BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER PRAXIS

Dr. Jakob Degen und Kristin Dortans
Arbeitsrecht skurril – Geschichten, die das Leben schreibt

ZIVILRECHT

Helena Ferber
Corporate Digital Responsibility –
Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

ÖFFENTLICHES RECHT

Jakob S. Feddersen
Keine Steuern für Digitalkonzerne? – zur beihilfenrechtlichen Kontrolle von Steuervorteilen für Internetgiganten

Adrian Kaufmann
Öffentliche Blockchains im Spannungsfeld zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der DSGVO

STRAFRECHT

Jan Breede
Die einverständliche Fremdgefährdung

GRUNDLAGEN DES RECHTS

Jann Maatz
Willensfreiheit und Privatrecht

Charles E. Müller
Die Sozialbindung des Eigentums –
Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

3. Jahrgang | Seiten 89–176
www.berlinerrechtszeitschrift.de
ISSN (Print) 2699-948X | ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2022

„digitalen Softwareagenten“ Rechtssubjektivität als „ePersonen“ zuzuschreiben, sein.[180] Vernünftiges und moralisches Handeln i.S. unserer Rechtsordnung setzt nicht nur eine äußere Pflichtmäßigkeit voraus,[181] sondern es bedarf einer inneren Motivation des Handelns aus Pflicht.[182] Zwar können Softwareagenten so programmiert sein, dass sie grundsätzlich keine Rechtsregeln verletzen, doch können sie sich eine solche Pflicht nicht im Wege der Selbstgesetzgebung auferlegen.[183] Hierfür bedarf es eines moralisch-hermeneutischen Verständnisses von Regeln im gesellschaftlichen Miteinander und nicht bloßer Symbolmanipulation.[184]

Charles E. Müller[*]

Sozialbindung des Eigentums – Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

Das römische Recht bildet die Grundlage moderner Privatrechtsordnungen innerhalb und außerhalb Europas. Sein Erfolg bis in das Kodifikationszeitalter hinein beruht indes nicht nur auf der Übernahme antiker Rechtssätze, sondern auch auf einem kritischen Umgang mit der Überlieferung und der Fortentwicklung der dort vorgefundenen Rechtsmeinungen. Zu den wichtigsten Vertretern der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zählt der deutsche Rechtsgelehrte Rudolf von Jhering (1818–1892), der sich ganz in diesem Sinne gegen einen „civilistischen Mumien-Cultus“ aussprach und das römische Recht gemäß seinem Wahlspruch „durch das römische Recht über dasselbe hinaus“ zur Zeit der beginnenden Industrialisierung mit neuen Erfordernissen in Einklang brachte. Am Beispiel der Entstehung des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes lässt sich ein rechtswissenschaftlicher Diskurs nachzeichnen, der im römischen Altertum während des letzten vorchristlichen Jahrhunderts seinen Anfang nimmt, der Fortsetzung findet in der behutsamen Prüfung und Weiterentwicklung durch Jhering und dessen Ergebnis endlich in § 906 BGB kodifiziert, aber auch in anderen Ländern wahrgenommen wird. So entsteht ein Gesamtbild, das schließlich auch die Verwandtschaft der europäischen Kodifikationen zeigt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 164
B. Immissionen in den Quellen des römischen Rechts .. 165
I. Ulp. D. 8,5,8,5 – *taberna casearia* 165
II. Ulp D. 8,5,8,6 – *fumus non gravis* 167
III. Ulp. D. 8,5,8,7 – *balineum Quintillae* 168
C. *Jherings* Lehre von den nachbarrechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums 168
I. Wirtschaftshistorische und biographische Einführung 168
II. Wesentliche Elemente der Lehre 169
III. Bezug zum übrigen Werk 171
D. Entstehung und Rezeption des § 906 BGB 171
I. Ausarbeitung des § 906 BGB 171
1. Erste Kommission 171
2. Zweite Kommission 171
3. Verkündete Fassung 172
II. *Jherings* Einfluss auf § 906 BGB 172
III. Ausblick auf die Rezeption 173
1. Österreich 173
2. Italien 173
3. Katalonien 174
4. Zusammenfassende Betrachtung 174
E. Ergebnisse in Thesen 174

A. Einleitung

Okko Behrends beschreibt die europäischen Kodifikationen als „Töchter der gleichen europäischen, von der Rezeption des römischen Rechts geprägten Privatrechtswissenschaft“.[1] Der vorliegende Beitrag möchte diese Tatsache anhand der Entstehung des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch nachvollziehen. Im Kern geht es um die Frage, inwieweit eine Sozialbindung des Eigentums im Sinne des Schutzes der Interessen der Nachbarn im Privatrecht anzuerkennen ist. Darauf antwortet § 906 BGB, indem er den Anspruch des § 1004 BGB auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen des Eigentums dadurch einschränkt, dass er dem Grundeigentümer eine Duldungspflicht hinsichtlich der „Zuführung unwägbarer Stoffe“[2] auferlegt. Die Dul-

[180] Statt vieler nur *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 ff.
[181] *Auer* (Fn. 17), S. 19.
[182] *Auer* (Fn. 17), S. 19.
[183] Hierfür und zum dogmatischen Umgang mit autonomen Aktanten im Vertrags- und Haftungsrecht siehe *Maatz*, ZJS 2022, 301 (310).
[184] Das mag eine anthropozentrische Auslegung des Personenbegriffs sein, wie es etwa *Fischer-Lescano*, ZUR 2018, 205 ff. im Kontext der Anerkennung anderer nicht-humanen Lebewesen als Rechtsperson konstatiert, jedoch spiegeln Gesetze die Voraussetzungen für einen geordneten Umgang der Menschen untereinander wider und es wäre entmenschlichend, wenn wir Maschinen eine Rechtspersönlichkeit und die Befugnis zu Vertragsabschlüssen usw. zugestehen, d.h. die gleichen Rechte wie Menschen, vgl. für jenes ontologische Argument *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765 ff.; sowie *Maatz*, ZJS 2022, 301 (310).

[*] Der Autor studiert Rechtswissenschaft und Informatik in Berlin und ist tätig am Freie Universität Empirical Legal Studies Center (FUELS). Der Beitrag ist hervorgegangen aus einem Seminar zu *Rudolf von Jhering* im Wintersemester 2021/22, veranstaltet von Prof. Dr. *Cosima Möller*, der für ihre wertvollen Anregungen bei der Erarbeitung vielmals gedankt sei.
[1] *Behrends*, Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Behrends/Sellert, Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 2000, S. 9 (11 f.).
[2] So die amtliche Überschrift seit 2002, s. die Anlage zu Art. 1 Abs. 2 S. 3 des G. v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138 (3170, 3210). Zur Bildung einer Überschrift war mit der Schwierigkeit umzugehen, einen treffenden Oberbegriff für die in der Vorschrift aufgezählten Einwirkungsarten zu finden. Dieses Problem konnte man schon bei der Ausarbeitung der Vorschrift nicht lösen, weshalb ein Oberbegriff in ihren Text nicht aufgenommen

dungspflicht gilt, mit der Fassung von 1900, soweit die Einwirkung „die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist“.[3]

Wesentliche Vorarbeit für diese Vorschrift hat der deutsche Rechtsgelehrte *Rudolf von Jhering* (1818–1892) geleistet, der aber an der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht unmittelbar beteiligt war. Nachdem es 1873 gelang, die Zuständigkeit des Reiches auf das gesamte bürgerliche Recht zu erstrecken,[4] musste *Jhering*, der führende Methodiker, neben seinem Freund *Bernhard Windscheid*, Autor des führenden Pandektenlehrbuchs, für die Aufnahme in die Kommission zu dessen Ausarbeitung zwar unbedingt in Betracht gekommen sein.[5] Berufen wurde er – anders als *Windscheid* – indes nicht. Zu den möglichen Gründen muss wohl seine impulsive Natur[6] gezählt werden, weiter seine distanzierte Haltung zum Gesetz überhaupt,[7] vielleicht auch die Befürchtung, dass er allzu sehr „linksstehendes“ Gedankengut in das Gesetzeswerk einfließen lassen würde[8]. Obgleich ihm die Mitwirkung an der Kodifikation verwehrt geblieben ist,[9] haben seine Lehren bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches doch beachtlich Wirkung entfaltet. Der Nachweis hierfür ist jeweils ausgehend von seinen dogmatischen Arbeiten zu führen – bekannte Beispiele sind die Abhandlungen zur Zession der *rei vindicatio*[10] (§ 931 BGB) und zur *culpa in contrahendo*[11]. Im Mittelpunkt der Betrachtung seines Einflusses auf § 906 BGB wird seine berühmt gewordene Abhandlung „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn“ aus dem Jahre 1862 stehen.[12]

Die Arbeit beginnt bei den Quellen des römischen Rechts mit einer Untersuchung der für *Jhering* zentralen Stelle D. 8,5,8,5–7 *Ulp.* lib. 17 ad ed. (B). Daran schließt im zweiten Abschnitt (C) nach einer Einordnung in die Biographie *Jherings* und die Entwicklung seiner Methode (I) die Darstellung der von ihm entwickelten Lehre an (II). Im Mittelpunkt steht die bereits genannte Schrift, aber auch Bezüge zu seinem übrigen Werk werden hergestellt (III). Es folgt im dritten Abschnitt (D) ein Überblick über die Ausarbeitung des § 906 BGB (I), auf dessen Grundlage *Jherings* Einfluss auf die Vorschrift herausgearbeitet wird (II). Die Arbeit schließt mit einem Ausblick auf die Rezeption des § 906 BGB in anderen europäischen Kodifikationen ab (III).

B. Immissionen in den Quellen des römischen Rechts

Auskunft über die Regelung der Immissionen im römischen Recht erteilt *Domitius Ulpianus* im Fragment D. 8,5,8,5–7, das für *Jhering* im Mittelpunkt seiner Befassung mit der Überlieferung stehen wird.

Das Fragment stammt aus dem 17. Buch von *Ulpians* Kommentar zum prätorischen Edikt. Der Spätprokulianer[13] *Ulpian* war zum Höhepunkt seiner Laufbahn ab 222 n. Chr. als *praefectus praetorio*, als Präfekt der Prätorianergarde, wichtigster Berater des Kaisers, bis er 223 von den Prätorianern ermordet wurde.[14] Ein Drittel der in den Digesten überlieferten Fragmente sind seinen Schriften entnommen, auf ihn entfällt damit der größte Anteil.[15] Im vorliegenden Fragment gibt er, für sein Kommentarwerk typisch, vor allem die Ansichten anderer Juristen zustimmend wieder und äußert sich selbst nur kurz.[16]

I. Ulp. D. 8,5,8,5 – *taberna casearia*

In § 5 nimmt *Ulpian* Bezug auf ein Gutachten des *Aristo* über die Rauchimmission einer Käseräucherei in *Minturnae*, in dem dieser sich seinerseits auf eine frühere Äußerung von *Alfenus* bezieht:

worden ist (unten Fn. 99). Die Bezeichnung „Stoffe“ in der Überschrift ist nicht zufriedenstellend, weil etwa Erschütterungen keine Stoffe sind.

[3] Fassung ab 1.1.1900, RGBl. 1896, S. 195 (351), vollständig wiedergegeben unter D. I. 3.

[4] Durch Neufassung des Art. 4 Nr. 13 RV aufgrund des „Lex Lasker“ genannten G. v. 20.12.1873, RGBl. S. 379. Zu dessen Entstehung *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978, S. 27–40.

[5] *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 3, 1976, S. 148.

[6] So schon eine Selbstbeschreibung, in: Ehrenberg, Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde, 1913, S. 171 f.; vgl. auch die Darstellung seines Sohnes *Hermann*, der von einem „erregbaren Temperament“ berichtet, das „ihn nicht selten zu Heftigkeit und Ungerechtigkeit hinriß“, in: Ehrenberg, Briefe, S. 445 (466); weiter *Mitteis*, Art. *Jhering,* Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 50, 1905, S. 652 (653); *Kunze*, „Lieber in Gießen als irgendwo anders ...“, 2018, S. 28 f.

[7] *Fikentscher* (Fn. 5), S. 150. Wenigstens für *Jherings* Frühzeit belegt einer seiner anonym veröffentlichten Aufsätze, Literarische Zeitung 1844, Sp. 198 f., die Nähe zur Haltung *Savignys*, der im Kodifikationsstreit von 1814 mit seiner berühmten Schrift „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ ablehnend auf die Forderung nach einer baldigen Kodifikation reagierte, wie sie *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814, zuvor formuliert hatte.

[8] Zu seiner sozialpolitischen Einordnung *Fikentscher* (Fn. 5), S. 150, 156–162, insb. unter Bezugnahme auf *H. v. Jhering* (Fn. 6), S. 453–457; von der Bedeutung „politischer Rücksichten“ bei der Besetzung der Kommission berichtet etwa *Viktor v. Liebe*, zit. nach *Schubert* (Fn. 4), S. 36.

[9] „Der Entstehung des BGB sind dadurch Schwierigkeiten erspart geblieben, aber dem BGB selbst hat es geschadet“, resümiert *Fikentscher* (Fn. 5), S. 151.

[10] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 1 (1857), 101–188.

[11] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 4 (1861), 1–112.

[12] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81–130.

[13] *Möller*, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: Muscheler, Römische Jurisprudenz, FS Liebs, 2011, S. 455–468; anders *Liebs*, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in: Temporini/Haase, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Bd. II 15, 1976, S. 197 (282–284), eine erweiterte Fassung aus 2017 ist abrufbar unter https://freidok.uni-freiburg.de/data/12125/.

[14] *Liebs*, in: Sallmann, Handbuch der lateinischen Literatur der Antike, Bd. 4, 1997, § 424, S. 176 f.

[15] *Möller*, *In unam reducere consonantiam* – Justinians Verhältnis zur Überlieferung des römischen Rechts, JZ 2019, 1084 (1086), mit weiteren einführenden Informationen zum Kodifikationswerk Justinians.

[16] Vgl. *Jörs*, Art. *Domitius Ulpianus*, RE V,1 (1903), Sp. 1435 (1458); *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2, 2006, S. 131.

D. 8,5,8,5 *Ulpianus libro septimo ad edictum*
(*Ulpian* im 17. Buch zum Edikt)

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casearia fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei <serviunt, nam> servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

(*Aristo* erteilte *Cerellius Vitalis* das Gutachten, er sei nicht der Auffassung, dass es rechtlich zulässig sei, den Rauch einer Käserei den darüberliegenden Gebäuden zuzuführen, sofern nicht insoweit eine Dienstbarkeit besteht; denn eine derartige Dienstbarkeit hält er für zulässig. Und *Aristo* sagt ferner: Selbst aus einem höhergelegenen Gebäude dürfe man kein Wasser oder etwas anderes den unteren Gebäuden zuführen. Auf seinem eigenen Grundstück dürfe man nämlich nur insofern tun, was man wolle, als man nicht ein fremdes Grundstück mit Immissionen belaste; Rauch und Wasser seien nun aber gleichermaßen Immissionen. Daher könne der Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes gegen den des unteren darauf klagen, dass dieser kein Recht habe, so zu handeln. Er sagt ferner, *Alfenus* schreibe zum Beispiel, man könne darauf klagen, dass der Nachbarn kein Recht habe, auf seinem Grundstück in der Weise Steine zu brechen, dass Bruchstücke auf mein Grundstück fallen. Folglich könne, sagt *Aristo*, derjenige, der eine Käserei von der Stadtgemeinde *Minturnae* gepachtet habe, vom Eigentümer des höher gelegenen Gebäudes an der Immission des Rauches gehindert werden; die Stadtgemeinde hafte ihm aber aus dem Pachtvertrag, und so könne, sagt er, gegen den, der die Rauchimmission bewirkt, darauf geklagt werden, dass er kein Recht habe, den Rauch zuzuführen. Daher sei auch umgekehrt eine Klage des Inhalts möglich, dass man ein Recht zur Zuführung von Rauch habe. Und eben dies ist auch ersichtlich die Meinung des *Aristo*. Aber es kann auch das Interdikt ‚Wie ihr besitzt' Anwendung finden, wenn jemand daran gehindert wird, sein Eigentum so zu nutzen, wie er will.)[17]

Publius Alfenus Varus war ein Jurist der Revolutionszeit und wohl in den 50er Jahren v. Chr. Schüler von *Servius Sulpicius Rufus*,[18] dem Begründer der klassisch-institutionellen Richtung der römischen Rechtswissenschaft[19]. Um 50 v. Chr. errang er militärische Erfolge gegen die Germanen unter *Caesar*, später unterstützte er *Octavian*[20] und war im Jahre 39 v. Chr. Suffektkonsul[21].

Titius Aristo[22], Jurist der frühen Kaiserzeit, ist vor allem bekannt durch eine regelrechte Lobeshymne, die ihm *Plinius der Jüngere* in einem Brief zuteil werden ließ und in der dieser von *Aristos* außerordentlichem, über die Grenzen der Rechtswissenschaft weit hinausreichendem Wissen berichtet und seine strukturierte Arbeitsweise darstellt.[23] *Kunkel* leitet aus seinem *cognomen*, dem Beinamen, ab, dass er in einem griechischsprachigen Land geboren wurde oder aber – was er für wahrscheinlicher hält – Freigelassener oder Nachkomme eines Freigelassenen war. Es ist nicht überliefert, dass er öffentliche Ämter innehatte,[24] womöglich gehörte er aber dem *consilium* des *Traian* an[25]. Die Ämterlaufbahn mag ihm aufgrund seiner Herkunft verwehrt geblieben sein,[26] vielleicht galt sein Interesse aber auch einfach eher der Wissenschaft[27]. Träger des *ius respondendi*, des erstmals durch *Augustus* verliehenen Rechts, aus kaiserlicher Autorität bindende Rechtsgutachten zu erteilen,[28] ist er wohl nicht geworden.[29]

In seinem Gutachten antwortet *Aristo*, dass es unzulässig sei, ohne entsprechende Dienstbarkeit (Servitut) den Rauch einer Käserei höhergelegenen Grundstücken zuzuführen (*non putare se ex taberna casearia fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit*). Auf seinem Grundstück dürfe man nämlich nur insoweit tun, was man wolle, als man nicht ein fremdes Grundstück mit Immissionen belaste (*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*). Er bezieht sich auf *Alfenus*, der vor ihm davon schreibt, dass die Bruchstücke eines Steinbruchs nicht auf benachbarte Grundstücke fallen dürfen (*in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant*), und überträgt dies auf den vergleichbar wirkenden Rauch. *Aristo* nimmt da-

[17] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis, Bd. 2, 1995, S. 713 f.; die zahlreichen Interpolationsvermutungen verwirft *Rainer*, Die Immissionen: Zur Entstehungsgeschichte des § 906, in: Vestigia Iuris Romani, FS Wesener, 1992, S. 351 (359).

[18] *Liebs*, P. Alfenus Varus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, (SZ) 127 (2010), 32.

[19] *Behrends*, Art. *Servius*, in: Stolleis, Juristen, 1995, S. 562; ders., Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ 95 (1978), S. 187 (229).

[20] *Liebs*, SZ 127 (2010), 32 (45).

[21] *Liebs*, SZ 127 (2010), 32.

[22] „Titius" ist das *nomen gentile*, der Geschlechtsname, nicht das *praenomen*, der Vorname, wie *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967, S. 141 Fn. 184, klarstellt.

[23] *Plinius*, epist. 1,22 (ad *Catilium*): „Mich erschüttert die langwierige, hartnäckige Krankheit des *Titius Aristo*, den ich über alles bewundere und schätze. Denn wo fände man sonst noch solche Würde, solche Unantastbarkeit, solches Wissen! Somit scheint mir nicht nur dieser eine Mensch, sondern die Wissenschaft schlechthin und alle edlen Künste in diesem einen Manne der höchsten Gefahr ausgesetzt zu sein. Wie bewandert ist er im privaten und öffentlichen Recht! Wie viele Tatsachen, Beispiele, Ereignisse aus der Vergangenheit hat er im Kopfe! Über alles, was Du wissen möchtest, kann er Dir Auskunft geben [...]. Was gibt es, was er nicht sogleich wüsste? Und doch zögert er meistens, schwankt zwischen sich widersprechenden Einsichten, denen er mit scharfsinnigem, sicherem Urteilsvermögen bis zu ihrem Ursprung und ihren Grundlagen nachgeht und sie danach scheidet und abwägt. [...]". Übersetzung nach *Kasten*, Plinius. Briefe, 8. Aufl. 2014, S. 56–59.

[24] *Kunkel* (Fn. 22), S. 141, 143 f.

[25] Aufgrund der Darstellung von D. 37,12,5 *Pap.* lib. 11 quaestionem; dazu *Kunkel* (Fn. 22), S. 141 Fn. 185.

[26] *Kunkel* (Fn. 22), S. 144.

[27] *Mayer-Maly*, Art. *Titius Aristo*, RE Suppl. IX (1962), Sp. 1395 (1397).

[28] Dazu *Wieacker* (Fn. 16), S. 31–35, vgl. D. 1,2,2,49 *Pomp.* lib. sg. ench.

[29] Eher dagegen *Kunkel* (Fn. 22), S. 318 f.; dafür hingegen *Bauman*, Lawyers and Politics in the Early Roman Empire, 1989, S. 217 f., auch unter Bezugnahme auf die im vorliegenden Fragment ebenfalls verwendete Wendung „*Aristo ... respondit*".

mit, wie schon seine Formulierungen zeigen, eine Erweiterung des Begriffs der *immissio* vor, handelt es sich doch bei Steinen – und auch dem Wasser, das er selbst nennt – im Unterschied zu Rauch noch um greifbare Körper, deren Zuführung zudem auch eher greifbare Folgen hat.[30] Er kann damit einen Ansatz von *Nerva*, dem Schuloberhaupt der Prokulianer, weiterverfolgt haben, der, wie *Ulpian* überliefert (D. 43,8,2,29 *Ulp.* lib. 68 ad ed.),[31] die Anwendung eines Interdikts zum Schutz öffentlicher Orte gegen Beschädigungen auf Fälle der Verpestung mit üblen Gerüchen (*si odore solo locus pestilentiosus fiat*) ausweitete.[32] Ordnet man *Aristo* als Sabinianer ein,[33] stellt dies sich als Teil eines ersten Höhepunkts der in der Hochklassik vollzogenen Öffnung der sabinianischen Rechtsschule für die Ideen der prokulianischen Rechtsschule dar.[34]

Die Entwicklung der Rechtsanschauung, die *Ulpian* noch zu Beginn des dritten Jahrhunderts zustimmend wiedergibt, reicht also über *Aristo* im ersten Jahrhundert zurück bis zu den Wurzeln bei *Alfenus* im letzten vorchristlichen Jahrhundert. So zeigt sich die Kontinuität des rechtswissenschaftlichen Diskurses über mehr als zweihundert Jahre.[35] In Bezug auf den ebenfalls von *Alfenus* überlieferten Misthaufenfall (D. 8,5,17,2 *Alf.* lib. 2 dig.)[36] – der an der Wand des Nachbarn aufgestapelte Misthaufen durchfeuchtet diese – ist bereits angenommen worden, dass es sich um die Wiedergabe eines *responsum* des Servius handelt, sonst um eine Anwendung von dessen Grundsätzen.[37] Auch der Steinbruchfall kann noch von *Servius* selbst entschieden worden sein.[38] *Jhering* wird mit den Immissionsservituten demnach auf eine Lehre zurückgreifen, die bis auf *Servius* im letzten Jahrhundert v. Chr. zurückgeht.

II. Ulp D. 8,5,8,6 – *fumus non gravis*

Ulpian fährt fort mit der Wiedergabe einer Schrift des *Pomponius*:

D. 8,5,8,6 *Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*
(Ulpian im 17. Buch zum Edikt)

Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut [sedere]<caedere>[39] *aut lavare.*

(Bei *Pomponius* wird im 41. Buch der ‚Lesefrüchte' in Zweifel gezogen, ob jemand darauf klagen kann, dass er das Recht habe, auf seinem Grundstück Rauch, der nicht besonders störe, zum Beispiel von seinem Herd, aufsteigen zu lassen, oder dass der Nachbar dieses Recht nicht habe. Und er sagt, dass man richtigerweise nicht klagen könne, so wenig wie man darauf klagen kann, dass man das Recht habe, auf dem eigenen Grundstück Feuer zu machen, Bäume zu fällen oder zu waschen.)[40]

Sextus Pomponius war Jurist im 2. Jahrhundert. Da von öffentlichen Ämtern nichts bekannt ist, wird davon ausgegangen, dass er sich ausschließlich der Rechtswissenschaft gewidmet habe, ohne aber Träger des *ius respondendi* geworden zu sein; seine soziale Stellung wird mit der des *Gaius* verglichen. Bekannteste Schrift ist sein Abriss der römischen Rechtsgeschichte im *liber singularis enchiridii* (D. 1,2,2).[41] Mit wenigstens 300 Büchern hinterlässt er ein bemerkenswert umfangreiches Werk.[42]

In seinen *lectiones* zieht *Pomponius* nun in Zweifel (*dubitatur*), ob auch die Zuführung von Rauch, der nicht besonders störe, (*fumum non gravem*) zur Rechtmäßigkeit einer Immissionsservitut bedürfe. Als Beispiel nennt er den des Herdfeuers (*puta ex foco*). Er lehnt dies ab und illustriert mit dem Feuermachen (*ignem facere*), dem Fällen von Bäumen (*caedere*) und dem Waschen (*lavare*) als Fällen gewöhnlicher Grundstücksnutzung die sonst drohende Absurdität.

Der auf *Servius* und *Alfenus* zurückgehende enge Immissionsbegriff der klassisch-prokulianischen Schule umfasste nicht den Rauch des Herdfeuers als nicht greifbaren Kör-

[30] *Möller*, Die Servituten, 2010, S. 283 f.
[31] D. 43,8,2,29 *Ulp. lib. 68 ad ed.: Idem [Nerva] ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*
(*Ulp*. im 68. Buch zum Edikt: Derselbe [*Nerva*] sagt, wenn ein Ort allein durch den Geruch verpestet werde, so sei es nicht unzulässig, deshalb sich des Interdicts zu bedienen.) – Text nach *Krüger/Mommsen*, Corpus Iuris Civilis, Bd. 1, 1872, S. 685; Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus Juris Civilis, Bd. 4, 1832, S. 434.
[32] *Möller* (Fn. 30), S. 284, die darauf hinweist, dass die von einem *locus pestilentiosus* ausgehende Geruchsbelästigung stark qualifizierte, mit körperlichen Einwirkungen doch fast wieder vergleichbare Folgen sprachlich voraussetzt.
[33] So etwa *Krüger*, Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts, 2. Aufl. 1912, S. 179; anders *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1885, S. 699.
[34] *Möller* (Fn. 30), S. 285.
[35] *Möller* (Fn. 30), S. 282; dies., Voraussetzungen und Funktionen der Verbreitung von Rechtstexten im Imperium Romanum, in: Hurtado de Molina Delgado/Czeguhn/Quesada Morillas/Möller, Circulación de Manuscritos en la Península Ibérica durante las Épocas Romana, Visigoda y Musulmana, 2021, S. 51 (68–71).
[36] D. 8,5,17,2 *Alf. lib. 2 dig.: Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute, agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*
(*Alf*. im 2. Buch seiner Digesten: Ein Nachbar hatte an der Wand eines anderen einen Misthaufen angelegt, von dem aus die Wand durchfeuchtet wurde. Bei ihm [*Servius*] wurde angefragt, wie der andere den Nachbarn zur Entfernung des Misthaufens zwingen könne. Ich habe geantwortet, wenn er dies auf einem öffentlichen Grundstück getan hätte, könne er durch Interdikt gezwungen werden, wenn er es aber auf einem privaten tue, müsste man wegen der Dienstbarkeit [die der Nachbar sich anmaße] klagen. Wenn er sich Sicherheit wegen drohenden Schadens habe versprechen lassen, könne er kraft dieses Versprechens den in der Sache entstehenden Schaden ersetzt erhalten.) – Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 17), S. 717 f.
[37] *Möller* (Fn. 30), S. 274, insb. Fn. 223.
[38] *Möller* (Fn. 30), S. 283 f.
[39] Emendation nach *Möller* (Fn. 30), S. 289 f., mit der auf *Behrends* zurückgeführten Erwägung, dass das bloße Sitzen (*sedere*) auf dem eigenen Grundstück schwerlich eine Immission auslösen kann.
[40] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 17), S. 714.
[41] *Wesenberg*, Art. *Sext. Pomponius*, RE XXI,2 (1952), Sp. 2416 (2417).
[42] *Wesenberg*, Art. *Sext. Pomponius*, RE XXI,2 (1952), Sp. 2416 (2420).

per. Ihr Verständnis von der *utilitas*, dem Nutzen des herrschenden Grundstücks als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Servitut, hat überdies gerade eine über das Alltägliche hinausgehende Nutzung vorausgesetzt. Für die Sabinianer hingegen lag ein weiterer *utilitas*-Begriff zugrunde, für den auch ein Nutzen für die Bedürfnisse der auf dem Grundstück lebenden Menschen ausreichte. Nachdem *Aristo* die *immissio* begrifflich auf den Rauch ausgeweitet hatte und die Immissionsservitut in die sabinianische Schule Eingang gefunden hatte, hätte die Notwendigkeit bestanden, die von *Pomponius* gelisteten Aktivitäten mit einer Immissionsservitut abzusichern, um nicht ein Vorgehen mit der *actio negatoria* gegen die Anmaßung einer solchen Servitut zu riskieren. So war es für den Sabinianer *Pomponius* notwendig, eine Untergrenze für die Erheblichkeit der *immissio* zu ergänzen.[43]

III. Ulp. D. 8,5,8,7 – *balineum Quintillae*

Das Fragment schließt mit einem weiteren *Pomponius*-Zitat ab:

D. 8,5,8,7 *Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*
(Ulpian im 17. Buch zum Edikt)

Idem in diversum probat: nam et in [balineis]<balinei>, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in [Ursi Iuli] <in hortis Iulii> instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

(Derselbe Jurist billigt dagegen Rechtsschutz in einem anders gelagerten Fall; denn als *Quintilla* zur Ableitung von Dämpfen aus ihrem Bad unterirdische Rohre in die Gärten des *Julius* hinein verlegen ließ, sagt er, wurde [mit Recht] entschieden, dass solche Dienstbarkeiten hätten bestellt werden können [und müssen].)[44]

Pomponius gibt nun zustimmend die Entscheidung eines Falles wieder, in dem befunden wurde, dass *Quintilla* zur Ableitung von Dämpfen (*vaporibus*) ihres Bades (*balinei*) durch ein in die Gärten des *Iulius* führendes Rohr (*cuniculum pergentem in hortis Iulii*) einer Servitut bedürfe.

Es ist umstritten, welcher Grund *Pomponius* zu dieser Entscheidung veranlasste. *Rainer* hat angenommen, dass ihn die Außergewöhnlichkeit der Immission zu der Entscheidung geleitet hat.[45] So würde sich das Bad der *Quintilla* lediglich als weiteres Beispiel für die bereits in § 5 dargelegte Servitutenbedürftigkeit außergewöhnlicher Belastungen darstellen. Indes zeigt auch der Vergleich mit dem § 6, dass der Grund die unmittelbare Zuleitung durch ein Rohr gewesen sein muss.[46] Zugunsten dieser Interpretation hat *Rainer* seine Ansicht wieder aufgegeben.[47] In einer früheren Schrift hatte er selbst noch dargelegt, dass sich *cum ... instruxisset* ganz in diesem Sinne kausal als „da ... sie [Rohre] angelegt hatte“ lesen ließe.[48] Demnach ist § 7 als Überlieferung der also schon im römischen Recht vorhandenen Unterscheidung von unmittelbaren und mittelbaren Immissionen zu verstehen und die Badedämpfe der *Quintilla* als ein Beispiel unmittelbarer Immissionen, die ganz unabhängig von dem Gewöhnlichkeitskriterium unzulässig sind. Die Zulässigkeit mittelbarer Immissionen bis hin zu einer gewissen Grenze ergibt sich hingegen aus der Notwendigkeit und Unvermeidbarkeit bei gewöhnlicher Grundstücksnutzung.[49]

C. *Jherings* Lehre von den nachbarrechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums

I. Wirtschaftshistorische und biographische Einführung

Mit Einsetzen der Industrialisierung in Deutschland, das oft zeitgleich mit der ersten Fahrt der Ludwigseisenbahn von Nürnberg nach Fürth auf das Jahr 1835 datiert wird,[50] kam der Frage nach der Zulässigkeit des Immittierens auf fremdes Grundeigentum immer größere Bedeutung zu. Zum einen brachte die technische Entwicklung neue Immissionsformen hervor; so enthielt der Rauch der Fabrikschlote immer mehr Schwefel, entstanden beim Verbrennen von Steinkohle zum Betrieb der Dampfmaschinen. Zum anderen ließ das Bevölkerungswachstum die Städte expandieren; selbst Fabriken, die sich außerhalb angesiedelt hatten, konnten sich schnell inmitten von Wohngebieten wiederfinden.[51] So vervierfachte sich die Zahl der immissionsrechtlichen Prozesse im Zeitraum von 1840 bis zur Mitte der 60er Jahre.[52]

Die Darstellung im vorangegangenen Abschnitt hat gezeigt, dass die Entwicklung der Immissionsregelung im römischen Recht mit den Grunddienstbarkeiten in engem Zusammenhang stand. Im 19. Jahrhundert wurde dann zunächst die *actio negatoria* von den Servituten gelöst und zu einer allgemeinen Eigentumsabwehrklage entwickelt, um Schutz gegen die neuen Beeinträchtigungen des Grundeigentums zu bieten. Daraufhin wurde es als notwendig empfunden, die Abwehrklage aber auch wieder einzuschränken, um die wirtschaftliche Entwicklung nicht zu sehr zu hemmen.[53] Eine Lehre zum Umfang der Pflicht des Grund-

[43] *Möller* (Fn. 30), S. 290 f.
[44] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 17), S. 714.
[45] *Rainer*, Zum Typenzwang der Servituten, in: Collatio Iuris Romani, FS Ankum, Bd. 2, 1995, S. 415 (420).
[46] *Möller* (Fn. 30), S. 292.
[47] *Rainer*, Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der Servituten (Rez. *Möller*, Die Servituten), Index. Quaderni camerti di studi romanistici 43 (2015), S. 303 (316).
[48] *Rainer* (Fn. 17), S. 365.
[49] *Seyed-Mahdavi Ruiz*, Die rechtlichen Regelungen der Immissionen, 2000, S. 31 f., der auch auf die überlieferten Ausnahmen des Verbots unmittelbarer Immissionen eingeht; darunter herüberhängende Baumzweige ab einer Höhe von 15 Fuß (D. 43,27,1,7 *Ulp.* lib. 71 ad ed.) und die bis zu einen halben Fuß tief in ein fremdes Grundstück ausbauchende Wand (D. 8,5,17 pr. *Alf.* lib. 2 dig.).
[50] Vgl. *Henning*, Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914, 1973, S. 111, 113 f.
[51] *Lies-Benachib*, Immissionsschutz in Deutschland, 2002, S. 21.
[52] *Lies-Benachib* (Fn. 51), S. 44.
[53] *Ogorek*, Actio negatoria, in: Coing/Wilhelm, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 4, 1979, S. 59.

eigentümers, Eingriffe von Seiten der Nachbarn zu dulden, entwickelt *Jhering* in seiner Abhandlung „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn“ aus dem Jahre 1862.[54]

Die Entstehung der Schrift fällt in *Jherings* Zeit als Professor in Gießen von 1852 bis 1868,[55] nur wenige Jahre nach seinem auf die Silvesternacht 1858/1859 datierten[56] methodischen „Umschwung“[57]. Im Winter 1858 gerät er mit seinem vorkritischen „Prinzipienpositivismus“[58] in eine ernste Krise, als ihm ein Gutachtenauftrag[59] die schweren Folgen der unerbittlichen, konsequenten Anwendung einmal formulierter Prinzipien vor Augen führt,[60] hier der Gefahrtragung hinsichtlich der mehrfach verkauften Sache.[61] Darauf folgt sein „Durchbruch zum Zweck des Rechts“, in dessen Folge er die volle Bereitschaft entwickelt, die sozialen und rechtspolitischen Aufgaben des Rechts in seiner Arbeit umfassend zu berücksichtigen.[62] Unter Berücksichtigung des „natürlichen Rechtsgefühl[s]“, das nötigenfalls „Protest erhebt“,[63] gelingt ihm nun mit der Zweckerforschung der kritischen Phase die richtige Begrenzung der Prinzipien und die Formulierung den Zweck genau erfüllender, konstruktiver Rechtsformen.[64]

Veröffentlicht ist die Abhandlung im sechsten Band der erst 1857 von *Jhering* gemeinsam mit dem Germanisten *Carl Friedrich Gerber* gegründeten „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“.[65] Seinen schon aus der Einleitung zum „Geist“ bekannten Wahlspruch „d u r c h das römische Recht, aber ü b e r dasselbe h i n a u s“[66] erhebt er in seinem Eröffnungsaufsatz „Unsere Aufgabe“ auch zum Wahlspruch für die Jahrbücher.[67] Zugleich wendet er sich gegen den „civilistischen Mumien-Cultus“[68] und wirbt für die Fortentwicklung des überlieferten Rechts, von einer „receptiven“ hin zu einer „productiven Jurisprudenz“[69]. Früh kommt der zugrundeliegende Gedanke bei *Jhering* zum Ausdruck, nämlich in den anonym veröffentlichten Aufsätzen zur Historischen Schule von 1844,[70] und schon bei *Savigny* tritt er in Erscheinung, wenn dieser fordert, „dem Einfluß des bestehenden Stoffs [...] eine lebendig bildende Kraft entgegenzusetzen“ und den „historischen Stoff frey als unser Werkzeug [...] gebrauchen“ zu lernen.[71] *Jhering* nimmt also einen schon bei *Savigny* wichtigen Programmsatz der Historischen Schule auf, findet mit seiner „naturhistorischen Methode“[72] und seinem Zweckdenken einen eigenen Ansatz zur Beurteilung des historischen Stoffes und bringt damit die Historische Schule zu ihrer Vollendung[73].

II. Wesentliche Elemente der Lehre

Die Abhandlung geht auf einen Vortrag zurück, den *Jhering* im Juli 1862 vor der Versammlung des „Juristen-Vereins für das Großherzogthum Hessen“ gehalten hat. Sie stellt zugleich eine Antwort auf den im Jahrbuch vor seinem eigenen veröffentlichten Beitrag zum selben Gegenstand des Obergerichtsanwalts *Wilhelm Werenberg*[74] dar.[75] Einleitend zeigt *Jhering*, dass das Eigentum an unbeweglichen Sachen sich vom Eigentum an beweglichen Sachen in zweierlei Hinsicht unterscheidet. In „extensiver Beziehung“ sei das Eigentum an unbeweglichen Sachen infolge der Ausdehnung in Höhe und Tiefe erweitert.[76] Seine diesbezüglichen Ausführungen werden teilweise auf die Ent-

[54] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81–130.
[55] *Behrends*, Rudolph von Jhering (1818–1892), in: Loos, Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 229 (245).
[56] Vgl. Ehrenberg (Fn. 6), S. 108 f.; dazu *Behrends*, in: *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, 2. Aufl. 2009, S. 93 (122, 124).
[57] So dieser selbst, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 13. Aufl. 1924, S. 338. *Behrends*, SZ 134 (2017), 539 (546), der zugleich einen Überblick über die ansonsten hierzu vertretenen Ansichten gibt, hält dieses Wort inzwischen zur Beschreibung der Veränderung für vorzugswürdig und versteht es im Sinne einer auf die Tragödientheorie des *Aristoteles* zurückgehenden Peripetie, d.h. des Wendepunkts im Drama, „der dem Schicksal oder der Gesinnung der Menschen eine neue Richtung gibt“.
[58] *Behrends* (Fn. 55), S. 253: Nachdem *Savigny* das Prinzip eher als ein „überpositives Regulativ“ verstand, überbot *Jhering* ihn noch, indem er es als „positive materiale Regel“ auffasste.
[59] Bis ins 19. Jahrhundert hinein wurden Juristenfakultäten, etwa – wie hier – im Wege der Aktenversendung, an der gerichtlichen Entscheidung von Rechtssachen unmittelbar beteiligt, dazu *Kischkel*, Die Spruchtätigkeit der Gießener Juristenfakultät, 2016, S. 10 f.; das römische *ius respondendi* (o. Fn. 28) identifiziert er als Ursprung (S. 11–14).
[60] *Behrends* (Fn. 55), S. 252 f. Eine Edition seines Gutachtens in der Rechtssache „Pour et Fancus wider E. Brockelmann betr. Zahlung von Kaufgeldern“ bietet *Kroppenberg*, Die Plastik des Rechts, 2015, S. 60–88.
[61] In einem Frühwerk hatte er in konsequenter Anwendung einer dem römischen Recht entnommenen Gefahrtragungsregel vertreten, dass der Verkäufer im Falle des Untergangs einer an mehrere Personen verkauften Sache von allen Käufern den Kaufpreis verlangen könne, *Jhering*, Abhandlungen aus dem römischen Recht, 1844, S. 58 f., unter Bezugnahme auf D. 18,4,21 *Paul.* lib. 16 quaest. Seine revidierte Ansicht legt er dar in *Jhering*, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, Jahrbücher für die Dogmatik 3 (1859), 449–488. Über seine neue Erfahrung schreibt er dort: „Es ist in der That ein anderes Ding, unbekümmert um die Folgen und das Unheil, das ein Rechtssatz, den man in den Quellen zu lesen oder aus der Consequenz zu entnehmen glaubt, im Leben anstiftet, sich rein theoretisch mit ihm abzufinden oder aber ihn zur Anwendung zu bringen. Eine ungesunde Ansicht, wenn sonst nur das Subject selbst noch gesund ist, hält eine solche Probe nicht aus.“ (S. 450). Näher *Behrends* (Fn. 55), S. 253 f.
[62] *Behrends* (Fn. 55), S. 229.
[63] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 3 (1859), 449 (450).
[64] *Behrends* (Fn. 55), S. 254.
[65] *Kunze* (Fn. 6), S. 22.
[66] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1907, S. 14 (Hervorhebung übernommen).
[67] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 1 (1857), 1 (52).
[68] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 1 (1857), 1 (31).
[69] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 1 (1857), 1 (4).
[70] Literarische Zeitung 1844, Sp. 423, 568 f.
[71] *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 113, auch S. 120; vgl. ferner seine Vorrede zum System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1. Aufl. 1840, S. IX ff. Der Autor dankt Prof. Dr. *Joachim Rückert* für seinen Hinweis auf diesen Zusammenhang.
[72] Dazu *Möller*, Die juristische Konstruktion im Werk Rudolf von Jherings – vom universellen Rechtsalphabet bis zur juristischen Schönheit, JZ 2017, 770–777.
[73] Die Bezeichnung *Jherings* als „Vollender“ der Historischen Schule findet sich bei *Behrends*, Römisches Recht, 2022, S. 35.
[74] *Werenberg*, Über die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 1–80.
[75] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (81–83).
[76] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (84–93).

stehung des § 905 BGB Einfluss nehmen.[77] In „intensiver Beziehung“ sei das Grundeigentum im Vergleich zu dem an beweglichen Sachen dagegen dadurch beschränkt, dass der Grundeigentümer im Interesse seiner Nachbarn zum einen manche Handlungen unterlassen müsse, die ihm bei Zugrundelegung eines absoluten Eigentumsbegriffes erlaubt sein müssten; zum anderen manche Eingriffe seiner Nachbarn dulden müsse, deren Unterlassung er dann müsste verlangen dürfen.[78] Er illustriert anhand von Beispielen, dass die Anwendung eines absoluten Eigentumsbegriffs auf das Grundeigentum dazu führen müsse, dass schließlich doch niemand mehr sinnvoll von seinem Eigentum Gebrauch machen könne und stellt fest, dass es zwischen benachbarten Grundeigentümern eines Verhältnisses gegenseitiger Hilfe und Duldung bedürfe, das er „Nachbarnverhältniß“ nennt.[79] Dessen Ausgestaltung könne teilweise im Einvernehmen durch Grunddienstbarkeiten zur Anpassung auf individuelle Bedürfnisse geregelt werden, bedürfe aber zur Sicherung des „allgemein Nothwendigen und Unentbehrlichen“ auch einer gesetzlichen Regelung der Eigentumsbeschränkungen.[80] Im „Geist“ formuliert er, dass der individuellen Gestaltung durch Grunddienstbarkeiten, die an die Stelle allgemeiner gesetzlicher Regelungen treten, der Gedanke eines „pactirten Nachbarrechts“ zugrunde liege.[81] Diese Beschreibung ist treffend, sind Dienstbarkeiten doch als „grundstücksvermittelte Rechte“ ähnlich den gesetzlichen Regelungen auf eine dauerhafte, von den jeweiligen Eigentümern unabhängige Geltung angelegt.[82]

Jherings Ziel ist es, das Maß zu finden, anhand dessen das Eigentum zugunsten der Nachbarn zu beschränken ist. Er geht dabei den „heuristischen Weg“, indem er nacheinander die denkbaren Kriterien darstellt und hinsichtlich ihrer „legislativen Brauchbarkeit“ beurteilt.[83] Als ungeeignet verwirft er die Unterscheidung zwischen Handlung und Zustand als Ursache des Eingriffes sowie die Absichtlichkeit des Eingriffes.[84]

Dann kommt er zur Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Eingriffe. Als unmittelbar definiert er Eingriffe, die ihre Wirkung erst in der Eigentumssphäre des Nachbarn beginnen; als mittelbar solche, die ihre Wirkung dort fortsetzen. Er stellt fest, dass unmittelbare Eingriffe nach den römisch-rechtlichen Quellen und auch den neueren Gesetzen – bis auf einige Ausnahmen – als „nackte, dürre Eigenthumsconsequenz“ immer unzulässig sind.[85]

Daraufhin wendet sich *Jhering* dem Gesichtspunkt der Körperlichkeit der Immission zu. Er bezieht sich auf das in D. 8,5,8,5 überlieferte Körperlichkeitskriterium und beurteilt es als einerseits nicht weit genug und andererseits einer Einschränkung bedürftig, wie sie durch D. 8,5,8,6 überliefert ist. Er nennt Erderschütterungen, Lärm und Getöse, Hitze sowie Gerüche als Eingriffsarten, die ebenfalls erfasst werden müssen und nennt Beispiele für deren mögliche Wirkung auf ein Grundstück.[86] *Aristo* hatte nach der bezeichneten Stelle, wie bereits dargelegt, aufgrund der vergleichbaren Wirkung den Begriff der *immissio* von handgreifbaren Körpern wie Steinen und Wasser auf nicht greifbare Körper wie Rauch erweitert. Nun ist zu beobachten, dass *Jhering*, indem er das Körperlichkeitskriterium ablehnt, unter Hinweis auf die vergleichbare Wirkung seinerseits eine Erweiterung des Kreises der erfassten Einwirkungen um nicht-körperliche Einwirkungen vornimmt.[87]

Damit hat *Jhering* festgestellt, welche Einwirkungen für mittelbare Eingriffe in Frage kommen und wendet sich nun dem Maß für den Umfang der Duldungspflicht zu. Dessen Bestimmung soll in Anschluss an die Voraussetzung der *utilitas fundi* für die Servitut nicht subjektiv anhand der Bedürfnisse und Empfindlichkeiten einzelner Personen und Grundstücksnutzungen erfolgen, sondern objektiv anhand dessen, was „gewöhnlich und regelmäßig“ ist.[88] Diese Formel lehnt er an einen allgemeinen Satz des *Celsus* an.[89] Zuvor hat etwa bereits *Spangenberg*, den *Jhering* zitiert, auf Grundlage der Überlieferung in D. 8,5,8,6 ein Kriterium der Gewöhnlichkeit formuliert.[90]

Daraufhin arbeitet *Jhering* zwei alternative Kriterien aus, die die Duldungspflicht des Immissionsbetroffenen begrenzen. Zum einen die Schädlichkeit der Immission, die er als Schädlichkeit an der Person oder der Sache selbst versteht; nicht erfasst sein soll der bloße Wertverlust.[91] Zum anderen die über das gewöhnliche Maß hinausgehende Lästigkeit für die Person, die keinen Schaden voraussetzt. Zum Wort „Lästigkeit“ gelangt er durch Übersetzung des Wortes *gravis* aus der oben untersuchten Stelle D. 8,5,8,6, auf die er sich unmittelbar bezieht. Die Rechtfertigung ergibt sich

[77] Vgl. *Lee*, Jherings Eigentumsbegriff, 2015, S. 205 f.
[78] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (84).
[79] Vgl. *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (93–96).
[80] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (96 f.).
[81] *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd, 2,1, 5. Aufl. 1894, S. 231.
[82] *Möller* (Fn. 30), S. 407 f.
[83] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (101 f.).
[84] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (103–107).
[85] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (107–110).
[86] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (110).
[87] *Lee* (Fn. 77), S. 89 f. Andere Juristen wollen die Zuständigkeit regelmäßig bei der Polizei sehen, etwa *Spangenberg*, Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht, AcP 9 (1826), 265 (271); *Hesse*, Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigenthümer, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 378 (386 f.), die sich damit auch auf die römisch-rechtliche Überlieferungen berufen; außerdem *Pagenstecher*, Die römische Lehre vom Eigenthum, Bd. 1, 1857, S. 120; *Werenberg*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 1 (51 f.).
[88] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (115).
[89] D. 1,3,5 *Celsus lib. 17 dig.: nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.*
(*Celsus* im 17. Buch seiner Digesten: denn das Recht muss eher auf das ausgerichtet sein, was häufig und leicht einmal vorkommt, als auf das, was nur sehr selten geschieht.) – Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 17), S. 112.
[90] *Spangenberg*, AcP 9 (1826), 265 (270).
[91] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (118–121).

aus *Jherings* eingangs dargestellter Überlegung zum gegenseitigen Nachbarnverhältnis; der Grundeigentümer muss Immissionen in dem Maße dulden, in dem er selbst auch immittieren dürfte.[92] Die Gewöhnlichkeit als Maßstab begründet er damit, dass das Recht „auf die Ermöglichung einer gewöhnlichen Existenz und gemeinen Wirthschaft eingerichtet sein" müsse. Nicht berücksichtigt werden Immissionsfälle, die „über die Grenzen einer gemeinen bürgerlichen Existenz hinaus" gehen.[93] Er bezieht sich ausdrücklich auch auf die Fabriken; sie mögen „von den benachbarten Grundeigenthümern die erforderlichen Servituten acquiriren oder dieselben für die Nachtheile, die sie ihnen zufügen, entschädigen oder endlich in dem Umkreise ihres Einwirkungsgebietes das Land ankaufen".[94] So wird deutlich sichtbar, wie *Jhering* in seiner kritischen Phase die praktischen sozialpolitischen Folgen in seine Theorienbildung einbezieht. Nach alledem lautet *Jherings* Ergebnissatz:

„Niemand braucht mittelbare Eingriffe von Seiten seiner Nachbarn zu dulden, welche entweder der Person oder Sache schaden oder die Person in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitenden Weise belästigen."[95]

III. Bezug zum übrigen Werk

Schon im ersten Band von Jherings „Geist" steht der bekannte Satz: „[E]s gibt kein absolutes, d.h. der Rücksicht auf die Gemeinschaft entbundenes Eigentum".[96] Mit seiner Lehre zu den „Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn" hat er diesem Satz in einem für die Epoche der Industrialisierung aber bedeutenden Fall eine konkrete Ausformung beigegeben. Erst im „Zweck" wird er Gelegenheit finden, sich noch einmal ausführlicher mit den verschiedenen Facetten der Sozialbindung des Eigentums auseinanderzusetzen.[97]

D. Entstehung und Rezeption des § 906 BGB

I. Ausarbeitung des § 906 BGB

1. Erste Kommission

Der 1888 vorgelegte Entwurf der ersten Kommission enthält in § 850 die folgende Bestimmung:

„**§ 850.** Der Eigenthümer eines Grundstückes hat die nicht durch unmittelbare Zuleitung erfolgende Zuführung oder Mittheilung von Gasen, Dämpfen, Rauch, Ruß, Gerüchen, Wärme, Erschütterungen und dergleichen insoweit zu dulden, als solche Einwirkungen entweder die regelmäßige Benutzung des Grundstückes nicht in erheblichem Maße beeinträchtigen oder die Grenzen der Ortsüblichkeit nicht überschreiten."[98]

In den Motiven wird eingangs anerkannt, dass die Durchführung des Grenzprinzips im Sinne eines absoluten Eigentumsbegriffes, d.h. die Rechtswidrigkeit jedweder unautorisierten Einwirkung, nicht möglich ist, da dies „mit den Bedürfnissen des Lebens in einen unversöhnlichen Widerspruch treten" würde. Vorgänge des gewöhnlichen Lebens und auch der gewerblichen Aktivität führen zum Ausstoß etwa von gasförmigen Körpern, deren Bewegung nicht kontrollierbar ist: „Wir leben auf dem Grunde eines Luftmeeres." Zur Bezeichnung der erfassten Einwirkungsarten wird eine nicht abschließende, kasuistische Aufzählung eingesetzt, da ein allen Fällen gemeines Merkmal nicht gefunden werden kann.[99] Geräusch und Licht wird nicht als Eigentumsverletzung gewertet und in die Aufzählung nicht aufgenommen.[100] Nach Abwägung beider Möglichkeiten entscheidet man sich für die Immissionsfreiheit als Grundsatz und die Ausgestaltung der Vorschrift als Regelung einer Ausnahme.[101] Zweck der Vorschrift ist der Schutz gegen „exzessive Immission". Die Zulässigkeit der Einwirkung wird strukturell durch zwei alternative Kriterien bestimmt: zulässig ist zum einen die nicht erheblich beeinträchtigende Einwirkung, zum anderen die exzessive Immission, wenn sie ortsüblich ist. Die Ortsübung wird als beweglicher Regulator verstanden, der sich an ändernde Verhältnisse anpassen kann.[102]

2. Zweite Kommission

In dem Entwurf der zweiten Kommission, der 1895 dem Bundesrat vorgelegt wurde, erhielt der nunmehrige § 820 die folgende Fassung:

„**§ 820.** [1] Der Eigenthümer eines Grundstückes kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterung und ähnliche von einem anderen Grundstücke ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als er durch sie in der Benutzung seines Grundstückes nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder die Einwirkung durch eine Benutzung des anderen Grundstückes herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. [2] Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig."[103]

In der ersten Lesung erfolgte die Aufnahme von Geräusch in die Aufzählung der Einwirkungen,[104] zuvor hatte das Reichsgericht im Fall einer Frankfurter Druckerei auch Lärm als eine Immission anerkannt, gegen die mit der *actio negatoria* vorgegangen werden könne.[105] Indem das Gericht nun also auch unkörperliche Einwirkungen erfasste, nahm es die Erweiterung des römisch-rechtlichen Immis-

[92] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (121–128).
[93] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (123).
[94] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (127).
[95] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (128).
[96] *Jhering* (Fn. 66), S. 7.
[97] *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 3. Aufl. 1893, S. 523 ff.
[98] *Mugdan*, Materialien, Bd. 3, 1899, S. XV.
[99] Motive, Bd. 3, S. 264.
[100] Motive, Bd. 3, S. 266.
[101] Motive, Bd. 3, S. 265 f.; es bestand die Sorge, dass eine „Überspannung des Eigenthumsbegriffes die nothwendigen Vorbedingungen des Lebens und des Verkehrs beeinträchtigt, insbesondere dem Gewerbebetriebe schädliche Fesseln anlegt und die Entwicklung der Industrie in nicht zu übersehender Weise lähmt."
[102] Motive, Bd. 3, S. 267 f.
[103] *Mugdan* (Fn. 98), S. XV.
[104] Protokolle, S. 3530 f., 3533.
[105] RG, I. Senat, Urt. v. 29.3.1882, RGZ 6, 217.

sionsbegriffs an.[106] Die Neufassung stellt eine Abkehr vom in der ersten Kommission vertretenen Grundsatz der Immissionsfreiheit dar: es ist nun die Ausnahme von der Regel, dass der Grundeigentümer die Einwirkung nicht verbieten darf.[107] In der Folge trägt der Emittent die Beweislast für die Zulässigkeit der Einwirkung. Die Abtrennung der Regelung zur besonderen Leitung in einen zweiten Satz – wiederum als Ausnahme – führt dazu, dass insoweit der Immissionsbelastete die Beweislast trägt.[108] In erster Lesung wurde schließlich noch die als ungenau empfundene Formulierung „insoweit zu dulden" ersetzt durch „insoweit nicht verbieten", da dem Eigentümer die tatsächliche Abwehr der Immission zu gestatten sei, er sie also nicht unbedingt zu dulden habe.[109]

In der zweiten Lesung hat *von Cuny* beantragt, den Zulässigkeitskriterien die Voraussetzung beizufügen, dass die Einwirkung nicht durch „angemessene Schutzmaßregeln auf dem anderen Grundstücke a[b]gewendet werden kann". Der Antrag wurde unter anderem aus Sorge vor Schutzmaßnahmen, deren Kosten zu ihrem Nutzen außer Verhältnis stehen, abgelehnt.[110] In der Ablehnung vorbeugender Maßnahmen als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Einwirkung liegt eine eindeutige Begünstigung der industriellen Entwicklung.[111]

3. Verkündete Fassung

Der Entwurf der zweiten Kommission unterscheidet sich nur unwesentlich von der Gesetz gewordenen Fassung der Endredaktion:

„**§ 906.** [1] Der Eigenthümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. [2] Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig."[112]

In der XII. Kommission im Reichstag war die völlige Streichung des Kriteriums der Ortsüblichkeit ohne Erfolg beantragt worden.[113] Die Gesetzgebungsorgane haben die Vorschrift inhaltlich also nicht weiter beeinflusst.

II. *Jherings* Einfluss auf § 906 BGB

Zu untersuchen bleibt nun der Einfluss *Jherings* auf die Erarbeitung des § 906 BGB. In der Vorschrift sind schon im Entwurf der ersten Kommission allenfalls mittelbare Immissionen zugelassen; seit dem Entwurf der zweiten Kommission sind die mittelbaren Immissionen in Satz 1 und die unmittelbaren in Satz 2 geregelt. Diese Unterscheidung ist ein erstes Element, das *Jhering* als Bestandteil seiner Lehre zuzurechnen ist.[114]

Wohl am deutlichsten ist sein Einfluss anhand des Kreises der von § 906 BGB umfassten Einwirkungen zu erkennen. Nachdem *Alfenus* bzw. *Servius* Fälle greifbarer Körper nannten, erweiterte *Aristo* den Begriff der *immissio* um nicht greifbare körperliche Einwirkungen. *Jhering* setzte die Entwicklung fort, indem er auch unkörperliche Einwirkungen in seine Lehre einbezog. Vor Veröffentlichung seiner Abhandlung – und durchaus auch noch danach – ist eine solche Erweiterung abgelehnt oder nicht in Betracht gezogen worden; die Regelung sollte durch die Polizei erfolgen.[115] Im Entwurf der ersten Kommission waren bereits Geruch, Wärme und Erschütterung enthalten; die zweite Kommission entschloss sich zur Aufnahme von Geräusch. Dass die Erweiterung um unkörperliche Einwirkungen sich bis hin zur Einbeziehung in den § 906 BGB durchgesetzt hat, ist *Jherings* Verdienst.[116]

Die nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigende Einwirkung als erster Fall der zulässigen Immission ist leicht als Entsprechung zum römischen *fumus non gravis* zu identifizieren, den *Jhering* unmittelbar rezipiert hat. Bei Betrachtung des zweiten Falles, der Gewöhnlichkeit nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage, fällt das Merkmal der Gewöhnlichkeit ins Auge, das aus *Jherings* Lehre bekannt ist. Dennoch sind Einschränkungen vorhanden, aus denen eine stärkere Gewichtung der industriellen Entwicklung folgt.[117] So ist – anders als bei *Jhering* – etwa nicht jeder Sachschaden schlechthin unzulässig; unter Hinweis auf Ortsübung braucht doch nicht immer von einer „gemeinen bürgerlichen Existenz"[118] ausgegangen zu werden. *Rainer* hält den Einfluss *Jherings* auf die Vorschrift infolgedessen für gering, da die Gewöhnlichkeit letztlich nicht in seinem sozialen Sinn verstanden werde.[119] Indes hat *Chun-Tao Lee* darauf hingewiesen, dass *Jherings* Abhandlung schon 1882 in einer frühen Entscheidung des

[106] Vgl. *Möller*, Servituten im römischen Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Schmidt-Recla/Schumann/Theisen, Sachsen im Spiegel des Rechts, 2001, S. 127 (144), mit Behandlung weiterer Entscheidungen zu Immissionsfällen.
[107] Protokolle, S. 3531 f.; vgl. *Rainer* (Fn. 17), S. 373.
[108] Protokolle, S. 3536.
[109] Protokolle, S. 3534. Auch *Jhering* verwendet das Wort „dulden" in seinem oben wiedergegebenen Ergebnissatz, allerdings so, dass kein solches Missverständnis entsteht.
[110] Protokolle, S. 8536–8539; zur Zuordnung zu *v. Cuny* und der Korrektur im Antragstext vgl. *Rainer* (Fn. 17), S. 374.
[111] *Rainer* (Fn. 17), S. 374.
[112] RGBl. 1896, S. 195 (351).
[113] *Mugdan* (Fn. 98), S. 997.
[114] *Lee* (Fn. 77), S. 207.
[115] Bereits zitiert wurden *Spangenberg*, AcP 9 (1826), 265 (271); *Pagenstecher* (Fn. 87), S. 120; *Werenberg*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 1 (51 f.); *Hesse*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 378 (386 f.). In der zweiten Kommission wurde gegen die Polizeizuständigkeit dann u.a. argumentiert, dass die Polizei nicht dazu bestimmt sei, in Privatinteressen einzelner Eigentümer einzutreten, Protokolle, S. 3533.
[116] *Lee* (Fn. 77), S. 207 f.
[117] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 160; *Möller* (Fn. 30), S. 382.
[118] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (127).
[119] *Rainer* (Fn. 17), S. 375; zust. *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 165.

Reichsgerichts zitiert wird.[120] Der Senat ist bereit, Rechtsschutz gegen solche Einwirkungen zu gewähren, „die das Maß der Belästigungen nicht überschreiten, welche der nach Zeit und Ort gewöhnliche Gebrauch des Nachbargrundstücks mit sich führt"; er formuliert als Erheblichkeitsgrenze die „Unzuträglichkeiten und Unbequemlichkeiten, wie sie das bürgerliche Zusammenleben gewöhnlich mit sich bringt und wie sie daher jeder Nachbar vom andern dulden muß".[121] Bei der Bezugnahme auf das „bürgerliche Zusammenleben" wird der Zusammenhang von Ortsüblichkeit und Gewöhnlichkeit in *Jherings* sozialem Sinne deutlich, wenn auch die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Rücksicht auf die Industrie hinter *Jherings* Lehre zurückbleibt.

Das Bestreben der Gesetzgebung, die industrielle Entwicklung nicht zu stören, zeigte sich zuvor schon im 1869 erlassenen § 26 GewO, der die Einstellung des Gewerbes aufgrund privatrechtlicher Ansprüche ausschloss,[122] und der heute in § 14 BImSchG fortlebt. Allerdings verwirklicht er zugleich die von *Jhering* formulierte Forderung[123] auf Schadenersatz durch den Fabrikbetreiber.[124]

Endlich ist der Einfluss *Jherings* auf den § 906 BGB auch an der Abkehr der zweiten Kommission vom Prinzip der Immissionsfreiheit hin zu der zuvor schon von *Jhering* vertretenen Position zu erkennen, dass die Regelung so zu gestalten sei, dass dem Grundeigentümer eine Duldungspflicht als Ausnahme von der Regel aufzuerlegen ist.[125]

Jherings dogmatische Arbeiten bedürfen der Würdigung auch im Hinblick auf ihre über die Lösung einzelner Rechtsfragen hinausgehenden Wirkungen. So ist ihm abgesehen von seinen neuen methodischen Standpunkten anzurechnen, dass die Romanistik sich im Verhältnis zur Germanistik[126] angesichts der Herausforderung durch die Industrialisierung behaupten konnte und das Bürgerliche Gesetzbuch nun als „romanistische Kodifikation"[127] bezeichnet werden kann. Dies war, wie am Beispiel des § 906 BGB gezeigt werden konnte, durch Fortentwicklung der römisch-rechtlichen Überlieferung entsprechend den Notwendigkeiten der Zeit zu erreichen, ganz gemäß *Jherings* Wahlspruch „d u r c h das römische Recht, aber ü b e r dasselbe h i n a u s".[128]

III. Ausblick auf die Rezeption

1. Österreich

Wenige Jahre nach Inkrafttreten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches begannen in Österreich Arbeiten zur Änderung des 1811 verabschiedeten Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, die auch unter erheblichem Einfluss der neuen deutschen Kodifikation standen. Während des ersten Weltkrieges wurden die Ergebnisse der Revisionsarbeit in drei Teilnovellen von 1914–1916 durch kaiserliche Notverordnungen in Kraft gesetzt.[129] Die dritte Teilnovelle fügte dem § 364 ABGB einen Abs. 2 an, der stark an § 906 BGB orientiert ist:

„**§ 364.** (2) [1] Der Eigentümer eines Grundstücks kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. [2] Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig."[130]

2. Italien

Der italienische *Codice civile* erhielt 1942 in Art. 844 eine Immissionenregelung, die ebenfalls stark an dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch orientiert ist:

Articolo 844. Immissioni.

(1) Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.

(2) Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.

Artikel 844. Immissionen.

(1) Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Rauch oder Wärme, Gerüchen, Geräuschen, Erschütterungen und ähnliche, vom Grundstück des Nachbarn ausgehende Einwirkungen nicht verhindern, wenn diese auch unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse ein gewöhnliches Maß des Erträglichen nicht überschreiten.

(2) In Anwendung dieser Norm muss das Gericht die Bedürfnisse der Produktion mit dem Recht auf Eigentum abwägen. Dabei kann es den Vorrang eines bestimmten Gebrauchs berücksichtigen.[131]

[120] *Lee* (Fn. 77), S. 209.
[121] RG, III. Senat, Urt. v. 23.5.1882, Seuffert's Archiv 8 (1883), Nr. 8, S. 13 f.
[122] Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund vom 21. Juli 1869, BGBl. S. 245 (252): „**§ 26.** Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachtheiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstücke aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigenthümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden."
[123] *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 6 (1863), 81 (127), oben wiedergegeben.
[124] *Fikentscher* (Fn. 5), S. 178.
[125] *Lee* (Fn. 77), S. 209 f.
[126] Vgl. etwa *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik 1 (1857), 1 (45).
[127] *Behrends* (Fn. 1), S. 9.
[128] *Jhering* (Fn. 66), S. 14 (Hervorhebung übernommen).
[129] *Klein-Bruckschwaiger*, JZ 1963, 739 (740 f.).
[130] Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916, RGBl. Nr. 69, S. 136 f.
[131] Regio decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262, Gazetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942, p. 89; Übersetzung nach *Patti*, Italienisches Zivilgesetzbuch – Codice Civile Italiano, 2. Aufl. 2012, S. 230 f.

Der Einfluss des Faschismus bedingte die starke Betonung einer Auffassung der sozialen Funktion des Eigentums, die geradezu entgegengesetzt zur Vorstellung *Jherings* zu einer Begünstigung der emittierenden Industrie zulasten der immissionsbetroffenen Grundeigentümer führte. Ein in dieser Weise ausgestaltetes Immissionsrecht sollte eine Leistungssteigerung der italienischen Industrie ermöglichen. Die Vorschrift gilt fort, inzwischen legt sie die italienische Rechtsprechung aber zum Vorteil der immissionsbelasteten Grundeigentümer aus.[132]

3. Katalonien

Katalonien hat als autonome Region Spaniens die Gesetzgebungsbefugnis hinsichtlich einzelner Bereiche des Zivilrechts behalten, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der spanischen Verfassung bereits in einer eigenen Gesetzessammlung („Compilació de Dret Civil de Catalunya“) geregelt waren.[133] Im Jahre 1990 erfolgte eine teilweise Aktualisierung der als unzulänglich und veraltet empfundenen Regelungen der Sammlung.[134] Die Gesetzgebung hat sich – nicht ohne besondere Berücksichtigung der historischen Rechtstradition Kataloniens – stark an dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1004, § 906 in neuer Fassung) orientiert:[135]

Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge

Article 3

2. Tot propietari ha de tolerar les immissions provinents d'una finca veïna, si aquestes són innòcues o si causen perjudicis no substancials.

3. Igualment, ha de tolerar les immissions que produeixin perjudicis substancials si són conseqüència de l'ús normal del predi veí, segons el costum local, i si la cessació comporta una despesa desproporcionada econòmicament. Tanmateix, pot adoptar les mesures procedents per tal d'atenuar els danys a càrrec del propietari veí.

Gesetz 13/1990, vom 9. Juli 1990, über die Unterlassungsklage, die Immissionen, die Dienstbarkeiten und die Nachbarschaftsverhältnisse

Artikel 3

2. Jeder Eigentümer muss die von einem nachbarlichen Grundstück herrührenden Immissionen dulden, wenn diese unschädlich sind oder unwesentliche Beeinträchtigungen verursachen.

3. Gleichfalls hat er die Immissionen zu dulden, die wesentliche Beeinträchtigungen hervorrufen, wenn sie die Folge des normalen Gebrauchs des nachbarlichen Grundstücks entsprechend der örtlichen Gewohnheit sind und wenn die Untersagung wirtschaftlich unverhältnismäßig hohe Ausgaben zur Folge hat. Er kann jedoch auf Kosten des nachbarlichen Grundeigentümers die angemessenen Maßnahmen treffen, um die Schäden abzumildern.[136]

4. Zusammenfassende Betrachtung

Im französischen *Code civil* von 1804 war eine besondere Vorschrift zur Regelung der Immissionen nicht enthalten und wurde auch nicht nachträglich eingefügt. So kann die französische Rechtsprechung den mit Immissionen verbundenen Problemen bis heute nur unter gar nicht trivialen Rückgriffen auf allgemeinere Vorschriften begegnen.[137] Der Grund hierfür ist, dass der Regelung der Immissionen erst mit Beginn der Industrialisierung – in Deutschland etwa ab 1835 –[138] wieder vermehrt Aufmerksamkeit zuteilwurde.[139] Die Früchte dieser neuen Aufmerksamkeit konnten bei der Ausarbeitung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1896 noch berücksichtigt werden. Anhand des Regelungsgegenstandes der Immissionen ist also auch zu beobachten, dass die deutsche Kodifikation von ihrem vergleichsweise späten Zustandekommen inhaltlich profitieren konnte – und mittelbar auch weitere europäische Kodifikationen, die nach dem Vorbild der deutschen fortentwickelt wurden.

Der Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte des § 906 BGB konnte zeigen, dass die Vorschrift – und mit ihr die Vorarbeit *Jherings* – Eingang in mehrere Kodifikationen anderer europäischer Länder gefunden hat. Es ist also gelungen, *Behrends* Beschreibung der europäischen Kodifikationen als „Töchter der gleichen europäischen, von der Rezeption des römischen Rechts geprägten Privatrechtswissenschaft“[140] anhand der Entstehungsgeschichte des § 906 BGB von den Quellen des Römischen Rechts über die Lehre des 19. Jahrhunderts bis hin zur Kodifikation im Bürgerlichen Gesetzbuch und der Rezeption in anderen europäischen Ländern nachzuvollziehen.

E. Ergebnisse in Thesen

I. Mit den Immissionsservituten machten *Servius* und *Alfenus* im letzten vorchristlichen Jahrhundert die Immission greifbarer Körper rechtlich handhabbar. *Aristo* erweiterte im ersten Jahrhundert den Begriff der *immissio* auf nicht greifbare Körper (D. 8,5,8,5). Dies stellt sich als Teil eines ersten Höhepunkts der in der Hochklassik vollzogenen Öffnung der sabinianischen Rechtsschule für die Ideen der prokulianischen Rechtsschule dar. Im 19. Jahrhundert erweiterte *Jhering* seinerseits den Immissionsbegriff erstmals auf unkörperliche Immissionen. Die Aufzählung der Einwirkungen in § 906 BGB ist das Ergebnis dieser Entwicklung.

II. Die unbedingte Zulässigkeit nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigender Einwirkungen gem. § 906 BGB geht über die Rezeption bei *Jhering* zurück auf die Überlief-

[132] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 165 f.
[133] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 177 Fn. 754, S. 185 f.
[134] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 185 f.
[135] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 186, 190, 192.
[136] Text und Übersetzung nach *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 185–191.
[137] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 168–173.
[138] *Henning* (Fn. 50), S. 111, 113 f.
[139] *Seyed-Mahdavi Ruiz* (Fn. 49), S. 169.
[140] *Behrends* (Fn. 1), S. 11 f.

erung des *fumus non gravis* im Römischen Recht durch *Pomponius* (D. 8,5,8,6).

III. Das Kriterium der Ortsüblichkeit in § 906 BGB ist durch das von *Jhering* vorgeschlagene Kriterium der Gewöhnlichkeit mitbestimmt worden, obgleich das BGB hinter der Lehre *Jherings* zurückbleibt.

IV. Die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Zuführung im BGB geht auf die Lehre *Jherings* zurück und ist schon im Römischen Recht angelegt (D. 8,5,8,7).

V. *Jherings* dogmatischem Werk ist über die Bedeutung für die Einzelfrage hinaus anzurechnen, dass die Romanistik sich im Verhältnis zur Germanistik angesichts der Herausforderung durch die Industrialisierung behaupten konnte und das Bürgerliche Gesetzbuch nun als „romanistische Kodifikation" bezeichnet werden kann. Dies war, wie das Beispiel des § 906 BGB zeigt, durch Fortentwicklung der römisch-rechtlichen Überlieferung entsprechend den Notwendigkeiten der Zeit zu erreichen, ganz gemäß *Jherings* Wahlspruch „d u r c h das römische Recht, aber ü b e r dasselbe h i n a u s".

VI. Erst nach Fertigstellung erster europäischer Kodifikationen – etwa des *Code civil* 1804 oder des ABGB 1811 – hat das Einsetzen der Industrialisierung in Deutschland ab 1835 die Entwicklung des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes angefacht. Der Vergleich mit dem BGB zeigt, dass die deutsche Kodifikation von ihrem vergleichsweise späten Zustandekommen inhaltlich profitieren konnte, so wie weitere europäische Kodifikationen, die nach dem Vorbild der deutschen fortentwickelt wurden.

VII. *Behrends* Beschreibung der europäischen Kodifikationen als „Töchter der gleichen europäischen, von der Rezeption des römischen Rechts geprägten Privatrechtswissenschaft" kann anhand der Entstehungsgeschichte des § 906 BGB von den Quellen des Römischen Rechts über die Lehre des 19. Jahrhunderts bis hin zur Kodifikation im Bürgerlichen Gesetzbuch und der Rezeption in anderen europäischen Ländern nachvollzogen werden.