

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Die Eigentümerdienstbarkeit

Huber, Eugen

Bern, 1902

Festschrift

dem Geheimen Justizrat

Herrn Professor Dr Hermann Fitting

zur

Feier des fünfzigjährigen Doktorjubiläums

am 27. Oktober 1902

dargebracht von der

juristischen Fakultät der Universität Bern

Die Eigentümerdienstbarkeit

Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung

von

Eugen Huber

Bern

Buchdruckerei Stämpfli & Cie.

1902.

UB INNSBRUCK



+C180470609



19/8910. Schwich = 1 M. 60.

24/8910

Hochzuverehrender Herr Jubilar!

Es gereicht dem Verfasser zu besonderer Ehre und Freude, dass die Fakultät, der er angehört, beschlossen hat, Ihnen die vorliegende Abhandlung zu Ihrer Jubiläumsfeier als Festschrift darzubringen.

Die Fakultät begleitet diese Widmung mit dem Ausdrucke hoher und dankbarer Anerkennung für Ihre so reichen und vielseitigen wissenschaftlichen Verdienste. Der Verfasser aber darf wohl persönlich ein Wort auch des Dankes anfügen für das freundschaftliche Interesse, das Sie an seinen Vorarbeiten zum Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches genommen haben. Es lässt ihn dieses hoffen, dass Ihnen die Festgabe jedenfalls nach ihrem Gegenstand nicht unwillkommen sein werde.

In wärmster Dankbarkeit erinnert sich der Unterzeichnete ferner bei Ihrer Jubelfeier der herzlichen Beziehungen, deren er sich zur Zeit, da er mit Ihnen an der gleichen Fakultät tätig war, und seither erfreuen durfte.

Er begleitet die kleine Schrift mit dem aufrichtigsten Wunsche, dass Ihnen noch reiche Jahre rüstiger Musse im Kreis der Ihrigen, der Freunde und der Verehrer zum Gewinn für die uns allen am Herzen liegende Wissenschaft beschieden sein mögen!

Bern, im Oktober 1902.

Der Verfasser.

Die Eigentümerdienstbarkeit.

Ein Beitrag zu ihrer Rechtfertigung.

Unter den sachenrechtlichen Problemen, die sowohl die Doktrin als die Gesetzgebung und Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten in hervorragender Weise beschäftigt haben, steht nicht in letzter Linie die Frage nach der Möglichkeit und Rätlichkeit der Anerkennung von Rechten an eigener Sache. Ihre Beantwortung erfolgte in der Regel, d. h. soweit sie nicht in einer einfachen Ablehnung des Instituts bestanden hat, nicht grundsätzlich und allgemein, sondern für die einzelnen Kategorien der *iura in re* im besonderen. Eine generelle Behandlung hat die Frage, abgesehen von den allgemeinen Bemerkungen, die sich in einer Reihe von sachenrechtlichen Kompendien befinden ¹⁾, namentlich in Abhandlungen von v. Jhering, G. Hartmann und Bekker erfahren ²⁾.

¹⁾ Vergl. z. B. Windscheid, Pandektenrecht (8. Aufl.), I, S. 144, Brinz, Pandekten (2. Aufl.), I, S. 756 ff. Savigny, System, S. 369, Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. (4. Aufl.), II, 2, S. 35 ff.

²⁾ v. Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik etc., X, S. 387 ff., Passive Wirkungen der Rechte, insbesondere S. 396, 444 f., 447 ff., 475, 490 ff., 579 f., G. Hartmann, Jahrbücher etc., XVII, S. 69 ff., Rechte an eigener Sache, Untersuchungen zur Lehre vom Eigentumsrecht, Bekker, Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft, II, S. 11 ff., Allerlei von den dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigener Sache.

Die Rechte an eigener Sache haben ihren Namen von den *iura in re* oder *re aliena*, indem bei ihnen statt eines *alienus* der Berechtigte selbst Eigentümer der mit dem *ius* belasteten Sache ist. Soweit es *iura in re aliena* gibt, kann also auch die Frage nach der Möglichkeit eines Rechtes an der eigenen Sache aufgeworfen werden. Nach den tatsächlichen Bedürfnissen ist dabei jedoch namentlich an das Pfandrecht und an die Grunddienstbarkeit zu denken. Erscheint bei diesen beiden das gleiche Rechtssubjekt sowohl als Berechtigter, wie als Eigentümer des Pfandgegenstandes oder der dienenden Sache, so liegt ein Eigentümerpfandrecht oder eine Eigentümerdienstbarkeit vor. In der Wissenschaft und Rechtspflege ist dem erstern von jeher eine weit grössere Aufmerksamkeit zugewendet worden als der letztern. Ja wir finden den allgemeinen Begriff des Rechts an eigener Sache häufig einzig und allein an der Eigentümerhypothek näher geprüft und entwickelt, während die Eigentümerdienstbarkeit manchen Orten kaum nebenbei miterwähnt wird. Allein auch sie verdient die nähere Beachtung sowohl seitens der Doktrin als der Gesetzgebung. Mehr als die Eigentümerhypothek hat sie heute noch mit der Ungunst legislativpolitischer und doktriner Anschauungen zu kämpfen. Doch hat die intensivere Pflege, die in neuester Zeit der Eigentümerhypothek zu teil geworden ist, allerdings auch unserem Institut die Bahn geebnet, indem die Herausbildung der Mittel, mit denen die Eigentümerhypothek sich ihre Daseinsberechtigung erstritten hat, sicherlich dem Rechte an der eigenen Sache im allgemeinen und dann auch im besondern der Eigentümerdienstbarkeit zu gute

kommen musste. Allein es wäre doch nicht zutreffend, anzunehmen, dass mit der Begründung der Eigentümerhypothek auch die Eigentümerdienstbarkeit fundiert sei. Wohl gehören beide Institute zusammen in die gleiche wissenschaftliche Kategorie, und eine eindringlichere Nachforschung wird uns auch zu dem Ergebnis führen, dass sie beide von den gleichen Grundgedanken aus sowohl ihre Rechtfertigung als ihre Ausbildung zu erfahren hatten. Nichtsdestoweniger liegen zwischen den beiden mancherlei Differenzen in der Gestalt und Wirkung vor, so dass es ganz wohl erklärlich ist, dass sie bisher in Doktrin und Gesetzgebung verschiedene Wege gegangen sind.

Man bestreitet vor allem häufig, auch wo man die Eigentümerhypothek anerkannt hat, dass für die Aufnahme der Eigentümerdienstbarkeit ein irgendwie erheblicheres praktisches Bedürfnis vorliege, oder man findet auch, dass, wo noch ein solches Bedürfnis angenommen werden möchte, die vorliegenden Interessen sich auf eine andere, ansprechendere Weise Geltung zu verschaffen im stande seien. Von dieser Auffassung wird in grösserem Umfange nicht nur die Wissenschaft des überlieferten Rechts beherrscht, sondern sie hat auch noch in neuester Zeit bestimmend auf die Gesetzgebung eingewirkt. Zur Bekämpfung und Ablehnung der Eigentümerdienstbarkeit erachtet man sich im weitem auch deshalb für berechtigt, weil sie mit bestimmten und notwendig gegebenen Grundanschauungen der Jurisprudenz in Widerspruch stehe, denen gegenüber Anomalien oder Ausnahmen doch nur da zugestanden werden dürften, wo solche sich als unumgänglich notwendig

erweisen, und gerade diese Notwendigkeit sei nach den tatsächlich gegebenen Bedürfnissen für die Dienstbarkeit nicht anzuerkennen. Es liege also, so sagt man, kein Grund vor, das harmonische System einer in sich geschlossenen Rechtsauffassung und Begriffsherrschaft zu gunsten der Eigentümerdienstbarkeit zu durchbrechen³⁾.

Unsere Ausführungen beabsichtigen, im folgenden darzulegen, dass diese Opposition gegen die Eigentümer-

³⁾ Vgl. für das französische Recht Aubry und Rau, *Cours de droit civil français* (4. Aufl.), III, S. 63, für das moderne Recht überhaupt Stobbe, *deutsches Privatrecht*, Bd. II, 2 (3. Aufl. von Lehmann), S 2 ff., insbesondere Anmerkung 4. Sodann Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, III, S. 480: «Der Begründung einer Grunddienstbarkeit zu gunsten eines eigenen Grundstückes 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 praktisches Bedürfnis nicht erfordert. Ein solches liegt auch in dem Falle nicht vor, wenn der Eigentümer einer von ihm später zu bestellenden Grunddienstbarkeit den Vorrang vor einer vorher zu bestellenden Hypothek wahren will, da der verfolgte Zweck durch die Art und Weise der Hypothekbestellung sich erreichen lässt.» In der amtlichen Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf (als Manuskript gedruckt) findet sich über die Frage gar nichts angemerkt, während bei der zweiten Lesung des Entwurfes die Berücksichtigung der Eigentümerdienstbarkeit befürwortet worden ist, vgl. Protokolle (amtliche Ausgabe), Bd. III, S. 291, 295 f. Über die beschränkte Anerkennung der Eigentümerdienstbarkeit im B. G. B., vgl. z. B. Ausgabe des B. G. B. von Haidlen, Bd. II, S. 78. Endemann, *Lehrbuch des B. G. B.* (4. Aufl.), II, 1, S. 35 f. u. 38, und ferner im allgemeinen Hartmann a. a. O., S. 38 f., 97 f.

dienstbarkeit nach den beiden unterschiedenen Richtungen einer eingehenderen Würdigung der Sache nicht stand zu halten vermag. In der Darlegung dieser unserer Auffassung aber werden wir uns erstens mit der Frage befassen, welche Bedürfnisse der Eigentümerdienstbarkeit das Wort sprechen. Zweitens haben wir ihre Stellung im System und ihr Verhältnis zum Eigentumsbegriff zu untersuchen, und drittens reihen wir hieran eine Darstellung des Standes der Eigentümerdienstbarkeit im positiven Recht, so wie sie für bestimmte Fälle in der Gesetzgebung oder Praxis in typischer Ausgestaltung zur Anerkennung gelangt ist.

I.

Es ist in der neueren Zeit bei der baulichen Entwicklung der modernen Städte und der regen Unternehmungslust in der Anlage namentlich von Arbeitervierteln und Villenquartieren vielfach vorgekommen, dass die Durchführung der Pläne auf Schwierigkeiten gestossen ist, die von empfindlicher Schädigung, sei es der Unternehmung oder der einzelnen Beteiligten, begleitet waren, während sich die Sache zur Befriedigung aller Interessenten erledigen liess, sobald die Eigentümerdienstbarkeit in Anwendung gebracht werden konnte.

Zur Illustrierung dieser Vorkommnisse vergegenwärtigen wir uns den Hergang, wie er uns in den Grundzügen bei der grossen Mehrzahl solcher Unternehmungen entgegentritt.

Ein Grossgrundbesitzer, eine Gesellschaft, Korporation, Gemeinde wünscht ein grösseres Gebiet in der Weise zu verwerten, dass sie die ihr eigentümlich zugehörige Grundfläche zur Bebauung parzelliert und die einzelnen Stücke an Käufer abgibt. Bei der Überbauung der Fläche und der Anlage des ganzen Quartiers soll aber ein gewisser Plan zur Durchführung gelangen, der nicht nur in der Anlage der Strassen, Kloaken, Wasserleitungen, öffentlichen Plätze u. s. w. den allgemeinen Interessen gebührend Rechnung trägt, sondern auch den einzelnen Grundstücken einen bestimmten Charakter sichert. Dieses letztere Moment hat denn auch in der Regel für die Kauflustigen eine ganz besondere Bedeutung, indem ihnen vermöge der planmässigen Durchführung der Bebauung und der wechselseitigen Auflage von Beschränkungen und Berechtigungen dafür Garantie dargeboten werden soll, dass ihr Grundstück gewisse Eigenschaften erhalte, die für sie persönlich und ökonomisch von Bedeutung sind.

Die Unternehmung kann hierbei in verschiedener Weise vorgehen. Sie baut in den einen, selteneren Fällen die Häuser selbst und sucht für diese unter bestimmten Zusicherungen und Auflagen Abnehmer zu finden. Oder sie bietet die unüberbauten Parzellen unter Ausgabe anlockender Prospekte zum Verkaufe an, trifft aber zugleich die wünschenswerten Massregeln, die eine Bebauung nach gewissen allgemeinen Vorschriften sicherstellen sollen. In beiden Fällen wird die Unternehmung regelmässig eine Art von Reglement aufstellen, das für die Parzellierung und Überbauung des weiten Feldes die nötigen einheitlichen Vorschriften enthält. Nach diesem

Reglement werden die Grundstücke verkauft und bebaut, der Reihe nach, sowie sich Abnehmer der einzelnen Parzellen oder Häuser der Unternehmung darbieten. Dabei werden jedoch wiederum zwei verschiedene Wege beschritten: Nach dem einen erhalten diese allgemeinen Rechte und Pflichten die Gestalt von Grunddienstbarkeiten, bei denen das Land des Käufers und das des Verkäufers sich als *praedium dominans* und *serviens* gegenüberstehen, wie das beispielsweise häufig in bezug der Abgrenzung des Grundstückes gegen die öffentlichen Wege, sowie betreffend die Höhe der Bauten und den Ausschluss störenden Gewerbebetriebes der Fall ist. Der andere Weg besteht einfach darin, dass Käufer und Verkäufer auf das Reglement verpflichtet werden. Sobald nun diese Verpflichtung nach den Bestimmungen über die formale Herstellung dinglicher Belastungen zur Begründung von Dienstbarkeiten, wie das meistens der Fall ist, nicht ausreicht, so stellt sie sich nur als ein obligatorisches Band dar, das die Unternehmung und ihre Käufer persönlich zur Einhaltung ihrer Vorschriften anhalten soll, die für die Überbauung der Parzellen aufgestellt sind.

Hiernach reihen sich also die Verkäufe in der Weise aneinander, dass sie alle auf der gleichen Basis erfolgen und einerseits von der Begründung wirklicher Dienstbarkeiten zu lasten oder seltener auch zu gunsten der verkauften Parzellen, anderseits aber von der Eingehung persönlicher Verpflichtungen zwischen der Unternehmung und den Käufern nach Massgabe des Reglementes begleitet sind, bis schliesslich das gesamte

Land verkauft ist und die Unternehmung liquidiert werden kann⁴⁾).

Frägt man sich, inwieweit mit einem solchen Vor-

⁴⁾ Als Beispiele für diesen Hergang seien aus der baulichen Entwicklung schweizerischer Städte folgende Fälle angeführt:

Die Berne-Land-Company Limited, die das Kirchen- und Lindenfeld zum Zweck der Erstellung eines Villenquartiers und des Verkaufs von Bauplätzen erworben hat, 13. September 1881. Die Gesellschaft hat ein am 25. August 1881 vom Regierungsrat sanktioniertes Reglement aufgestellt, das nach einer kurzen Beschreibung des Bauterrains, nach Art eines Prospektes, vier Abschnitte enthält: 1. Auszüge aus dem Kaufvertrag der Gesellschaft betreffend die gegenüber den Verkäufern übernommenen Verpflichtungen, bezüglich Erstellung von Strassen, Plätzen, Promenaden u. s. w. 2. Angaben über die Durchführung des Strassennetzes in Ausführung dieser Verpflichtung. 3. Bauliche Servituten, mit denen das Land der Gesellschaft dinglich belastet wird und die in Baubeschränkungen längs gewisser Strassenzüge, im Verbot von Fabrikanlagen u. a. m. besteht. 4. Besondere Bestimmungen für die zu erstellenden Quartiere, die mit Rücksicht auf Hygiene und gegenseitige Sicherstellung der Grundeigentümer aufgestellt sind und das Alignement längs den Strassen, die Einzäunung, die Erstellung und Reinhaltung der Trottoirs, die Grösse, Höhe, Eindeckung der Bauten und deren Distanz von der Nachbargrenze, die Gas-, Wasser- und Kloakenanlagen und das Verbot störender Einrichtungen betreffen. Der Verkauf der Parzellen erfolgte dabei regelmässig in der Weise, dass der Käufer sich verpflichtet hat, für sich und seine Nachbesitzer diese Bedingungen des Reglementes genau zu befolgen, ohne dass diese Verpflichtung die Gestalt einer dinglichen Belastung erhalten hätte, während andere Verpflichtungen, wie beispielsweise das Verbot der Errichtung einer Wirtschaft oder des Betriebes eines die Nachbarschaft durch Lärm oder Geruch belästigenden Gewerbes in den meisten Fällen als dingliche Last auf die verkauften Parzellen gelegt worden sind.

Die Unternehmung betreffend das Villenquartier «Belle-rive» in Riesbach bei Zürich. Das Baureglement dieser Unternehmung vom Dezember 1884 begleitet die näheren Bauvorschriften in Art. 8 mit der Bestimmung: «Die Handhabung des

gehen den Interessen, die bei einer solchen Unternehmung in Frage stehen, entsprochen werden könne, so liegt zunächst in der Begründung der blossen persön-

vorliegenden Baureglementes ist zunächst Sache der Verkäufer und sind deshalb die Pläne für alle in dem Quartier auszuführenden Bauten nicht allein dem Gemeinderate Riesbach, sondern auch den Verkäufern zur Genehmigung vorzulegen. — Grundeigentümer im Villenquartier «Bellerive», welche Anlass zu Klagen wegen Nichtbeachtung dieses Reglementes zu haben glauben, haben an die Verkäufer zu gelangen. — Die sachbezüglichen Entscheide der Verkäufer können nicht zum Gegenstande eines privatrechtlichen Verfahrens vor den Gerichten gemacht werden; dagegen sind die Beteiligten zum Rekurse an einen Schiedsrichter befugt, um dessen Bezeichnung das mit Handhabung der städtischen Baureglemente betraute Mitglied des Gemeinderates Riesbach zu ersuchen ist. — Die Rekursentscheide dieses Schiedsrichters sind für alle Beteiligten rechtsverbindlich und endgültig.»

Unternehmung betr. die Anlage des Venedig-Quartiers in Enge bei Zürich mit einer Bauordnung vom 12. Juni 1894, erlassen vom Gemeinderat unter Genehmigung des Gemeindeausschusses und des Regierungsrates von Zürich.

Unternehmung von F. Rieter-Bodmer in Enge-Zürich, betreffend die Anlage des Sihlhalden-Quartiers mit Reglement vom 1. Januar 1891. Art. 8 und 9 desselben schreiben vor, dass die Handhabung des vorliegenden Baureglements Sache des Verkäufers sei und dass zu diesem Ende hin die Pläne für alle im Quartier auszuführenden Bauten nicht allein dem Gemeinderat Enge, sondern auch dem Verkäufer zur Genehmigung vorzulegen seien. Der Verkäufer behält sich das Recht vor, für einzelne Bauten im Interesse einer freien, villenartigen Behandlung des Quartiers die Zurücksetzung hinter die Baulinie zu bewilligen, vorbehaltlich die Bestimmungen des Baugesetzes. Desgleichen bleiben dem Verkäufer alle Rechte vorbehalten betreffend Änderungen in der Parzellierung der einzelnen Bauabteilungen, sowie der projektierten Bauanlage. Das Reglement ist vom Gemeinderat Enge genehmigt. Art. 10 desselben fügt an, die durch das Baureglement sich ergebenden besonderen Verordnungen und Bestimmungen fallen nach 30 Jahren *a dato* ausser Kraft, in

lichen Verpflichtung, mag sie von noch so weittragender Bedeutung sein, ein Moment der Unsicherheit, die darin gefunden werden muss, dass die Kraft der Verpflichtung von der ökonomischen Stellung des Verpflichteten abhängig ist und dass der Berechtigte unter allen Umständen ein nur dem Verpflichteten selbst gegenüber verfolgbares Recht erhält, das überdies in Gefahr steht, sich ins Nichts zu verflüchtigen, sobald einmal die letzte Parzelle verkauft ist und die Unternehmung zur Liquidation gelangt.

Anders verhält es sich in den Fällen, wo Dienstbarkeiten begründet werden, die jedoch regelmässig nur als solche zu lasten der verkauften Parzelle uns entgegenreten. Sie können überall, ohne jede Inanspruchnahme des Institutes der Eigentümerdienstbarkeit, unzweifelhaft gültig konstituiert werden. Es steht nur in Frage, ob das mit ihnen begründete Verhältnis auch

der Meinung, dass alsdann für das ganze Quartier nur noch die allgemeinen polizeilichen und baupolizeilichen Verordnungen und Gesetze gelten sollen.

Unternehmung der Alfred Eschergutgesellschaft in Enge-Zürich, mit einem vom Gemeinderat genehmigten Baureglement vom 18. Oktober 1891.

Unternehmung der Stadt Zürich betreffend die Überbauung gewisser Teile des Stadelhofer Quartiers mit Bauvorschrift vom 1. Dezember 1891, deren § 11 bestimmt, dass im Falle einer einheitlichen Überbauung der einen oder beider Abteilungen je nach den obwaltenden Umständen Abweichungen von den vorliegenden Baubedingungen gestattet werden können.

Dann Unternehmung von P. E. Huber-Werdmüller betreffend Anlage des Villenquartiers Neumünster-Zürich mit Baureglement vom 25. Januar 1894, das in Art. 13 eine ähnliche Bestimmung enthält, wie zitierter Art. 8, Abs. 1, der Bellerive-Unternehmung. — Vgl. A. Schweizer, Die modernen Baubeschränkungen, Berner Diss., 1896, S. 126 ff.

wirklich die Absicht der Unternehmung hinreichend verwirkliche und den Interessen der Parzellenkäufer allseitig zu entsprechen vermöge. Eine nähere Prüfung dieser Frage führt zu einem eigentümlichen Ergebnis.

Die Dienstbarkeiten, die beim ersten Verkauf auf die veräußerte Parzelle gelegt werden, bestehen zu gunsten des gesamten Grundbesitzes der Unternehmung und gehen so, wie sie für diesen begründet worden sind, auf die Parzellen über, die späterhin von dem gesamten Komplex abgelöst werden. Jedes dieser Grundstücke wird jeweils *praedium dominans* gegenüber der früher verkauften Parzelle, und insoweit ist alles in Ordnung: es liegen Dienstbarkeitsverhältnisse vor, die der Belastung des einzelnen gekauften Abschnittes gegenüber allen weiterhin aus dem gesamten Land gebildeten oder künftig zu bildenden Parzellen im Rahmen des überlieferten Servitutenrechtes rechtskräftig dingliche Wirkung verschaffen. Allein nun beachte man, wie der zweite Käufer gegenüber dem ersten, der dritte gegenüber dem ersten und zweiten, der vierte gegenüber den vorhergehenden u. s. w. gestellt sein werden: Jeder Nachfolgende verpflichtet sich nur gegenüber dem Lande, das sich im Zeitpunkte seines Kaufes noch in den Händen der Unternehmung befindet, wogegen die früheren Käufer mit ihren dannzumal bereits abgelösten Parzellen an den später, d. h. nach ihrem Eigentumserwerb, begründeten Dienstbarkeiten keinen Anteil mehr haben. Jeder Käufer erhält die Dienstbarkeiten nur gegenüber den weiterhin noch zu bildenden Parzellen auferlegt, während er gegenüber den früher abgetrennten Grundstücken dinglich nicht gebunden ist.

Der vorletzte Abnehmer wird also nur noch dem letzten und dieser niemand mehr dinglich verpflichtet sein, während er natürlich aus den früher begründeten Dienstbarkeitsverhältnissen gegenüber allen vorher verkauften Grundstücken vollauf berechtigt bleibt, indem doch zur Zeit, da diese ihre Abnehmer gefunden hatten, seine Parzelle noch im Eigentum der Unternehmung gestanden und ein Stück *praedium dominans*, d. h. des Gesamtkomplexes, gebildet hat, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit auf jede verkaufte Parzelle gelegt worden ist. Bezeichnet man mit X die zu Anfang des Unternehmens abgetrennten Parzellen, mit Y die in der mittleren Zeit veräußerten und mit Z die letztverkauften, so wird sich also das Resultat nicht vermeiden lassen, dass X gegenüber Y und Z belastet, nicht aber berechtigt, Y gegenüber Z belastet und gegenüber X berechtigt, und endlich Z gegenüber X und Y berechtigt und niemand gegenüber belastet wird.

Solche typischen Resultate begegnen uns bei vielen modernen Bauunternehmungen, und es ist einleuchtend, dass durch sie die gleichmässige Durchführung der Quartieranlagen nicht gefördert und namentlich den frühern Parzellenkäufern der wünschenswerte und von ihnen erwartete Schutz nicht geleistet zu werden vermag.

Man hat denn auch den hieraus sich ergebenden Unzukömmlichkeiten auf verschiedene Weise zu begegnen versucht und namentlich drei Auskunftsmittel in Anwendung gebracht.

Das eine besteht darin, dass man den gesamten Plan der Quartieranlage in allem Wesentlichen durch

öffentlich-rechtliche Vorschriften für alle Parzellen allgemein verbindlich feststellt⁵⁾. Allein diese Hülfe ist deshalb nicht ganz zuverlässig, weil doch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, gerade so, wie sie begründet worden sind, auch jederzeit durch öffentliches Recht wieder abgeändert werden können. Mag also beispielsweise ein öffentlich-rechtlicher Bebauungsplan allgemein verbindlich vorgeschrieben haben, dass in dem betreffenden Quartier die Überbauung sich nach gewissen Normalien richten müsse oder störende Gewerbe nicht betrieben werden dürfen, so sind freilich ohne dingliche Belastung alle Parzellen gleichmässig gebunden, solange nicht etwa diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften eines Tages abgeändert oder aufgehoben

⁵⁾ Man wird hierher alle die Bauordnungen rechnen dürfen, deren Handhabung den öffentlichen Behörden übertragen ist, während die blosse behördliche Genehmigung den Reglementen noch nicht einen öffentlich-rechtlichen Charakter zu verleihen vermag, da mit der Genehmigung sehr wohl nur der Gedanke sich verbinden kann, die Bauordnungen daraufhin zu prüfen, ob sie nichts den öffentlich-rechtlichen Vorschriften Zuwiderlaufendes enthalten. Öffentlich-rechtlich sind unbestreitbar die städtischen Baureglemente, die sehr wohl auch nur einzelne Quartiere betreffen können, man vgl. z. B. die Baureglemente von Ragaz und Zürich (betreffend Bahnhof- und Bahnhofstrassquartier), oder das Baureglement für das Schulhausquartier Hottingen, Zürich, von 1875. Die privaten Baureglemente sind selbstverständlich den gesetzlichen Bauvorschriften untergeordnet. Das Reglement des in der vorigen Anmerkung angeführten Sihlhaldenquartiers Zürich bestimmt demgemäss in Art. 6, dass sich die Verkäuferin die Bewilligung von Ausnahmen für einzelne Gebäudeteile innerhalb der Grenzen des Baugesetzes vorbehalte. Öffentlich-rechtlichen Charakter hat nach dem angeführten Kriterium das Baureglement des Venedigquartiers Zürich, das oben ebenfalls zitiert ist.

werden⁶⁾. Und ist dieses geschehen, so hilft dem Einzelnen die Befreiung des eigenen Grundstückes von der bisherigen Eigentumsbeschränkung unter den gerade gegebenen Verhältnissen meist verzweifelt wenig, da sein Interesse in der allgemeinen Beschränkung wurzelt und eine Befreiung aller Eigentümer für ihn wertlos ist, mithin seinen Schaden nicht auszugleichen vermag. Man denke nur an die Gestattung freien Gewerbebetriebes in ihrer Wirkung auf die Grundstücke eines bishin als Villenquartier gepflegten Stadtviertels. Und auch die Aussicht, eventuell bei der Abänderung des öffentlichen Rechtes eine Entschädigung zu erhalten, sei es auf dem Verwaltungsweg, oder vermittelt der Schadloshaltung für Zwangsenteignung, wird in den meisten Fällen deshalb hinfällig sein, weil mit den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen keine wohlerworbenen Rechte begründet und mithin durch deren Aufhebung auch keine solchen verletzt werden können.

Als zweites Auskunftsmittel hat man die Verpflichtung in Anwendung gebracht, wonach die Unternehmung dem vorgehenden Käufer verspricht, das Reglement jedem nachfolgenden Käufer gegenüber genau in Anwendung zu bringen und diesen in allen Fällen daran zu binden. Denn einmal vermag diese Gebundenheit doch nur so lange zu funktionieren, als die Unternehmung noch als Rechtssubjekt besteht oder überhaupt zahlungsfähig ist. Sodann kann sich der Berechtigte doch immer nur an seine Vertragspartei halten und besitzt gegen-

⁶⁾ Auf solche Abänderungen nimmt z. B. das zitierte Reglement für das Sihlhaldenquartier in Art. 10 ausdrücklich Bezug, vgl. oben Seite 13, Anm. 4.

über den späteren Abnehmern von Parzellen, d. h. gegenüber seinen nähern oder entfernten Nachbarn, keinen direkten Anspruch. Auch wenn die Unternehmung sich verpflichtet hat, alle später zum Verkauf gelangenden Parzellen dinglich zu belasten wie die früher veräusserten, so verschafft dies dem Berechtigten eben doch immer nur eine persönliche Klage und es wird schwer halten, die späteren Käufer zu einer dinglichen Belastung ihres Eigentums zu bringen, die nicht schon zur Zeit ihres Erwerbes begründet worden ist⁷⁾. Dem geschädigten Eigentümer wird also regelmässig nur eine Klage auf Schadenersatz bleiben, die ihn, auch wenn er damit durchdringt, durchaus nicht immer für die Einbusse schadlos hält, die sein Besitztum aus der mangelnden Beschränkung oder Belastung der nachbarlichen Grundstücke erlitten haben kann.

Als drittes Auskunftsmittel bietet sich das Vorgehen dar, mit der Belastung der veräusserten Parzelle zu gunsten des noch nicht verkauften Landes der Unternehmung eine entsprechende Belastung dieses letztern zu gunsten jeden Käufers zu verbinden. Scheint es nun auch, als ob durch diese Ordnung den Übelständen am ehesten begegnet werden könnte, so ist doch leicht einzusehen, aus welchem Grunde dieser Weg in Wirklichkeit sehr selten beschritten wird. Es verbinden sich nämlich mit diesem Vorgehen zwei gewichtige Nachteile. Ein-

⁷⁾ Auf die bloss obligatorische Verpflichtung der Unternehmungen durch die Bauordnung wird in den oben zitierten Reglementen häufig hingewiesen. Art. 8 des Reglements des Belle rive-Quartiers sieht sogar für Streitigkeiten wegen Nichtbeachtung des Baureglements einfache schiedsgerichtliche Entscheidung vor. Vgl. auch Art. VIII des Baureglements für das Venedigquartier Enge.

mal handelt es sich bei den reglementarischen Beschränkungen häufig um Verhältnisse, die ihrer Natur nach nur zwischen den engeren und engsten Nachbarn als praktisch wirksam gedacht werden können, und es hat keinen rechten Sinn, jeweils das ganze noch unverkaufte Land mit derartigen Dienstbarkeiten ins ungewisse hinein zu beschweren, so dass Parzellen belastet werden, denen gegenüber niemals der Dienstbarkeit eine vernünftige Bedeutung wird zukommen können. Sodann aber beraubt sich mit solchen Belastungen ihres Landes die auf Jahrzehnte hinaus operierende Unternehmung allzusehr der doch auch in guten Treuen für sie wünschenswerten Anpassungs- und Bewegungsfreiheit. In beiden Beziehungen geht die Belastung des ganzen Komplexes zu gunsten jeder einzelnen Parzelle fast allemal weit über dasjenige hinaus, was nach den Interessen der Käufer und Parzelleneigentümer untereinander in Wirklichkeit praktisch wünschenswert ist.

Wesentlich befriedigender lassen sich diese Verhältnisse erst da gestalten, wo der Unternehmung und ihren Käufern die Eigentümerdienstbarkeit zur Verfügung steht. Besorgt die Unternehmung die Überbauung ihres Landes selbst, so vermag sie die einzelnen Parzellen schon vor dem Verkauf aktiv und passiv mit allen wünschenswerten Dienstbarkeiten auszurüsten und dergestalt ihr Reglement sofort in dingliche Rechte und Lasten umzusetzen. Der Käufer der einzelnen Parzelle erhält das fertige Grundstück mit allen den Berechtigungen und Einschränkungen, an denen ihm gelegen ist und auf deren Bestand er sich bei seinem Erwerbe

verlassen hat, und zwar mit dinglicher Kraft, jedermann gegenüber wirksam und dergestalt absolut zuverlässig. Vertreibt nun aber die Unternehmung die unüberbauten Parzellen, so lässt sich bei nicht allzugrossem Baugrund die Sache in ähnlicher Weise einrichten: die Fläche wird parzelliert und das Verhältnis der dinglichen Belastungen nach der angenommenen Bauordnung insoweit von vornherein festgelegt, dass der Verkauf der Baustellen mit der gleichen Sicherheit erfolgen kann, wie beim Verkauf der überbauten Parzellen. Bei ausgedehnteren Unternehmungen lässt sich die Parzellierung allerdings nicht von vornherein in allen Details durchführen, und es wird demgemäss bei solchen immer noch in gewissem Umfang auf die bloss persönliche Verpflichtung abgestellt werden müssen. Allein in kleineren Abschnitten bietet sich auch für diese grösseren Quartieranlagen in der Eigentümerdienstbarkeit ein Institut dar, das treffliche Dienste zu leisten vermag und die oben geschilderten Übelstände zum grössten Teil zu beseitigen im stande ist^{*)}.

Mit diesem Hinweis auf die grossen Bauunternehmungen der modernen Städte haben wir den Fall hervorgehoben, in dem das Ungenügende einer Rechtsordnung, die keine Eigentümerdienstbarkeit kennt, besonders deutlich uns entgegentritt und augenscheinlich von sehr erheblicher Bedeutung ist. Zahlreich sind die

^{*)} Es ist denn auch gerade für diese Verhältnisse unter dem deutschen B. G. B. in der Praxis der energische Versuch gemacht worden, die Eigentümerdienstbarkeit zur Anerkennung zu bringen, vgl. die Entsch. d. R. G. in einem Hamburger Bauprozess, XLVII, S. 202 ff., von der unten noch die Rede sein wird.

weniger allgemeinen, aber dennoch für die Beteiligten gegebenenfalls äusserst wichtigen Gelegenheiten, wo von einem Grundstück zu einem andern ein Dienstbarkeitsverhältnis begründet werden sollte, solange und obgleich sie beide dem gleichen Eigentümer gehören, und wo, wenn das nicht möglich ist, die empfindlichsten Hemmnisse und Störungen eintreten können. Man denke an das Verhältnis bei Teilungen, die aus irgend einem Motiv zwar fest verabredet werden und auch bereits der Errichtung von Bauten und dergleichen als Grundlage dienen, bis zum Tode einer berechtigten Person aber noch nicht mit dinglicher Wirkung zur Ausführung gelangen, an Vergabungen auf den Todesfall mit fester Begründung nachbarlicher Verhältnisse bei Lebzeiten des Eigentümers, an Verpfändungen unter Vorbehalt gewisser Benutzungsrechte zu gunsten des Verpfänders und Eigentümers der Pfandsache. Solche und ähnliche Fälle werden wir im dritten Abschnitt unserer Ausführungen in grösserer Zahl antreffen. Ihnen allen ist es gemeinsam, dass persönliche Verpflichtungen, auch wenn sie auf die künftige Errichtung einer Dienstbarkeit gehen, hier meist nicht das zu leisten vermögen, was man im Auge hat⁹⁾. Es braucht nur eine Zahlungsunfähigkeit, eine Veräusserung im Vollstreckungsverfahren oder dergleichen dazwischen zu treten, um den künftigen Eigentümer des einen Grundstückes des Rechtes verlustig zu machen oder der Dienstbarkeit zu berauben, auf dessen Genuss oder deren Errichtung er bei seinem

⁹⁾ Vgl. Hartmann a. a. O., S. 83: «Verträge von bloss obligatorischer Wirkung würden hier ja doch den Zweck nur sehr mangelhaft sicherstellen.»

Erwerbe sicher rechnen zu dürfen geglaubt hat. Trotz der engeren wirtschaftlichen Bedeutung, die meistens hier vorliegen mag, macht sich doch auch in diesen Fällen das Ungenügende der Rechtsordnung energisch fühlbar, die nur persönliche Verpflichtungen gestattet, wo von den Beteiligten Dienstbarkeiten gemeint sind. Anders werden die Verhältnisse auch hier erst mit der Anerkennung des Institutes der Eigentümerdienstbarkeit. Durch dieses erhält der Eigentümer die Möglichkeit, auf eines seiner Grundstücke zu gunsten seiner selbst, wie namentlich als Eigentümer eines anderen Grundstückes, Dienstbarkeiten zu errichten, sowie er es den Umständen angemessen findet.

Man mag es hiernach ermeszen, ob nicht Interessen von genügend grosser Bedeutung anerkannt werden müssen, die nur durch die Aufnahme der Eigentümerdienstbarkeit in die Rechtsordnung die ihnen gebührende Befriedigung erfahren können, und ob mithin nicht die Frage nach dem Bedürfnis zu gunsten der Eigentümerdienstbarkeit zu beantworten sei.

II.

Zur Ablehnung der Eigentümerdienstbarkeit hat in der Rechtsentwicklung nun freilich wohl mehr als die Verneinung der Bedürfnisfrage bisanhin das Bedenken beigetragen, das von doktrinellern Standpunkte aus gegen sie geltend gemacht worden ist. Wir haben diese Einwendung schon oben angetroffen¹⁰⁾. Wie kann man sich vorstellen, so wird gesagt, wie kann man es logisch

¹⁰⁾ Vgl. oben S. 8, Anm. 3.

fassen, dass jemand an seiner eigenen Sache ein Recht, das nicht im Eigentum enthalten wäre, speziell eine Dienstbarkeit haben, mit sich selbst in einem Rechtsverhältnis stehen soll? Das widerstreite, so heisst es, jeder tieferen Begründung der rechtlichen Gebundenheit und speziell einer jeden wissenschaftlich haltbaren Auffassung vom Verhältnis zur Sache überhaupt, schon deshalb also müsse das Recht an der eigenen Sache prinzipiell abgelehnt werden. Man erkennt es leicht, dass diese systematischen und grundsätzlichen Schwierigkeiten mit dem Begriff des Eigentums und des dinglichen Rechts an fremder Sache zusammenhängen und aus der Beziehung der in Frage stehenden Berechtigungen zu diesem Begriff abgeleitet werden. Wir können uns deshalb der Aufgabe nicht entziehen, dieser doktrinen Frage näher zu treten, um zu sehen, inwiefern in dem Eigentumsbegriff und in dem Charakter des *ius in re* ein Grund zur Ablehnung der Eigentümerdienstbarkeit gefunden werden kann oder inwiefern überhaupt die wissenschaftliche Erfassung des Eigentums irgendwelche Bedenken gegen das *ius in re propria* zu rechtfertigen vermag. Wir wollen hierbei ganz davon absehen, dass die Doktrin ja doch nicht das Recht zu schaffen, sondern nur für das bestehende Recht die Lehre zu formen hat. Denn wenn auch hiernach die wissenschaftliche Ausgestaltung der Rechtsordnung einer zum Bedürfnis gewordenen Rechtsentwicklung niemals ein entscheidendes Hemmnis zu bereiten vermag, so bleibt es gleichwohl richtig, dass eben doch der Wissenschaft die Aufgabe gestellt ist, die Begriffe in systematischem Aufbau aus dem geltenden Rechte so zu formen, dass Wider-

sprüche vermieden und die Schwierigkeiten, die aus dem Mangel an einer tieferen Erfassung der Grundlagen der Rechtsordnung erwachsen müssen, soviel als nur möglich beseitigt oder doch vermindert werden ¹¹⁾. Es bleibt daher unter allen Umständen von den angeführten Bedenken soviel richtig, dass die Eigentümerdienstbarkeit zu der Umschreibung des Eigentums in ein logisch erträgliches Verhältnis gebracht werden muss und dass, wenn sich dieses nicht als möglich erweisen sollte und doch das als dringend erkannte Bedürfnis nicht mehr abgewiesen werden könnte, nach einer Form zu suchen wäre, die dem Tatbestand der Belastung der eigenen Sache eine neben dem Eigentum doktrinell haltbare und zuverlässige Stellung sichern würde. Wir haben mithin die Umschreibung des Eigentums einer nähern Prüfung insoweit zu unterwerfen, als es notwendig ist, um festzustellen, ob und in welchem Sinne das Recht an der eigenen Sache mit ihr in Einklang gebracht werden könne, oder ob dieses am Ende doch als doktrinelles Monstrum abgewiesen und auf ein anderes konstruktives Geleise gestellt werden müsse.

Wir können bei der grossen Zahl von Eigentumsdefinitionen, die wir in der Doktrin antreffen, drei Hauptgruppen unterscheiden, die nach dem Ausgangspunkte der Umschreibung voneinander abweichen, oder also jede für sich eine eigene, übereinstimmende Basis aufweisen.

Eine erste Gruppe lässt sich aus denjenigen Definitionen bilden, die das Verhältnis der Person zur

¹¹⁾ Vgl. über dieses Postulat der modernen Wissenschaft z. B. Bekker a. a. O., S. 13.

Sache in seiner innern Rechtfertigung, oder die Funktion der Sache in ihrem Verhältnis zum Rechtssubjekt zum Ausgangspunkte wählen. Als Fundament von Recht und Pflicht kann im Rechtsverhältnis eine Beziehung des berechtigten Subjektes zu einem verpflichteten logisch nicht entbehrt werden. Beim Eigentum aber hat der Berechtigte seine Stellung, ohne dass ihm ein verpflichtetes Subjekt gegenübersteht. Die Sache selbst kann nur als Objekt und nicht als Subjekt gedacht werden. Die weite Welt der sogenannten „Dritten“ aber als Gegensubjekt im Rechtsverhältnis dem Eigentümer gegenüberzustellen, würde in sich schliessen, dass ein Moment, das doch erst als Folge der Stellung des Eigentümers gedacht werden kann, zum Wesen des Eigentumes selbst erhoben, die Folge also mit der Ursache verwechselt wäre¹²⁾. Gehört die Sache einem andern, hat der Berechtigte also ein Recht an fremder Sache, so besteht zwar auch für ihn mit Wirkung gegenüber jedem Dritten ein dingliches Recht. Allein hier hat der Berechtigte dann doch in dem Eigentümer der verpflichteten Sache sich gegenüber ein Subjekt, mit dem er nach dem Wesen der Berechtigung in einem Rechtsverhältnis steht. Beim Eigentum dagegen liegt das Verhältnis grundsätzlich anders. Da kann nicht der Eigentümer als dem Eigentümer, d. h. sich selbst verpflichtet gedacht werden, folglich ist das Eigentum kein Rechtsverhältnis, es ist kein *jus in re*, es ist kein dingliches Recht im eigentlichen Sinne des Wortes. Sein Wesen besteht vielmehr darin, dass in ihm die Sache sich mit

¹²⁾ Vgl. darüber z. B. Thon, Rechtsnorm, S. 156 f.

der Person verbindet, dass mithin die Persönlichkeit eine Erweiterung erfährt, die darin liegt, dass das Subjekt über die Sache eine Herrschaft ausübt und damit seine Macht im ganzen erweitert, erhöht und stärkt. Die Definitionen können auf dieser Grundlage dann allerdings wieder verschiedene Richtungen einschlagen. Nach der einen wird das Hauptgewicht auf die rechtliche Zugehörigkeit zur Sache gelegt, und es erscheint diese mithin als eine Pertinenz der Person¹³⁾. Nach der andern wird vorzugsweise die Identität der Sache mit dem Subjekt hervorgehoben und darin das Wesentliche des Eigentums gefunden¹⁴⁾. Nach einer dritten Richtung aber

¹³⁾ Diese Auffassung finden wir bei Karl Wirth, Beiträge zur Systematik des römischen Zivilrechts, wo S. 31 gesagt ist: «Das Wesen des Eigentums besteht im rechtlichen Pertinenzverhältnis der Sache, nicht in einzelnen Befugnissen und auch nicht in der Herrschaft über die Sache.» Und S. 37: «Das Eigentum ist wesentlich rechtliches Pertinenzverhältnis und folgeweise erst Herrschaft.» — Ferner gehört hierher Brinz, Lehrbuch der Pandekten, wo I (2. Aufl.), S. 470 ff. gesagt wird: «Eigentum ist die rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person.» Weiter S. 471: «Der Sprache folgend können wir das Eigentum auch eine die Sache zur Eigenschaft der Person erhebende — oder eine den Naturkörper mit Rechtseigenschaft ausfüllende Verbindung der Sache mit den Personen nennen.» In dem Ausdruck *rem ejus esse* erscheine die Sache als Eigenschaft der Person. Und S. 472: «In der Tat gibt es Eigentum ohne Gebrauchs- und Dispositionsbefugnis, oder, da man diese zwei Dinge mit dem Ausdrücke der Herrschaft über die Sache zu begreifen pflegt, Eigentum ohne Herrschaft... Das *meum esse* erstellend und also für das Eigentum wesentlich ist nur das eine, die Verbindung, nicht die Herrschaft.»

¹⁴⁾ Hierher ist beispielsweise zu rechnen Leist, zivilrechtliche Studien III, S. 49 ff, IV, S. 165, wonach das Subjekt im Eigentum die Sache sich identifiziert oder die Sache im Eigentum

wird die Sache geradezu mit dem Eigentum identifiziert, so dass diese gewissermassen durch ihre Qualität, als Eigentum einer Person, zu etwas anderem wird, als sie es ohne dies gewesen ist¹⁵⁾. Unter allen Umständen haben wir bei diesen Auffassungen einen Gegensatz prinzipieller Art zwischen Eigentum und dinglichem

aufgeht, die Sache also materiell und definitiv mit der Person zusammengeschlossen erscheint, die Sache vollständig vom Subjekt assimiliert wird. — Die gleiche Auffassung entwickelt sodann auch Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik (2. Aufl.), S. 204. Der Sieg der Person über die Sache und die Herrschaft über die gleichsam gefangene Sache machen den Besitz aus, der, anerkannt, Eigentum wird. «Die Anerkennung des Ganzen, also das Gesetz, gibt dem Willen in der Sache Bestand und verbürgt ihm über sie die allgemeine Verfügung. Erst dadurch wird das Eigentum Eigentum und nähert sich der Natur der Organe, welchen der Wille, und zwar innerhalb ihrer Sphäre allgemein einwohnt. . . . Die geistige Kraft bildet die Sachen zu Werkzeugen, und das Recht erhält sie dem Willen. Im Eigentum ist der Begriff des Organs auf äussere und abtrennbare Sachen, inwiefern sie Werkzeuge des Willens werden, ausgedehnt. . . . Indem wir uns im Eigentum, das wir uns selbst gebildet oder erworben haben, wie in unseren Gliedern fühlen, sind wir ihm Herr. Wie kein anderer über unsere Hand oder unseren Fuss befehlen kann, als wir selbst oder durch uns: so verfügen wir selbst und nur wir über das Eigentum. Hiernach ist das Eigentum einer Person dasjenige ausser ihr, was als Werkzeug ihres Willens anerkannt wird, und zwar so, dass es das Werkzeug eines andern nur durch ihren Willen werden kann.»

¹⁵⁾ Darauf verweist beispielsweise Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 324. Vgl. auch die zitierten Formulierungen von Leist, sowie Girtanner, i. Jahrb. f. Dogm. III, S. 67 ff., 83 ff. Einer Annäherung an diese Auffassung begegnen wir auch im österr. B. G. B., § 353, und im B. G. B. von Aargau, das im § 452 sagt, die Sache als Gegenstand des Eigentumsrechtes betrachtet heisse Eigentum.

Recht (an fremder Sache) vor uns. Wer Eigentümer ist, hat kein Recht an der Sache, sondern die Sache selbst. Es gibt kein Eigentumsrecht, sondern nur Eigentum¹⁶⁾, und wenn auf dieser Grundlage dann doch gelegentlich von Eigentumsrecht gesprochen wird, so stellt sich die Wendung als eine Abweichung von der ganzen Voraussetzung dieser Auffassung dar, die, dem Urheber bewusst oder unbewusst, in dessen Betrachtungsweise ein neues Element einmischt oder geradezu diese in ihr Gegenteil zu verkehren vermag¹⁷⁾.

Man darf in gewissem Sinne auch die römischen Quellen unter diese erste Eigentumsauffassung einreihen. Denn mit ihr stimmt nicht nur das überein, dass von den *jura in re* stets nur als von *jura in re aliena* die Rede ist und mithin das Eigentum nicht als ein *jus in re* dargestellt wird, sondern es verweist auch der bekannte und in den Quellen in verschiedenen Formulierungen häufig wiederholte Satz: „*nulli res sua servire potest*“ auf eine entsprechende Auffassung. Unter jeder anderen Betrachtung würde man umgekehrt sagen, dass die eigene Sache ihrem Eigentümer in allererster Linie zu dienen habe, während der Ausspruch nicht nur verständlich, sondern sehr fein charakterisiert erscheint, sobald man ihn im Rahmen dieser Gesamtauffassung wür-

¹⁶⁾ Vgl. z. B. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit, der in § 1 ausführt, dass man nicht von einem Eigentumsrecht und Rechten des Eigentümers sprechen könne, indem die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse zu Rechten erst dann werden, wenn der Nichteigentümer sie erwerbe.

¹⁷⁾ Wir werden solchen Mischungen in der dritten Definitionengruppe begnügen.

dig. Natürlich kann die Sache ihrem Eigentümer nur dienen, insofern man sich als Grundlage dieses Dienens ein Rechtsverhältnis als notwendig denkt. Gehört dagegen die Sache als Eigentum zum Rechtssubjekt, so ist sie nicht Gegenstand eines Rechtsverhältnisses und steht auch nicht im Gegensatz zu einem Rechtssubjekt, sondern sie nimmt selber Anteil an dem Subjekt. Sie dient nicht, sondern herrscht vermöge des in sie gelegten Eigentumswillens über andere ¹⁸⁾.

Eine zweite Gruppe von Eigentumsdefinitionen geht vom Inhalt, von der Quantität des Eigentumsverhältnisses aus und erblickt im Eigentum eine Summe von Befugnissen, die auch einzeln gedacht werden können, jedenfalls aber beim Eigentum immer als vorhanden angenommen werden müssen, sobald nicht irgendwelche Abtrennung oder Verselbständigung solcher Rechte auf Grund von Gesetzesvorschrift oder Privatdisposition stattgefunden hat. Die Rechtsordnung bestimmt den Begriff des Eigentums, indem sie dessen Inhalt festsetzt. Zwischen Eigentum und dinglichem Recht an fremder Sache besteht nicht ein prinzipieller Unterschied, sie gehen nur insofern auseinander, als das Eigentum seinen

¹⁸⁾ Man kann hierfür die Definition von Böcking heranziehen, Pandekten Bd. II, S. 9, der das Wesen des Eigentums in der Abstraktheit und der mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatherrschaft des Subjekts über die körperliche Sache als blossen und total als Gegenstand des Willens jenes bezeichnet, obgleich sich gerade bei dieser Umschreibung ein Element der dritten von uns unterschiedenen Eigentumsauffassung einmischt. Ganz hierher passt dagegen Wirth, a. a. O. S. 39, der die Sache, die in meinem Eigentum steht, als ein Stück meiner Persönlichkeit, als ein verlängertes *ego* erklärt.

Inhalt von der Rechtsordnung ein für allemal empfängt und Eigentum bleibt, auch wenn einzelne Befugnisse abgetrennt werden, während bei den dinglichen Rechten die bestimmte und begrenzte Fixierung des Inhaltes die Individualität des Rechtes ausmacht. Diese Auffassung hat in der neueren Gesetzgebung sehr häufig, ja vorwiegend Aufnahme gefunden ¹⁹⁾. Sie wird in der Doktrin

¹⁹⁾ Wir verweisen z. B. auf die Motive zum ersten Entwurf des deutschen B. G. B. III, S. 262: «Der Entwurf will weniger eine Definition geben, als den wesentlichen Inhalt der dem Eigentümer zustehenden Rechte feststellen.» § 903 B. G. B. umschreibt mit den Worten «der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen». Nicht ganz hierher gehören dagegen: das Preussische Landr. I, 8, § 1: «Eigentümer heisst derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts mit Ausschliessung anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen.» Das österr. B. G. B., § 354: «Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum die Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten.» Das Sächsische B. G. B., § 217: «Das Eigentum gewährt das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über eine Sache.» Über die Definitionen der schweizerischen Kodifikationen vgl. Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts, Bd. III, S. 138. Man ersieht aus diesen Umschreibungen, dass der Bezeichnung des Inhaltes ein Element beigelegt ist, das auf die Qualität des Verhältnisses bezogen werden darf. Nach anderer Richtung aber und überhaupt im Sinne der Gesetzgebung müssen doch wohl auch diese Umschreibungen auf das Quantitative des Eigentumsrechtes bezogen werden. Die neuern Definitionen schliessen sich vornehmlich an Savigny, System, I, S. 367, an, vgl. auch Roth, System des deutschen Privatrechts, III, S. 125. Einige Gesetzgebungen unterlassen absichtlich jede Definition und beschränken sich auf eine summarische Angabe des Inhaltes des Eigentums. So ist dies zu sagen von der alten Redaktion des P. G. B. von Zürich und vom P. G. B. von Schaffhausen, vgl.

sowohl von Germanisten²⁰⁾ als von Romanisten²¹⁾ vertreten, wie denn in der gemeinrechtlichen Litteratur dieser Auffassung schon mit der kleinen Änderung des

Huber a. a. O., S. 139, und auf denselben Standpunkt hat sich auch der Entwurf eines Schweiz. Z. G. B. gestellt, vgl. Art. 644.

²⁰⁾ Vgl. z. B. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, S. 153, Beseler, System des Gem. deutschen Privatrechts I (4. Aufl.), S. 318 f., Gengler, deutsches Privatrecht, S. 138, wo aber überall nicht eine eigentliche Definition, sondern eine Beschreibung der Stellung gegeben wird, die das Eigentum dem Berechtigten kraft der mit ihm verbundenen Befugnisse verschafft. Dasselbe ist zu sagen von Heusler, Institut. des deutschen Privatrechts, II, S. 47, wo das Eigentum mit den Worten umschrieben wird: «Eigentum ist das Recht, das seiner Natur nach dazu befähigt ist, seine volle Ausübung in allseitiger Beherrschung des Gegenstandes, an welchem es besteht, in Bezug sowohl auf Nutzung als auf Verfügung zu finden.»

²¹⁾ Hierher kann in dem auf S. 31, Anm. 19 angegebenen Sinne schon Savigny gerechnet werden, der in System (a. a. O.) ausführt, dass das Sachenrecht die faktische Herrschaft über Sachen zum Stoffe habe und als Recht einfach und vollständig in der Gestalt des Eigentums erscheine. Wenn er alsdann das Eigentum als «die unbeschränkte und ausschliessliche Herrschaft einer Person über eine Sache» bezeichnet, so geht aus diesem Zusammenhang und namentlich aus den Ausführungen auf S. 369 deutlich hervor, dass hier wirklich weit mehr an die Quantität als an die Qualität des Verhältnisses gedacht wird. Alle möglichen Rechte an Sachen, heisst es hier, fassen wir unter dem gemeinsamen Namen der dinglichen Rechte zusammen. Das Eigentum dagegen umfasst diese Rechte in ihrer Gesamtheit, so dass eine noch ausser dem Eigentum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreie Natur nicht denkbar ist. Der Umschreibung Savignys folgt die historische Schule, vgl. z. B. Keller, Pandekten § 112. Dann zeigt sich dieselbe Auffassung bei Windscheid, Pandekten, wo namentlich in den frühern Ausgaben (bis zur 4.) gesagt wird, das Eigentum sei die Einheit der an einer Sache denkbaren Befugnisse. In den neueren Ausgaben (vgl. 8. Aufl., Bd. I, S. 756)

Sprachgebrauches Ausdruck gegeben worden ist, dass nicht mehr bloss von *jus in re*, sondern von *jus in re aliena* gehandelt und damit das Eigentum zum *jus in re propria* gemacht wird. Auch hier zeigen sich dann aber Verschiedenheiten in der Formulierung, die ihre Erklärung aus der Betonung des einen oder andern auf der gemeinsamen Grundlage gegebenen Elementes erfahren: Auf der einen Seite stehen die blossen Aufzählungen der einzelnen Eigentümerbefugnisse²²⁾, auf der andern wird die Einheit dieser Summe besonders betont²³⁾. So-

heisst es: «Das Eigentum ist die Fülle des Rechts an der Sache, und die einzelnen in ihm zu unterscheidenden Befugnisse sind nur Äusserungen und Manifestationen dieser Fülle.» Ob die Auffassung deutlicheren Ausdruck erhält mit der Ersetzung des Wortes «Einheit» durch «Fülle», bleibe dahingestellt, jedenfalls aber erklärt Windscheid seine Auffassung jetzt noch näher mit dem Zusatz, dass das Eigentum nicht die Summe der an einer Sache denkbaren Befugnis sei und nicht durch die Zusammenfassung dieser Befugnisse zu einer Einheit entstehe, sondern dass umgekehrt die einzelnen Eigentumsbefugnisse nur kraft des Eigentums da seien.

²²⁾ So ist das z. B. von der Darstellung in Glücks Erläuterungen der Pandekten zu sagen, wo der Inhalt und damit das Wesen des Eigentums zergliedert wird in Nutzungsrecht einerseits, enthaltend Besitz und *usus* bis *abusus*, und in *proprietas* andererseits, enthaltend das Dispositions-, Veräusserungs- und Vindikationsrecht. Eine Umschreibung nach der Einheit und Allgemeinheit der Herrschaft im Eigentum gibt auch Bruns in Holtzendorffs Enzyklopädie, das heutige römische Recht, § 33, und ferner darf in diesem Zusammenhang verwiesen werden auf v. Jhering, der Zweck im Recht, I, S. 519. Vgl. Windscheid a. a. O., S. 758, Schluss von Anm. 5.

²³⁾ Diese Betonung der Einheit findet sich in den angeführten Umschreibungen von Windscheid und ferner bei Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts in der Bearbeitung von Lehmann (3. Aufl.), Bd. II, 1, S. 276: «Das Eigentum ist das alle

bald diese Einheit aber als unterscheidbar von der Summe der Befugnisse gedacht wird, so gelangen diese Definitionen zu einer Anschauung, die nicht mehr von der Quantität, sondern von der Qualität des Eigentumsverhältnisses ausgeht, so dass sie der dritten von uns gebildeten Gruppe der Definitionen beizuzählen sind. In unserer zweiten Gruppe verharren nur diejenigen Definitionen, die als das Wesentliche des Eigentums die Summe der Eigentümerbefugnisse betrachten und die Einheit des Eigentums nur insoweit betonen, als dies nötig erscheint, um das schon hervorgehobene Moment herauszuheben, dass nämlich diese Summe als grundsätzlich gegeben betrachtet werden müsse und mithin überall in der ganzen Inhaltsfülle vorhanden sei, wo nicht aus besonderem Grunde Ausnahmen anerkannt werden ²⁴⁾.

Eine dritte Gruppe von Eigentumsdefinitionen lässt sich aus denjenigen Umschreibungen bilden, die die Qualität des Eigentumsverhältnisses zum Ausgangspunkte nehmen. Nicht die Summe der Eigentümerrechte, nicht die Quantität mache, so sagen sie, das Wesentliche des Eigentums aus, sondern die Eigenart der Herrschaft, und so erheben diese dritten das Moment, das

Beziehungen umfassende Herrschaftsrecht über die Sache», was hier um so mehr hervorgehoben zu werden verdient, als die Ausdrucksweise von Stobbe selbst, in den frühern Auflagen, auf eine andere Auffassung hinzielt, die wir in der dritten Gruppe der Definitionen antreffen werden.

²⁴⁾ Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten (6. Aufl.), I, 2, S. 54: «Das Eigentum ist das Recht allgemeiner Herrschaft über die körperliche Sache. Es gewährt seiner Bestimmung nach jedwede Macht über die Sache, welche nach Natur und Recht möglich ist.»

die zweiten mit der Hervorkehrung der Einheit der Eigentümerstellung nur angedeutet haben, zum entscheidenden Wesenselement des Eigentums. Die Bestimmung dieser Eigenheit geschieht nun aber allerdings mit verschiedenen Ausdrücken. Unter der Redewendung, dass das Eigentum eine einheitliche oder eine vollkommene Herrschaft über die Sache darstelle, oder dass das Recht des Eigentümers unbeschränkt sei²⁵⁾, kann bereits eine Qualitätsbezeichnung gedacht oder verstanden werden, aber diese Ausdrücke lassen das nicht deutlich erkennen und finden ihre nächstliegende Deutung doch darin, dass sie auf die Quantität der Eigentümerbefugnisse bezogen werden. Ebenso verhält es sich mit der Definition des französischen Zivilrechts, die das Wesentliche in dem Rechte des Eigentümers erblickt, *de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*²⁶⁾, indem die Absolutheit der Stellung des Eigentümers doch wohl auf den Umfang seiner Berechtigung bezogen werden muss. Vielfach aber findet sich doch schon bei allen diesen Umschreibungen in der näheren Ausführung eine Hinweisung auf die Qualität der Herrschaft, die damit bezeichnet werden wolle²⁷⁾.

Mit grösserer Deutlichkeit beziehen sich die Umschreibungen auf die Qualität, wenn das Eigentum als

²⁵⁾ Vgl. die Umschreibungen, die wir auf S. 31, Anm. 19 und S. 32, Anm. 21 angeführt haben.

²⁶⁾ Siehe C. c. fr. Art. 544 und dazu etwa Baudry-Lacantinerie, *traité de droit civil, des biens*, S. 147 f.

²⁷⁾ Man vgl. namentlich die Ausführungen von Windscheid a. a. O., S. 755 ff., auf die wir in Anm. 21, S. 32, hingewiesen haben.

ein ausschliessliches bezeichnet wird, sobald man die Ausschliesslichkeit nicht bloss auf die Wirkung des Eigentumsrechtes bezieht, sondern auf die Losgelöstheit des Eigentümers von jedem Willen eines andern, so dass also sein Recht nicht nur das Mitregieren jedes Dritten ausschliesst, sondern von der Bestimmung durch irgend einen fremden Willen losgelöst ist. Verstehen wir diese Umschreibung in letzterem Sinne, so müssen wir alle die Definitionen der zweiten Gruppe, in denen von vollkommener und ausschliesslicher Herrschaft die Rede ist, wenigstens mit einem Teil ihres Inhaltes zu der dritten Gruppe rechnen ²⁸⁾. Ähnlich verhält es sich mit der Redewendung, dass der Eigentümer einer Sache nach Belieben oder nach Willkür verfahren könne, insofern auch hierin sowohl eine Bezeichnung der Wirkung als der Eigenschaft des Eigentumsrechtes gefunden werden kann ²⁹⁾.

Sobald nun aber eine Umschreibung das Eigentum direkt dahin bestimmt, dass das Recht des Eigentümers wesentlich in seinem Willen oder in seiner absoluten Herrschaft liege, so haben wir es deutlich nicht mehr mit der blossen Quantität, sondern mit einer Qualität

²⁸⁾ Es betrifft dies namentlich die Umschreibung von Savigny und deren Nachbildungen in der Doktrin und Gesetzgebung, sowie diejenige des Preuss. Landr., vgl. oben S. 31, Anm. 19 und S. 32, Anm. 21.

²⁹⁾ Vgl. das deutsche B. G. B., § 903, und das österreichische B. G. B., § 354, oben S. 31, Anm. 19, aus deren Wortlaut wir aber entnehmen, dass nicht die Eigenschaft, sondern die Richtung und Wirkung des Eigentumsrechtes angegeben werden wolle, so dass auch sie von uns zur zweiten Gruppe gerechnet werden durften.

zu tun. Und wenn auch diese Definitionen gelegentlich auf einer Grundlage vorkommen, die eigentlich nach der zweiten Auffassung gerichtet ist, so sind sie für uns als Übergang zur dritten dennoch wertvoll³⁰⁾.

Vollends gehört die Umschreibung des Eigentums nach der Bestimmung der Stellung des Eigentümers zu andern Berechtigten an der Sache unter die dritte Gruppe. Vergleicht man diese Stellung mit derjenigen der andern Berechtigten an der Sache, so kann man sie nicht wohl anders erfassen, denn als das oberste Recht, von dem alle andern erst ihre Ableitung und Begründung erfahren³¹⁾ oder als das letztlich entscheidende Recht, vermöge dessen hinter allen andern Be-

³⁰⁾ Hierher rechnen wir die Umschreibung, die Windscheid a. a. O., S. 756, in Ergänzung oder Abweichung von der oben angeführten aufstellt: «Dass jemand eine Sache nach dem Rechte eigen ist, will sagen, dass nach dem Rechte sein Wille für sie entscheidend ist, in der Gesamtheit ihrer Beziehungen». Ferner Baudry-Lacantinerie a. a. O., S. 149. Vgl. auch Pflüger, Archiv f. d. civ. Pr. LXXVIII, S. 389 f., der hinwieder das Eigentum als das « ewige Recht » an der Sache bezeichnet.

³¹⁾ Hierher ist vor allem Stobbe zu rechnen, der in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts, II, in der zweiten Auflage, S. 50, das Eigentum wie folgt definiert: «Das Eigentum ist die oberste rechtliche Herrschaft über eine Sache, aus welcher alle andern Rechte an ihr abgeleitet sind», und diese Umschreibung ist um so bezeichnender, als gleich eine ausdrückliche Ablehnung jeder Bestimmung nach dem Inhalt angefügt wird, mit den Worten: «Das Eigentum ist an sich nicht die vollständige und ausschliessliche, sondern nur die oberste rechtliche Herrschaft.» Stobbe fügt in Anm. 1 bei, er gebe diese eigene Definition vom Eigentum mit einer gewissen Unsicherheit, glaube aber, dass sie dem Wesen der Sache mehr entspreche als die am meisten verbreitete, dass das Eigentum die volle, ausschliessliche rechtliche Herrschaft über eine Sache sei, und wir erkennen, in welchem Sinne er damit recht hat.

rechtigten noch immer die Verfügung betätigt werden kann, die überhaupt möglich bleibt³²⁾.

Bei der Würdigung der drei hiermit unterschiedenen typischen Eigentumsumschreibungen ist leicht erkennbar, dass die erste — wir können sie die funktionelle Bestimmung des Eigentums heissen — zu der zweiten und dritten — der quantitativen und der qualitativen Bestimmung des Eigentumsrechtes — in einem gemeinsamen Gegensatz steht. Denn während die erste einen rechtlich geschützten faktischen Zustand umschreibt, beziehen sich die beiden letztern auf ein Recht des Eigentümers³³⁾. Zugleich aber erkennen wir auch die relative Berechtigung sämtlicher drei Umschreibungsrichtungen. Die erste fusst auf der Betrachtung des Gesamtorganismus der Gesellschaft, sie bezweckt die Feststellung der Funktion des Eigentums in dem ge-

³²⁾ Hierher gehört die Definition, die Stammler im Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Konrad etc., III (2. Aufl.), S. 304, gibt: «Eigentümer einer Sache ist die Person, deren rechtliches Ermessen für die Sache in letzter Linie nach dem Spruche des Gesetzes massgebend ist.» Eine Umwertung des Eigentums liegt hierin nicht und ebenso nicht eine vollständig neue Konzeption des Eigentums. Die Umschreibung reiht sich in den bereits gegebenen Gedankengang ein, sie will, wie Stammler selbst sagt, zu klären versuchen, was man unter dem Begriff des Eigentums in sachlicher Deutlichkeit allein verstehen könne.

³³⁾ Ein Gegensatz, der in der Literatur nicht selten betont wird. Windscheid a. a. O., S. 757 f., bemerkt geradezu, dass statt Eigentum genauer Eigentumsrecht gesagt werden sollte. Andere Unterscheidungen zwischen Eigentum und Eigentumsrecht finden sich ebenda angemerkt, beruhen aber zum Teil auf einem andern Gedankengang, als dem hier betrachteten. Vgl. auch Stobbe-Lehmann, a. a. O. II, 1, S. 4 ff., 80 ff.

samten System von Rechten und Pflichten und weist, unter Voraussetzung einer ausschliesslichen Begründung von Recht und Pflicht zwischen Rechtssubjekten, die rechtlose Natur dem Subjekte, unter dessen Willen sie gerade gestellt ist, zu, als wäre sie eine Pertinenz oder ein Organ der Person. Die beiden letztern dagegen setzen gewissermassen diesen Zustand als natürlichen Tatbestand und bestimmen dessen Wirkung in der Rechtsordnung, indem sie ins Auge fassen, was für eine Rechtsstellung der Eigentümer in seinem Eigentum gegenüber allen andern zugewiesen erhält. Die Festsetzung des Rechtes des Eigentümers an der eigenen Sache müsste auf dieser Grundlage natürlich auf einen *circulus vitiosus* hinauslaufen, sobald man nur sagen wollte, Eigentum ist das Recht an der eigenen Sache, *jus in re propria*, sie erhält aber einen guten Sinn, sobald man die rechtliche Wirkung des Eigentums in der Rechtsordnung als das Eigentum oder das Eigentumsrecht bezeichnet. Logisch kann dabei sehr wohl unterschieden werden zwischen der Bestimmung nach dem Inhalt und der nach der Eigenschaft dieses Rechtes, und wenn auch eine grosse Zahl von Definitionen diese Unterscheidung verwischt, oder doch nicht klar hervortreten lässt³⁴⁾, so ist es nichtsdestoweniger zutreffend, wenn man die Bestimmungen nach dem Inhalt dort für richtig erachtet, wo es sich im wesentlichen um die konkrete Fixierung der Eigentümerbefugnisse

³⁴⁾ Am deutlichsten stehen sich diesfalls gegenüber einerseits die Umschreibung bei Dernburg, Pandekten I, 2, S. 54. (Vgl. oben S. 34, Anm. 24) und andererseits die Definition Stobbes (vgl. S. 37, Anm. 31).

handelt, oder also vornehmlich in der Gesetzgebung, während die Bestimmung nach der Eigenschaft des Rechtes den richtigen Platz im System der Sachenrechte findet.

Das Verhältnis des Rechtes an der eigenen Sache, und speziell der Eigentümer-Dienstbarkeit zum Eigentum ist selbstverständlich unter den verschiedenen Eigentumsauffassungen nicht überall das gleiche.

Unter der Herrschaft der funktionellen Bestimmung des Eigentums kann von einem Recht an eigener Sache schlechterdings nicht die Rede sein, da doch überhaupt auch im Eigentum kein Recht des Eigentümers an der Sache vorliegt³⁵⁾. Was auf dieser Grundlage anerkannt werden kann, ist vielmehr nur die Existenz einer dinglichen Berechtigung oder Gebundenheit des Eigentümers im Verhältnis zu dinglichen Rechten anderer an der fremden Sache³⁶⁾. Man kann daher nicht sagen, dass diese erste Auffassung jede Berücksichtigung der Interessen, wie sie bei dem Bedürfnis nach den Rechten an eigener Sache gegeben sind, unmöglich mache. Was logisch ausgeschlossen wird, ist nur die Existenz als Recht an eigener Sache, während die gleiche Wirkung in Gestalt einer Modifikation von Rechten an fremder Sache sehr

³⁵⁾ Zu dieser Ablehnung gelangt ausdrücklich Brinz a. a. O. S. 761.

³⁶⁾ Zu ähnlichem Resultat gelangt v. Jhering, *Jahrb. f. Dogm. X*, bei der Darstellung passiver Wirkung der Rechte, vgl. insbes. S. 450, 456 und 580, wo die Gebundenheit der Sache für die Fälle als relevant bezeichnet wird, wo die aktive Seite vorübergehend oder zur Zeit noch fehlt, indem ihr hier die Aufgabe zufällt, den demnächstigen Eintritt des Subjekts in den unversehrten objektiven Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicherzustellen.

wohl zugelassen werden kann. Allein es ist klar, dass diese Auffassung sowohl der gesetzgeberischen Technik als der Systematisierung der Sachenrechte grosse Schwierigkeiten bereitet, so dass es uns nicht wundern darf, wenn sie in der Doktrin und Gesetzgebung keine führende Rolle zu übernehmen vermocht hat.

Auf der Grundlage der zweiten und der dritten Bestimmung des Eigentumsrechtes erscheint an und für sich ein Recht an eigener Sache logisch sehr wohl als möglich. Das Eigentum selbst wirkt als ein solches Recht, und man sieht nicht ein, weshalb nicht quantitativ oder qualitativ neben dem unbeschränkten Recht (dem Eigentum) ein beschränktes zu gunsten der gleichen Person zugelassen werden sollte. Schwierigkeiten dagegen bereitet die weitere Frage, wie sich das Recht an eigener Sache mit dem Eigentumsrecht überhaupt zu vertragen vermöge, oder die Frage, ob nicht das Eigentum als das vollkommene, ausschliessliche, unbeschränkte Recht, oder als die absolute Herrschaft das danebenstehende beschränkte Recht des Eigentümers notwendig in sich einschliesse und resorbiere³⁷⁾. Hier ist nun folgendes zu unterscheiden:

Wer, von der quantitativen Bestimmung des Eigentums ausgehend, die Möglichkeit der Abtrennung und Verselbständigung einzelner Eigentümerbefugnisse zu-

³⁷⁾ In entsprechendem Sinne hebt Bekker a. a. O., S. 44, hervor, dass zunächst bei Zusammentreffen von Eigentum und Recht an eigener Sache nur die Konfusionsfrage aufgeworfen werden könne. Dass dem Eigentümer überhaupt kein anderes Recht an seiner Sache zustehen könne, sei erst die weitere Entwicklung desselben Gedankens, dessen Richtigkeit bestritten wird.

gesteht, kann bei der Vereinigung der letztern mit dem Eigentum in der gleichen Hand doch nur insoweit ein Aufgehen der ersteren in dem letzteren für geboten erachten, als die Verselbständigung der Einzelbefugnis nicht eine Wirkung erzeugt, die unter gegebenen Umständen dem Eigentum an sich versagt ist, mithin über dieses hinausgeht. Besitzt der Eigentümer eines Grundstückes auf diesem ein Wegrecht zu gunsten eines andern ihm gehörigen Grundstückes und es erwirkt ein nachgehender Hypothekargläubiger die Versteigerung des belasteten Eigentums, so vermag die Wegedienstbarkeit diesem Gläubiger und der Zwangsvollstreckung gegenüber eine Wirkung auszuüben, die dem blossen Eigentum an der Pfandsache versagt bleiben müsste. Derartige stärkere Wirkungen des Einzelrechtes im Verhältnis zum generellen Rechte, dem Eigentumsrechte, sind unter besonderen Voraussetzungen selbstverständlich. Sie müssen auch bei der Auffassung des *ius in re* als einer aus der Summe der Eigentümerbefugnisse abgelösten Einzelbefugnis als möglich erachtet werden, weil die Einzelbefugnis auf Grund ihrer Ablösung ihre eigenen rechtlichen Schicksale, wie namentlich Konkurrenzbeziehungen erhält. In dem gleichen Umfang kann dann aber auch von einer Resorbierung des Einzelrechtes durch das Eigentum nicht mehr die Rede sein, da die Resorbierung doch unter allen Umständen nur so weit zu wirken vermöchte, als die Wirkung des Eigentums selbst reicht³⁸⁾. Es ist auch nicht nötig,

³⁸⁾ Bekker a. a. O., S. 44 f. unterscheidet vier Klassen von *iura in re propria*, die er als stärkerer Wirkung denn das Eigentum und demgemäss als von der Absorbierung durch das Eigen-

anzunehmen, dass eben doch während der Vereinigung ein Ruhen des beschränkten Rechtes im unbeschränkten statfinde, so dass das beschränkte Recht erst wieder auflebe, wenn der Berechtigte irgend einem Dritten gegenüber eine Klage erhalte, vielmehr wird man auf der gezeichneten allgemeinen Grundlage, da doch der Anerkennung des Rechts an eigener Sache keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen, den rechtlich gegebenen Verhältnissen am ungezwungensten dadurch gerecht, dass man der Vereinigung der beiden Berechtigungen eben eine aufhebende Wirkung versagt, oder also das beschränkte Recht neben dem unbeschränkten bestehen lässt³⁹⁾.

tum ausgeschlossen bezeichnet: *a)* Rechte, deren innere positive Seite über die innere Seite des Eigentums hinausgreift und die darum dem Eigentümer die Befugnis zu solcher Behandlung und Ausnutzung der Sache geben, wie sie dem Eigentümer als solchem nicht zukommen. *b)* Rechte, deren äussere Seite über dieselbe Seite des Eigentums hinausgreift; der Berechtigte darf Einwirkungen auf die Sache zurückweisen, die er als Eigentümer nicht zurückweisen dürfte. *c)* Rechte, die das Eigentum an Intensität übertreffen und namentlich denjenigen Rechten Dritter gegenüber durchdringen, denen das Eigentum als schwächeres Recht betreffs der Ausübung weichen müsste. *d)* Rechte, die durch Rechtsmittel geschützt werden, welche dem Eigentümer als solchem nicht zustehen.

Hartmann, a. a. O., S. 133, führt im selben Sinne aus, dass die Rechte an eigener Sache immer eine gewisse Ergänzung des Eigentumsrechtes bedeuten, sei es zur Beschränkung eines fremden *jus in re*, oder zur Erleichterung des Beweises in der Rechtsausübung, oder zur Erweiterung der dem Eigentum generell gezogenen Grenze.

³⁹⁾ Man vgl. darüber Hartmann a. a. O., der namentlich gegenüber v. Jhering auf S. 97 f. den Ausschluss der Konsolidationswirkung nachdrücklich verteidigt.

Anders gestaltet sich das Verhältnis auf der Grundlage der qualitativen Bestimmung des Eigentumsrechtes. Die Eigenart der Herrschaft des Eigentümers schliesst auch hier an und für sich den Bestand eines beschränkten Rechtes an der gleichen Sache nicht aus. Ein Aufgehen des letztern in dem erstern aber wird hier um so weniger zu befürchten sein, als es sich ja um qualitativ verschiedene Berechtigungen handelt. Fraglich kann nur sein, in welchem Sinne aus der Eigentumsqualität ein beschränktes Recht für den Eigentümer abgeleitet werden könne.

Man kann sich das Verhältnis einfach so vorstellen, dass nach der Rangordnung der dinglichen Rechte an derselben Sache das beschränkte Recht auch in der Hand des Eigentümers dem Eigentum selber vorgehe. Wie die *iura in re aliena* vom Eigentümer Dritten in dem Sinne eingeräumt werden, dass sie seinem Eigentumsrechte vorgehen sollen, so kann sich der Eigentümer selbst ein beschränktes Recht wahren, das alsdann im Rangverhältnis aller Berechtigten dem Eigentum selber vorgeht⁴⁰⁾. Allein diese Auffassung verträgt sich doch nur mit den letztangeführten Definitionen der dritten Gruppe, während, sobald von der absoluten Herrschaft des Eigentümers ausgegangen wird, aus dem angeführten Gedankengang eine Klärung der Sachlage kaum gewonnen werden kann. Vielmehr haben wir von der dritten Eigentumsauffassung aus das Verhältnis

⁴⁰⁾ Zu diesem luciden Ergebnis gelangt denn auch Stammler a. a. O. S. 306: «Vom Standpunkt der hier gegebenen Auffassung sind die Schwierigkeiten, die man in den Rechten an eigener Sache hat finden wollen, gar nicht vorhanden.»

zwischen Eigentum und Recht an eigener Sache ganz allgemein mit folgenden Überlegungen uns klar zu machen:

Wenn der Eigentümer der Qualität nach das absolute Recht an der Sache besitzt, so stehen ihm nicht nur die einzelnen Eigentümerbefugnisse als Verfügungs- und Nutzungsgewalt über die gegebene Sache zu, sondern er besitzt 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, allein dieses Recht ist alsdann nicht, wie bei der zweiten Auffassung, ein abgelöstes Stück von der Summe der Eigentümerbefugnisse, sein Eigentum wird um das Recht an der eigenen Sache, das er gebildet hat, nicht ärmer, sein Eigentum bleibt nach wie vor die absolute oder oberste Herrschaft über die Sache. Was er mit der Ausscheidung einer Berechtigung erreicht, ist vielmehr die Schaffung eines eigenen Wertes, den er entweder als *ius in re aliena* an einen Dritten abgibt oder auch als Recht an eigener Sache für sich behalten kann. Die Schaffung eines solchen eigenen Wertes an und aus dem Eigentumsgegenstand ist nun freilich bloss in der Art und in dem Umfange möglich, wie es die objektive Rechtsordnung ermöglicht oder zulässt, und eine blosse Erklärung des Eigentümers, dass er ein gewisses Recht als selbständigen Vermögenswert gebildet wissen wolle, wird ohne besondere Hilfe der Rechtsordnung nirgends auf Anerkennung rechnen können. Allein sobald die Rechtsordnung gewisse Voraussetzungen aufstellt, nach denen eine solche Ver selbständigung zugelassen wird, sei es auf dem Wege

der Hervorhebung gewisser relevanter Bedürfnisse oder vermöge der Aufstellung formaler Requisite, so betätigt der Eigentümer nur seine absolute oder oberste Herrschaft über die Sache, wenn er diese Möglichkeit wahrnimmt und aus seinem Eigentum die Werte schafft, die als Rechte an eigener Sache anerkannt werden.

Eine solche Wertbildung aus dem Eigentum vollzieht der Eigentümer, wenn er die Eigentümerhypothek, -gült oder -grundschuld schafft. Er mobilisiert damit ein Stück seines Bodens dem Werte nach, und das Resultat dieser Disposition ist die Schaffung eines Wertes, der nicht mehr als ein Teil des Grundeigentums dem Inhalte nach gedacht werden kann, sondern einen neuen, mobilen Vermögenswert darstellt⁴¹⁾. Weniger lucid, aber dennoch aus dem gleichen Gedankengang zu erklären ist das Verhältnis bei der Schaffung der Eigentümerdienstbarkeit, die, wenigstens als Grunddienstbarkeit, d. h. für den Hauptfall, aktiv und passiv an das Grundeigentum gebunden wird. Gleichwohl bedeutet auch sie auf der gegebenen Grundlage nicht ein Stück des Eigentums dem Inhalte nach, sondern ein Recht eigener Art, das der Verselbständigung und damit auch des Bestandes in der Hand des Eigentümers selber fähig sein muss, sobald ein rechtlich relevantes Bedürfnis es so verlangt oder die Rechtsordnung gewisse Formen, hierfür zur Verfügung stellt, wie dies namentlich im Grundbuch uns entgegentritt.

⁴¹⁾ Vgl. des nähern hierüber z. B. Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des schweizerischen Grundpfandrechts, S. 58 ff.; Erläuterungen zum Entwurf eines Schweiz. Z. G. B., III, S. 180 ff. (Gesamtausgabe, S. 624 ff.).

Dabei wird dann aber die Schaffung des Rechts an eigener Sache in betreff der Dienstbarkeiten auf zwei verschiedene Arten geschehen können. Die erste besteht darin, dass der Eigentümer zwei ihm gehörende Grundstücke dergestalt zu einander in eine Beziehung setzt, wie überhaupt zwei verschiedene Rechtsobjekte mit bezug aufeinander wechselseitig zum Gegenstand von Recht und Pflicht gemacht werden können. Die Grundstücke werden behandelt, als gehörten sie verschiedenen Eigentümern, und die Verselbständigung besteht eben darin, dass die gleiche Person als Eigentümer des einen Grundstückes ein Recht gegen ein anderes Grundstück erhält, das selbst wieder ihr Eigentum ist, so dass eine Grunddienstbarkeit mit demselben Eigentümer am herrschenden und am dienenden Grundstück zur Herstellung gelangt. Diese Operation erscheint da um so eher als möglich, wo in praktisch brauchbarer Weise die verschiedenen Grundstücke schon an und für sich gegeneinander in klare Beziehungen gebracht sind, d. h. auf der Basis des Grundbuches. Hier erscheint der Eigentümer formal mit dem für jedes Grundstück eingetragenen Namen festgestellt, und es genügt an dieser äusserlichen Bezeichnung, um dem Eigentumsrecht die erforderliche feste Grundlage zu geben. Dass der gleiche Name sowohl als Eigentümer am dienenden wie am herrschenden Grundstück erscheint, hat keine Bedeutung, denn Hauptsache ist die klare und leicht erkennbare Feststellung der Rechtsbeziehungen zwischen den beiden Grundstücken.

Auf eine andere Weise stellt der Eigentümer für sich selbst die Dienstbarkeit her, wenn er sich persön-

lich am eigenen Grundstück ein Recht sichert, das ihm auch für den Fall verbleiben soll, wo ihm die Eigentümerbefugnisse keinen hinreichenden Schutz mehr gewähren würden. Er sichert sich z. B. ein Wohnrecht, bevor er das Grundstück verpfändet, damit dieses Recht ihm auch für den Fall bleibe, wo das damit belastete Haus in fremde Hände gelangen sollte, oder er wahrt sich ein persönliches Wegrecht, bevor er das Grundstück, über das der Weg führt, zu Nutzniessung ausgibt. Auch hier handelt es sich nicht um die Wahrung einer Eigentümerbefugnis, die, vom Inhalt des Eigentums, als ein Teil desselben dem Inhalte nach, abgelöst, weiter bestehen würde, und das Eigentum bleibt das gleiche absolute, oberste Recht wie vorher. Vielmehr hat auch hier der Eigentümer aus seinem Rechte etwas herausgebildet, das als besonderes Recht, wenn auch an eigener Sache, und nicht als Eigentumsbestandteil fortan in seinem Vermögen steht.

Vorausgesetzt ist dabei allerdings stets, dass die Rechtsordnung, wie schon gesagt, ein Mittel an die Hand gebe, um diese Verselbständigung vorzunehmen. Es ist dies eine Voraussetzung, die nicht mit der Frage der Möglichkeit einer Eigentümerdienstbarkeit im Prinzip verwechselt werden darf. In der Ausgestaltung der Rechtsordnung kann es sich nur fragen, ob für die Schaffung solcher Mittel überhaupt ein genügendes Bedürfnis vorliege. Wird diese Frage, wie wir es oben ausgeführt haben, bejaht, so besteht kein Grund dagegen, diese Mittel auch wirklich zu schaffen, es wäre denn jene logische Unmöglichkeit des Rechts an eigener Sache, von der oben die Rede war. Solange man freilich das

Recht an eigener Sache gegenüber dem Grundbegriff des Eigentums als eine peinliche Anomalie empfindet, muss es als erklärlich erscheinen, wenn man die Bedürfnisse auf allerlei Umwege verweist⁴²⁾, auf denen sie sich gegenüber dem doktrinenellen Eigentumsbegriff, soweit möglich, zurechtfinden mögen. Stellt man sich dagegen mit unsern Ausführungen auf den Standpunkt, dass grundsätzlich gegen die Rechte an eigener Sache mit Einschluss der Eigentümerdienstbarkeiten nichts einzuwenden sei, so wird es sich auch empfehlen, die rechtlichen Mittel zu schaffen, mit denen für alle rechtlich relevanten Bedürfnisse das Recht an eigener Sache mit dinglicher Wirkung hergestellt werden kann.

III.

Die Eigentümerdienstbarkeit hat sich in der Gesetzgebung und in der Praxis nur langsam und unvollkommen eingebürgert. Das gemeine Recht hat sie bis auf einige ganz wenige Fälle abgelehnt. In der

⁴²⁾ Auf einen solchen Ausweg wird beispielsweise in den Motiven zum deutschen B. G. B. III, S. 480, verwiesen, wo es heisst, ein praktisches Bedürfnis für das Recht am eigenen Grundstück liege auch in dem Falle nicht vor, «wenn der Eigentümer einer von ihm später zu bestellenden Grunddienstbarkeit den Vorrang vor einer vorher zu bestellenden Hypothek wahren will, da der verfolgte Zweck durch die Art und Weise der Hypothekbestellung sich erreichen lässt.» Es ist dieses der Fall, auf den v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. a. a. O., S. 493, mit der Bemerkung hingewiesen hat, dass das Grundbuch es hier mittelst der Eigentümerdienstbarkeit ermögliche, ein Interesse zu schützen, für dessen Befriedigung sich nach gemeinem Recht eine fast unüberwindliche Schwierigkeit darbiete.

deutschen Gesetzgebung vom Preussischen Landrecht, Österreichischen B. G. B. bis zur neuesten Reichsgesetzgebung, und ebenso, wenngleich etwas intensiver, so doch immer spärlich genug, im französischen Recht ist ihr nur in engem Rahmen und nur unter grosser Einschränkung einige Anerkennung zu teil geworden, so dass aus der ganzen Entwicklung sich deutlich ergibt, welch harter Stand dem Institute durch die Doktrin bereitet worden ist. Erst mit der Einführung und Verbreitung des Grundbuches wurde die Basis geschaffen, auf der es sich zu befestigen und an einigen wenigen Orten in neuester Zeit sogar zur allgemeinen Anerkennung zu gelangen vermochte.

Ein Gang durch diese neueren Gesetzgebungen in chronologischer Folge zur Festsetzung dessen, was sie für die Eigentümerdienstbarkeit getan oder nicht getan haben, würde unzweifelhaft grosses Interesse darbieten. Um aber die damit verbundenen Wiederholungen zu vermeiden, ziehen wir es vor, die Gesetzgebungen in ihren hauptsächlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit einigen Fällen aus der Praxis in einem Rahmen zur Darstellung zu bringen, der uns den Gang der Entwicklung, wie sie zwar nicht chronologisch, wohl aber nach dem Wesen des Institutes allmählich sich vollzogen hat, anschaulicher vor Augen stellen dürfte.

Wir können zwei Hauptfälle der Anerkennung der Eigentümerdienstbarkeit unterscheiden. Bei dem einen handelt es sich um die blosser Anerkennung der Fortdauer einer Dienstbarkeit bei Vereinigung des Eigentümers und des Berechtigten in einer Person. In verschiedenen Stufen und mit verschiedenartiger Be-

gründung gelangt die Eigentümerdienstbarkeit in der Weise zur Geltung, dass das Dienstbarkeitsverhältnis trotz der Konsolidation, sei es an sich, oder wenigstens für die Möglichkeit der späteren Trennung der beiden Subjekte, seine Geltung bewahrt. In dem zweiten Falle dagegen ist davon die Rede, dass der Eigentümer selber sich an seinem Grundstück eine Dienstbarkeit zu begründen vermag. Auch diese Anerkennung aber findet in verschiedenem Umfange statt, und es lässt sich nicht einmal sagen, dass in den Rechten, die eine selbständige Begründung der Dienstbarkeit kennen, notwendig auch die Konfusionswirkung ausgeschlossen sein müsse. Nur da, wo die Anerkennung des Institutes auf dem Grundbuche beruht, darf angenommen werden, dass die Anerkennung der selbständigen Begründung doch wohl auch die Ausschliessung der Konfusionswirkung in sich schliesse. Die umgekehrte Folgerung dagegen ist nicht zulässig und hat denn auch, wie wir unten sehen werden, z. B. für das deutsche B. G. B. durch die Gerichtspraxis ihre Ablehnung erfahren.

In dieser Gruppierung werden wir im folgenden die Ordnung der Eigentümerdienstbarkeit nach ihrer Gestalt in den verschiedenen Rechtsgebieten zur Darstellung bringen, ohne uns auf das einzelne weiter einzulassen, als es zur Rechtfertigung des Institutes als zweckmässig erscheint.

Zu den Rechten, die eine Konstituierung der Eigentümerdienstbarkeit zwar nicht kennen, wohl aber durch den Ausschluss der Konsolidationswirkung tatsächlich doch die Eigentümerdienstbarkeit bei sich aufgenommen

haben, gehören vor allem eine grössere Zahl der deutschen Rechte, wie namentlich das Preussische Landrecht, das Sächsische B. G. B. und das Deutsche B. G. B., sodann das Österreichische B. G. B. und in ganz bescheidenem Umfang auch das römische oder das Gemeine Recht. Dabei unterscheiden sich diese Rechte insofern voneinander, als die einen nur für gewisse besondere Fälle, die andern dagegen allgemein die Konsolidationswirkung ausschliessen.

Das römische Recht und die an dessen Quellen sich anschliessende gemeinrechtliche Praxis, wenigstens in ihrer ganz vorherrschenden Gestalt, sprechen von der Eigentümerhypothek nur mit Bezug auf einen ganz bestimmten Fall⁴³⁾. Wenn nämlich bei der Grunddienbarkeit der Eigentümer des dienenden Grundstücks aus irgend einem Grunde Miteigentümer am herrschenden

⁴³⁾ Quellenstellen, die dieser Regel Ausdruck geben, sind folgende: L. 8, § 1, D. 8, 1: *Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse capero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit.*

L. 27, D. 8, 3: *Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur, quia par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit. At si proprio meo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus, quia proprio fundo per communem servitus deberi potest.*

L. 30, § 1, D. 8, 2: *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. Item usus-fructus in alterutris praediis acquisitus non interrumpit servitutem.*

Ferner ist noch zu vergleichen L. 31, D. 8, 3.

In der neueren Praxis findet sich eine Anwendung dieser gemeinrechtlichen Sätze in einem Urteil des O. G. von Celle, Seufferts Arch. XXII, Nr. 13.

Grundstück wird, oder umgekehrt, so soll, sagen die Quellen, die Grunddienstbarkeit nicht untergehen, sondern trotz der teilweisen Konfusion weiter bestehen⁴¹⁾.

Die generellere Ausschliessung der Konsolidationswirkung finden wir sodann im Allgemeinen Preussischen Landrecht in bestimmter Umgrenzung anerkannt⁴²⁾. Als allgemeiner Grundsatz gilt zwar hier die Regel, dass Grunddienstbarkeiten durch Konfusion im Falle der Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstückes in der Hand desselben Eigentümers untergehen und auch bei einer späteren Veräusserung des einen Grundstückes nicht wiederaufleben. Sobald aber die Servitut im Grundbuch eingetragen, oder durch Anlagen, d. h. im belasteten Grundstück zur Ausübung der Servitut gemachte Einrichtungen äusserlich verkörpert ist,

⁴¹⁾ Vgl. über die Anwendung dieser Regel auf das Eigentumsverhältnis bei Vereinen und Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit Stobbe-Lehmann, a. a. O., II, 2, S. 4. Interessant ist zu sehen, wie bei dem gleichen besonderen Fall des Miteigentums das deutsche B. G. B. ebenfalls einen Schritt über seine allgemeine Regel hinaus getan und die Konstituierung der Eigentümerdienstbarkeit zugelassen hat. Vgl. § 1009, unten S. 68, Anm. 72, Entsch. des R. G., XLVII, S. 209.

⁴²⁾ Allg. Preuss. Landr., I, 22: «§ 52. Grundgerechtigkeiten können, gleich andern dinglichen Rechten, durch Konfusion verloren gehen.

«§ 53. Derjenige also, in dessen Person das Eigentum der berechtigten und verpflichteten Sache zusammenkommt, ist befugt, die auf letztere eingetragenen Grundgerechtigkeiten löschen zu lassen, oder die das Dasein derselben bezeichnende Anlage fortzuschaffen.

«§ 54. Ist dieses aber nicht geschehen, und die verpflichtete Sache gelangt demnächst wieder an einen andern Besitzer, so tritt die vorige Grundgerechtigkeit wieder in ihre Wirkung.»

tritt die Konfusionswirkung nicht ein, sondern der Eigentümer erhält nur die Befugnis zur Löschung im Grundbuch oder zur Wegschaffung der Anlagen, und solange dies nicht geschehen ist, bleibt die Dienstbarkeit jedenfalls in dem Sinne in Kraft, dass sie bei Veräußerung des einen Grundstückes wiederum wirksam wird. Man hat die Frage aufgeworfen, ob bis zum Eintritt getrennten Eigentums an den beiden Grundstücken eine wirkliche Dienstbarkeit für den Eigentümer angenommen werden könne, oder ob nicht ein Wiederaufleben nach vollzogenem Untergang anzunehmen sei. Aus dem Wortlaut des zitierten § 54 kann keine bestimmte Entscheidung abgeleitet werden, und danach wird die Antwort von dem prinzipiellen Standpunkte abhängen, von dem man ausgeht. Hält man die Eigentümerdienstbarkeiten an sich für möglich, so wird man nicht anstehen, die Dienstbarkeit, solange sie nicht gelöscht ist, einfach als fortbestehend anzuerkennen⁴⁶⁾.

Das Sächsische B. G. B. kennt eine Ausschliessung der Konfusionswirkung nur für den Fall, wo die Vereinigung des Eigentums an beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil sie von Anfang an nur eine vorübergehende war, oder siegreich angefochten worden ist⁴⁷⁾. Dafür kennt aber dieses Gesetz eine Bestellung

⁴⁶⁾ Vgl. einerseits Dernburg, Preuss. Privatr., I, S. 764 und 864, andererseits Hartmann, a. a. O., S. 115.

⁴⁷⁾ Sächs. B. G. B., § 594, lautet: «Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sich das alleinige Eigentum an dem herrschenden und dienenden Grundstück in einer Person vereinigt, leben aber wieder auf, wenn die Vereinigung des Eigentums an beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil solche entweder von

der Eigentümerdienstbarkeit, auf die wir unten zu sprechen kommen werden⁴⁸⁾.

Einen besonderen Fall des Ausschlusses der Konfusionswirkung hat im weitem die Hypothekarordnung für Hessen-Darmstadt von 1858 anerkannt, indem nach § 139 Dienstbarkeiten und andere Rechte, die dem dritten Besitzer an dem verpfändeten Gegenstande zugestanden haben, ehe er ihn erworben hat, sobald er ihn aufgibt, wieder aufleben sollen⁴⁹⁾.

Gleich dem Preussischen Landrecht schliesst das Allgemeine B. G. B. von Österreich den Untergang der Grunddienstbarkeit trotz der Vereinigung beider Grundstücke in einer Hand, solange die Löschung der Dienstbarkeit in den öffentlichen Büchern nicht erfolgt ist, aus (§ 526)⁵⁰⁾. Eine Erwähnung der Anstalt für die Servitut wie im Preussischen Landrecht findet sich hier nicht, weil Dienstbarkeiten überhaupt nur durch Eintragung in öffentliche Bücher erworben werden können (§ 481). Diese letztere Regel gilt auch für Personalservituten an Grundstücken; trotzdem wird die Aus-

Anfang an nur eine vorübergehende war, oder durch Anfechtung des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts aufgehoben wird.»

⁴⁸⁾ Siehe B. G. B. § 575, unten S. 61, Anm. 60.

⁴⁹⁾ Vgl. Stobbe-Lehmann, a. a. O., S. 3, Anm. 4, wo noch andere frühere deutsche Hypothekarordnungen in ähnlichem Sinn angeführt werden.

⁵⁰⁾ § 526 lautet: «Wenn das Eigentum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in einer Person vereinigt wird, hört die Dienstbarkeit von selbst auf. Wird aber in der Folge einer dieser vereinigten Gründe wieder veräussert, ohne dass inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden, so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.»

schliessung der Konfusionswirkung nur auf Grunddienstbarkeiten bezogen, so dass also, wenn der Usufruktuar eines Gutes dessen Eigentümer wird und es ohne Löschung des Niessbrauches in den öffentlichen Büchern wieder veräussert, die durch Konsolidation untergegangene Servitut nicht wieder auflebt⁵¹⁾.

Zur gleichen Gruppe ist im weiteren namentlich auch das Deutsche B. G. B. zu rechnen. Der Satz, dass dem Berechtigten an seiner eigenen Sache keine Dienstbarkeit zustehen könne, ist in das B. G. B. nicht uneingeschränkt aufgenommen worden, weder für Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen und Rechten, die nicht wie Grundeigentum behandelt werden, noch für Dienstbarkeiten an Grundstücken und diesen gleich behandelten Rechten⁵²⁾. An Grundstücken und solchen Rechten kann zwar der Eigentümer oder Rechtsinhaber sich eine Dienstbarkeit nicht bestellen, und die durch Konsolidation erloschene Dienstbarkeit geht nicht auf ihn über⁵³⁾, sie erlischt aber doch nicht sofort mit der Konsolidation, sondern ruht nur so lange, bis sie entweder

⁵¹⁾ Vgl. Kirchstetter, Kommentar zum B. G. B., Ausg. von Maitisch, S. 307.

⁵²⁾ Als welche das Erbbaurecht, die Erbpacht, das vererbliche und veräusserliche Recht auf Gewinnung nicht bergrechtlicher Mineralien zu nennen sind. Vgl. B. G. B., § 1017, Einf. G. zum B. G. B., Art. 63, 68 und 196.

⁵³⁾ Sowohl in den allgemeinen Vorschriften über die Grundstücke als in den Vorschriften über die Dienstbarkeiten fehlt es an gegenteiligen Bestimmungen oder an Ausnahmenvorschriften, wie sie § 1196 für die Eigentümergrundsuld aufstellt. Bekanntlich kann aber auch eine Eigentümerhypothek nicht bestellt werden (vgl. § 1163), so wenig wie eine Eigentümerdienstbarkeit, oder ein Eigentümerpfandrecht an einer beweglichen Sache.

im Grundbuch gelöscht ist, oder vom Eigentum wieder getrennt wird⁵⁴⁾. Beim Niessbrauch an beweglichen Sachen hat die Konsolidation dessen Untergang dann nicht zur Folge, wenn der Eigentümer an dem Fortbestehen ein rechtliches Interesse hat. Von besonderer Wichtigkeit ist dieser Ausschluss des Erlöschens im Falle der Konsolidation, falls die Dienstbarkeit mit dem Rechte eines Dritten belastet ist⁵⁵⁾.

Endlich kann hierher auch noch gerechnet werden ein eigentümlicher Fall des französischen Rechtes. Der Code civil français kennt im allgemeinen den Satz, dass jede Servitut erloschen sei, sobald das dazu berechnigte und das damit belastete Grundstück in derselben Hand vereinigt seien⁵⁶⁾. Allein er sanktioniert die Errichtung auf dem Wege der Bestimmung seitens des Eigentümers, *destination du père de famille*, die aber nur für ununterbrochen fortdauernde und ins Auge fallende Servituten anerkannt wird. Vgl. Art. 692 und 693. Allein nun wird in Art. 694 beigefügt, falls der Eigentümer zweier Grundstücke, auf welchen sich ein ins Auge

⁵⁴⁾ § 889 lautet: «Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht, oder der Berechnigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt.»

⁵⁵⁾ § 1063 bestimmt: «Der Niessbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft.

«Der Niessbrauch gilt nicht als erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Niessbrauchs hat.» Vgl. dazu Motive III, S. 531.

⁵⁶⁾ Vgl. C. c. fr., Art. 705, und Baudry-Lacantinerie a. a. O., S. 857.

fallendes Merkmal einer Servitut befinde, eines von beiden veräussere, ohne dass der Vertrag eine auf die Servitut sich beziehende Übereinkunft enthalte, so bleibe dieselbe aktiv oder passiv zum Vorteil des veräusserten Grundstückes oder an dem veräusserten Grundstück in Geltung. Diese Bestimmung hat den Gegenstand langer Kontroversen gebildet, die sich schliesslich auf zwei einander entgegenstehende Auffassungen vereinfacht haben, und eine von diesen geht dahin, es sei Art. 694 mit Art. 692 und 693 in der Weise zu verbinden, dass letztere die eigentliche Bestimmung durch den Eigentümer im Auge haben, während ersterer sich auf den Fall beziehe, wo die Dienstbarkeit vor der Vereinigung der beiden Grundstücke in einer Hand bereits bestanden habe. Die Konfusionswirkung werde hier also in dem Sinne ausgeschlossen, dass die Dienstbarkeit mit der Trennung des Eigentums wieder aufleben soll. Die *destination du père de famille* würde also Geltung haben für *servitudes continues et apparentes* der Ausschluss der Konfusionswirkung aber für *servitudes apparentes*, auch wenn sie nicht *continues* sind⁵⁷⁾.

In einer zweiten Gruppe von Rechten finden wir die Bestellung der Eigentümerdienstbarkeit durch den

⁵⁷⁾ Die andere der beiden Auffassungen vereinigt die beiden sich widersprechenden Bestimmungen (Art. 694 einerseits und 692 und 693 andererseits) in der Weise, dass bei einer vertragsmässigen Trennung des Eigentums an beiden Grundstücken, sobald der Vertrag nichts anderes bestimmt, eine Dienstbarkeit mit ins Auge fallender Einrichtung in ihrem Bestande geschützt werden soll, auch wenn sie nicht ununterbrochen fortdauernd ist. Das Gesetz

Eigentümer selbst anerkannt, allein unter sehr verschiedenen Voraussetzungen und mit ungleicher Tragweite. Schon bei dem Ausschluss der Konfusionswirkung sind wir der Anschauung begegnet, dass die Dienstbarkeit eigentlich doch bei der Vereinigung des Eigentums an beiden Grundstücken, oder des Eigentums mit der Berechtigung, untergegangen sei und dass es sich folglich bei der Trennung nur um ein stillschweigendes Wiederaufleben oder eine stillschweigende Neubegründung handle. Immerhin wird dabei stets der Nachweis verlangt, dass die Dienstbarkeit vor der Vereinigung bestanden habe. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so kann auch ein Wiederaufleben der Dienstbarkeit nicht zugestanden werden⁵⁸⁾.

Einen Schritt weiter geht nun aber bereits eine verbreitete Praxis, die annimmt, dass in dem Falle, wo zwischen zwei Grundstücken desselben Eigentümers tatsächlich ein servitutähnliches Gebrauchsverhältnis betätigt werde oder geradezu die Notwendigkeit einer solchen Nutzung für das eine Grundstück vorliege, bei der Veräußerung eines der Grundstücke die stillschwei-

hätte, so nimmt diese zweite Auffassung an, die Kontrahenten dabei behaften wollen, dass die äusserlich wahrnehmbare Dienstbarkeit in Geltung zu bleiben habe, sobald sie es nicht anders verabredet haben. Diese zweite Interpretation wird als die gegenwärtig herrschende bezeichnet. Vgl. Aubry et Rau, III, § 252, insbesondere Note 9 ff. Demolombe, XII, Nr. 821, Baudry-Lacantinerie a. a. O., S. 819—824.

⁵⁸⁾ Vgl. z. B. die Ausschliessung der Anwendung der zitierten §§ 53 und 54 des Preuss. Landr. auf den Fall, da vor der Vereinigung die Dienstbarkeit nicht begründet worden war, in Entsch. des R. G., XIII, S. 251.

gende Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit im Vertragswillen der Parteien liege⁵⁹⁾. Von einer Eigentümerdienstbarkeit kann hier allerdings noch nicht gesprochen werden, aber es nähert sich doch offenbar

⁵⁹⁾ Vgl. aus der Judikatur des deutschen R. G., Entsch. XIII, S. 251: «Man muss davon ausgehen, dass der Eigentümer zweier Grundstücke, wenn er das eine in der Weise nutzt, dass es den Zwecken des andern dient, nur das ihm als Eigentümer zustehende Gebrauchsrecht ausübt. Wenn jedoch in solchem Falle das dienende Grundstück in andere Hände übergeht, so nimmt die konstante Judikatur sowohl des Gemeinen als des Preuss. Rechtes an, dass es eines neuen Aktes behufs der Begründung einer Grundgerechtigkeit nicht bedarf, sofern der Veräußerer und der Erwerber gewollt haben, dass die bisherige Benutzungsart des dienenden Grundstückes fortbestehen solle.» Eine besondere Manifestierung des Willens beim Vertragsschluss wird dabei nicht verlangt, ja es wird auch der Auffassung beigezogen, dass die Konstituierung der Grundgerechtigkeit in dem Falle angenommen werden dürfe, wenn das bisherige Gebrauchsrecht für das verkaufte herrschende Grundstück dringend notwendig sei, oder wenn der Verkäufer sich die Fortnahme der Anstalt zur Ausübung des Gebrauches nicht ausdrücklich vorbehalten habe.

Ferner Entsch. XXXVIII, S. 287 f., wo ausgeführt ist, dass der tatsächliche Zustand dann in einen rechtlichen übergehe, wenn der Eigentümer das dienende Grundstück veräußert, sofern hierbei der Veräußerer und der Erwerber gewollt haben, dass die bisherige Benutzungsart dieses Grundstückes fortbestehen solle. Durch eine derartige Veräußerung verwandle sich der bisher nur tatsächlich geübte Gebrauch des Eigentümers in eine Grundgerechtigkeit, ohne dass es eines neuen Aktes behufs ihrer Begründung bedürfe. — In Entsch. XLII, S. 160, wird alsdann in einem ähnlichen Fall angefügt, dass für eine solche Willensauslegung besondere Umstände erforderlich seien, die einen dahingehenden Willen der Paziszenten in deutlicher Weise ergeben. Als hierfür konkludente Umstände seien namentlich die Unentbehrlichkeit der Fortsetzung des bisherigen Gebrauches für das herrschende Grundstück und das Bestehen besonderer

der Fall denjenigen Tatbeständen, bei denen die Existenz der Dienstbarkeit während der Vereinigung der zwei Grundstücke unter einem Eigentümer vom Rechte mit Wirkung für den Fall ihrer spätern Trennung anerkannt wird. Denn auch in diesem Falle wird in einzelnen Gesetzgebungen auf den Vertragswillen des Disponierenden abgestellt. Allerdings überall nur soweit es sich nicht um ungelöschte grundbuchliche Eintragungen handelt. Denn wo das Gesetz zur Errichtung einer Dienstbarkeit die Eintragung ins Grundbuch fordert, kann überhaupt von der stillschweigenden Bestellung durch Vertrag nur in dem Sinne die Rede sein, dass damit ein persönlicher Anspruch auf Eintragung begründet würde.

Eine gesetzliche Fixierung hat die stillschweigende Begründung der Dienstbarkeit durch Vertrag des Eigentümers bei Vornahme der Trennung der beiden Grundstücke im Sächsischen B. G. B. § 575 erfahren⁶⁰⁾.

Einrichtungen oder baulicher Anlagen auf dem dienenden Grundstücke anzusehen, wenn diese trotz der Veräußerung unverändert bei Bestand gelassen werden.

Vgl. auch Entsch. des R. G., XLVII, S. 207, dann Seufferts Arch. XXXVII (n. F. VII) Nr. 10 (Urteil des O. L. G. Braunschweig) wo die stillschweigende Begründung der Dienstbarkeit abgelehnt wird, weil die Veräußerung auf dem Wege der Subhastation durch den Hypothekargläubiger erfolgt sei, während nur der Eigentümer das Grundstück hätte stillschweigend belasten können. Weiter Windscheid, Pandekten, I, § 212, Note 10—14, und endlich ist aus dem franz. Recht C. c. fr., Art. 694, nach der Interpretation, die wir S. 59 in Anm. 57 als die herrschende angeführt haben, hierher zu rechnen.

⁶⁰⁾ Er lautet: «Eine stillschweigende vertragsmässige oder letztwillige Bestellung einer Dienstbarkeit findet namentlich statt, wenn jemand zwei Grundstücke eigentümlich besitzt, deren eines

Einen erheblichen Schritt zur Eigentümerdienstbarkeit finden wir nun aber im französischen Recht vollzogen. Wir haben die Bestimmungen des C. c. fr. Art. 692 bis 694 bereits oben gestreift⁶¹⁾. Voraussetzung ist auch hier, dass zwei Grundstücke in der Hand eines Eigentümers vereinigt seien und zwischen ihnen ein Verhältnis, das dem Inhalte nach einer Grunddienstbarkeit entspricht, begründet werde mit Hinsicht und mit Wirksamkeit für den Fall der späteren Trennung, wobei noch beigelegt werden mag, dass eine rationelle Judikatur die Vorschriften auch für den Fall als anwendbar erklärt hat, wo ein bishin einheitliches Grundstück, auf dem das Belastungsverhältnis eingerichtet worden war, geteilt wird. Das Neue in dieser Institution liegt darin, dass die *destination* des Eigentümers, d. h. die ausdrückliche Verfügung oder doch die Beibehaltung einer schon bestehenden Einrichtung seitens desselben, sowohl in bezug auf die Existenz als betreffend den Inhalt

das andere durch eine Anlage oder Vorrichtung belästigt, und das Eigentum eines dieser Grundstücke auf einen andern, oder beider Grundstücke auf verschiedene Personen ohne Beseitigung der Anlage oder Vorrichtung übergeht.»

⁶¹⁾ Sie lauten: «692. La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

«693. Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

«694. Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.»

des Belastungsverhältnisses als massgebend bezeichnet wird, dass also ein vertraglicher Konsens mit dem Erwerber des einen Grundstückes nicht vorausgesetzt ist. Die Bestimmung, dass die *destination* als Titel gelten solle, bedeutet, dass sie einen Vertrag oder sonstigen Erwerbstitel entbehrlich macht und dass folglich auch jede Art der Trennung oder Begründung des Eigentums in der Hand eines andern, sei es Rechtsgeschäft oder Zwangsenteignung oder Ersitzung, von der gleichen Wirkung begleitet ist⁶²⁾. Allerdings lässt es die französische Doktrin doch unentschieden, ob schon während der Einheit des Eigentums an beiden Grundstücken eine wirkliche Dienstbarkeit als Eigentümerdienstbarkeit bestehe oder nicht. Was hier hervorgehoben werden muss, liegt hinreichend klar in dem Umstand vor uns, dass es jedenfalls nicht der Vertragswille, das Rechtsgeschäft ist, was die Servitut begründet, sondern die *destination du père de famille*⁶³⁾. So muss dies für die *servitudes continues et apparentes* festgehalten werden, wogegen, wie wir oben gesehen haben, für die blosse *servitude apparente* gemäss Art. 694 eine andere Auffassung Platz greift. Die ältere französische Doktrin hatte auf grund der *destination* die Existenz einer Servitut angenommen, die sie, im Gegensatz zur vollwirksamen Dienstbarkeit unter verschiedenen Sub-

⁶²⁾ Vgl. Demolombe XII, Nr. 809, Baudry-Lacantinerie, S. 816 und die an diesen Stellen angeführten Gerichtsurteile.

⁶³⁾ Es geht deshalb nicht an, das französische Recht einfach als eine nähere Entwicklung der Grundsätze aufzufassen, die wir oben betr. stillschweigende Bestellung der Dienstbarkeit angeführt haben, und ist mithin der Bemerkung Windscheids a. a. O., S. 967, Anm. 13, nicht beizustimmen.

jekten, als eine „*servitude causale*“ betitelte. Mit der Trennung des Eigentums an beiden Grundstücken wird sodann aus der *servitude causale* eine „*servitude formelle*“. Die neuere Doktrin spricht von einem latenten Zustande, in dem sich die Dienstbarkeit unter dem einen Eigentümer befinde, bis sie im Verhältnis verschiedener Eigentümer untereinander mit ihrer ganzen Rechtskraft hervortreten vermöge⁶⁴⁾.

Die *destination du père de famille* des französischen Rechtes ist in den Gesetzbüchern von Neuenburg und Wallis, sowie Waadt — wo diese Vorschriften aber seither aufgehoben worden sind — nachgeahmt und in Freiburg auf alle *servitudes apparentes* ausgedehnt worden. In der deutsch-schweizerischen Gesetzgebung ist sie als „Widmung“ oder „selbstverständliche Bestellung“ in Zürich, Schaffhausen, Solothurn und Graubünden bekannt, und zwar regelmässig mit bezug auf Anstalten oder Einrichtungen, die der Dienstbarkeit eine deutliche Gestalt zu verleihen vermögen⁶⁵⁾.

⁶⁴⁾ Vgl. Pothier, coutumes d'Orléans, Art. 228, Baudry-Lacantinerie a. a. O., S. 814 f.

⁶⁵⁾ Vgl. Huber, Schweiz. Privatrecht III, S. 352—354. Solothurn bestimmt in § 788 der alten und 493 der neuen Redaktion des Z. G. B.: «Hat der Eigentümer einer Liegenschaft auf derselben solche Einrichtungen getroffen oder bestehen lassen, die, wenn die Liegenschaft verschiedenen Eigentümern zugehört hätte, als Zeichen einer Dienstbarkeit zu gunsten der Teile des Grundstückes angesehen worden wären, so entsteht bei Teilung der Liegenschaft die Dienstbarkeit für die einzelnen Teile.» Man sieht, dass sich diese Bestimmung auf den Fall bezieht, den die französische Praxis unter C. c. fr. Art. 692 subsumiert hat. Der Hauptfall wird offenbar als selbstverständlich anerkannt. Der Beisatz «in die Augen fallend» findet sich in der alten Redaktion,

Eine weitere Gruppe von Eigentümerdienstbarkeiten ergibt sich aus den Tatbeständen, bei denen das Grundeigentum mit einem *ius in re aliena* von solcher Intensität belastet erscheint, dass das Eigentum wirtschaftlich zurücktritt. In solchen Fällen wie Leihe, Erbpacht, Emphyteuse, erhält der Bebauer und Nutzer dieses Grundstückes eine Selbständigkeit, die in Anwendung auf die Dienstbarkeitsbelastung es leicht erklärlich macht, dass er wie ein Eigentümer gestellt und danach also dann auch die Eigentümerdienstbarkeit zur Anerkennung gebracht wird. Fassen wir diese Fälle mit dem von Bruns hierfür empfohlenen Ausdruck „Untereigentum“ (in neuerem Sinne) zusammen⁶⁶⁾, so lassen sich drei Möglichkeiten unterscheiden: Ein Verhältnis zwischen Untereigentum und Untereigentum desselben Eigentümers bei verschiedenen Untereigentümern, ein

so dass durch die neue, die ihn weglässt, eine Erweiterung des Institutes eingetreten ist. — Zürich P. G. B. § 261 (alte Red. 711) bestimmt: «Wenn ein gemeinsames Grundstück unter die Miteigentümer real verteilt, oder wenn sonst ein Grundstück in kleinere Stücke zerschlagen und unter mehrere Eigentümer zerteilt wird, so ist anzunehmen, auf die vorhandenen Anstalten, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach einzelnen Stücken derart zudienen, haben deren Eigentümer für die Zukunft als auf Dienstbarkeiten Anspruch.» Hiermit stimmt das P. G. B. von Schaffhausen, § 658, wörtlich überein, während Graubünden, P. R. § 254, die Anwendbarkeit der entsprechenden Vorschrift auf «sinnlich wahrnehmbare Einrichtungen (wie z. B. Dachkänel und Wasserleitungen), welche eine der abgetrennten Liegenschaften belasten und zur Benutzung der andern in bisheriger Weise unerlässlich sind», beschränkt.

⁶⁶⁾ Vgl. Rechtsenzyklopädie von Holtzendorff a. a. O., S. 453.

Verhältnis zwischen einem Grundstück in Untereigentum und einem freien Grundstück desselben Eigentümers und ein Verhältnis zwischen zwei Grundstücken, von denen das eine als Untereigentum und das andere als freies Eigentum der gleichen Person zugehört. In den beiden ersteren Fällen handelt es sich vom Standpunkt des bürgerlichen Eigentums aus um eine Eigentümerdienstbarkeit, wogegen der dritte Fall nur vom Standpunkt des Untereigentums aus für unsere Frage in Betracht gezogen werden kann.

Die wirtschaftliche Präponderanz des Untereigentums in der Nutzung und Bewirtschaftung der Grundstücke rechtfertigt es vollkommen, wenn für den ersten Fall die Möglichkeit eines wechselseitigen „Untereigentums-Dienstbarkeits-Verhältnisses“ Anerkennung gefunden hat. Wenn also zwei Grundstücke desselben Grundherrn in Erbpacht ausgegeben sind und das eine hat auf dem andern ein Weiderecht, so wird dieses Verhältnis trotz der Einheit des grundherrlichen Eigentums als eine Dienstbarkeit anerkannt, und zwar mit Bestand sowohl für die Möglichkeit des Heimfalles des einen oder andern Grundstücks, als bei deren Umwandlung in freies Eigentum⁶⁷⁾. Der zweite Fall muss nach der gleichen Auffassung zur Anerkennung der Eigentümerdienstbarkeit führen⁶⁸⁾. Im dritten Falle aber haben wir es überhaupt nicht mit vereinigttem Eigentum, oder also auch nicht mit einer Eigentümerdienstbarkeit zu

⁶⁷⁾ Vgl. eine solche Entscheidung des Obertribunals von Berlin in Seufferts Arch. XXIV, Nr. 216.

⁶⁸⁾ Vgl. Hartmann, a. a. O., S. 82 f.

tun⁶⁹⁾. Ähnliche Verhältnisse finden sich im Superficiarrecht, sowie in den Beziehungen eines Fideikommissgrundstückes zu freiem Eigentum desselben Berechtigten, Fälle, auf die schon in den römischen Quellen verwiesen ist⁷⁰⁾. Gewiss darf auch das Erbbaurecht des deutschen B. G. B., §§ 1012—1017, hierher gerechnet werden, indem sehr wohl zwischen dem Erbbau und einem andern Grundstück desselben Eigentümers ein Dienstbarkeitsverhältnis zur Herstellung gelangen kann⁷¹⁾.

Daran reihen wir die Fälle, in denen zwischen dem Grundstück eines Vereins oder einer Gesellschaft ohne Persönlichkeit und dem Grundstück eines Mitgliedes oder Gesellschafters ein Belastungsverhältnis besteht. Die Eigentümerdienstbarkeit liegt hier vor mit Hinsicht auf die Miteigentumsquote, und es entspricht durchaus der neueren Auffassung, wenn für solche Verhältnisse nicht nur, wie wir oben gesehen haben, die Konfusionswirkung ausgeschlossen, sondern geradezu die Möglichkeit der Neubestellung einer Dienstbarkeit zugestanden wird. Diesen Schritt finden wir mit, wie uns scheint, hinreichender Deutlichkeit in § 1009 des deutschen B. G. B. vollzogen, wobei für die Dienstbarkeitsbelastung weniger an die Belastung des einen Anteils zu gunsten des anderen Miteigentümers, als an

⁶⁹⁾ Die bei Stobbe-Lehmann a. a. O., S. 3, diesfalls angeführten Fälle werden daher richtig als Tatbestände des *jus in re aliena* bezeichnet.

⁷⁰⁾ Vgl. z. B. L. 1, § 9, D. 43, 18: « *Servitutes quoque . . . constituentur et . . . utilibus actionibus petuntur*, » ferner L. 73, § 1, D. 36, 1.

⁷¹⁾ Vgl. in diesem Sinne Plancq, B. G. B. III, S. 298.

das Belastungsverhältnis zwischen dem gemeinschaftlichen Grundstück und dem Grundstück eines der Miteigentümer zu denken ist⁷²⁾).

Nur wenige Rechte haben den Schritt gewagt, die Eigentümerdienstbarkeit allgemein anzuerkennen, und es ist diese letzte Stufe der Entwicklung auch nur in dem Umfange erreichbar gewesen, als durch das Mittel der öffentlichen Bücher oder des Grundbuches überhaupt erst die Möglichkeit geschaffen worden ist, solchen Verhältnissen eine genau abgegrenzte und rechtlich zuverlässige Gestalt zu geben. Ohne das Hilfsmittel solcher Formvorschriften vermag sich die Eigentümerdienstbarkeit in bezug auf ihren Bestand und ihren Inhalt höchstens etwa durch das Mittel der äusseren Einrichtung, oder dann vermittelt der Begründung durch ein alle Interessierten bindendes Vertragsverhältnis Anerkennung zu verschaffen, und man kann sich leicht vorstellen, dass auf der letztern Basis trotz aller praktischen Bedürfnisse das Institut zu keiner grösseren Entwicklung zu gelangen vermochte. Anders nun aber verhält es sich auf der Basis des Grundbuches, d. h. also, sobald mit den grundbuchlichen Formen ein Mittel geschaffen ist, das solchen Verhältnissen ganz

⁷²⁾ § 1009 lautet: «Die gemeinschaftliche Sache kann auch zu gunsten eines Miteigentümers belastet werden. — Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zu gunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks, sowie die Belastung eines andern Grundstücks zu gunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört.»

allgemein und jedermann gegenüber die nötige Bestimmtheit zu verleihen vermag. Es kann nicht überraschen, wenn mit der Verbreitung des modernen Grundbuches auch die Stimmen sich gemehrt haben, die für die Eigentümerdienstbarkeit eine umfassendere Anerkennung beanspruchen, indem sie es hervorheben, dass eben in der Grundbucheinrichtung ein vortreffliches Mittel zur Verwirklichung ihres Postulates gegeben sei. Sowohl v. Jhering als Hartmann und Stobbe weisen mit Nachdruck hierauf hin⁷³⁾. Die Wirkung der grundbuchlichen Eintragung aber, auf der Basis der einseitigen Verfügung seitens des Eigentümers, darf und muss daraus erklärt werden, dass dieser sich eben, wie wir oben bereits auseinandergesetzt haben⁷⁴⁾, aus seinem Eigentum Werte, d. h. Rechte zu schaffen befugt ist, soweit die Rechtsordnung ihm hierzu die Mittel gibt.

Dies führt uns endlich zu der letzten Frage, ob nicht mit der Einführung des Grundbuches oder also

⁷³⁾ Vgl. v. Jhering a. a. O., S. 456 ff., Hartmann a. a. O., S. 67 ff., Stobbe-Lehmann a. a. O., S. 2 f., und weiter Strohal bei Grünhut, Zeitschr. f. d. Pr. u. Ö. R. IV, S. 485 ff.

⁷⁴⁾ Andere Erklärungen sind von verschiedener Seite versucht worden, man vgl. z. B. die Konstruktion v. Jherings, der a. a. O., S. 492, ausführt, dass durch die Eintragung der Eigentümer die Sache der Behörde unterwerfe und auf diesem Wege eine Dienstbarkeit objektiven Bestandes herzustellen vermöge. Dieser Erklärungsversuch ist vom Reichsgericht, entgegen der Zustimmung seitens einer Entscheidung des Oberlandesger. von Hamburg und des Berliner Kammergerichts, sowie einer Äusserung von Stobbe a. a. O. II (2. Aufl.), S. 213, Anm. 3, gewiss mit Recht abgelehnt worden. Vgl. Entsch. XIII, S. 251 und namentlich XLVII, S. 205 f.

mit der Schaffung der Möglichkeit, solche Eigentümerdienstbarkeiten mit der nötigen Klarheit formal zu begründen, überhaupt ohne weiteres die materiellrechtliche Anerkennung dieses Institutes begründet werde. Die Ansichten gehen auseinander.

In der deutschen Praxis ist der Versuch energisch gemacht worden, die Eigentümerdienstbarkeit in Gestalt der Eintragung einer Belastung zwischen zwei Grundstücken desselben Eigentümers nur auf Grund des angeführten Argumentes, oder also trotz des Mangels an einer bestimmten gesetzlichen Grundlage, zur Anerkennung zu bringen. Aber die ganze Dienstbarkeitsauffassung im B. G. B. und der Charakter der Ausnahmen, die von dem Grundsatz *nulli res sua servit* in sehr begrenztem Umfange, wie wir gesehen, im B. G. B. Anerkennung gefunden haben, hat die oberste Instanz dazu geführt, allen diesen Versuchen mit Entschiedenheit entgegenzutreten⁷⁵⁾.

Zu einer andern Auffassung bekannte sich dagegen das Justizkollegium von Baselstadt, das im Jahre 1874 auf ergangene Anfrage des Grundbuchamtes die Eintragung einer Grunddienstbarkeit an eigener Sache ausdrücklich zugestanden hat. Der gleiche Grundsatz ist weiter auch vom Zivilgericht von Baselstadt in einer Entscheidung vom 3. März 1882 aufgestellt worden, wo dieses

⁷⁵⁾ Vgl. die Ausführungen in der Entsch. des R. G., XLVII, S. 202—210, mit dem Schlussergebnis: «An einem eigenen Grundstück kann der Eigentümer keine Grunddienstbarkeit bestellen. Eine Urkunde, in der er sie dennoch bewilligt, lässt erkennen, dass eine unzulässige Eintragung begehrt wird, und deshalb muss der Eintragungsantrag abgelehnt werden.» — Für das frühere Recht kann auch auf R. G., XLII, S. 159 f., verwiesen werden.

ausführt, dass die einzelnen Parzellen desselben Grundeigentümers sehr wohl gegeneinander Träger von Rechten und Lasten sein können, wie denn auch die Errichtung von Servituten auf einer Parzelle zu gunsten einer andern des gleichen Eigentümers in Baselstadt zugelassen werde ⁷⁶⁾).

Liegen in der positiven Gesetzgebung keine Gegenargumente, so darf man es denn auch wohl in dem Sinne der letztern Auffassung ganz allgemein anerkennen, dass mit der Einführung des Grundbuches, d. h. mit der Schaffung des Mittels zur Begründung von Eigentümerdienstbarkeiten, auch diesem Institut selber der Weg zur Aufnahme eröffnet ist, wenigstens in der Weise, dass Grunddienstbarkeiten zwischen zwei Parzellen des gleichen Eigentümers zur Eintragung gelangen können. Für die persönlichen Dienstbarkeiten wird dagegen regelmässig in der materiellen Ordnung des Institutes selbst eine Ausschliessung der Möglichkeit der Begründung einer Eigentümerdienstbarkeit gefunden werden, soweit nicht, wie beim Pfandrecht

⁷⁶⁾ Vgl. Zeitschr. für Schweiz. R., I n. F., S. 183, ferner Hartmann a. a. O., S. 99, wobei allerdings in Betracht gezogen werden darf, dass das Baselstädtische Recht irgendwelche näheren Vorschriften über die Eigentümerdienstbarkeit sowohl betreffend Grundsatz als Ausnahmen nicht enthält. Die Verfügung des Justizkollegiums vom 8. Dez. 1874 lautet: «Auf aneinanderstossende Liegenschaften desselben Eigentümers, welche wegen verschiedener Interessen von Hypothekargläubigern oder des Eigentümers als getrennte Parzellen gebucht erscheinen, können auch gegeneinander Servituten bestellt werden. Die Grundbuchverwaltung ist bei solchen Anfragen angewiesen, sich an den Delegierten (jetzt an den Vorsteher des Justizdepartements) zu wenden, welcher im Fall nachgewiesener Interessen die Eintragung gestatten kann.»

an eigener Sache, das Gesetz selbst etwas anderes bestimmt⁷⁷⁾.

Der Entwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches hat in Art. 726 die Eigentümerdienstbarkeit mit den Worten zugelassen: „Der Eigentümer ist befugt, auf seinem Grundstück zu gunsten eines andern ihm gehörigen Grundstückes eine Dienstbarkeit zu errichten.“ Ein Bedürfnis zur Aufstellung einer gleichen Bestimmung für die andern Dienstbarkeiten ist nicht vorhanden⁷⁸⁾.

Überblicken wir die Fälle, die wir hiernach in den verschiedenen Rechten angetroffen haben, so lassen sich

⁷⁷⁾ Vgl. Huber, a. a. O., III, S. 354. Das waadtländische Grundbuch hat die Begründung der Dienstbarkeit durch *destination du père de famille* mit Art. 18 der loi sur l'inscription des droits réels immobiliers aufgehoben, indem es bestimmt: «Les servitudes ne s'acquièrent que par l'inscription. Elles ne peuvent s'acquérir contre le propriétaire inscrit, ni par prescription, ni par destination du père de famille.» Man wird diese Bestimmung so auslegen dürfen, dass nur die Wirkung der *destination* ohne Eintragung ins Grundbuch aufgehoben ist und eine Begründung der Eigentümerdienstbarkeit durch Eintragung gleichwohl möglich bleibt.

⁷⁸⁾ Vgl. dazu Erläuterungen, III, S. 134 f. (Gesamtausgabe, S. 578 f.), sodann Hitzig, Zeitschr. für Schweiz. R., XIX n. F., S. 391 ff., in der Abhandlung über die Grunddienstbarkeit im Vorentwurf eines schweiz. Z. G. B. — Das Moment, das wir oben in Wirksamkeit getroffen haben, wird auch hier beachtet werden dürfen, nämlich die Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse, sowie auf Treu und Glauben im Verkehrsleben. Soweit es hiernach als notwendig oder zulässig erscheint, wird auf der Basis des Grundbuches auch die Anerkennung einer persönlichen Dienstbarkeit zu gunsten des Eigentümers sich rechtfertigen lassen. Man denke z. B. an ein Wohnrecht, das jeder pfandrechtlichen Verwertung der belasteten Sache als dingliche Berechtigung vorgehen soll.

in ihnen drei Richtungen unterscheiden. In erster Linie wird der Eigentümer mit der Eigentümerdienstbarkeit den Zweck verfolgen, für den künftigen, in bezug auf das Eigentum getrennten Bestand mehrerer ihm gehöriger Grundstücke die wechselseitigen Belastungsverhältnisse von vornherein klar zu ordnen und festzulegen, damit jeder Käufer genau weiss, was er erhält. Damit verbindet sich als zweiter Zweck für den Eigentümer der mehreren Grundstücke das Bestreben, die Belastungsverhältnisse so zu gestalten, dass dadurch eine bessere Verwertbarkeit für das eine oder andere Grundstück erzielt wird. Wir brauchen in ersterer Hinsicht nur auf die Bauunternehmungen zu verweisen, von denen wir eingangs gesprochen haben. Das zweite Moment kann man sich an dem Beispiel vergegenwärtigen, wo ein Eigentümer den Wert einer von ihm zum Verkaufe ausgetobenen Baustelle dadurch zu erhöhen sucht, dass er auf seinem danebenliegenden zweiten Grundstück keine Bauten zu errichten verspricht. Will er das letztere Grundstück verpfänden, so muss ihm daran liegen, jene Verpflichtung nicht bis zum Verkaufe des ersten Grundstücks zu verschieben, sondern sie jetzt, schon vor der Verpfändung, dinglich zu begründen. Als dritten Zweck wird man sich die Sicherung eigener Rechte denken müssen, wie wir sie in mehreren der oben angeführten Fälle angetroffen haben. Der Eigentümer erstrebt hier, sich eine dingliche Benutzung oder auch nur Verteidigung seines Grundbesitzes zu sichern, die ihm als blossem Eigentümer durch einen andern dinglich Berechtigten, Nutzniesser oder Pfandgläubiger, verwehrt werden könnte.

Das rechtliche Mittel, wodurch der Eigentümer diese Ziele erreicht, bietet die auf der sachenrechtlichen Ordnung, wie namentlich auf dem Grundbuch beruhende Eigentümerdienstbarkeit, die mit einer tieferen Erfassung des Eigentums wohl vereinbar ist, und es mag hier- nach ermessen werden, inwieweit es sich rechtfertigt, das Institut in die Rechtsordnung aufzunehmen.



