

## **Universitäts- und Landesbibliothek Tirol**

### **Die praktische Notwendigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit und ihre rechtliche Konstruktion**

**Hirschberg, Erich**

**Berlin, 1907**

# Die praktische Notwendigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit und ihre rechtliche Konstruktion.

---

## Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Fakultät  
der Badischen Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg  
zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

**Erich Hirschberg**

Gerichtsreferendar.

*Berichterstatter:*

*Herr Geheimer Rat Professor Dr. Ernst Immanuel Bekker, Excellenz.*



**Berlin NW. 6**

Buchdruckerei Paul Zimmermann,

1907.

UB INNSBRUCK



+C176035605

Meinen lieben Eltern.



1909. Univ. Heidelberg.

# Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung . . . . .	1 u. 2
§ 1. Allgemeine Bemerkungen . . . . .	3 — 5
§ 2. Die praktische Notwendigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit . . . . .	6 — 14
a) Interpretation des § 1019 Satz 1 BGB.	
b) Der Nachweis eines praktischen Bedürfnisses für die Eigentümergrunddienstbarkeit an Beispielen des täglichen Lebens.	
§ 3. Die rechtliche Konstruktion der Eigentümergrunddienstbarkeit . . . . .	15 — 33
a) Wie verhält sich der Begriff des Rechtes an eigener Sache zum Eigentumsbegriff?	
b) Die rechtliche Natur der im § 873 BGB. geforderten Einigung, insbesondere, welche Gründe sprechen gegen ihre Vertragsnatur?	
c) Resultat.	
§ 4. De lege ferenda . . . . .	34 — 37



## Literatur-Verzeichnis.

---

- Bekker:** In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft: herausgegeben von Dr. Franz Bernhöft, Dr. Georg Cohn, Bd. II, Stuttgart 1880.
- Biermann:** Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
- Bruck:** Die Eigentümerhypothek, Jena 1903.
- Bruck:** Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.
- Cohen:** In der deutschen Juristenzeitung, Jhrg. 1901.
- Cosack:** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Jena 1904.
- Cretschmar:** Das bürgerliche Recht, Bd. 1, Düsseldorf 1902.
- Dernburg:** Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Sachenrecht, 3. Aufl., Halle 1904.
- Dernburg:** Pandekten, Bd. 1, Berlin 1900.
- Deutsche Juristenzeitung,** 6. Jhrg., Berlin 1901.
- Eccius:** In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 47. Jhrg., Berlin 1903.
- Endemann:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Berlin 1905.
- Ennecerus-Lehmann:** Das bürgerliche Recht, Marburg 1901.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen,** Bd. 13, B. 47.
- Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts,** Bd. 1, Berlin 1900/01.
- Gierke:** Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- Hartmann:** In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik, Bd. 17.

- Hoffmann:** Die Lehre von den Servituten, Bd. 1, Darmstadt 1838.
- Huber:** Die Eigentümerdienstbarkeit, Bern 1902.
- Jhering:** Der Zweck im Recht, 2. Aufl., Bd. 1, Leipzig 1884.
- Jherings** Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 10, 17, Jena.
- Kohler:** Im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 87, Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897.
- Krüger-Mommsen:** Corpus iuris civilis, Berlin 1902.
- Kuhlenbeck:** Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2, 2. Hälfte, Berlin 1899.
- Landsberg:** Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, Berlin 1904.
- Luden:** Die Lehre von den Servituten, Gotha 1837.
- Männer:** Das Recht der Grundstücke, München 1899.
- Matthias:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Bd. 2, Berlin 1900.
- Meissner:** Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, 3. Buch, Breslau 1901.
- Motive** zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd. 3, 1896.
- Ortlieb:** Einigung und dinglicher Vertrag, Berlin 1904.
- Pagenstecher:** Die römische Lehre vom Eigentum, 1. Abtl., Heidelberg 1857.
- Planck:** Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1906.
- Predari:** Kommentar zu den Nebengesetzen. Die Grundbuchordnung, 1. Teil, Berlin 1900.

- Protokolle** der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 3, Berlin 1899.
- Raeder:** Das materielle Grundbuchrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung des in Elsass-Lothringen geltenden Rechts, Gebweiler 1897.
- Salomon:** Die Genehmigung im 1. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuches in ihrer Beziehung zu der Einigung des 3. Buches, Diss., Marburg 1903.
- Schönemann:** Die Servituten, Leipzig 1866.
- Scherer:** Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd. 3, München 1898.
- Willenbücher:** Das Liegenschaftsrecht und die Reichsgrundbuchordnung, Berlin 1904.
- Windscheid:** Lehrbuch des Pandektenrechts, herausgegeben von Dr. Theodor Kipp, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1900.
- Wirth:** Beitrag zur Systematik des römischen Zivilrechts, Erlangen 1856.
-

## Einleitung.

---

Theorie und Praxis haben sich bisher mit grosser Entschiedenheit gegen die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines demselben Eigentümer gehörenden Grundstücks, oder mit einem Worte gesagt, einer Eigentümergrunddienstbarkeit, ausgesprochen. Es bestehe, so heisst es allenthalben, weder ein praktisches Bedürfnis für die Anerkennung eines solchen Instituts, noch könne man seine Existenz vom Standpunkte des geltenden Rechtes rechtfertigen. Man stützt sich hierbei auf die Motive zum Entwurfe eines Bürgl. Gesetz., wo die Frage nach der Möglichkeit der originären Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit ebenfalls in verneinendem Sinne beantwortet wird, ohne zu bedenken, dass im Gegensatz zu dem in ihnen geleugneten Vorhandensein von schutzwürdigen Interessen für unser Institut die fortschreitende Entwicklung der modernen Baukultur ein geradezu zwingendes praktisches Bedürfnis für die Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit gezeitigt

hat, ohne ferner zu erwägen, dass auch nach den Prinzipien des geltenden Rechtes aus Gründen juristisch konstruktiver Natur Bedenken von ausschlaggebender Bedeutung nicht ins Feld geführt werden können.

---

## § 1.

### Allgemeine Bemerkungen.

In den Motiven zum Entwurfe eines BGB. wird die Unzulässigkeit fraglicher Grunddienstbarkeit ausdrücklich in folgenden Worten deklariert: „Der Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines eigenen Grundstücks an einem anderen eigenen Grundstück durch den Eigentümer beider Grundstücke steht der Umstand hindernd im Wege, dass die Möglichkeit eines Vertrages mit sich selbst in diesem Falle nicht anzunehmen ist. Die Zulassung eines gleich wirksamen einseitigen Stiftungsaktes findet sich nicht im geltenden Rechte und wird auch durch ein praktisches Bedürfnis nicht erfordert“. <sup>1)</sup>

Diesen in den Motiven vertretenen und von der Doktrin und Rechtspflege allenthalben getheilten Standpunkt von der Unzulässigkeit einer Eigentümergrunddienstbarkeit haben sowohl das Kammergericht <sup>2)</sup> wie

---

<sup>1)</sup> cf. Motive zum BGB. S. 480.

<sup>2)</sup> cf. Entsch. in Angl. der freiw. Gerichtsbarkeit etc. S. 167. ff.

auch wiederholt das Reichsgericht <sup>3)</sup> ihrer Judikatur zugrunde gelegt unter etwa folgender Begründung: Abgesehen davon, dass ein praktisches Bedürfnis nicht vorliege, stehe das BGB. ebenso wie das Gemeine Recht auf dem Standpunkte, dass niemand einem seiner Grundstücke an einem anderen eine Grunddienstbarkeit einräumen könne, weil die Servitut begrifflich ein Recht an anderer Sache sei, und weil niemand einen Vertrag mit sich selbst schliessen könne. Nach § 873 BGB. sei zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte Einigung des Berechtigten und des anderen Teils, also ein Vertrag erforderlich, soweit nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibe. Für die Bestellung einer Grunddienstbarkeit fehle es aber an einer solchen Ausnahmebestimmung, und wo keiner der im Gesetz bestimmten Ausnahmefälle vorliege, sei zur Entstehung eines Rechts an einem Grundstücke Einigung, d. h. ein zweiseitiger Akt erforderlich. Eine Einigung setze aber begrifflich und nach dem wortdeutlichen Inhalt des § 873 BGB. das Zusammenwirken mindestens zweier Personen, (§ 873 spricht vom Berechtigten und dem anderen Teil) voraus, und aus § 181 BGB. ergebe sich zur Evidenz, dass niemand im eigenen Namen mit sich selbst ebenfalls im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft schliessen könne, falls dies nicht etwa im Gesetz ausnahmsweise gestattet sei. Aus dem

---

<sup>1)</sup> cf. Entscheidungen RG. Bd. 47, S. 202 ff, Bd. 13 S. 249 ff.

Wortlaut des § 1018 BGB. dagegen lasse sich nicht herleiten, dass der jeweilige Eigentümer des anderen Grundstücks mit dem des zu belastenden identisch sein könne. Aber wenn auch der Wortlaut des § 1018 wirklich noch einen Zweifel darüber aufkommen lasse, so gehe doch aus den folgenden Paragraphen deutlich hervor, dass für das durch die Grunddienstbarkeit begründete Verhältnis zwei Personen vorausgesetzt werden, dass demnach nach dem System des BGB. eine Grunddienstbarkeit nur an einem fremden Grundstück bestehen könne.

So sehen wir, dass auch die moderne Rechtsprechung nicht nur im Hinblick auf das angebliche Fehlen schutzwürdiger Interessen, sondern auch aus Gründen juristisch konstruktiver Natur die Möglichkeit des Instituts der Eigentümergrunddienstbarkeit verneint. Es wird nun in folgendem unsere Aufgabe sein, einerseits das praktische Bedürfnis für die Konstituierung eines derartigen Rechtsgebildes darzutun, andererseits aber die gegen seine rechtliche Konstruktion erhobenen Bedenken, insbesondere die allgemein verbreitete Auffassung, dass die im § 873 BGB. geforderte Einigung ein Vertrag sei, zu widerlegen.

---

## Die praktische Notwendigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit.

### a) Interpretation des § 1019 I. BGB.

Zur besseren Würdigung des Umstandes, dass ein erhebliches praktisches Bedürfnis für die Begründung der Eigentümergrunddienstbarkeit vorliegt, ist es von Wichtigkeit, den schon im römischen Rechte geltenden und im deutschen BGB. durch § 1019 I zur vollen Anerkennung gelangten Grundsatz: *servitus fundo utilis esse debet.*<sup>1)</sup> zu interpretieren. „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet“, so lautet der erste Satz des § 1019 BGB. Aus dem wortdeutlichen Inhalt dieser gesetzlichen Vorschrift ergibt sich, dass der Gesetzgeber wirtschaftlichen Bedrängnissen und Schädigungen vorbeugend nicht auf die individuellen Interessen des Berechtigten abgestellt, sondern dem gesunden Rechtsgefühl dadurch Rechnung

---

<sup>1)</sup> I. 5. D. 8, 5.

getragen hat, dass durch das Fundamentalerfordernis des Vorteils für das herrschende Grundstück dem durch die Grunddienstbarkeit gesicherten Bedürfnisse objektive Grenzen gezogen sind. Naturgemäss hat durch die Voraussetzung eines solchen Fundamentalerfordernisses die Privatautonomie eine wesentliche gesetzliche Schranke gefunden. So ist beispielsweise den Parteien die Möglichkeit entzogen, eine Grunddienstbarkeit zu bestellen, die nur der individuellen Neigung des einzelnen oder nur dem Bedürfnisse des einen oder anderen dient, ohne auch dem Nutzen seines Grundstücks zugute zu kommen oder „allgemein als ein Gut gewürdigt zu werden.“<sup>1)</sup> So kann sich keiner, wie Kohler<sup>2)</sup> scherzhaft bemerkt, ausbedingen, dass die Nachbarhäuser rosenrot angestrichen werden müssen. Es kann sich keiner eine Servitut des Inhalts bestellen lassen, auf dem angrenzenden Grund und Boden die Aepfel aufzulesen, oder dort spazieren zu gehen oder dort grosse Gastmähler abzuhalten. Dieser schon von den Römern in richtiger Erkenntnis gefundene Gedanke der Inhaltsbeschränkung von Grunddienstbarkeiten findet lebhaften Ausdruck in der Quellenstelle<sup>3)</sup> „Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.“ „Eine Servitut

---

<sup>1)</sup> Dernburg Pand. § 240.

<sup>2)</sup> Kohler a. a. O. Seite 160.

<sup>3)</sup> l. 8. pr. 8, 1.

dieser Art kann, wie Schönemann<sup>1)</sup> zutreffend bemerkt, nicht als Realservitut bestehen, da sie ersichtlich nicht zum Vorteil des Besitzes, sondern des Besitzers dient. Dient aber eine Servitut lediglich zum Vorteil der berechtigten Person und nicht des Grundstücks, so ist sie eben deshalb keine Realservitut.“ — Aus diesen Erwägungen geht deutlich hervor, dass es bei Begründung von Grunddienstbarkeiten nicht so sehr darauf ankommt, was der Person des jeweiligen Berechtigten durch Vermittlung seines Grundstücks zum Vorteil gereicht, als vielmehr darauf, was dem Grundstücke selbst objektiv Nutzen bringt. „Ein Grundstück darf, wie Kohler<sup>2)</sup> sagt, einem andern Grundstücke nur für Zwecke<sup>3)</sup> dieses Grundstücks dienstbar gemacht und nur für diese Zwecke belastet werden. Die Servitut muss eine Erstreckung der Funktion des Grundstücks enthalten“, sie muss „eine individuelle Rechtsqualität der Sache sein.“<sup>4)</sup>

In der Regel wird als der aus der Grunddienstbarkeit sich ergebende Vorteil ein pekuniärer Nutzen in Frage stehen. Es wird sich grundsätzlich darum handeln, die Ertragsfähigkeit des Grundstücks zu steigern. Doch ist ein solches materielles Interesse

---

<sup>1)</sup> Schönemann a. a. O. S. 106.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 161.

<sup>3)</sup> Aehnlich Hoffmann S. 32.

<sup>4)</sup> Kuhlenbeck Pand. S. 578.

nicht immer notwendig. Als ein Vorteil wird auch der Vorteil der Annehmlichkeit, der Bequemlichkeit, der Befriedigung ästhetischer Bedürfnisse angesehen, sofern es sich nur, wie oben erwähnt, um allgemein anerkannte und allgemein gewürdigte Güter handelt. Dies geht nicht nur aus der Fassung des BGB, das von einem Vorteil für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten spricht, hervor, sondern auch schon der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches bezeichnet die Grunddienstbarkeit als „eine Berechtigung<sup>1)</sup>, welche für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Annehmlichkeit zu gewähren geeignet ist“. Doch soll, wie gesagt, nicht der *amoenitas* eines einzelnen Besitzers, sondern der *amoenitas* des jeweiligen Besitzers Rechnung getragen werden. Wer aber überhaupt die Möglichkeit einer Servitut, deren Absicht auf Bequemlichkeit oder Annehmlichkeit geht, leugnet, scheint nicht zu bedenken, „dass auch die angenehmen Eigenschaften einer Sache, wie Luden<sup>2)</sup> zutreffend sagt, selten ohne allen Nutzen sind und dass es auch in der Tat schwer ist, einen allgemeinen und im Leben anwendbaren Unterschied zwischen dem Nützlichen, dem Bequemen und dem Angenehmen aufzufinden.“

- b) Der Nachweis eines praktischen Bedürfnisses für die Eigentümergrunddienstbarkeit an Beispielen des täglichen Lebens.

---

<sup>1)</sup> cf. Gierke, S. 357.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 23.

Und gerade die Kategorie von Dienstbarkeiten, deren Vorteil in der allgemein anerkannten Würdigung ästhetischer Interessen eine objektive Grundlage hat, ist wiederum auch ganz besonders in ökonomischer Beziehung von unschätzbarem Werte geworden. Im Zusammenhang hiermit hat diese Spezies von Dienstbarkeiten die Frage nach der Zulässigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit immer brennender werden lassen und ihre Existenz als ein immer mehr und mehr zwingendes, ja ich möchte sagen, als ein unentbehrliches Erfordernis für die Praxis aufgestellt. Den Nachweis hierfür werden wir unter Zuhilfenahme von Beispielen aus dem täglichen Leben mit leichter Mühe führen können.

Man denke nur an den Fall, dass eine Baugesellschaft nach Aufteilung grosser Bauterrains den Wert der einzelnen zum Verkauf ausgetobenen Teilgrundstücke unzweifelhaft bedeutend erhöhen würde, wenn sie diese mit Rücksicht auf eine freie villenartige Verwertung mit dementsprechenden Baubeschränkungen wechselseitig belastete. Abgesehen von einer nicht zu unterschätzenden Werterhöhung muss die Gesellschaft schon der klaren Uebersicht wegen ein Interesse daran haben, bereits vor der Veräusserung der einzelnen Parzellen ihre gegenseitige Belastung dinglich zu begründen. Diese Massnahme liesse sich mit Hilfe der Eigentümergrunddienstbarkeit zu ihrer vollen Zufriedenheit ohne grosse Mühe ausführen. Wie wenig

sicherstellend aber in ökonomischer Hinsicht der Weg der obligatorischen Verpflichtung wäre, lässt sich vielleicht an folgendem Beispiel illustrieren. Die Gesellschaft hat sich dem Käufer K. gegenüber vertraglich verpflichtet, einen bestimmten Bauplan, sei es zur Begründung eines Villenviertels, oder zur Anlage von Arbeiterquartieren, auch den nachfolgenden Käufern K<sub>1</sub>, K<sub>2</sub>, K<sub>3</sub>, gegenüber innezuhalten. Da gerät sie eines Tages in Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung, der Konkurs wird eröffnet, die noch verfügbaren Grundstücke werden im Wege der Zwangsversteigerung veräußert. Der Grundstücksersteher hält sich an die getroffene Vereinbarung nicht gebunden, sondern verwertet die erworbenen Grundstücke gerade in entgegengesetzter Richtung, vielleicht zu gewerblichen oder ähnlichen Zwecken. In diesem Falle dürfte wohl dem K. der ihm lediglich gegen die Gesellschaft zustehende obligatorische Anspruch nur ein schwaches Aequivalent für den erlittenen Schaden darbieten. „Verträge von bloss obligatorischer Verpflichtung würden, wie Hartmann mit Recht betont, hier ja doch den Zweck nur sehr mangelhaft sicherstellen“<sup>1)</sup>. Man könnte vielleicht hierbei an etwa diesfalls bestehende öffentliche Bauordnungen denken, die mit Rücksicht auf ein allgemein anerkanntes ästhetisches Interesse oder im Hinblick auf Hygiene und Volkswirtschaft einen bestimmten Gebäudecharakter

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 83.

für ein Viertel vorschreiben, und dann den Einwand erheben: derartige baupolizeiliche Bestimmungen haben ja eine gleiche verbindliche Wirkung, wie dingliche Belastungen. Allerdings muss man zugeben, dass solche öffentlich-rechtliche Normen einen allgemein verbindlichen Charakter tragen; sie zwingen die Grundeigentümer, bestimmte Baubedingungen innezuhalten. „Allein, diese Hülfe ist, wie Huber <sup>1)</sup> zutreffend bemerkt, deshalb nicht ganz zuverlässig, weil doch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften grade so, wie sie begründet worden sind, auch jederzeit durch öffentliches Recht abgeändert werden können“. Wie ist beispielsweise bei plötzlicher Gestattung freien Gewerbebetriebes der Eigentümer mehrerer benachbarter Grundstücke eines Villenviertels geschützt, der im Vertrauen auf bestehende öffentlichrechtliche Bauordnungen eines seiner Grundstücke veräussert hat und eines Tages gleichsam zum Hohn inmitten eines villenartigen Stadtviertels in unmittelbarer Nähe eine mehrstöckige Mietkaserne erstehen sieht? Würde sich nicht in solchen Fällen der praktische Nutzen einer Eigentümergrunddienstbarkeit in seiner ganzen grossen Bedeutung für unsere Rechtsordnung zeigen? In der Tat erhellt aus diesem Beispiel, wie es aus Zweckmässigkeitsgründen dringend geboten erscheint, den Grundeigentümern Mittel und Wege in die Hand zu geben, in geeigneten Fällen ihre einzelnen

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 27.

Grundstücke mit Hilfe der Eigentümergrunddienstbarkeit sich gegenseitig dienstbar zu machen. — Unter den zahlreichen Beispielen, welche sich zum Beweise dafür, eine wie unstreitig praktische Handhabe unser Institut dem Interessenten gewähren kann, anführen lassen, möchte ich einen von Huber <sup>1)</sup> angeführten und in der Praxis häufig vorkommenden Fall nicht unerwähnt lassen. „Ein Eigentümer sucht den Wert einer von ihm zum Verkaufe ausgetobenen Baustelle dadurch zu erhöhen, dass er auf seinem daneben liegenden zweiten Grundstück keine Bauten zu errichten verspricht. Will er das letztere Grundstück verpfänden, so muss ihm daran liegen, jene Verpflichtung nicht bis zum Verkauf des ersten Grundstücks zu verschieben, sondern sie jetzt, schon vor der Verpfändung, dinglich zu begründen.“ Es ist klar ersichtlich, dass auch für einen solchen Hergang die Eigentümergrunddienstbarkeit unzweifelhaft wertvoll wäre. In der Regel wird es sich empfehlen, die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit doppelseitig zu vollziehen. Denn ein solches Vorgehen ist nicht minder dazu angetan, eine Werterhöhung des Terrains herbeizuführen und die Kauflust der Interessenten zu steigern. Hat zum Beispiel A. auch seinerseits die gleiche dingliche Verpflichtung übernommen, so wird er für sein zum Verkaufe ausgetobenes Grundstück leichter einen Ab-

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 73.

nehmer finden, als ihm dies vielleicht im Wege einer einseitigen und nur zu seinen Gunsten erfolgten Belastung gelingen würde.

Aus all' diesen Betrachtungen geht klar hervor, wie wenig stichhaltig die Gründe sind, die der Eigentümergrunddienstbarkeit die praktische Notwendigkeit absprechen und der Aufrechterhaltung eines solchen Instituts jede Berechtigung versagen wollen. Jenes praktische Bedürfnis, das beispielsweise für die Zulassung der Eigentümergrundschuld bestimmend gewesen ist, müssen wir auch bei der Eigentümergrunddienstbarkeit in fast gleich hohem Masse anerkennen, sodass ihrer Entstehung vom Standpunkte der Billigkeit und Gerechtigkeit von der Rechtsordnung ein ebenso grosses Interesse entgegengebracht werden müsste, wie dies auf dem Gebiete des Pfandrechts bereits geschehen ist. Leider hat sich aber die Anschauung von dem oben dargelegten praktischen Bedürfnisse in Doktrin, Gesetzgebung und Rechtsprechung bis jetzt noch nicht mit Erfolg durchringen können, obwohl die Existenz fraglichen Instituts, wie das erwähnte Beispiel von der Baugesellschaft zeigt, der baulichen Entwicklung vieler moderner Städte unschätzbare Dienste leisten würde.

---

(Anm.) Auch für den Fall der rechtzeitigen dinglichen Sicherung von gewissen persönlichen Rechten, wäre das Institut der Eigentümerdienstbarkeit ein dienliches Hilfsmittel. Man denke an folgenden Fall: A. ist Eigentümer zweier Grundstücke. Er will an dem einen dem B. den Niessbrauch bestellen, sich aber vorher ein Wohnrecht dinglich sichern. Sehr praktisch liesse sich dies im Wege der Eigentümerdienstbarkeit ausführen. (cf. Huber S. 73.)

### § 3.

## Die rechtliche Konstruktion der Eigentümergrunddienstbarkeit.

- a) Wie verhält sich der Begriff des Rechtes an eigener Sache zum Eigentumsbegriff?

Ebensowenig lassen sich vom juristischen Standpunkte gegen die Konstruktion der Eigentümergrunddienstbarkeit Gründe von entscheidender Bedeutung anführen. Bei der Konstruktion ihrer rechtlichen Natur drängt sich uns zunächst die Frage auf, welche bei allen Rechten an eigener Sache eine Rolle spielt: Ist es logisch denkbar, dass der Eigentümer noch ein besonderes dingliches Recht an seiner eigenen Sache haben kann? Liegt nicht in der Auffassung einer solchen Erweiterung des Eigentumsbegriffs geradezu ein Widersinn? Zur Lösung dieses Problems ist es notwendig, von einer Eigentumsauffassung auszugehen, die das Verhältnis des Eigentumsbegriffs zum Begriffe des Rechts an eigener Sache logisch klärt und rechtfertigt.

Aus den römischen Quellen lässt sich eine Defini-

tion des Eigentumsbegriffs nicht entnehmen. Jedoch lassen die Sätze „nulli res sua servit“<sup>1)</sup> und „neque pignus rei suae consistere potest“<sup>2)</sup>, wenn die Römer mit absoluter Strenge an ihnen festgehalten hätten, auf eine Eigentumsauffassung schliessen, die sich mit der Konstruktion des Rechts an eigener Sache nicht vereinbaren liesse. Man denke nur beispielsweise an die Definition von Wirth<sup>3)</sup>, der die im Eigentum steckende Befugnis gleichsam als ein Stück der eignen Persönlichkeit, als ein verlängertes ego bezeichnet. Naturgemäss kann bei einer solchen Auffassung, die das Eigentum als etwas betrachtet, was mit der Rechtspersönlichkeit in unlösbarem Zusammenhange steht, von der Möglichkeit des Rechts an eigener Sache nicht die Rede sein; denn wie ist die Existenz eines solchen Rechts an einer Sache denkbar, die mit der Person des Eigentümers gleichsam organisch verbunden ist?<sup>4)</sup>

Allein schon die Römer haben eingesehen, dass ein dauerndes Beharren auf obigen Grundsätzen im Interesse der Verkehrssicherheit zu den wirtschaftlich bedenklichsten Konsequenzen geführt hätte, denn noch in demselben Buche des Paulus, in dem die Möglichkeit des Bestehens eines Rechtes an eigener Sache durch

---

1) l. 26 D. 8, 2.

2) l. 45 D. 50, 17.

3) a. a. O. S. 39.

4) Aehnlich auch die Ausführungen bei Huber S. 40.

den Rechtsgrundsatz „nulli res sua servit“ kategorisch verworfen wird, findet sich dessen Durchbrechung in den Worten: „Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur; itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi, et ego meorum partem tibi, tradidero, manebit servitus.“<sup>1)</sup> Diese Ausnahmebestimmung zeugt nicht nur von der schon von den Römern anerkannten Möglichkeit eines Rechts an eigener Sache, sondern führt uns auch mit Notwendigkeit zu einer Eigentumsauffassung, die sich mit dem Begriffe des Rechts an eigener Sache in eine logische Beziehung bringen lässt.

Man hat verschiedentlich versucht, sämtliche möglichen Befugnisse, die im Eigentum liegen, einzeln aufzuzählen. Durch die Spezialisierung seines Rechtsinhalts aber hat man dem Eigentum den Charakter eines begrifflich begrenzten Rechtes gegeben, obwohl, wie Bruck<sup>2)</sup> zutreffend bemerkt, das Eigentum dem Begriff nach ein „ius infinitum“ ist. „Eigentum hat keinen zu spezialisierenden Rechtsinhalt, seine Begrenzung ist eine physische.“<sup>3)</sup> Nicht als eine Summe sämtlicher nur möglichen Einzelbefugnisse stellt sich das Eigentum dar, es ist vielmehr eine Kette von rechtlichen Befugnissen, die sich nicht einzeln aufzählen lassen, sondern in ihrer Gesamtheit zu einem

---

<sup>1)</sup> I. 30 § 1 D. 8, 2.

<sup>2)</sup> Bruck Eigentümerhypothek S. 131.

<sup>3)</sup> Pagenstecher S. 4.

physisch begrenzten einheitlichen Ganzen verschmolzen sind, oder wie Endemann sagt<sup>1)</sup>, „Eigentum ist die zur Einheit verbundene Gesamtheit der rechtlichen Machtbefugnisse.“ Und diese physische Grenze des Eigentums ist keine andere, als die, welche ihm die Rechtsordnung gezogen hat. Mit Unrecht hat man an einer solchen gesetzlichen Eigentumsbeschränkung, einen der Natur des Eigentums widersprechenden und sein Wesen geradezu verletzenden Eingriff gefunden. Eine solche Vorstellung ist, wie Jhering sagt<sup>2)</sup>, eine grundirrig. Denn das Eigentum ist nicht zur ausschliesslichen und unumschränkten Betätigung des Berechtigten da, sondern auch der Staat, die Gesellschaft, haben an seiner Ausübung ein wohlberechtigtes Interesse. Aus Gründen der Zweckmässigkeit und Rechtswohlfahrt müssen dem Eigentümer Schranken auferlegt werden, und Schranken, die einen gesellschaftlich anerkannten Charakter an der Stirn tragen, sind nicht nur wertvoll, ja sogar eine gerechte Forderung unseres sozialen Lebens.<sup>3)</sup>

Innerhalb der physischen Grenze aber kann sich die Willensmacht des Eigentümers frei betätigen, ohne dadurch den Eigentumsmerkmalen irgend welchen Abbruch zu tun. Wie es dem Eigentümer aber möglich

---

1) a. a. O. S. 39.

2) Jhering „Zweck im Recht“ S. 519.

3) Aehnlich auch die Ausführungen bei Bruck Eigentümerhypothek S. 131 und Jherings Zweck im Recht S. 518 ff.

ist, ohne Zerstörung des Eigentumswesens aus der Fülle seiner Machtbefugnisse einzelne Stücke abzusondern, sie an einen Dritten abzugeben mit der Wirkung, dass die dem Dritten eingeräumte Befugnis sich als ein Recht von besserem Range seinem Eigentumsrechte gegenüber betätigen solle, so folgt umgekehrt daraus, dass der Eigentümer auch seinerseits imstande ist, für sich selbst unter gleichen Voraussetzungen und mit gleichen Wirkungen ein Recht an eigener Sache zu begründen und damit eine in dem Eigentum steckende Befugnis zu seinen Gunsten zu einem selbstständigen Bestandteil zu erheben. Ferner kann dasselbe schutzwürdige Interesse, das durch die Sonderbeschränkung des Eigentums zugunsten Dritter von der Rechtsordnung anerkannt ist, ebenso gut dann vorherrschen, wenn der Eigentümer sich ein Recht an eigener Sache begründen will. „Im Umfange dieses Rechtsschutzinteresses kann daher ein Recht an eigener Sache rechtlich anerkannt werden“ <sup>1)</sup>, und für seine Kundbarmachung bietet das System des modernen Grundbuchapparates ein dienliches Hilfsmittel. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt auch Huber <sup>2)</sup> bei seiner Erörterung des Eigentumsbegriffs unter dem Gesichtspunkte der qualitativen Bestimmung und drückt es prägnant durch folgende Worte aus: „Wenn der Eigentümer der Qualität nach

---

<sup>1)</sup> Endemann S. 40.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 45.

das absolute Recht an der Sache besitzt . . . . ., so besitzt er über diese die Herrschaft auch in dem Sinne, dass er aus ihr machen kann, was er will, und was nach der Rechtsordnung möglich ist. Daraus folgt, dass er auch ein Recht an eigener Sache zu bilden vermag. . . . . Was er mit der Ausscheidung einer Berechtigung erreicht, ist . . . . . die Schaffung eines eignen Wertes, den er entweder als jus in re aliena an einen Dritten abgibt, oder auch als Recht an eigener Sache für sich behalten kann.“

Die Untersuchung der Lehre vom Recht an eigener Sache hat auch bei Jhering<sup>1)</sup>, Bekker<sup>2)</sup> und Hartmann<sup>3)</sup> eine eingehende Würdigung gefunden. Eine nähere Darstellung der von ihnen aufgestellten Theorien würde weit über den Rahmen unserer Aufgabe hinausgehen; soviel steht jedoch fest, dass sie es verstanden haben, uns die Möglichkeit des Rechtes an eigener Sache logisch näher zu bringen und die Welt von einem Vorurteil zu befreien, das für die Lösung der wichtigsten sachenrechtlichen Probleme nur hinderlich sein musste.

Die soeben dargelegten Grundsätze von der logischen Möglichkeit eines Rechts an eigener Sache haben auch im geltenden Rechte Anerkennung gefunden und werden durch die Vorschrift des § 889 BGB.

---

<sup>1)</sup> Jhering Jahrb. Bd. 10 S. 87.

<sup>2)</sup> Bekker a. a. O. S. 11 ff.

<sup>3)</sup> Hartmann a. a. O. S. 69.

besonders klar präzisiert: „Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt.“

Könnte man nicht schon aus dieser auf alle begrenzten dinglichen Rechte ausgedehnten Gesetzesvorschrift umgekehrt die Möglichkeit der originären Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit folgern? Hierbei werden wir einem nicht unberechtigten Einwand begegnen: „Der § 889 BGB. setzt aber ein bereits gültig bestelltes und eingetragenes Recht voraus. Zur rechtsgültigen Entstehung eines Rechtes an einem Grundstück ist aber Einigung d. h. ein zweiseitiger Akt, ein Vertrag, erforderlich, ein Regelgrundsatz, der die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit ex professo nicht zulassen darf und gegen den deshalb § 839 BGB. mit Erfolg nicht angeführt werden kann.“ Dieser Einwand führt uns zur Erörterung der Frage über die rechtliche Natur der im § 873 BGB. geforderten Einigung, insbesondere zur Widerlegung der allgemein verbreiteten Auffassung, dass diese ein Vertrag sei.

- b) Die rechtliche Natur der im § 873 BGB. geforderten Einigung, insbesondere, welche Gründe sprechen gegen ihre Vertragsnatur?

Allenthalben ist in der Wissenschaft die Frage über die rechtliche Natur der im § 873 BGB. ge-

forderten Einigung in dem Sinne beantwortet worden, dass diese ein Vertrag sei, eine Auffassung, die, wie wir gesehen haben, auch von der modernen Rechtsprechung allgemeine Würdigung gefunden hat. Unter den vielen Autoren <sup>1)</sup>, die diese Ansicht vertreten, möchte ich besonders auf Biermann <sup>2)</sup> hinweisen, der auf die Protokolle <sup>3)</sup> für die zweite Kommission des Bürgl. Gesetzb. verweist, wo die Frage, ob die Einigung ein Vertrag ist, ausdrücklich erörtert, und dieser Standpunkt auch mit grosser Entschiedenheit verteidigt wird, ohne jedoch zu beachten, dass gerade die von der Mehrheit gegen die Aufnahme des Wortes Vertrag gemachten Bedenken überwogen und zur Ablehnung dieser Ausdrucksweise geführt haben, weil es „dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes jedenfalls nicht entspräche, das hier in Rede stehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu bezeichnen.“ <sup>4)</sup>

Vorsichtiger in seiner Beurteilung der Einigung ist Cosack <sup>5)</sup>, wenn er sagt, „dass das Gesetzbuch durch die Bezeichnung Einigung es künstlich zweifel-

---

<sup>1)</sup> Cosack S. 22; Cretschmar S. 282; Dernburg Bürgl. R. S. 132; Enneccerus-Lehmann S. 24; Maenner S. 14 Anm. 20; Matthias S. 22, Planck S. 19; Predari S. 133; Raeder S. 15; Scherer S. 37; Windscheid S. 271; Willenbücher S. 4; u. a. m.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 25.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 56—59.

<sup>4)</sup> Protokolle S. 59.

<sup>5)</sup> a. a. O. S. 22.

haft gelassen hat, ob es die für Verträge allgemein geltenden Vorschriften auch auf die Einigung angewendet wissen will.“

Es ist nun das gemeinsame Verdienst unserer neusten Schriftsteller die zugunsten der Vertragsnatur der Einigung geltend gemachten Argumente mit aller Entschiedenheit bestritten und u. E. überzeugend widerlegt zu haben. Davon ausgehend, dass die Einigung, rein äusserlich betrachtet, einem Verträge insofern gleichkommt, als sowohl hier und da die Abgabe von übereinstimmenden Willenserklärungen gefordert wird, und ebenso die Entstehungsgeschichte der Einigung viel für die Auffassung ihrer Vertragsnatur spricht, gelangen sie schliesslich, da gerade das Hauptkriterium des Vertrages, die Hervorbringung von selbständigen Rechtsfolgen, sich bei derselben nicht feststellen lasse, zu dem Ergebnis, dass sie kein Vertrag sei, dass demnach die allgemeinen Vorschriften über Verträge auf sie keine Anwendung finden können. Sie tun erstens überzeugend dar, dass die Einigung niemals Verpflichtungen, wie dies bei den gewöhnlichen Verträgen der Fall sei, erzeugen könne. „Was sie und zwar nur in Verbindung mit der Eintragung bewirkt, sagt Bruck<sup>1)</sup> treffend, ist die Entstehung und Verminderung von Sachenrechten, nicht die Entstehung von Verpflichtungen.“

---

<sup>1)</sup> Bruck „Die Einigkeit“ etc. S. 8.

Betrachten wir zunächst die Personen, welche bei der Einigung eine Rolle spielen, so werden wir sofort auf einen Unterschied zwischen ihr und den obligatorischen Verträgen hingewiesen. In der Regel werden sich bei der Einigung ebenso wie bei den obligatorischen Verträgen zwei Personen gegenüber stehen: Der Berechtigte und der andere Teil, mit dem der Eintritt der Rechtsänderung vereinbart wird. Während nun aber bei obligatorischen Verträgen ein unbeteiligter Dritter das von den Parteien vereinbarte Recht erwerben kann, trifft dies bei der Einigung nicht zu. Hier kann nur der, mit dem die Vereinbarung vollzogen wird, und nicht etwa nach Analogie eines Vertrages zugunsten Dritter ein anderer berechtigt werden, es sei denn, dass es sich um einen Rechtserwerb handelt, der sich im Wege eines vollgültigen Stellvertretungsgeschäftes vollzieht. Denn eine Einigung zugunsten Dritter „widerspräche dem materiellen Konsensprinzip, nach dem niemand durch eine Verfügung ohne seinen Willen berechtigt werden könne.“<sup>1)</sup>

Einen weiteren Unterschied zwischen Einigung und den meisten obligatorischen Verträgen findet Salomon<sup>2)</sup> in dem wirtschaftlichen Erfolge. Zu den Kriterien eines Vertrages gehöre, dass aus der früheren Ungebundenheit der Parteien eine Gebundenheit, eine Verpflichtung

---

<sup>1)</sup> Bruck „Die Einigung“ etc. S. 31.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 39.

zu einem Tun oder Unterlassen, entspringe; bei der Einigung dagegen treffe gerade das Gegenteil zu. An Stelle der vorherigen Gebundenheit der Parteien trete eine Befreiung derselben; die Bindung der Parteien an den einmal erklärten Willen solle durch Leistung einerseits, Annahme andererseits ihr natürliches Ende finden, woraus sich das Resultat ergebe, dass die Einigung ein Leistungsgeschäft<sup>1)</sup> sei, auf das die Vorschriften des allgemeinen Teils BGB. über Verträge folgeweise keine Anwendung finden. Merkwürdigerweise findet sich diese Auffassung auch bei Predari<sup>2)</sup>, der streng an der Vertragsnatur der Einigung festhaltend, doch das Zugeständnis machen muss, „dass sie ein eigenartiges Rechtsgebilde sei, gekennzeichnet dadurch, dass sie Leistungsgeschäft sei, also geschlossen werde, eine Verbindlichkeit zu erfüllen.“ Erkennt man aber an, dass die Einigung ein Leistungsgeschäft, ein Erfüllungsgeschäft ist, also geschlossen wird, „einen etwa bestehenden Anspruch zu vernichten“<sup>3)</sup>, so wäre es inkonsequent, anzunehmen, dass sie einen Anspruch erzeugen könne. Das ist mit den Prinzipien des geltenden Rechtes unvereinbar, und dem wird auch „durch den Platz der Einigung im Sachenrechte direkt widersprochen.“<sup>4)</sup>

---

1) Ebenso Meissner S. 40, Staudinger S. 30.

2) a. a. O. S. 110.

3) Ortlieb S. 32.

4) Ortlieb S. 28.

Ebensowenig wie obligatorische Rechtswirkungen hat die Einigung für sich, ohne Hinzutreten eines weiteren Tatbestandsmerkmals, dingliche Folgen. Bekanntlich genügt die blossе Einigung nicht, einen Eigentumsübergang oder den Erwerb von anderen Rechten an Grundstücken zustande zu bringen. Die dingliche Rechtsänderung gelangt vielmehr erst durch das Hinzutreten eines zweiten Momentes, nämlich durch die Eintragung, zur Entstehung. Daraus folgt, dass die Einigung als Bestandteil eines aus Einigung plus Eintragung zusammengesetzten Rechtsvorganges zu betrachten und als solcher aber nicht imstande ist, selbständige Rechtswirkungen zu äussern. Und darin zeigt sich eben der charakteristische Gegensatz zu einem gewöhnlichen Verträge, der selbständig, unabhängig von einem nachfolgenden Akte, zu einem rechtlichen Erfolg gelangt.

So finden wir bei einem Vergleiche der rechtlichen Wirkungen die prägnantesten Unterschiede zwischen Einigung und Vertrag.

Man könnte vielleicht eine selbständige Rechtswirkung der Einigung aus dem Wortlaut des § 873 Abs. 2 herleiten, wo davon gesprochen wird, dass „die Beteiligten an die Einigung gebunden sind, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet sind“. Die Fassung dieser Vorschrift könnte einen Zweifel darüber aufkommen lassen, aber bei näherer

Prüfung wird man finden, dass die Bindung der Parteien nicht von der Einigung als solcher, sondern von der Beobachtung einer bestimmten Form hervorgebracht wird. Die Einigung ist nicht der Entstehungsgrund, nicht die Bewirkerin der Bindung der Parteien; deren eigentliche Ursache ist vielmehr die notarielle oder gerichtliche Beurkundung der Erklärungen bzw. deren Einreichung beim Grundbuchamte etc. Denn dass man in dieser Weise die Einigung und die im § 873, 2 angegebenen Formalitäten von einander trennen darf, zeigt sich darin, dass diese besondere Form gar kein gesetzliches Erfordernis für das gültige Zustandekommen der Einigung ist, wie dies bisweilen bei obligatorischen Verträgen der Fall ist. Die Einigung ist auch dann gültig, wenn sie nicht in der Form des § 873<sub>2</sub> vorgenommen wird.

Wir sehen also, dass die Einigung, für sich betrachtet, weder obligatorisch noch dingliche Wirkungen hat, und dahin hat sich auch Eccius<sup>1)</sup> wiederholt ausgesprochen, „dass die blosse Einigung ein rechtlich unerheblicher, erst bei hinzukommender Eintragung mit dieser zusammen zur Bedeutung gelangender Akt sei.“ Infolgedessen ist auch Bruck<sup>2)</sup> u. E. durchaus beizupflichten, wenn er ausdrücklich betont, „dass auf Grund der Einigung keine Feststellungsklage gegeben

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 54, ferner S. 53, 65.

<sup>2)</sup> Einigung etc. S. 10.

sei, da ein Rechtsverhältnis rechtlich wirksame Beziehungen voraussetze, die Einigung aber niemals selbständige Wirkungen habe,“ andererseits auch eine Leistungsklage in Abrede stellt, da ja eine Verpflichtung zur Leistung, zur Erfüllung eines Anspruchs aus der Einigung an sich nicht entspringen könne. Feststellungsklagen und Leistungsklagen sind aber, wie Ortlieb<sup>1)</sup> zutreffend bemerkt, die einzigen Klagen, die wir auf dem Gebiete des Vermögensrechts haben.

Wir kommen mithin zu dem Ergebnis, dass eine Klage aus der Einigung an sich, sowohl aus der formlosen wie der formalisierten, nicht möglich ist; geklagt werden kann nur auf Grund des der Einigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, eines streng von der Einigung zu scheidenden Kausalgeschäftes, bei dessen etwaiger Nichtigkeit jede Möglichkeit auf Realisierung des vereinbarten Rechts abgeschnitten wird. Eine Klage auf Grund der Einigung als solcher ist nicht möglich und muss als unbegründet abgewiesen werden. Entgegengesetzter Ansicht ist Endemann<sup>2)</sup>, der hart an der Vertragsnatur der Einigung festhaltend, von einer ihr entspringenden rechtlichen Verpflichtung zur Vornahme der vereinbarten Rechtsänderung spricht und folgeweise der Einigung die Wirkung der Klagbarkeit verleiht, eine Auffassung, die

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 33.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 87 ff.

wir nach den dargelegten Ausführungen nicht gut-heissen können.

Vielleicht liesse sich noch zur Würdigung unserer Erwägungen die abstrakte Natur der Einigung als eine den obligatorischen Verträgen grundsätzlich nicht anhaftende Eigenart anführen. Die obligatorischen Verträge sind bis auf wenige Ausnahmen an eine causa, an einen civilen Rechtsgrund gebunden, d. h. sie sind abhängig von dem ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse; dagegen gehört die causa anerkanntermassen nicht zum Inhalte der Einigung. Am deutlichsten zeigt sich ihre abstrakte Natur im Wortlaut des § 879, 2 BGB.: „Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann massgebend, wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist.“ Ist aber die abstrakte Natur eines Rechtsvorganges ausdrücklich in den Bestimmungen des geltenden Rechts ausgesprochen, so kann sie auch durch Privatautonomie nicht beeinträchtigt werden. Deshalb werden wir den Ausführungen Brucks<sup>1)</sup>, dass die Einigung in dem Falle, wo die Parteien diese in einer Bedingung oder Befristung von dem Rechtsgrunde abhängig machen wollen, kausal wird, nicht zustimmen können. Die Einigung „ist abstrakt und bleibt es auch, wenn die Parteien in einer Bedingung ihre Gültigkeit von der causa abhängig

---

<sup>1)</sup> Bruck „Einigung“ etc. S. 22.

machen“<sup>1)</sup>), und diese ihre abstrakte Natur begrenzt sie im Gegensatz zu den obligatorischen Verträgen, wo das Prinzip der Vertragsfreiheit gilt, in ihrem Inhalte, in ihrem Wirkungskreise.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, einige Vorschriften des allgemeinen Teils BGB. über Verträge heranzuziehen, zum sprechenden Beweise dafür, wie wenig die Anhänger der Vertragsauffassung, mit dieser Konstruktion der rechtlichen Natur der Einigung gerecht werden. Vergegenwärtigen wir uns einmal die Vorschrift des § 145 BGB. „Wer einem anderen die Schliessung eines Vertrages anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.“ Kann man nun nach Analogie dieser Bestimmung von der bindenden Kraft einer Einigungsofferte reden? Wir haben oben ausführlich zu beweisen versucht, dass die Einigung nicht mit der Fähigkeit ausgestattet ist, irgend welche Rechtsfolgen hervorzubringen. Um wieviel weniger werden wir demnach einer Einigungsofferte die Fakultas des Gebundenseins zusprechen können? Es wäre ein Nonsens, von der bindenden Kraft einer Einigungsofferte zu reden, wenn man der wirklich zustande gekommenen Einigung selbst diese Fähigkeit aberkennt. Auch Eccius<sup>2)</sup>), der aus dem Wortlaut des § 873, 2, wo das Gesetz nicht von einer beiderseitigen

---

<sup>1)</sup> Ortlieb S. 48.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 57.

Einigung, sondern von den Erklärungen über die Einigung spricht, eine einseitige Gebundenheit an die Einigung konstruiert, betont ausdrücklich, dass diese Gebundenheit nicht mit der des § 145 identisch sei: „Denn es handle sich ja nicht um eine erst zustandezubringende Einigung, sondern um eine Gebundenheit an die erreichte Einigung; es handle sich nicht um eine Erklärung, deren bindende Kraft erlischt, wenn nicht rechtzeitig die entsprechende Annahmeerklärung erfolgt, sondern um eine Bindung, die als schlechthin fortdauernd vom Gesetz anerkannt wird.“ Ebenso wenig lässt sich die Vorschrift des § 151 BGB., worauf Bruck mit Recht aufmerksam macht, auf die Einigung anwenden. Wenn der Gesetzgeber sagt: „Ein Vertrag kommt durch die Annahme des Antrages zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist“, so liege auf der Hand, dass bei so schwerwiegenden Akten, wie Rechtsveränderungen an Grundstücken die Verkehrssitte eine stillschweigende Annahme niemals gutheissen würde. Denn die stillschweigende Annahme setze eine Willensbetätigung durch Handlungen voraus; welche Handlungen könnten wohl beim Vorliegen einer Einigungs-offerte ein genügend klares Bild von ihrer Annahme bzw. Ablehnung geben? <sup>1)</sup> In der Tat dürfte es schwer halten, in einem solchen Falle ein Verhalten zu konstruieren, das

<sup>1)</sup> Bruck „Einigung etc.“ S. 73.

auf den Willen, den Antrag anzunehmen oder abzulehnen, in evidenter Weise schliessen liesse. Die Argumentation Brucks ist wieder ein neuer Beleg für die von uns vertretene Auffassung der rechtlichen Natur der Einigung.

So ist klar ersichtlich, dass die allgemeinen Vorschriften über Verträge in keiner Weise auf die Einigung Anwendung finden können, ein Ergebnis, das noch die letzten Bedenken über die rechtliche Natur der Einigung vollkommen ad absurdum führen und mit zwingender Konsequenz uns zu der Auffassung bekehren muss: Die Einigung ist kein Vertrag.

### c) Resultat.

Eine Zusammenfassung unserer Betrachtungen über die juristische Konstruktion der Einigung ergibt das Resultat, dass diese nur in dem Punkte der Willensübereinstimmung ein dem Vertrag gemeinsames Moment aufzuweisen hat; alle anderen, gerade die Natur des Vertrages charakterisierenden Voraussetzungen, vor allem die Wirkungsfähigkeit, fehlen ihr, ein Umstand, der ihr ohne weiteres die Fähigkeit, dem Vertragsbegriffe subsummiert zu werden, aberkennen muss. Einigung ist ein eigenartiges, von Doktrin und Gesetzgebung noch nicht genügend aufgeklärtes Rechtsgebilde und bedeutet, worauf auch Cohen<sup>1)</sup> ausdrücklich hinweist, weiter nichts als einig sein, d. h. einverstanden sein mit

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 23.

irgend einem Rechtsvorgange. Was steht dem nun logischerweise entgegen, dass ich mit mir selbst einig sein, im Einverständnis mit mir selbst handeln kann? Einen Vertrag mit mir selbst zu schliessen, ist mir nach den Prinzipien des Gesetzes grundsätzlich versagt; aber die Einigung ist ja eben, wie wir zur Genüge nachzuweisen versucht haben, gar kein Vertrag! Deshalb ist u. E. durch nichts bewiesen, dass der im § 873 erwähnte „Berechtigte und der andere Teil“ nicht identisch sein dürfen, ein Resultat, zu dem wir auf Grund obiger Auslegung des Einigungsbegriffes ohne Bedenken gelangen<sup>1)</sup> können. Damit ist aber die rechtliche Konstruktion der Eigentümergrunddienstbarkeit gegeben und die Zulässigkeit ihrer Konstituierung geschaffen.

---

<sup>1)</sup> cf. die ähnlichen Ausführungen bei Cohen, a. a. O. S. 23.

## § 4.

### De lege ferenda.

Diese unsere Ansicht von der Möglichkeit eines solchen „einseitigen Stiftungsaktes“<sup>1)</sup>, ist ja aber auch gar keine neue Erfindung. Sie hat ja bereits im Gesetz eine feste Stütze gefunden. Wir brauchen ja nur an den § 1009 BGB. zu erinnern, wo die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit beim Miteigentumsverhältnis geradezu gestattet ist<sup>2)</sup>, ferner brauchen wir nur an die Eigentümergrundschuld § 1196 BGB. zu denken; es genügt des weiteren z. B. zur Begründung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte<sup>3)</sup>, alles

<sup>1)</sup> cf. Motive 3, S. 480.

<sup>2)</sup> „Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden.“

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zu gunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks, sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zu gunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.

<sup>3)</sup> BGB. § 1188.

Rechtsakte, zu deren Entstehung, wie bei allen Rechtsveränderungen an Grundstücken, im Grunde genommen, ja auch eine Einigung erforderlich ist. Was den Gesetzgeber zur Festsetzung derartiger Ausnahmebestimmungen veranlasst hat, ist weiter nichts als das schutzwürdige Interesse. Dass aber ein solches für die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit in hohem Masse vorhanden ist, haben wir oben ausführlich zu begründen versucht. Es wäre daher jedenfalls auch, wenn man sich der von uns vertretenen Ansicht, dass sich aus der Vorschrift des § 873 BGB. die Zulässigkeit einer Eigentümergrunddienstbarkeit ergibt, nicht anschliessen will, im Interesse der Verkehrssicherheit wünschenswert, ebenso wie man es auf pfandrechlichem Gebiete getan hat, auch für die Eigentümergrunddienstbarkeit gesetzliche Sonderbestimmungen zu schaffen. Wir möchten aber noch einmal darauf hinweisen, dass u. E. eine solche Sonderbestimmung garnicht erforderlich ist, da das Gesetz die originäre Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit zulässt.

Zum Schluss möchten wir noch auf die Vorschrift des § 1018 BGB. verweisen. Aus seinem Wortlaut geht nicht unzweifelhaft hervor, dass der jeweilige Eigentümer des anderen Grundstücks mit dem des zu belastenden nicht identisch sein darf. Wenn auch das Reichsgericht<sup>1)</sup> durch den Hinweis auf die dem § 1018 folgenden Be-

<sup>1)</sup> Entsch. RG. Bd. 47, S. 202 ff.

stimmungen, wo von einem „Berechtigten“ und einem „Eigentümer“ des belasteten Grundstücks die Rede ist, die Möglichkeit einer solchen Identität unbedingt in Abrede stellt, so möchten wir einer solchen Beweisführung entgegenhalten, dass sich aus Vorschriften, die für den Regelfall gegeben sind, nicht ohne weiteres ein solcher Rückschluss auf die allgemeine Begriffsbestimmung, auf die *lex generalis* des § 1018, herleiten lässt. Immerhin wird man sagen müssen, und das gibt auch das Reichsgericht zu, dass der Gesetzgeber im § 1018 diese Frage zum mindesten zweifelhaft gelassen hat. Auch Biermann<sup>1)</sup> ist der Ansicht, dass die Bestellung einer Grunddienstbarkeit durch den Umstand, dass sich beide Grundstücke in einer Hand befinden, nicht gehindert werde. Seine Begründung jedoch, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks gleichsam als Vertreter desselben aufzufassen sei, ist nicht zutreffend. Denn gegen eine solche Argumentation muss der § 181 BGB. angeführt werden, wonach die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit sich selbst grundsätzlich nicht gestattet ist.

Ueberblicken wir noch einmal unsere Ausführungen, so kommen wir zu dem Resultat: „Es erweisen nicht nur die gegen die praktische Notwendigkeit einer Eigentümergrunddienstbarkeit erhobenen Bedenken als hinfällig, sondern auch vom juristischen

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 133, cf. ferner oben S. 22.

Standpunkte können gegen ihre Begründung Momente von erheblichem Gewichte nicht geltend gemacht werden. Die Konstituierung einer solchen Grunddienstbarkeit ist also rechtlich statthaft, und es wäre zu wünschen, dass der von uns vertretene Standpunkt auch in Doktrin, Gesetzgebung und Rechtsprechung Anerkennung fände.



## Lebenslauf.

---

Ich, Erich Hirschberg, wurde am 5. Januar 1883 als Sohn des früheren Rittergutsbesitzers, jetzigen Fabrikbesitzers Hermann Hirschberg auf dem Rittergut Rogowko (Prov. Posen) geboren. Von Ostern 1892 bis Michaelis 1899 besuchte ich das Königliche Gymnasium in Gnesen und vollendete, nachdem mein Vater nach Veräusserung seines Gutes nach Berlin übergesiedelt war, meine Gymnasialaufbahn auf dem dortigen Sophiengymnasium, wo ich Ostern 1903 das Zeugnis der Reife erhielt. Die beiden ersten Semester studierte ich in Berlin, das dritte in München, die letzten drei Semester wiederum in Berlin. Am 12. November 1906 bestand ich am Königlichen Kammergericht in Berlin die erste juristische Prüfung und bin seit dem 5. Februar 1907 am Königlichen Amtsgericht in Strelno, im Bezirke des Oberlandesgerichts Posen, als Referendar tätig. Am 25. Juni 1907 legte ich die mündliche Doktorprüfung vor der hohen juristischen Fakultät der Universität Heidelberg ab.

---