposseß erfordert. In demselben befindet sich nun

α) bey affirmativen Dienstbarkeiten derjenige, welcher sich des andern Sache, als vermöge einer Servitut dazu befugt und berechtigt, mit Duldung des Gegentheils bedient, und

β) bey negativen Dienstbarkeiten derjenige, welcher unter eben diesen Umständen das ius prohibendi ausgeübt hat g).

muthung würde nun allezeit für den Bauer, und wider den Guts- oder Zinsherrn streiten. Allein die erwähnte Dienst- und Zinspflicht ist keinesweges durch Beschränkung einer natürlichen Freyheit wahrer Gutseigenthümer, sondern aus einem Bilateralcontracte do vt des vel facias entstanden.

f) §. 626.

g) *L. vlt. D. Quemadmod. seruit. amitt. L. vlt. C. de Praescript. long. temp.*

§. 661.

Eine andere minder bedeutende doctrinelle Eintheilung der Servituten ist die in einfache (*simplices*) und qualificirte (*qualificatae*). Unter den letzteren versteht man diejenigen, welche zu ihrer Ausübung ein opus manufactum erfordern, hingegen unter den ersteren diejenigen, zu welchen ein solches Werk nicht nöthig ist. So ist z. B. die seruitus tigni inmittendi eine qualificirte Dienstbarkeit, denn man muß Löcher in die Wand machen, um seine Balken hinein zu legen; hingegen ist die seruitus viae eine einfache Dienstbarkeit, weil man sie ohne opus manufactum exerciren kann.

§. 662.

Jede Realservitut setzt, wie bekannt, zwey Grundstücke voraus, ein herrschendes und ein dienstbares, und den Nutzen des erstern muß die Dienstbarkeit berücksichtigen h). Zur Erlangung dieses Nutzens wird daher die Nachbarschaft beyder Grundstücke erfordert i), die aber nicht sowohl nach der Angränzung, als nach der Bequemlichkeit bey Ausübung der Dienstbarkeit beurtheilt werden muß. Einige Servituten, z. B. die seruitus tigni inmittendi, lassen sich ohne ganz nahe Angränzung beyder Grundstücke nicht denken; andere hingegen können auch zwischen praediis remotis ausgeübt werden, wenn nur nichts dazwischen liegt, das den Gebrauch der Servitut hindert. Die vielen willkührlichen Verordnungen des römischen Rechts in Betreff dieses Puncts, z. B. von locis sacris et religiosis interiectis k), von locis priuatis intercedentibus l), von viis aut fluminibus publicis interiectis m), fließen ganz natürlich aus der gesetzlich bestimmten Natur jeder Realservitut von selbst. Es soll bey ihr das eine Grundstück nicht bloß für sich, sondern in Beziehung auf ein anderes, Subject des Rechts seyn; und

h) Ueber die Einschränkung dieses Princips sehe man oben §. 620. *num.* 4.

i) *L.* 5. §. 1. *D. de Seruitu. praed. ruſtic.*

k) *L.* 17. §. 3. *D. de Aqu. pluu.*

l) *L.* 7. §. 1. *D. de Seruitut. praed. ruſtic. L.* 7. §. 1. *D. Comm. praed. L.* 17. §. 4. *D. de Aqu. pluu. L.* 4. §. *vlt. L.* 6. *pr. D. Si ſeruit. vindic.*

m) *L.* 14. §. 2. *D. de Seruitut. L.* 17. §. 2. 3. 4. *D. de Aqu. pluu. cf. Weſtphal Interpretatt. de libert. et ſeruitutt. praedior.* §. 582. *ſqq. p.* 368. *ſqq.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0254
DFG

und eben so soll das andere Grundstück nicht bloß für sich, sondern in Beziehung auf das erstere als Object des Rechts betrachtet werden können. Mit andern Worten: der Grund, aus welchem ein Fundus als Subject eines Rechts betrachtet werden kann, soll in einem andern Grundstücke liegen. Gleichwie also daß Verhältniß, in welchem beyde Grundstücke zu einander stehn, durch die Grundstücke selbst, seiner Möglichkeit nach, bestimmt seyn soll, so ergiebt sich

1) daß zwey Grundstücke, zwischen welchen eine Servitut constituirt werden soll, schon ihrer natürlichen Lage nach zu diesem Verhältnisse überhaupt tauglich seyn müssen;

2) daß insbesondere das, wovon die Ausübung einer bestimmten Servitut ihrer Möglichkeit nach abhängt, schon durch die Natur beyder Grundstücke gegeben seyn müsse n).

§. 663.

Ferner müssen alle Realservituten causſam perpetuam haben o), das heißt, die Bedingung, von welcher die Ausübung der Servitut ihrer Möglichkeit nach abhängt, muß

1) durch die Natur beyder Grundstücke selbst gegeben seyn, so daß also das Recht, welches ich einem andern als eine Realservitut geben will, von dem andern genossen werden kann, ohne daß er dazu von mir eines Handdienstes bedarf. Hätte ich z. B. in meiner Wand eine Oeffnung, durch welche das Wasser aus des Nachbars Hofe in mein Haus laufen, und meinen Fußboden abspülen kann, mein Nachbar verspräche mir, jedes-

n) *cf.* Zachariä Entwickelung der Lehre des römischen Rechts von den dinglichen Servituten, §. 12. (in Hugos Civilist. Magaz. Band II. Heft III. S. 340. ff.)

o) *L.* 28. *D. de Seruitut. praed. vrb.* Foramen in imo pariete conclauis, vel triclinii, quod esset proluendi pauimenti causſa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: neque enim perpetuam causſam habet, quod manu fit; at, quod ex coelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causſa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. *Omnes autem seruitutes praediorum perpetuas causſas habere debent*: et ideo, neque ex lacu, neque ex stagno, concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque inmittendi naturalis et perpetua causſa esse debet.

jedesmal, so oft es nöthig ist, Wasser vor das Loch zu schaffen: so würde das Versprechen zwar ihn, nicht aber alle künftige Besitzer seines Hofes verbinden. Diesen kann er diese Last nicht auflegen, es ist auch keine Servitut, da eine Dienstbarkeit, wie wir wissen, nicht in faciendo bestehn kann.

2) Sie muß mit diesen Grundstücken selbst immerwährend vorhanden seyn, so daß man den Nutzen, auf welchen die Servitut abzweckt, beständig und zu allen Zeiten, so oft man seiner bedarf, erhalten kann, nicht etwa nur bisweilen, hingegen zu manchen Zeiten nicht die Servitut ausüben kann. Daher konnte man sich das Recht, aus einer Cisterne, aus einem stagnirenden Teiche, der keine Quellen hat, Wasser zu schöpfen, nicht als eine Realservitut einräumen lassen p).

Durch den Gerichtsgebrauch q) indessen sowohl, als durch spätere kayserliche Verordnungen r) wurde in der Folge doch in diesem letzten Falle fest gesetzt, daß derjenige, der sich im Besitze eines solchen Rechts befände, dabey geschützt werden solle, wenn es gleich keine causam perpetuam hätte; und diejenigen Rechtslehrer, welche behaupten, daß nach deutschen Gewohnheiten eine Dienstbarkeit in faciendo bestehn könne, wenn sie durch Verträge oder auf andere gesetzliche Weise constituirt ist, wollen heutiges Tages auch in jenem ersten Falle eine wahre Realservitut statt finden lassen s).

§. 664.

Daß Realservituten zwar mit dem herrschenden Prädium, nicht aber ohne dasselbe, auf einen andern transferirt werden können, lehrt die gesunde Vernunft,

p) *cf. Heineccius Diss. de caussa seruitutum perpetua*, (Halae 1738.) *Duirsema Coniectur. Lib. I. cap. II.*

q) *L. 9. D. de Seruitut. praed. rustic.* Seruitus aquae ducendae, vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest: *hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.*

r) *L. 2. D. Comm. praed.* De aqua per rotam tollenda ex flumine, vel hauriendа, vel si quis seruitutem castillo inposuerit, quidam dubitauerunt, ne hae seruitutes non essent. Sed rescripto inperatoris Antonini ad Tullianum adiicitur, licet seruitus iure non valuit, si tamen hac lege comparauit, seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisiuit, *tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.*

s) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CVII. med. I. Wiesand Opusc. p.* 168. *sqq.*

nunft, und die Gesetze bestätigen diesen Grundsatz insonderheit auch in Beziehung auf den Pachtcontract. Bekanntlich kann man alle Arten von Sachen, bewegliche und unbewegliche, auch unkörperliche oder Gerechtsame in Pacht nehmen. Zur letztern Classe rechnen die Gesetze besonders die Servituten. In der *L.* 44. *D. Loc. cond.* sagt Ulpian: Locare seruitutem nemo potest. Dies ist von dinglichen Dienstbarkeiten zu verstehn, die, wie wir wissen, im strengen Sinne, schlechtweg Servituten heißen. Diese durfte man von dem Grundstücke, auf welchen sie actiue hafteten, nicht trennen; man konnte sie also zwar mit demselben verpachten, aber nicht allein und ohne solches. Persönliche Dienstbarkeiten hingegen sind einer Verpachtung fähig t).

§. 665.

Was die Art betrifft, wie der Gegenstand dinglicher Servituten bestimmt werden kann, so stellten die römischen Juristen darüber den Grundsatz auf, daß eine Dienstbarkeit ihrer Natur nach weder auf eine gewisse Zeit, noch von einem gewissen Tage an, oder unter einer gewissen Bedingung, auf das Grundstück gelegt werden könne. Und obgleich der Prätor, wenn man jemandem eine Servitut unter einer solchen Einschränkung zugestanden hatte, exceptionem doli oder pacti gab, wenn er die Einschränkung überschreiten wollte v), so ist doch die seruitus ex die constituta wenigstens ante diem exsistentem gar keine Servitut, und in wie fern der nachfolgende Eigenthümer (successor singularis) nicht verbunden ist, die Handlungen seines Vorgängers anzuerkennen, in so fern wird immer eine bey der Constitution der Servitut gemachte Bedingung ohne Wirkung seyn x). Aber die Art und Weise, wie die Servitut ausgeübt werden soll, kann allerdings bey der Bestellung der Dienstbarkeit bestimmt werden. In der *L.* 4. *D. de Seruitut.* sagt Papinian ausdrücklich: Modum adiici seruitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, u. s. w. Denn dies streitet nicht mit dem Satze, daß ein Grundstück Subject und Object der Servitut seyn muß. Deswegen gestatten auch die Gesetze interuallorum adiectionem bey Realdienstbarkeiten, weil daher keine seruitus ad tempus restricta et cum tempore

t) *cf. Krauſs de locatione ſeruitutis realis praecipue iuris paſcendi,* (Lipſiae 1760.)

v) *L.* 4. *D. de Seruitut.*

x) *L.* 13. *D. Comm. praed.*

pore finienda entsteht, sondern vielmehr die Dienstbarkeit dennoch beständig fortdauert, und nur in Ansehung ihrer Ausübung modificirt ist y).

§. 666.

Der Herr der Sache, welche die Servitut afficirt, ist verbunden:

1) die Ausübung der Dienstbarkeit ungestöhrt geschehen zu lassen, und alle Beeinträchtigungen derselben zu vermeiden z). Er darf daher z. B. keinen Bau aufführen, noch irgend etwas anderes unternehmen, wodurch die Ausübung der Servitut erschwert oder vereitelt werden würde a). Eine merkwürdige hieher gehörige Verordnung enthält die *L.* 20. §. 6. *D. de Seruitut. praed. vrb.*, worin Paulus sagt: Qui in area, in qua stillicidium cadit, aedificat, vsque ad eum locum perducere aedificium potest, vnde stillicidium cadit, recte. Sed et si in aedificio cadit stillicidium, supra aedificare ei conceditur, dum tamen stillicidium recte recipiatur. Der Eigenthümer kann zwar in seinem Hofraume, auf welchen der Nachbar seine Dachtraufe fallen lassen darf, bauen, nur darf er das Gebäude nicht so weit vorführen, daß auch der Raum, wo das Regenwasser vom Dache fällt, ausgefüllt werde b).

2) Die so genannten adminicula seruitutis zu gestatten, d. h. alles zu leiden, was zur Ausübung der Servitut nöthig ist c). Da nehmlich der dominans die Servitut ihrer Natur nach zu

y) *L.* 14. *D. eod. L.* 5. *pr. D. de Aqu. quotid. L.* 4. §. 2. *D. de Seruitut.*

z) *L.* 21. §. 3. *D. Quod vi aut clam. L.* 5. *C. de Seruitut.*

a) *L.* 9. *pr.* D. *Si seruit. vindic. L.* 11. *pr.* D. *de Aqu. pluu. L.* 3. §. 6. *D. de Aqu. quotid.*

b) *Vnde* stillicidium cadit heißt so viel, als *vbi* stillicidium cadit; durch die Worte in aedificio cadit stillicidium aber wird angezeigt, das Wasser fällt nicht weit von meinem Gebäude herab, so daß meine Gebäude überall umher liegen. In diesem Falle kann ich allerdings meine Gebäude erhöhen, weil dadurch die seruitus stillicidii recipiendi des Nachbars nicht beeinträchtigt wird. Das Wort recte bezieht sich ohne Zweifel auf die Stipulationsformel, mittelst welcher die Servitut constituirt wurde.

c) *cf.* Braun *Diss. de adminiculis seruitutum*, (Erlangae 1750.)

zu gebrauchen befugt ist, so muß er berechtigt seyn, alles dasjenige zu thun, ohne welches die Dienstbarkeit nicht füglich ausgeübt werden kann; denn wer den Zweck wollen kann, muß auch die Mittel wollen können d). Dieses Recht erstreckt sich selbst auf nöthige Reparaturen. Ist mir z. B. die seruitus aquae ductus zuständig, zu deren Ausübung Röhren erforderlich sind, so bin ich befugt, die alten verfaulten untauglichen Röhren ausgraben und neue hinein legen zu lassen e). Auf wessen Kosten aber geschieht die Reparatur? wer ist zur Ausbesserung des Gegenstandes verbunden, der zur Ausübung der Servitut erforderlich ist? wer ist z. B. verbunden, den Weg auszubessern bey der seruitus viae, oder die Pumpe ausbessern zu lassen, wenn ich das Recht habe, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen? — Man distinguire. Es ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. Im ersten Falle dient der Vertrag zur Norm, nach ausdrücklicher Vorschrift der *L.* 6. §. 2. *D. Si seruit. vindic.* in den Worten: Etiam de seruitute, quae oneris ferendi causſa inposita erit, actio nobis competit, vt et onera ferat, et *aedificiareficiat, ad eum modum, qui seruitute inposita comprehensus est* f). Was aber den zweyten Fall betrifft, so dissentiren die Rechtsgelehrten. Einige behaupten, der Eigenthümer des herrschenden Gutes müsse **in allen Fällen** die Ausbesserung übernehmen g); andere, **nur in der Regel** sey der Eigenthümer des herrschenden Gutes dazu verbunden, indem bey der seruitus oneris ferendi eine Ausnahme vorliege h); endlich noch andere,

d) L. 10. *D. de Seruitut.* *L.* 20. §. 1. *D. de Seruitut. praed. vrb.* *L.* 15. *D. de Seruitut. praed. ruſtic.*

e) *L.* 1. §. 6. 7. *D. de Riu.* *L.* 6. §. 5. *D. Si seruit. vindic.* *L.* 3. §. 15. 16. *D. de Itin. actuque priu.* *L.* 4. *pr.* §. 1. *et L.* 5. *pr.* §. 1. *D. eod.* *L.* 1. §. 10. *D. de Riu.*

f) *cf. L.* 33. *D. de Seruitut. praed. vrb.*

g) *Huber Praelect. iur. ciuil. ad tit. Pandect. de Seruitut. num.* 2. *Walch Introd. in controuerſ. iur. ciuil. Sect.* II. *cap.* III. §. 23. *p.* 167. *ſqq. ed. nouiſſ.*

h) *Müller ad Struu. Ex.* XIII. *theſ.* 9. *litt.* β. *de Cocceius Iur. ciu. controu. tit. de Seruitut. quaeſt.* XI. *Koch de iure viciniae, cap.* III. §. 5. *Manz Tr. de ſeruitutt. titt.* II. *quaeſt.* 6. *num.* 4. *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. tit. de Seruitut. praed. vrb.* §. 2. *Voet Com. ad Pandect. tit. eod.* §. 1. *Stryk Vſ. mod. Pandect. tit. de Seruitut. praed. ruſtic.* §. 2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0259
DFG

man müsse unterscheiden, ob der Gegenstand dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zugehöre, oder ob er dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes zugehöre: in jenem Falle müsse der dominans, in diesem hingegen der seruiens repariren i). Ich halte mit Höpfner k) die erste dieser Meinungen für die richtigere, da es in der eben angezogenen Gesetzstelle weiter heißt: In omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adlerit l). Indessen ist sie dahin einzuschränken: der dominans **ist nicht dem** *seruiens* zur Ausbesserung verbunden, so daß ihn dieser darauf belangen könnte, sondern **er muß es seines eigenen Nutzens wegen thun**, wenn er die Servitut ausüben will; eben so wenig aber kann auch der dominans den seruiens auf die Reparatur verklagen; dieser ist befugt, den Gegenstand der Servitut ganz verfallen zu lassen, wenn er will m).

i) Heisler Erörterung der Frage: ob in den Dienstbarkeiten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig sey? (in Schotts juriſt. Wochenbl. Band II. S. 618. ff. auch in seinen juriſt. Abhandl. und Erörterungen, Halle 1783. Samml. I. Num. I. II.)

k) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 353.

l) Daß hier, wie Heisler a. a. O. will, die Meinung des Gallus bloß angeführt, aber nicht gebilligt werde, ist unerweislich.

m) Daß in diesem Stück auch bey der seruitus oneris ferendi keine Ausnahme zu machen sey, wird unten §. 667. gezeigt werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0260
DFG

LIB. VIII. TIT. II.

DE SERVITVTIBVS PRAEDIORVM VRBANORVM.

§. 667. — 673.

Die dinglichen Servituten zerfallen, wie wir wissen, in städtische und ländliche n); von jenen ist hier, von diesen aber im folgenden Titel die Rede. Von den seruitutibus *urbanis* nun giebt es mancherley Arten, als:

1) die seruitus *oneris ferendi*. Sie besteht in dem Rechte, mein Gebäude auf dem einem andern zugehörigen Fundament, z. B. auf der Wand, der Säule, dem Gewölbe o) oder der Mauer des andern, ruhen zu lassen. Bisweilen entsteht bey dieser Servitut die Frage: wer das Fundament zu repariren verbunden sey, wenn es schadhaft wird? Man mache auch hier wieder die oben p) vorgetragene Distinction. Es ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. Wenn jenes ist, wie es wohl bey den Römern gewöhnlich der Fall

n) S. oben §. 622.

o) Struben rechtl. Bedenken, Th. *IIII.* Num. *CLVIII.* hat einen Fall, wo ein Nachbar seinen Keller unter des andern Hause hatte, wo also dem Hause die seruitus oneris ferendi auf dem Kellergewölbe zustand.

p) §. 666.

war q), so bleibt es bey dem Vertrage, obgleich der seruiens, wenn ihm die Reparatur zu lästig wird, seine Sache derelinquiren kann r); ist hingegen dieses, so behaupten die meisten Rechtsgelehrten s), der Herr des dienstbaren Gutes müsse repariren, und daher sey diese Servitut unregelmäßig, *anomala*, weil sie in faciendo bestehe. Allein in keinem einzigen Gesetze ist die seruitus oneris ferendi von der allgemeinen Regel ausgenommen. In der *L.* 8. *pr. D. Si seruit. vindic.* heißt es zwar: Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui seruitus debetur, quam diu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Hieraus will man schließen, diese Servitut habe das Eigenthümliche an sich, daß der Herr des dienstbaren Grundstücks die Sache, worauf das Gebäude ruht, repariren lassen müsse, und die einstweilige Unterstützung des Gebäudes dem Herrn des herrschenden Grundstücks zur Last falle. Aber es läßt sich nicht beweisen, daß das Wort *pertinet* so viel heiße, als: der seruiens sey dem dominans zur Reparatur verbunden. Im §. 2. der nämlichen Stelle steht: Distant autem hae actiones (nehmlich *confessoria ex seruitute oneris ferendi* und *confessoria ex seruitute tigni inmittendi*) quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem, haec vero locum habet ad hoc solum, vt tigna suscipiat. Nothwendig muß man aber, wenn Ulpian, der in der *L.* 6. §. 2. *D. eod.* sagt: In *omnibus* seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adserit, sich nicht widersprechen soll, annehmen, daß er in der angeführten *L.* 8. von dem Falle rede, wo der Serviens sich durch einen Vertrag zur Ausbesserung anheischig gemacht hat t). Es ist auch der Natur der Sache vollkom-

q) *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XVIII.* §. 574. *p.* 364.

r) *L.* 6. §. 2. *in fin. D. Si seruit. vindic.*

s) S. die beym §. 666 not. h. angeführten Schriften.

t) Von diesem Falle ist auch in der *L.* 33. *D. de Seruitut. praed. vrb.* die Rede, worin Paulus sagt: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebant, cuius essent aedes, quae seruirent: non eum, qui inponere vellet. Nam quum in lege aedium ita scriptum esset, *paries oneri ferendo, vti*

kommen angemessen, daß der Serviens nicht zur Reparatur verbunden sey. Denn wenn ich jemandem erlaube, auf meine Fundamente bauen zu dürfen, so mache ich mich ja dadurch noch keineswegs verbindlich, die Fundamente zu repariren. Zudem ist gar nicht glaublich, daß die römischen Gesetzgeber von ihrer Regel: keine Servitut besteht im Thun, bey der seruitus oneris ferendi so weit abgewichen seyn sollten, daß sie den Serviens, auch außer dem Falle eines Vertrags, zur Reparatur hätten verpflichten wollen v). Richtiger ist es demnach, daß keiner, weder der Herr des dienenden, noch der des herrschenden Gutes dem andern zur Reparatur verbunden ist, keiner den andern dazu zwingen kann. Will inzwischen der Eigenthümer des Gebäudes es nicht einfallen lassen: so muß er freylich seines eigenen Vortheils wegen das schadhafte Fundament ausbessern x).

2) Die seruitus *tigni inmittendi*. Diese Servitut, im Deutschen das Trammrecht genannt, besteht darin, daß mein Nachbar leiden muß, daß ein hervor ragender Balken oder irgend ein anderes hervor ragendes

vti nunc est, ita sit, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, *vt in perpetuum idem paries aeternus esset*, quod ne fieri quidem posset, sed *vti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret*. Quemadmodum si quis alicui cauisset, vt *seruitutem praeberet*, qui onus suum sustineret, si ea res, quae seruit, et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat. Für: vt seruitutem praeberet, will *Faber Rationall. ad Pandect. h. l.* lesen: vt seruientem (nehmlich *parietem*) praeberet; ferner für: onus suum sustineret, vielmehr: onus tuum sustineret, und für: seruit, vielmehr: seruiret. Schwerlich dürften wohl alle diese Verbesserungen nöthig seyn. Die Worte: *vt seruitutem praberet*, können füglich beybehalten werden, so wie auch *seruit* stehen bleiben kann. Für: *onus suum*, mögte ich selbst lieber *onus tuum* lesen. Nach sustineret muß die Verbindungspartikel et gesetzt werden. *cf. Westphal l. l. p.* 365.

v) Einige alte Juristen behaupteten sogar, der Vertrag, daß der Serviens repariren solle, verpflichte nicht jeden Besitzer. Die gegentheilige Meinung drang inzwischen durch. *L.* 6. §. 2. *D. Si seruit. vindic.*

x) *cf* Struben a. a. O. *Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III.* §. 23. *p.* 167. *sq. ed. nouiss. Westphal l. l. Riehter Diss. de domino seruiente ad praedii seruientis refectionem obligato*, (Lipsiae 1753.) Zachariä Entwickelung der Lehre des römischen Rechts von dinglichen Servituten, §. 10. (in Hugos Civilist. Magazin, Band II. Heft III. S. 337. ff.)

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0263 DFG

des Baumaterial meines Gebäudes, z. B. ein Stein, eine eiserne Clammer, u. d. gl. in seiner Wand eingeschoben auf derselben ruhe. Ohne eine Dienstbarkeit bin ich nicht befugt, irgend etwas von meinem Gebäude in des Nachbars Wand einzulassen oder einzuschieben; thue ich es demungeachtet, so kann es der Nachbar eigenmächtig heraus schlagen. Wie man leicht sieht, ist diese Servitut mit der vorhergehenden sehr nahe verwandt, so nahe, daß sie Reiz y) sogar beyde für einerley hält, wiewohl ohne hinlänglichen Grund, da ihre Verschiedenheit aus den Begriffen erhellet, auch Justinian sie ausdrücklich als zwey verschiedene Dienstbarkeiten nennt z). Zwey Fragen entstehn bey der seruitus tigni inmittendi, nehmlich:

α) kann derjenige, welcher das Trammrecht hat, mehrere Balken in des Nachbars Wand einschieben, als er gleich anfänglich bey Bestellung der Servitut eingelassen hat?

β) ist er alsdann, wenn die eingeschobenen Balken abfaulen, befugt, neue einzulegen?

Was die erste dieser Fragen betrifft, so ist zu unterscheiden. Das Trammrecht ist mir entweder schlechtweg und überhaupt eingeräumt worden, ohne Bestimmung einer gewissen Anzahl von Balken, oder nicht. Im ersten Falle kann ich die Balkenmenge vergrößern, wie fern solches zum Nutzen meines Gebäudes gereicht; hingegen im zweyten Falle, oder wenn gleich anfänglich bey Bestellung der Servitut eine gewisse Anzahl von Balken durch Convention festgesetzt ist, darf ich nachher mehrere nicht einschieben. Und das nämliche ist auch alsdann Rechtens, wenn mir der Nachbar ohne Convention, sola scientia et patientia atque conuenientia tali, quae consensum includit, die Immission einiger Balken erlaubt hat, wie auch, wenn ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Herrn des dienenden Grundstücks durch bloße Präscription das Trammrecht acquirirt worden ist. Denn da nicht mehr präscribirt werden kann, als man im Besitz oder Quasibesitz gehabt hat, und da die stillschweigende Ein-

y) *Reiz ad Theophil. p. 268.*

z) §. 1. *I. de Seruitut. praed.*

Einwilligung, welche ex scientia ac patientia facti alieni geschlossen wird, nicht über das in der Immission gewisser Balken bestehende Factum hinaus extendirt werden darf, so folgt, daß die Freyheit des dienenden Grundstücks nicht weiter verloren gegangen sey, als ein ihr zuwider laufendes Factum wirklich unternommen worden ist. Ferner, wenn bey Bestellung der Servitut die causſa immissionis ausgedrückt seyn sollte, z. B. zur Errichtung eines benachbarten Hauses, so ist die Einlassung von Balken in alios vsus alioſque fines extra domus aedificationem für unerlaubt zu achten, so daß diese der Herr des dienenden Grundstücks nicht zu leiden braucht. Denn wenn überhaupt der Grund der Concession cessirt, so muß auch die Concession selbst cessiren a). So auch, wenn jemand zwar durch ausdrückliche Convention dem Nachbar überhaupt die Immission der Balken in seine Wand eingeräumt hat, die Wand ist aber nachher der Länge oder der Breite nach vom Herrn des dienenden Grundstücks weiter vorgerückt, so darf die Immission in diesen neu erbauten Theil nicht geschehen, weil dieser Theil niemals mit der Servitut beschwert worden ist, es wäre denn, daß namentlich auch für die künftige Wand die Dienstbarkeit mit bestellt wäre b). Die zweyte jener Fragen betreffend, so leidet es schon der Natur der Sache und der gesunden Vernunft nach nicht den mindesten Zweifel, daß der dominans allerdings befugt seyn müsse, die abgefaulten Balken durch neue zu rekrutiren, wenn gleich durch Präscription oder Convention die Servitut auf eine gewisse bestimmte Anzahl von Balken eingeschränkt seyn sollte. Kaum daß die Frage nur aufgeworfen zu werden verdiente, wenn nicht Pomponius in der *L.* 14. *D. Si seruit. vindic.* das Gegentheil zu behaupten schiene. Er sagt darin: si, quum meus proprius esset paries, passus sim te inmittere tigna, quae antea habueris, si noua velis inmittere, prohiberi a me potes: imo etiam agere tecum potero, vt ea, quae noua inmiseris, tollas. Die alten Ausleger nennen diese Stelle einen *textum mirabilem*, sie läßt sich aber mit Faber c) und Voet d) ganz wohl von dem Falle erklären, wo ich

a) *Arg. L.* 17. *D. Quemadmod. seruitut. amitt.*
b) *Arg. L.* 23. *pr.* §. 1. *D. de Seruitut. praed. vrb. Manz de muro communi, num.* 23. 24. 25.
c) *Faber Rationall. in Pandect. ad L.* 14. *cit.*
d) *Voet Com. ad Pandect. tit. de Seruitut. praed. vrb.* §. 2.

ich mehrere Balken einlegen will, als ich bisher in der Wand liegen hatte, und ich einzulegen befugt bin. Der Jurist bezeichnet nicht durch *tigna noua* solche Balken, die an die Stelle der alten aufs neue eingelegt waren. Denn er nimt an, daß der Herr des dienenden Grundstücks schon jene tignorum submissionem in locum exemtorum zugegeben habe, indem er sagt, der Herr der Wand habe gelitten, per vicinum *tigna inmitti*, *quae antea habuerat*, und von diesen Balken sagt er gar nichts, als ob sie etwa widerrechtlich restituirt worden seyen, oder als ob der Herr der Wand jene wiederholte Immission der nämlichen oder ähnlicher Balken hätte verbieten können. Nur das will Pomponius sagen, wenn der Herr des herrschenden Grundstücks außer denjenigen Balken, die er mit Recht an die Stelle der alten herausgenommenen wieder eingelegt, und deren Reposition der Nachbar zu leiden gehalten war, noch andere neue Balken einlegen wollte oder schon eingelegt hätte, so habe der Serviens in jenem Falle ein Verbietungsrecht, und in diesem Falle könne er den Dominans gerichtlich anhalten, die Balken wieder wegzunehmen.

3) Die seruitus *proiiciendi*. Sie besteht in dem Rechte, einen Theil meines Gebäudes so zu bauen oder zu erweitern, daß es sich hinüber auf des andern Grundstück erstreckt, ohne jedoch auf demselben zu ruhen, oder, wie es in den **Basiliken** heißt, ποιῆσαι ϛωλάριον ἢ βασερνιον, *faciendi solarium vel basternium*. Unrichtig ist es, wenn einige behaupten, sie sey das Recht, etwas auf des Nachbars Grund zu schütten oder zu werfen. Das Wort *proiicere* hat nicht immer diese Bedeutung, sondern heißt auch oft so viel, als etwas ausstrecken, machen daß etwas hervorragt, daher auch *proiectum* nicht selten den Erker an einem Gebäude bezeichnet. Und dieser Begrif liegt bey der erwähnten Servitut zum Grunde e). Die Luftsäule, die über meinem Grundstücke ruhet, ist mein, und niemand darf ohne meine Erlaubniß hinein bauen; ertheile ich aber jemandem diese Erlaubniß, z. B. die Erlaubniß, einen Erker über meinem Garten anzulegen, so heißt es seruitus proiiciendi.

4) Die

e) *L.* 242. §. 1. *D. de Verbor. signif.* Inter *proiectum* et *inmissum* hoc interesse Labeo ait: quod proiectum esset, quod ita proueheretur, vt nusquam requiesceret.

4) Die seruitus *protegendi*. Sie besteht in dem Rechte, an meiner Wand ein Wetterdach über des andern Grundstück hinauszuführen, und ist in so fern als eine Gattung der vorigen Servitut zu betrachten f). Auch dies nehmlich darf ich ohne Dienstbarkeit nicht thun, weil das Wetterdach in des Nachbars Luft geht.

5) Die seruitus *altius tollendi* und *non tollendi*. Was

α) die seruitus altius *non* tollendi betrifft, so besteht diese in dem Rechte, den Nachbar zu behindern, sein Haus nicht so hoch zu bauen, als er nach seiner natürlichen Freyheit oder den vorhandenen Gesetzen zu bauen berechtigt ist. Nach der natürlichen Freyheit und in Ermangelung besonderer Polizeygesetze in contrarium kann jeder auf seinem Grund und Boden so hoch bauen, als es ihm beliebt. Aus verschiedenen Gründen indessen, z. B. wegen der Sonne, wegen des Windes, u. s. w. kann mir vieles daran gelegen seyn, daß mein Nachbar sein Haus nicht höher baue, als es jetzt ist. Lasse ich mir nun von ihm versprechen, daß er nicht höher bauen wolle, so habe ich eine seruitus altius non tollendi. Nicht so leicht läßt es sich aber

β) bestimmen, was die seruitus altius tollendi sey; es ist äusserst bestritten, worin diese Servitut eigentlich bestehe. Die alten Glossatoren und mit ihnen viele neuere Rechtsgelehrte behaupten, sie sey das Recht, ein Stockwerk auf meines Nachbars Haus zu setzen g); allein die §. 2. *I. de Act.*, verglichen mit des Theophilus Paraphrase steht dieser Meinung im Wege, wie Corasius h) und besonders Selchow i) richtig bemerken, bey welchem letztern man überhaupt die vielen verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer ziemlich vollständig verzeichnet findet k).

f) *L. 2. D. de Seruitut. praed. vrb. cf. Westphall. l. §. 597. p. 380.*

g) *Pagenstecher Nott. ad Lauterbach. manip. III. p. 70. Sammet Opusc. p. 62. de Senckenberg Meditatt. iuridd. historicc. Specim. I. p. 1. sqq.*

h) *Corasius Miscell. iur. ciuil. Lib. III. cap. XXV. p. 258.*

i) *de Selchow Diss. de seruitute altius tollendi romana eiusque ad Germaniam habitu, cap. II. §. 45. sqq. (in electt. iur. num. I.)*

k) S. auch *de Cocceius Iur. ciu. controu. Tom. II. tit. de Seruitut. praed. vrb. quaest. 2. p. 45. sq. ed. nouiss. Mencken Controuu. iur. ciuil. disp. III. num. 17. Walch Introd. in controuerss. iur. ciuil. Sect. II. cap. III. §. 24. p. 169. sq. ed. nouiss.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0267 DFG

Für die richtigste Meinung halte ich mit Selchow die, nach welcher die erwähnte Servitut in dem Rechte besteht, sein Haus höher zu bauen, als die zum Vortheile der Nachbaren gegebenen Gesetze solches erlauben. Man hatte nehmlich bey den Römern Gesetze, die den Häusern eine gewisse Höhe vorschrieben. Denn so wird in der *L.* 12. *C. de Aedific. priu.* geordnet: wer sein altes Haus renovirt, soll die vorige Höhe (veterem formam) beybehalten, und wer ein neues Haus bauet, soll den Nachbaren weder Licht noch Prospect benehmen, ausgenommen, wenn er zwischen dem neuen Gebäude und des Nachbars Hause 12. Schuhe Raum läßt, oder der Nachbar ihm durch eine Convention das Bauen erlaubt. Erhalte ich demnach die Erlaubniß von dem Nachbar, mein Haus höher zu bauen, als es zuvor gewesen ist, oder erlange ich dieses Recht durch Verjährung (*si longo tempore ita aedificatum habueram* l), so habe ich eine seruitus altius tollendi. Nimt man übrigens nun die Voraussetzung vieler Rechtslehrer an, daß die römischen Baugesetze bey uns nicht angenommen seyen m), so wird diese Servitut heutiges Tages schwerlich vorkommen können, und wenn gleich manche deutsche Polizeyordnungen auch den Häusern eine gewisse Höhe vorschreiben, so fragt es sich immer noch sehr, ob der Nachbar befugt sey, durch Ertheilung einer Dienstbarkeit dagegen zu dispensiren n).

6) Die seruitus *luminum* und *ne luminibus officiatur*. Nach dem römischen Rechte ist jeder befugt, in seine eigene Wand so viele Fenster zu machen, als er immer will o); der Nachbar aber darf auch diese Fenster

l) *L.* 1. C. *de Seruitut.*

m) *Struv de aedific. priu. §.* 47. *Leucht de iure feneſtrarum, cap. II. §.* 9.

n) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 361.

o) *Arg. L.* 8. §. 5. *D. Si ſeruit. vindic. L.* 2. *pr. et §.* 19. D. *Ne quid in loc. publ. L.* 1. *D. ne quid in loc. ſacr. Struv l. l. §.* 31. *Leucht l. l. §.* 8. *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XI. cap. V. Meuius Com. ad ius Lubec. Part. III. tit. XII. artic. XIII. num.* 8. *a Pufendorf Obſeruatt. iur. uniu. Tom. I. obſ. CLXXXXVI.* von Cramer Nebenstunden, Th. XXXV. Num. XII. *Koch de iur. vicin.* p. 209.

ster nach Belieben verbauen, vorausgesetzt nur, daß er nicht etwa bloß aus Aemulation, bloß aus Neide, dem Nachbar zum Trotz, ein Gebäude oder eine Mauer aufführen will, die ihm ganz unnütz ist, zu gar nichts hilft p). Wenn ich also Fenster haben will, die mein Nachbar mir nicht verbauen darf, so muß ich mir eine Servitut constituiren lassen. Wie differirt aber die seruitus luminum von der seruitus ne luminibus officiatur? Darüber sind die Rechtsgelehrten getheilter Meinungen. Einige glauben, wenn ich in meine eigene Wand Fenster machen will, so muß ich mir seruitutem *ne luminibus officiatur* geben lassen; will ich hingegen in eines andern oder in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster anlegen, so habe ich seruitutem *luminum* nöthig. Andere glauben, seruitus *luminum* gebe nur ein Recht auf das nothdürftige Licht; wer hingegen seruitutem *ne luminibus officiatur* hätte, der könne verlangen, daß ihm der Nachbar auch nicht das mindeste von seinem Lichte benehme. Wieder andere sagen: wer schon Fenster in der Wand hat, der läßt sich seruitutem *ne luminibus officiatur* geben: wer aber dergleichen erst machen will, sucht seruitutem *luminum* zu erhalten q). Bey so be-

p. 209. *Walch l. l.* §. 26. *p.* 171. *sq.* Das Gegentheil behaupten zwar *Cuiacius Obseruatt. et emendd. Lib. I. obs. XXXI.* und *Duarenus Dispp. anniuers. Lib. I. cap. XXXIII.* Sie führen an, niemand dürfe dem andern sein Recht schmälern, und wenn jemand vermöge seiner natürlichen Freyheit befugt wäre, willkührlich Fenster zu machen, so bedürfe es ja gar nicht der Servitut. In der *L. 4. D. de Seruitut. praed. vrb.* sage daher Paulus: luminum seruitute constituta, id adquisitum videtur, vt vicinus lumina nostra excipiat. Kann dies aber nicht so viel heißen, daß der Nachbar meine Fenster leide und nicht verdunkele? und muß es nicht so viel heißen, da es eine ganz ausgemachte Regel ist: in suo quilibet facere potest, quod libet, nihil modo inmittat in alienum? *cf. Vinnius Com. in Institutt. ad* §. 1. *de Seruitut. praed. num.* 8. An vielen Orten in Deutschland übrigens ist es nicht erlaubt, daß ich in meine eigene Wand Fenster mache, durch welche ich in des Nachbars Hofraum oder Garten sehen kann. *a Pufendorf l. l. et animaduers. XXXIII.* Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band II. §. 254.

p) *Koch l. l. p.* 446. 476. *de Cramer Opusce. Tom. II. p.* 207. *sqq. Stryk Vs. mod. Pandect. tit. de Seruitut. praed. vrb.* §. *vlt. Weidler Diss. de vsu remedii contra aedificantem ex aemulatione*, §. 11. *sqq.* Das Gegentheil behaupten jedoch *Thomasius Diss. non ens actionis forensis contra aedificantem ad aemulationem*, (*in collect. dissertatt. Tom. II. num LXI.*) *Schulz Diss. de actione contra aedificantem ex aemulatione*, (*Regiom.* 1712.) u. a. m.

q) *cf. Cuiacius l. l. obs. IIII. Duarenus l. l. Struv Ex. XIII.* §. 13. *Hottomannus Amicabb. responss. Lib. II. cap. IIII.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0269
DFG

wandten Umständen, da die Sache streitig ist, mag es freylich eine nützliche Cautel für denjenigen, der sich die seruitus luminum geben läßt, seyn, daß er sich ausdrücklich ausbedingt, es solle ihm nicht das mindeste vom Lichte entzogen werden r); allein für die gegründetste Meinung halte ich die zuletzt angeführte. Auch kann ich Donell s) und Bronchorst t) nicht beypflichten, welche beyde Servituten für eine und eben dieselbe Dienstbarkeit halten. Daß beyde Dienstbarkeiten von einander ganz verschieden, folglich nicht einerley sind, läßt sich mit Gewißheit aus der *L.* 4. *D. de Seruitut. praed. vrb.* schließen, wenn es darin heißt: LVMINVM in seruitute constituta, id adquisitum videtur, vt vicinus lumina nostra excipiat. Quum autem seruitus inponitur, NE LVMINIBVS OFFICIATVR, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, inuitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum. Diese Gesetzstelle scheint mir den Unterschied zwischen beyden Servituten, dem ich vorhin meinen Beyfall gab, nicht undeutlich zu bestätigen. Die seruitus *ne luminibus officiatur* giebt kein Licht, sondern conservirt es nur; die seruitus luminum aber giebt einem das Licht. Wenn Ulpian in der *L.* 15. *D. eod.* sagt: Inter seruitutes ne luminibus officiatur et ne prospectus offendatur aliud et aliud obseruatur, 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: quodcumque igitur faciat ad luminis inpedimentum, prohiberi potest, si seruitus debeatur, opusque ei nouum nunciari potest, si modo sic faciat, vt lumini noceat, so will man zwar daher beweisen, Ulpian habe beyde Servituten für eine und eben dieselbe Dienstbarkeit genommen, indem er die seruitus *ne luminibus officiatur*, wovon er im Anfang geredet, nachher seruitus *luminum* genannt habe; allein daß diese Behauptung dem Gesetze widerspreche, ist aus dem Inhalte desselben klar. Ulpian redet darin keinesweges von der seruitus *luminum*, sondern bloß von der

r) a *Wernher Obseruatt. forr. Tom. III. Part. I. obs. VII.*

s) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XI. cap. V.*

t) *Bronchorst Cent. II. adsert. 5.*

der seruitus *ne luminibus* und *ne prospectui* officiatur, und erklärt die unter beyden eintretende Differenz, indem er die Stücke, welche die erstere Servitut unter sich begreift, angiebt. Obgleich daher der Jurist das Wort lumen schlechtweg gebraucht, so zeigt doch der Nachsatz, daß er in der That von der seruitus ne luminibus officiatur rede. Eben so wenig werden auch beyde Dienstbarkeiten in der *L.* 16. *D. eod.* mit einander verwechselt. Der Jurist Paulus erklärt darin, was Licht (*lumen*) und Aussicht (*prospectus*) sey, und wie beyde von einander verschieden sind. Er redet also eigentlich nicht von diesen beyden Dienstbarkeiten selbst, sondern nur davon, was man durch dieselben erhält. Seine Worte sind: *Lumen* id est, vt coelum videretur, et interest inter *lumen* et *prospectum*, nam *prospectus* etiam ex inferioribus locis est: *lumen* ex inferiore loco esse non potest.

Donell und Bronchorst gehn noch weiter; sie behaupten sogar, die seruitus *ne luminibus officiatur* und *altius non tollendi* sey eine und eben dieselbe Dienstbarkeit. Allein schon aus den Begriffen ergiebt sich, daß beyde Servituten von einander verschieden sind, und daß erstere weit mehr als letztere unter sich begreift. Die seruitus *altius non tollendi* geht bloß darauf, daß man nicht höher bauen darf, und wer also diese Dienstbarkeit hat, der kann seinem Nachbar weiter nichts, als das höhere Bauen untersagen. Aber die seruitus *ne luminibus officiatur* geht noch viel weiter; bey ihr ist es nicht bloß dem Nachbar verboten, höher zu bauen, wenn er dadurch meinem Lichte schaden sollte, sondern er muß alles dasjenige unterlassen, was nur irgend mir das Licht benehmen kann v). Ja oft steht es nicht einmal dem Nachbar frey, sein Gebäude zu erniedrigen, wenn nehmlich durch das Zurückprallen der Sonnenstrahlen mein Licht verstärkt wird x). Dies mag genug seyn, den Unterschied zwischen beyden Servituten zu characterisiren

v) *L.* 17. *D. de Seruitut. praed. vrb.* Si arborem ponat, vt lumini officiat, aeque dicendum erit, contra inpositam seruitutem eum facere: nam et arbor facit, quo minus coeli videri possit.

x) *L.* 7. §. 2. *D. eod.* Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit aedificivm, vel deprimit, luminibus officere: siforte κατὰ ἀνανκλασιν, id est, per refractionem seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas aedes deuoluatur.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0271 DFG

siren y). Man wendet ein, die seruitus *altius non tollendi* würde ganz unnütz seyn, wenn man sie von der seruitus *ne luminibus officiatur* trennen wollte, indem erstere keinen andern Endzweck habe, als um dem Lichte des Nachbars nicht zu schaden. Dieser Einwurf aber widerlegt sich schon selbst durch das, was so eben gesagt worden ist. Und wenn gleich die seruitus *ne luminibus officiatur* die seruitus *altius non tollendi* mit unter sich begreift, so folgt deswegen noch nicht, daß beyde einerley seyn müssen. Noch scheint die §. 1. *I. de Seruitut. praed.* entgegen zu stehn, worin es heißt: ne altius quis tollat aedes suas, ne luminibus vicini officiat. Man glaubt, daß hier durch die letztern Worte: ne luminibus vicini officiat, die seruitus altius non tollendi erklärt werde. Aber wer sieht wohl nicht das Gezwungene jener Erklärung ein. Denn daß hier durch das Wort *ne* keinesweges die erstere angeführte Dienstbarkeit bestimmt, sondern vielmehr eine neue Art von Servitut angeführt werde, zeigt der Zusammenhang jener Worte mehr als zu deutlich z).

7) Die seruitus *stillicidii* und *fluminis*. Stillicidium heißt das Regenwasser, welches tropfenweise vom Dache fällt, kurz die Dachtraufe; flumen hingegen bedeutet das Regenwasser, welches, in Canäle gesammlet, sich herunter stürzt. Die seruitus *stillicidii recipiendi* besteht darin, daß mein Nachbar leiden muß, daß meine Dachtraufe auf sein Prädium fällt a); die seruitus *fluminis recipiendi* aber besteht darin, daß mein Nachbar leiden muß, daß mein in Canäle gesammletes Regenwasser auf sein Grundstück abgeleitet wird. Die seruitus *stillicidii non* recipiendi ist von doppelter Art, nehmlich:

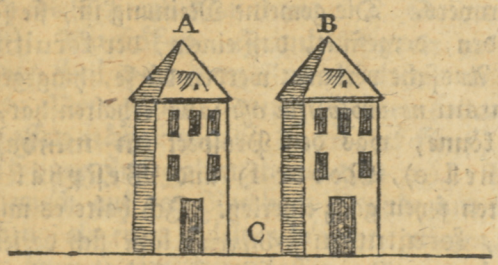
α) wenn das Regenwasser von meinem Hause nicht an einen Ort hinfallen darf, wo es nach dem gemeinen Rechte hinfallen dürfte, z. B.

y) *cf. Hilliger Donell. enucl. Lib. XI. cap. V. lit. A. Wesenbecius ad tit. Dig. de Seruitut. praed. vrb. num. 4.*

z) *cf. Faber Coniecturr. iur. ciuil. Lib. XVIIII. cap. XV. Hotomannus Amicabb. responss. Lib. II. cap. V. a Wernher Obseruatt. forr. Tom. II. Part. X. obs. CCLXXII.*

a) Die weitere Ausdehnung dieser Servitut ist besonders in den Gesetzen untersagt. *L. 20. §. 1. D. de Seruitut. praed. vrb.*

z. B. nicht in den Zwischenraum C meines Hauses A und des benachbarten Hauses B.



β) Wenn ich mein Regenwasser nicht auffangen darf, sondern es dem Nachbar zu seinem Nutzen überlassen muß b). In dieser letzten Form kann sie an solchen Orten, wo das Quellwasser selten ist, und man sich des Regenwassers zum ökonomischen Gebrauche bedient, nützlich seyn. Die seruitus *fluminis non recipiendi* besteht mit Beybehaltung des Unterschiedes zwischen flumen und stillicidium eben darin, worin die seruitus stillicidii non recipiendi besteht c).

§) Die seruitus *prospectus* und *ne prospectui officiatur.* Bisweilen liegt einem nicht bloß daran, Licht zu haben, sondern es ist ihm auch daran gelegen, eine freye Aussicht zu genießen. Letztere kann jemandem begreiflich genommen werden, ohne daß er nur das geringste vom Lichte

b) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 360. Eine andere Erklärung giebt *Westphal Interpretat. de libert. et seruitut. praed.* §. 602. Theophilus beschreibt in seiner Paraphrase diese Servitut so: σὺ εἶχες τοιοῦτον δίκαιον κατὰ τῶν ἐμῶν οἰκημάτων καὶ ἤτησα σε ὥστε, μὴ ἐκπέμπειν σε κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τῶν ἐμῶν μεσαύλων τοὺς ϛαλαγμοὺς ἢ τοὺς κρουνοὺς τοὺς ἀπὸ τῶν σῶν καραμον', d. h. *tu habebas tale ius intuitu domus meae (scil. vt tibi liceret stillicidia aut flumina ex tuis tegulis deriuare in mea tecta, vel in meam aream) et rogaui te, vt ne deriuares in mea tecta aut in meam aream stillicidia aut flumina ex tuis tegulis.*

c) *Thomasius Diss. de seruitute stillicidii,* (Lipsiae 1698.) *Bechmann Diss. de iure stillicidii,* (Ienae 1667.)

Lichte verliert. In diesem Falle nun muß er seruitutem *prospectus* oder *ne prospectui officiatur* vom Nachbar zu erhalten suchen. Worin aber der wahre Unterschied dieser beyden Servituten gegründet sey, ist controvers. Die gemeine Meinung ist, sie seyen dem Grade nach verschieden, dergestalt, daß einem, der seruitutem *prospectus* hat, nicht alle Aussicht verbauet werden dürfe, hingegen derjenige, welcher servitutem *ne prospectui officiatur* erhalten hat, dem Nachbar alles wehren könne, was den Prospect **im mindesten nur verdirbt** d). Donell e), Noodt f) und Westphal g) glauben, beyde Servituten seyen ganz einerley. Ich halte es mit Hunnius h), welcher sagt, seruitutem *prospectus* läßt sich derjenige geben, welcher Fenster **machen will**, *ne prospectui officiatur* aber, wer sie schon **gemacht hat**. Die seruitus *ne prospectui officiatur* giebt keine Aussicht, sondern conservirt sie nur; die seruitus prospectus aber giebt einem die Aussicht.

9) Die seruitus *cloacae*. Sie besteht in dem Rechte, auf fremdem Grunde und Boden eine **Abzucht** (*cloaca*) zu haben. Cloaca nehmlich heißt hier eine Rinne, wodurch die **Unreinigkeit** (*colluuies*) von einem praedium vrbanum abgeführt wird i). Mit dieser Servitut darf aber

10) die seruitus *latrinae* nicht verwechselt werden. Diese Servitut, oder die **Abtrittsgerechtigkeit**, ist deutschen Ursprungs, und besteht in dem Rechte, einen Abtritt auf des andern Grundstücke oder näher bey demselben zu haben, als es sonst erlaubt ist. Schon die natürliche Billigkeit erfordert es, und auch der Analogie des römischen Rechts ist es gemäß, daß niemand seinen Nachbar durch den Gestank, den der Abtritt macht, belästige, und daher muß jeder seinen Abtritt so

d) *a Pufendorf Animaduerss. l. l.*

e) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. II. cap. V.*

f) *Noodt Com. ad Pandect. tit. de Seruitut. praed. vrb.*

g) *Westphal l. l.* §. 603. 604. *p.* 383.

h) *Hunnius Resolut. p.* 307.

i) *L. 1. pr. et §. 4. D. pe Cloac.*

so verwahren, daß sein Nachbar vor Gestank sicher ist. Zwar hat jeder das Recht, eine heimliche Stätte zur Nothdurft anzulegen, allein nur auf seinem Grunde und Boden, und überdem schränken die deutschen Rechte doch diese Freyheit in etwas ein. So ordnet das sächsische Weichbild k): **Backöfen, Heimlichkeiten und Schweinkoben sollen drey Fuß von dem Zaun stehen;** und im lübischen Rechte l) heißt es: **Privet und Heimlichkeiten sollen den Kirchhöfen und Straßen näher nicht, dann auf fünf, und seinem Nachbaren auf drey Fuß gebauet werden** m). Will man also ein heimliches Gemach auf des Nachbars Grunde und Boden, oder näher bey demselben, als er es zu leiden braucht, anlegen, so muß man sich eine seruitus *latrinae* constituiren lassen.

Große Aehnlichkeit hat übrigens mit der römischen seruitus *cloacae* unsere **Gossengerechtigkeit**, welche in dem Rechte besteht, aus seinem Gebäude unreines Wasser durch eine Oeffnung abzuleiten. Diese Oeffnung wird die **Gosse** genannt, ingleichem der **Gußstein**, weil insgemein ein breiter Stein zur Ableitung dieses Wassers zugehauen ist. Eine solche Gossengerechtigkeit wird nicht selten zum Besten einer Küche, eines Waschhauses, einer Branntweinbrennerey, einer Färberey, einer Gerberey, u. s. w. gestiftet. Es ist aber bey der Stiftung nicht Zweck, daß auch Excremente durch die Gosse sollen abgeleitet werden auf das praedium seruiens; denn wir unterscheiden zwischen Gossengerechtigkeit und Abtrittsgerechtigkeit. Die letztere incommodirt den Nachbar weit mehr, als die erstere, wegen des ekelhaften Gestanks, den die Latrine verbreitet.

Die bisher genannten Dienstbarkeiten sind die wichtigsten seruitutes vrbanae, deren in unserm Lehrbuche Meldung geschieht; sie schließen aber nicht andere aus, und schon selbst im römischen Gesetzbuche kommen noch mehrere städtische Servituten von geringerm Belange, z. B. die seruitus *fumi* n), die seruitus *cuniculi balnearii habendi* o), u. s. w. vor. Denn der Nutzen,

k) *Art.* 122.

l) *Part. III. tit. XII. Artic.* 10.

m) *cf.* die Frankfurt. Reformat. P. 8. 6. 2. Estor bürgerliche Rechtsgelahrtheit der Deutschen, Th. III. §. 2009. S. 872. f.

n) *L.* 8. §. 5. *D. Si seruit. vindic.*

o) *L.* 8. §. 7. *D. eod.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0275 DFG

den ein Grundstück und dessen Besitzer aus einem andern Grundstücke ziehn können, ist so mannigfaltig, daß sich nicht alle Dienstbarkeiten namentlich aufzählen lassen. Auch haben wir noch zu bemerken. Wenn die genannten Dienstbarkeiten unter die seruitutes *vrbanas* gerechnet werden: so ist dies nicht so zu verstehn, als ob sie alle schlechterdings städtische seyn müßten; nein, sie werden hier nur vrbanae genannt, weil sie es meistentheils sind. Einige davon, die seruitus *stillicidii non recipiendi*, *altius non tollendi* und *ne prospectui officiatur* können allerdings auch rusticae seyn. Darf nehmlich ein anderer das von seinem Dache herab fallende Regenwasser nicht auffangen, sondern er muß es mir zum Besten meines Gartens überlassen: so ist die seruitus *stillicidii non recipiendi* eine ländliche Dienstbarkeit. Wenn der Nachbar nicht höher bauen darf, um meinem Garten Sonne und Luft nicht zu benehmen, so ist die seruitus *altius non tollendi* ebenfalls eine rustica. Darf er mir den Prospect aus meinem Garten nicht verderben: so ist eine rustica seruitus *ne prospectui officiatur* vorhanden. Es ist daher gar nicht zu verwundern, daß in den Gesetzen p) hin und wieder eine und eben dieselbe Servitut bald zu den vrbanis, bald zu den rusticis, gerechnet wird q).

p) *L. 2. D. de Seruit. praed. vrb. L. 2. pr. D. de Seruitut. praed. rustic.*

q) *cf. de Berger Resolutt. legg. obstantt. L. VIII. tit. I.*

LIB. VIII. TIT. III.

DE SERVITVTIBVS PRAEDIORVM RVSTICORVM.

§. 674. — 682.

Von den seruitutibus *rusticis* kommen vorzüglich folgende Gattungen in Betrachtung, nehmlich:

1) die seruitus *itineris*. Diese Servitut, im Deutschen der **Fußweg** genannt, besteht in dem Rechte, über das Grundstück eines andern zu gehn, es sey in Geschäften, oder nicht. *Iter* est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, sagt Ulpian in der *L.* 1. *pr. D. de Seruitut. praed. rustic.* ausdrücklich. Ire heißt hier **in Geschäften**, *ambulare* hingegen **spatzieren** gehn.

2) Die seruitus *actus*, der **Viehtrieb**. Sie besteht in dem Rechte, über des andern Grundstück Vieh zu treiben, und mit einem Fruchtwagen zu fahren. *Actus* est ius agendi vel iumentum vel vehiculum, sagt Ulpian weiter in der angezogenen Gesetzstelle.

3) Die seruitus *viae*. Diese Servitut, oder der **Fahrweg**, besteht in dem Rechte, zu allen Zwecken über des andern Grundstück zu fahren.

Ulpian sagt im allegirten Gesetze: *Via* est ius eundi, et agendi, et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.

So nahe nun auch diese drey Servituten mit einander verwandt sind, so weit entfernen sie sich doch in mehr als einer Rücksicht von einander. Die Gesetze enthalten darüber mehrere Bestimmungen. Man bemerke:

a) wer den sogenannten Fußweg oder Fußsteig hat, der ist nicht nur befugt, das fremde Grundstück zu Fuß zu durchwandern, sondern er kann auch über dasselbe reiten sowohl, als in einem Tragsessel, oder einer Sänfte sich tragen lassen. In der *L.* 12. *D. de Seruitut. praed. ruſtic.* erklärt Modestin: Inter actum et iter nonnulla est differentia. *Iter* est enim, qua quis *pedes* vel *eques* commeare potest: *actus* vero, vbi et armenta traiicere et vehiculum ducere liceat; und in der *L.* 7. *D. eod.* Paulus: Qui *sella* aut *lectica* vehitur, *ire* non *agere* dicitur. Iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui *actum* habet, et plaustrum ducere, et iumenta agere potest. Der Viehtrieb also ist in der Servitut des Fußwegs nicht mit begriffen. Wie steht es aber mit der seruitus viae? Quidam (sagt Paulus weiter) nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret, et possent fructus eo modo laedi. Qui *viam* habent, eundi agendique ius habent: plerique, et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat. Wenn nach Modestins Ausspruche *actus* das Recht zu fahren in sich begreift, und *via* auch das Recht zu fahren ist, so scheinen beyde Servituten einerley zu seyn. Connan r), Donell s) und Grotius t) wollen daher in der

r) *Connanus Com. iur. ciuil. Lib. IIII. cap. XI.*

s) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XI. cap. VI. in fin.*

t) *Grotius Flor. sparſ. ad Pr. I. de Seruitut. praed.* Diese Institutionenstelle ist mit der *L.* 1. *pr. D. de Seruitut. praed. ruſtic.* völlig gleichlautend. Denn es heißt darin: Iter est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Ita, qui habet iter, actum non habet, qui actum habet et iter habet, eoque vti potest, etiam

der Definition der viae für *eundi* vielmehr *vehundi* lesen. Daß aber dadurch der Schwierigkeit noch keinesweges abgeholfen sey, zeigt Bynkershök v) aus unwiderleglichen Gründen. Anders emendirt Hotomann x), indem er von Ulpian den Viehtrieb durch *ius agendi iumentum*, *non etiam vehiculum*, und den Fahrweg durch *ius eundi*, *agendi et auehendi*, definiren läßt. Faber y), Costa z) und Duaren a) glauben, *ambulatio*, oder **das Recht, auch zur Gesundheit und zum Vergnügen zu gehn**, sey das einzige Kriterium der via, und dadurch werde sie in der Definition vom actus unterschieden. Bynkershök b) verwirft aber auch diese Emendationen. Seine eigene Meinung geht dahin: via sey acht Schuhe, actus nur vier breit gewesen, und habe nur das Recht enthalten, mit einem

etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum via in se continet. Darüber paraphrasirt Theophilus so: καὶ τί ἐστιν Iter; οἷον, εἶχον ἀγρὸν ἐγὼ, εἶχες δὲ καὶ σὺ πλησίον ἀγρὸν βουλόμενος ἐγὼ ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν ἀπιέναι, ἐδεόμην πολλῶ κύκλῳ ἠτησά σε να παραχωρήσῃς μοι Iter: τουτέστιν, ὥστε ἐξεῖναί μοι βαδίζειν διὰ τοῦ σοῦ ἀγροῦ. (συντομος γαρ ἦν αὐτη ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν φέρουσα ὁδος.) παρεχωρησάς μοι τὸ Iter, ὥστε με παριέναι, ὃ μετὰ ὑποζυγίε, καὶ μετὰ ὀχήματος. Actus δὲ τί ἐστιν; Actus ἐστὶν, ὅτε αἰτήσω σεὡστε ἐξεῖναί μοι διὰ τοῦ σοῦ βαδίζειν ἀγροῦ μετὰ ὑποζυγίε ἢ ὀχήματος. ὥστε ἓν ὁ ἔχων τὸ Iter, ἐκ ἔχει τὸ Actus μετὰ γαρ ὑποζυγίε ἢ ὀχήματος παριέναι ἐ δύναται. ὁ δὲ ἔχων τὸ Actus, ἔχει καὶ τὸ Iter: δύναται γαρ καὶ μόνος, καὶ μετὰ ὑποζυγίων πάριέναι. Βία, ἐστὶ δίκαιον τοῦ ἐμὲ πορεύεσθαι, καὶ ἔχειν καὶ ὑποζύγιον. ὥστε ἓν ἢ Via ταῦτα ἔχει ἃ καὶ τὸ Actus. Διαφοραὶ δὲ εἰσιν ἐν ἑτέροις, ἃς μαθησόμεθα ἐν τοῖς Διγεστοις. Die Pandectenstelle lautet in den Basiliken so: μονοπάτιόν, ἐστι, τὸ παριέναι, καὶ διακινεῖν, χωρὶς ὑποζυγίε. Πάροδος, ἐστι, τὸ ἐλαύνειν θρέμμα, ἢ ὑποζυγιον ὁ ἔχων ἓν τὴν πάροδον, ἔχει καὶ τὸ μονοπάτιον. Πλατεῖα ὁδὸς, ἐστι, τὸ παριέναι, καὶ διακινεῖν, καὶ ἐλαυνειν.

v) *van Bynkershoek Obseruatt. iur. rom. Tom. I. Lib. IIII. cap. VII. p. 362. sqq.*

x) *Hotomannus Obseruatt. Lib. II. cap. XXI.* Diese Emendation scheint auch *Menagius Amoenitatt. iur. ciuil. cap. XXXVI.* zu unterschreiben.

y) *Faber Coniecturr. iur. ciuil. Lib. I. cap. XX.*

z) *a Costa Com. in Institutt. ad Pr. de Seruitut. praed.*

a) *Duarenus Disputt. anniuerss. Lib. I. cap. XXXI.*

b) *van Bynkershoek l. l.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0279
DFG

einem Schubkarren zu fahren. Allein falsch ist es, wie wir weiter unten sehen werden, daß actus nur vier Schuhe hielt, und wenn Paulus in der angeführten *L.* 7. *D.* sagt, wer actum habe, könne *cum plaustro* fahren, so bedeutet doch wohl plaustrum keinen Schubkarren. Ritter c) glaubt, via sey acht, actus vier Schuhe breit gewesen; via habe das Recht gegeben, mit einem großen, actus hingegen nur mit einem kleinen Wagen zu fahren. Es ist aber, wie schon gesagt, eine falsche Voraussetzung, actus sey nur vier Schuhe gewesen, Schott d) behauptet, via habe nothwendig drey Stücke begriffen, nehmlich das Recht zu fahren, Vieh zu treiben und zu gehen; actus habe auch diese Rechte in sich gefaßt, aber nicht nothwendig, man habe durch Verträge das Recht zu fahren und zu gehen davon trennen können. Dieser Meinung stehn folgende Gründe entgegen: a) es ist nicht erwiesen, daß via nothwendig jene drey Rechte in sich begriffen habe, und b) wäre es auch sonderbar, wenn man zwey Rechte A und B dadurch und deswegen unterscheiden wollte, weil A die Stücke x y und z nothwendig enthalte, B zwar auch diese Stücke in sich fasse, aber nicht nothwendig. c) Gesetzt, jemand ertheilte mir das Recht zu fahren, Vieh zu treiben und zu gehen, so kann nach Schotts Meinung niemand sagen, ob er mir viam oder actum gegeben habe. Man hat noch eine Menge anderer Conjecturen, weshalb ich auf die Schriften von Avezan e), Maran f), Lycklama g) und Vinnius h) verweise. Höpfner i) glaubt, der wahre Unterschied zwischen via und actus habe

c) *Ritter Diss. de itineris, actus et viae differentia, (adiect. Theophil. Reiz. exc. XVIII.)*

d) *Schott Diss. de vero actus et viae discrimine, (in opusc. p. 231. sqq.)*

e) *d'Avezan de seruitut. Part. III. cap. XVIII. (in Meermanni Thes. iur. ciuil. et canon. Tom. IIII. p. 164. sqq.)*

f) *Maranus Paratitl. ad Pandect. tit. de Seruitut. praed. ruslic.*

g) *Lycklama Membranar. Lib. III. cccl. XII.*

h) *Vinnius Com. in Institutt. ad Pr. de Seruitut. praed.*

i) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 364. not. 2.

habe in der Absicht desjenigen, der sich eine dieser Servituten geben ließ, gelegen. „Kam es ihm hauptsächlich dar„auf an," sagt er, „über das fremde Grundstück „fahren zu dürfen, und er ließ sich dieses Recht „geben, so war es via. Wollte er aber nur zu„weilen einmal Vieh daher treiben, so war ihm „dieses der Regel nach erlaubt. War sein Haupt„zweck hingegen nur, einen Viehtrieb zu haben, „und er ließ sich dieses Recht geben, so hieß es „actus. Wenn er indessen auch manchmal über „das Grundstück fahren wollte, so war es ihm „nicht verwehrt; vorausgesetzt, daß die Breite „des ihm zum Viehtrieb verstatteten Weges so „groß war, daß man darüber fahren konnte." Diese Meinung halte ich für die vernunftmäßigste, ob sie gleich nicht außer Zweifel ist. Die seruitus *viae* begreift auch nebenher die Befugniß in sich, über das fremde Grundstück zu gehen und Vieh zu treiben; die seruitus *actus* aber begreift auch nebenher die Befugniß in sich, über des andern Grundstück zu fahren und zu gehen. Wer nehmlich ein Recht auf das mehrere hat, der ist auch in der Regel zu dem mindern befugt. Daraus folgt:

αα) einer, der das Recht zu fahren hat, darf auch Vieh treiben, und zu Fuß gehen, und zwar nicht etwa bloß das Vieh treiben, welches er vorgespannt hat, sondern auch anderes; er darf nicht etwa bloß neben dem Fuhrwerke hergehen, sondern auch allein.

ββ) Wer das Recht, Vieh zu treiben, hat, der ist auch befugt, zu Fuß über den Weg zu gehen, und zwar auch alsdann, wenn er ohne Vieh gehen will.

Durch Verträge kann indessen auch ein anderes fest gesetzt werden. Man kann jemandem das Recht zu fahren geben, und sich dabey vorbehalten, daß er außer dem Falle, wo er fährt, kein Vieh über den Weg treibe, auch nicht zu Fuß darüber gehe. Und eben so kann man jemandem den Viehtrieb verstatten, und sich ausbedingen, daß er, wenn er kein Vieh treibt, nicht über den

Weg gehen solle. Thut man dies, so ist alsdann eine via *minus plena*, ein actus *minus plenus* vorhanden k).

β) Wenn die Frage ist: wie viel Raum kann derjenige verlangen, dem eine von diesen drey Servituten eingeräumt worden ist? so kommt es vor allen Dingen darauf an, ob etwas darüber ausgemacht worden ist, oder nicht. Ist etwas darüber ausgemacht, so dient solches zur Norm; in Ermangelung dessen aber kann derjenige, welchem seruitus VIAE zuständig ist, einen Raum verlangen, der acht Fuß breit ist, da wo der Weg gerade geht, und sechszehn Fuß breit, da wo er sich krümmt, weil man hier zum Umwenden des Wagens einen größern Raum nöthig hat. Nach dem Zeugnisse des Rechtsgelehrten Cajus in der *L.* 8. *D. de Seruitut. praed. ruſtic.* schreiben dies schon die Gesetze der zwölf Tafeln vor. Viae latitudo (sagt er) ex lege duodecim tabularum in porrectum *octo* pedes habet, in anfractum, id est, vbi flexum est, *sedecim*. Diese gesetzliche Breite des Fahrwegs kann zwar abgeändert werden, jedoch nur zu einem bestimmten Ziele, wenn nicht die Servitut als eine seruitus *itineris* angesehn werden soll l). In Ansehung der seruitus ACTVS und ITINERIS aber geben die Gesetze keine Bestimmung; bey diesen Servituten variirt die Breite, wie Javolen in der *L.* 13. §. 3. *D. eod.* lehrt, mit den Worten: Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est: quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. Entstanden Streitigkeiten über die Breite, so wurde sie nach richterlichem Ermessen (per *arbitros*) bestimmt. Indessen nimt man an, daß derjenige, der seruitutem *actus* hatte, wenigstens einen vier Fuß breiten Weg fordern konnte.

4) Die seruitus *pascendi*, die Trift-, Hut- und Weidegerechtigkeit. Sie besteht in dem Rechte, mein Vieh auf die Weide eines andern zu füh-

k) *cf. Walch Diss. de actu minus pleno*, (*in opusce. Vol. I. p.* 108. *sqq.*)

l) *L.* 23. *pr. D. de Seruitut. praed. ruſtic.* Via constitui vel latior octo pedibus vel anguſtior potest, vt tamen eam latitudinem habeat, *qua vehiculum ire potest*; alioquin *iter* erit, non *via*.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0282
DFG

führen und daselbst zu weiden m). Auf eigenem Grunde und Boden sein Vieh zu weiden, steht jedem frey, wann und wie er will; es macht dies einen natürlichen Ausfluß des Eigenthums aus, vorausgesetzt nur, daß die wohlerworbenen Rechte dritter Personen auf keine Weise dabey gekränkt werden. Wird aber die Hut auf fremdem Grunde und Boden, als Servitut, exercirt n): so kann dieselbe

α) entweder eine **persönliche**, oder eine **dingliche** seyn, jenachdem sie entweder der Person des dominantis anklebt, oder dergestalt auf dem Gute haftet, daß sie auf alle Besitzer desselben übergeht o).

β) Außerdem ist solche entweder eine **einseitige**, oder eine **gemeinschaftliche**, welche letztere allezeit ein reciproques Weiderecht in sich schließt. Diese aber zerfällt wieder in **Koppelweide** und **gegenseitige Weideservitut**. Wenn ich mein Vieh auf eines andern Weidgang treibe, und er das seinige auf meine Weide treibt, so liegt dabey entweder ein Precarium zum Grunde, oder eine Servitut. Im ersten Falle ist eine Koppelweide (conpascuum) vorhanden, indem das Wesen derselben darin besteht, daß sie in jedem Falle bittweise, gemeinschaftlichen Vortheils wegen, eingeräumt ist. Sie ist also auch stets widerruflich. Hingegen im zweyten Falle, wenn ich durch eine Servitut berechtigt bin, mein Vieh auf meines Nachbars

m) *cf. a Wernher Obseruatt. forr. Part. VI. obs. CCCLVI. Part. VII. obs. CXXVI. Part. VIII. obs. CCCLVIII. Part. VIIII. obs. LXVII.* von Rohr Haushaltungsrecht, Buch *VI.* Cap. *II. III.*

n) Man verwechsele damit nicht das Recht der öffentlichen Weide, welches auf den so genannten Gemeinweiden, Hüdungen, Viehweiden, Allmanden, Allmeinden, Allmenten, Allmeien, Gemeindeangern, Gemeinheiten, u. s. w. ausgeübt wird. Hierunter werden solche Grundstücke in den Feldmarken der Dörfer oder Städte verstanden, die, durch Cultur noch nicht verändert, mehr oder minder brauchbare Grasarten hervor bringen, deren Eigenthum der ganzen Universitas zugehört, und deren Benutzung sämmtlichen Gemeindegliedern überlassen ist, welche letztere dann gewöhnlich in der Viehweide besteht. *Schütz de iure pascendi publico et priuato.* (Francof. 1732.) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Band II. §. 283. S. 530. ff.

o) *L. 4. D. de Seruitut. praed. rustic.*

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0283 DFG

Ländereyen zu treiben, und jener gleiches Recht auf meinem Grunde und Boden hat: so ist dies nicht Koppelweide, sondern gegenseitige Weideservitut, welche ganz nach andern Grundsätzen zu beurtheilen ist, als die Koppelweide, nach denjenigen Principien nehmlich, welche das römische Recht von Dienstbarkeiten überhaupt fest setzt p).

Es mag nun von einer einseitigen q) oder gemeinschaftlichen Weidegerechtigkeit die Rede seyn, in beyden Fällen kann es sehr leicht geschehen, daß die Weide den Heerden der verschiedenen Weideberechtigten hinreichendes Futter nicht mehr gewährt, und alsdann entsteht die Frage: welcher von beyden muß zurück stehen? Unser Verfasser behauptet mit vielen andern Rechtsgelehrten r), der Eigenthümer des praedii dominantis müsse nachgeben, und die Zahl des auszutreibenden Viehes vermindern. Allein richtiger ist es wohl, daß hierbey allein auf das eigene gewonnene Winterfutter des praedii dominantis Rücksicht zu nehmen sey. Der Besitzer des dienenden Grundstücks muß daher diejenige Anzahl Viehes, die der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks mit eigenem gewonnenen Futter auszuwintern vermag, auf seinen zu dieser Aufhütung bestimmten Grundstücken ungehindert dulden. Wird einem Gute die Weidegerechtigkeit auf einer fremden Feldmark zugestanden, so hat der Besitzer der dienstbaren Felder offenbar auf den Viehstand jenes Gutes Rücksicht genommen. Nun aber muß, wenn ein Gut wirthschaftlich behandelt werden soll, der Viehstand mit den übrigen nutzbaren Theilen desselben, und hauptsächlich mit dem Futtervorrathe in einer Proportion stehn, und sich nach dem eige-

p) Münter Abh. von der Koppelweide, (in Hagemanns und Günthers Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, Th. IIII. S. 31. ff.)

q) Denn auch bey ihr steht dem Herrn des dienenden Grundstücks die Mithut (*ius compascendi*) zu, wenn er sich derselben nicht ausdrücklich begeben, oder sie sonst auf eine rechtmäßige Art verloren hat. *L. 6. C. de Seruitut. a Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. CLXVIII. med. 8.*

r) *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. tit. de Seruitut. praed. rustic. §. 9. Stryk Vs. mod. Pandect. tit. eod. §. 15. de Selchow Elemm. iur. priu. germ. hod. §. 454.*

eigenen gewonnenen Winterfutter richten, folglich muß auch nach diesem Verhältnisse bey einer uneingeschränkten Hutgerechtigkeit die Anzahl des Viehes bestimmt werden, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Gutes über eine seinen Rechten nachtheilige Erweiterung der Weidegerechtigkeit gegen den Eigenthümer des praedii dominantis Beschwerden führt. Ob das aufzuhütende Vieh eigenes oder in Pacht genommenes Vieh ist, darum hat sich der Besitzer des dienstbaren Gutes so lange nicht zu bekümmern, als jene Gränzlinie nicht überschritten wird. Derjenige, welcher mit einer gewissen Anzahl von Vieh auf fremden Feldern zu hüten befugt ist, kann ja seine Gerechtigkeit auch mit fremdem Vieh ausüben s).

γ) Endlich ist noch die Weidegerechtigkeit entweder eine **beschränkte** oder eine **unbeschränkte**. Der erstern, oder der **bestimmten**, sind in Ansehung der Zeit, des Orts der Weide, der Art, der Zahl des Viehes, u. s. w. gewisse vertragsmäßige Schranken gesetzt; bey der letztern, oder der **unbestimmten**, ist dies der Fall nicht. Ist

αα) das zu weidende Vieh nicht bestimmt worden, so steht es dem Eigenthümer des praedii dominantis frey, Vieh zu weiden, welches er will, nur nicht solches, wodurch die Weide inficirt und den Bäumen Schaden zugefügt wird t). Wenn aber

s) Alles, was oben angeführt ist, paßt jedoch nur auf den Fall, wo die Zahl des aufzutreibenden Viehes weder durch Weidereceße noch verbindliches Herkommen bestimmt ist. *cf.* Gmelin und Elsäßer gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle, Band III. Num. XIII. S. 205. ff. von Beneckendorf *Oecon. forens.* Band I. Hauptst. I. §. 110. Auch wird der vom Ertrage des Gutes hergenommene Maaßstab für die Anzahl des Viehes alsdann unanwendbar, wenn mir das Weiderecht als Personalgerechtsame, für meine Person, ohne Rücksicht auf ein mir zugehöriges Gut, eingeräumt worden ist. In diesem Falle liegen die Regeln der Societät zum Grunde, vermöge deren unter den mehreren Weideinteressenten eine genaue Gleichheit erhalten werden muß, welche dem einen nicht mehr Vieh auf die Weide zu treiben erlaubt, als dem andern, und bey eintretendem Mangel an Fütterung beyde zwingt, gleich viele Stücken zurück zu lassen. Münter a. a. O.

t) *a Wernher Observatt. forr. Part. VI. obs. CCCLXXXV.*

ββ) das zu weidende Vieh bestimmt worden ist, so muß diese Uebereinkunft genau beobachtet werden. Doch kann, wenn diese Bestimmung die Zahl des zu weidenden Viehes betrifft, auch das säugende Vieh mit auf die Weide getrieben werden v). Auch muß

γγ) allemal die vermöge dieser Servitut erworbene Weidegerechtigkeit so ausgeübt werden, daß der Herr des dienenden Gutes an seinen Früchten keinen Nachtheil leidet, folglich nur bey offenen Feldern und Wiesen x), und daß er neben ihr doch noch seine Ländereyen wirthschaftlich benutzen kann. Das aus dem Wesen der Dienstbarkeiten so richtig abgeleitete Princip des römischen Rechts: Seruitute *ciuiliter* vtendum est, leidet auch hier seine volle Anwendung y).

5) Die seruitus *aquae ductus*, die **Wasserleitungsgerechtigkeit.** Sie besteht in dem Rechte, Wasser in Canälen oder Röhren durch das Grundstück eines andern zu führen z).

6) Die seruitus *aquae haustus*. Sie besteht in dem Rechte, aus der Quelle, dem Brunnen oder dem Teiche eines andern Wasser zu nehmen a).

7) Die

v) *Estor Opusc. Part. III. p. 760.*

x) Struben rechtl. Bedenken, Th. I. Bed. CLXV. Th. IIII. Bed. LXI.

y) Hierauf beziehn sich die alten deutschen Sprichwörter: Kein Müller hat Wasser, und kein Schäfer Weide genug; — die Wiese geht in das Heu zu St. Georgen Tag; — das Holz muß pfleglich gehalten werden. *cf.* Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern, S. 255 — 262.

z) L. 17. §. 1. *D. de Aqu. pluu.* Recte placuit, non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in seruitute constituenda conprehensum sit. Non enim consuetudinis est, vt, qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat: illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, vt per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit conprehensum in seruitute constituenda, fieri possunt: ita tamen, vt nullum damnum domino fundi ex his detur. *cf.* Struben a. a. O. Th. IIII. Bnd. VI. *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitut. praed.* §. 617. p. 399.

a) L. 20. §. 3. *D. de Seruitut. praed. rustic. cf. Walch Diss. de aquae hauriendae seruitute*, (Ienae 1764.)

7) Die seruitus *pecoris ad aquam adpulsus.* Sie enthält die Befugniß, unser Vieh an den Brunnen, Teich oder Bach des andern zur Tränke zu treiben. In dieser Servitut ist auch meistentheils die seruitus *itineris* mit begriffen b).

§. 683.

Außer diesen angeführten ländlichen Servituten giebt es noch eine Menge anderer, die sich aber wegen ihrer Mannigfaltigkeit nicht bestimmt angeben lassen. So kommen z. B. noch

1) nach dem römischen Rechte die seruitus *deiiciendi* c), *positum habendi* d), *fructus adseruandi* et *pedamenta sumendi* e), *nauigandi* f), *non piscandi* g), *aquam non quaerendi* h), *calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae* i), u. s. w. vor. So ferner

2) heutiges Tages das Beholzungsrecht, der Lerchenstrich, die Mastungsgerechtigkeit (*ius glandemiarum*), das Recht, in des andern Kelter zu keltern, auf des andern Tenne zu dreschen, und andere dergleichen mehr.

Auch muß ich hierbey die Bemerkung wiederholen, die schon oben am Ende der Lehre von den seruitutibus vrbanis gemacht wurde. Die hier genannten Servituten nehmlich sind nicht nothwendig *rusticae;* die meisten können auch *vrbanae* seyn, wenn sie nehmlich zum Nutzen eines Gebäudes bestellt werden. Lasse ich mir z. B., um bequemer zu meinem Hause zu kommen, das Recht geben, durch des Nachbars Hof zu gehen, oder zu fahren: so ist die seruitus itineris oder viae eine städtische Dienstbarkeit.

b) *L.* 1. *in fin. et L.* 4. *D. eod.*
c) *L.* 3. §. 2. *D. de Seruitut. praed. rustic.*
d) *L.* 17. §. 1. *D. Si seruit. vindic.*
e) *L.* 3. §. 1. *D. de Seruitut. praed. rustic.*
f) *L.* 23. §. 1. *D. eod.*
g) *L.* 13. *pr. D. Comm. praed.*
h) *L.* 1. §. 28. *D. de Aqu. quotid.*
i) *L.* 1. §. 1. *D. de Seruitut. praed. rustic.* §. 2. *I. de Seruitut. praed.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0287
DFG

LIB. VIII. TIT. IIII.

COMMVNIA PRAEDIORVM VRBANORVM ET RVSTICORVM.

§. 684.

Die seruitutes vrbanae und rusticae haben

1) gleiche *modos constituendi;*
2) gleiche *essentialia* und *naturalia;*
3) gemeinschaftliche *actiones*, und
4) gleiche *modos amittendi.*

Da die beyden ersteren Puncte schon im Vorhergehenden erörtert worden sind, von den Klagen aber im nächstfolgenden fünften, und von den Erlöschungsarten der Servituten in dem weiter folgenden sechsten Titel dieses Buchs der Pandecten besonders gehandelt wird, so würde es zweckwidrig seyn, über das alles hier ein Wort zu verlieren.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0288
DFG

LIB. VIII. TIT. V.

SI SERVITVS VINDICETVR VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

§. 685.

Wenn von einem Streite in Ansehung einer Servitut die Rede ist, so ist der Streitpunct entweder der, daß man erst eine Dienstbarkeit erlangen will, oder dies ist der Fall nicht. Ist jenes, so findet eine persönliche Klage in zwey Fällen statt, und zwar

1) wenn mir jemand mittelst Vertrags eine Servitut constituirt hat, ich habe aber solche durch Quasitradition noch nicht wirklich überkommen. Gesetzt, es hätte mir jemand den Nießbrauch seines Hauses verkauft; als ich aber dasselbe beziehn und durch die Ausübung des Nießbrauchs diesen wirklich erlangen will, widersetzt er sich. Hier findet nur eine persönliche Klage wider ihn statt, nehmlich die *actio emti ad concedendum vsumfructum venditum* s. *ad quasi tradendam seruitutem.* Da diese Klage eine persönliche ist, so kann sie nicht gegen einen Dritten angestellt werden, an welchen der

Promittent nach gethanem Versprechen die Sache veräussert, z. B. verkauft hat; man muß vielmehr in diesem Falle mit eben der persönlichen Klage den Promittenten auf Leistung des Interesse belangen.

2) Wenn mir jemand eine Servitut zu überlassen zwar nicht versprochen hat, aber doch unmittelbar nach den Gesetzen verbunden ist, solches gegen eine Vergütung zu thun. Daß es Fälle giebt, wo unmittelbar die Gesetze einen zur Bestellung einer Dienstbarkeit verpflichten, wissen wir, und deshalb nun findet eine actio personalis *datiua* statt, die mittelst einer bloßen Imploration des richterlichen Amts angebracht werden kann.

Etwas besonderes ist es, daß diese persönliche Klage, wider die sonstige Natur der Personalklagen, in langer Zeit, d. h. in zehen Jahren unter den Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter den Abwesenden, präscribirt wird k). Der Grund davon ist, weil schon selbst das dingliche Recht, oder die Dienstbarkeit, binnen dieser Zeit erlöscht l).

Ist hingegen das der Streitpunct nicht, daß man erst eine Servitut auf jemandes Sache erlangen will, so bezieht sich der Streit entweder auf eine noch vorhanden seyn sollende, oder auf eine zu Ende gegangene Servitut.

Im letztern Falle ist zwischen dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten zu unterscheiden. Was die Realservituten betrifft, so kann sich der Herr des dienenden Grundstücks theils mit der Einrede, daß die Dienstbarkeit bereits geendiget, wider des andern Ansprüche, theils wider dessen Beunruhigungen mit eigenmächtiger Vertheidigung des Besitzes der Freyheit, schützen. In Ansehung der Personalservituten aber, besonders des Nießbrauchs, hat der Proprietar, um zu der ein Gegenstand der Dienstbarkeit gewesenen Sache, entweder in Natur, oder zu einer andern von gleicher Größe und Qualität, oder zu dem Werthe derselben, wieder zu gelangen, nach Verschiedenheit der Fälle, verschiedene Klagen. Der Nießbrauch nehmlich, den jemand von meiner Sache hatte, war entweder ein wahrer oder ein Quasiususfructus. Bey jenem kann ich, nach dessen Beendigung, die noch in Natur vorhandenen Sachen vindici-

k) *L. pen.* §. 1. *C. de Vsufr.* L. 13. *C. de Seruitut.*

l) *a Wernher Obseruatt. forr. Part. VIII. obs.* CCCXXXXIIII.

diciren, oder mittelst der publicianischen Klage zurück fordern; sollte aber die Sache nicht mehr in Natur vorhanden seyn, und der Usufructuar kann mir weder dergleichen, noch deren Werth wieder geben, so muß ich mich an die deshalb vorher bestellte Caution halten. Ist diese durch Pfand bestellt worden, so habe ich actionem hypothecariam; ist sie hingegen durch Bürgen gemacht worden, so fand ehedem bey den Römern actio ex stipulatu, heutiges Tages aber bey uns findet actio fideiussoria statt. Bey einem Quasiusufructus kann ich eine Sache von gleicher Größe und Qualität, oder in deren Entstehung den Werth condictione sine caussa wiederfordern, weil der Usufructuar nach beendigtem Nießbrauche kein Recht mehr auf die Sache hat m).

Was den erstern Fall betrifft, wo der Streitpunct auf eine noch vorhanden seyn sollende Servitut sich bezieht, so kann, wie Hellfeld richtig bemerkt, sowohl possessorisch, als petitorisch der Dienstbarkeiten wegen geklagt werden. Die possessorischen Rechtsmittel betreffend, so kommen demjenigen, welchem die Servitut zusteht, nach Beschaffenheit der Umstände, sowohl remedia *adipiscendae*, als *retinendae* und *recuperandae* possessionis zu statten. Zu den remediis adipiscendae possessionis gehören folgende:

1) das *interdictum de itinere, quo venditor vsus est*;

2) das *interdictum de tabulis exhibendis*;

3) das *remedium vtile ex L. vlt. C. de Edicto Diui Hadriani tollendo.*

Zu den remediis retinendae possessionis gehören, außer dem possessorium summariissimum, folgende Interdicte:

1) das *interdictum vti possidetis vtile*, da dieses Interdict in der *L.* 8. §. 5. *D. Si seruit. vindic.* ausdrücklich auf die Servituten extendirt worden ist. Seiner Natur nach kommt es mit dem possessorium ordinarium überein, und begreift folgende Interdicte als Gattungen unter sich:

   α) das *interdictum de itinere actuque priuato* womit auch das Interdict *de non impedienda refectione* verbunden ist;

   β) das *interdictum de aquae ductu*, wovon die Interdicte *de aqua quotidiana*, *de aqua aestiua*, *de aqua ex castello* und *de riuis reficiendis* wieder Untergattungen sind;

m) *L.* 5. §. 1. *D. de Vsufr. ear. rer. quae vs. consum.* *Lauterbach Colleg. Pandect. theoret. pract. Lib. VII. tit. VIIII.* §. 14.

γ) das *interdictum de aqua fontana*, welches bald *de aquae hauſtu*, bald *de pecoris ad aquam adpulſu* genannt wird, und womit das *interdictum de non inpedienda refectione et purgatione fontis, lacus et piſcinae* verbunden iſt, welches mit dem Interdict *de riuis reficiendis* gleichen Nutzen hat;

δ) das *interdictum de cloacis*, welches zweyfach, nehmlich *de cloaca priuata* und *de cloaca publica* iſt;

2) das *interdictum quod vi aut clam*, und

3) das *interdictum de noui operis nunciatione.*

Zu den remediis recuperandae poſſeſſionis gehören das *interdictum vnde vi* und die Spolienklage.

Von allen dieſen der Servituten wegen ſtatt findenden poſſeſſoriſchen Rechtsmitteln aber hier weitläuftiger zu handeln, würde zweckwidrig ſeyn, da die Verfaſſer der Pandecten der Lehre von den Interdicten ein eigenes Buch, das drey und vierzigſte nehmlich, gewidmet haben, und dort alſo billig dieſe Lehre erörtert werden muß. Für jetzt beſchäftigen wir uns mit dem Falle, wo petitoriſch geklagt wird, wo der Streit nicht den Beſitz, ſondern vielmehr das Recht betrifft. Ein Streit über das letztere läßt ſich aber wieder auf doppelte Art denken. Bald kann er die Zuſtändigkeit einer Servitut ſelbſt, bald nur gewiſſe Rechte in Anſehung derſelben, ohne daß die Exiſtenz der Servitut ſelbſt in Zweifel gezogen wird, betreffen. Zum letztern Falle gehört z. B. wenn jemand die Dienſtbarkeit weiter auszudehnen ſucht, als ſie ihm verwilligt worden. Hier kann der Eigenthümer des dienenden Gutes ſich einer bloßen Inploration wider ihn bedienen, daß er ſich die Servitut nicht weiter anmaßen ſolle, als ausgemacht worden. Und eben ſo kann auch eine ſolche Inploration gebraucht werden: wenn von einer zu beſtellenden Sicherheitsleiſtung, wohin die uſufructuariſche Caution gehört, die Rede iſt. Sollte nun aber über die Zuſtändigkeit eines Dienſtbarkeitsrechts ſelbſt Streit entſtanden ſeyn, ſo kommt es darauf an, ob man ein ſolches Recht auf des andern Sache zu haben behauptet, oder ob man ein ſolches Recht, welches jemand auf unſerer Sache zu haben vorgiebt, demſelben nicht zugeſtehn will. Im erſten Falle muß man actionem *confeſſoriam*, im zweyten aber actionem *negatoriam* anſtellen. Jene entſteht aus dem Rechte der Dienſtbarkeit, dieſe hingegen aus der natürlichen Freyheit, und die Dienſtbarkeit giebt nur Gelegenheit dazu n).

Die

n) *Hommel Diſſ. de actione confeſſoria ex ſeruitute, et negatoria ex libertate*, (Lipſiae 1721.)

Die confessorische Klage wird demnach von mir angestellt, wenn ich mir für meine Person oder Sache eine Dienstbarkeit zuschreibe, gegen denjenigen, welcher mir die Servitut läugnet, oder in der Ausübung derselben Hindernisse macht, oder mit dem Objecte der Servitut dergestalt umgeht, daß mir mein Recht vereitelt werden würde, wenn dem Beklagten kein Einhalt geschähe. Diese Klage findet

1) wegen einer jeden Art der Dienstbarkeit statt, sowohl wegen einer persönlichen, als dinglichen, und letztere mag eine seruitus *vrbana*, oder *rustica* seyn. Besonders wird in den Gesetzen ihre Zulässigkeit in Ansehung der seruitus *itineris* und *actus* o), der seruitus *aquae haustus* p), ingleichem der in parte praedii constituirten oder behaupteten Servitut q) gelehrt r). Wird sie insonderheit wegen des Nießbrauchs angestellt, so heißt sie vsusfructus *petitio* s), vsusfructus *vindicatio* t), auch vsusfructus *persequutio* v). Die Gattung der Servitut aber muß im Klageschreiben genau exprimirt werden, ungeachtet es übrigens gleich viel ist, ob mir das Dienstbarkeitsrecht auf der Sache desjenigen, gegen welchen ich klage, oder auf eines andern Sache zusteht x). Das factum turbatiuum, oder die Handlung, wodurch man von seinem Gegner in der Ausübung der Servitut behindert wird, muß ebenfalls genau beschrieben werden. Man muß nehmlich anzeigen, wer uns beunruhiget hat, ingleichem wie

o) *L.* 4. §. 1. *D. Si seruit. vindic.* Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de seruitute vtetur.

p) *L.* 4. §. 6. *D. eod.* Sed et de haustu, quia seruitus est, competunt nobis in rem actiones.

q) *L.* 5. §. 2. *D. Si vsusfr. petat.* Si partis fundi vsusfructus constituatur, potest de eo in rem agi, siue vindicet quis vsumfructum, siue alii neget.

r) *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitut. praed.* §. 982. *p.* 693. *sq.*

s) *L.* 16. *C. de Vsufr.*

t) *L.* 34. §. 1. *D. eod.*

v) *L.* 17. §. 2. *D. eod.*

x) *L.* 10. §. 1. *D. Si seruit. vindic.* Z. B. ich habe die Triftgerechtigkeit auf den Feldern des Cajus, und ich werde darin nicht von diesem, sondern vom Titius beunruhiget, indem dieser dabey, daß mir die Triftgerechtigkeit nicht zustehe, interessirt zu seyn vorgiebt, weil er z. B. des Cajus Pachter ist, so kann ich actione confessoria klagen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0293
DFG

und wann es geschehen, damit sich daraus abnehmen lasse, daß man gänzlich, oder wenigstens zum Theile in der Ausübung der Dienstbarkeit verhindert werde y).

2) Der Kläger ist eigentlich derjenige, welchem die Servitut für seine Person (wenn es nehmlich ein persönliches Dienstbarkeitsrecht ist), oder dessen Sache (wenn es ein dingliches Dienstbarkeitsrecht ist) zusteht, er mag übrigens, wenn von einer Servitut der letztern Art die Rede ist, das Gut in Besitz haben, oder nicht, da das Gut ihm gehören kann, wenn er es gleich nicht besitzen sollte. Hingegen kann er aber auch, wenn er sich im Quasibesitz der Servitut befindet, dennoch diese Klage anstellen z), indem sie hierin von andern dinglichen Klagen abweicht a). Würde das Gut oder Grundstück mehreren zuständig seyn, so ist jeder von den Theilhabern diese Klage anzustellen befugt b), und wenn einer von ihnen den Proceß gewinnt, so kommt solches auch den übrigen zu statten, obgleich der Kläger mehr nicht, als sein Interesse beträgt, erlangt c). Eigentlich kann, wie gesagt, nur ein solcher diese Klage anstellen, dessen Person oder Sache die Dienstbarkeit

y) Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, Band II. §. 461.

z) §. 2. *I. de Act.*

a) *Westphal l. l.* §. 967. 968. *p.* 683.

b) *Nam causſa ſeruitutum eſt indiuidua.*

c) *L.* 4. §. 3. *D. Si ſeruit. vindic.* Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, vnicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragesimo primo scribit, 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 quod eius interest, reuocabitur, quamuis per vnum adquiri seruitus non possit. Obgleich aber bey *cauſſis indiuiduis* der Sieg des einen den übrigen zu statten kommt, so ist doch der Verlust des Processes, wenn nur einer geklagt hat, den übrigen Theilhabern unschädlich. *L.* 19. *D. eod. L.* 74. *et L.* 155. *D. de Diuerſ. reg. iur. Westphal l. l.* §. 972. *p.* 688. Das Gegentheil behauptet jedoch *Cuiacius ad* §. 4. *cit. L.* 4. Er will den übrigen Theilhabern, welche nicht mit geklagt haben, gegen den, der den Proceß verloren hat, nur *actionem communi diuidundo* oder *actionem negotiorum geſtorum contrariam* auf Entschädigung zugestanden wissen, wenn der Proceß durch Schuld des Klägers verloren gegangen seyn sollte. Würde der sachfällige Kläger dolose gehandelt haben,

keit zusteht. Der Billigkeit wegen gestatten sie inzwischen die Gesetze vtiliter auch demjenigen, dem nicht minder daran gelegen ist, daß die Gerechtsame des Prädiums aufrecht erhalten werden, z. B. dem Superficiar, dem Emphyteutmanne, dem Vasallen, ja sogar dem Pfandgläubiger d). Denn dadurch, daß ein Gut die auf selbigem haftenden Gerechtsame behält, hat es einen größern Werth, und gewährt also auch dem Pfandgläubiger wegen seiner Forderung noch größere Sicherheit. Und das nämliche gilt nach den Gesetzen vom Usufructuar. Man nehme an, es ist mir der Nießbrauch an dem Gute des Cajus zuständig, und dieses Gut hat die Weidegerechtigkeit auf einer Wiese des Titius. Hier entsteht die Frage: ob ich als bloßer Nießbrauchsnehmer, wenn ich in der Ausübung des Weiderechts beunruhiget werde, die confessorische Klage anstellen könne, oder ob mir nicht vielmehr Cajus, als Eigenthümer des herrschenden Gutes, darin vorgehe? Werde ich vom Eigenthümer selbst in der Ausübung der Weidegerechtigkeit gehindert: so muß ich mein Nießbrauchsrecht directe wider

haben, und insolvent seyn, so gestattet Cujaz den übrigen Theilhabern *actionem de dolo ex L. 19. D Si seruit. vindic.* gegen die obsiegende Parthey. Auch *Vitalis Variar. lect. Lib. II. cap. VI. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IV. p. 666. sq.)* glaubt, weil der von einem Socius in vindicanda seruitute erhaltene Sieg den übrigen Theilhabern nützlich sey, so müßten sie sich auch die nachtheiligen Folgen der condemnatorischen Sentenz gefallen lassen vorausgesetzt, daß der Verlust des Processes nicht in der Nachlässigkeit des Klägers sich gründe. Ich glaube aber, die Sachfälligkeit des einen Theilhabers kann dem andern durchaus nie präjudiciren, besonders wenn der andere von dem erhobenen Processe nichts gewußt hat.

d) *L. 16. D. de Seruitut.* Ei, qui pignori fundum adcepit, non est iniquum, vtilem petitionem seruitutis dari, sicut ipsius fundi vtilis petitio dabitur. Idem seruari conuenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet. *L. vn. §. 5. D. de Remiss.* Ei quoque, qui pignori fundum adceperit, scribit Iulianus non esse iniquum, detentionem seruitutis dari. *L. 9. D. de Oper. nou. nunciat.* Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est, de iure, id est, de seruitute, opus nouum nunciare: nam ei vindicatio seruitutis datur. In der *L. vn. §. 5.* ist für *detentionem* zu lesen *petitionem*, wie *Labittus VJ. indic. Flor. in Wielingii Iurisprudent. restit. p. 93.* richtig bemerkt. *Muretus Obseruatt. iur. cap. XIIII. (in Ottonis Thes. iur. rom. Tom. IIII. p. 142.)* will *defensionem* oder *retentionem* lesen, welche erstere Lesart *van Bynkershoek Obseruatt. iur. rom. Lib. V. cap. XXV. num. 10.* in Schutz nimmt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0295
DFG

wider ihn verfolgen. Beunruhiget mich aber ein Fremder, als Titius, der Herr des dienenden Gutes, der Wiese: so habe ich die Wahl, ob ich in meinem Namen den Nießbrauch geradezu wider diesen Fremden persequiren, mithin die confessorische Klage anstellen, oder ob ich Namens des Cajus, als Proprietars, die seinem Gute zuständige Weidegerechtigkeit vindiciren will. Ersteres ist mir deshalb unverwehrt, weil die confessorische Klage gegen einen jeden Turbanten statt findet, ob er gleich nicht Herr des dienenden Grundstücks seyn sollte; und im letztern Falle bedarf es auch keiner besondern Vollmacht. Denn da Cajus, als Proprietar, den Nießbrauch seines Gutes mir verwilligt hat, so hat er mir auch dadurch in der That die Befugniß ertheilt, diese Gerechtigkeit bey dem Gute zu erhalten e).

3) Der

e) L. 1. §. 20. *D. de Oper. nou. nunciat.* Vsufructuarius autem opus nouum nunciare suo nomine non potest, sed procuratoris nomine nunciare poterit, aut vindicare vsumfructum ab eo, qui opus nouum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit, opus nouum factum non esse. *L. vn.* §. 4. *D. de Remiss.* Item Iuliano placet, et fructuario vindicandarum seruitutum ius esse, secundum quod opus nouum nunciare poterit vicino, et remissio vtilis erit: ipsi autem domino praedii si nunciauerit, remissio inutilis erit: neque sicut aduersus vicinum, ita aduersus dominum agere potest, ius ei non esse inuito se altius aedificare. Sed si hoc facto vsufructus deterior fiat, petere vsumfructum debebit. *cf. Westphal l. l.* §. 331. *p.* 324. *Boehmer de actt. Sect. II. cap. II.* §. 27. Die Rechtslehrer gestatten die confessorische Klage überhaupt jedem, dem an Erhaltung der Dienstbarkeit besonders gelegen ist, wenn er gleich an der Sache gar kein dingliches Recht hat, z. B. einem Pachter, vorausgesetzt, daß er nächst seinem Interesse eine Bevollmächtigung von dem Verpachter beybringt, ingleichem demjenigen, welcher Gefahr läuft, daß, wenn der Beklagte die auf seinem Grundstücke haftende Dienstbarkeit nicht ferner duldet, selbige zu des Klägers Schaden auf dessen Grundstück verlegt wird. Man nehme an, die Nachbaren des Dorfes A haben das Recht, über meines Nachbars Acker zu fahren. Mein Nachbar versperrt aber den Weg, und dies giebt Gelegenheit, daß die Bauern über meinen angränzenden Acker zu fahren sich unterfangen. Hier habe ich zwischen zwey Klagen die Wahl. Ich kann nehmlich wider die Bauern die negatorische Klage anstellen; ich kann mich aber auch wider meinen Nachbar der confessorischen Klage bedienen. Thue ich jedoch das letztere, so muß ich die Klage mit einer doppelten Ursache begründen, theils mit dem den Nachbaren des Dorfes A zuständigen Dienstbarkeitsrechte, theils mit meinem dabey habenden Interesse, daß dieses Dienstbarkeitsrecht erhalten werde, z. B. damit die Servitut nicht auf meinen Acker verlegt werde. Dieses Interesse muß mich zur Sache legitimiren. *de Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. III.* §. 22. *not.* 4. *Paelike Doctr. de actt. forr. Sect. II. cap. II. membr.* 5. §. 2. *Hommel Adcess. ad Strykii Tr. de actt. forr. Sect. II. membr. IIII.* §. 2. *not. f.*

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0296
DFG

3) Der Beklagte ist derjenige, welcher den Kläger in der Ausübung der Servitut hindert, und sie ihm nicht zugestehn will f), ob er gleich die Dienstbarkeit an sich dem Kläger nicht schlechterdings läugnen sollte g). Darauf kommt nichts an, das Hinderniß mag vom Eigenthümer des dienenden Grundstücks, oder von einem andern, der zwar das dienende Grundstück nicht für sich besitzt, jedoch dabey interessirt ist, daß die Servitut nicht vorhanden wäre, gemacht werden h). Die Art und Weise, wie der Kläger in Ausübung des Dienstbarkeitsrechts gehindert werde, hat derselbe, wie schon vorhin bemerkt wurde, in der Klage mit anzuführen, und im Läugnungsfall zu erweisen, bey diesem Beweise aber sich in Acht zu nehmen, daß er kein anderes factum turbatiuum darthue, als dessen ausdrücklich in der Klage gedacht worden. Denn er hat dasjenige, was er in der Klage angeführt, nicht aber das, worauf er sich nachher bezogen hat, zu beweisen, wenn nicht der Beklagte von der Klage entbunden werden soll i).

4) Das Gesuch ist: in Rechten zu erkennen, daß Klägern, oder der Sache die libellirte Servitut zustehe, mithin Beklagter nicht nur Klägern dabey ruhig zu lassen, sondern auch, daß er denselben führohin nicht weiter beunruhigen wolle, Caution zu bestellen verbunden k). Daß der Richter dem Kläger die Servitut zuerkennen oder zusprechen solle, darf nicht gebeten werden l); denn alsdann wäre die Klage keine dingliche, sondern eine persönliche Klage pro consequendo iure seruitutis. Die Caution de non ampliùs turbando wird übrigens durch ein bloßes Versprechen geleistet; der Beklagte gelobt vor dem Rich-

f) *L.* 1. *pr. D. Si vsufr. petat. L.* 4. §. 5. *et L.* 10. §. 1. *D. Si seruit. vindic.*

g) *L.* 4. §. 5. *D. eod.* Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controuersiam non facit, sed reficere, sternere non patiatur: Pomponius scribit, confessoria actione mihi vtendum.

h) *L.* 10. §. 1. *D. eod.*

i) Schmidt a. a. O. S. 339

k) *L.* 4. *L.* 7. *et L.* 8. *D. Si seruit. vindic. cf. Westphal l. l.* §. 988. 989. *p.* 699. *sq.*

l) *L.* 8. §. 4. *D. eod.*

Richter an, daß er den Kläger nicht mehr turbiren wolle m). Daher pflegt darauf selten noch erkannt, sondern dem Beklagten alle fernere Turbation bey Vermeidung einer bestimmten Geldstrafe verboten zu werden, z. B. daß Beklagter sich aller fernerweiten Beunruhigung bey 10. Thaler Strafe zu enthalten schuldig. Sollten dem Kläger durch den Beklagten auch Nutzungen entzogen, oder Schäden zugefügt worden seyn, so kann der Kläger zugleich die Vergütung beyder fordern n). Wenn z. B. dem Kläger der Nießbrauch von einem gewissen Hause vermacht worden ist, der Erbe hat sich widerrechtlich geweigert, ihm das Haus abzutreten, so kann jener verlangen, daß ihm der Nutzen, der ihm durch die verweigerte Abtretung entgangen, so wie der sonst erlittene Schaden, vom Erben vergütet werde o).

Die negatorische Klage, welche in den Gesetzen auch *negatiua* p), ingleichem *contraria* q) genannt wird, stelle ich an, wenn meine Sache frey ist, gleichwohl aber ein anderer sich eine Servitut darauf anmaaßt, und ich solche nicht dulden will. Der Grund dieser Klage ist die Verneinung der Dienstbarkeit und der damit zusammen hängenden Beeinträchtigung der natürlichen Freyheit r). So wie also sich die confessorische Klage auf eine Servitut begründet, so hat die negatorische Klage in der natürlichen Freyheit ihren Grund. Bey dieser Klage hat der Kläger

1) außer dem, daß er dem Beklagten die angemaaßte Servitut verneine, auch anzuführen, daß er von demselben in der natürlichen Freyheit beunruhiget werde. Das factum turbatiuum muß er, wenn solches geläugnet wird, beweisen, und wenn er das nicht kann, so wird der Beklagte von der Klage entbunden s). Wer demnach negatorie klagen will, hat dreyerley in der Klage anzuführen, nehmlich

a) die

m) *Arg. L. 3. C. de Verbor. et rer. signif.*

n) *L. 4. §. 2. L. 5. §. 3. 7. D. Si seruit. vindic. L. 6. §. 6. D. Si vsuffr. petat.*

o) *Boehmer de actt. Sect. II. cap. II. §. 35.*

p) *§. 3. I. de Act. L. 5. pr. D. Si vsuffr. petat.*

q) *L. 8. pr. D. Si seruit. vindic.*

r) *L. 4. §. 7. et L. 8. §. 5. D. eod. L. 5. pr. D. Si vsuffr. petat. L. 17. pr. §. 1. D. Si seruit. vindic.*

s) *Hommel Rhapsod. quaestt. in for. quotid. obuenient. obs.* CLXXVII.

α) die Verneinung der Servitut;

β) die Vermuthung der natürlichen Freyheit, und

γ) die Beunruhigung in der letztern.

Mithin entspringt die negatorische Klage nicht aus einem dinglichen Rechte, aus dem Rechte der Dienstbarkeit; sie findet vielmehr wider die Dienstbarkeit statt, welche sich der Beklagte anmaaßt. Sie entsteht aus der natürlichen Freyheit, weil die Gesetze präsumiren, daß eine Sache von aller Dienstbarkeit frey sey. Die Servitut giebt nur Gelegenheit zu dieser Klage, wodurch man sich in der natürlichen Freyheit gegen des andern Turbation zu erhalten sucht. Eben deswegen muß man sich darin auf die natürliche Freyheit beziehn. Eine bloße Verneinung kann keinen Grund einer Klage abgeben, denn sonst würde man damit einem jeden sein Recht entziehn können, indem man solches nur für ihm nicht zuständig zu erklären brauchte. Um so weniger geht dies alsdann an, wenn der andere im Besitz davon seyn sollte, weil jeder Besitzer praesumtionem iustae possessionis für sich hat. Daher ist zur Verneinung ein rechtlicher Grund erforderlich, und dieser ist hier die Vermuthung der natürlichen Freyheit. Die Verneinung der Dienstbarkeit kann übrigens nicht nur gänzlich geschehn, wenn man nehmlich ganz und gar läugnet, daß dem Beklagten die Servitut zustehe, sondern auch zum Theile, wenn man nur läugnet, daß dem Beklagten die Dienstbarkeit so zustehe, wie er sich solche anmaaßt. Im ersten Falle heißt die Klage actio negatoria *absoluta*, und im zweyten Falle actio negatoria *respectiua*.

2) Der Kläger ist eigentlich jeder Eigenthümer des Gutes, an welchem die Dienstbarkeit behauptet wird t); nützlicher Weise steht aber die Klage auch denjenigen zu, die sonst ein dingliches Recht an dem Gute haben, und durch die behauptete Servitut beeinträchtiget werden v).

t) *L. 2. pr. et. L. 4. §. 7. D. Si seruit. vindic. L. 5. pr. D. Si vsuffr. petat.* Ob das Eigenthum ein vollkommenes, oder ein unvollkommenes ist, darauf kommt weiter nichts an, und deswegen steht diese Klage auch einem Superficiar, einem Emphyteutmanne, u. s. w. zu, er sey im Besitz der Sache, oder nicht.

v) *Arg. L. 5. §. 1. D. Si vsuffr. petat. cf. a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. obs. XXXVI.* Struben rechtl. Bedenken, Th. IIII. Bed. CV.

Die Fälle, in welchen auch ein Nichteigenthümer dieser Klage sich bedienen kann, sind:

α) wenn das Gut, worauf sich ein anderer eine Servitut anmaaßt, ihm mehr als diesem zugehört. Es verhält sich in diesem Stück mit der vorliegenden Klage eben so, wie mit der publicianischen, bey welcher auch der Kläger dem Beklagten vorgeht, wenn er mehr Recht, als dieser, auf den Besitz der Sache für sich hat.

β) Wenn er ein besonderes Interesse dabey hat, daß die Servitut nicht vorhanden sey. Ist mir z. B. auf den Feldern eines andern die Triftgerechtigkeit ausschließlich zuständig, und ein Dritter maaßt sich auf selbigen die Mithut an, so bin ich befugt, ihn auszuschließen, und deshalb die negatorische Klage gegen ihn anzustellen. Ferner ein Pfandgläubiger kann die negatorische Klage anstellen, damit der Werth des Gutes durch die behauptete Servitut nicht vermindert werde. Das nämliche gilt von demjenigen, der das Gut nur vermöge einer persönlichen Dienstbarkeit inne hat, z. B. vom Usufructuar, damit sein Nießbrauch nicht durch die vom Beklagten behauptete Dienstbarkeit geschwächt werde. Auch der Pachter eines Gutes kann sich Namens des Verpachters der negatorischen Klage bedienen, damit das Gut durch die demselben auferlegte Dienstbarkeit nicht verschlimmert, und ihm selbst der Nutzen nicht verringert werde. Es ist in diesem Stück eben das Rechtens, was vorhin von der confessorischen Klage gesagt wurde.

3) Der Beklagte ist derjenige, welcher behauptet, daß ihm oder seinem Gute die Servitut zustehe, und eben dadurch den Kläger in der natürlichen Freyheit beunruhiget x).

4) Das Gesuch ist: in Rechten zu erkennen, daß das libellirte Gut von der quästionirten Dienstbarkeit frey, mithin Beklagter von aller fernern Beunruhigung abzustehen, deshalb auch hinreichende Caution zu bestellen schuldig y). Es muß demnach genau auf diejenige Servitut, wovon die Frage ist, gerich-

x) *L.* 8. §. 5. *L.* 17. *pr.* §. 1. *D. Si seruit. vindic.*

y) *L.* 7. *L.* 8. §. 4. *et L.* 12. *D. eod.*

richtet werden; z. B. bitte zu erkennen, daß Klägers Garten mit gar keiner Dienstbarkeit des Fußsteigs beschwert sey. Da dasjenige, worüber nicht gestritten wird, nicht in die Klage, und also auch nicht ins Gesuch gehört, so faßt die Bitte: zu erkennen, daß das Gut mit gar keiner Dienstbarkeit beschwert sey, zu viel in sich, indem ja vielleicht andern Leuten darauf eine Servitut zustehn kann. Wird die Klage von einem, der zwar nicht Eigenthümer der Sache ist, der aber ein besonderes Interesse hat, angestellt, so wird gebeten: zu erkennen, daß Beklagtem die quästionirte Servitut nicht zustehe. Statt der Caution ist es besser zu bitten: daß dem Beklagten alle fernere Turbation bey namhafter Strafe, z. B. bey 10. Thaler Strafe, verboten werden möge z).

§. 686.

Beyde Klagen, die confessorische sowohl als die negatorische Klage, wendet man heutiges Tages auch auf andere Rechte an, die keine Dienstbarkeiten sind, und daher theilt man sie in directas und vtiles ein. Wenn sie nehmlich wegen einer Servitut angestellt werden: so heißen sie actiones *directae*; werden sie aber wegen anderer Gerechtigkeiten angebracht, so nennt man sie actiones *vtiles*.

Die actio *confessoria* vtilis hat

1) statt, wenn ich ein besonderes Recht (ius *singulare* et *priuatiuum*), welches keine Servitut ist, mir zuschreibe, andere mir es läugnen, und mich in dessen Ausübung hindern a).

2) Der Kläger ist derjenige, welcher ein besonderes Recht, es sey nun wegen seiner Person, oder wegen seiner Sache, behauptet. Auf den

z) Es kann auch auf Wiederherstellung der Sache in den vorigen Stand geklagt werden, z. B. wenn der Beklagte die Wiese durch seine Ueberfahrt ruinirt hat; ingleichem auf Restitution aller durch Ausübung der Servitut erhobenen Nutzungen, welche der Kläger selbst hätte ziehn können. *L.* 4. §. 2. *D. eod. L.* 5. §. 7. *D. Si vsufr. petat.* Auch auf Ersetzung des zugefügten Schadens kann geklagt werden. Bisweilen läßt sich mit der negatorischen Klage die confessorische vereinigen, nehmlich wenn jemand ein mir allein zuständiges Dienstbarkeitsrecht nicht nur läugnet, sondern auch zu dessen Schmälerung sich ein Mitdienstbarkeitsrecht anmaaßt. Schmidt a. a. O. §. 469.

a) *Boehmer de actt. Sect. II. cap. II.* §. 4.

Besitz oder Nichtbesitz des Klägers kommt übrigens nichts an, weil über das Recht selbst, welches der Kläger zu haben vorgiebt, gestritten wird. Doch muß der Kläger den Beweis des besondern Rechts übernehmen, und zwar muß er erweisen, daß ihm dasselbe entweder vermöge eines Privilegiums, oder eines besondern Gesetzes zustehe, oder daß er es durch einen Vertrag oder durch Verjährung acquirirt habe b).

3) Der Beklagte ist derjenige, welcher, wegen eines habenden Interesse, der Ausübung des besondern Rechts Hindernisse setzt, oder gar die Zuständigkeit des besondern Rechts läugnet, er mag sich nun im Besitz der Befreyung von der auf solches sich beziehenden Verbindlichkeit befinden, oder nicht. Ein solcher Besitz kann ihm gar nicht zu statten kommen, da er ihm zu weiter nichts hilft, als daß er dabey so lange geschützt werden muß, bis sein Gegner in petitorio ein anderes ausgeführt hat, welches letztere ja aber eben mittelst gegenwärtiger Klage geschehen soll c).

4) Das Gesuch ist überhaupt: in Rechten zu erkennen, daß Klägern das besondere Recht zustehe, folglich Beklagter ihn darin nicht weiter zu beunruhigen verbunden. Es ist aber in jedem einzelnen Falle nach der Beschaffenheit des besondern Rechts, den Prämissen gemäß, bestimmt auszudrücken d).

Die actio *negatoria* utilis wird

1) angestellt, wenn ich etwas thun will, daß ich vermöge der natürlichen Freyheit, oder nach gemeinen Rechten, oder vermöge eines gleichen Rechts, thun darf, ein anderer aber sich ein besonderes oder ausschließliches Recht anmaaßt, und mir daher eine mit diesem Rechte streitende Handlung nicht erlauben will. Sonach muß diese Klage mit drey Stücken begründet werden:

α) mit der Verneinung des besondern Rechts, welches der Beklagte zu haben vorgiebt;

β) mit

b) *Walgram Comment. non. in Pandect. Iustin. Lib. VIII. tit. V.* §. 13.

c) Schmidt öffentl. Rechtssprüche, Num. *LXXXVI.*

d) Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden, Band II. §. 474. S. 362.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0302
DFG

β) mit der Beziehung auf die natürliche Freyheit, oder auf das gemeine Recht, oder auf ein gleiches Recht, weil auf eines von diesen drey Stücken das Interesse des Klägers sich gründet;

γ) mit der Turbation, daß nehmlich der Kläger vom Beklagten in der Ausübung der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen Rechts, oder eines gleichen Rechts verhindert werde e).

2) Der Kläger ist derjenige, welcher, wegen eines habenden Interesse, läugnet, daß dem Beklagten das besondere Recht, das er sich anmaaßt, zustehe, und sich zu dem Ende auf die natürliche Freyheit, oder auf das gemeine Recht, oder auf ein gleiches Recht bezieht. Ob er übrigens mittelbar, oder unmittelbar dabey interessirt ist, daß der Beklagte das besondere Recht nicht habe, ist gleich viel f).

3) Der Beklagte ist derjenige, welcher ein besonderes Recht zu haben glaubt, und folglich läugnet, daß dem Kläger die natürliche Freyheit, oder das gemeine Recht, oder ein gleiches Recht zur Seite stehe g).

4) Das Gesuch ist überhaupt dahin zu richten: daß dem Beklagten das besondere Recht nicht zustehe, mithin derselbe Klägern im Genuß der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen Rechts, oder eines gleichen Rechts ferner nicht zu hindern schuldig.

Also die actio *confessoria* vtilis setzt voraus, daß ich ein besonderes oder ausschließliches Recht verlange, und meine Klage darauf gründe; hingegen wenn ich actionem *negatoriam* vtilem anstelle, so behaupte ich, daß ich die Handlung thun dürfe, entweder wegen der natürlichen Freyheit, weil jeder Mensch nach dem Naturrechte sie thun darf; oder wegen eines gemeinen Rechts, weil die römischen, canonischen oder deutschen Gesetze die Handlung jedem erlauben; oder wegen eines gleichen Rechts, das heißt, daß die Handlung eben sowohl mir, als dem Beklagten erlaubt sey.

Bey-

e) Schmidt öffentl. Rechtssprüche, Num. *LIII. LVI.* §. 4.

f) *de Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. III.* §. 22. *not.* 5.

g) *a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CVIIII. med.* 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0303
DFG

Beyspiele werden die Sache aufklären. Man stelle sich vor, ich behaupte, daß mir allein das Recht zustehe, an einem Orte eine Buchhandlung zu haben, und ein anderer will gleichwohl noch eine zweyte Buchhandlung errichten. Klage ich gegen ihn, und negire ihm dieses Recht, so ist es actio *confessoria*. Gesetzt aber, er klagt, und negirt mir das ausschließliche Recht auf eine Buchhandlung, behauptet, daß er vermöge der natürlichen Freyheit, oder vermöge des Herkommens an dem Orte, oder vermöge eines Privilegiums eben so gut, als ich, eine Buchhandlung zu haben befugt sey: jetzt ist es actio *negatoria*. Wenn ein Müller behauptet, daß die Bauern eines gewissen Dorfs in seiner Mühle mahlen zu lassen verbunden seyen, so muß er **confessorisch** klagen; klagen hingegen die Bauern, so ist es eine **negatorische** Klage. Wenn in einem Lande den Adelichen, welche die Gerichtsbarkeit auf ihren Gütern haben, die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zukommt, gleichwohl einer vom Adel, daß ihm diese Gattung der Jurisdiction zuständig sey, behauptet, und deshalb Klage erhebt, so ist es actio *confessoria*; erhebt aber der Fiscal gegen ihn Klage, so ist es actio *negatoria* h).

§. 687.

Wenn die Frage entsteht: **wer muß bey diesen Klagen den Beweis führen? liegt der Beweis dem Kläger, oder dem Beklagten ob?** so ist allerdings zwischen der **confessorischen** und **negatorischen** Klage zu unterscheiden. Was

1) die **confessorische** Klage betrifft, so lehrt die Natur derselben, daß bey ihr der **Kläger** den Beweis übernehmen müsse. Der Grund dieser Klage nehmlich ist die Behauptung, daß uns ein ius seruitutis zustehe, und daß wir in dessen Ausübung beunruhiget werden. Dieses Dienstbarkeitsrecht muß der Kläger beweisen, ob er sich gleich im Quasibesitz desselben befinden sollte; denn die Vermuthung der Freyheit, welche für den Beklagten streitet, ist stärker, als die praesumtio iustae possessionis, womit sich der Kläger schützen will, weil man die Freyheit von Natur hat, der gerechte Besitz hingegen erst durch besondere facta erworben wird i). Der Beweis aber muß auf den Er-

h) *cf. Reinbarth Obseruu. ad Christin. Vol. II. obs. XXXIII. Stryk de actt. forr. Sect. II. membr. IIII. §. 5. sqq.*

i) *L. 9. C. de Seruitut. L. 6. §. 1. D. Si seruit. vindic. Boehmer de actt. Sect. II. cap. II. §. 36.*

Erwerb gerichtet werden, wodurch man zur Servitut gelangt seyn will k). Da nun einer, der im Besitz des Dienstbarkeitsrechts ist, dessen ungeachtet das ius seruitutis erweisen muß, so ist es räthlich, daß er, um diesen Beweis wenigstens einstweilen l) zu vermeiden, nicht die Petitorienklage, sondern eine Possessorienklage, nehmlich ein interdictum retinendae possessionis, anstellt. Denn hier braucht er nur seinen Quasibesitz zu bescheinigen, und wenn er dies gethan hat, so muß sein Gegner, wenn er die Servitut nicht dulden will, die negatorische Klage wider ihn anstellen m). Excipirt der Beklagte, dem Kläger sey an der Sache, worauf die quäſtionirte Dienstbarkeit haften soll, kein dingliches Recht zuständig: so muß der Kläger sein ius reale zuvörderst bescheinigen, ob er sich gleich im Besitze des herrschenden Grundstücks befinden sollte. Dies gehört zur Legitimation zur Sache. Denn aus dem bloßen Besitze folgt noch nicht, daß er eben aus einem dinglichen Rechte, z. B. eigenthümlich, besitze, sondern der Beklagte muß gesichert seyn, daß er nicht in der Folge mit einem andern aufs neue in Proceß gerathe, und dieser nicht etwa sage: der Proceß, den du zuvor geführt hast, geht mich nichts an, — est res inter alios acta — der vorige Kläger hatte gar kein Recht an dem Gute n). Irrig ist es daher, wenn Wernher o) und Böhmer p) behaupten, der Kläger brauche sein dingliches Recht nicht zu beweisen, wenn er im Besitze des herrschenden Gutes wäre. Ein natürlicher Besitz ist zur Begründung dieser Klage nicht hinreichend, sondern es muß ein Civilbesitz seyn, oder der Kläger muß sonst ein Interesse haben q). Weil jedoch der Punct wegen des dinglichen Rechts hier nur nebenher vorkommt, indem er per

k) *Paelike de actt. Sect. II. cap. II. §. 9 - 13.*

l) Stellt jener nachher die negatorische Klage gegen ihn an, so kann er den Beweis der Befugniß nicht evitiren.

m) Allenfalls kann er mit der Possessorienklage die Petitorienklage cumuliren. *Schilter Prax. iur. rom. Ex. XVIII. §. 44.*

n) *Carrach ad Boehmer. de actt. l. l. §. 36. not. g.*

o) *a Wernher Obseruatt. forr. Part. IIII. obs. CCXXIII.*

p) *Boehmer l. l.*

q) S. oben §. 685.

per modum exceptionis rege gemacht wird, so braucht auch das dingliche Recht nicht förmlich erwiesen, sondern, wie gesagt, nur bescheinigt zu werden. Man braucht nur bonae fidei possessionem, eben wie bey der publicianischen Klage, darzuthun, daß man nehmlich das Gut iusto titulo in Besitz erhalten habe r).

2) Bey der negatorischen Klage ist es sehr controvers, wer den Beweis zu übernehmen habe; Thomasius s), Gundling t), Ayrer v) und Woltär x) haben eigene Abhandlungen über diese Streitfrage geschrieben y). Meines Erachtens muß der Beklagte beweisen, weil die negatorische Klage in der natürlichen Freyheit ihren Grund hat, mithin der Kläger sich auf eine praesumtio iuris begründet. Wie aber, wenn sich der Beklagte im rechtmäßigen Quasibesitze der Servitut befindet, ist er auch jetzt verbunden, den Beweis zu übernehmen? ich glaube, allerdings; auch hier muß er das vorgebliche ius seruitutis beweisen, weil die Vermuthung der natürlichen Freyheit stärker ist, als die praesumtio *iustae possessionis*. Der Quasibesitz des Dienstbarkeitsrechts bewirkt nur so viel, daß er in possessorio geschützt werden muß; allein in petitorio, dergleichen

r) a Wernher l. l. Part. VIIII. obs. XXXIII. XXXIIII. a Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. CVIIII. med. 3.

s) Thomasius Diss. de onere probandi in actione negatoria, (Halae 1716.)

t) Gundling Obs. quis in actione negatoria debeat probare? (in Gundlingian. Part. XXVIII. p. 263. sqq.)

v) Ayrer Pr. de onere probandi non reo sed actori etiam in actione negatoria subind. inpon. (Goett. 1756.)

x) Woltaer Obseruatt. ad ius ciu. et brandenburg. Fasc. II. obs. XXXIIII. p. 189. sqq.

y) Man sehe auch Boehmer l. l. §. 41. Struv Synt. iur. ciuil. tit. Si seruit. vindic. §. 44. Reinharth Diss. de possessione ab onere probandi non releuante, (Erf. 1727.) a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. I. obs. XXXVII. Engau Decis. Part. I. decis. CCLXXXXI. a Leyser l. l. med. 5. van Meurs Diss. de fauore libertatis, (Lugd. Bat. 1783.) von Cramer wetzlarische Nebenstunden, Th. XXXV. Num. V. Gildemeister Obseruatt. var. argum. (Brem. 1778.) num. V. Hertius de quasi possidente probante, (in opusc. Vol. I. Part. III. p. 135. sqq.) de Berger Resolutt. legg. obstantt. tit. Si seruit. vindic. de Cocceius Iur. ciu. controu. tit. eod. quaest. 4. von Spangenberg Vers. einer systemat. Darstellung der Lehre vom Besitz, §. 168. Müller Obseruatt. ad Leyser. Fasc. II. obs. CCLXIIII. Hofacker Princip. iur. ciuil. rom. germ. §. 1143.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0306
DFG

gleichen die negatorische Klage ist, muß er das ius seruitutis, welches er zu haben vorgiebt, beweisen; in solchem werden die Besitzhandlungen, weshalb er in possessorio geschützt worden, als Beunruhigungen der natürlichen Freyheit angesehn. Der Kläger hüte sich übrigens, unnöthige Thatsachen in seine Klage einzumischen z); jede Einmischung von Thatsachen ist ihm gefährlich, denn diese muß er begreiflich beweisen. Wollte er z. B. anführen, daß er sich seit 30. 40. und mehreren Jahren, ja seit undenklichen Zeiten **im Besitz der Freyheit** befinde, so würde er zu erkennen geben, daß er die Freyheit nicht von Natur habe. Denn der Besitz der Freyheit wird nur durch eine Thathandlung erlangt, folglich müßte er darthun, durch welches factum er zum Besitze der Freyheit gelangt sey. Eben so, wenn er behaupten wollte, der Beklagte habe sich die Servitut **heimlich**, oder **mit Gewalt**, oder **bittweise** angemaaßt. Dies müßte er auch beweisen. Gedenkt er hingegen **nur überhaupt der widerrechtlichen Anmaaßung** des Beklagten, so braucht er deshalb nichts darzuthun, weil alsdann solches nur eine Folge der Verneinung der Dienstbarkeit ist a). Zu den Einmischungen, wodurch sich der Kläger den Beweis ohne Noth selbst aufbürdet, gehört ferner das Anführen: **daß das Grundstück zwar ehemals gedient habe, die Dienstbarkeit aber nachher wieder erloschen sey.** Denn hier muß das factum dargethan werden, wodurch die Dienstbarkeit wieder erloschen ist, weil man von einem Umstande, der einmal da ist, so lange vermuthen muß, daß er noch existire, bis der andere zeigt, daß er aufgehört habe b). Und eben so wenig ist es wohl gethan, wenn der Kläger sich auf ein Recht, auf ein Versprechen, bezieht c).

z) Er hat in Ansehung der Verneinung der Dienstbarkeit weiter nichts in der Klage zu gedenken, als: daß der Beklagte sich die Servitut widerrechtlich anmaaße.

a) Dahin gehören die Ausdrücke: es habe Beklagter die Servitut sich zur Ungebühr, — unbefugter Weise, — minder denn mit Recht, — widerrechtlich angemaaßt.

b) *de Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. III. §. 22. not. 8.*

c) *Schwendendoerffer Actt. forr. cap. II. membr. II. Sect. I. Artic. II. §. 18.*

LIB. VIII. TIT. VI.

QVEMADMODVM SERVITVTES AMITTANTVR.

§. 688. — 690.

Die Realservituten können auf mancherley Art zu Grunde gehn, und zwar

1) *interitu praedii tam dominantis, quam seruientis.* Wenn eines von den beyden Gütern, es sey nun das herrschende, oder das dienende, zu Grunde geht: so hört auch die Dienstbarkeit auf; z. B. wenn die Wiese, über welche ich das Recht des Fahrwegs hatte, vom Wasser weggespült wird, so muß, wie sich von selbst versteht, auch mein Recht aufhören; wenn das Haus, dem das Fensterrecht zusteht, abbrennt, so hat die Servitut ein Ende. Werden aber die Güter wieder hergestellt, z. B. das abgebrannte Haus wird wieder aufgebauet: so lebt auch die Dienstbarkeit wieder auf, das heißt, in dem neuen Hause können auch wieder Fenster gemacht werden, die der Nachbar nicht verbauen darf d). Eben dadurch unterscheiden sich die dinglichen Servituten von den per-

d) *L.* 20. §. 2. *D. de Seruitut. praed. vrb.* Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, vt eadem specie et qualitate reponatur, vtilitas exigit, vt idem intelligatur. Nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur. Et ideo, sublato aedificio, vsusfructus interit. *L.* 31. *D. eod.* Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus seruitutemque praestaret, deposuit aedificium: concedenda erit legatario vtilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum, aedificium conabitur.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0308
DFG

persönlichen, daß sie gegen die Natur der letztern mit der Wiederherstellung der Sache revivisciren e).

2) *Consolidatione praediorum integrorum*; durch die Consolidation, wenn beyde Güter, das herrschende und dienstbare, an Einen Herrn kommen, es sey durch Kauf, oder durch irgend ein anderes negotium dominii translatiuum f). Hier trit der Grundsatz ein: *res propria nemini seruit*. Es muß jedoch

α) das ganze Eigenthum an einen und eben denselben Herrn kommen. Dahin gehört auch ganz unstreitig, wenn zwey Theilhaber, die ein gemeinschaftliches Prädium haben, ein anderes demselben dienendes Grundstück vom Eigenthümer gemeinschaftlich kaufen g), nicht aber, wenn der Herr des dienenden Grundstücks, ohne einen Theilhaber an diesem zu haben, die Societät des herrschenden Grundstücks acquirirt, oder der Herr des herrschenden Grundstücks zur Communion des dienenden Grundstücks gelangt h).

β) Die Uebertragung des Eigenthums muß beständig, nicht auf eine gewisse Zeit eingeschränkt seyn. Im entgegengesetzten Falle ist auch die Consolidation nur zeitlich; sie hört auf, so bald die Verbindung wieder aufgehoben wird, wie das z. B. der Fall ist, wenn der Herr des herrschenden Grundstücks den Herrn des dienenden Grundstücks, oder dieser jenen, ex testamento beerbt hat, er kann aber die Erbschaft, weil das Testament umgestoßen ist, nicht behalten i), oder er trit die Erbschaft wieder freywillig k) oder aus rechtlicher Schuldigkeit l) an einen andern

e) S. oben §. 637 - 641. *num.* 3.

f) *L.* 1. D. *Quemadmod. seruitut. amitt.* *L.* 8. §. 1. *et L.* 18. *D. de Seruitut.* *L.* 30. *pr. D. de Seruitut. praed. vrb.*

g) *L.* 27. *D. de Seruitut. praed. ruſtic.*

h) *L.* 8. §. 1. *D. de Seruitut.* *L.* 30. §. 1. *D. de Seruitut. praed. vrb.*

i) *L.* 57. *pr. D. de Vſufr. et quemadmod. quis viat. fruat.*

k) *L.* 9. *D. Comm. praed.* Si ei, cuius praedium mihi seruiebat, heres exstiti, et eam hereditatem tibi vendidi: restitui in pristinum statum seruitus debet: quia id agitur, vt quasi tu heres videaris exstitisse.

l) *L.* 18. *D. de Seruitut.* Papinianus notat: in omnibus seruitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum inponi.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn822199378/phys_0309 DFG

ab m). Wenn aber die Consolidation einmal wirklich geschehen, und dadurch die Servitut auf immer zu Grunde gegangen ist, so lebt sie nicht wieder auf, wenn gleich die Grundstücke nachher separirt werden n).

3) *Resoluto iure concedentis;* vermöge der schon oben o) bey der Lehre von Erlöschung der persönlichen Dienstbarkeiten erläuterten Regel: resoluto iure dantis, resoluitur ius adcipientis. Nach den Gesetzen ist auch der widerrufliche Eigenthümer, wenn er eine Servitut constituiren will, verbunden, die Einwilligung desjenigen, auf welchen dereinst das Grundstück zurück fällt, zu erhalten p), und zwar deswegen, damit letzterem nicht wider sein Wissen und Wollen durch Bestellung der Dienstbarkeit präjudicirt werde q).

4) *Renunciatione;* wenn

α) der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks durch einen ausdrücklichen Vertrag dem dienenden Gute die Servitut erläßt, oder

β) seinem Eigenthümer ausdrücklich etwas erlaubt, was dieser vermöge der Dienstbarkeit nicht thun dürfte, oder

γ) ihm ausdrücklich etwas erlaubt, was die Ausübung der Servitut unmöglich macht.

Ist

m) *cf. Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXX. §. 928. p. 650.*

n) *L. 30. pr. D. de Seruitut. praed. vrb.* Si quis aedes, quae suis aedibus seruirent, quum emisset, traditas sibi adcepit: confusa sublataque seruitus est. Et, si rursus vendere vult, nominatim inponenda seruitus est: alioquin liberae veniunt. *cf. Voet Com. ad Pandect. tit. Quemadmod. seruitut. amitt. §. 3.*

o) §. 637 - 641. *num. 6.*

p) *L. 9. pr. D. de Aqu. pluu.* In diem addicto praedio et emtoris et venditoris voluntas exquirenda est, vt, siue remanserit penes emtorem, siue recesserit, certum sit, voluntate domini factam aquae cessionem.

q) *L. 9 §. 1. D. eod.* Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans iniuriam adcipiat: nullam enim potest videri iniuriam adcipere, qui semel voluit.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0310
DFG

Ist es aber auch als eine Remission der Servitut anzusehn, wenn der seruiens etwas thut, was er vermöge der Servitut nicht thun darf, oder wodurch die Ausübung der Servitut unmöglich wird, und der dominans dazu schweigt? Man nehme z. B. an, mir ist die seruitus luminum zuständig, mein Nachbar verbauet mir aber die Fenster, und ich schweige; oder ich habe den Durchgang, der seruiens vermauert aber die Thüre, und ich sitze dazu still: läßt sich aus diesem Stillschweigen, aus dieser Acquiescenz von meiner Seite eine Erlassung der Dienstbarkeit herleiten? Da der stillschweigende Consens überhaupt concludirende Handlungen erfordert, so glaube ich, daß aus dem bloßen Stillschweigen des dominans eine Remission der Servitut mit Gewißheit nicht geschlossen werden kann; der Quasibesitz der Dienstbarkeit geht zwar durch eine solche Unthätigkeit des dominans verloren, aber nicht die Servitut selbst, wenn nicht noch ein Zeitlauf von zehen oder zwanzig Jahren hinzukommt. Leyser r), Coccejus s), Westphal t) und Hofacker v) behaupten zwar mit mehreren andern Rechtsgelehrten das Gegentheil; allein in der *L.* 8. *pr. D. Quemadmod. seruitut. amitt.*, auf welche sie provociren, ist, wie Höpfner x) richtig bemerkt, von einer ausdrücklichen Erlaubniß einer mit der Servitut streitenden Handlung die Rede. Der Jurist Paulus sagt darin: Si stillicidii inmittendi ius habeam in aream tuam, et permisero ius tibi in ea area aedificandi, stillicidii inmittendi ius amitto. Et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi, in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto ius viae. Hätte Paulus hier von einem bloßen Stillschweigen reden wollen, so würde er nicht gesagt haben: *permisero ius aedificandi, permisero aliquid facere*, sondern vielmehr *passus sum* aedificare, aliquid facere. Voet y) glaubt, wenn

r) a *Leyser Meditatt. ad Pandect. Specim. LX. med.* 1. 9.

s) de *Coccejus Iur. ciu. controu. tit. Quemadmod. seruitut. amitt. quaest.* 3. *p.* 58.

t) *Westphal Interpretatt. de libert. et seruitutt. praed. Sect. III. cap. XXX.* §. 874. *p.* 606.

v) *Hofacker Principp. iur. ciuil. rom. germ. Tom. II.* §. 1108. *p.* 301.

x) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 368.

y) *Voet Com. ad Pandect. tit. Quemadmod. seruitut. amitt.* §. 5.

wenn der dominans wissentlich etwas leidet, wodurch die Ausübung der Servitut unmöglich wird, nicht gegen den Bau nouum opus nunciirt, so scheine er in so fern zu consentiren, daß er mit der Prästation des id quod interest zufrieden seyn müsse, und nachher den Nachbar nicht zwingen könne, der Sache ihre vorige Gestalt wieder zu geben, wenn er nicht etwa beweisen könnte, daß bey seiner Unthätigkeit lediglich ein Precarium zum Grunde gelegen habe. Die Gesetzstellen aber, *L.* 28. *D. Comm. diuid. L.* 13. § 7. *D. de Damn. inf. L. pen. D. Commun. praed.* und *L.* 32. *D. de seruitut. praed. vrb.* auf welche er seine Meinung begründet, beweisen solche im mindesten nicht, und ich weiß nicht mit welchen Gründen sie sich unterstützen lassen sollte.

Jede Remission der Servitut ist übrigens strict zu interpretiren, und darf nicht über den bestimmt erklärten Willen hinaus erstreckt werden. Sind mir daher mehrere Servituten zuständig, ich erlasse eine von ihnen, so ist nicht anzunehmen, ich hätte zugleich auf die übrigen mit renunciirt, daher mir dann diese allerdings noch immer verbleiben z).

5) *Non vsu seu praescriptione.* Durch den Nichtgebrauch geht eine Servitut verloren, wenn ich nehmlich gegenwärtig war, und sie innerhalb zehen Jahren, abwesend hingegen innerhalb zwanzig Jahren nicht ausgeübt habe. Die Frage aber: ob zur extinctiven Verjährung der Servituten außer dem Nichtgebrauche des Rechts auf der einen auch die Besitzergreifung der Freyheit auf der andern Seite erfordert werde? ist sehr bestritten. Die meisten Rechtsgelehrten, von welchen ich nur beyspielsweise einen Donell a), Water b), Galvan c), Schöpf d), Hofacker e) und Groß f) nennen will, behaupten, man müsse einen Unterschied zwischen seruitutibus praediorum *vrbanorum* et *rusticorum* machen; die letztern giengen zwar durch den bloßen Nichtgebrauch ver-

z) *L.* 21. *D. de Seruitut. praed. vrb. L.* 20. *pr. D. de Seruitut. praed. rustic.*

a) *Donellus Comm. iur. ciuil. Lib. XI. cap. vlt.*

b) *van de Water Obseruu. iur. rom. p.* 213.

c) *Galuanus de vsufr. cap. XXXXI. num.* 3.

d) *Schoepf Diss. de seruitut. praescript. extinct.* (Tab. 1716.) *cap. III.* §. 16.

e) *Hofacker l. l.* §. 1109. *p.* 302.

f) Groß Gesch. der Verjährung nach röm. Recht, S. 24. ff.

verloren, allein nicht die ersteren, bey diesen sey erforderlich, daß der Herr des dienstbaren Gutes eine mit der Servitut streitende Handlung unternommen, und der Eigenthümer des herrschenden Gutes dabey acquiescirt habe. Andere, z. B. Thomasius g), Otto h) und Selchow i) verwerfen jene Distinction, und nehmen an, man müsse vielmehr zwischen seruitutibus *simplicibus* und *qualificatis* distinguiren; die ersteren giengen durch den bloßen Nichtgebrauch verloren, hingegen die letzteren nicht eher, als bis das zu ihnen erforderliche opus manufactum destruirt werde. Pufendorf k), Rave l), Ramdohr m) und Höpfner n) glauben, nach dem neuen römischen Rechte gehe durchaus keine Servitut, sie mag vrbana oder rustica, simplex oder qualificata seyn, durch den bloßen Nichtgebrauch verloren, vielmehr werde in allen Fällen noch außerdem vsucapio libertatis erfordert, d. h. der seruiens müsse durch ein positives Factum zu erkennen geben, daß er sein Gut in Zukunft als frey besitzen wolle. Diese Meinung halte ich für die richtigere. Sie hat zwar erst neuerlich wieder an Mallinkrott o) einen sehr scharfsinnigen Gegner gefunden; allein wie man auch die Worte der *L.* 13. *C. de Seruitut. et aqu.* deuten mag, so bleibt doch immer eine Beziehung auf die in Ansehung des vsufructus gegebenen Gesetze übrig, und es ist in der

g) *Thomasius Diss. de seruitute stillicidii*, §. 23. *sqq.*

h) *Otto de vsucap. seruitutt. cap. I.* §. 12.

i) *de Selchow Diss. de seruit. alt. tollendi, cap. II.* §. 39.

k) *a Pufendorf Obseruatt. iur. vniu. Tom. III. obs. CLXXXVIII.*

l) *Raue de praescript.* §. 110.

m) *Ramdohr Diss. de toto iure per partialem vsum seruato*, §. 22.

n) Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen, §. 368.

o) *Mallinkrott Diss. de praescriptione seruitutum exstinctiua, in primis ad L.* 13. *C. de Seruit. et aqu.* (Ienae 1788.)

der Sache selbst kein Grund zu finden, weswegen die Gleichsetzung des Nießbrauchs mit den übrigen Servituten nur auf die Verjährungsfrist sich beziehn sollte; besonders, wenn man erwägt, daß Justinian sich der Worte: non vsu, nur bediene, um die extinctive Verjährung damit zu bezeichnen, wodurch dann die übrigens scharfsinnige Mallinkrottische Auslegung vieles von ihrem Gewichte verliert, indem nun der ganze Inhalt des erwähnten Gesetzes sich dahin zurück führen läßt: es solle durchgehends mit der praescriptio exstinctiua seruitutum wie mit der praescriptio vsusfructus gehalten werden. Dies ergiebt sich besonders aus den Schlußworten der Gesetzstelle, wo es heißt: vt sit in omnibus eiusmodi rebus cauſſa similis, differentiis explosis. Die Einschränkung der Worte: *cauſſa similis*, auf die bloße Verjährungsfrist, ist zu gewaltsam, als daß sie Beyfall finden könnte; vielmehr liegt es ganz in der Natur der Sache, daß in allen Fällen, wo jemand eine Freyheit durch Verjährung erworben zu haben behauptet, die Besitzergreifung dieser Freyheit nachgewiesen werde, weil der bloße Nichtgebrauch eines Rechts aus mancherley Gründen unterbleiben kann. Daß Justinian wirklich darauf Rücksicht genommen habe, ergiebt sich aus der *L.* 16. *C. de Vsufr.*, wenn er darin sagt: Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de vsufructu nascitur, sed nec ipsum vsumfructum *non vtendo cadere*, nisi tantummodo morte vsufructuarii et ipsius rei interitu: sed vsumfructum, quem sibi aliquis adquisiuit, hunc habeat, dum *viuit*, intactum; wobey besonders der Entscheidungsgrund merkwürdig ist: quum multae et innumerabiles cauſſae rebus incidant mortalium, per quas homines iugiter retinere, quod habent, non possunt: et est satis durum, per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: nisi talis exceptio vsufructuario obponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Offenbar mißbilligt es Justinian überhaupt, daß ein Recht durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen solle, weil mancherley Ursachen vorhanden seyn konnten, weswegen sich jemand seines Rechts nicht bedienen kann. Und die Schlußworte dieses Gesetzes geben zu erkennen, daß nur ein solcher Einwand den Usufructuar um sein Recht bringen solle, welcher ihm auch sein Eigen-

genthum entziehn würde, nehmlich ein langwieriger Besitz von der andern Seite. p).

Wenn aber auch die Auslegung der angeführten Gesetze noch zweifelhaft bliebe, so würde doch diejenige, welche der Natur der Sache und der Rechtsanalogie am angemessensten wäre, den Vorzug verdienen. Daß Rechte, welche auf bestimmte Sachen und Handlungen gerichtet sind, durch den Nichtgebrauch binnen einer bestimmten Zeit verloren gehen, ist in den positiven Gesetzen verordnet, und läßt sich aus natürlichen Gründen rechtfertigen. Deswegen erlöschen die gerichtlichen Klagen durch den bloßen Nichtgebrauch. Aber daß ein Recht, welches einen ganzen Inbegrif successiv anzustellender Klagen begründet, wohin die Servituten gehören, durch den bloßen Nichtgebrauch in einzelnen Fällen verloren gehen soll, läßt sich nicht wohl billigen. Wer das Recht hat, einen ganzen Inbegrif von Handlungen, welche der andere dulden muß, vorzunehmen, oder einen solchen Inbegrif von Leistungen des andern Theils zu fordern, hat darum nicht die Pflicht, in allen Fällen von seinem Rechte Gebrauch zu machen, und die Gesetze selbst würden Strenge und Härte nothwendig machen, wenn eine gesetzliche Befugniß dadurch, daß sie nicht mit aller möglichen Strenge benutzt wird, verloren gehen sollte. Es ist genug, wenn die einzelne Befugniß durch die nicht geschehene Einforderung verjährt. Mallinkrott q) führt zwar dagegen einen Fall an, in welchem die Servitut, wenn von der andern Seite die Besitzergreifung der Freyheit erfordert würde, nie verjähren würde; allein hier steht ihm nicht nur die außerordentliche Seltenheit solcher Fälle, sondern auch der Einwand entgegen: es sey ja eben nicht nothwendig, daß ein jedes Recht verjährt werde.

6) Durch den **Ablauf der Zeit** und die **Existenz der Resolutivbedingung.** Nach dem Civilrechte gab es zwar keine seruitutes

p) Wenn sich Mallinkrott dagegen auf die *L.* 13. *C. de Seruit. et aqu.* beruft, so geht er im Cirkel herum, und setzt im §. 10. seiner Dissertation die Richtigkeit seiner im §. 15. gegebenen Erklärung voraus.

q) *Mallinkrott l. l.* §. 15.

reales temporales, so daß man also einem keine Servitut bestellen konnte auf eine gewisse Zeit (in diem), oder von einer gewissen Zeit an (ex die), auch nicht unter einer Bedingung; allein da sich nach dem prätorischen Rechte die Sache anders verhält, indem vermöge desselben exceptio doli oder pacti statt findet, wenn jemandem eine Servitut unter einer solchen Einschränkung zugestanden worden ist r), so haben allerdings die beyden hier zuletzt bemerkten Erlöschungsarten der Servituten guten Grund.

r) *L. 4. pr. D. de Seruitut.*



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn822199378/phys_0320
DFG

Proceß verlieren. Wenn er aber β) fortfährt: interrogatio
ia est, quum in personam fit actio, so ist dies ohne Zweifel,
den angezogenen Texten der Pandecten sieht, daß auch bey Real-
errogationen nicht ohne Nutzen, und erlaubt gewesen, so zu ver-
nur von dem rede, was meistens zu geschehen pflegte.
daß es nur heißt: *necessaria est*, wodurch vermuthlich angedeutet
die Interrogation sey bey Realklagen von keiner
gkeit, ungeachtet es dann und wann nützlich seyn
n sie auch bey ihnen geschieht e). Der Prätor con-
RSVS EVM EX SVA RESPONSIONE IVDICIVM DABO. Wenn
nterrogirt war: so ließen sich zwey Fälle denken. Entweder
ahrheit, oder nicht. In beyden Fällen war er gehalten. Die
ie Frage machte einen Quasicontract aus, und wie einer geant-
o wurde er auch verbindlich, er mogte nun die Wahrheit gestan-
gen haben. Denn in der *L.* 11. §. 9. *D. de Interrogat. in iur.*
n: Qui interrogatus responderit, sic tenetur, *quasi ex*

l. l. behauptet, nicht nur der Kläger habe interrogationes in iure ge-
nen, sondern auch der Beklagte sey befugt gewesen, den Kläger zu be-
bezieht sich hierunter auf eine Stelle bey *Seneca Ep. XXXVIII.* wo
Per istud philosophiae, sunt nigrae et turpes etiam ad album
exceptiones. Quid enim aliud agitis, quum eum, quem interro-
tes in fraudem inducitis, quam vt formula cecidisse videatur,
eschah es nun, sagt er, daß die Beklagten ihre Kläger durch listige Fra-
cken und zu verwickeln suchten, wodurch die Kläger dahin gebracht wur-
etwas antworteten, das ihrer Klage grade zuwider war. Gleichwie aber
Bosheit des Gegners diesen Verlust verursacht hatte, so pflegte der Prä-
er, welcher den Prozeß auf solche Weise verloren hatte, in integrum zu
Dies sollen bey *Seneca l. l.* die Worte: quemadmodum illum prae-
s philosophia in integrum restituit, beweisen. In den römischen Ge-
man zwar von dieser Restitution keine ausdrückliche Spur, allein Hom-
en künstlichen Beweis dazu durch Hülfe der Inscriptionen in den Pandec-
Er führt diesen Beweis so. Die *L.* 1. *D. de Interrogat. in iur. fac.*
zweyten Buche des monitorischen Edicts von Callistratus genommen.
e *L.* 4. *L.* 9. und *L.* 11. D. *Ex quib. caus. maior. in integr. restit.* alle
n Buche des Callistratus von Tribonian gezogen worden. Hier-
daß Callistratus in demselben Buche von den Ursachen gehandelt habe,
ajorenne Personen in integrum restituirt werden, und eben dadurch wird
nlich, daß es mit eine Ursache gewesen sey, wenn der Kläger durch die
nen sich hatte ins Netz ziehn lassen, und deshalb sachfällig geworden war.