Werk

Titel: Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?

Autor: Zimmern

Ort: Heidelberg

Jahr: 1824

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1824_0007|log24

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

XVII.

Können Servituten durch Vertrag beſtellt werden?

Von Herrn Profeſſor Zimmern in Heidelberg.

Zur Erwerbung affirmativer Servituten werde Beſitzeinweiſung erfordert, und bloßer Vertrag genüge nicht. Dieſe Meinung war und iſt ſo allgemein verbreitet, daß noch die neueſten Lehrbücher des ſ. g. Pandektenrechts einer abweichenden Anſicht nicht einmal gedenken [1]). Und doch war ſchon ſeit lange von Savigny [2]) behauptet worden, daß allerdings Vertrag genüge, welche Meinung ihrerſeits — was nicht minder auffallend iſt — in andern Schriften neuerer Zeit ſo vorgetragen wird, als wäre ſie eine der herrſchenden und anerkannten [3]). Sogar ſo weit iſt man bereits gegangen, die

1) Thibaut 6te Ausg. §. 621, *E.* — *Mühlenbruch* doctr. Pandect. §. 400: „Si pactionibus constituitur servitus, in affirmativis quidem servitutibus quasi traditio necesse est accedat.“ Wening Bd. 1. B. 2, § 92; erſt in der 2ten Aufl. dieſes Bandes iſt die, dem Verf. inzwiſchen zugekommene Diſſertation von Schmidtlein, als diſſentirend angeführt. — Schweppe macht aber eine Ausnahme, ſ. Note 3.

2) Beſitz, 3te Aufl. S. 502, Note; S. 511, Note; 4te Aufl. S. 447 und 454.

3) Z. B. Mackeldey Inſtitt. §. 338. u. §. 347. Roßhirt Grundlinien des R. Rechts, Heidelb. 1824, nahm p. 191 die Theorie ebenfalls an mit der Bemerkung, daß die Neueren ver-

Verträge ſelbſt einzutheilen in ſolche, die obligatio, und andere, die dingliches Recht erzeugen [4]), nämlich auch Pfandrecht, emphyteutiſches, ſuperficiariſches Recht. Obgleich ohne die zwey bekannten Stellen in Juſtinians Inſtitutionen (§. 4. J. de serv. §. 1. de usufr.), daß, wer vicino ein jus, oder wer einen ususfructus unter Lebenden beſtellen wolle, pactionibus et stipulationibus id efficere debet, die neue Meinung nie entſtanden wäre, ſo ſcheint allerdings eben in dieſen Worten ein genügender Beweis für die Wahrheit derſelben zu liegen. Um ſo auffallender iſt es, daß man in früherer Zeit, wie z. B. in den Commentaren [5]) über Juſtinians Inſtitutionen, mit ſo großer Leichtigkeit über die Sache hinweggegangen iſt. — Die Gloſſe nimmt den Text wörtlich, und bemüht ſich, wie viele ſpätere Erklärer, z. B. ſelbſt Cujacius [6]), nur die Schwierigkeit zu heben, die in Erwähnung der pacta neben den stipulationes liegt. Inſofern gehört alſo die Meinung, daß Servituten durch Vertrag entſtehen können, nicht einmal ausſchließlich der neuern Zeit an [7]), obgleich ſie ſo wenig eine gehörige Begründung gefunden hatte, als die ent-

---

ſchieden gelehrt haben, erklärt aber p. 608 nachtragsweiſe, daß er gerade durch Schmidtlein zweifelhaft geworden ſey. Endlich Schweppe, Privatr. §. 304, iſt unbedingt Savigny's Meinung, und bemerkt, daß man bisher das Gegentheil annahm.

4) Burchardi Syſtem des R. Rechts im Grundriſſe, Bonn 1823, p. 30. Er hält es überhaupt für unrichtig, die Theorie der Verträge blos ins Obligationenrecht zu ſtellen. Allein z. B. im Ehevertrag geht der Vertragsbegriff ſo wenig dem Rechtsſyſtem etwas an, als bey dem Vertrag, mit einander ſpazieren zu gehen. Doch iſt hier nicht der Ort, über ſolche Begriffe zu rechten.

5) So wird z. B. auch in Glücks großem Commentar über die von den Servituten handelnden Pandectentitel die Schwierigkeit gar nicht berührt.

6) Ad Africani leg. 33. de S. P. R. (8, 3), opp. T. I.

7) Vergl. namentlich *Bachov* ad Institt. Lib. 2, Tit. 3.

gegen ſtehende Meinung. Vinnius [8]) iſt faſt der einzige, welcher ſich über die Inſtitutionenſtellen etwas ausführlicher erklärt, mit der Bemerkung: „Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video D. Bachovium in ea esse *haeresi*, ut existimet, nudis pactionibus et promissionibus solis servitutes praediales plene perfecteque constitui atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem — *quo quidem ego nihil unquam audivi, quod a ratione et auctoritate juris magis abhorreat.*“ Bey ſo bewandten Umſtänden war die Schrift [9]), welche kürzlich den Gegenſtand ex professo behandelt hat, gewiß eine ſehr erfreuliche Erſcheinung; und man mag nun den hier betretenen Weg für den rechten halten oder nicht: jeden Falls verdient der Verfaſſer Dank, daß er eine wichtige Frage mit Herzhaftigkeit und Ernſt beſprochen hat, über die man bisher mit unbegreiflicher Oberflächlichkeit hinweggegangen war. Gleichzeitig mit ihm hat auch Dü Roi in einer, für unſre Wiſſenſchaft äußerſt fruchtbaren Abhandlung, unter andern jene Frage berührt [10]), aber nach meinem Urtheil ebenfalls nicht völlig befriedigend gelöſt.

Allgemein anerkannt iſt die Analogie der Servituten und des Eigenthums (dominium juris und corporis). Jene involviren einen Theil der Rechte, die im Eigenthum als der Totalität zuſammengefaßt ſind. Die Römer haben daher eben ſo eine vindicatio rei, wie juris geſtattet, den Begriff des Beſitzes und der poſſeſſoriſchen Interdicte auch bey den Servituten zugelaſſen, und ſelbſt davon, daß ſie oder einige in älterer Zeit durch usucapio entſtehen konnten, haben wir Spuren [11]), ſo wie es bekannt genug iſt, daß ein Analogon

8) Ad Institt. eod. tit. §. 4. nr. 2.

9) *E. J. Schmidtlein* de servitutibus per pactum constituendis, Gotting. 1823, 8.

10) In dieſem Archiv B. 6. H. 2. nr. XIV, H. 3. nr. XVIII. Vergl. H. 2. S. 284—286.

11) Wenigſtens die bekannte. L. 4. §. 29. D. de usuc. (41, 3.)

der langjährigen Ersitzung auch bey den Servituten aufkam. Auf jeden Fall aber mußten in früherer Zeit die Servituten eben so wie das Eigenthum durch in jure cessio oder mancipatio (letztere war nur bey den rusticis zulässig) bestellt werden [12], und daß wiederum wie wenn Eigenthum, so auch wenn vom Nichteigenthümer eine Servitut bestellt werden wollte, ebenfalls actio Publiciana angestellt werden darf, und daß wenigstens zu diesem Zweck hier wie dort Tradition wesentlich sey, ist bis jetzt noch von Niemand in Abrede gestellt worden. Im Gegentheil sollen nach der neuen Theorie jene Stellen, welche Tradition zur Bestellung einer Servitut fordern, auf die Weise erklärt werden. Würde es nun nicht aus der Analogie herausfallen, wenn die Entstehung der Servitut selbst als jus geradezu durch Vertrag möglich wäre? Sollte der Grundsatz: »dominia rerum non nudis pactis transferuntur« [13] nicht ein allgemeiner seyn für das dominium rei corporalis und incorporalis? — Die bekannten Worte des Paulus [14]: »Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum rel.«, enthalten freylich keinen entscheidenden Beweis. Schmidtlein (p. 111) meint: »Paulus melius egisset, si hac in lege servitutes omnino intactas reliquisset;« indessen Paulus sagt ja nicht: *Conventionum* oder *pactorum* substantia non in eo consistit u. s. w., sondern *obligationum*. Die obligatio ist eine Tochter des Vertrags, und eben so wie sie auch andere Erzeuger haben kann, z. B. Delict, so könnte wohl auch der Vertrag noch andere Kinder haben, so daß aus dem von Paulus angegebenen Inhalt der obligatio noch nicht folgt, daß aus dem Vertrag nur eine obligatio entstehe. — Schmidtlein (p. 36) beruft sich

12) Gaj. II, 29—33. Ulp. XIX, 11. Vatic. fragm. §. 45.

13) L. 20. C. de pact. (2, 3.)

14) L. 3. pr. de O. et A. (44, 7.)

namentlich auf das Pfandrecht, und ob zu dem Vertrag, der emphyteutiſches oder ſuperficiariſches Recht gibt, Tradition hinzukommen müſſe, darüber iſt man noch keineswegs einig. Daß aber alle dieſe Rechte nicht den Servituten analog ſind, hat Dü Roi (in der angef. Abh.) wohl hinlänglich dargethan. Ich kann indeſſen hier in jedem Falle von dem emphyteutiſchen und ſuperficiariſchen Rechte abſehen, weil die Frage, ob dabey Tradition erforderlich ſey, nicht ausdrücklich in den Quellen beantwortet wird, ſo daß alſo diejenigen, welche dieſe Rechte mit den Servituten in Parallele ſtellen zu müſſen glauben, den umgekehrten Weg zu gehn, und aus dem, was bey Servituten gilt, die Antwort für die Emphyteuſis und Superficies zu entnehmen haben. So hat man z. B. eine Entſtehung dieſer Rechte durch acquiſitive Verjährung nach Analogie der Servituten angenommen, und wer dieſe Verjährung hier, z. B. bey dem Uſusfructus, läugnen wollte, den könnte man ohne Zirkelſchluß nicht dadurch widerlegen, daß man ſich auf die Zuläſſigkeit derſelben bey der Emphyteuſis beruft. — Dahingegen haben wir freylich für die Zuläſſigkeit der actio hypothecaria ohne vorangegangene Tradition die entſchiedenſten Zeugniſſe. Ich will nicht einwenden, daß der Grund der Realverſicherung im Mangel an perſönlichem Vertrauen liege, und folglich, eben wegen dieſes Mißtrauens von der andern Seite, die Uebergabe der zu verpfändenden Sache unterbleiben könnte. Ich will nicht einwenden, daß hier nur ex jure Praetorio dingliches Recht entſtehe [15]), mithin durch ſolche Analogie zu viel, folglich nichts bewieſen werde, weil grade zum prätoriſchen Schutz der Servituten Tradition nöthig ſeyn

15) Wenn man auch mit Löhr (Magaz. B. 1. H. 1. nr. IV, B. 3, H. 4, S. X—XIII.) die actio in rem des Fauſtpfandgläubigers aus dem Civilrecht ableiten dürfte, ſo iſt ja hier von dem ohne Tradition entſtehenden dinglichen Rechte, alſo von der, durch das bloße pactum hypothecae entſtehenden, mithin auf jeden Fall prätoriſchen (§. 7. J. et Theoph. de actionn.) dinglichen Klage die Rede.

ſoll! Aber mit Dü Roi erwiedre ich, daß überhaupt das Pfandrecht nicht mit den Servituten verglichen werden kann. Hier wird geſagt, daß res servit, einzelne im Eigenthum liegende Dispoſitionsrechte ſind in dritte Hand gegeben, der Eigenthümer iſt in der Verfügung über die Sache ſelbſt beſchränkt. Dagegen der Pfandgläubiger hat kein Recht über die Sache ſelbſt zu verfügen, keine pars dominii, kein ſ. g. jus in re in dem Sinne, wie die Römer das Wort jus ſchlechtweg (jus in re iſt kein Kunſtausdruck [16]) gebrauchen, völlig ſynonym mit Servitus — ſondern der Pfandgläubiger iſt nur zu gewiſſem Zwecke Procurator des Verpfänders, aber in rem suam: nämlich inſofern, als es der Zweck der Sicherſtellung und Befriedigung wegen ſeiner Forderung erheiſcht. Er vindicirt nicht, wie der, welchem eine Servitut zuſteht, das jus (si paret *hoc jus* meum esse), ſondern er vindicirt die Sache ſelbſt, die res corporalis, ſtatt des Eigenthümers, eben ſo wie er auch, obgleich nicht Eigenthümer, dennoch die Sache ſelbſt veräußert [17], und dabey ſo gewiß nur als Stellvertreter des Eigenthümers handelt, daß bekanntlich nur dieſer, nicht jener, für Eviction haftet. Der actio hypothecaria liegt alſo nur die Behauptung zum Grunde, daß der Kläger vom Eigenthümer das Recht ableite, ſtatt deſſelben ſich den Beſitz zu verſchaffen. Denn daß am Ende er, der Gläubiger, beſitze, wird durch den oben erwähnten Zweck nothwendig, und eben dieſes Zweckes wegen hat auch er die, außerdem nur dem beſtohlenen Eigenthümer zuſtehende, condictio furtiva [18]. Aus demſelben Grunde hat auch der Pfandgläubiger

16) Dü Roi a. a. O. S. 417. S. auch *Mühlenbruch* Pand. Vol. I. §. 78. Nota 5.

17) Grade in der Verbindung, daß „et qui dominus non sit alienare possit", wird deſſen bey Gajus (II, 62, 64) gedacht, und ſo auch in §. 1. J. quibus alienare licet vel non (2, 8).

18) L. 12. § 2. de cond. furt. L. 22. pr. D. de pign. act. vgl. mit L 1. D. de cond. furt.

die poſſeſſoriſchen Interdicte, ohne daß der Verpfänder den Beſitz verliert, den er vielmehr durch ſeinen Stellvertreter ausübt, obgleich, weil er dem Pfandgläubiger die Interdicte ſelbſt überlaſſen muß, der Beſitz nur in Hinſicht auf usucapio nützt. Durch dieſe rein civiliſtiſche, oder, ſo zu ſagen, innere Erklärung [19], wird die aus dem Mißtrauen entnommene [20], blos äußere, entbehrlich. Nur auf dieſem Wege war es auch zu erklären, daß gegen die Analogie des Eigenthums und der Servituten nur noch das von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt das an einer res aliena beſtellte Pfandrecht Wirkſamkeit hatte, wenn auch der Erwerber in bona fide war, und daß die Klage nicht die Publiciana, ſondern die Serviana iſt [21]. Nämlich das Pfandrecht iſt ja eben kein ſelbſtſtändiges, ſondern blos das Recht, alle die zur Wahrung des Beſitzes und zur Befriedigung durch Alienation nöthigen Schritte zu thun, die der Verpfänder hätte thun dürfen; die a. hypothecaria oder Serviana iſt nur des Verpfänders Klage (utilis vindicatio), die, vom Pfandgläubiger angeſtellt, jenen auf den Urheber oder auf den Namen des Verhältniſſes ſelbſt hinweiſenden Namen trägt. Steht alſo dem Verpfänder wenigſtens a. Publiciana zu, ſo kann der Pfandgläubiger auch dieſe utiliter anſtellen, die dann eben ſo gut Serviana heißen muß, als die im Namen des wirklichen Eigenthümers angeſtellte ſ. g. rei vindicatio. Wo nun aber der Verpfänder nicht einmal eine Publiciana actio hat, da kann auch bey dem Pfandgläubiger keine Klage, mit andern Worten, da kann auch kein Pfandrecht entſtehen. Bey verpfändeter Forderung gilt nichts Abweichendes, ſondern der Pfandgläubiger hat wiederum nur die Klage des Verpfänders, alſo die perſönliche gegen den Schuldner. Folglich iſt das Pfandrecht keineswegs ein dingliches Recht, oder,

19) Dü Roi a. a. O. S. 404.

20) S. indeſſen auch Savigny Beſitz S. 251 fgg. (4te Aufl.)

21) Dü Roi a. a. O. S. 403.

wie man mit Rückſicht auf die oppignoratio nominis auch ſagt, gewöhnlich dingliches Recht [22]) im ſelbſtſtändigen Sinne des Wortes, ſondern [23]) es iſt (wenn es darauf ankömmt, eine Definition zu fertigen) das Recht zu ſeiner Sicherſtellung oder Befriedigung, in Bezug auf ein gewiſſes Object die Klagen anzuſtellen, oder die Veräußerungen vorzunehmen, zu welchen unmittelbar nur der Schuldner berechtigt iſt, von dem man dieſe Befugniß ableitet. Iſt das Recht dieſes Concedenten ein ſ. g. dingliches, dann übt freylich auch der Pfandgläubiger ein dingliches Recht aus, aber wo nicht — nicht! Kann man nun die Ausübung eines fremden dinglichen Rechtes, wenn auch zu eignem Vortheil, ſelbſt wieder als ein neues eigenes dingliches Recht anſehen? Daß aber jene Derivation auf dem Wege eines bloßen Vertrags möglich iſt, iſt nicht allein nicht auffallend, ſondern der Analogie ſo vollkommen gemäß, daß für das Gegentheil nur äußere politiſche Gründe ſprechen könnten. Wie jede Ceſſion einer Obligation durch mandatum der Klage realiſirt oder dieſe ſchon utiliter angeſtellt wird, wie zur Ceſſion einer Vindication keine Tradition der Sache erforderlich iſt [24]); eben ſo enthält die Verpfändung nur ein ſolches mandatum agendi et alienandi, ſo daß es auch conſequent iſt, daß neben dem Pfandgläubiger der Eigenthümer gleichfalls vindiciren kann, nur aber in der Colliſion nachſtehen muß. Zugleich iſt des Verpfänders Conceſſion nur eine bedingte, ſo daß ſie um ſo weniger vermittelt werden muß durch irgend eine Tradition, die bey definitiver ganzer oder theilweiſer Ueberlaſſung eines Rechts an der Sache ſelbſt (Eigenthum, Servitut) allerdings erfordert werden mag. Freylich ſprechen politiſche Gründe für möglichſte Publicität der Schritte, wodurch das Recht zur Vindication

22) Thibaut §. 650.

23) S. auch Wening Buch 2, §. 125.

24) Mühlenbruch Ceſſion S. 204 fgg.

in andere Hände kömmt, und dieſes mag urſprünglich den Grundſatz veranlaßt haben, daß Eigenthum oder Servitut nur vor Gericht (in jure cessio), oder doch vor vielen Zeugen (mancipatio) beſtellt werden, und daß höchſtens erſt ein eine Zeitlang fortgeſetzter Beſitz (usucapio) die mangelnde Form ergänzen könne. Wenigſtens, wenn man die Unterſcheidung zwiſchen mancipi und nec mancipi res zu einer urſprünglichen machen will, galt der Grundſatz bey den Italiſchen Grundſtücken, bey Sclaven und Laſtthieren auf jeden Fall von jeher. Mit bloßer Tradition begnügte man ſich erſt bey nec mancipi res und im Juſtinianiſchen Recht freylich bey allen Sachen, aber nudum pactum reichte nie hin. Allein bey Verpfändungen hat der ganz abweichende Character des Verhältniſſes ſchon frühe zu der Zuläſſigkeit der a. hypothecaria ohne vorangegangene Tradition führen können, und daß ſelbſt der alte contractus pignoratitius Tradition erheiſcht, hatte andere Gründe, nämlich Specialität des Pfandrechts und möglichſte Sicherſtellung des Pfandgläubigers, ohne ihm gerade durch contracta fiducia Eigenthum zu geben. Nämlich die Tradition wurde ja nicht etwa blos zur Begründung des ſ. g. dinglichen Rechts, ſondern auch der obligatoriſchen Verhältniſſe zwiſchen Pfandgläubiger und Schuldner erfordert. Ja es iſt denn doch wohl anzunehmen [25], daß erſt durch prätoriſches Recht, und nachdem das pactum hypothecae ſchon bekannt war [26], dem Pfandgläubiger auch in rem zu klagen geſtattet worden iſt, ſo daß inſofern die Nothwendigkeit der Tradition beym contractus pigneratitius mit der erſt ſpäter entſtandenen Dinglichkeit des Rechts noch weniger in Zuſammenhang gebracht werden darf. Ja gerade die civiliſtiſche Conſequenz hat es möglich gemacht,

25) Das Bedürfniß mußte grade bey der Hypothek hervortreten, wo man nicht, wie beym Fauſtpfand, im Stande iſt, ſich ſeinen Beſitz ſelbſt zu wahren und durch Interdicte zu ſchützen.

26) Schon bey Cic. ad div. 13. ep. 56. wird ſeiner, freylich in einer Provinz, gedacht.

daß der ſo gefährliche Grundſatz einer blos vertragsmäßigen, durch keine äußerlich erkennbare Handlung ausgeſprochenen Entſtehung des Pfandrechts und der dinglichen Klage aufkam; daß alſo — da unſre öffentlichen Inſcriptionen den Römern fremd waren — die Nothwendigkeit der Publicität ſammt der (durch das Fauſtpfand bedingten) Specialität des Pfandrechts im Römiſchen Rechte nicht zu finden iſt, wie denn auch, als ſogar immer mehr pignora tacite contracta und Pfandprivilegien aufkamen, das Hypothekenſyſtem von der Seite aus eine wahre partie honteuse des Röm. Rechts geworden iſt.

Die vertragsmäßige Beſtellung der Servituten ſoll aber civiliſtiſch ſo zuſammen hängen, daß der Vertrag an die Stelle der unpractiſch gewordenen in jure cessio getreten ſey [27]), und Schmidtlein glaubt geradezu, in der in jure cessio ſey der Vertrag eingeſchachtelt, welcher Kern geblieben, nachdem die ſymboliſche Hülle durch den zur Formloſigkeit tendirenden Geiſt der Zeit abgeſtreift worden ſey. Denn ſo iſt es ja wohl gemeint, wenn es p. 76—78 heißt: „Nil magis consequens esse potuit, quam formarum civilium, quibus dominium quiritarium et servitutes quiritariae exoriebantur, inquirere naturalem substantiam, et eam deposita civili substantia assumere servitutes bonitarias constituendi formam. Mancipationis pars naturalis autem est traditio, in jure cessionis pactum“ u. ſ. w. »In jure cessionis, quae est constituendi servitutes quiritarias modus generalis, pars naturalis i. e. pactum certe etiam in servitutibus bonitariis constituendis fieri debuit modus generalis. Quae cum ita sint, quid juxta pactum faciat traditio? Omnino inane fuisset requisitum, cum jam pacto solo jus servitutis esset ortum (!)“. Kaum wagt man es, in dieſes poetiſche Helldunkel das Licht nüchterner Proſa zu tragen. Doch ſind wohl einige Fragen resp. Bemerkungen erlaubt. Warum ſoll nicht wenigſtens bey den

27) Savigny oben Note 2. cit.

juribus praediorum rusticorum, die durch Mancipation entſtehen konnten, die Nothwendigkeit einer nuda traditio übrig geblieben ſeyn? Schmidtlein gibt keine andere, als die Antwort (p. 78): „Hujus rei omnino nulla adfuisset ratio.“ Ferner iſt in der in jure cessio nicht ebenfalls eine ſtatt vor Privatzeugen vor Gericht veranſtaltete Tradition enthalten? [28]) Wenigſtens wird das Ergreifen der Sache von Seiten deſſen, dem cedirt werden ſoll, erfordert (rem *tenens* bey Gaj. II, 24), und obgleich die in jure cessio auf fingirtem Vindications-Proceß beruht, ſo muß doch der Vertrag, wie Verkauf ꝛc., oder der gegenſeitige Entſchluß, welcher die Veranlaſſung gibt, zum Prätor hinzugehn und dort eine bloße Scheinvindication vorzunehmen, vorangegangen ſeyn, ſo daß das Verfahren in jure nur eine Realiſation des auf Ueberlaſſung des Eigenthums, der Servitut, gerichteten gemeinſamen Willens enthält, und ſollte mithin jenes Verfahren, ſeinem Weſen nach, nicht die Uebergabe ſelbſt und keineswegs wieder einen Vertrag vorſtellen? Geht ja doch die in jure cessio immer parallel mit der mancipatio, und dient die usucapio als Erwerbung durch Fortſetzung des Beſitzes zur Ergänzung der nicht gehörigen in jure cessio ſowohl, als mancipatio? — Wenn aber die Feyerlichkeit der in jure cessio untergegangen iſt, wie ſollte der bloße Vertrag an die Stelle treten, wo vorher Uebergabe nöthig wäre? Denn auf jeden Fall erhielt doch auch bey der in jure cessio

28) Schmidtlein, p. 92, Note 32, meint es darum läugnen zu dürfen, weil von jeher auch res incorporales in jure cedirt werden konnten. Allein iſt nicht auch die Form der Mancipation zu Zwecken gebraucht worden, wo es auf Tradition nicht ankam? Und iſt es überhaupt ein richtiger Schluß, daß darum, weil man auch Translationen andrer Art durch fingirten Proceß bewirken konnte, die Translation der körperlichen Dinge durch in jure cssio keine Tradition involvire? Grade hier, ſo wie bey der manumissio durch vindicta, beweiſt die Art des Verfahrens, daß eine wirkliche Tradition darin enthalten iſt.

derjenige, welchem cedirt worden iſt, die vorher nicht beſeſſene Sache nunmehr in ſeinen Beſitz, und trug ſie, wenn er konnte, mit ſich fort! Warum der Sprung von in jure cessio (resp. mancipatio) zum bloßen Pactum, da der Gedanke an Tradition ſo nahe liegt — da das Erforderniß der Tradition zum prätoriſchen Schutze ſo unmittelbar darauf hinwies — da man ja auch beym Eigenthum nicht den Vertrag, ſondern die Tradition an die Stelle der in jure cessio ſo gut wie der mancipatio hat treten laſſen? — Man wird nicht erwiedern, daß ausdrückliche Zeugniſſe die Tradition bey Servituten für unmöglich erklären [29]! Eben ſo wird auch der Beſitz der Servituten verworfen [30], und dennoch eine juris quasi possessio zugelaſſen; die in rem actio definirt als eine Klage per quam rem nostram petimus [31], und dennoch wiederum in andern Stellen als eine Klage über res und jus, oder über res corporales und incorporales [32]. Auf jeden Fall wird ſ. g. quasi traditio der Servituten ausdrücklich anerkannt, ſie mag nun durch Induction in das dienende Grundſtück, oder durch Ausübung mit Wiſſen des Concedenten (usus, patientia) realiſirt werden [33]. Wenn man auch erwiedern dürfte, daß das nur zum Behuf der actio Publiciana nöthig geworden, ſo hat man doch damit zugeſtanden, daß den Römern ein Analogon der Tradition bey Servituten bekannt war! Ferner die Requiſite der actio Publiciana ſind doch beym Eigenthum geringer, als die der civilrechtlichen Vindication, wie ſollte nun bey Servituten umgekehrt die erſte Klage durch Tradition bedingt ſeyn, die letztere blos durch Vertrag? Freylich kann dort und nicht

29) Gaj. II, 19, 28. L. 43. §. 1. D. de dom. (41, 1.)

30) L. 32. §. 1. D. de S. P. U. (8, 2.) L. 3. prd. de poss. (41, 2.) L. 4. §. 27. D. de dom. (41, 1.). L. 1. §. 8. D. quod legat. (43, 3.).

31) L. 25. pr. D. de O. et A. (44, 7.).

32) §. 2. J. de actt. Dü Roi a. a. O. S. 253 ff.

33) L. 3. pr. D. de usufr. (7, 1.). L. 20. D. de serv. (8, 1.).

hier der Beſteller ein Nichteigenthümer ſeyn, aber wir haben kein Analogon dafür, daß deshalb die übrigen Requiſite erſchwert worden ſeyen, und von jeher war der prätoriſche Schutz leichter zu erlangen, als der civilrechtliche! Man wird daher verſucht, in Bezug auf die erforderten Requiſite zu ſagen, was Julian [34]) vom erworbenen Rechte ſelbſt ſagt: „Est absurdum plus juris habere eos qui *possessionem duntaxat* ususfructus non etiam *dominum* adepti sunt.“

Bekanntlich gibt es Fälle, wo Eigenthum ohne Beſitz entſteht, in ſolchen wird auch die Publiciana actio ohne vorher gehabten Beſitz geſtattet [35]), z. B. in Folge des Scti Trebelliani bey einzelnen Sachen aus der vom Fiduciar im Ganzen reſtituirten Erbſchaft. So ſollte man erwarten, daß, wenn wirklich ſchon der bloße Vertrag zur Beſtellung einer Servitut genügt, auch zur a. Publiciana mehr nicht nöthig ſeyn könne.

Der in unſern Quellen vorkommende Gegenſatz von dominium und possessio juris oder jure (civilrechtlich) und blos tuitione Praetoris entſtehender Servitut [36]), iſt derſelbe, wie der eines meum esse ex jure Quiritium und eines bloßen in bonis esse, und keineswegs darf, wie Dü Roi (S. 284 bis 286) mit Recht bemerkt hat, bey der prätoriſch geſchützten Servitut in der Regel an einen beſtellenden non dominus gedacht worden [37]). Vielmehr gibt L. 11. §. 1. D. de Publ. dieſe Publicianiſche Klage, »si quis per domum *suam* (nicht

34) L. 3. D. si ususfr. pet. (7, 5.).

35) L. 1. fin. L. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. de Publ. (6, 2.). Freylich iſt das neuerdings geläugnet worden von *C. J. Guyet* de public. in rem actione, Heidelb. 1823, pag. 47 — 50.

36) Vatic. fragm. §. 61; L. 11. §. 1. D. de Publ. (6, 2.); L. 3. D. si usufr. pet. (7, 6); L. 9. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. (7, 9); L. 1. §. 2. D. de S. P. R. (8, 3.): L. 16. D. si serv. vind. (8. 5.).

37) So Schmidtlein p. 84 sqq.

alienam) passus est aquaeductum transduci"; und ferner in L. 16. D. si serv. vind. iſt die Frage: „si a te emero *ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere*, et postea te sciente ex causa emtionis immissum habeam — an ex hac causa actione quadam vel exceptione *tuendus* sim?" Alſo ob prätoriſcher Schutz zu Theil werde? und die Antwort iſt bejahend („respondi, utroque auxilio me usurum"). Ferner ſagt L. 1. §. 2. D. de S. P. R. ganz allgemein: »Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris." Die Tradition iſt nämlich das wirkliche Einführen, die Uebergabe gerade wie die einer res corporalis, indem ſolches bey perſönlichen Servituten wegen der damit verbundenen Detention der Sache ſelbſt immer geſchehen kann; ſo daß hier die Tradition, ſofern ſie erforderlich iſt, in der Art vollzogen werden muß [38]). Patientia iſt der mit Wiſſen des Beſtellers begonnene usus, welcher bey den Prädialſervituten, z. B. durch Begehung der Via ſo gut, wie durch Immittiren des Balkens die Stelle der Tradition vertreten darf [39]). Auch die L. 1. §. 9. de superf. („Servitutes quoque Praetorio jure constituentur, et ipsae ad exemplum earum, quae ipso jure constitutae sunt, utilibus actionibus pe-

38) L. 3. D. de usufr. (7, 1.): Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur *dare alicui usumfructum.* Dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifrui. — Savigny a. a. O. S. 447.

39) L. 20. D. de S. P. R. — So läßt ſich das Erwähnen der patientia (als Quaſi-Tradition) neben der (wirklichen) Tradition (ſ. auch die Stelle der vorigen Note) erklären, ohne daß man genöthigt iſt, mit Dü Roi, S. 289 Note 60), die patientia für ſynonym mit der consuetudo zu erklären, durch welche Servituten ebenfalls entſtehen. Dieſe consuetudo beruht allerdings auch auf patientia, aber auf fortgeſetzter. — Doch iſt dieſe Meinungsverſchiedenheit auf unſre gegenwärtige Frage ohne Einfluß.

tentur.“) ſpricht von nach prätoriſchem Recht conſtituirter Servitut ſelbſt, nicht von ihrer bloßen bonae fidei possessio. Und warum ſoll ein ex causa fideicommissi tradirter Usus-fructus nicht eben ſo vollſtändig ſeyn, wie ein legitime conſtituirter? Dieſer Gegenſatz kömmt nämlich in L. 3. D. si ususfr. pet. vor, und iſt natürlich nur der Gegenſatz zwiſchen der Uebergabe eines Fiduciars, die überall nur ein in bonis esse gibt [40]), und der im alten Civilrecht begründeten Beſtellung, nicht aber zwiſchen dominium und bonae fidei possessio servitutis. — Für das alte Recht geht alſo das Reſultat dahin, daß auch, wenn da, wo eine Servitut ex jure Quiritium erworben werden konnte, die Beſtellung nicht auf dem dazu erforderlichen Wege (durch mancipatio oder in jure cessio) ſondern nur durch ſimple Induction oder Nichtwiderſprechen bey der Ausübung bewerkſtelligt worden iſt, blos prätoriſcher Schutz begründet werden konnte. Wie nun jene civilrechtliche Beſtellungsform wegfiel, ſo blieb das Inſtitut des prätoriſchen Schutzes allein übrig [41]); gerade wie auch beym Eigenthum nicht etwa das in bonis esse kaſſirt worden iſt, ſondern das bloße ex jure Quiritium [42]) Das in bonis esse war ſchon ſeit lange her, zumal nachdem der proceſſualiſche Unterſchied zwiſchen vindicatio und actio, zwiſchen directa und utilis vindicatio verſchwunden war, ſo wirkſam, als das ſ. g. quiritariſche Eigenthum; und ſo war im Grunde, da man das Mancipiren ohne Nachtheil unterlaſſen konnte, dieſes Eigenthum (wie das ſo oft der Fall iſt) ſchon von ſelbſt verſchwunden, als Juſtinian erklärte, daß es nur Ein Eigenthum gebe. Ging es ja damals wie noch heute, daß man in juriſtiſchen Schriften, wie z. B. in Compendien des practiſchen Rechts, Theorien als geltend vorträgt, die im practiſchen Leben längſt verſchwunden ſind, z. B. die Friſten

40) L. 63. pr. D. ad Sct. Treb. (36, 1.).

41) Du Roi S. 286.

42) L. un. C. de nudo (ex) jure Quirit. tollendo (7, 25.).

der bonorum possessio [43]). — So hat es ſich denn auch bey Servituten von ſelbſt gemacht, daß man bey untergegangener in jure cessio (und mancipatio) blos tradirte, und da die Folgen am Ende dieſelben waren, wie wenn jene Formen noch exiſtirten; ſo war ſo wenig wie bey dem Eigenthum ein Bedürfniß da, an die Stelle der untergegangenen Form eine neue treten zu laſſen. Der Beweis liegt eben in den Pandectenſtellen, die wir weder auf den beſtellenden non dominus zu beſchränken, das Recht, noch als für uns unverbindlich anzuſehen einen gehörigen Grund haben. Obgleich nämlich der Gegenſatz zwiſchen dominium und possessio servitutis veraltet iſt, ſo können wir doch der Sache nach das, was die Stellen ſagen, noch heute anwenden, und es hat alſo die Compilation hier wie ſo oft [44]) noch einen wiſſenſchaftlichen Unterſchied ſtehen laſſen, um nicht den hiſtoriſchen Faden zu zerreißen, der in den Stand ſetzen muß, Juſtinians Vorſchriften gemäß das practiſche Reſultat da ſelbſt zu ziehen, wo Interpolation zu ſchwer geweſen wäre, oder zu ſehr den urſprünglichen Zuſammenhang entſtellt haben würde.

Dieſe Darſtellung könnte mit Grund nicht bezweifelt werden, wenn nicht Gajus in ſeinen Inſtitutionen (II, 31), in den Pandecten (L. 3. pr. D. de usufr.), und aus ihm Juſtinian in den anfangs erwähnten Inſtitutionenſtellen von Entſtehung der Servituten pactis et stipulationibus ſprächen. Hinſichtlich jener erſten Stelle trete ich unbedenklich Dü Roi's Erklärung bey. Gajus ſpricht in ſeinem ganzen Zuſammenhange nur vom dominium servitutis, von civilrechtlicher Erwerbung des ususfructus und der jura praediorum. Des

43) Hugo in ſeinem Lehrbuche des heut. Röm. Rechts, 6te Ausg. S. 139 hat hier auf das Unpraktiſche aufmerkſam gemacht.

44) Z. B. die Eintheilung in juris gentium (naturales) und jure civili (civiles) acquisitiones §. 11. J. de rer. divis.; in fin. J. de usu (2, 5); L. 23. pr. D. de rei vind. (6, 1.); L. 1. pr. D. de A. R. D. (41, 1.).

Inſtituts der prätoriſchen Tuition gedenkt er gar nicht [45]: „Sed haec, fährt er in §. 31. fort, scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt, alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi u. ſ. w. constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere debet, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.“ Nämlich am Provinzialboden iſt überhaupt kein ex jure Quiritium, weder am ganzen Boden noch theilweiſe (an der Servitut) möglich, ſelbſt nicht durch wirkliche in jure cessio [46]; man mußte ſich alſo mit Beſtellung der jura als Obligationen zufrieden geben, was nämlich ſo geſchah, daß dem beſtellenden Vertrag (pactio) noch eine Poenalſtipulation auf den Fall, daß man die Ausübung hindern werde, beygefügt wird. Daß ſo die pactiones et stipulationes zu verſtehen ſeyen, ſoll hernach bey Erläuterung der Juſtinianiſchen Stellen nachgewieſen werden. Ob prätoriſcher Schutz der Servitut als jus auch nur wirklich zu des Gajus Zeit zuläſſig war, iſt noch ſehr die Frage [47].

45) So auch Paulus in Vat. fragm. §. 45 sqq.

46) Gaj. II, 46, auch II, 7.; L. un. C. de usuc. transf., pr. J. de usucap.

47) Schmidtlein p. 75 sqq. p. 101 sqq. findet in jener Stelle des Gajus geradezu eine, wie er ſich ausdrückt, servitus bonitaria, und zugleich den Beweis, daß bonitariae servitutes durch Vertrag entſtanden!! Da nun das Recht am Provinzialboden zu Juſtinians Zeit das allgemeine war, ſo mußte natürlich zu ſeiner Zeit der Vertrag die allgemeine Beſtellungsform aller Servituten geweſen ſeyn. Indeſſen ſteht der unerwieſene Vorderſatz, welcher ein in bonis esse durch bloßen Vertrag entſtehen läßt, im Widerſpruch mit allen den Stellen, die erſt an die Tradition die tuitio Praetoris knüpfen. Der andere Beweis, daß Gajus wirklich eine Servitut als dingliches Recht am Provinzialboden im Auge haben mußte, fällt dem Verf. freylich nicht ſchwer, da er ſich auf die Stelle von Alexander Sever beruft, „*sub cujus imperio Gajum institutiones scripsisse certum est*“ *!!* (p. 79 in fin.)

Alexander Sever hat allerdings in dieſem Sinne reſcribirt [48]) in den Worten:

> Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint quae servitutes constituunt (natürlich Conſens und Tradition); *tueri* enim *placita* inter contrahentes debent (d. h. das, was unter den Partheyen, natürlich in gehöriger Form [si ea praecesserint], beliebt worden iſt [49])).

Aber eben da es möglich iſt, daß zur Zeit, da Gajus ſeine Inſtitutionen vollendete, nämlich im Anfange der Regierung des Marcus Antoninus, alſo etwa 60 Jahre vor jener Conſtitution vom J. 224 n. Chr., die am Provinzialboden beſtellte Servitut — als ſolche auch noch keinen prätoriſchen Schutz fand, ſo begreift man um ſo leichter, wie Gajus nur auf die vertragsmäßige Hülfe verweiſen konnte. Wenn aber die Stelle in des Gajus Inſtitutionen nach dem damals geltenden Rechte nicht von einer Servitut als dingliches Recht verſtanden werden kann, und folglich zu jener Zeit Mißdeutung nicht möglich war: ſo befriedigt es auf der andern Seite keineswegs, wenn man eben dieſe Erklärung auf Juſtinians, ganz unabhängig von einer Beziehung auf Provinzialboden in ſeinen Inſtitutionen zweymal vorkommenden Worte anwenden will, wie das Dü Roi's Meinung zu ſeyn ſcheint. Die ältern Erklärungen ſind immer eine von beyden; entweder Juſtinian rede hier nur von der Art und Weiſe, wie man ſich zur Beſtellung einer Servitut verpflichte, nicht von der Beſtellung ſelbſt [50]), oder es verſtehe ſich von ſelbſt, daß vom

48) L. 3. C. de serv. (3, 34.)

49) Schmidtlein p. 80 sqq. findet nämlich auch in dem Worte *placita* einen Beweis für blos vertragsmäßige Entſtehung, aber beweiſt nicht ſchon das Wort possessio in allen von der *tuitio* ſprechenden Stellen für die Nothwendigkeit der Tradition?

50) S. B. *Otto* ad Instt. l. c.

Vertrag nur unter Vorausſetzung hinzukommender Tradition die Rede ſey [51]). Die erſte Erklärung verdient, da ſie mit den Worten im Widerſpruch ſteht („si quis velit aliquod jus *constituere*"), keiner Widerlegung — die letztere iſt denn allerdings ſo eine, mit der man ſich in der Noth helfen müßte. Es wird auch ſonſt wohl geſagt, der Kauf gäbe Eigenthum, wo es ſich von ſelbſt verſteht, daß es der bloße Vertrag nicht thut, oder umgekehrt, die Tradition gebe Eigenthum, natürlich unter Vorausſetzung einer justa causa. Allein dieſe ungenaue Art zu reden finden wir gewiß nicht da, wo gerade von der Art und Weiſe der Beſtellung ex professo gehandelt werden ſoll. Insbeſondere im §. 1. J. de usufr. iſt zuerſt vom legirten Nießbrauch die Rede, und wie vor Juſtinian das Vindicationslegat, ſo gibt bekanntlich nach Juſtinianiſchem Recht wo möglich jedes Legat das Recht, auch die nicht tradirte Sache zu vindiciren; Servituten konnten aber eben ſo wie das Eigenthum per vindicationem legirt, alſo lege (ipso jure) erworben werden [52]). Wenn alſo Juſtinian ſo fortfährt: „*Sine testamento* si quis velit usumfructum constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet"; ſo kann, wie nicht bey dem usufructus *ex testamento*, ſo auch nicht bey dem *sine* testamento der Sinn der Worte der ſeyn, daß noch an die Nothwendigkeit einer beſondern ſupplirenden Tradition gedacht werden müſſe. — Auch der zuſammengeſetzte Ausdruck pactio et stipulatio ſollte aufmerkſam machen, daß eine andere Beziehung im Hin-

51) *Galvani* de usufr. Dissertt. c. 16 u. cap. 18, wo weitläuftig über pacta und stipulationes geredet, und die Natur des Contracts herausgefunden werden ſoll, durch den Servituten beſtellt werden können, verſteht ſich, wenn (cap. 18 nr. X) Tradition hinzukömmt. S. auch vor Allen *Vinnius* l. c.

52) Paul. III, 6. §. 17. L. 34. §. 14. D. de leg. I. (30). L. 23. D. de leg. II. (31.) L. 10. D. de usu etc. leg. (33, 2). L. 5. §. 14. de doli exc. (44, 4.).

tergrunde liege. Und wäre andrerſeits das pactum an die Stelle der in jure cessio getreten, warum der Zuſatz: „*et stipulatio*“? Schmidtlein antwortet (pag. 78 fin.): „Vix necessarium erit monere quod pactum faciat multo magis stipulationem facere posse“. Warum aber wird immer beydes zuſammen gefordert, da ja Niemand zweifelt, daß durch Stipulation dasjenige geſchehen könne, wozu ſchon bloßes Pactum hinreicht? oder vielmehr da alsdann die Stipulation nur als Pactum zu betrachten iſt, ähnlich dem, was Julian von der acceptilatio ſagt, ſobald ſie zur Auflöſung nudo consensu entſtandener Obligationen gebraucht wird: „acceptilatio in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet“ [53]). — Endlich in L. 25. §. 7. D. de usufr. [54]) wird ſogar geſagt, daß eine Servitut beſtellt werden könne durch Legat, durch Stipulation oder durch Tradition, wobey alſo der Ausweg einer neben dem Vertrag ſubintelligirten Tradition eben ſo unmöglich wird, als die Erklärung gewiß eine gezwungene iſt, wonach durch Tradition die Servitut als bonae fidei possessio und durch Stipulation als jus entſtände [55]). Aber eben dieſe Stelle führt auf den rechten Weg.

Nämlich die Stipulation des Inhalts: „man werde eine Servitut beſtellen (viam ad fundum dari)“ iſt noch auf keinen

---

53) L. 5. pr. D. de resc. vend. (18, 5).

54) „Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat quoties *jure legati usufructus sit constitutus, an et si per traditionem, vel stipulationem, vel alium* quemcunque *modum?* —

55) So müßten wenigſtens die Gegner, um ſich conſequent zu bleiben, die Stelle erklären, obgleich ſie Schmidtlein für ſich anführt, um zu beweiſen, „ut stipulatio ad acquirendum jus servitutis *idem valeat ac traditio*“ (p. 110 a. A.) Aber nach ſeinen Prämiſſen wirkt ja die Tradition nicht idem, ſondern nur bonae fidei possessio.

Fall gleich einer conſtituirten Servitut [56]), es muß alſo eben ſo wie bey einer per damnationem legirten Servitut die Beſtellung erſt durch Uebergabe bewerkſtelligt werden. Allein wenn jemand eine Servitut durch Vertrag, z. B. venditio, bereits zugeſagt hat, und ſich nun durch irgend eine, wenn auch blos promiſſoriſche Caution anheiſchig macht: „er wolle der Benutzung nicht im Wege ſtehen“, ob eine ſo gefaßte Stipulation nicht eine wirklich beginnende Ausübung entbehrlich mache, d. h. ſchon als die Tradition ſelbſt zu betrachten ſey — darüber war wirklich bey den Römern geſtritten worden:

L. 20. D. de serv. *Javolenus* lib. 5. ex posteriorib. *Labeonis.*

Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo, per te non fieri quo minus eo jure uti possit:* quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. *Ego* puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Labeo's Meinung hat auch Pomponius getheilt, der in L. 3. §. 2. D. de A. E. alſo ſich ausdrückt:

Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes, per te non fieri quo minus utar,

und damit einverſtanden waren, wie ſchon der hier ganz iſolirt und unwiderſprochen hingeſtellte Ausſpruch zeigt, die Verfaſſer der Compilation. Jene dem Pactum beygefügte Clauſel alſo, die nach der Meinung des Javolenus und Gajus,

56) L. 136. §. 1. D. de V. O. (45, 1.): „Si qui *viam ad fundum dari* stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus *ante constitutam servitutem* alienaverit, evanescit stipulatio.“

welche beyde Caſſianer waren, nur obligatio zu erzeugen im Stande iſt, ſollte nach der von Juſtinian gebilligten Meinung Labeo's, des ſ. g. Stifters der Proculejaniſchen Sekte, die Tradition ſelbſt vertreten können. In dieſem Sinne alſo will Juſtinian durch pactiones et stipulationes Servituten entſtehen laſſen, und ſo ſollen alſo auch nach dem Willen der Compilatoren die urſprünglich — wie ſeine Inſtitutionen beweiſen — in einem andern Sinne ausgeſprochenen Worte des Gajus im zweyten Buche ſeiner res cottidianae [57]) nunmehr verſtanden werden [58]). Dafür ſpricht auch die Paraphraſe des Theophilus, die keineswegs einer hinzuzudenkenden Tradition Erwähnung thut, ſondern Folgendes ſagt [59]): „Qui autem vicino servitutem vult concedere, per conventiones et stipulationes hoc facere potest. Facta enim

57) Nämlich in L. 3. pr. D. de usufr.; *Omnium* praediorum jure legati potest constitui ususfructus etc. Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. — Sollte nicht jenes *omnium* vermuthen laſſen, daß im urſprünglichen Zuſammenhange dieſer Worte ebenfalls der Unterſchied zwiſchen Provinzial — und Italiſchem Boden noch berückſichtigt worden war!

58) Schmidtlein p. 104 sq. legt darauf Gewicht, daß der von Gaius gebrauchte Ausdruck efficere *potest* in Juſtinians Inſtitutionen in efficere *debet* umgewandelt worden iſt. Könnte man das nicht ſo erklären? Gajus ſagt, da, wo eine Servitut als dingliches Recht nicht beſtellt werden darf, am Provinzialboden, da kannſt Du Dir einigermaßen helfen mittelſt Pactum und beygefügter Pönalſtipulation. Juſtinian, von wirklicher Servitut ſprechend, ſagt: Willſt Du die beſtellen, ſo mußt Du zum wenigſten den Weg einer, dem Vertrag beygefügten promiſſoriſchen Caution einſchlagen — womit doch nicht geläugnet werden kann, daß das Majus, die zum Vertrag hinzukommende Tradition ſelbſt, dieſelbe Wirkung hat.

59) Theoph. II, 4. §. 4. Im Text iſt die Reitziſche Ueberſetzung copirt.

conventione de concedenda servitute, rogat qui eam accepturus est per concessionem: spondesne manere ac stare concessa servitute? Et si non steteris, spondesne dare mihi poenae nomine centum aureos? — In der Regel muß mithin Tradition zum Vertrag hinzukommen, es ſey denn, man würde neben dem Vertrag noch insbeſondere die Caution ſtellen, daß man der Ausübung der Servitut nicht hinderlich ſeyn wolle, was alsdann ſo viel ſeyn ſoll, wie wirkliche Tradition. Mit Recht ſagt alſo L. 25. §. 7. cit. es entſtehe die Servitut durch Tradition (die iſt zuerſt genannt als das Regelmäßige) oder durch (der Tradition gleichgeſtellte) Stipulation [60]).

60) Schmidtlein bemerkt, er habe, wenn es nöthig wäre, noch manches Argument in Petto (p. 106—110). Was er indeſſen hervorhebt, iſt noch Folgendes: 1) In L. 3. §. 14. de vi (43, 16.) wurde demjenigen Uſufructuar das interdictum unde vi gegeben, der nach begonnenem Genuſſe herausgeworfen worden ſey, während „si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet, quid ergo est? debet fructuarius usumfructum vindicare.“ Ich dürfte nur an den (per vindicationem) legirten Uſusfructus erinnern, den allerdings der Legatar vindiciren kann, noch ehe er ihn beſeſſen hatte. Freylich ſpricht Ulpian allgemein, aber doch nur von einem wirklichen Uſufructuar, dem dennoch, wenn er nicht bereits beſeſſen habe, das Interdict nicht zuſtehe. In der Regel wird nun allerdings jenes Recht erſt mit dem Beſitz entſtehen, Ulpian denkt alſo an die Fälle, wo es nicht ſo iſt! Aber es könnte auch an einen durch die promiſſoriſche Caution beſtellten Uſusfructus gedacht werden, da dieſes Surrogat der Tradition zur Begründung des interdicti unde vi, welches wirkliche Dejection aus einem äußerlich erkennbaren factiſchen Zuſtande erfordert, nicht hinreichend ſeyn mag; und gerade in dieſer Beziehung wird auch in *cit. L. 20 fin. D. de serv.* wirklicher *usus* gefordert. — 2) In L. 14. pr. C. de serv. (3, 34.) entſcheidet Juſtinian einen Streit über die zum Verluſt durch non usus bey servitutibus discontinuis

Bey negativen Servituten genügt der Vertrag. Darüber iſt man jetzt einverſtanden. Freylich wurde hin und wieder nicht etwa blos zur Erwerbung des Beſitzes, ſondern auch des Rechtes ein (ſymboliſches) Handeln und Verbieten gefordert — ſo überzeugt war man von der Nothwendigkeit der Tradition zur Erwerbung der Servituten. Indeſſen iſt jenes Maneuvre unnöthig, nicht blos für den Beſitz, der factiſch ſchon von ſelbſt da iſt und durch den hinzukommenden Rechtstitel zu einem juriſtiſchen wird [61]), ſondern auch für das Recht; denn eben weil der Beſitz factiſch ſchon da iſt, ſo wird nur ſcheinbar durch bloßen Vertrag das Recht erworben, es iſt nichts als eine ſ. g. traditio brevi manu.

nöthige Zeit, wobey denn von einer Beredung, binnen 5 Jahren nur ein einzigesmal über den Acker zu gehn u. ſ. w., die Rede iſt. Juſtinian verfügt, daß eine ſolche Servitut erſt, wenn man 4 Quinquennia hindurch nicht ein Einzigesmal davon Gebrauch gemacht habe, verloren gehe. — Dabey leugnet aber der Kaiſer nicht, daß die Servitut bereits conſtituirt geweſen ſeyn müſſe, daß alſo, ehe die Friſten des non usus zu laufen anfingen, eine Ausübung ſtatt gehabt haben könne. Er beruft ſich aufs Pactum, weil es auf deſſen Conception, auf die Art der Conceſſion ankam, nicht aber um anzudeuten oder vorauszuſetzen, daß das Pactum genüge. Noch ſchwächer iſt das 3) aus L. 4. C. de usufr. (3, 33.) genommene Argument, wornach „usufructu constituto“ eine Satisdation nöthig iſt, nec interest sive ex testamento sive ex voluntario contractu usufructus constitutus est; d. h. es mag nun die constitutio usufructus Folge eines Teſtaments oder eines Contracts geweſen ſeyn. Schmidtlein meint, daß der Contract ſelbſt conſtituire, beweiſe Gleichſtellung mit dem Teſtamente, worin das Legatum ebenfalls ſelbſt conſtituire — allein er entſinne ſich nur des legati per damnationem! Eben weil das Teſtament nicht immer und der Contract höchſtens mittelſt hinzugefügter Caution zur Conſtituirung hinreicht, ſo hat die Stelle, welche nicht von der Art und Weiſe des Beſtellens, ſondern nur von dem veranlaſſenden Grunde ſprechen wollte, beydes geradezu neben einander ſtellen können.

61) Savigny Beſitz, 4te A. S. 466 fgg.

Servituten, die man ſich bey Veräußerung der res corporalis *reſervirt*, bedürfen ebenfalls keiner abgeſonderten Beſtellung mittelſt Tradition, natürlich deshalb, weil wer theilweiſe behält, was er vorher ganz hatte, nicht den zur ſelbſtſtändigen *Erwerbung* jenes Theils nöthigen Formen unterworfen ſeyn kann. Daher kann auf dem Wege der Reſervation ſelbſt der Uſusfructus, welcher an ſich nicht mancipirt werden kann, durch Mancipation erworben werden, nämlich durch reſervirende Clauſel bey Mancipation der Hauptſache [62]). Aber gerade bey der Reſervation ſpricht ſich am entſchiedenſten die Nothwendigkeit einer Tradition zur Erwerbung von Servituten aus. Denn *bey dem Act der Tradition* des dienenden Objects muß die Reſervation Statt haben, und wer es unterläßt, der iſt, trotz der dem *vorangegangenen* Vertrag beygefügten reſervirenden Clauſel, dennoch auf eine blos perſönliche Klage (es ſey nun condictio etwa sine causa oder indebiti, oder actio venditi u. ſ. w.) reducirt:

L. 35. D. de serv. (8, 1.)

Si binarum aedium dominus dixisset, eas, quas venderet, *servas fore*, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest vel incertum condicere ut servitus imponatur.

Eben ſo

L. 6. §. ult. D. comm. praed. (8, 4.)

— — si in venditione quis dixerit, *servas fore aedes quas vendidit*, necesse non habet *liberas tradere* — — —. Haec ita demum si recipiendae servitutis gratia *id in traditione expressum est.*

L. 19. pr. D. quemadm. serv. am. (8, 6.)

Si partem fundi vendendo lege caverim, *uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem:* et statutum tempus intercesserit, *antequam rivum facerem* nihil juris

62) Gaj. II, 33, Vatic. fragm. §. 47, §. 50.

amitto: quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi jus integrum: quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam.

Man muß dem Verfaſſer der mehrgedachten Abhandlung die Gerechtigkeit widerfahren laſſen, daß er ſich vielfach bemüht hat, dieſe Stellen aus dem Wege zu räumen (p. 112 sqq.), doch überhebt mich, meiner Meinung nach, ihr einfacher Eindruck ſelbſt jeder polemiſchen Erörterung der Art.

Noch wird das, was ich oben über die Verbindung der Stipulation mit dem Pactum bemerkt hatte, unterſtützt durch eine Stelle [63]), in welcher der Fall beſprochen wird, daß A und B zwey Aecker gemeinſchaftlich im Eigenthum hatten, ſich darin theilten, aber bey der wechſelſeitigen Uebergabe ausmachten, »*ut alteri per alterum agere ducere liceret*«. Man konnte das nach den Grundſätzen der Reſervation beurtheilen, und alſo antworten, wie der Verfaſſer, Africanus, wirklich antwortet: „recte esse servitutem impositam“. Indeſſen wer ſubtil ſeyn wollte, könnte die Einwendung machen, daß doch keiner der concedirenden Perſonen an dem weggegebenen Theile das Eigenthum allein hatte, alſo die Reſervation auch auf die ideale fremde Hälfte bezogen werden müſſe! Wohl im Gefühl dieſes Zweifels ſetzt der Juriſt hinzu: „maxime si pacto stipulatio subdita sit“. Alſo eine, dem Theilungsvertrag noch beygefügte, Stipulation konnte jeder Schwierigkeit begegnen [64]).

Somit iſt es denn überall, bey poſitiven wie negativen, reſervirten und concedirten Servituten, nie der bloße Vertrag allein und an ſich, der die Servituten zu conſtituiren im Stande wäre.

63) L. 33. D. de S. P. R. (8, 3).

64) Auch dadurch alſo wird jeder Verſuch widerlegt, die pactiones *et* stipulationes ſo zu verſtehen, als wenn es hieße: pactiones *vel* stipulationes, und dann etwa bald blos pactum, bald stipulatio zu fordern.