

Ke
2883





2
33
D. Philipp Jakob Heislers 795

Erste Untersuchung der Rechtsfrage:

Ob in den Servitutten

der Herr des dienstbaren Guths

zu repariren schuldig sey?



Halle,

bey Johann Christian Gendel.

1783.

Dr. Philipp Jacob Götting

Erste Herausgeber der Zeitschrift

Dr. in dem

der Zeit des

zu





Erste Untersuchung der Rechtsfrage:
**Ob in den Servituten der Herr
des dienstbaren Guths zu repariren
schuldig sey?**

§. 1.

Dass die Dienstbarkeit (Servitus) zweyerley, und derselben entweder Menschen, welche sodann Knechte, in Teutschland Leibeigene oder Eigenbeherrigte, genennet werden, oder aber Gärten und Grundstücke unterworfen sind, ist eine unter denen Rechtsgelehrten bekannte Sache. Erstere gehet mich gegenwärtig nichts an, sondern ich werde auf die letztere allein meine Betrachtung richten.

¶ 2

§. 2.

§. 2.

Die Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht; so uns auf des Nachbarn Guth dergestalt zustehet, daß derselbe entweder leiden muß, daß wir der Früchte oder Nutzung dieses Guths uns theilhaftig machen, oder aber, daß er eine gewisse Verfügung, so er sonst vermöge des Eigenthums und der natürlichen Freyheit in demselben zu thun befugt wäre, zu unserm Nutzen zu unterlassen verbunden ist. Z. E. mir stehet auf des Nachbarns Wiese die Huth und Weide zu: hier muß er leiden, daß ich mich der Nutzung seiner Wiese theilhaftig mache, und mein Vieh dahin treibe. Ferner, ich habe das dingliche Recht, ihm zu verbieten, daß er in seiner Mauer nach meinem Garten zu ein Fenster eröffne. Hier muß er etwas unterlassen, was er sonst, wenn ich dieses Recht nicht hätte, vermöge seines Eigenthums und der natürlichen Freyheit thun könnte.

§. 3.

Da nun nach Anleitung dieses Begriffes eine Dienstbarkeit nur auf zweyerley gehen kan, nemlich daß der Nachbar zu unserm Nutzen in seinem Eigenthum entweder etwas leiden, oder unterlassen muß; so ergiebet sich hieraus von selbst, daß keine Dienstbarkeit im Thun (in faciendo) bestehen könne 1). Es ist also keine Servitut, wenn mir der Nachbar verspricht, daß er die Bäume aus seinem Garten ausreißen, oder sein Haus anstreichen wolle.

§. 4.

Es kann aber ein solches Recht entweder unserer Person, ohne Absicht auf eine gewisse Sache, oder aber einem unserer Grundstücke oder Gebäude zu gute eingeräumt seyn. Im letztern Fall haftet das Recht an dem Grundstück, oder an dem Gebäude, bleibet bey demselben, und wir haben es nur so lange zu gebrauchen, so lange wir die Sache besitzen, an welcher es haftet; im erstern Fall aber haftet das Recht an unserer Person, und bleibet uns solches, wenn wir auch gleich unser Grundstück oder Gebäude veräußern; indem selbi

1) L. 15. §. 1. ff. de Servit. Ibi: Servitutum non ea natura est, vt aliquid faciat quis, sed vt aliquid patiatur, aut non faciat.

selbiges nicht auf die Sache gelegt ist, auch zu dieser Feinesweges gehört. Man nennet es in dem ersten Fall eine persönliche Dienstbarkeit (seruitutem personalem), in dem letztern aber eine dingliche Dienstbarkeit (seruitutem realem seu praedialem).

§. 5.

Hieraus erhellet, daß das Wort Dienstbarkeit in der Rechtsgelehrtheit einen andern Begriff bekommen habe, als die Sprachverständige (Grammatici) damit zu verknüpfen gewohnt sind: denn bey den Rechtsgelehrten bedeutet dieses Wort eine gewisse Gerechtigkeit, und folglich etwas Gutes, da doch Dienstbarkeit eigentlich von dienen oder Dienst herkommt, mithin mehr eine Last, als eine nützliche Befugniß anzeigt, obwohl nicht geleugnet werden mag, daß auch die Rechtsgelehrten zuweilen dieses Wort in dem letztern und eigentlichen Verstande gebrauchen, wenn sie z. E. es unter die Mängel einer verkauften Sache rechnen, so oft diese einem Nachbar dienstbar ist, und der Verkäufer solchen Umstand verschwiegen hat, worinnen mit denenselben auch die Gesetze übereinstimmen.²⁾

§. 6.

Bei Erwägung des Begriffes einer dinglichen Dienstbarkeit leget sich sogleich vor Augen, daß diese zwey Grundstücke oder Gebäude jederzeit erfordere, erstlich dasjenige Grundstück oder Gebäude, welches dienstbar ist, und deswegen auch das dienstbare (praedium seruiens) genennet wird; zweitens auch dasjenige Grundstück oder Gebäude, welchem jenes dienstbar ist, und dem deswegen der Name herrschendes Grundstück oder Gebäude (praedium dominans) beygelegt wird.

§. 7.

Nunmehr, etwas näher auf meinen Endzweck zu kommen, ist ein jeder, auch ohne mein Erinnern, durch die Erfahrung satzsam belehret, daß die Sachen, so zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthig sind, und dabey gebraucht werden, entweder durch den Gebrauch, oder durch die Länge der Zeit, oder auch auf andere Weise zum

²⁾ L. 61. ff. de aedilit. Edict.

zum öftern dergestalt haufällig und wandelbar werden, daß sie eines
Zusbetterung und Reparatur bedürfen, oder wohl gar von neuem
gemacht werden müssen, wo nicht der Herr des herrschenden Guths
um sein Recht und Dienstbarkeit kommen soll. Trägt sich nun solches
zu: so entstehet jedesmal die Frage, wer die Kosten zu dieser Re-
paratur hergeben müsse, und ob diese Obliegenheit dem Herrn des
herrschenden, oder vielmehr dem Herrn des dienstbaren Guths zuzu-
theilen sey?

§. 8.

Die Beantwortung dieser Frage anlangend, verdienen hier
zweyerley Meynungen der Rechtsgelehrten angemerkt zu werden.
Die erstere gehet dahin, daß der Herr der herrschenden Sache jedes-
mal und ohne Ausnahme auf seine Kosten das Wandelbare machen
zu lassen verbunden sey, niemals aber diese Verbindlichkeit dem
Herrn des dienstbaren Dinges aufgebürdet werden könne, es wäre
denn, daß er sich dazu ausdrücklich anheischig gemacht hätte. Es behaup-
ten solches HEINECCIUS³⁾, BOEHMER⁴⁾, SCHAVMBURG⁵⁾,
und zwar aus diesem Grunde, weil sonst, wenn der Herr der dienst-
baren Sache die Reparatur übernehmen müste, die Dienstbarkeit
im Thum bestehen würde, welches doch der Natur der Dienstbarkei-
ten zuwiderlaufe (§. 3.).

§. 9.

Die zweyte Meynung stimmt mit der erstern darinne überein,
daß die Rechtsgelehrten, so dieser beytreten, gleichfalls dieses zur
Regel setzen, daß nemlich die Verbindlichkeit, das Haufällige in den
vorigen Stand zu setzen, bey dem Herrn der herrschenden Sache
zu suchen sey, jedoch daß diese Regel nicht für allgemein anzunehmen,
sondern bey der Bürde oder Lasttragung der Gebäude, welche sonst
feruitus oneris ferendi genennet wird, eine Ausnahme leide; weil
in dem Fall, wenn wir befugt sind, auf des Nachbars Mauer oder
Pfeiler unser Gebäude zu setzen, und die Mauer oder der Pfeiler
dem Einsturz nahe ist, nicht wir, sondern der Nachbar, ohngeach-
tet

3) In Elem. Iur. civ. secundum Ord. Inf. §. 397. et §. 401.

4) In Introduct. in Ius Digest. L. 8. t. 2. §. 3.

5) In Compend. Iur. Digest. L. 8. t. 2. §. 2.

tet daß die dienstbare Mauer ihm zugehöre, diese zu repariren schuldig sey, und zwar dieses schon nach Sakung der Rechte, wenn er gleich durch einen besondern Vertrag sich hiezu nicht anheischig gemacht hätte. Und eben dieses ist die Ursache, warum diese Dienstbarkeit von den Rechtsgelehrten, so es mit dieser Meynung halten, eine unregelmäßige Dienstbarkeit (*seruitus anomala*) genennet wird. Es ist dieses die gemeine Lehre, und behauptet solche nebst sehr vielen andern auch *LVDOVICI 6*).

§. 10.

Was nun diese Dienstbarkeit, nemlich die Bürde oder Lasttragung der Gebäude betrifft, so ist meiner geringen Einsicht nach, so viel wohl richtig: daß sowol nach dem Natur, als Römischen Recht nicht der Herr des herrschenden Gebäudes, sondern der Herr der dienstbaren Mauer diese zu repariren verbunden sey. Das Recht der Natur gebietet, daß derjenige, welcher einem andern etwas verspricht, solch Versprechen genau erfülle. Nun aber hat Sempronius dem Titius versprochen, seine Mauer soll das Gebäude des letztern tragen. Titius setzet sein Gebäude auf diese Mauer; sie wird wandelbar, und es ist nöthig, solche zu repariren. Man sehe, Sempronius weigerte sich, solches zu thun, und nun frage ich, ob Sempronius seinem Versprechen nachlebe? Ich halte es nicht dafür. Er hat ja versprochen, seine Mauer soll das Gebäude des Titius tragen. Folglich muß er auch dafür sorgen, daß seine Mauer jederzeit in dem Stande verbleibe, daß ein Gebäude auf derselben ruhen könne. Geschiehet solches nicht: wo bleibet denn die Zusage? Es trifft hier das Sprichwort ein: wer A saget, muß auch B sagen. Hat Sempronius sich einmal verbindlich gemacht, den Endzweck des Titius durch seine Mauer zu bewirken: so hat er sich eben dadurch zugleich anheischig gemacht, die Mittel anzuwenden, ohne welche seine Mauer untauglich wäre, diesen Endzweck zu erreichen. Wolte man gleich sagen, Sempronius habe seiner Verbindlichkeit damit ein Genüge geleistet, daß er seine Mauer dem Gebrauch des Titius so lange überlassen, als sie brauchbar gewesen: so wäre diese Ausflucht dem Endzweck der Erlangung einer solchen Dienst-

6) In Doctrin. Pand. Lib. 8. t. 2. §. 2. et t. 4. §. 7.

Dienstbarkeit zuwider: indem nicht zu vermuthen, daß jemand sich eine Dienstbarkeit zum Nutzen seines Gebäudes, vielleicht mit schwerem Gelde, erkaufen werde, die doch nur eine Zeitlang dauern könnte. Es beweiset diesen Satz gleichfalls der große Weltweise unserer Zeiten, Freyherr von WOLFF, in seinem grösseren Werke des Rechts der Natur 7). Aber auch die Römischen Rechte stimmen hiezu mit überein, wenn sie ausdrücklich ordnen, daß die Reparatur der dienstbaren Mauer dem Herrn derselben obliege 8), und diesem zufolge der Herr des herrschenden Gebäudes hierauf seine Klage richten könne 9), auch der Richter angewiesen seyn soll, den Beklagten zu solcher Reparatur pflichtig zu erkennen 10).

§. II.

Es wird zwar von einigen dagegen eingewendet, daß der Herr der dienstbaren Mauer diese zu repariren um deswillen nicht angehalten werden könne, weil er sonst schuldig wäre, vermöge der Dienstbarkeit zu unserm Nutzen etwas zu thun, welches jedoch mit der Natur der Dienstbarkeit streite, wie oben in dem dritten Abschnitt gezeigt worden. Allein hierauf dienet zur Antwort: daß, wenn man wissen will, ob eine Dienstbarkeit im Thun bestehe, allein darauf gesehen werden müsse, auf was die Hauptverbindlichkeit des Herrn der dienstbaren Sache gerichtet sey. Findet sich, daß seine Hauptverbindlichkeit ihn anweise, etwas zu thun, so ist es keine wahre Dienstbarkeit. Gehet aber seine Hauptverbindlichkeit dahin, daß er in seinem Eigenthum etwas leide: so ist und bleibt es eine wahre Dienstbarkeit, wenn gleich mit diesem Leiden ein Thun verknüpft ist. Genug, daß das Thun nicht der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit ist. Laßt uns dieses auf die Bürde oder Lasttragung der Gebäude anwenden. Die erste und Hauptverbindlichkeit des Herrn der dienstbaren Mauer besteht darinne, daß er leiden muß, daß seine Mauer die Bürde und Last unseres Gebäudes trage, mithin ist dies eine solche Dienstbarkeit, die im Leiden besteht. Es ist

7) Part. V. §. 1282.

8) L. 8. pr. ff. si seruit. vind.

9) cit. L. 8. §. 2. ff. eod.

10) L. 7. ff. eod.

auch zu der Zeit, als wir uns diese Dienstbarkeit haben versprochen und einräumen lassen, dieses Leiden unser Endzweck hauptsächlich gewesen. Wenn nun auch der Herr der Lasttragenden Mauer solche nach langen Jahren ausbessern, oder befestigen, folglich etwas thun müßte, so geschiehet solches doch nur zufälliger Weise, und der Hauptpflicht zufolge, als welche er ohne dergleichen Thun füglich nicht erfüllen könnte. Stünde eine Mauer ewig feste: so würde das Thun wegfallen, und das bloße Leiden zurücke bleiben. Es ist also ausser allem Zweifel, daß die Dienstbarkeit nicht in der Handlung des Reparirens, sondern darinne bestehe, daß der Herr der dienstbaren Mauer leiden muß, daß unser Gebäude auf derselben ruhen könne. Zur bessern Erläuterung setze ich noch dieses hinzu. Ein jeder räumt mir ohne Bedenken ein: daß, wenn mir die Durchfahrt auf des Nachbars Hofe zustehet, dieser schuldig sey, mir, so oft ich durchfahren will, das Thor zu eröffnen, welches sonder Zweifel auch ein Thun zu nennen; und dennoch wird niemand sagen, daß diese Servitut deswegen im Thun bestehe, oder daß solches der Natur dieser Dienstbarkeit zuwider laufe, und warum nicht? nemlich deswegen, weil die Hauptverbindlichkeit des Nachbars darinne bestehet, daß er leiden muß, daß ich durch seinen Hof fahre, und das damit verknüpfte Thun nur eine Folge des Leidens ist. Auf eine gleiche Art verhält sich die Sache bey der Lasttragung der Gebäude, und fällt also der gemachte Einwurf ohne Kraft gänzlich dahin.

§. 12.

Nun ist es Zeit, meine Betrachtung auch auf andere Arten der Dienstbarkeit zu richten. Ich habe bereits oben in dem 8ten und 9ten Abschnitt erinnert, daß beynah alle Rechtsgelehrte darinne einig sind, daß die Reparaturen in keiner Dienstbarkeit, ausgenommen die Lasttragung der Gebäude, dem Herrn der dienstbaren Sache aufgebürdet werden können. Gleichwie aber diese Meynung auf dem richtigen Grunde hauptsächlich beruhet, weil man nemlich sonst Dienstbarkeiten, so im Thun bestehen, zugeben müste (siehe den 8ten Abschnitt): so trage ich billig Bedenken, diesem Lehrsatz beyzupflichten. Ich nehme mir also die Erlaubniß, meine unvorgreiflichen Gedanken über diese Sache hierher zu setzen.

B

§. 13.

§. 13.

Ich halte nemlich dafür, daß, wenn man bestimmen will, wem das wandelbare Stück zu repariren obliege, darauf gesehen werden müsse, wem solches Stück zugehöre; gehört es dem Herrn des herrschenden Guths: so lieget diesem auch ob, dasselbige mit seinen Kosten wieder zu Stande zu bringen, und zu repariren, wenn er seine Dienstbarkeit ferner gebrauchen will. Ist aber das zu reparirende Stück des Herrn der dienstbaren Sache Eigenthum: so ist dieser auch schuldig, dessen Herstellung in den vorigen Stand zu besorgen, von welcher Verbindlichkeit er jedoch auf zweyerley Weise sich befreyen kann, einmal durch eine ausdrückliche Abrede, z. E. ich räume dir das Recht ein, dein Haus auf meine Mauer zu setzen, bedinge mir aber dabey ausdrücklich aus, daß auf den Fall, wenn die Mauer werde haufällig werden, ich nicht gehalten seyn wolte, diese zu repariren, und du lässest dir solches gefallen; so bin ich nicht schuldig, die Reparatur der Mauer zu übernehmen, und dieselbe im guten und baulichen Stande zu erhalten. Sodann auch zweytens dadurch, wenn er, nemlich der Herr der dienstbaren Sache, das Eigenthum derselben aufgeben, und solche dem Herrn des herrschenden Guths überlassen will, als in welchem Fall jener, die wandelbare Sache zu repariren, wiederum nicht angehalten werden kann.

§. 14.

Nun kommt es auf den Beweis an. Ein klares Gesetz redet mir hiebey das Wort: nemlich L. 8. pr. ff. si servitus vind. 11). Es ist daselbst versehen, daß wenn jemand leiden muß, daß unser Gebäude auf seiner Mauer ruhe, er verbunden sey, seine Mauer zu repariren, wir aber, indem dieses geschieht, die Mauer eingeschlagen und wiederum aufgeführt wird, uns gefallen lassen müssen, unser Gebäude mit unsern Kosten unterdessen zu unterstützen, oder, wenn wir dieses nicht wollen, das Gebäude indessen abzunehmen, und sodann, nachdem die Mauer hergestellt worden, auf diese wiederum

11) Ibi: Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita futura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat; et restituet, cum paries fuerit restitutus.

derum aufzusetzen. Bey dieser Entscheidung läßt sich so viel leicht abnehmen, daß VLPPIANVS, als der Verfasser dieses Gesetzes, zum Entscheidungsgrunde die Regel angenommen habe, daß nemlich derjenige die Kosten tragen müsse, welcher Eigenthümer der Sache ist, welche diese Kosten verursacht und erfordert. Wir müssen unser Gebäude während der Reparatur der Mauer, auf unsere Kosten unterstützen, oder abnehmen, und wiederum aufsetzen, weil es unser Gebäude ist. Der andere hingegen muß die Mauer repariren, weil diese seine ist. Es hat dieses auch seinen guten Grund. Die Reparatur der Sache dient zur Erhaltung des Eigenthums: was ist also natürlicher, als daß der Eigenthümer auch die dazu erforderliche Kosten hergebe? Es ist daher leicht zu begreifen, warum die Gesetze in dem Fall, da unser Nachbar leiden muß, daß wir in seinen Grund und Boden Wasserröhren legen, um solches entweder in unsern Hof her, oder von demselbigen abzuführen, die Reparatur dieser Röhren nicht dem Nachbarn, sondern uns zuschreiben 12), weil nemlich solche unser Eigenthum sind.

§. 15.

Hier höre ich abermal einen Einwurf, dem ich begegnen muß. Es sagt jemand: daß die Gesetze, welche den Herrn der dienstbaren Sache zu deren Reparatur verbinden, insgesammt von der Bürde oder Lasttragung der Gebäude handeln, von dieser unregelmäßigen Dienstbarkeit aber auf andere Dienstbarkeiten kein sicherer Schluß gemacher werden könne. Allein man sage mir einmal, warum von der Lasttragung der Gebäude auf andere Servituten kein Schluß zu machen, und warum jene just für unregelmäßig ausgeschrieen werde? Es ist ja allemal einerley Entscheidungsgrund vorhanden. Wir wollen dieses in einem Exempel sehen. Sempronius hat mir das Framrecht (servitutum tigni immittendi) eingeräumt, und er muß leiden, daß ich an seiner Wand dergestalt anbaue, daß meine Framen in derselben eingeschoben werden, und ruhen können. Seine Wand wird hinfällig, und wenn er sie nicht wieder zu Stande bringet, komme ich um den Gebrauch meines Rechts. Gewiß, aus welchem Grunde Sempronius die Mauer zu repariren verbunden ist,

B 2

wenn

12) L. 11. ff. comm. praed.

wenn dieselbe die Bürde meines Gebäudes tragen muß, aus eben demselben Grunde kann ich diese Verbindlichkeit auch bey dem Tramrecht herleiten. In einem Fall, wie in dem andern, muß Sempronius Wort halten, und mir eine solche Mauer oder Wand gewähren, dergleichen erfordert wird, mein von ihm einmal wohl erworbenes Recht ungehindert zu gebrauchen, und zu nutzen. Nun aber könnte ich dieses mein Recht ungehindert nicht brauchen und nutzen, wenn er die haufällig gewordene Mauer oder Wand nicht wieder zurechte bringen wolte. Folglich würde er ja seiner Pflicht und meinem daraus entspringenden Recht kein Gnüge leisten. Ich bin Bürge dafür, das alles dasjenige, was oben in dem roten Abschnitt von der Lasttragung der Gebäude aus der Vernunft und dem Recht der Natur beygebracht worden, auch bey dem Tramrecht seine ungezwungene Anwendung finde.

§. 16.

Ja, fällt mir jemand in die Rede, die bürgerlichen Gesetze lassen diese Anwendung nicht Platz greifen; indem solche uns deutlich belehren 13), daß zwischen der Lasttragung der Gebäude und dem Tramrecht dieser merkliche Unterschied vorwalte, daß ich nemlich in jener den Herrn der dienstbaren Mauer zwingen könne, diese seine, oder wie es eigentlich in dem Text lautet, meine Mauer zu repariren, bey dieser aber nur dieses zu fordern befugt sey, daß er meine Tramen in seine Wand einnehmen, keinesweges aber, daß er überdem die Wand repariren müsse; wobey ich nur mit zwey Worten zu erinnern nöthig finde, daß, obwohl es in dem Text selbst nicht heißet seine, sondern meine Mauer, dennoch nicht von meiner, als welches der Natur einer Dienstbarkeit zuwider seyn würde 14), sondern von seiner, das ist, von des Nachbars dienstbaren Mauer daselbst die Rede sey. Meine aber wird diese Mauer nur in so fern genennet, als mir eine Dienstbarkeit auf derselben zustehet 15).

§. 17.

13) L. 8. §. 2. ff. si seruit. vind. Ibi: distant autem hae actiones (scilicet ex seruitute oneris ferendi et tigni immitrendi) inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem (meum): haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat.

14) per definition. (§. 2.) et L. 5. pr. ff. si usufruct. pet.

15) RAVNHEIMANN ad L. 8. §. 2. ff. cit.

§. 17.

Auf diesen Einwurf dienet zur Antwort, daß das angeführte Gesetz mir bey dem Eramrecht wenigstens so viel einräume, daß ich den Herrn der dienstbaren Wand durch richterliche Hülfe anhalten könne, daß er meine Eramen in seine Wand einnehme. Nun aber setzt diese Verbindlichkeit meines Nachbars, nemlich meine Eramen in seine Wand einzunehmen, eine hiezu taugliche Wand zum voraus, weil er sonst meine Eramen in diese so einzunehmen nicht vermögend wäre, daß solche darinne ruhen könnten. Folglich muß ich, selbst nach Anleitung des Gesetzes, durch eine nothwendige Folge befugt seyn, auch bey dem Eramrecht den Nachbar zu zwingen, daß er, wenn seine Mauer nicht so beschaffen ist, daß ich meinen bey Erlangung dieses Rechts gehabtten Endzweck erreichen kann, dafür Sorge, daß diese in einen solchen Stand gesetzt werde.

§. 18.

Ich läugne nicht, daß durch diese Antwort der gemachte Zweifel noch nicht aus dem Grunde gehoben sey, weil auf eine solche Art zwischen denen beyden beschriebenen Dienstbarkeiten, in Absicht auf die Verbindlichkeit zu repariren, kein Unterschied übrig bleiben würde, dergleichen doch das Gesetz mit deutlichen Worten anzeiget. Mir kommt es sehr wahrscheinlich vor, daß der Grund dieses in dem Gesetz bemerkten Unterscheides in der Beschaffenheit des alten Formularrechts der Römer zu suchen sey, von welchen bekannt ist, daß sie an zierliche Worte sich sehr gebunden, und einer jeden Klage eine gewisse Formel vorgeschrieben haben, an welche dieselbe dergestalt gebunden war, daß derjenige, welcher der gewöhnlichen Formel auch nur im geringsten verfehlet, der ganzen Sache verlustig geworden, wie solches BRISSONIVS¹⁶⁾ bezeuget. An solchen zierlichen Klageformeln hat es auch in dem Fall nicht gefehlet, wenn wegen einer Dienstbarkeit geklaget wurde, dergleichen uns ebenfalls nur gedachter BRISSONIVS¹⁷⁾ zu lesen giebt. Es ist zu glauben, daß die Klageformel, welche in der Lasttragung der Gebäude dem Herrn des herrschenden Gebäudes vorgeschrieben war, ihren Worten nach nicht nur

16) In Tractat. de formul. et solemnib. Pop. Rom. verb. Lib. V. pag. 385.

17) c. l. pag. 376.



darauf, daß er befugt sey, sein Gebäude auf des Nachbarn dienstbare Mauer zu setzen, sondern auch darauf, daß dieser gehalten sey, seine Mauer zu repariren, eingerichtet gewesen, hingegen es in dem Eramrecht an einer auch auf die Reparatur der dienstbaren Wand lautenden Formel gefehlet habe, welcher Unterscheid daher gekommen seyn mag, weil die Römer gewohnt gewesen, bey Erlangung der erstern Dienstbarkeit die Abrede allezeit oder meistens theils dahin zu richten, daß der Herr der dienstbaren Mauer diese jedesmal im baulichen Stande zu erhalten pflichtig seyn solle und wolle. Wir können solches daraus abnehmen, weil die meisten Gesetze, so von dieser Dienstbarkeit und Reparatur der dienstbaren Mauer handeln, eine solche ausdrückliche Verabredung zum voraus setzen 18), deren Wirkung sodann sich auf alle Besitzer der dienstbaren Mauer erstreckt hat 19), dergleichen ausdrückliche Abrede hingegen wir bey dem Eramrecht nicht finden. Es hat also dem Kläger in dieser letztern Servitut nicht an der Befugniß gefehlet, auf die Reparatur der dienstbaren Wand zu klagen, sondern nur an einer dazu eingerichteten zierlichen Formel, welches bey denen Römern eben nichts ungewöhnliches gewesen, indem wir in ihren Gesetzen davon noch mehrere ähnliche Fälle finden, 3 E. in der Haverey 20).

§. 19.

Gleichwie aber dieser Wörterkram lauter Subtilitäten hervorgebracht, und den Leuten den Weg Rechtens nur schwer gemacht, wodurch der die Billigkeit sehr liebende Römische Praetor schon längstens bewegt worden, demjenigen, welcher seine Klage nicht mit der gehörigen Zierlichkeit der Wörter angebracht, und deswegen derselben hätte verlustig werden müssen, die Wohlthat der Wiedereinfügung in den vorigen Stand zukommen zu lassen, wie abermal BRISSONIVS 21) aus dem SENECA beweiset: so hat solches Formularwesen nachhero

18) L. 33. ff. de S. P. V. Ibi: Nam cum in lege aedium ita scriptum esset: *paries oneri ferundo vii nunc est, ita sit.* L. 6. §. 2. ff. si servit. vind. Ibi: *vt et onera ferat, et aedificia relictat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.* L. 6. cit. §. 5. Ibi: *modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur.*

19) BOEHMER de Act. Sect. 2. Cap. 2. §. 39.

20) L. 2. p. ff. de leg. Rhod. de iact. SCHILTER Ex. 27. §. 24.

21) cit. loc. pag. 386.

hero den Kaisern noch viel weniger angestanden, sondern sie haben, nach der ihnen zukommenden unumschränkten Macht Befehle zu geben, und zu ändern, sothane Formeln als abgeschmackt gänzlich abgeschafft 22), und sehr heilsam geordnet 23): daß künftig in keinem Gericht auf die Zierlichkeit der Klageformel gesehen, auch wegen Mangel solcher Zierlichkeit keine Klage abgewiesen werden soll, wenn sie nur in der vorwaltenden Sache wohl gegründet erfunden wird. Es erhellet nunmehr hieraus, daß das oben in dem 16ten Abschnitt aufgebrachte ältere Gesetz gegen diese neuere Satzungen derer Kaiser nichts vermöge, am allerwenigsten aber bey uns Deutschen Platz greifen könne, da unsere Sitten und Gewohnheiten von dergleichen Sylben- und Wörterspiel je und je weit entfernt, auch unsere Rechtsgelehrtheit mehr auf die natürliche Billigkeit und rechte Beschaffenheit der Sache, als auf formularische Schrauben gesetzt gewesen.

§. 20.

Noch ein Zweifel stehet meinem Satz entgegen, welcher abermal aus den Befehlen 24) entlehnet wird, alwo ganz deutlich geordnet zu seyn scheint, daß bey allen Dienstbarkeiten, ohne Ausnahme, die Last der Reparaturen auf dem Herrn der herrschenden Sache liege, hingegen der Herr der dienstbaren Sache von derselbigen gänzlich befreyet sey. Aber zu geschweigen, daß diesem Gesetz ein anders entgegen gesetzt werden kann (§. 14.), so ist hiebey auch dieses nicht unerinnert zu lassen, daß an dem angeführten Orte nur die verschiedenen Meinungen des Gallus und des Servius erzehlet werden. Diese beyde disputirten mit einander über die Frage: ob in der Bürde oder Lasttragung der Gebäude der Herr der dienstbaren Mauer angehalten werden könne, solche zu repariren? Jener hielt dafür, daß diese Frage mit Nein beantwortet werden müsse, weil er glaubte, daß diese Dienstbarkeit sonst im Thun bestehen würde, auf welchem Vorurtheil er dergestalt bestand, daß er nicht einmal die Gültigkeit des Vertrags zugeben wolte,

22) L. 1. C. de Formul. et impetr. act. sublat. Ibi: Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicibus amputentur.

23) L. 2. C. eod. Ibi: Nulli profus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit.

24) L. 6. §. 2. ff. si seruit. vind. Ibi: Nam in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem asserit: non ad eum, cuius res seruit.



wolte, dadurch der Herr der Mauer zur Reparatur derselben sich verbindlich gemacht hatte, und deswegen er auch durchgängig der Meinung war, daß die Reparaturen in keiner Dienstbarkeit dem Herrn der dienstbaren Sache aufgebürdet werden könnten. Servius aber, welcher wohl eingesehen, daß eine Dienstbarkeit deswegen, weil der Herr der dienstbaren Sache solche repariren muß, nicht gleich im Thun bestehe (§. 11.), behauptete, daß die streitige Frage allerdings zu bezagen sey, zumal da diese beyde Rechtsgelehrte einen solchen Fall, in welchem der Herr der dienstbaren Mauer die Erhaltung derselben im baulichen Wesen durch eine besondere Verabredung über sich genommen, zum Gegenstand ihrer Disputation gesetzt hatten. Hierauf nun heisset es in unserm Gesetz weiter, daß nicht des Gallus, sondern des Servius Meinung in den Gerichten angenommen worden. Hieraus aber kann nunmehr ein jeder sehen, daß die angeregten Worte des Gesetzes meinem Satz nicht den geringsten Eintrag thun: indem solche des Gallus Worte sind, die aber nicht angenommen worden. Vielmehr ist dieses Gesetz für mich; weil es des Servius Meinung approbiret, welche die meinige, besonders dasjenige, was ich oben (§. 11.) gesagt habe, bestärket.

§. 21.

Nachdem ich meine Regel, die ich in dem 13ten Abschnitt vorgefragt, nemlich daß der Herr der dienstbaren Sache zu repariren schuldig sey, so oft das zu reparirende Stück sein Eigenthum ist, bewiesen, und von den Einwürfen befreiet habe, will noch übrig seyn, daß ich auch zeige, wie er sich dieser Verbindlichkeit entledigen könne: erstlich durch eine ausdrückliche Abrede, und denn dadurch, daß er die dienstbare Sache dem Herrn der Dienstbarkeit überläßt. Ersteres ist deswegen keinem Zweifel unterworfen, weil diese Verbindlichkeit des Herrn der dienstbaren Sache, vermöge welcher er solche repariren muß, nicht zu den wesentlichen Stücken einer Dienstbarkeit gehöret, folglich durch einen besondern Vertrag allemal geändert werden kann 25). Lezteres aber finden wir in den Gesetzen ausdrücklich gegründet 26).

25) arg. L. 33. §. 1. ff. de S. P. R.

26) L. 6. §. 2. ff. si seruit. vind. Ibi: denique licere domino rem dereingnere.

D. Philipp Jakob Heislers ⁷²⁹

Nochmalige Erörterung der Rechtsfrage:

Wer in den Servituten

zu repariren schuldig sey?



Halle,
bey Johann Christian Hendel.

1783.

Philippus Salus Germaniae

Erzbischoff von Mainz

Wider die Ketzer

in der Stadt





Nochmalige Erörterung der Rechtsfrage:

Wer in den Servituten zu repariren
schuldig sey?

§. I.

Ich habe diese Frage schon einmal öffentlich untersucht, und darüber eine Abhandlung geliefert. Eine richtige Auflösung dieser Frage hat mir bereits damals eine der schwersten in der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit zu seyn geschienen, und ich werde in diesen Gedanken immer mehr bestärket. Wenn ich bey weiterm Nachdenken in den Gesetzen endlich die richtigste Entscheidung gefunden zu haben

C 2

glau-



glaube: so stellen sich mir so fort wiederum andere Gesetze dar, welche mein mit so vieler Mühe aufgerichtetes Gebäude auf einmal zu Boden werfen, und mich von neuen in dieser Sache weit ungewisser machen, als ich jemals gewesen. Selbst unter den Rechtsgelehrten herrschet eine solche Verschiedenheit der Meinungen, daß man, wenn man bey ihnen sich Rathes erholen will, selbst nicht weiß, wem man beypflichten soll. Sie haben alle ihre Gründe. Es legen sich aber allemal auch solche Schwierigkeiten in den Weg, an welche sie sich entweder gar nicht wagen dürfen, oder, wenn sie auch dieselben bey Seite zu legen suchen, so fällt dennoch dieses ihr Bemühen selten zu ihrer und der Leser Beruhigung aus. Es ist mir bey meiner erstern Abhandlung selbst so gegangen. Ich habe damals geglaubt, daß ich den rechten Fleck glücklich getroffen, und jetzt sehe ich mich weit davon entfernen. Es sind mir nach der Zeit wider die Meynung, so ich selbigesmal behaupten wollen, solche Zweifel entstanden, welche ich jezo aus denen daselbst angenommenen Gründen bis zur Ueberzeugung aufzulösen nicht vermögend bin. Ich habe mich derowegen, der Wahrheit zu Ehren, entschliessen müssen, an die Erörterung dieser Frage nochmals mich zu machen; und ich hoffe, daß mir solche Bemühung jezo besser, als jenesmal gelingen solle.

§. 2.

Es würde unnütz seyn, wenn ich hier die Begriffe und Einteilungen der Servituten, wie auch die Erklärung einiger Kunstwörter, so in dieser Materie gebraucht werden, aus jener Abhandlung wiederholen wollte. Was aber die gegenwärtige Frage selbst betrifft, so lehret es die tägliche Erfahrung, daß die dienstbare oder überhaupt diejenige Sache, welche zur wirklichen Ausübung der Servitut unumgänglich nöthig ist, entweder durch den beständigen Gebrauch, oder sonst durch die Länge der Zeit manchmal dergestalt wandelbar, baufällig und verdorben geworden, daß derjenige, welchem die Servitut zustehet, an deren Gebrauch so lange gehindert wird, bis diesem Mangel durch eine Reparatur wiederum abgeholfen, und die wandelbare Sache in guten Stand gesetzt worden. Als wenn z. E. diejenige Wand meines Nachbarn, welche die Last meines darauf gesetzten Gebäudes trägt, oder in welche, weil ich das Tramrecht habe, meine Tramen eingeschoben sind, baufällig geworden;

den; oder wenn in der Wasserleitung die Rinnen, Röhren und Gräben verfaulet, verdorben, oder dergestalt verschlemmet sind, daß das Wasser nicht weiter ablaufen kann; oder auch, wenn mir jemand einen Weg über sein Grundstücke zugestanden, und derselbe ist durch starke Regengüsse so schlimm zugerichtet worden, daß man nicht weiter durchkommen kann: so entsteht in diesen und andern ähnlichen Fällen jedesmal die Frage: auf wessen Kosten die Wand repariret, die Wasserinnen und Röhren wiederum hergestellt, die Wassergraben ausgeräumt, und die verdorbenen Wege ausgebessert werden müssen, und ob solches derjenige, welchem die Servitut zustehet (dominus praedii dominantis), oder vielmehr derjenige, dessen Grundstück mit derselben beschweret ist (dominus praedii servientis), zu thun schuldig sey?

§. 3.

Die Meynungen der Rechtsgelehrten, wie schon gedacht, sind hier getheilt. Einige derselben legen die Verbindlichkeit, die dienstbare Sache zu repariren, ohne Unterscheid dem Eigenthümer oder Besizer derselben auf 1). Andere hingegen verdammen hiezu, ohne eine gewisse Art einer Servitut hievon auszunehmen, denjenigen, welchem die Sache dienstbar ist, oder zu dessen Nutzen die Servitut errichtet worden, wovon sie jedoch in dem Fall eine Ausnahme machen, wenn der Dienstpflichtige zu den Reparaturen besonders sich verbindlich gemacht hat. Ausserdem aber behaupten sie, daß dieselben dem mit der Servitut beschwerten Nachbar niemals aufgebürdet werden dürfen 2). Die allermeisten pflichten dieser Meynung zwar bey, nur sie wollen bey der einzigen Bürde oder Lasttragung der Gebäude, welche sonst Servitus oneris ferendi heisset, dieses Unregelmäßige bemerkt haben, daß in dieser Servitut jedesmal der Eigenthümer der lasttragenden Wand oder der dienstbaren Mauer dieselbe repariren, und, wenn solche etwa ganz eingefallen, auf seine Kosten wiederum herstellen müsse, wenn er sich gleich hiezu insonderheit nicht verpflichtet hat 3). Noch andere sagen, man müsse, wenn nicht etwa ein

1) Richter diss. de domino serviente ad praedii servientis refectioem obligato.

2) Wahl diss. de servitutib. melet. 5. Boehmer Introd. in ius Digest. L. 8. t. 2. §. 3. Heinecc. Elem. iur. civ. §. 397. et 401. Schaumburg Compend. iur. Digest. L. 8. t. 2. §. 2. Huber Praelect. Pand. L. 8. t. 1. n. 2. sq.

3) Mehlbaum diss. de Servitutib. praed. §. 11 et 15. Frieße diss. de iure fontium §. 41. Ludovici doctrin. Pand. L. 8. t. 2. §. 2. et t. 4. §. 7. Schilter Ex. 47. §. 68.

ein anders durch einen Vertrag bestimmet worden, darauf sehen, ob derjenige, welchem die Servitut zustehet, von der Sache, so jetzt repariret werden soll, allein den Nutzen habe, oder ob der andere, welcher dieselbe leiden muß, diese Sache ebenfalls zu seinem Nutzen gebrauche. Im erstern Fall habe jener die Reparatur-Kosten allein zu tragen, in dem letztern aber beyde zugleich 4). Was mich insbesondere anbelanget, so habe ich in meiner vorigen Abhandlung (§. 13.) dieses zum Grundsatz angenommen, daß die Verbindlichkeit zu repariren überhaupt auf demjenigen liege, welchem die zu reparirende Sache zugehöret, solcher sey nun der Eigenthümer des dienstbaren, oder des dienstberechtigten Guths. Nach dieser Meynung müßte derjenige, dessen Wand mit dem Traurecht beschweret ist, oder dessen Gemäure mein Gebäude trägt, die Wand und Mauer um deswillen repariren, weil sie die seinige ist. Wohingegen ich in der Wasserleitung meine in des Nachbars Eigenthum gelegte Wasserröhren auf meine Kosten aus dieser Ursache zu unterhalten hätte, weil sie die meinigen sind. Und nunmehr werde ich die Gründe anzeigen, so mich von dieser Meynung wiederum abzugehen, genöthigt haben.

§. 4.

Ich behaupte demnach jeko diesen entgegengesetzten Satz. Die Meinung, als wenn ohne Unterscheid derjenige zu repariren schuldig sey, welchem die zu reparirende Sache zugehöret, hält nach den Gesetzen keinen Strich. Denn streitet solche mit der bekannten, in dem römischen Gesetzbuch selbst aufgezeichneten Rechtsregel, daß nemlich in allen Servituten, die Verbindlichkeit zu repariren demjenigen, welchem die Servitut zustehet, niemals aber dem Eigenthümer der dienstbaren Sache obliege 5). Diese Regel gedenket davon nichts, daß die zu reparirende Sache dem Inhaber der Dienstgerechtigkeit auch zugehören müsse, sondern sie leget demselben die Reparaturen allgemein oder in allen Servituten auf, ob ihm gleich die Sache, welche einer Reparatur bedarf, nicht allemal zugehöret. H) Fehlet es in den Gesetzen auch an solchen Servituten und Beyspielen nicht, da jemand repariren muß, wenn es gleich offenbar ist, daß die Sache, welche er repariret, nicht sein, sondern

4) *Titius* diss. de Servitute faciendi §. 35.

5) *L. 6. §. 2. ff. si servit. vind.*

des andern Eigenthum sey. Schon das Framrecht allein setzet dieses ausser allen Zweifel. Die Wand, in welche die Framen eingeschoben werden, gehört demjenigen, welcher dieses Recht hat, nicht, sondern ganz ohnstreitig dem andern, welcher mit dieser Servitut beschwert ist, zu. Diesem aber ohngeachtet kann jener die Reparatur sothaner Wand von diesem nach den Gesetzen nicht fordern, sondern muß selbige, wenn er anders den Gebrauch seines Framrechts fortsetzen will, selbst übernehmen 6). Weiter, wenn mir ein Fuß- oder Fahrweg über des andern Grund und Boden zustehet, und dieser ist ohne Ausbesserung nicht weiter zu passiren: so verordnen die Gesetze nirgends, daß ich selbigen zu sothaner Ausbesserung anhalten könne, sondern nur dieses, daß er, da ich im Begriff stehe, selbst der Ausbesserung mich zu unterziehen, und die nöthigen Arbeitsleute dahinzuschicken, mich durchaus daran nicht behindern solle 7), als auf welchen Behinderungsfall ich wieder denselben zu der confessorischen Klage mit Recht meine Zuflucht nehmen kann 8). Hieraus, daß nemlich die confessorische Klage nur darauf gehet, daß mein Nachbar an der Reparatur des Weges mich nicht behindern, sondern solche geruhig geschehen lassen müsse, mit nichten aber darauf, daß er sothane Reparatur selbst zu thun angehalten werden möge, erscheint deutlich, daß selbiger nur zu dem erstern, keinesweges aber auch zu dem letztern verbunden sey; indem sonst besagte Klage auf dieses eben sowol, als auf jenes gehen müßte. Ist nun mein Nachbar zu der Ausbesserung des Weges, welcher, da selbiger ein Stück seines Ackers oder seiner Wiese ist, auch nothwendig ihm zugehört, nicht verbunden: so folget, daß ich dieselbige, wenn ich mich anders dieses Weges noch ferner bedienen will, selbst übernehmen muß. Es bleibt also wohl richtig, daß die Regel, als wenn durchgängig derjenige zu repariren pflichtig, dessen Eigenthum die zu reparirende Sache ist, nichts tauge, und keinen Strich halte.

§. 5.

Ich behaupte weiter: der Satz einiger Rechtsgelehrten, daß in den Servituten überall der Eigenthümer oder Inhaber der

6) L. 8. §. 2. ff. eod.

7) L. 3. §. 11. sq. ff. de itin. actus. priv. L. 20. §. 1. ff. de S. P. V.

8) L. 4. §. 5. ff. si servit. vind.

Der dienstbaren Sache dieselbe zu repariren schuldig sey, ist falsch und wider die Gesetze. Alle diejenigen Beweisgründe, deren ich mich in dem nächst vorstehenden Abschnitt bediene, bestätigen zugleich die Wahrheit dessen, was ich jetzt gesagt. Der gegenwärtig von mir bestrittene Satz enthält ja juist das Gegentheil von der daselbst aus den Gesetzen angeführten Regel, nach welcher die Reparatur niemals dem Besitzer der dienstbaren Sache, sondern vielmehr in allen und jeden Servituten demjenigen, welchem die Servitut zustehet, obliegt. Wie denn auch, was ich von dem Eramrecht, auch Fuß- und Fahrweg angemerket, die Unrichtigkeit dieses Satzes sogleich vor Augen stellet: denn in diesen Servituten ist der Eigenthümer des mit denselben beschwerten Guts zu repariren keinesweges verbunden. Es können aber dergleichen Beyspiele aus den Gesetzen noch mehrere beygebracht werden. Z. E. man sehe, daß ich berechtiget sey, in meines Nachbars Eigenthum eine Gasse, Rinne, einen Graben oder sonst etwas, so zum Ablauf und Abzug des Wassers dienlich ist, zu haben. In diesem Fall verordnen die Rechte abermal nicht, daß mein Nachbar solches Wassergerinne repariren oder reinigen müsse, sondern nur dieses, daß er mir an der Reparatur und Reinigung desselben nicht hinderlich seyn solle 9). Ja er muß sogar leiden, daß ich, wenn das Wasser unter seinem Hause wegläuft, in seine Stube mich begeben, und den Stubenboden aufhebe, dafern ich anderst zu dem Ort, durch welchen das Wasser abläuft, nicht kommen und denselben repariren, oder die Gasse reinigen kann, jedoch so, daß ich dabey den aufgehobenen Stubenboden wiederum in den vorigen Stand zu bringen schuldig bin 10). Woraus ebenfals zu sehen, daß in den Wasserleitungen und Wasserabflüssen nicht der dienstpflichtige, sondern der dienstberechtigte Eigenthümer repariren müsse 11). Es findet nach den römischen Rechten ein gleiches auch in dem Fall statt, wenn mir auf des andern seinem Brunnen oder seiner Wasserplumpe in Absicht auf den Gebrauch derselben ein dingliches Recht oder Servitut zustehet. Hier kann ich denselben, wenn ihm anders an der Erhaltung sothaner Plumpe oder seines Brun-

9) tot. tit. ff. de Rivis, ut et tot. tit. de Cloacis.

10) L. 1. §. 12. ff. eod.

11) Schilter d. Ex. 47. §. 68. ibique Respons. Friesé d. diss. de iure font. §. 57. et 59. Marini ad pr. Inst. de Servit. n. 43. et ad §. 1. eod. n. 21. sq.

Brunnens wegen seines eigenen Nutzens nicht selbst gelegen, wider seinen Willen nicht zwingen, die Wasserbehältnisse, wenn etwas daran entzwey gegangen, zu repariren. Nur soll er mich, dasern ich sothane Reparatur auf meine Kosten übernehmen will, daran durchaus nicht behindern 12). Ja ich habe nicht einmal nöthig, bey einzeln Exempeln mich aufzuhalten, indem die Gesetze von allen Servituten insgemein dasjenige sagen, was ich jezo von einzeln Arten derselben beygebracht habe, daß nemlich ein jeder, welchem eine Servitut auf des Nachbars Grund und Boden zustehet, frey und ungehindert dahin kommen, und die zu einem ungehemten Gebrauch derselben nöthigen Reparaturen daselbst veranstalten dürfe 13). Alles dieses enthält hinlängliche Beweisgründe, daß die Regel falsch, als wenn der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes allemal repariren müsse.

§. 6.

Die Verfechter sothaner Regel wenden zwar hiewider ein, daß in den angeführten Gesetzen nicht zu finden, daß der Inhaber der Servitut zu repariren verbunden, sondern nur so viel, daß er, wenn er will, repariren dürfe, und von dem Eigenthümer des dienstbaren Guths daran nicht gehindert werden solle. Es sey aber ein sehr falscher Schluß, wenn man hieraus bey demselben eine Verbindlichkeit zu repariren folgern wolle. Und es könne demnach obige Regel, Kraft deren der Eigenthümer oder Besizer der dienstbaren Sache zu der Reparatur derselben verbunden, mit besagten Gesetzen noch gar wohl bestehen 14): Allein hierauf dienet zur Antwort, daß in sothanen Gesetzen ebenfals nicht enthalten, daß der dienstpflichtige Besizer die dienstbare Sache repariren müsse. Sodann aber ist ja leicht zu begreifen, daß die Gesetze, wenn selbige demjenigen, welcher in dem Genuß der Servitut sich befindet, die völlige Freyheit geben, der vorhabenden Reparaturen halber des andern Grund und Boden zu betreten, diesem aber schlechterdings verbieten, ihm hierinne das geringste in den Weg zu legen, daß, sage ich, solche Gesetze dieses schon zum voraus sehen, daß derselbe, wosern er anders bey sothanem

12) L. I. §. 6. sq. ff. de Font. Friesz c. I. §. 41.

13) L. II. ff. comm. praed.

14) Richter d. äiff. §. 10. et 11.



thanem Genuß sich erhalten will, zu den Reparaturen verbunden. Denn wenn nicht er, sondern der mit der Servitut beschwerte Nachbar hiezu verbunden wäre: was hätte er nöthig, denen öfters mit vielen Kosten verknüpften Reparaturen sich zu unterziehen. Er dürfte ja nur auf eine Besichtigung antragen, und, nach dem Befinden der Nothwendigkeit der Reparatur, wider den widerspenstigen Nachbar Klage erheben, da dieser alsdenn zu seiner Schuldigkeit wohl angewiesen werden müßte. Niemand ist so unvernünftig, daß er sich zu Reparaturen drängen sollte, wo ein anderer zu repariren pflichtig ist. Und obgleich hiernächst in den öfters angezogenen Gesetzen wörtlich nicht zu befinden, daß der, welchem die Servitut zustehet, zu repariren verbunden sey; so kann mir doch genug seyn, daß diese Verbindlichkeit in denselben wenigstens verborgen liegt, und durch eine Folgerung herausgebracht werden kann. Allenfalls aber habe ich oben (§. 4.) auch ein anderes Gesetz aufgeführt, in welchem die allgemeine Regel mit dürren Worten stehet, daß die Reparaturen in allen und jeden Servituten demjenigen, so diese letztern sich zuignen obliegen 15).

§. 7.

Hier möchte jemand fragen: wie es denn möglich, daß die Rechtsgelehrten bey der gegenwärtigen Streitfrage sich nicht vereinigen können, da gleichwohl das nur angeführte Gesetz die Verbindlichkeit zu repariren demjenigen, zu dessen Nutzen die Servitut auf das dienstbare Grundstück geleyet worden, so allgemein, deutlich und bestimmt zugetheilet habe. Diese Verschiedenheit der Meinungen erweget allerdings den Verdacht, als wenn es mit der eben gedachten Rechtsregel keine gute Richtigkeit nicht wohl haben könne, sondern daß sonst noch etwas dahinter stecken müsse. Und, die Wahrheit zu gestehen, es geschiehet nicht ohne Schein, wenn einige sothane Regel nicht gelten lassen wollen: denn man solte bey der ersten Einsicht des Gesetzes, woraus dieselbe genommen, wirklich denken, als wenn besagte Regel nur Erzählungsweise und als ein Satz, welcher vom Gallo, einem römischen Rechtsgelehrten, behauptet worden, jedoch mit dem Beyfügigen erwähnt würde, daß ein anderer Rechtsgelehrter

15) L. 6. §. 2. ff. Si servit. vind. Ibi: *Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit: non ad eum, cuius res servit.*

Lehrer, nämlich Servius, denselben verworfen, und daß des letztern Meynung auch die Oberhand behalten habe. Wäre nun dieses: so ist klar, daß man sich auf ermeldete Regel vergeblich beziehe. Allein dieser Schein verschwindet, sobald man das Gesetz in genauere Erwägung ziehet. Es ist dasselbe eins der wichtigsten in gegenwärtiger Streitfrage, und verdienet vor allen andern in reifere Betrachtung gezogen zu werden. Ich halte demnach für sehr dienlich, daß ich sothanes Gesetz, in so weit es zu der Auflösung des jetzigen Zweifels etwas beyträgt, hieher setze.

§. 8.

Es lauten aber die Worte, welche ich jetzt zu erklären habe, und die aus des Ulpiani libro 17. ad Edictum genommen sind, in ihrer Sprache folgendermaßen: *Etiā de seruitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit: ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui seruitute imposita comprehensus est: et Gallus putat, non posse ita seruitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur: sed, ne me facere prohiberet: nam in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adferit: non ad eum, cuius res seruit. Sed eualuit Seruii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. L. 6. §. 2. ff. si seruit. vind.* Ein jeder siehet, daß von einem solchen Fall hier die Rede, da jemand die Servitut, vermöge welcher des Nachbars Wand die Bürde seines Gebäudes tragen müsse, sich erworben, wöbey aber auch noch dieses verabredet worden, daß der Eigenthümer der Wand dieselbe benöthigten Falls zu repariren und in gutem Stande zu erhalten, schuldig seyn wolle. Dieses letztere erhellet deutlich aus den Worten: *ut reficiat ad eum modum, qui seruitute imposita comprehensus est:* Denn, da nach diesen Worten bey Errichtung der Servitut sogar die Art und Weise, wie selbiger die Reparatur seiner Wand verrichten solle, bestimmt gewesen: so ist kein Zweifel, daß er die Verbindlichkeit zu repariren auf sich genommen habe. Von diesem angegebenen Fall nun, da nemlich der Eigenthümer der dienstbaren Wand dieselbe zu repariren versprochen, dessen aber nunmehr sich weigert, wird gefragt, ob nicht der andere vermöge der ihm zustehenden Servitut denselben mittelst

telst Anstellung der confessorischen Klage zwingen könne, seiner Schuldigkeit nachzuleben, und die Wand auf die Weise, wie er solches zugesagt, zu repariren? Gallus verneinet diese Frage gänzlich, und zwar aus einem doppelten Grunde. Fürs erste meynet er, daß eine Servitut auf ein Grundstück in der Maasse, daß der Eigentümer desselben zu repariren pflichtig seyn solle, gar nicht gebracht werden könne, indem es mit dem Begriff einer Servitut streite, wenn der Besitzer des dienstbarn Guths vermöge derselben zu einem Thun verbunden sey 16), welches gleichwohl geschehen würde, wenn er repariren müste: Sintemalen das Repariren ein Thun offenbar in sich begreift. Fürs zweyte aber beziehet er sich auch auf eine allgemeine Rechtsregel, nach welcher die Reparaturen allemal demjenigen, welchem die Servitut zustehet, niemals aber dem andern, welcher damit beschweret ist, obliegen. Mit diesem allgemeinen Rechtsfaz könne es unmöglich bestehen, daß der Innhaber des dienstbaren Grundstückes zu den Reparaturen jemals verbunden sey. Was sagt nun Servius hiezu? Dieser spricht von dem angegebenen Fall, es lasse sich dabey wohl behaupten, daß der Besitzer der Servitut berechtiget sey, seinen Gegner allenfalls durch richterliche Gewalt dazu zu vermögen, daß er seine Wand mittelst einer Reparatur wiederum in solchen Stand setzen müsse, als zum Behuf der Servitut erfordert wird. Durch welche Gründe Servius zu dieser Meynung bewogen worden, ist in dem Gesetz nicht, wohl aber dieses befindlich, daß diese Meynung über des Gallus Meynung die Oberhand behalten. Und hierin bestehet der historische Inhalt dieses Gesetzes. Nun kommt es noch auf den richtigen Verstand desselben, besonders aber auf den wahren Sinn des Servius an.

§. 9.

Man siehet bey genauerer Erwägung der Worte und des Zusammenhangs derselben leicht, daß Servius nicht überhaupt bestimmen wollen, wer in den Servituten repariren müsse: denn davon war eigentlich die Frage nicht; sondern desselben Absicht ist nur gewesen,

16) L. 15. §. 1. ff. de Servit. Ibi: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid facias quis (veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat); sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

wesen zu zeigen, wer in dem angegebenen Fall zu repariren schuldig sey. Die Worte: in proposita specie, geben dieses deutlich zu erkennen. Und in dieser specie, oder in diesem Fall, da nemlich der Eigenthümer der dienstbaren Wand versprochen hatte, dieselbe vermittelst der nöthigen Reparaturen in ihrem baulichen Wesen zu unterhalten, sagt er, es lasse sich behaupten, daß besagter Eigenthümer zu den Reparaturen der Wand angehalten werden könne. Und was mag derselbe hiezu wohl für einen Entscheidungsgrund gehabt haben? Gewislich keinen andern, als denjenigen, durch welchen die übrigen Rechtsgelehrten bewogen worden, in ähnlichen Fällen dergleichen zu behaupten. Paulus urtheilet in einem Fall, da sich der Eigenthümer der lasttragenden Wand ebenfalls anheischig gemacht, dieselbe im baulichen Stande zu erhalten, auf gleiche Weise, daß derselbe sothane Wand, wenn selbige etwa baufällig und zu der bestimmten Tragung der Bürde des darauf gesetzten Gebäudes untauglich geworden, wiederum herstellen müsse. Den Entscheidungsgrund sehet besagter Rechtsgelehrte mit folgenden Worten: nam CVM IN LEGE AEDIVM ITA SCRIPTVM ESSET, *paries oneri ferundo ut nunc est, ita sit* etc., ausdrücklich in der geschenehen Abrede, mittelst welcher der Besizer der Wand versprochen, dieselbe in ihrem Wesen zu unterhalten 17). Woraus deutlich erscheinet, daß Paulus den ihm vorgetragenen Fall, wenn sothane Abrede nicht dabey gewesen wäre, ganz anders entschieden, und die Verbindlichkeit zu repariren dem Eigenthümer der Wand nicht zugetheilet haben würde. Hat nun Servius eben diesen Entscheidungsgrund gehabt: so ist gewis, daß er der von dem Gallus angezeigten Regel, nach welcher die Reparaturen in allen und jeden Servituten dem Eigenthümer der dienstberechtigten Sache obliegen, eigentlich nicht widersprochen, noch dieselbe für falsch erkläret, sondern nur eine Ausnahme davon in dem Fall, wenn ein anders verabredet worden, gemacht. Nun aber ist es eine in der Rechtsgelahrtheit bekannte Sache, daß durch die Ausnahme von einer angegebenen Regel dieselbe in den nicht ausgenommenen Fällen bestätigt werde. Wenn ich also den wahren Sinn des Servius mit vollen und ausführlichen Worten vorstellen soll, so ist es meines Erachtens eben so viel, als wenn er gesagt hätte: Ob wohl die vom Gallus angezogenen Regeln, daß nemlich in den Ser-

ditu,

17) L. 33. ff. de S. P. V.

vituten der Eigenthümer des dienstbaren Guths zu einem Thun nicht
 verbunden, auch die Reparaturen ihm nicht, sondern dem Inhaber
 der Servitut obliegen, sonst ihre gute Nichtigkeit haben: so lassen
 sich solche doch auf einen solchen Fall, wenn, wie in der damals an-
 gegebenen Facti specie geschehen, ein anders verabredet, und die Re-
 paraturen von dem Eigenthümer der dienstbaren Sache besonders
 übernommen worden, süglich nicht anwenden. Solchenmach kam
 die eigentliche Streitigkeit nicht darauf an, ob derjenige, welchem
 die Servitut auf der Wand zustehet, der Regel nach repariren müsse
 (Denn darinne, daß dieser solches thun müsse, waren sie beyde einig);
 sondern die streitige Frage war vielmehr diese: ob sothane Regel durch
 einen Vertrag und besondere Abrede abgeändert, und die Verbind-
 lichkeit zu repariren auf den Eigenthümer der Wand geschoben wer-
 den dürfe? Und diese Frage hat Gallus verneinet, Servius aber be-
 jahet. Ich setze hiezu auch noch dieses, daß Servius den bescheidenen und
 in der That schüchtern Ausdruck: vt possit quis defendere, gewiß-
 lich nicht gebraucht haben würde, wenn die wider ihn angezogene
 Regel, welche die Reparaturen in allen Servituten dem Eigenthü-
 mer der dienstberechtigten Sache aufleget, unter den damaligen
 Rechtsgelehrten nicht als bekannt und richtig angenommen gewesen
 wäre. Würde derselbe sothaner Regel nicht vielmehr dreiste wider-
 sprochen, und solche gerade hin für falsch ausgeschrieen haben, wenn
 er an der Nichtigkeit derselben nur im geringsten gezwifelt hätte?
 Auch dieses ist hieben noch merkwürdig, daß bey öfters besagter Re-
 gel nicht stehet: Gallus putat; mithin dieselbe auch nicht etwa
 als eine bloße Meynung dieses Rechtsgelehrten vorgetragen worden;
 sondern es heisset in dem Gesetz ganz positiv und ohne weitere Be-
 ziehung auf den Gallus: nam in omnibus servitutibus resectio ad
 eum pertinet, qui sibi servitutem adserit: non ad eum, cuius res
 servit. Gesetz aber auch, welches gleichwohl wieder alle Wahr-
 scheinlichkeit läßt, daß Servius weiter gehen, und seine Entschei-
 dung nicht bloß von dem damalen angegebenen Fall verstanden, son-
 dern auch auf andere Fälle, ohne Unterschied, ob der Eigenthümer
 des dienstbaren Guths zu den Reparaturen sich besonders verbindlich
 gemacht, oder nicht, ausgedehnet wissen wollen: so ist dennoch hie-
 wieder wohl anzumerken, daß, wenn dieses auch seine Meynung ge-
 wesen wäre, dieselbe doch nicht weiter, als nur in proposita specie,

d. i. bloß in einem solchen Fall, da der mit der Servitut beschwerte Nachbar die Reparaturen zu thun ausdrücklich sich anheischig gemacht, als wahr angenommen, und der Meynung des Gallus vorgezogen worden. Nimmt man nun alles dieses zusammen: so wird der in dem jetzt erklärten Gesetz in Absicht auf die Bestimmung der Verbindlichkeit zu repariren enthaltene Grundsatz des hierwider begehrenen Einwendens ohngeachtet, seine gute Richtigkeit wohl behalten.

§. 10.

Nunmehr ist es Zeit, daß ich unter dem kräftigen Bestande dieses Gesetzes folgende Regel setze: In allen und jeden Servituten fallen die Reparaturen und Reparaturkosten dem Eigenthümer und Besizer des dienstberechtigten Grundstückes zur Last: dahingegen ist der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes ohne Unterschied, ob die zu reparirende Sache ihm zugehört, oder nicht, damit gänzlich zu verschonen. Der Beweis hievon ist bereits geführet, und liegt deutlich in dem (§. 8. 9.) erklärten Gesetz. Es hat auch diesen Satz in dem Fall, wenn die zu reparirende Sache dem Inhaber der Servitut selbst zugehört, meines Wissens noch niemand bezweifelt. In dem andern Fall, wenn nemlich die dienstbare Sache selbst eine Reparatur nöthig hat, wird sothaner Satz ausser dem belobten Gesetz, auch mit vielen andern, oben (§. 4. 5.) aufgeführten Gesetzen, welche größtentheils von der Reparatur der dienstbaren oder doch wenigstens einer zu derselben gehörigen Sache handeln, diesem aber ohngeachtet die Verbindlichkeit zu repariren nicht dem dienstpflichtigen Eigenthümer derselben, sondern demjenigen, so der Servitut sich zu erfreuen hat, zuschreiben, auf das beste unterstützt. Ueberdem ist derselbe auch der Natur der Servituten, welche den Besizer des mit der Servitut behafteten Guths ordentlicher Weise nur zu einem Leiden, oder, (nemlich in den verneinenden Dienstbarkeiten), zu einem Nichtethun, keinesweges aber zu einem Thun, dergleichen das Repariren ist, verbunden: 18), am meisten gemäß. Es ist dieses schon etwas unnatürliches, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes zu den Reparaturen verbunden. Nun aber muß das natürliche dem unna-

türlich-

18) L. 15. §. 1. ff. de Servit. vid. supra ad §. 8. allegat. 16)

türlichen in zweifelhaften Fällen, und so lange ein anders in den Rechten oder durch Verträge nicht versehen ist, allemal vorgezogen werden. Es kommt auch noch dieses hinzu, daß die Servituten als solche Dinge, so der natürlichen Freyheit nachtheilig und eben deswegen verhaßt sind, bekanntermaaßen lieber eingeschränkt, als ausgedehnt werden müssen 19). Und diese Regel wird in keinem Satz besser, denn in demjenigen, welchen ich gegenwärtig behaupte, beobachtet. Endlich fehlet es hier auch nicht an einem natürlichen Grund: sintemalen selbst die natürliche Billigkeit erfordert, daß die Reparaturen mit den Kosten desjenigen, welcher sothane Reparaturen verlangt, und zu dessen Vortheil und Nutzen dieselben hauptsächlich geschehen, bestritten werden müssen. Nun aber verlangt der Besizer der dienstbaren Sache ordentlicher Weise keine Reparatur: dieselbe geschiehet auch nicht sowohl zu seinem, als vielmehr zum Besten der Servitut, als welche, wenn die Reparatur unterbliebe, nicht weiter ausgeübet werden könnte, sondern gänzlich aufhören müßte 20). Die Beantwortung der Zweifel, so wider diesen meinen Hauptsatz entstehen können, bleiben noch eine Weile ausgesetzet.

§. II.

Dieser meiner vorbesagten Regel füge ich noch dieses bey: Die dem Eigenthümer des dienstberechtigten Grundstückes obliegende Verbindlichkeit zu repariren, gehöret gleichwol nicht zu dem unveränderlichen Wesen einer Servitut, und kann demnach mittelst einer Abrede und Zusage, der Servitut ohneschadet, abgeändert, und auf den Eigenthümer der dienstpflichtigen Sache gar wohl gebracht werden. Dieser Satz scheint deswegen einem starken Zweifel unterworfen zu seyn, weil in den Gesetzen ausdrücklich enthalten, daß keine Servitut von Seiten des Besizers des dienstbaren Grundstückes darinne bestehen könne, daß er vermöge derselben etwas thun müsse 21). Und hieraus ist eben der bekannte Grundsatz erwachsen, daß keine Servitut in einem Thun be-

19) Carpz. Decif. 106. n. 10. Köppen Dec. 57. n. 1.

20) Iniquum est onus refectionis esse eius, qui incommodum ex re sentit, fructum nullum habet. *Mev. P. 8. Dec. 164. n. 4.*

21) L. 15. §. 1. ff. de Servit. L. 6. §. 2. ff. si servit. vind.

bestehen dürfe. Diesem zufolge setzen besagte Gesetze hinzu, daß es gar keine Servitut wäre, wenn mein Nachbar mir zu Gefallen sein Haus anstreichen, oder die Bäume aus seinem Garten hinweg schaffen müßte, damit ich dadurch eine desto freyere und angenehmere Aussicht bekommen möchte. Und zwar sagen die Gesetze dieses bloß aus der Ursache, weil es mit dem Begriff und der Natur einer Servitut zu streiten scheint, wenn der Besitzer des dienstbaren Grundstückes etwas zu thun verbunden ist. Nun aber läßt sich das Repariren ohne ein Thun nicht einmal gedenken. Hieraus aber scheint die Folge zu erwachsen, als wenn es schlechterdings nicht angehe, daß der Eigenthümer der dienstpflichtigen Sache zu den Reparaturen sich verbindlich mache. Hierzu kommt noch, was Labeo 22) sagt, daß nemlich die Dienstpflichtigkeit nicht an der Person des Besitzers der dienstbaren Sache, sondern an der dienstbaren Sache selbst hafte, oder welches einerley, daß nicht die Person, sondern die Sache dienstpflichtig sey. Dieses würde aber nicht zutreffen, wenn der Eigenthümer dieser Sache zum Behuf der Dienstgerechtigkeit mit den Reparaturen sich abgeben müßte. Hierauf nun antworte ich, daß es zwar nach den römischen Rechten keine gute Richtigkeit habe, daß alle Servituten darinne bestehen, daß der Inhaber des dienstpflichtigen Grundstückes entweder leiden müsse, daß sein dienstberechtigter Nachbar alles thue, was er bey der Ausübung der Dienstgerechtigkeit zu thun nöthig findet; oder aber, daß er, wenn es nemlich eine verneinende Servitut ist, alles nicht thue, und sorgfältig vermeide, was der Servitut zuwider ist. Ich gestehe demnach gerne, daß alle Servituten den Besitzer der dienstbaren Sache zu einem Leiden oder Nichtthun verbinden müssen, und daß keine derselben in einem Thun bestehen könne. Allein dieses läugne ich, daß die Servitut deswegen, weil der Eigenthümer des dienstpflichtigen Guths zu den Reparaturen verbunden, eine im Thun bestehende Servitut sey. Nur alsdenn heißt es eine im Thun bestehende Servitut, wenn die Hauptverbindlichkeit des dienstpflichtigen Nachbarn auf ein Thun gerichtet ist, wie solches die in den Gesetzen zur Erläuterung einer solchen Servitut angebrachten Exempel, deren ich kurz zuvor Erwähnung gethan, satzsam darlegen. Gehet aber dessen Hauptverbindlich,

22) d L. 6. §. 2. in fin. ff. h. servit. vind.

sichkeit dahin, daß er etwas leiden muß: so behält die Servitut das Wesen einer wahren Servitut, und kann keine in Thun bestehende Dienstbarkeit genennet werden, wenn gleich zufälliger Weise mit dem Leiden ein Thun verknüpft ist. Das Thun ist alsdenn nur eine Folge des Leidens, dieses aber bleibet allemal der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit, und der Dienstpflichtige thut nur deswegen etwas, damit er dasjenige, was er zu leiden hat, desto besser leiden möge, wie ich dieses in meiner vorigen Abhandlung §. 11. mit mehreren gezeigt habe. Man setze zum Exempel, daß der Besitzer einer dienstpflichtigen Wand sich anheischig gemacht habe, dieselbe mittelst der benötigten Reparaturen beständig in gutem Stande zu erhalten. Worinne bestehet nun dessen Hauptverbindlichkeit? Etwa im Thun? Keinesweges. Dies ist hier seine Hauptverbindlichkeit, daß er leiden muß, daß der Nachbar die Wand gebrauchet, um sein Gebäude darauf zu setzen. Die Servitut bestehet also offenbar in einem Leiden. Das Thun oder das Repariren geschieht nur der Hauptverbindlichkeit zufolge. Und wenn es möglich wäre, daß eine solche Wand in ihrem dauerhaftesten Wesen ewig bleiben könnte: so würde das Thun ganz wegfallen, und das bloße Leiden übrig bleiben. Ich werde auch in diesem Stück mit klaren Befehlen sattsam unterstützen, welche deutlich besagen, daß der Eigenthümer einer solchen Wand nicht nur zu den Reparaturen sich verbindlich machen könne, sondern auch, daß er, wenn dieses geschehen, dieser seiner Verbindlichkeit schlechterdings nachkommen müsse, und daß es nichts destoweniger eine wahre Servitut sey 23). Dieser Zweifel ist ja eben derjenige, welchen schon ehemals Gallus, wiewol vergeblich, vorgebracht. Servius, welcher wohl eingesehen, daß das römische Uding, *servitus faciendi*, aus einer blossen, dem dienstpflichtigen Eigenthümer obliegenden Schuldigkeit zu repariren noch lange nicht entstehen könne, hat das Gegentheil behauptet, und dabey das Vergnügen gehabt, daß seine Meynung als die gegründetste auch von den andern Rechtsgelehrten angenommen worden (§. 8. 9.). Auch die jetzigen Lehrer der Rechte, wenn gleich deren sehr viele in der Bürde- oder Lasttragung der Gebäude den Eigenthümer der dienstbaren Wand zu den Reparaturen ohne Unterscheid verdammen, müssen doch dabey stehen,

23) L. 33. ff. de servit. praed. urb. L. 6. §. 2. ff. si servit. vind.

stehen, daß diese Servitut, dessen ohngeachtet, eine wahre Servitut sey, welche alle wesentliche Stücke einer ächten Dienstbarkeit an sich habe, indem selbige eigentlich und hauptsächlich in einem Leiden bestehe, und wobey das Thun nur eine Folge des Leiden sey 24). Was nun hiernächst aus dem Labeo angeführet worden, ist zwar in so weit richtig, daß die Dienstpflichtigkeit nicht an der Person, sondern an der Sache hafte. Allein ich läugne abermal, daß dieses nicht zutrefte, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes die nöthigen Reparaturen thun muß. Die Verbindlichkeit hiezu hafet deswegen doch so, wie die ganze Servitut, an dem Grundstücke. Nur, weil das Grundstück sich nicht selbst repariren kann, so muß es der Besitzer thun. Der Grund von sothaner Verbindlichkeit aber ist inzwischen doch allemal in dem Grundstück selbst zu suchen. Der Besitzer davon muß repariren, wegen des Grundstückes, und weil er solches besitzt. Verkauft er dasselbe an einen andern: so ist er auch so fort von den Reparaturen wieder frey, und nunmehr muß derjenige denenselben sich unterziehen, welcher das Grundstück an sich gebracht hat. Es gehet also die Verbindlichkeit zu repariren zugleich mit dem Grundstück von einem Besitzer auf den andern über, welches nicht geschehen könnte, wenn dieselbe nicht an dem Grundstück sondern an der Person klebe: weil sonst solche in dem letztern Fall bey der Person bleiben müste, es möchte auch das Grundstück besitzen wer da wolte. Daß aber dergleichen Verbindlichkeiten durch Verträge oder sonst auf ein Grundstück gebracht werden können, welche mit demselben auf alle und jede Besitzer übergehen, und vermöge deren dieselben zum Vortheil eines andern etwas zu thun gehalten sind, daran ist meines Erachtens, wenigstens nach denen in Deutschland üblichen Rechten, wohl kein Zweifel 25). Die Besitzer dienstpflichtiger Bauern-Höfe legen hievon ein untrügliches Zeugniß ab 26).

C 2

§. 17.

24) Schwemmer diss. de iure domuum §. 11. p. 19. Treiber ad §. 1. Inst. de Servit. voc. onera vicini. Stryk V. M. P. L. 8. t. 2. §. 2. Struv Ex. 13. th. 9. et 33.

25) Titius Iur. priv. L. 3. cap. 13. §. 16. sqq. et in diss. de Servitute faciendi §. 24. sqq. Boechmer de Actionib. Sect. 2. cap. 2. §. 39. Schütler Ex. 18. §. 4. Bechmanni diss. de iure stillicidii cap. 2. §. 2. et 5.

26) Stryk V. M. P. L. 8. t. 1. §. 5. Carpz. L. 1. Resp. 57. n. 3. Boechmer c. 1. §. 44.

Ich fahre in meinem Lehrgebäude fort, und setze weiter: Auch selbst in der Servitut der Bürde, und Lasttragung der Gebäude ist der Eigenthümer der lasttragenden Wand zu den Reparaturen anders nicht, als nur vermöge seiner Zusage verbunden. Daß der Eigenthümer der dienstbaren Wand die Reparaturen derselben übernehmen müsse, wenn er durch eine Zusage sich dazu verbindlich gemacht, ist in denen (§. 11.) aufgeführten Gesetzen klar entschieden, mithin wohl keinem weiteren Zweifel unterworfen. Daß aber derselbe, wenn dergleichen Zusage nicht da wäre, wider seinen Willen auch nicht angehalten werden könnte, seine Wand zu repariren und im baulichen Wesen zu unterhalten, ist ein Satz, welcher desto heftiger bestritten wird. Inzwischen erweise ich denselben auf folgende Art: In den Gesetzen 27) ist dieser Fall befindlich: Marcus kauft von seinem nächsten Nachbar ein Haus; bey diesem Haus ist eine Wand, woraus des Verkäufers übriges Gebäude ruhet, und Marcus machet sich in dem Kaufcontract anheischig, sothane Wand stets in dem Zustande zu erhalten, in welchem selbige zu der Zeit des Contractis gewesen. Und von diesem Fall heißt es, daß Marcus die Wand zu repariren, und, dafern solche unbrauchbar geworden, wiederum herzustellen schlechterdings pflichtig sey, und zwar dieses aus diesem beygefügtten einzigen und merkwürdigen Entscheidungsgrund: *CVM IN LEGE AEDIVM ITA SCRIPTVM ESSET, paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*, welches kurz so viel heißt: weil er ein solches in dem Kaufcontract versprochen. Nun schliesse ich so: Ist Marcus bloß deswegen verbunden, seine Wand zu repariren, weil er dieses in dem Contract versprochen: so folget, daß er, wenn er es nicht versprochen hätte, dazu auch nicht verbunden seyn würde. Ich kann aber eben diesen Satz auch so beweisen: Die Gesetze setzen einmal diese allgemeine Regel: In allen Servituten (in so fern nemlich ein anders nicht abgeredet ist), muß der Eigenthümer des dienstberechtigten Grundstückes repariren, niemals aber der Eigenthümer des dienstpflichtigen Guths (§. 1c.). Wir dürfen uns nicht erdreisten, Ausnahmen von dieser Regel nach unsern Gutdünken zu machen, so lange die Gesetze selbst dergleichen nicht gemacht haben. Nun aber

längne

27) L. 33. ff. de S. P. V.

läugne ich, daß die Befehle in der Lasttragung der Gebäude dem Eigenthümer der Wand irgendwo einige Reparaturen auferlegen, in so weit er zu denselben durch Zufage nicht selbst sich verbindlich gemacht. Dies ist ein verneinender Satz. Within lieget meinen Gegnern um so mehr ob, das Gegentheil davon zu erweisen, je gewisser es ist, daß eine Ausnahme von der Regel nicht zu vermuthen, sondern erwiesen werden müsse.

§. 13.

Ehe ich aber diesen Beweis abwarte, muß ich vorläufig nur noch dieses erinnern, daß man, wenn man wissen will, ob der Eigenthümer der dienstpflichtigen Sache in dieser oder jener Servitut zu den Reparaturen sich verbindlich gemacht, auf die Ausdrücke, deren die Contrahenten in dem Contract (oder auch der Testirer in seinem Testament), sich bedient, gar eigentlich Achtung geben müsse. Es ist eben nicht allemal nöthig, daß des Reparirens mit ausdrücklichen Worten Erwähnung geschehe. Man kann hierinne folgenden Satz sich zur Regel dienen lassen. So oft in der Errichtung der Servitut Ausdrücke gebraucht worden, welche von Seiten des Eigenthümers der dienstbaren Sache ein auf die Erhaltung derselben in ihrem Wesen abzielendes Thun bedeuten: so oft ist derselbe zu den Reparaturen verbunden. So oft aber sothane Ausdrücke ein blosses Leiden desselben anzeigen: so oft ist er damit zu verschonen. Z. E. wenn in dem Contract die Worte stehen: Er, der Dienstpflichtige, wolle dem andern zu der Lasttragung seines Gebäudes eine tüchtige Wand halten, unterhalten, u. d. g.: so ist er zu den Reparaturen verbunden. Hieher rechne ich insbesondere den Fall, welchen Paulus 28) uns an die Hand giebt. Der daselbst befindliche Ausdruck, *vt servitutum praebere*, bedeutet mehr, als die bloße gegenwärtige Uebergabe und Einräumung der Wand zu des andern Gebrauch und Disposition. Das Wort *praebere* geht vielmehr auch zugleich auf die Hergehung der zu der Unterhaltung derselben nöthigen Kosten 29). Solte es aber in dem Con-

28) L. 33. in fin. ff. de S. P. V.

29) *Calvini Lexic. iurid. voc. praebere. Ibi: praebere et tradere differunt. Tradere praesentem actum dationis significat. Praebere autem causam et materiam. — Sic praebet sponsalia, qui sumtus iis celebrandis suppeditat, et praebet ludos, qui suis expensis edit.*



Contract heißen: Er, (der Eigenthümer des dienstpflchtigen Grundstückes) wolle dem andern z. E. die Fahrt über seinen Acker verstat-
ten, oder, er wolle es erlauben und geschehen lassen, daß der
Nachbar seine Tramen durch seine Wand ziehe: so ist er den Fahr-
weg oder seine Wand zu repariren nicht gehalten. Wenn endlich
die Worte des Contracts so zweifelhaft und dunkel sind, daß man
die eigentliche Meynung der Contrahenten in demselben nicht finden
kann: so halte ich dafür, daß man sich nach folgender Regel zu rich-
ten habe: In zweifelhaften Fällen ist die Auslegung des Con-
tracts in Absicht auf die Verbindlichkeit zu repariren allemal
mehr für, als wider den Eigenthümer des dienstpflchtigen
Grundstückes zu machen. Der Beweis dieses Satzes ist sehr
leicht. Es ist einmal die Regel, daß derjenige, welchem die Servi-
tut zustehet, repariren müsse (§. 10.). Folglich ist das Gegentheil
hievon etwas außerordentliches und unregelmäßiges. Nun aber wird
in zweifelhaften Fällen bekanntermaaßen das unregelmäßige nicht,
sondern vielmehr das, so mit der Regel übereinstimmt, und ordent-
licher Weise geschieht, vermuthet. Nicht minder bekannt ist es in
der Rechtsgelahrtheit, daß demjenigen, welcher in einem Contract
einen außerordentlichen Vortheil zu erlangen gedenket, obliege, sol-
ches deutlich auszudrucken, und alle Dunkelheit sorgfältig zu vermei-
den, oder aber, wenn er solches unterläßt, hernach gewärtig zu seyn,
daß die Auslegung zu seinem Nachtheil ohnfehlbar geschehe 30).
Nun ist es allerdings ein außerordentlicher Vortheil, wenn der Be-
sitzer des dienstberechtigten Guths die den Rechten nach ihm oblie-
genden Reparaturen und Reparaturkosten dem Eigenthümer des
dienstbaren Grundstückes auf den Hals schieben will. Folglich hat
derselbe, wenn er diesen Vortheil nicht deutlich sich ausbedungen,
darüber sich nicht zu beschweren, wenn die Auslegung des Contracts
in diesem Stück wider ihn ausfällt, und er die Kosten der Repara-
turen tragen muß.

§. 14.

Wider den Satz, welchen ich (§. 12.) behauptet, treten die
vortreflichsten Gegner, mit verschiedenen Gesetzen bewaffnet, auf.
Aus

30) Boehmer diss. de interpret. fac. contra eum, qui clarius loqui debuit.
Ludovici doct. Pand. L. 18. t. 1. §. 13.

Aus diesen Gesetzen soll erhellen, daß der Eigenthümer der dienstpflichtigen Wand in der Bürde, oder Lasttragung der Gebäude allemal, ob er sich gleich durch eine besondere Zusage hiezu nicht verpflichtet hat, repariren müsse. Zur Deutlichkeit theile ich sothane Gesetze in zwey Classen. In einigen derselben ist zwar enthalten, daß der dienstpflichtige Eigenthümer die Wand zu repariren verbunden. Allein sie sprechen deutlich von einem Fall, da derselbe sothane Verbindlichkeit durch eine Zusage übernommen 31). Folglich treffen diese Gesetze eigentlich meinen Satz nicht, sondern derselbe wird dadurch vielmehr bestätigt. Wohingegen die zu der andern Classe gehörigen Gesetze freylich eine weit größere Schwierigkeit mit sich führen. Dieselben verurtheilen den Eigenthümer der lasttragenden Wand ebenfalls zu den Reparaturen derselben, enthalten aber dabey auch nicht die geringste Spur von einer Zusage, vermöge deren derselbe hiezu sich verbindlich gemacht 32). Ja in einem derselben 33) scheint es so gar ganz zuverlässig zu seyn, daß man daselbst eine solche Zusage gar nicht einmal annehmen oder zum voraus setzen dürfe. In dem nur besagten Gesetz wird der Unterschied zwischen der confessorischen Klage, welche aus der Servitut der Bürde, und Lasttragung der Gebäude, und derjenigen confessorischen Klage, welche aus der dieser sehr ähnlichen Servitut des Trammrechts entspringet, dergestalt nachgewiesen, daß jene darauf mit gehe, daß der Eigenthümer der dienstpflichtigen Wand dieselbe zu repariren pflichtig zu erkennen, in dieser aber nur allein darauf angetragen werden dürfe, daß er die Tramen in seine Wand einschieben zu lassen schuldig sey. Hier stehet in dem Gesetz kein Wort davon, daß man in der erstern Servitut die confessorische Klage auf die Reparatur der Wand nur sodann mit richten dürfe, wenn der Eigenthümer derselben sich dazu verbindlich gemacht. Es scheint vielmehr ganz gewiß zu seyn, daß das Gesetz hauptsächlich von dem Fall zu verstehen, da er sich dazu nicht verbunden hat. Denn, wenn wider besagten Eigenthümer nur sodann auf die Reparatur seiner Wand geklagt werden dürfte, wenn er dieselbe zugesagt, so würde ja der in dem Gesetz angegebene Unterschied falsch seyn: indem wohl nicht daran zu zweifeln, daß der Eigenthümer der

Wand

31) Huc refero L. 33. ff. de S. P. V. L. 6. §. 2. et 5. ff. si servit. vind.

32) L. 8. pr. ff. eod.

33) L. 8. §. 2. ff. eod.



Wand in dem Eramrecht dieselbe ebenfalls repariren müßte, wenn er durch eine Zufage sich dazu verbindlich gemacht hätte. Und in der That, es ist kein zureichender Grund vorhanden, warum der Eigenthümer des dienstbaren Guths in andern Servituten zu den Reparaturen nicht eben so, als in der Lasttragung der Gebäude, durch Zufage sich solle verbindlich machen können. Genug, daß eine solche Zufage mit dem Wesen einer Servitut nicht streitet (§. II.). Hieraus nun siehet man, daß die Meynung derjenigen, welche dafür halten, daß der Eigenthümer des dienstpflichtigen Grundstücks in der einzigen Lasttragung der Gebäude (denn von andern Servituten besagen die Gesetze ein gleiches nicht, sondern vielmehr das Gegentheil), zu den Reparaturen allgemein, und ohne Rücksicht auf eine Zufage, verbunden, mithin dieselbe die einzige unregelmäßige Servitut (servitus anomala) sey, wo nicht ihren guten Grund, doch wenigstens den größten Schein habe.

§. 15.

Ich muß gestehen, daß dieser Zweifel mich in meinen Betrachtungen, die ich öfters über diese Materie angestellt, am meisten irre gemacht habe. Ich könnte zwar das erstere von denen wider mich angeführten Gesetzen, nemlich Legem 8. pr. ff. si servit. vind. damit leicht ablehnen, daß solches, wie der Augenschein lehret, aus eben dem 17ten Buch des Ulpian, so er ad Edictum geschrieben, und aus welchem Lex 6. §. 2. ff. eod. ebenfalls gestossen, genommen worden, und bloß eine weitere Fortsetzung und Bestimmung der in diesem letztern Gesetz vorgetragenen Lehre, daß nemlich in der Lasttragung der Gebäude der Eigenthümer der dienstpflichtigen Wand dieselbe zu repariren schuldig sey, in sich enthält. Da nun dieses Gesetz, nemlich L. 6. §. 2. ff. si servit. vind. von dem Fall ausdrücklich handelt, da der Dienstpflichtige die Verbindlichkeit zu repariren durch Zufage über sich genommen: so ist sehr wahrscheinlich, daß auch jenes Gesetz von eben diesem Fall verstanden werden müsse. Allein damit ist diejenige Schwierigkeit noch nicht gehoben, welche das zweyte mir entgegen gestellte Gesetz, nemlich L. 8. §. 2. ff. eod. mit sich führet. Ich bin wirklich überzeugt, daß dieses Gesetz den Verstand hat, daß der Eigenthümer der Wand in der Lasttragung der Gebäude durchgängig und allemal zu repariren verbunden. Aber eben dieses
scheinet

scheinet ein klarer Beweis zu seyn; daß der Grund von sothaner Verbindlichkeit nicht sowol in einer bloß zufälligen Zusage, als vielmehr irgendwo in einer andern Ursache, und vielleicht in der unregelmäßigen Art dieser Servitut selbst zu suchen. Es ist in der That schwer, sothanen Grund zu errathen. Wenigstens ich konnte vorhin niemals einen zureichenden Grund davon finden, warum just in dieser Servitut allein der dienstpflichtige Eigenthümer durchgängig zu repariren schuldig, und warum dieses in der derselben ungemein ähnlichen Servitut des Tramrechts oder auch in andern Dienstbarkeiten nicht ebenfalls sich also verhalte. Ich bin zwar schon in meiner vorigen Abhandlung (§. 18.) in den Gedanken begriffen gewesen, daß in der Lasttragung der Gebäude schon selbst die Formel der confessorischen Klage darauf mit gegangen, daß der Beklagte seine Wand repariren müsse, und daß solches daher gekommen, weil die Römer gewohnt gewesen, bey Erlangung dieser Servitut die Abrede allezeit, oder doch meistens dahin zu richten, daß der Eigenthümer der dienstbaren Wand diese im baulichen Stande zu erhalten pflichtig seyn sollte und wollte. Allein ich konnte bey meinen damaligen Grundsätzen in dem Tramrecht nicht nach Wunsch zu rechte kommen. Nach dieser Zeit hat mich Thomasius in meinen Gedanken theils bestärket, theils aber besser unterrichtet. So viel siehet man hier wohl, daß ein Unterschied zwischen der Lasttragung der Gebäude und dem Tramrecht gewesen seyn müsse, indem die Geseze uns diese Servituten als zwo verschiedene Dienstbarkeiten darstellen. Man siehet aber dabey nicht weniger, daß der anzugebende Unterschied auch so beschaffen seyn müsse, daß derselbe zugleich einen zureichenden Grund in sich enthalte, aus welchem ersichtlich ist, warum die aus jener Servitut entspringende Klage auf die Reparatur und Wiederherstellung der haufälligen oder eingefallenen Wand allemal mit gerichtet werden dürfen, mit nichten aber diejenige, welche dem Innhaber des Tramrechts gewidmet ist. Die gemeine Meynung gehet zwar dahin: daß die Lasttragung der Gebäude (*servitus oneris ferendi*) eigentlich darinn bestehe, daß die dienstpflichtige Wand entweder die Last unsers ganzen Gebäudes, oder doch wenigstens die eine ganze Seite desselben tragen müsse, wohingegen das Tramrecht (*servitus tigni immittendi*) uns nur berechtige, die zu unserm Gebäude gehörige Traumen oder Balken in dieselbe einzuschieben, ausser diesen aber keine weitere Last, als etwa nur bloß eine geringe, z. E. einen

§
Boden



Boden, darauf zu legen 34). Allein dieser Unterschied macht eines-
 theils nicht begreiflich, warum die Klage in der letztern Servitut wider
 den Eigenthümer der Wand nicht eben sowol auf die Unterhaltung
 derselben in ihrem baulichen Wesen gerichtet werden dürfe, als in
 der erstern. Anderntheils aber stimmen damit auch die Gesetze nicht
 überein. Diese machen uns von dem Framrecht einen ganz andern
 Begriff, wenn sie sagen, daß derjenige, welchem diese Servitut
 zustehet, nicht nur seine Balken in des Nachbars Wand einschieben,
 sondern auch eine Laube oder einen Spaziergang darauf anlegen,
 und zu diesem Ende auf denen eingeschobenen Balken wiederum be-
 sondere Wände und Säulen, auf welchen das Dach des Spazier-
 ganges ruhen könne, setzen und anbringen dürfe 35). Auf diese
 Weise ist derjenige, welchem die Servitut der Lasttragung seines Ge-
 bäudes zustehet, zugleich berechtiget, seine Framen in des Nachbars
 Wand einzuschieben, so wie im Gegentheil auch derjenige, welcher
 das Framrecht hat, zugleich besugt ist, die Last eines Gebäudes auf
 desselben Wand, oder, welches auf eins hinausläuft, auf die in der-
 selben ruhende Framen zu setzen. Solchemnach kann der Unterschied
 besagter zweoen Servituten bey den Römern nicht wohl darinne be-
 standen haben, worinn denselben die gemeine Meynung sezet.

§. 16.

Ich halte gänzlich dafür, daß keiner die Sache besser, als Tho-
 masius 36) getroffen. Dieser sagt, daß der ganze Unterschied zwi-
 schen dem Framrecht und der Lasttragung der Gebäude blos in der
 Verschiedenheit der Wörter-Formeln, welche bey Errichtung dieser
 Servituten gebraucht worden, bestanden, deraestalt, daß wenn die
 dabey gebrauchten Worte darauf gegangen, daß der mit einer solchen
 Servitut zu beschwerende Nachbar schuldig seyn solle, eine gute und
 tüchtige Wand, welche die Bürde unsers Gebäudes tragen, und
 die zu diesem Ende darein zu legenden Framen sicher einnehmen könne,
 zu unterhalten, die Dienstbarkeit servitus oneris ferendi, in dem
 andern Fall aber, wenn nemlich die Worte nur dieses enthalten,
 daß er verstatten und erlauben wolle, daß wir unsere Framen in
 seine

34) Stryk V. M. P. L. 8. t. 2. §. 3. Boehmer Introd. in ius dig. eod. tit. §. 2.

35) L. 8. §. 1. ff. si servit. vind.

36) in diff. de Servitute stillicidii §. 59.

seine Wand einschieben, und nach Befinden eine Last darauf setzen dürfen, *servitus tigni immittendi* geheissen. Die Gesetze bestätigen sowohl diesen letztern 37), als auch den erstern Begriff 38), und selbst die verschiedene Beschaffenheit beyder aus diesen Servituten entspringenden Klagen zeigen die Richtigkeit dieser Begriffe noch mehr. Die mit der Servitut der Lasttragung verbundene confessorische Klage geht nach Anleitung der Gesetze allemal und ihrer Natur nach mit auf die von dem Eigenthümer der dienstpflichtigen Wand zu übernehmenden Reparaturen derselben. Dies beweiset augenscheinlich, daß der andere berechtigt seyn müsse, solche Reparaturen von ihm zu fordern. Wie könnte derselbe aber wohl berechtigt seyn, diese von ihm zu fordern, wenn er sich hiezu durch seine Zusage nicht selbst verbindlich gemacht hätte. Es hängt ja das ganze Recht dessen, welcher diese Servitut hat, von der Vergünstigung und Zusage dessen, so derselben sich unterworfen, lediglich ab. Im Gegentheil gehet die dem Inhaber des *Tramrechts* in den Gesetzen bestimmte Klage niemals mit auf die Reparaturen, sondern nur auf ein bloßes Leiden. Folglich muß der Beklagte auch zu nichts weiter, als zu einem bloßen Leiden in seiner Zusage sich anheischig gemacht haben. Es bleibet also dabey, was ich in meinem Satz (§. 12.) gesagt, daß nemlich der Eigenthümer der dienstpflichtigen Wand auch selbst in der Bürde und Lasttragung der Gebäude zu den Reparaturen anders nicht, denn nur vermöge seiner Zusage, verbunden. Nur ist bey dieser Servitut dieses besondere, daß eine solche Zusage nach den römischen Rechten mit derselben allemal verbunden gewesen, und verbunden seyn müssen, weil es sonst nicht *servitus oneris ferendi*, sondern eine ganz andere, nemlich *tigni immittendi servitus*, gewesen seyn würde. Und in so weit ist es allerdings wahr, daß diese Servitut eine unregelmäßige Dienstbarkeit zu nennen. Im übrigen ist *Thomafius* auch nicht der einzige, welcher den Unterschied mehr bezagter zweyen Servituten lediglich nach der Verschiedenheit der Worte, deren die Kontrahenten bey Errichtung derselben sich bedienen, bestimmet. Es können außer ihm auch noch andere angesehenen Rechtsgelehrte nahmhast gemacht werden, welche ein gleiches gethan 39).

§ 2

§. 17.

37) D. L. 8. §. 1. ff. si servit. vind. §. 4. Inst. de servit. praed.

38) L. 33. ff. de S. P. V. L. 6. §. 2. et 5. ff. si servit. vind.

39) *Schambogen* ad §. 1. Inst. de Servit. praed. p. 252. *Berger Oecon. iur. L. 2. tit. 3. §. 11. p. m. 312.*

Nunmehr fahre ich in meinen Sätzen folgendermaßen weiter fort: Der Eigenthümer des dienstbaren Guths kann sich von der übernommenen Verbindlichkeit zu repariren dadurch wiederum befreien, wenn er dasselbe entweder veräußert, oder verläßt, und in das Freye giebt. Der Beweis dieses Satzes ist nicht schwer. Schon nach dem bekannten Begriff einer Servitut ist dieselbe jederzeit ein Recht, welches uns auf eines andern Guth zukehret. Folglich haftet die Dienstpflichtigkeit niemals an einer gewissen Person, sondern allemal an einem gewissen Guth, dergestalt, daß der Eigenthümer desselben, wenn er auch zu den Reparaturen sich verstanden, dennoch diese Verbindlichkeit, welche in diesem Fall als ein Stück der Dienstpflichtigkeit zu betrachten, nicht so wohl auf sich, als vielmehr auf sein Guth genommen. Derselbe ist derowegen anderergestalt nicht, als blos in Rücksicht auf dieses Guth, und als Besitzer desselben zu den Reparaturen verbunden (§. 11.). Folglich währet diese Verbindlichkeit auch nicht länger, als so lange er in dem Besitz des ermeldeten Guths sich befindet. Nun aber kann nicht gesagt werden, daß er dasselbe noch besitze, wenn er es veräußert, oder in das Freye gegeben hat. Daß er aber dieses letztere thun könne, ist daher klar, weil er sich nicht mit verbindlich gemacht das Guth niemalen veräußern, oder ins Freye geben zu wollen. Außer diesen aber beweiset meinen Satz auch ein klares Gesetz 40). Sonst verstehet es sich hiebey wohl von selbst, daß auch der Inhaber der Servitut entweder durch Veräußerung des dienstberechtigten Guths, oder auch dadurch, daß er die Servitut lieber freywillig fahren lassen, als die Kosten an die Reparatur wenden will, von seiner Verbindlichkeit zu repariren auf gleiche Weise sich losmachen könne 41). Das erstere Glied dieses Satzes ist daher klar, weil die Dienstgerechtigkeit an dem Guthe klebet, und folglich, wenn dieses veräußert wird, ebenfals mit fortgeht. An dem letztern aber ist um deswillen nicht zu zweifeln, weil der Besitzer ja nur um seines eigenen Nutzens und um seiner eigenen Dienstgerechtigkeit willen zu repariren verbunden. Und warum soll er sich

Dieses

40) L. 6. §. 2. in fin. ff. si servit. vind. Huber Prael. Pand. tit. de Servit. §. 3.

41) L. 48. et 64. ff. de usufruct.

Dieses seines Rechts, so bald solches anfängt ihm mehr zur Last, als zum Vortheil zu gereichen, nicht begeben können?

§. 18.

Es ist noch übrig, daß ich meine Gedanken auch hierüber eröffne, ob der Eigenthümer des dienstpflichtigen Guths zu den Reparaturen nicht wenigstens alsdenn verbunden, wenn er der zu reparirenden Sache, auch zu seinem eigenen Gebrauch sich mit bedient. Und ich setze dieserwegen folgenden Satz: Ausser denen einer gewissen Person auf Lebenszeit zugute errichteten Servituten giebt blos dieser Umstand, daß der Eigenthümer des dienstpflichtigen Guths die zu reparirende Sache zu seinem eigenen Nutzen mitgebrauchet, dem Inhaber der Servitut nach dem römischen Gesetze kein Recht, denselben dieserwegen zu den Reparaturen entweder ganz, oder zum Theil anzuhalten. Will aber besagter Eigenthümer des dienstpflichtigen Guths solche Reparaturen zu seinem eigenen Behuf freywillig übernehmen: so stehet ihm ein solches zwar frey; gleichwol ist dieser Fall keine wahre Ausnahme von meiner oben (§. 10.) vorgetragenen Regel. Ich sage: blos dieser Umstand &c. Denn ein anders wäre es, wenn der dienstpflichtige Eigenthümer ausserdem die Verbindlichkeit zu repariren etwa durch eine Zusage übernommen, oder der Testator (wenn nemlich die Servitut aus einem Testament herrühret), ihm solche auferleget hätte. Daß aber der Umstand, wenn nemlich der mit der Dienstbarkeit beschwerte Eigenthümer die zu reparirende Sache selbst mit brauchet, in Absicht auf die Verbindlichkeit zu repariren nach den römischen Rechten nichts ändert, solches läßt sich daher schließen, weil besagte Rechte ermeldeten Eigenthümer von den Reparaturen allgemein freysprechen, und solche dagegen dem Besitzer der Servitut zutheilen. Das Gesetz, so ich oben (§. 8. 9.) erkläret, besaget dieses ganz deutlich. Es wird daselbst kein Unterschied gemacht, ob der Dienstpflichtige die Reparatur mit nuset, oder nicht. Es konnte ja denen Gesetzgebern aus der Erfahrung nicht unbekannt seyn, daß der Eigenthümer der dienstbaren Sache dieselbe öfters mitbrauchet, wenn zumalen der Servitut dadurch kein Nachtheil zugezogen wird. Dessen aber ohngeachtet haben sie denselben von den Reparaturen losgesprochen. J. E. in dem Eramrecht dienet

dienet die dienstbare Wand selten zum alleinigen Gebrauch der Servitut. Vielmehr wendet der Eigenthümer der Wand dieselbe meistens zu seinem eigenen Gebrauch mit an. Und dennoch setzen die Rechte ganz deutlich, daß derjenige, welchem dieses Recht zustehet, schlechterdings nicht befugt seyn solle, wider den Inhaber der Wand die confessorische Klage auf einige Reparaturen mit zu richten 42). Es ist einmal eine in den römischen Gesetzen ausgemachte Sache, daß dieselben den Eigenthümer des dienstpflichtigen Guts, in so fern ein anders nicht abgeredet, nicht mit einem Thun, sondern nur mit einem Leiden beschweren wollen. Es ist also derselbe nicht verbunden die Reparaturen zu übernehmen, oder auch nur einen Beytrag dazu zu thun. Er hat vielmehr seiner Verbindlichkeit ein Gnüge geleistet, wenn er dem dienstberechtigten Nachbar, da dieser sich anschickt, zu seinen Arbeitsleuten die Reparatur selbst zu verrichten, nur keine Hindernisse in den Weg leget, sondern ein solches geruhig geschehen läßt. Solte aber der dienstberechtigte Nachbar so vielen Nutzen aus der Servitut nicht ziehen können, daß es sich der Mühe und Kosten verlohnte, die Reparatur zu unternehmen: so kann derselbe hiezu gleichergestalt nicht gezwungen werden (§. 17.). Und in diesem Fall kömmt es darauf an, ob der Eigenthümer der einer Reparatur benöthigten Sache die hiezu erforderliche Kosten ebenfalls scheuet, oder ob demselben an der Reparatur und Erhaltung dieser Sache vielmehr äusserst gelegen. Im ersten Fall gehet die Sache samt der Servitut ein. In dem letztern Fall aber ist gar kein Zweifel, daß derselbe, wenn er sonst will, die Reparatur selbst übernehmen dürfe: theils, weil die zu reparirende Sache sein Eigenthum ist; theils aber, weil er dadurch der Servitut keinen Schaden thut, sondern dieselbe vielmehr befördert, indem er nach beschehener Reparatur leiden muß, daß die dem Nachbar einmal eingeräumte Servitut nunmehr fortwähret 43).

§. 19.

Sonst habe ich meinem Satz noch beygefügt, daß dieser Fall keine wahre Ausnahme von meiner oben (§. 10.) vorgetragenen Regel sey: Denn besagte Regel gehet nur auf diejenige Verbindlichkeit

42) L. 8. §. 2. ff. si servit. vind.

43) arg. L. 7. §. 2. ff. de usufruct. Ibi: Si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere: sed si heres refecerit, passurum usu fructuarium uti. L. 18. §. 2. ff. quemadm. servit. amitt. Lauterb. Colleg. Pand. L. 8. t. 2. §. 3.

lichkeit zu repariren, welche eine Folge aus der Servitut ist. Und von solchen Reparaturen habe ich daselbst gesagt, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes damit gänzlich zu verschonen. In dem gegenwärtigen Fall aber ist von einer solchen Reparatur, zu welcher der Dienstpflichtige vermöge der Servitut verbunden, gar die Rede nicht. Derselbe repariret ja nicht aus einer von der Servitut herrührenden Schuldigkeit, sondern freywillig und um seines eigenen Nutzens willen. Es ist solches auch daher klar, weil die Reparatur in dem gegenwärtigen Fall von ihm geschehen würde, wenn gleich auf der zu reparirenden Sache niemanden eine Servitut zustünde. Weiter habe ich zu meinem Satz auch diese Bestimmung hinzugesetzt: Ausser denen einer gewissen Person auf Lebenszeit zu gute errichteten Servituten. Ich finde hierbey nöthig, damit aller besorglichen Mißdeutung vorgebeuet werde, zu erinnern, daß die in dem oben erklärten Hauptgesetz enthaltene, und von mir (§. 10.) festgesetzte Regel, vermöge welcher die Verbindlichkeit zu repariren in allen Servituten auf dem Eigenthümer des dienstberechtigten, niemalen aber auf dem Eigenthümer des dienstpflichtigen Grundstückes lieget, nur von solchen Servituten, welche einem gewissen Grundstück zugute errichtet worden, und dieserwegen auch *servitutes praediorum* heißen, zu verstehen, welches auch schon daher abzunehmen, indem ermeldetes Hauptgesetz aus dem 8ten Buch der Pandekten, wo bekanntermaßen von solchen zu gewissen Grundstücken gehörigen Servituten nur allein gehandelt wird, genommen, sonst aber auch bekannt ist, daß unter dem Namen der Servituten sehr öfters die jetzt erwehnten Dienstbarkeiten ganz allein begriffen sind 44). Es gehören also diejenige Servituten, welche an der Person desjenigen, welchem dieselben zustehen, kleben, und mit dessen Tode wiederum aufhören, (*servitutes personales*) hier nicht her. Denn es kann nicht geläugnet werden, daß die Gesetze in diesen Servituten dem Eigenthümer, welcher mit denenselben beschweret, einen Theil der Reparaturkosten, in so fern er des Nutzens und Gebrauchs mit theilhaftig ist, aufbürden 45). Der Grund dieses Unterschiedes mag wohl darinne bestehen: weil diese Servituten mit dem Tode

44) *Voet. Comment. ad Pand. tit. de servitutib. n. 1. Thomassin in Schol. ad Huber. Praelect. Pand. tit. de Servit. §. 7.*

45) *L. 18. ff. de usu et habit.*



Tode dessen, welchem selbige zustehen, wiederum verlöschen. Es würde demnach sehr hart seyn, wenn derselbe die Reparaturen, deren er vielleicht nur noch eine sehr kurze Zeit zu genießen haben wird, allein übernehmen, und solchergestalt mehr zum Nutzen eines andern, als zu seinem eigenen repariren müste. Dahingegen haften die übrigen Servituten an einem gewissen Grundstück, und bleiben bey demselben ordentlicher Weise stets, und so lange das Grundstück währet. Sie gehen mit demselben auf die Erben und alle Nachfolger über. Folglich haben diese des Nutzens der von ihren Vorfahren gemachten Reparaturen annoch sich zu erfreuen. Endlich habe ich mit gutem Bedacht gesehet: nach den römischen Gesetzen. Denn es ist noch freitig, ob diesen Gesetzen in unsern deutschen Gerichten in diesem Fall, wenn nemlich der Eigenthümer der zu reparirenden Sache dieselbe zu seinem eigenen Nutzen mit gebrauchet, auch wirklich nachgelebet werde. Man sehe, daß jemand schuldig ist, dem Nachbar den Abfall von seinem Röhrwasser vermöge einer Servitut zukommen zu lassen. Nun wird der Wassertrog wandelbar, daß ein neuer angeschaffet werden muß. In diesem Fall behaupten einige Rechtsgelehrte ohne Bedenken, daß der dienstpflichtige Eigenthümer dieses Troges auf seine Kosten einen neuen anzuschaffen und setzen zu lassen pflichtig sey 46). Was mich insbesondere anbelanget, so bin ich diesem Gerichtsbrauch, wenn derselbe nemlich so eingerichtet wird, daß beyde Theile, im Fall die Reparatur zu beyder Nutzen und Vortheil gereicht, und zwar jeder einen proportionirlichen Antheil zu den Kosten derselben hergeben muß, gar nicht entgegen, und zwar dieses aus folgenden Gründen: Weil 1) die offenbare Billigkeit erfordert, daß derjenige, welcher den Nutzen von einer Sache hat, auch die Beschwerden, besonders aber die Reparaturen sich gefallen lassen müsse. 2) Die römischen Rechte dieses in den persönlichen Servituten, wie schon gedacht, selbst anerkannt haben. Da hingegen 3) die in den übrigen Dienstbarkeiten vorkommenden römischen Satzungen, in so weit solche auf bloße Subtilitäten hinauslaufen, besonders aber diejenige, daß es mit der Natur einer Servitut streite, wenn der Dienstpflichtige zu einem Thun

46) Wernher P. 10. Obs. 407. Titius d. diff. de Servitute faciendi §. 35. et iur. priv. L. 3. c. 13. §. 19. sq.

Thun verbunden, in Deutschland nicht angenommen sind 47). 4) Es hart und unangenehm seyn würde, wenn der Dienstberechtigte auf seine alleinige Kosten seinem Nachbar nützlich seyn, demselben z. E. einen Wassertrog, eine Wand, eine Vieh-Eränke u. s. w. unterhalten, und solchergestalt in der That selbst dienstpflichtig werden müßte.

§. 20.

Nunmehr ist nur noch die Beantwortung zweier Einwendungen übrig, welche wider meinen Hauptsatz (§. 10.) gemacht werden können. Einige schliessen so: der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher seinem Nachbar auf demselben eine Servitut eingeräumt, muß Wort halten, und darf demselben mit der einen Hand nicht wieder nehmen, was er ihm mit der andern gegeben. Dieses letztere aber würde er in der That thun, wenn er die zum wirklichen Gebrauch der Servitut nöthigen Reparaturen unterliesse: indem die dienstpflichtige Sache bey solcher Unterlassung nicht ferner tüchtig wäre, dem Nachbar den versprochenen Nutzen zu leisten 48). Und hieraus soll erhellen, daß der dienstpflichtige Eigenthümer allemal zu den Reparaturen verbunden, wenn er gleich ausdrücklich dazu sich eben nicht anheischig gemacht. Sodann aber beziehen sie sich auch auf ein Gesetz 49), in welchem die Reparatur und Ausräumung eines dienstbaren Grabens dem Eigenthümer desselben ganz deutlich zugehört, ob derselbe sich hiezu durch Zusage gleich nicht verbunden hat. Hierauf ist meine Antwort kurz diese. Wenn der dienstpflichtige Eigenthümer den dienstberechtigten Nachbar weder in dem freyen Gebrauch der Servitut, noch auch an den nöthig befundenen Reparaturen behindert: so hat er sein Wort vollkommen erfüllt: indem er ein mehreres nicht versprochen. Unterläßt nun der Nachbar die Reparaturen, und der Gebrauch der Servitut wird dadurch gehemmet, so ist die Schuld ihm selbst, keinesweges aber dem

47) Titius iur. priv. c. 1. §. 16. sq. Lessler Spec. 170. m. 1. Schilter Ex. 18. §. 12.

48) Richter d. diss. de domino serviente ad resect. obligato. §. 4. et 5.

49) L. 2. §. 7. ff. de aq. et aq. puv. arc.

Dem dienſtpflichtigen Eigenthümer bezumessen, und es kann nicht gefagt werden, daß dieser ihm mit der einen Hand wieder genommen, was er mit der andern gegeben. Es folget demnach aus dem angebrachten Argument nichts minder, als daß der Eigenthümer der dienſtbaren Sache zu repariren verbunden sey, wenn er sich gleich hiezu besonders nicht verbindlich gemacht hat. Was aber das Gesetz, so meinem Satz entgegen stehen soll, anlanget, so haben schon andere der Mühe mich überhoben, diesen Zweifel bey Seite zu legen 50). Nämlich in dem angeführten Gesetz ist gar nicht die Rede von einer Servitut, sondern von einem alten Wassergraben, welchen unser Nachbar in seinem Grundstück, um dasselbe mittelst Abziehung des Wassers in diesen Graben bey der gehörigen Trockenheit zu erhalten, gehabt, aber niemalen ausgeräumt, wodurch es geschehen, daß der Graben nach und nach mit vielem Schlamm angefüllt, und das Wasser gestemmet worden. Diem Weil nun diese Stemmung unsern über diesen Graben gelegenen Feldern gefährlich zu werden beginnt: so wird gefragt, ob wir nicht mit Recht von unserm Nachbar verlangen können, daß er seinen Graben austräumen müsse. Daß von einem solchen Fall in dem angeführten, obwohl verstümmelten Gesetz die Rede sey, siehet man aus einer andern Stelle desselben Gesetzes 51). Und daselbst wird nicht gesagt, daß wir den Nachbar zur Austräumung seines Grabens zwingen können, sondern nur so viel, daß derselbe, wofern er sich weigert, auf unser Verlangen sothanen Graben selbst auszuräumen, wenigstens leiden und verstatten müsse, daß solches von uns geschehe. Eben dieses wird noch an einem andern Ort des ermeldeten Gesetzes gleichfalls bestätigt 52), derjenigen Gesetze, welche ich oben (§. 5.) dieser Sache wegen angeführet, vorhero nicht einmal zu gedenken. Gesetz also auch den Fall, daß in dem mir jeho entgegen gestellten Gesetz von einer Servitut, welches ich gleichwol niemals zugeben werde, wirklich die Rede wäre; so könnte dennoch aus selbigen, wenn solches nur vorhero aus dem Zusammenhang mit den vorhergehenden Stellen behörig ergänzet und erläutert wird, nimmermehr erwiesen werden, daß der Eigenthümer des dienſtpflichtigen Guts zu repariren

50) Huber Prael. Pand. L. 8. t. 1. §. 41.

51) L. 2. §. 1. eod.

52) d. L. 2. §. 6. Ibi: posse cum inferiori agi, ut fuit purgari.

riren verbunden sey. Das angeführte Gesetz verbindet ja den Eigen-
 thümer des Grabens nicht zu der Ausräumung desselben, sondern
 läßt ihm die Wahl, ob er sothanen Graben selbst ausräumen, oder
 aber verstaten wolle, daß solches von uns geschehe. Nur zu diesem
 letztern ist er verbunden, wenn er ersteres zu thun nicht zuträglich
 findet. Der Grund dieser Entscheidung ist leicht zu errathen. Näm-
 lich es kann mit der Ausräumung des Grabens ein Vortheil ver-
 knüpfte seyn, als wenn z. E. der aus dem Graben gezogene Schlamm
 wegen seiner Fettigkeit zum Dünger statt des Mistes gebraucht wer-
 den kann. Um nun den Eigenthümer dieses Vortheils nicht zu berau-
 ben, so haben die Gesetze ihm in der Ausräumung des Grabens vor
 andern den Vorzug gegönnet. Solte aber diese Ausräumung dem-
 selben nur Kosten verursachen: so würde es in der That sehr hart
 seyn, wenn er diese Kosten wider seinen Willen daran wenden und
 sich selbst in Schaden setzen müßte, bloß um von andern dergleichen
 abzuwenden. Wollen aber diejenigen, welchen an der Ausräumung
 des Grabens ihrer nahen Grundstücke halber, gelegen, denselben auf
 ihre Kosten selbst ausräumen: so wäre es ebenfalls wider alle Bil-
 ligkeit, wenn der Eigenthümer des besagten Grabens die Ausräu-
 mung desselben, welche gleichwol ohne seinen Schaden geschieht, nicht
 verstaten wolte 53). Und diese offenbare Billigkeit ist es, welche
 den Gesetzgeber bewogen, den Inhaber des Grabens schuldig zu
 erklären, daß er, wenn er nicht für gut befindet, denselben selbst
 auszuräumen, leiden müsse, daß solches von andern, welchen beson-
 ders daran gelegen, geschehe. Wer will aber hieraus den Schluß
 machen, daß der Eigenthümer des dienstpflichtigen Guths zu repari-
 ren schuldig sey 55)?

53) d. L. 2. §. 5. de sq. et sq. plur. arc.

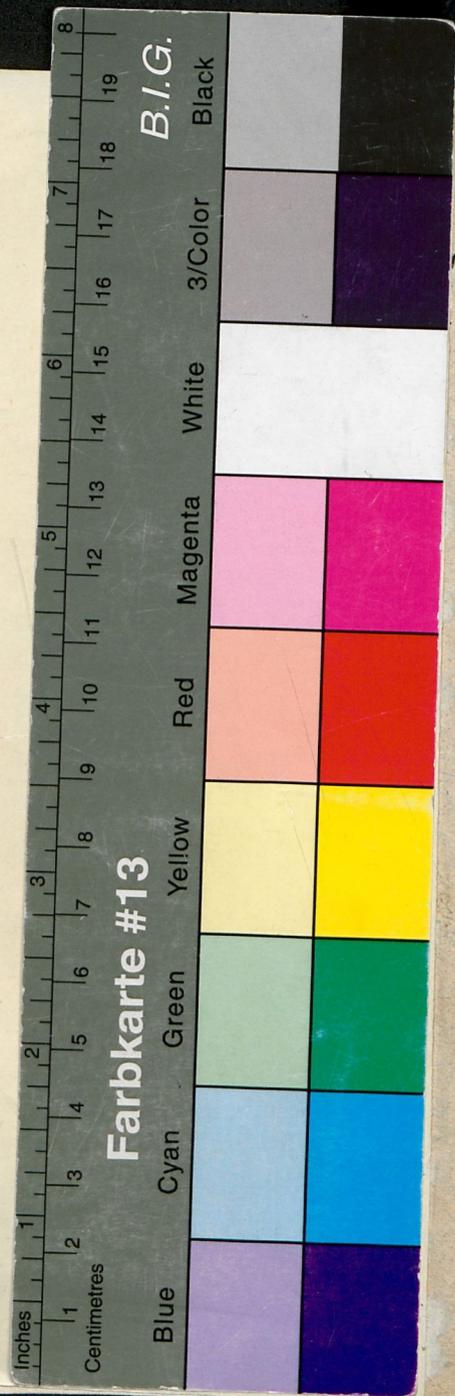
54) Caspoll. de Servit. urb. praed. cap. 37. n. 4.



Ne 2885

S





33

D. Philipp Jakob Heislers 735

Erste Untersuchung der Rechtsfrage:

Ob in den Servituten

der Herr des dienstbaren Guths

zu repariren schuldig sey?



Halle,
bey Johann Christian Hendel.

1783.