

## Werk

**Titel:** Bemerkungen zu der Lehre der erwerbenden Verjährung der Grunddienstbarkeiten

**Autor:** Seckendorf

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004|log15](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log15)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## XI.

Bemerkungen zu der Lehre der erwerbenden Verjährung der Grunddienstbarkeiten\*), insonderheit über den hierzu erforderlichen Beweis, unter Vergleichung des römischen, preussischen, französischen und bayerischen Rechtes.

Von dem  
Freiherrn v. Seckendorf, Staatsrath und  
Präsidenten zu München.

Die Lehre von der erwerbenden Verjährung findet sich mit größerer oder geringerer Ausdehnung in den Gesetzbüchern aller wohl organisirten Staaten; und es sind wohl zwey Hauptgründe, welche derselben diese allgemeine gesetzliche Aufnahme verschafft haben; nämlich: 1) das allgemeine Interesse der Staatspolitik, dem Besitze Sicherheit und Ruhe, als die wesentliche Bedingung zur Erhaltung des innern Rechtsfriedens, zu gewähren, und dann 2) das hiermit sich vereinende staatswirthschaftliche Interesse, daß das Ei-

\*) Vorzüglich gehören für das gem. Recht hieher: *Galvanus*, de usufr. Cap. 12. *Otto*, de usucap. servitutum — in ejus Coll. Diss. Traj. ad Rh. 1728. *Walch*, Diss. de praesc. serv. constitut. Jenae 1797. *Thibaut*, über Besitz und Verj. Ehl. 2. §. 14. ff. vergl. m. f. *Spil.* des Pandektenrechts §. 1031. *Dabelow*, über die Verjährung, Ehl. 1. §. 2. ff. *Unterholzner*, die Lehre von der Verjährung, Bresl. 1815. S. 5. 45. 52. *Stever*, de servit. praediorum. P. 1. Rost. 1817. Cap. 7. (Siehe auch v. *Löhre*, Magaz. f. Rechtswiss. Bd. 3. Hft. 1. No. 5. *Zimmer*, in den römisch-rechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, von *Neustetter* und *Zimmer*, Abh. v. Heidelberg 1821. G.)

genthum nutzbringender Sachen im Staate nicht lange Zeit, oder immer, ungewiß bleibe ).

Dieses letztere aber — sehr rüchsihtswertli bei der Erwerbung des Eigenthums — steht der Erwerbungsart an der er dinglichen Rechte auf fremdes Eigenthum, oder, wovon hier eigentlich die Rede ist, den Grund : Dienstbarkeiten, nicht eben sowohl zur Seite. Denn daß jede nutzbringende Sache nicht zu lange ohne Besitzer bleibe, welcher sich als den sichern Eigenthümer derselben ansehen könne, dieß kann allerdings dem Staate, welchem an möglichst nutzbarer Verwendung aller ihm zur Disposition gegebenen Kräfte gelegen ist, nicht gleichgültig seyn; daher hat er das Mittel der erwerbenden Verjährung, welches dem langjährigen Besitze die Sicherheit des Eigenthums gibt, durch seine positiven Gesetze sanctionirt. Ob aber ein Grundstück dem andern diene, bloß zum Behufe eines vortheilhaftern oder bequemern Gebrauchs des letztern diene ), dar auf erstreckt sich das Staats : Interesse wenigstens so unmittelbar nicht; es dürften überall keine solche Dienstbarkeiten existiren, ohne daß dieses Interesse wesentlich gefährdet würde, ja manchen steht das selbe aus dem Gesichtspuncte der Cultur sogar entgegen. So nach fällt ein Hauptgrund, welcher der Verjährung als einem Mittel zur Erwerbung des Eigenthums das Wort redet ), bei der Erwerbung der Grund : Dienstbarkeiten offenbar hinweg.

Eritt aber nicht das zuerst angeführte allgemeine politische Interesse an der Erhaltung der Sicherheit eines langjährigen Besitzstandes überhaupt auch für die Erwerblichkeit von Servituten durch langen Besitz ein? — Sollte dem Staate nicht eben so sehr, als an der Ungeförtheit des Eigenthums : Besitzes, daran liegen, den Besitz solcher Berechtigungen, in welchem man sich Jahre lang ruhig befunden, nicht durch veripärete Anfechtungen stören zu lassen? Wird mithin die Ausdehnung des gesetzlichen Erwerbungsmitteis der Verjährung auch auf Grunddienstbarkeiten nicht gleich-

1) *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper, incerta dominia, essent* rel. L. 1. ff. *de usurpat. et usucap.*

2) Von den sogenannten notwendigen Servituten und deren Erwerbung ist diesen Orts nicht die Rede.

3) L. all. 1. Note 1. Ueber diese Stelle vergl. man insonderheit Unterholzner, a. a. D. S. 2. S. 29.

falls ein zweckmäßiges Mittel werden, durch die Sicherung des Besitzstandes überhaupt die Quelle mannigfacher Streitigkeiten zu verstopfen?

Alle diese Fragen müßten unbedenklich bejaht werden, wenn nur der Besitz eines angeblichen Servitutberechtigten einen so bestimmten Charakter hätte, als der Besitz desjenigen, welcher sich als Eigenthümer einer Sache gerirt. Ein eigentlicher Besitz kann nur bei körperlichen Dingen gedacht werden<sup>4)</sup>. Hier drückt sich deutlich der Aneignungsanspruch des Besitzenden aus, oder, wie Savigny sagt<sup>5)</sup>: „der wahre Besitz besteht in der Ausübung des Eigenthums. Man besitzt aber immer nur die Sache (possessio corporis), nicht das Eigenthum. Wenn man nun in der Folge auch einen Besitz von unkörperlichen Dingen (quasi possessionem) nachgebildet hat, gleich als wenn solcher ebenfalls in der Ausübung eines andern dinglichen Rechts bestehe, so sollte dennoch hier von einem Besitze der Servitut die Rede nicht seyn. Der Gebrauch dieses Ausdruckes ist also immer sehr uneigentlich, und nur in der Verlegenheit gewählt, weil kein anderes Wort sich findet, an welches wir hier den Besitz der Servitut knüpfen könnten, so wie er im Eigenthume mit dem Besitze der Sache verknüpft ist.“ Allein eben durch diesen Mangel eines kennebaren Substrats des sogenannten Quasibesitzes wird und muß dieser Begriff in der Anwendung immer schwankend bleiben.

Wenn bei dem eigentlichen Besitze, abgesehen von dem animus possidendi, rücksichtlich der nothwendigen Thatsache hinreicht, daß sich der Besitzer immer in der Lage zur Sache befindet, in welcher es jedesmal nur von seiner Willkühr abhängt, über dieselbe zu disponiren, so genügt bei dem Quasibesitze die bloße Ausübung von Handlungen auf dem fremden Eigenthume noch nicht, um den Quasibesitz einer Servitut zu begründen, sondern man muß jene Handlungen, und zwar insbesondere gegen den Eigenthümer, als vermöge eines Rechtes ausgeübt haben, und dabei überzeugt seyn, man habe dieses Recht, so daß mit dem animus possidendi auch bona fides sich vereinigt<sup>6)</sup>, wenn man für den Besitzer einer Servitut im rechtlichen Sinne gelten will.

4) Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. L. 5. pr. ff. de aeq. vel am. poss.

5) Recht des Besitzes, Abschnitt. I. §. 12. S. 172.

6) L. 1. §. 10. et 19. ff. de aqua cott. Unterholzner, a. a.

Wie schwankend und ungewiß wird aber hierdurch der Charakter eines solchen Besizes! — wie schwer wird es in den meisten Fällen seyn, aus der Handlungsweise eines angeblich Berechtigten auf die Meinung, in welcher er gehandelt, mit Sicherheit zu schließen, und wie wenig wird sowohl im Allgemeinen der wohlthätige Zweck der Verhütung von Streitigkeiten durch die Erhebung dieses zweifelhaften Besizes zu einem Erwerbungs mittel der Dienstbarkeiten erreicht werden!?

Dies scheint denn auch der Grund gewesen zu seyn, warum die Ausdehnung dieses Erwerbsmittels auf die Verletzung von Servituten schon bei den Römern anfänglich sich nicht recht erhalten wollte, vielmehr durch ein ausdrückliches Gesetz, die *lex Scribonia*, als unzulässig verworfen wurde. Denn so spricht der scharfsinnige Rechtsgelehrte Paulus hierüber: „*Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, — idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*“ 7).

D. §. 51. S. 330. Thibaut, über Besitz und Verjährung. Thl. 1. §. 16. Weiterhin muß auch, in Beziehung auf die Interdicte, der Besitz, d. h. die Ausübung des Rechts, noch besonders qualificirt seyn. v. Savigny, a. a. D. Abschn. 5. S. 46.

7) L. 14. ff. de servitutibus. Einen andern Grund und Zweck der *lex Scribonia* führt jedoch Steyer, a. a. D. S. 262., sehr scharfsinnig aus. Er stellt nämlich die Meinung auf: Zur Zeit der bürgerlichen Unruhen, wo jeder nach Willkür um sich griffe, sey es besonders nöthig gewesen, die Verjährung der Servituten aufzuheben, und aus diesen Verhältnissen wäre das Gesetz hervorgegangen. Im Zusammenhang mit seiner Ansicht von der *lex Scrib.* gibt Steyer auch der L. 14. all. eine ganz eigene Deutung, und verwirft die von Paulus angegebenen Gründe, mit dem Zusatz: „derselbe habe eben das Gesetz vertheidigen wollen, ohne daß deshalb seine Gründe stichhaltig wären, oder er sie selbst dafür gehalten habe.“ Aber — sollte Paulus so etwas über sich vermocht, und ihm bekannte historische Gründe nicht einmal berührt haben? — Es erfordert dieses wenigstens einen starken Glauben! —

Indessen machte sich doch das frühere Recht gegen die *lex Scribonia* allmählig wenigstens dahin geltend, daß, wie in andern Fällen, in welchen die *usucapio* ausgeschlossen war, die *praescriptio longi temporis* eintreten konnte, welche dann endlich auch in Ansehung der Zeit eine bestimmte Sanction erhielt <sup>8)</sup>.

Ueber die Frage, welche sich dabei ergibt: ob wohl *justus titulus* zu dieser Verjährung nöthig sey oder nicht? <sup>9)</sup> will ich meine Ansicht nicht weitläufig vortragen. Große Namen stehen auf jeder Seite der Streitenden, und die Aufzählung der gegentheiligen Gründe und ihre Widerlegung würde für meinen Zweck zu weit führen. Nur des Zusammenhangs wegen so viel in Kürze. Es kann nicht bestritten werden, daß zur Zeit, als die *praescriptio longi temporis* bei den Servituten angewendet wurde, und diese *praescriptio* noch nicht nach Jahren beschränkt war, ein *justus titulus* nicht erforderlich gewesen ist <sup>10)</sup>. Durch Constitutionen ward nachher die Zeit von 10 Jahren *inter praes.* und von 20 Jahren *inter absentes* zur Verjährung festgesetzt; d. h. in den Constitutionen <sup>11)</sup> finden wir zuerst diese Veränderung. Mehr ist uns über die Geschichte derselben nicht bekannt. Da nun bei dieser Neuerung nirgends ein *just. tit.* als erforderlich erklärt ist, *J u s t i n i a n* vielmehr das alte Recht in die Pandekten aufnehmen ließ, ohne irgendwo auf eine Abänderung aufmerksam zu machen, so müssen wir also nach dem Zusammenhange der Justinianischen Rechtsbücher wohl annehmen: „das alte Recht sey stehen geblieben“, woraus sich dann von selbst ergibt, daß das Erforderniß eines Rechtstitels gesetzlich sich nicht annehmen lasse <sup>12)</sup>.

Alles kommt daher bei der Verjährung der Servituten auf den Quasibefiz an, welcher die bestimmte Zeit von resp. 10, resp. 20 Jahren fortdauern muß. Darum ist es vor allem wichtig, genau zu untersuchen, welches die wahren

8) Durch die L. 12. Cod. de praesc. longi temp. X. vel XX. an. 7. 33.

9) Bekanntlich veranlaßte diese Frage sehr verschiedene Meinungen.

10) L. 10. pr. ff. si serv. vindic. L. 5. §. 3. ff. de itin. act. priv.

11) L. 1. et 2. Cod. de servit. et aqua, et L. 12. in fin. Cod. de praescript. l. tempor. 10 vel 20 ann.

12) *Vinnius*, sel. quaest. Lib. 1. Cap. 31. Unterholzner, a. a. D. §. 52. No. 4. Note R.

und gesetzlichen Kennzeichen der Handlungen sind, die einen solchen Quasibesitz constituiren?“

Daß nun hiezu in Ansehung des Factums die bloße, wenn auch wiederholte, Ausübung einer Handlung auf einem fremden Grundstücke, oder gegen dasselbe, nicht hinreiche, ist oben schon im Allgemeinen erinnert worden. Eine solche Handlung an sich, so wie sie ohne rechtliche Ansprüche auftritt, ist auch durchaus ohne alle rechtliche Consequenz, und, so wie sie einzeln keine rechtliche Folgen hat, so kann auch deren Wiederholung, mag sie noch so häufig seyn, dergleichen nicht hervorbringen. Die Beruhigung des Eigenthümers bei solchen Handlungen eines Dritten kann keinen andern Nachtheil für ihn haben, als etwa die Entschädigungsansprüche für den daraus ihm zugefügten Schaden auszuschließen, so fern die gesetzliche Zeit zur Anstellung einer deshalbigen Klage verfloßen ist. Eine verbindliche Norm für die Zukunft kann ihm dadurch nicht auferlegt werden; denn aus der fremden Handlung an sich konnte er nicht wahrnehmen, daß die Einführung einer dauernden Norm hierunter beabsichtigt werde; es kann demnach kein Stillschweigen dabei nicht als eine Einwilligung für alle Zukunft gelten <sup>13)</sup>. Zur Rechtfertigung dieser Schlussfolge wird vielmehr eine solche Ausübung einer Handlung in einem fremden, oder gegen ein fremdes Grundstück erfordert, daß dessen Eigenthümer daraus entnehmen konnte, man wolle sich diese Ausübung als ein Recht anmaßen <sup>14)</sup>; denn nur unter dieser Voraussetzung ist

1) auf der Seite des Handelnden diejenige *opinio juris* vorhanden, von welcher die bezogene L. 25. ff. 8. 6. spricht, und welche schon darum nöthig ist, weil sie den guten Glauben <sup>15)</sup> bedingt, wovon die Verjährung einer *Servitut*, wie jede andere, ausgehen muß;

2) und hauptsächlich kann auch nur bei einer solchen Beschaffenheit der Handlung des Quasibesitzers dem Eigenthümer, wider welchen verjährt werden will, in der gedul-

13) *Inviuam in seruitutibus accipere debemus non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit.* L. 5. ff. de ser. praed. urb.

14) *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure se uti credidit.* L. 25. ff. quemad. ser. amitt. Vergl. a. L. 7. ff. de itinere actuque privato.

15) „*böno initio possessioner; tenentis.*“ L. 12. Cod. de praeser. Cong. temp. 10 vel 20 ann.

digen Ertragung (*patientia*) oder Beruhigung bei derselben, welche hier die Stelle eines Rechtstitels vertritt <sup>16)</sup>, eine solche Nachlässigkeit in der Wahrung seiner Gerechtfame imputirt werden, welche mit deren Verlust gleichsam bestraft zu werden verdiente.

Es ist mithin vor allem erforderlich,

a) daß die Ausübung *nec vi, nec clam, nec precario* geschehe; indem alle diese Qualificationen des Gebrauchs mit der Behauptung, „daß man sich dessen als eines Rechts bedient habe,“ in Widerspruch stehen, und zugleich das wesentliche Erforderniß jeder Verjährung, die *bonam fidem*, ausschließen würden.

Die L. 10. ff. si serv. vind., welche als eine classische Stelle über diese Materie anzusehen ist, legt daher demjenigen, welcher durch langjährigen Gebrauch eine Servitut erworben haben will, zur Begründung seines Anspruchs durch die Worte: *ut ostendat*, den Beweis ausdrücklich dahin auf: *per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse* <sup>17)</sup>.

16) L. 1. in fine ff. de serv. praed. rust.

17) S. Glück's Erl. d. Pand. Bd. X. §. 687. S. 254. U. M. ist Dabelow a. a. D. §. 48. 29.

Die Redaction erlaubt sich hier die Bemerkung, daß der Streit darüber: ob der Besitzer beweisen müsse, „er habe die Besitzhandlungen nicht gewaltsam und nicht heimlich ausgeübt,“ oder ob des Beklagten Antwort: „der Kläger habe *vi* oder *clam* besessen,“ die Grundlage eines directen oder indirecten Gegenbeweises wende?“ für die Praxis so ziemlich fruchtlos seyn möchte. Der Kläger muß allerdings, und zwar speciell, anführen und beweisen: daß — wann — und wie — er die einzelnen Besitzhandlungen ausgeübt habe; aus diesem speciellen wann und wie aber folgt von selbst, welcher Natur die Handlung sey — ob man sie gewaltsam oder heimlich nennen könne, oder nicht. Dieses gehört dann lediglich zu der Reflexion und Beurtheilung des Richters. Findet dieser an den bewiesenen *actus possessionis* die Merkmale der äußern Ruhe und der Oeffentlichkeit, ist hierdurch der Richter moralisch überzeugt, „*scivit dominus et passus est*“, so spricht er aus: *ostendit actor, se non vi et non clam possedisse*. Wenigstens ist hierzu hinreichend, wenn die Zeugen aussagen: sie hätten keine Gewalt, keinen Widerspruch

Nun möchte es zwar scheinen, und die gemeine Praxis folgt auch meistens diesem Gesichtspunkte, daß nach der allgemeinen Rechtsregel: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*<sup>18)</sup>, derjenige, welcher einmal die Ausübung gewisser Handlungen zugegeben, den vorgeschügten Qualificationsmangel derselben zu erweisen habe, und den Verjährungslustigen den Beweis eines fehlerfreien Besizes, als einer Negative, nicht zumuthen könne. Allein der qualifizierte Besiz ist dasjenige, was der, welcher eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung erwerben will, affirmirt, und also beweisen muß<sup>19)</sup>, was aber durch das bloße jenseitige Gerständniß der Ausübung einer Handlung an sich noch lange nicht für zugestanden zu erachten<sup>20)</sup>, und eben so wenig durch die bloße Nachweisung: „daß überhaupt dergleichen Handlungen vorgenommen worden,“ für erschöpft anzunehmen ist. Zudem stellt die Abwesenheit der beiden ersten Qualificationsmängel, der Gewaltsamkeit nämlich und der Verheimlichung, eben sowohl positive Beschaffenheiten der behaupteten Besizhandlungen, nämlich die Friedlichkeit und Oeffentlichkeit dar, welche nicht minder eines Beweises fähig sind, als die Bornahme der Handlung

---

des Beklagten, keine Verheimlichung des Klägers, bemerkt.“ Im Grunde ist dieses aber nur ein, der Regel nach nichts- und dennoch hier voll-beweisendes, *nescio* der Zeugen. Behauptet nun der Beklagte specielle Thatsachen, aus deren Wahrheit die Gewaltsamkeit oder Heimlichkeit hervorgehen soll, so ist dieses die Grundlage eines solchen Gegenbeweises, welcher die Natur eines directen und indirecten zugleich in sich vereinigt Archiv für die civil. Praxis, B. 1. p. 276. L. Note \*. Von dem Beweis des *non precario* unten Note 22. G.

18) L. 2. ff. de probat.

19) *Probandum primo, semet actus possessionis ejus servitutis exercuisse seu in possessione vel quasi istius servitutis fuisse et quidem tali, quae qualificata seu congrua sit isti juri, quod praescriptum fuisse contenditur, — tertio actus illos exercitos fuisse jure servitutis seu ea mente et modo, quod utentes in alieno fundo servitatem se habere, ideo facere existimarent. Mevius, in Decis. P. IX. Dec. 165. Auch läßt sich hier anwenden, was in diesem Archiv B. 1. S. 256. ff. von dem Beweis einer negativen Behauptung ausgeführt worden ist.*

20) Conf. Cod. Bav. jud. C. XII. §. 1. No. 10.

gen selbst <sup>21)</sup>. Was aber den dritten der obenerwähnten Qualificationsmängel, die precarische Qualität <sup>22)</sup> der angeblichen Besitzhandlungen, betrifft, so scheint deren Nichtexistenz freilich auf einer reinen, keines Beweises empfänglichen, Negative zu beruhen, welche sonach allerdings dem Eigenthümer den Beweis zuwälzen dürfte: „daß um die Erlaubniß ausdrücklich nachgesucht, und die Verstattung demnächst auf Widerruf gestellt sey.“ Doch auf der einen Seite läßt sich auch eine Negative beweisen, und muß bewiesen werden, sobald das Nichtseyn einer Thatsache als Grund des Daseyns eines Rechtes und einer Verbindlichkeit aufgestellt wird <sup>23)</sup>, so daß hierbei auch die Schwierigkeit der Beweisführung das beweispflichtige Subject von der Beweislast nicht befreit <sup>24)</sup>, und auf der andern Seite ist der Begriff eines precarii durch vorangegangene ausdrücklich Vergünstigungen nicht einmal nothwendig bedingt; vielmehr läßt sich auch eine stillschweigende d. h. aus der Art der Ausübung und aus den Umständen, unter welchen solche zugelassen worden, hervorgehende Vergünstigung denken, und muß wohl in der Regel sogar vermuthet werden, *quia nemo suum jactare*

21) Die Redaction erlaubt sich auch hier, auf den Zusatz zu der Note 17) pag. 89. f. hinzudeuten.

22) Mehr Schwierigkeit, als das: *non vi, non clam* (Note 17.) macht wirklich das: *ostendere*, „*non precario se possidere*.“ Allein auch hier erheischt das Gesetz durch das allgemeine Wort *ostendere* (nicht probare) keinen directen Beweis einer solchen Negative, in Rücksicht auf welche man wirklich sagen könnte: *negantis factum per rerum naturam nulla est directu probatio*. Cap. 25. X. 1. 6. Auch hier also folgt das *ostendere* aus der Beschaffenheit der bewiesenen, einzeln, lange Zeit hindurch wiederholten, Besitzhandlungen. Wäre dem nicht also, so würden die Gesetze nicht auf eine besondere Begheit des domini hindeuten, bemerkt dieser, daß sein Eigenthum ein Anderer mitbenützt, und will er dessen Besitzhandlungen die Verjährungskraft benehmen. G.

23) M. f. d. Archiv für die civ. Praxis, B. 1. S. 256. ff.

24) L. 23. pr. Cod. de testibus. L. 5. et 13. Cod. de fide instr. *Mevius*, l. c. P. 8. dec. 321. Auch bleibt ja immer die Zuflucht zur Eideedelation rechtmöglich. Nov. 73. Cap. 4. 7. et 9.

*praesumitur* <sup>25)</sup>, und weil nicht vorauszusetzen ist, daß jemand durch die Zulassung einer Handlung, die nicht laut unter Rechtsansprüchen auftritt, sich mit einer zeitlichen Beschränkung seines Eigenthumsrechtes eine ewige Verbindlichkeit habe aufladen wollen.

b) Die römischen Gesetze begnügen sich daher auch keineswegs mit der Abwesenheit jener Qualificationsmängel, um den Besitz einer Servitut zu begründen, sondern sie verlangen dabei ausdrücklich eine solche Stellung des Handelnden, aus welcher hervorgehe, daß er auch im Falle eines Widerspruchs fortfahren würde, zu handeln. Sehr schön spricht daher *Celsus*: *Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario, commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque* <sup>26)</sup>. Es ist zwar in diesem Fragment nur von der Untauglichkeit solcher Handlungen zur Begründung eines gültigen und manutentiblen Besitzes die Rede; wenn aber nicht einmal ein possessorisches Rechtsmittel auf dergleichen Handlungen gegründet werden kann, so mögen solche um so weniger zur Verjährung und einer petitorischen Klage hinreichen <sup>27)</sup>.

Um also eine Servitut im gesetzlichen Sinne zu besitzen, und durch einen lange fortgesetzten Gebrauch sich anzueignen, muß eine solche Beschaffenheit der in diesem Zeitraume ausgeübten Handlungen nachgewiesen seyn, woraus die Ausübung derselben in der Meinung eines dazu vorhandenen Rechts

25) Aus dieser allgemeinen Regel, wie solche in L. 25. Dig. de prob. aufgestellt ist, könnte man auch gerade das Gegentheil beweisen, nämlich: „daß derjenige, welcher geschehen läßt, daß auf dessen Grund und Boden ein Anderer Nutzungshandlungen ausübe, dieses wohl so lange Zeit hindurch nicht dulden würde, hätte jenes nützende Subject kein Recht dazu.“ Eben deshalb soll ja der, von welchem das Gesetz vermuthet, „er beabsichtige nicht, sein Recht aufzugeben,“ die Beweislast dann übernehmen, wenn er etwas thut (gleichviel, ob omissiv, oder commissiv), was die Anerkennung einer Zwangsverbindlichkeit äußerlich ausspricht. L. all. 25. Dig. 22. 6. G.

26) L. 7. ff. de itinere actuque privato. Vergl. d. L. 25. ff. quemadmodum servitutes amittuntur.

27) Savigny, Recht des Besitzes. Abschn. 1. §. 7. S. 65.

auf der einen, und eben darum die Beruhigung dabei, als eine Verbindlichkeit auf der andern Seite, gefolgert werden kann.

So leicht nun eine solche Qualification der Besitzhandlungen bei stätigen und augenfälligen Dienstbarkeiten, zumal, wenn zu deren Ausübung gewisse Vorrichtungen und Anstalten erfordert werden, erweislich gemacht werden mag, und wohl zu vermuthen ist, so schwierig wird dieser Beweis bei allen übrigen Gattungen von Dienstbarkeiten, und so wenig freisetzt hier eine Vermuthung für die Ergänzung des erforderlichen Beweises. Der Nachbar z. B., der eine Wasserleitung durch seines Angränzers Grundstück führt, gibt deutlich genug zu verstehen, daß er ein sicheres Recht zu dem Aquäduct zu haben vermeine, da er auf die Gefahr eines Widerrufs sich die Kosten nicht wohl gemacht haben würde, und der Eigenthümer, welcher eine so augenfällige Anmaßung ruhig angesehen und dieselbe nicht zeitig abgemahnt hat, unterwirft sich der Vermuthung, daß er dem Gegentheile eine Befugniß dazu habe einräumen, und denselben nicht zu Kosten von zweifelhaftem Nutzen habe verleiten wollen. Das Gesetz konnte daher allerdings im Allgemeinen verordnen: *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaesisti* 28). Auch kann der Besitz, von welchem die Verjährung ausgeht, in diesem Falle keinen Anlaß zu Zweifeln geben, da er immer auf einer dauernden Anstalt beruht, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird. Wenn z. B. von dem *ius tigni immittendi* die Rede ist, so hängt der Quasibesitz desselben lediglich davon ab, ob die *immissio* wirklich vorhanden ist, oder nicht 29); es wird die *Servitut* zugleich mit der Hauptsache besessen 30). Im Fall dagegen ein Nachbar öfters durch mein Grundstück geht oder fährt u., mag dieß auch öffentlich, friedlich, und ohne daß er mich je darum ausdrücklich ersuchte, geschehen seyn, so kann ich diese Handlung, sofern solche für mich unbedeutend, für jenen aber so wenig mit einem besondern Aufwande, als mit irgend einer, eine fortdauernde Ausübungsabsicht andeutenden Anstalt verbunden ist, wohl ruhig

28) L. 2. C. de serv. et aqua, et L. 10. all. ff. Si serv. vind.

29) — sic quasi facto quodam possideo. L. 20. pr. ff. de serv. praed. urb. Savigny, Recht des Besitzes. Abschnitt V. §. 46. S. 398.

30) Savigny l. c. §. 47. p. 504.

geschehen lassen, ohne eine Meinung des andern, daß er sich hierunter eine Befugniß annahm, zu ahnen<sup>31)</sup>, wenn er selbige nicht etwa laut dabei erklärt hat<sup>32)</sup>. Die Erwerbung solcher Servituten durch langen Gebrauch wird mithin nach

31) L. 7. all. ff. de itin. actuq. priv.

32) Es spannt der Hr. Verf. die Strenge des Beweises doch offenbar zu hoch. Die L. 7. Note 51. all. sagt im Grunde nichts weiter, als die bekannte Regel: daß ohne animus possidendi ein juristischer Besitz nicht vorhanden ist, und also mit ihm auch die Hauptbedingung der Usucapio ermangelt. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß mit der körperlichen Besitzhandlung eines zum Besitzerwerb fähigen Subjects die Vermuthung des animi possidendi sich verbinde. Es erfordern die Gesetze eine deshalbige ausdrückliche wörtliche Erklärung keineswegs, sondern das positive *factum possessionis* spricht den Willen, besitzen zu wollen, hinreichend von selbst aus. Es ist auch gleichviel, ob das Subject, welches jene Besitzhandlung ausübt, vorher oder nachher erklärt: „er wolle besitzen;“ denn immer wäre ja dieses nur ein Zeugniß in eigener Sache — über ein eigenes *factum internum* — *mentem et cogitationem*. Aber es ist dennoch möglich, daß jenes Subject den *animus possidendi* nicht habe, und darum bleibt dem Gegner der Beweis des Abseyns offen. Wiederholen sich nun die nämlichen körperlichen Besitzhandlungen, in einem Zeitraum von zehn Jahren hindurch, offen, *sciente et patiente domino*, und das den Besitz körperlich ausübende, durch jene Wiederholung seines Willen bestätigende, Subject müßte nach dem Ablauf jener Verjährungszeit auch noch besonders beweisen: „mit jenen körperlichen Besitzhandlungen habe er auch *animus possidendi* verbunden,“ so dürfte das ganze Institut der Usucapion ziemlich nutzlos werden. Gesetzt auch, die Besitzübung geschähe ohne bleibendes *opus manu factum*, z. B. nur durch Gehen, Reiten, Fahren u. dgl. über des Andern Grundstück, dieses wiederholte sich aber fortgesetzt, zehn Jahre lang, unter den Augen des Eigenthümers — sollte dieser wirklich nicht ahnen, daß jener unbefangene Wandler, Reiter, oder Fuhrmann, zu dem Gehen, Reiten, oder Fahren, wohl sich befugt glaubet? — Welche Indolenz! — Es ist übrigens diesen Orts nicht der Zweck, die hier eingreifenden Streitigkeiten über den Unterschied der serv.

der strengen Vorschrift der Römischen Gesetze meistens einen sehr schwierigen Beweis über die bisherige Gebrauchsart erfordern, oder, wenn man es mit der Anwendung jener Gesetze, wie leider in praxi nur zu häufig geschieht, minder genau nehmen will, immer eine Ungerechtigkeit wider den Eigenthümer zur Folge haben.

§. 2.

Das allgemeine preussische Landrecht kömmt in seinen Bestimmungen über diese Materie hinsichtlich der erforderlichen Qualification des Quasibesitzes einer durch Verjährung zu erwerbenden Servitut mit den Vorschriften des gemeinen Rechts überein; es verbreitet sich aber zugleich ausführlicher über die Art, wie der Beweis der, zu einer solchen Verjährung erforderlichen, Beschaffenheit der Besitzhandlungen hergestellt werden kann.

»Bei der Erwerbung von Grundgerechtigkeiten — heißt es — muß besonders nachgewiesen seyn, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe<sup>33)</sup>. Ferner: »Soll jedoch durch Handlungen der Besitz eines negativen Rechts, (d. h. daß der Andere die Handlung ferner leide,) wirklich erlangt werden, so muß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen, die Meinung desselben, daß ihm ein solches fort dauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen<sup>34)</sup>. Diese Stelle, auf welche die zuerst angeführte ausdrücklichen Bezug

---

contin. und discount., über die Collision des röm. und canon. Rechts in Hinsicht des Titels u. dgl., zu berühren. (Vergleiche Thibaut, P.R. §. 1031. ibi all.), sondern, da der Hr. Verfasser obiger Abhandlung Gründe für seine strenge Ansicht aus der Natur der Sache hebt, so bewegen sich auch diese Gegengründe nur in jenem Gebiet. Es sey nur noch hinzugefügt, daß ein ähnliches Verhältniß mit der erforderlichen bona fides vorhanden ist, als welche auch eines besondern Beweises nicht bedarf, haben die Besitzhandlungen die äußern Merkmale der Redlichkeit. Mit dem Beweis eines Titels ist bekanntlich auch die präsumtive bona fides bewiesen, und in der Lehre der praesc. longi temp. der Servituten tritt die patientia domini an die Stelle des Titels. Thibaut, P.R. §. 1031. G.

33) Ibl. II. Tit. XXI. §. 14.

34) Ibl. I. Tit. VII. §. 82.

nimmt, gibt Aufschluß über die Art, wie das Erforderniß: „daß man eine Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen,“ bescheinigt werden kann — nämlich durch die Erklärung des Handelnden, oder durch die Umstände, welche die Ausübung der streitigen Befugniß begleitet haben<sup>35)</sup>. Es erfordert also beide Stellen deutlich genug eine besondere Qualification der Besitzhandlungen von Seiten des Verjährungslustigen zur Begründung einer Verjährung von Dienstbarkeiten, um dieses gesetzliche Erforderniß durch den bloßen Nachweis einer Duldung auf der Seite der Verpflichteten für erschöpft zu halten. Wenn daher das nämliche allgemeine preussische Landrecht an einem andern Orte<sup>36)</sup> verordnet: „Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat eine Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grund liege,“ so hätten nach meinem Ermessen die preussischen Gerichtsstellen nicht so unrecht, welche, um die Ehre des Gesetzes wider einen anscheinenden Widerspruch zu retten, die zuletzt erwähnte gesetzliche Vorschrift bloß auf den Verpflichteten zogen, und hinsichtlich des Berechtigten bei dem klaren Inhalte der vorangeführten Gesetze stehen blieben. Anders wollte jedoch ein Königl. preuss. Hofrescript vom 8. Nov. 1802. den Widerspruch dieser Gesetzesstellen vereinigen. Denn hier wird gesagt: „Wer ein factum ausübt, woraus in der Folge eine Grundgerechtigkeit wird, soll zwar nachweisen, daß er diese Befugniß als ein wirkliches Recht ausgeübt, aber dieß thut er nach obigem §. (107.) dadurch, daß er die Duldung des Verpflichteten nachweist, der alsdann die gesetzliche Vermuthung wider sich hat, aus Meinung einer vorangehenden Verpflichtung geduldet zu haben. Mehr braucht und kann der Berechtigte nicht erweisen, nur die vitia possessionis, vis. clandestinitas, precarium. sind erweisbar. Hat diese Vermuthung auf den Verpflichteten Bezug, so hat sie auch Bezug auf den Berechtigten. Rechte und Pflichten sind unzertrennliche Correlata.“

Mag diese authentische Auslegung des angeführten §. 107. nach seinem allgemeinen Inhalte auch richtig seyn, so ist

35) Grade dieses ist auch der Sinn des röm. Rechts. Vergl. Note 17. u. 22. zu §. 1. pag. 89. f. G.

36) Ihl. 1. Tit. VII. §. 107.

damit der Widerspruch in denjenigen Gesetzen, welche insbesondere von der Verjährung der Dienstbarkeiten handeln, noch keineswegs gehoben, und hier eines von den nicht gar seltenen Beispielen vorhanden, wo die allgemeinen Vorschriften der ersten Titel des allgem. preuß. Landrechts mit den specielleren Bestimmungen der folgenden Titel über einzelne Rechtsmaterien in Collision kommen, und auf Zweifel führen. Ueberdies steht der §. 82., auf welchen sich bei der Materie von Verjährung der Dienstbarkeiten ausdrücklich bezogen wird, in dem nämlichen Titel, aus dessen §. 107. das besagte Hof-Rescript die eben angeführte Lehre über die Erfordernisse dieser Verjährung zieht, ohne auf die Bestimmungen jenes doch vorangehenden §. Rücksicht zu nehmen. Es möchte daher weit consequenter und dem Geiste des ganzen Gesetzes angemessener seyn, wenn man von der ersten Gesetzstelle (§. 82.) ausginge, und den folgenden §. 107. hiernach so auslegte: „daß nur derjenige, welcher solche gegenheilige Handlungen, die den Besitz eines negativen Rechts nach den Bestimmungen des §. 82. begründen können, ruhig duldet, die Vermuthung wider sich habe, daß bei einer solchen Duldung die Meinung einer Verpflichtung zum Grunde liege.“ — Auf diese Weise ist das Gesetz mit sich selbst in Uebereinstimmung gebracht, und zugleich dem Begriffe der Duldung, auf welchem, wie auf der *patientia* der Römer, das ganze Fundament der Verjährung beruht, eine gesetzliche Bestimmtheit gegeben<sup>37)</sup>. Freilich wird die Frage, welche Handlungen denn von der Art sind, daß sie den Besitz eines negativen Rechts begründen können, immer zu unzähligen Zweifeln Veranlassung geben<sup>38)</sup>; allein nicht minder frucht-

37) Der §. 14. Thl. 2. Tit. 21. schließt den Beweis durch Vermuthungen nicht aus; dieses bestärkt der §. 28. Thl. 1. Tit. 7. verb. „nach Umständen“; und das Hofrescript vom 8. Nov. 1802, mit dem §. 107. Thl. 1. Tit. 7., sprechen gewiß von einer solchen Duldung, die mit Umständen verbunden ist, welche den Schluß auf des Eigenthümers Meinung begründen, dieser habe des Andern Besitzhandlungen aus dem Gesichtspunkt eines Rechts betrachtet. So ist wohl kein Widerspruch in jenen einzelnen Bestandtheilen der preussischen Gesetzgebung ersichtlich — alles aber mit dem röm. Recht harmonisch. G.

38) Dem *arbitrio judicis*, besonders in der Lehre vom Beweis, muß jede menschliche Gesetzgebung gar manches überlassen! — G.

Archiv f. d. Prax. IV. B. 1 S.

bar an Zweifeln dürfte die Ausnahme seyn, welche der §. 108: d. l. gegen die in dem vorhergehenden §. enthaltene allgemeine Präsuntion aufstellt, und wornach dieselbe durch „Vermuthungen, die sich aus persönlichen Verhältnissen, oder andern Umständen des vorliegenden Falls ergeben“, wieder soll entkräftet werden können<sup>39)</sup>.

### §. 3.

Weit befriedigender aus dem Gesichtspunkte der Legislation, weit übereinstimmender mit den Aussprüchen des allgemeinen Rechts und der Billigkeit, sind daher, nach meiner Ueberzeugung, die Vorschriften des neuen französischen Gesetzes über diesen Gegenstand, welche zugleich dem Geiste der ältern und reinern Römischen Gesetzgebung sich nähern.

Seine Vorschriften sind in dem II. Bd. IV. Tit. II. Abschnitt enthalten, und lauten also:

„Stätige und augenfällige Dienstbarkeiten erwirbt man durch Urkunde oder 30jährigen Besitz“<sup>40)</sup>.

und

„Stätige, aber nicht augenfällige, sowie alle unflätige Dienstbarkeiten, diese mögen in die Augen fallen, oder nicht, kann man nur durch Urkunde erwerben“<sup>41)</sup>.

Gerecht, bestimmt, und unfaßend, ist diese gesetzliche Vorschrift

Denn

1) die Erwerblichkeit der Dienstbarkeiten durch Verjährung verdient an sich keine Begünstigung. Ueberhaupt ist, was auch Grotius, Pufendorf, und späterhin Kant, dagegen erinnern mögen, aus natürlichen Rechts-Principien schwer erklärbar, wie in der bloßen Fortdauer einer einseitigen Handlung der Entstehungsgrund eines rechtlichen Anspruches liegen soll<sup>42)</sup>. Haben gleichwohl Rücksichten des Staatswohl die Gesetzgeber bewogen, diese Erwerbssart bei dem

39) Man sieht aus allem, daß der Beweis durch Schlussfolgerungen in diesem Rechtsgebiet in besondern Anspruch genommen wird — und es möchte das Bessere wohl schwer zu finden seyn, will man nicht die Rechtsmöglichkeit des Erwerbs einer Servitut durch langen Gebrauch ganz streichen, oder, wie das französ. Recht, besonders beschränken. G.

40) Art. 690.

41) Art. 691.

42) Thibaut, über Besitz und Verjährung, Thl. II. Einleitung §. 1.

Eigenthume einzuführen, um die Ungewissheit und Unsicherheit derselben und daraus entspringende mannigfache politische Nachtheile zu verhüten, so konnten doch, wie ich oben gezeigt zu haben glaube, solche Rücksichten keinesweges im Allgemeinen und um so weniger eine Ausdehnung der fraglichen Erwerb- art auf Grunddienstbarkeiten veranlassen, als dieser Ausdehnung noch besondere Gründe der Billigkeit entgegenstehen. Der Eigenthümer, welcher seine Sache unbeachtet liegen läßt, und solche gleichsam der öffentlichen Nutzbarkeit entzieht, wird, kann man sagen, mit Recht für diese gemein- schädliche Nachlässigkeit durch den Verlust des Eigenthums, und durch dessen Uebertragung auf denjenigen bestraft, welcher mittlerweile die Sache durch seine Benutzung dem öffentlichen Verkehr wieder eröffnet hat. Auf der andern Seite trägt die Absicht des Letztern auf Aneignung einer Sache, deren Eigenthümer seine Ansprüche darauf nicht zu erkennen gibt, nichts unerlaubtes an sich; ja er verdient Lohn dafür, daß er die Sache vom Verderb, oder wenigstens von einer zeitigen Nutzlosigkeit rettet. Der Gewinn auf der einen, wie der Verlust auf der andern Seite läßt sich vor dem Richters- stuhle der Billigkeit hinlänglich rechtfertigen. Der Eigenthü- mer hingegen, welcher einen Andern solche Handlungen auf seinem Eigenthume ausüben läßt, die sein eigenes Benutzungs- recht an demselben weder ausschließen, noch wesentlich be- trächtigen, macht sich durch diese Duldung keines zu ändern- den Fahrlässigkeit in Wahrung seiner Gerechtsame schuldig. Warum soll er dem Andern einen ihm für den Augen- blick unschädlichen Vortheil mißgönnen <sup>43)</sup>? Es liegt also

43) Die positiven Gesetze zeigen ja selbst auf Gefälligkeit gegen den Mitbürger hin, durch das Princip: quod tibi non nocet, alteri autem prodest, ad id potes compelli.

(Dieses Princip würde freilich die Servituten eher verviel- fältigen, als ihren Erwerb beschränken; denn oft bedürfte es zum Erwerb nicht einmal einer Besitzhandlung. Ein großer Theil der Servituten ist in der bürgerlichen Gesellschaft wirklich fast unentbehrlich — ihr Nichtseyn würde viele gemein- schädliche Unbequemlichkeiten zur Folge haben. Ihr Erwerb muß also möglich gemacht, jedoch weder zu sehr erschwert, noch zu sehr erleichtert werden. Ein zehnjähriges reines Dulden der freien offenen Ausübung ist doch ein factum, welches Einwilli- gung ausspricht, und einem ausdrücklichen Vertrag gar wohl zur Seite gestellt werden kann.) G.

eine sehr gesetzmäßige Gutmüthigkeit in dieser Duldung, welche aber ihrer Natur nach auf das beneplacitum beschränkt ist, und schlecht belohnt wird, wenn man aus der langen Fortsetzung derselben allein eine beständige Verbindlichkeit für den Eigenthümer ableiten will. Denn, was dem Eigenthümer für den Augenblick unschädlich oder wenigstens gleichgültig ist, kann in einem andern aufhören, es zu seyn. Durch die Gleichgültigkeit der fremden Handlungen für sein Interesse war seine Duldung bedingt, und, sobald die Handlung des andern jene Eigenschaft für ihn verliert, ist ihm auch nicht zu verargen, daß er seine, an keine ausdrückliche Erklärung gebundene, Erlaubniß wieder einziehe. Ueber die Gründe, welche ihn zu dieser Zurücknahme bewegen, hat er sich aber nicht etwa besonders zu erklären, oder gar zu rechtfertigen. Diese liegen oft in den individuellsten Verhältnissen, worüber Niemand ein Urtheil hat, als er selbst, und er zu keiner Rechenschaft gezogen werden kann. Ich habe z. B. einem Nachbar den Durchgang durch ein offenes, wenn auch bebautes, Feld gestattet, wodurch ohnehin ein Fußpfad führt. Der Durchgang eines Fremden konnte mir damals überall nicht beschwerlich seyn, ich lasse ihn also ruhig geschehen. Nun will ich aber dieses nämliche Feld zu einer Obstbaumpflanzung, oder irgend einem andern Gebrauche, benutzen und schließen. Mein Interesse erlaubt den Durchgang fremder Personen nicht mehr. Warum sollte nun das Interesse des Eigenthümers dem fremden nachstehen? Ferner: ein Gutsbesitzer hat seinen Unterthanen die Weidhuthung in seinen Wäldungen stillschweigend nachgelassen, so lange er selbst sein Vieh darin hütete. Nun aber überzeugt er sich von der öconomischen Schädlichkeit der Weidhuthung überhaupt, er will solche ganz abschaffen, und läßt sein eigenes Vieh nicht mehr in die Wäldungen treiben. Und er sollte an der Ausführung jenes nützlichen Plans gehindert seyn, um Fremden einen Vortheil zu überlassen, auf den er selbst verzichtet <sup>44)</sup>? Wie oft gründen sich endlich dergleichen Verwilligungen auf persönliche Verhältnisse, welche in der Folge der Zeit nicht mehr vorhanden sind, und mit welcher auch die Begünstigungen zurückgenommen werden mögen, die man nur unter Voraussetzung derselben gestattet hat? Wie häufig tritt

44) Wehe dem Staat, in welchem der Besitzstand deshalb sofort sich vernichten ließe, weil sein Nichtseyn ein-m einzelnen Eigenthümer, oder mehreren Mitbürgern, vortheilhaft seyn würde! —

wieder unter Gutsherren und ihren Hinterlassen ein solcher gegenseitiger Austausch von Gefälligkeiten ein, wenn das gerade darüber urkundliche Festsetzungen vorhanden sind? Die Gefälligkeiten des einen Theils können aus irgend einer Ursache längst aufgehört haben — und der andere sollte auf immer zu den seinigen verpflichtet seyn? <sup>45)</sup> Eine Entschädigung für das Vergangene kann freilich der Verwilligende nie fordern, aber mit schönem Andank wird meistens sein guter Wille belohnt werden, wenn ihm solcher eine verbindliche Last für alle, und somit auch für diejenige Zeit aufladen soll, wo ihm die sonst für gleichgültig erachtete, und nur darum geduldete, Handlung des Andern anfängt beschwerlich zu werden. Die Stimme der Billigkeit kann in diesem Falle so wenig den Verlust des einen, als den Gewinn des andern gutheißen; die Erwerbungsart von Grundgerechtigkeiten durch langen Gebrauch kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht unbedingt in Schutz genommen werden. In einem ungünstigern Lichte erscheint jedoch derjenige, welcher zum Behufe der lange fortgesetzten Ausübung einer Handlung in einem fremden Eigenthume kostbare und dauernde, dabei in die Augen fallende, Vorrichtungen angelegt hat, mit dem Anspruche, daß ihm die Erlaubniß zur Fortübung dieser Handlung auch fernerhin gestattet werde. Denn, gleichwie er seine Absicht auf eine fortdauernde Ausübung seiner Handlung durch die unternommenen, bleibenden und augenfälligen, Anstalten deutlich zu erkennen gibt, so entsteht dadurch auf der Seite des Eigenthümers nunmehr eine dringendere Veranlassung, sich den fremden Unternehmungen, welche offenbar mit der Miene des rechtlichen Anspruches auftreten, sofern er nicht gemeint ist, sich dadurch eine bleibende Last auflegen zu lassen, gleich im Anfange zu widersehen, um durch eine unverwahrte Zulassung den andern nicht zu Auslagen zu verleiten, welche er auf die Gefahr einer widerruflichen Vergünstigung sich nicht so leicht gemacht haben würde. Die Rücksicht in Zulassung solcher in die Augen fallenden Handlungen, zumal wenn solche ununterbrochen fort wirksam sind, artet in eine wahre Fahrlässigkeit des Eigenthümers aus, wenn er dieselbe nicht bei Zeiten durch seinen Widerspruch oder eine Verwahrung unterbricht, und auf seinem gleichgültigen Stillschweigen vollendet

45) Der Beweis bloßer Gefälligkeit stehet jedem offen — auch gibt es eine *clausula rebus sic stantibus*, jedoch in ihren eigenen Rechtsgränzen. Thibaut, in dem Syst. des PR. 5. 21. und 992. G.

gar während einer längern Zeit beharret. Hier also, aber nur hier, mag die Erwerbung von Grunddienstbarkeiten durch langen Gebrauch sich rechtfertigen.

2) Jene Vorschrift des französischen Gesetzbuchs befriedigt auch jede Forderung, die man in practischer Hinsicht an eine gute Legislation machen kann. Es beruhet der Vorzug einer Gesetzgebung vor allem a) darauf, daß ein Gesetz den allgemeinen Grundsätzen des Rechts und der Billigkeit entspreche, dann den Bedürfnissen des geselligen Lebens und den höhern Zwecken des Staatsvereins genüge. Daß aber diese letztere Rücksichten die Erwerblichkeit von Servituten durch langen Gebrauch nicht verlangen, ist im Eingange dieser Abhandlung gezeigt <sup>46)</sup>, und daß jene Grundsätze dieselbe nicht unbedingt in Schutz nehmen, vielmehr durch die beschränkenden Dispositionen des französischen Gesetzbuchs hierunter vollkommen befriediget werden, ist ebenfalls bereits nachgewiesen worden. Von diesen materiellen Vorzügen kann also hier weiter nicht mehr die Rede seyn. Allein ein anderer, nicht minder wesentlicher, Vorzug eines Gesetzes wird b) in der Tauglichkeit desselben bestehen, künftigen Streitigkeiten möglichst vorzubeugen, und die Entscheidung derjenigen, welche dennoch entstehen möchten, möglichst zu erleichtern: Dieser Vorzug wird hauptsächlich durch geschickte Fassung und Zusammenstellung der Gesetze, und durch eine kluge Berechnung derselben auf ihre Anwendung im practischen Leben erreicht werden. Jene Erfordernisse bilden den theoretischen, und führen zu dem practischen Theil der Gesetzgebungs-Wissenschaft und Klugheit.

Jede Gesetzgebung ist gleichsam ein vorsorglicher Friedenstractat zwischen dem beständig widersprechenden und sich reißenden Interesse der Menschen; und wenn auch der ewige Rechtsfriede unter den einzelnen Menschen, wie unter Völkern, ein Ideal bleiben wird <sup>47)</sup>, so ist es doch ein Ideal,

46) Die von Servituten schweigende L. 1. Dig. de usurp. et usuc. schließt nicht aus, daß die Gesetzgebung auch die Erwerblichkeit der Servituten durch Verjährung für nöthig und nützlich halte für das innere Verhältniß der Staatsbürger und deren Besitzthum. Das Gestatten und Reguliren eines solchen Erwerbs von Seiten der Gesetzgebung spricht vielmehr deren Ueberzeugung aus, daß sie ihn billigen und verlangen müsse. G.

47) propter naturalem hominum ad dissentiendum facultatem. l. 17. §. 6. ff. de recept. arbitr.

dem wir hier, wie dort, beständig uns annähern sollen, und nicht besser uns annähern können, als durch eine zweckmäßige Fassung der Gesetze, die nicht, wie ein trügerischer Friedenstractat, den Keim neuen Zwistes schon in sich tragen <sup>48)</sup>.

Zu den unverkennbaren Vorzügen der französischen Gesetzgebung in der erwähnten Hinsicht gehört die Nothwendigkeit des in den meisten Fällen verordneten schriftlichen, und die möglichste Verdrängung des Zeugenbeweises, dieses zweideutigen Mittels zur Erlangung einer erschöpfenden und vollständigen juristischen Probe, sobald das Beweisthema aus dem Kreise der unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung tritt <sup>49)</sup>, dieser unseligen Quelle und Nahrung endloser Streitigkeiten, welche der feste Buchstabe der Schrift nie veranlaßt, oder leicht gelöst haben würde <sup>50)</sup>. Nach dem französischen Recht sind alle unstätige, und von den stätigen alle nicht in die Augen fallende Dienstbarkeiten, allein durch Ur-

48) Vergl. Gönners Archiv u. s. w. B. 1. S. 117. Mehrere Beispiele werden hier erörtert, in welchen die franzöf. Gesetzgebung obigen Zweck glücklich erzielte.

49) Dann hören auch nach römischem, canon., und teutschem Recht, die Zeugen auf, dieses zu seyn. Durch den Zeugen kann man nur die Thatsache beweisen, welche er mit seinen eigenen äußern Sinnen percipirte, und, als so aufgefaßt, wieder erzählt. Der Zeuge ist eine lebendige Urkunde, und die Urkunde ist ein todter Zeuge. G.

50) Gnade Gott, wenn man immer die Feder hinter dem Ohr, und das Dintenfaß in der Hand oder in der Tasche haben soll! — Das einträgliche Enregistrement hat manche französische Urkunde geschaffen — vielleicht auch, daß die französische Gesetzgebung besondere Gründe hatte, den Zeugen weniger zu trauen, als die teutsche Gesetzgebung dem teutschen Zeugen noch trauet! — Daß es besser sey, ein schriftliches Geständniß des Gegners, von der Obrigkeit bestätigt und beglaubiget, zu besitzen, wer möchte dieses bezweifeln. Allein daraus folgt nicht, daß der Staat wohl thue, wenn er den Zeugenbeweis da abschneidet, wo nicht ganz besondere Gründe das Papier erbeischen. Bei dem Erwerb der Servituten treten deren keine ein. Aus den nämlichen Gründen, welche der Hr. Verfasser oben anführt, könnte man bei allen Rechtsgeschäften den Zeugenbeweis verbannen, und der ganze Staat würde noch zu Papier. G.

funden erwerblich, und nur bei stätigen und augenfälligen Servituten wird eine Erwerbung durch langen Gebrauch zugelassen, und es kann somit auch nur in diesen Fällen von einer Beweisführung durch Zeugen die Rede seyn. Unter den dabei eintretenden Umständen ist auch diese Beweisart weniger bedenklich, oder sie ist vielmehr nur eine Zugabe zu einem schon vorhandenen untrüglichen Beweismittel, dem Augensichere, mit welchem zugleich der Zeugen Aussage ein sicherer Anhaltspunct gegeben ist. Diese Aussage hat sich nun meistens nur über die Zeit der Existenz jener in die Augen fallenden Anstalten näher zu verbreiten, einen Umstand, welcher überdies nicht nothwendig durch Zeugen erwiesen werden muß, sondern auch noch anderer Beweisarten empfänglich ist. Wenn z. B. ein Dachtraufrecht auf das Grundstück eines andern behauptet wird, und die zu diesem Behufe erforderlichen Vorrichtungen vorhanden sind, so bedarf es in Ermangelung schriftlicher Urkunden zum Beweise der bisherigen Ausübung eines diesfälligen Rechtes lediglich der Nachweisung darüber, daß diese Vorrichtungen seit rechtsverjährender Zeit vorhanden gewesen sind, also über eine reine Thatsache, worüber keine Aussage schwankend oder zweideutig seyn kann. Ganz anders verhält es sich mit der andern Gattung von Servituten, und äußerst schwierig wird hier der Beweis eines langjährigen Besizes derselben. Der Grund hiervon liegt

a) theils schon in dem oben berührten immer schwankenden Begriffe von dem Besitze einer solchen Dienstbarkeit an sich<sup>51)</sup>. Wenn dort in den zur Ausübung der Servitut erforderlichen augenfälligen Anlagen der Zeuge einen festen Halt für seine Aussagen hat, und in der ihrer Natur nach ununterbrochenen Ausübung die Gewißheit von der stäten Fortdauer des Gebrauchs liegt, so gebricht es ihm hier, z. B. bei der *servitus viae, actus, itineris*. an jedem sichern Leitfaden, und er muß aus einzelnen Vorgängen, die er gesehen, auf das, was er nicht selbst erfahren, schließen<sup>52)</sup>. Seine Aussage wird und muß unbestimmt seyn<sup>53)</sup>, und kann

51) L. 14. §. de servit.

52) Nein! schließen — urtheilen — soll und darf kein Zeuge — sein Schluß — sein Urtheil — ist dem teutschen Recht — eine Nulle. G.

53) Keinesweges! Der Zeuge kann bestimmt aussagen: daß, wann, und wie, er den A. über des B. Grundstück fahren, Vieh treiben, oder gehen sehen — hat er es wirklich mit eige-

ihr Hauptthema, die Art der Ausübung, nicht erschöpfen. Selbst augenfällige Servituten, welche nicht zugleich im Sinn des neuen französischen Gesetzes vom Jahr 688. ununterbrochen wirksam oder stätig sind, entbehren den Charakter der Authenticität zu einer sichern Anleitung des Zeugenbeweises. Die äußern Anstalten zur Ausübung einer angeblichen Grunddienstbarkeit, z. B. der geöffnete Durchgang über das Grundstück eines Nachbarn, können vorhanden seyn, aber es bleibt ungewiß, wer ihn geöffnet habe, zu welchem Zwecke er geöffnet worden sey — der Zeuge kann aus dessen selbst mehrmaligem Gebrauche nicht wissen, ob dieser Gebrauch noch fortdaure, ob solcher während der ganzen Verjährungsfrist ununterbrochen fortgedauert habe<sup>54)</sup>. So dachte wohl auch der Römer zu aller Zeit<sup>55)</sup>. Man darf in der That nur einige Erfahrung in den Gerichtshöfen haben, um sich von der Trügllichkeit des Zeugenbeweises in dieser Materie recht lebhaft zu überzeugen<sup>56)</sup>. Wie gewöhnlich spricht der Zeuge das ihm in den Mund gelegte Zeugniß: „daß dieser oder jener die fragliche Handlung als ein Recht ausgeübt habe“, blind:

---

nen Augen gesehen. Fehlt ihm diese *ratio scientiae*, so ist er in dem Gebiete der langen Verjährung kein Zeuge. Note 52. 54. 56. 57. u. 58. G.

54) Nicht doch! Der Zeuge soll ja nicht über den Zweck der Thür urtheilen, sondern, auf vorgelegte Suggestivfragen, antworten, daß er ein benanntes Subject aus jener Thür heraus, oder durch jenen Eingang, auf des andern Eigenthum gehen sehen, auch wann, und wie oft, er dieses gesehen habe — abermals auf bestimmte factische Fragen. So wie übrigens Ein Zeuge zum Beweis der Verjährung überhaupt nicht hinreicht, so hängt ja die Wirkung der Zeugenaussagen auch noch von deren Umfang und Bestimmtheit der bekundeten Besitzhandlungen ab, von deren Dauer u. s. w. Ueber diese factischen Grundlagen (factische Beweisgründe) reflectirt und urtheilt dann erst das Gericht, ob in ihnen die factischen Bedingungen der gesetzlichen Verjährung liegen. G.

55) Vergl. a. h. L. 14. cit. de serv.

56) Dieses ist nur dann möglich, wann der Begriff, das Wesen, die gesetzliche Qualität, einer Zeugen-Aussage verkannt, oder so dargestellt wird, wie es von dem Herrn Verfasser in der obigen Abhandlung zur Vertheidigung seiner Ansicht geschieht. G.

lings nach 57), ohne zu bedenken, was das heiße, „eine Handlung als ein Recht ausüben“, und wie mancher bequemere Richter schreibt diese Aussage ebenso unbedenklich nieder, und nimmt sie zur Grundlage seines Urtheils 58), ohne zu fragen, woher denn der Zeuge zu jener anmaßenden Behauptung komme—und so werden oft bleibende und nicht selten die wichtigsten Rechte ein Spiel oberflächlichen Urtheils, und das Opfer unbestimmter Gesetze 59).

Ein fernerer Grund, welcher, wie überhaupt den langen Gebrauch als Erwerbmittel von Grunddienstbarkeiten, so insbesondere den Zeugenbeweis zur Bekundung desselben bei allen außer den im neuen französischen Gesetzbuche aufgenommenen Servituten ausschließen sollte, ist

β) die Nothwendigkeit, den Umfang solcher Rechte nach allen Beziehungen genau zu bestimmen, um in deren Ausübung nicht täglich auf neue Schwierigkeiten zu stoßen. Diese Bestimmung ist überflüssig bei stätigen und augenfälligen Servituten. Die ihrer Natur nach ununterbrochene Fortdauer der Ausübung bedarf keiner Zeitbestimmung, und die AnLAGEN, welche der Gebrauch derselben erfordert und voraussetzt, bezeichnen zugleich die Grenzen ihres Umfangs. Unstätige und nicht in die Augen fallende Servituten sind dagegen sehr abweichend, sowohl hinsichtlich der Zeit der erlaubten Ausübung, als überhaupt der Art und des Umfangs derselben. Soll eine Erwerbung dieser Rechte durch langen Gebrauch statt finden, so muß auch strenge auf dem Grundsätze bestanden

57) Wohl! wenn der Zeuge blindlings nachspricht: „die Handlung sey als ein Recht ausgeübt worden“, so ist und bleibt er hierunter für den juristischen Richter ein blinder Zeuge, von welchem sich nur ein Richter führen läßt, welcher noch blinder ist, als jener Zeuge. G.

58) Dann ist der Richter nicht bloß bequem, sondern ein blinder Ignorant, welchen man von dem Richterstuhl, als dessen unwürdig, hinwegjagen muß. Thatsachen, d. h. äußere Handlungen, die er sahe, wörtliche Aeußerungen, die er hörte, soll der Zeuge aussagen. Ob nun diese Handlungen und Aeußerungen die gesetzlichen Merkmale und Bedingungen eines Rechts sind, das soll und darf der Richter nicht von dem Zeugen lernen, sondern aus dem Gesetzbuch. G.

59) Die Unwissenheit der Richter wäre es, welche das Recht gefährdet — nicht die Gesetze sind hiervon der Grund. G.

werden: in tantum praescriptum, in quantum possessum. Wie ungemein wird aber dadurch die Schwierigkeit des Beweises einer solchen Verjährung vermehrt? Nehmen wir hier wieder die Huthungsgerechtigkeit als Beispiel. Zeit und Dauer, Ordnung der Huthung, Anzahl und Art des vorzutreibenden Viehes, erfordern die sorgfältigste Bestimmung<sup>60)</sup>, welche, um allen Anstoß in der Ausübung zu beseitigen, wohl nur durch urkundliche Festsetzungen erzielt werden kann. Denn, welche umständliche Genauigkeit muß ein Zeuge in seine Beobachtungen und Aussagen legen, wenn sie zu diesem Zwecke erschöpfend seyn sollen<sup>61)</sup>, wie selten wird hierunter eine völlige Uebereinstimmung in mehreren Zeugenaussagen statt finden, und wie wenig tauglich werden sie meistens zu einer sichern und gerechten Grundlage einer umfassenden Norm für die Zukunft seyn!<sup>62)</sup> Zwar suchen die Gesetze in dieser Hinsicht durch allgemeine Vorschriften in Ermangelung ausdrücklicher speciellen Bestimmungen nachzuhelfen, wie z. B. in dem allgem. preuß. Landrecht, Thl. I. tit. XXII. hinsichtlich aller Grundgerechtigkeiten, und in dem §. 80. ff. daselbst hinsichtlich des Huthungsrechtes insbesondere geschieht; allein jene allgemeinen Vorschriften sollen ihrer Bestimmung nach doch nur subsidiarisch seyn, und bei einer Erwerbung der Grundgerechtigkeiten durch langen Gebrauch wird es doch immer zuerst auf den Besitz oder auf den Umfang der bisherigen Gebrauchsweise ankommen, und eben von der Schwierigkeit eines sichern Beweises der bisherigen einformigen Gebrauchsweise ist hier die Rede. Selbst aber durch die Anwendung jener für den Fall ermangelnder speciellen Bestimmungen ertheilten allgemeinen Vorschriften ist die Ungewiß-

60) Dafür muß die Gesetzgebung Sorge tragen. Sie bestimmt den Begriff und den Umfang der einzelnen Arten der Servituten, und diese Bestimmung für das Allgemeine sichert Friede und Entscheidung weit mehr, als der Regel nach die Urkunde, die doch auch nicht alles haarklein aufzählen kann, ohne den Stoff zu Streitigkeiten lastig zu vermehren.

61) Man sehe Note 52. 53. 54. 56. 57. 58. G.

62) Dieses alles würde zur Verhinderung, nicht aber zur Beförderung der Servituten, oder zu deren leichtern Beweis durch Zeugen führen. Können diese solche Besitzhandlungen nicht aussagen, wie solche das Gesetz zu dem Daseyn der Verjährung fordert, gut, so ist die Servitut nicht bewiesen, und der Eigenthümer frei von ihrer Last. G.

heit noch lange nicht gehoben. Der §. 90. a. a. D. des allgem. preuß. Landrechts z. B. will die Anzahl des vorzutreibenden Viehes nach dem Maßstabe der Menge bemessen wissen, welche man mit dem von den berechtigten Grundstücken gewonnenen Futter durchwintern kann; häufig aber wird gerade darüber ein Zweifel entstehen, welches dann die berechtigten Grundstücke sind, die das Recht durch Verjährung erworben haben, und deren Umfang sich durch Kauf, Tausch, und ähnliche Besitzveränderungen während dem Laufe der Verjährungsfrist, mehrmals geändert haben kann. Ähnlichen Zweifeln wird ferner immer der Fall unterliegen, wenn eine ganze Communität eine Grunddienstbarkeit durch Verjährung erworben haben will, und zu diesem Behufe sich auf die während der Verjährungszeit von einzelnen Gemeindegliedern ausgeübte Gebrauchshandlungen bezieht. Wie soll dieser Gebrauch einzelner Gemeindeglieder einen Besitz der ganzen Communität begründen, welche Qualifikationen der Gebrauchsweise werden erfordert, um solche zur Begründung eines Besitzes der ganzen Gemeinde zu erheben? Von welchem Zeitpunkte an entsteht aus den Besitzhandlungen einzelner Mitglieder einer Gemeinde der Besitz der ganzen Communität? Es wäre doch wahrlich eine mit nichts zu rechtfertigende Härte, unbedingt der Duldung solcher einzelnen Besitzhandlungen die Kraft der Erwirkung eines Gemeinbesitzes zu stehen zu wollen. Ich erinnere mich eines Rechtsfalles, da von Seiten des Verpflichteten wider die verjährungslustige Gemeinde behauptet wurde, „daß, um einen solchen Gemeinbesitz zu erwerben, die ganze Gemeinde, ihr Vorsteher an der Spitze, von der strittigen Gerechtigkeit hätte Besitz ergreifen müssen“, und ich getraute mir, die Rechtmäßigkeit dieses Verlangens eher durchzusetzen, als die unbedingte Behauptung der oben erwähnten entgegengesetzten Meinung. Auch wurde in judicando wenigstens in soweit darauf Rücksicht genommen, daß die angeblich verjährte Grundgerechtigkeit nur auf die dermaligen Gemeindeglieder, oder vielmehr, da die Grundgerechtigkeiten an dem Grund und Boden, nicht an der Person des Besitzers hängen, auf die Besitzer der dermaligen Gemeindegrenze beschränkt wurde<sup>63)</sup>. Nehme man ends

63) Was insonderheit dazu gehöre: a) „durch Besitzhandlungen die Verjährung gegen eine Gemeinheit als corpus zu begründen,“ oder b) „wie eine moralische Person besitzen, und durch Besitz erwerben könne,“ das lehren bekanntlich eigene Rechtsprincipien.

lich das bereits oben erwähnte Beispiel, daß jemand einem Nachbar nur so lange, als er selbst sein Vieh auf einen ihm eigenthümlichen Platz getrieben, die Mithütung verstatet habe, nunmehr aber selbst von der Hütung keinen Gebrauch mehr machen will, ist er nun, der Modification des fremden Besitzes auf eine bloße Mithütung ungeachtet, verbunden, sich die fernere alleinige Ausübung des Fremden gefallen zu lassen? <sup>64)</sup> Solche und ähnliche Zweifel folgen nothwendig aus der mehr oder minder schwankenden und unbestimmten Natur des Besitzes jeder nicht stätigen und nicht in die Augen fallenden Servitut, und werden glücklich von einer Gesetzgebung vermieden, welche dergleichen Gerechtigkeiten nur durch urkundliche Festsetzungen, mit Ausschluß der Erwerbung durch bloßen langen Gebrauch, entstehen läßt.

Endlich dürften diese Vorschriften

3) dem Geiste der Römischen Gesetzgebung über diese Materie sich mehr nähern, als es nach der gewöhnlichen Darstellung derselben scheinen möchte. Diese Materie gehört offenbar unter die schwierigern der Römischen Rechtstheorie, weil die Gesetzgebung über dieselbe sich nicht gleich geblieben ist, und mehrmals gewechselt hat. Die Auffindung der neuesten Rechtsgrundzüge wird aber dadurch um so mehr erschwert, als in die Römische Gesetzesammlung Gesetze aus allen diesen verschiedenen Rechtsperioden aufgenommen worden sind. Nach meinem Ermessen waren jene scharfsinnigen Juristen damals auf dem richtigen Wege, als durch ein ausdrückliches Gesetz der Grundsatz aufgestellt wurde: *ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint* <sup>65)</sup>, wovon Paulus an dem oft angeführten Orte <sup>66)</sup> den treffenden Grund angibt, „weil die Servituten keines sichern und ununterbrochenen Besitzes fähig seyen“. Dieser für das Unpassende der Erwerbssart durch langen Gebrauch auf solche Servituten wenigstens, welche ihrer unstätigen Natur nach keine conti-

64) Gewiß wäre es mit einer guten Gesetzgebung unverträglich, den nicht precario erlangten Besitz der Mithut von einer öconomischen Speculation des Eigenthümers des Grundstücks abhängig zu machen. Will er eine Benutzung unterlassen, so mag er es thun. Zu tausend Chikanen aber würde es führen, dürfte jener Eigenthümer das Gesetz aussprechen: „da ich nicht so benutzen will, so sollst du auch nicht benutzen.“ G.

65) L. 10, §. 1. ff. de usurp. et usuc. l. 4. §. fin. ff. eod.

66) L. 14. ff. de servit.

nürrliche und einförmige Ausübung zulassen, auch völlig entscheidende Grund unterliegt daher dem wegwerfenden Urtheile nicht, welches Glück<sup>67)</sup>, nach Anleitung früherer Autoritäten, darüber fällt. Der nämliche Grund war es vielmehr, warum angesehenen Civilisten die *servitutes discontinuas* selbst nach den Vorschriften der Römischen Gesetze nur durch eine unvordenkliche Verjährung in Ermangelung eines Titels erwerben lassen wollten, oder vielmehr, da der Besitz, *cujus memoria non extat*, nur mißbräuchlich unter dem Namen der Verjährung erscheint, welche immer einen Erwerb durch einen bestimmten Zeitablauf voraussetzt, dieselbe von dieser Erwerbssart ganz ausschloß<sup>68)</sup>. Diese Meinung war auch nach dem Zeugnisse eines Gail, Wynsinger, Eramer u. a. bei dem ehemaligen Reichsgerichte geltend, und hat in dem Baierschen Civilgesetzbuche P. II. c. VII. §. 5. ausdrückliche gesetzliche Kraft erhalten. Hier wird nämlich gleichfalls zwischen *servitutibus continuis* und *discontinuis* ein Unterschied gemacht. Jene, die *servitutes continuae*, werden unter Anwesenden binnen zehn, unter Abwesenden binnen 20 Jahren verjährt, sofern hierbei entweder ein hinlänglicher Ankunftsstitel, oder, daß der Gegentheil solches gewußt und gestattet habe, hinlänglich bewiesen werden kann. In vierzigjähriger Präscription bedarf man jedoch bei diesen *Servituten* weder den Titel, noch die gegentheilige *scientiam et patientiam* darzuthun. *Servitutes discontinuae* hingegen verjähren sich eher nicht, als nach unvordenklicher Zeit, ausgenommen, wenn man nebst einem tauglichen Titel auch *scientiam et patientiam* beweisen kann, in welchem Falle die Verjährung von resp. 10 und 20 Jahren statt findet. Uebrigens wird diesen gesetzlichen Bestimmungen noch ausdrücklich hinzugefügt, »daß bei allen Verjährungs-

67) in der Erläut. der Pand. nach Hellf. B. 9. S. 112.

68) At alii — sagt *Mevius*, in Decis: Tit. II. P. IX. Dec. 164.—  
nimis *durum et iniquum* putarunt, ut dominus, qui ex jure domini fundatam intentionem habet, *servitute perpetuam* ideo tolerare cogatur, quod per illud tempus alter fundo suo usus sit, cum id seu vi, seu clam, seu vicinitatis jure, seu familiaritatis causa fieri potuerit, visumque nec *cum bona fide* aliquem, qui ejus titulum non habet, hoc posse 30 annis praetendere, ideo nec praescribere. Non aliter igitur praescriptionem sine titulo admiserunt, quam si per tempus, *cujus initii non extat memoria*, quis *servitute discontinua* usus esset.

gen der Dienstbarkeiten ohne Unterschied erfordert werde, daß man sich derselben in Meinung, eine rechtliche Befugniß dadurch zu erlangen, jure servitutis bedient habe“, welches jedoch niemals präsumirt wird, sondern bewiesen werden muß, es sey denn bereits ein langer, wenigstens zehnjähriger, Gebrauch vorhanden, in welchem Falle der Gegentheil den Beweis des Precarii übernehmen muß. Die Kreitmayerschen Noten zu dieser Gesetzesstelle beweisen, daß man dabei im Allgemeinen die Vorschriften des gemeinen Rechts und den dießfälligen besonders reichsgerichtlichen Gerichtsgebrauch zum Grunde gelegt habe; allein, daß auch diese gesetzlichen Unterscheidungen nicht alle legislative Bedenklichkeiten heben, ergibt sich aus dem, was oben ausgeführt worden.

Und der nämliche Grund ist es auch, welcher, wie uns die Discussionen über das neue französische Gesetzbuch belehren, die Verfasser desselben veranlaßte, die Erwerbbarkeit durch langen Gebrauch hinsichtlich unstätiger Servituten für ganz unzulässig zu erklären, und selbst zu dem Erwerbe von stätigen einen längern Gebrauch zu erfordern, als sonst zu dem Erwerbe des Eigenthums einer Sache vonnöthen ist <sup>69)</sup>.

Obgleich ferner die spätere römische Gesetzgebung von dem Grundsatz des Scribonischen Gesetzes wieder abweiche, und dem Erwerbe durch langen Besitz auch bei Servituten den Eingang eröffnete, so ist es doch auffallend, wenn die Gesetze <sup>70)</sup> hierunter meistens auf Beispiele sich beziehen, wo von Servituten die Rede ist, welche stätig und mit in die Augen fallenden Anstalten verbunden sind, sich wegen der dabei eintretenden Oeffentlichkeit des Besitzes, wie gezeigt worden, weit unbedenklicher zu einem Erwerbe durch langen Gebrauch eignen, und daher auch allein von dem französischen Gesetze zu dieser Erwerbbarkeit zugelassen wurde. Wenn nun gleich diese Beschränkung bei der allgemein lautenden Vorschrift anderer Stellen, welche die Acquisition der Servituten durch langen Gebrauch ohne Ausnahme zu lassen, sich nach dem buchstäblichen Inhalt der Gesetze nicht wohl rechtfertigen lassen möchte, so ist sie doch dem Geiste der früheren und bessern Gesetzgebung angemessener, gegen welche die Erwerblichkeit der Servituten durch langen Besitz nur allmählig

69) *Maleville*, Analyse raisonné de C. N. T. II. pag. 140 sq.

70) L. 2. Cod. de servit. et aqua. L. 10 ff. si servit. vind. L. 1. 20. pr. de serv. praed. urb.