Die Entstehung von Grunddienstbarkeiten ohne Eintrag in das Grundbuch nach Zürcherischem Recht

Autor(en): **Honegger, Heinrich**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **11 (1892)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896711

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Die Entstehung von Grunddienstbarkeiten ohne Eintrag in das Grundbuch
nach Zürcherischem Recht

von

Dr. Heinrich Honegger,
Advocat in Zürich.

Das im Kanton Zürich geltende Servitutenrecht ist im Privatrechtlichen Gesetzbuch (in seiner revidirten Fassung seit dem 1. Januar 1888 in Kraft stehend) niedergelegt; dieses handelt im fünften Abschnitt des zweiten Buches von den Dienstbarkeiten (Servituten), und theilt sie in Grunddienstbarkeiten und Niessbrauch ein.

Diesem Servitutenrechte liegen in der Hauptsache folgende Sätze zu Grunde:

Die Grunddienstbarkeiten setzen ein dienendes Grundstück voraus, dessen Eigenthümer in Folge der Dienstbarkeit verhindert wird, etwas zu thun, oder genöthigt wird, etwas zu dulden, was er als freier Eigenthümer thun könnte oder nicht zu dulden brauchte (§ 687 des alten, § 238 des revidirten Priv. Ges.-B.); sie stehen in der Regel dem Eigenthümer eines andern, herrschenden Grundstückes, und zwar in der Art zu, dass das Recht nicht von diesem Grundstücke zu trennen ist (§ 688 a., § 239 rev. Priv. Ges.-B.). Nur ausnahmsweise kann eine Grunddienstbarkeit auch zu Gunsten einer Korporation, oder einer einzelnen Person bestellt werden (§ 239 leg. cit.).[1])

---

[1]) Vgl. hiezu: Schneider, Commentar zum Priv.-Ges.-B., § 239, und Arbenz, über Grunddienstbarkeiten zu Gunsten von Personen nach Zürch. Recht; Zürcher Dissert. 1858.

Der Niessbrauch dagegen kommt nothwendig einer natürlichen oder juristischen Person zu, und kann sich auf Grundstücke oder auf bewegliche Sachen beziehen (§ 726 a., § 276 rev. Priv. Ges.-B. und Schneider, Commentar dazu).

Einen besonderen Begriff der Legalservitut kennt das Zürcherische Priv. Ges.-B. nicht; es behandelt die hiezu gezählten Rechtsverhältnisse getrennt von den Dienstbarkeiten unter dem Titel Nachbarrecht. Dazu gehören u. A. der Nothweg (§ 573 a., 139 rev.), das Tretrecht (§ 577 a., 143 rev.), Wasserabfluss (§ 578 a., 144 rev.), Wasserleitung (§ 580 a., 146 u. f. rev.), Pflanzen von Bäumen (§ 587 a., 150 u. f. rev.), Kappung und Anries (§ 578 a., 158 u. f. rev.), Einfriedigung (§ 592 a., 161 u. f. rev.) u. s. w., und namentlich auch das Baurecht (§ 597 a., 167 u. f. rev.). Vergl. hiezu § 21 des Ges. betr. die Eintragung der Grunddienstbarkeiten und Reallasten in die Grundprotokolle etc. vom 22. April 1862, und den Commentar von Gwalter zu diesem Gesetz.

Das Zürch. Priv. Ges.-B. vermeidet es, die Dienstbarkeiten dem gemeinen und französischen Recht entsprechend weiter in Kategorien einzutheilen; die festgesetzten allgemeinen Grundsätze (§ 251 rev. Priv. Ges.-B. u. f.) gelten für alle Arten von Grunddienstbarkeiten (s. Schneider, Comm. § 262); Specialbestimmungen bestehen für Fuss- und Fahrwegrechte, Weiderechte u. s. f. (§ 712 a., § 262 rev. Priv. Ges.-B.). Hienach kommen die gemeinrechtlichen Unterscheidungen in Felddienstbarkeiten — servitutes prædiorum rusticorum —, und in Gebäudedienstbarkeiten — servitutes prædiorum urbanorum —, ferner in affirmative — servitutes habendi et faciendi — und negative — servitutes prohibendi — im Gesetzbuche nicht zur Sprache.

Eine Eintheilungsart der Servituten freilich ist für das Zürcherische Recht von höchster Bedeutung; es ist diejenige in ständige (servitutes continuæ) und nichtständige Dienstbarkeiten (servitutes discontinuæ). Nach ihr bemisst sich im Wesentlichen die Frage, ob es zur Entstehung

der Grunddienstbarkeit der Eintragung in das Grundbuch bedürfe oder nicht.

Der neueren Rechtsentwicklung folgend setzte nämlich das Priv. Ges.-B. in § 691 a. (§ 242 rev.) fest, dass es zur Begründung der Dienstbarkeiten der Eintragung in das öffentliche Grundbuch bedarf, und von dieser Vorschrift nur diejenigen Grunddienstbarkeiten ausgenommen sein sollen, welche sich durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in dieser ständig fortwirken.[1])

Wir haben also im Zürcherischen Rechte zwei grosse Kategorien von Grunddienstbarkeiten zu unterscheiden: solche, die zu ihrer Entstehung der Eintragung ins öffentliche Grundbuch bedürfen, und solche, welche ohne diese Formalität entstehen. Bezüglich der letzteren bestimmt der erste Absatz von § 245 rev. (in theilweiser Abänderung von § 695 des früheren Priv. Ges.-B., worauf wir noch zu sprechen kommen):

„Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, können auch ohne Vormerk in dem Grundprotokolle durch ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. einen Vertrag mit dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes, verbunden mit der Errichtung jener Anstalt, bestellt werden;“

und § 246 rev. (a. § 696):

„Dergleichen Dienstbarkeiten können überdies durch zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten gutgläubigen Besitz (§ 73), auch wenn ein Erwerbstitel nicht vorliegt, ersessen werden.

Der Erwerber einer solchen Dienstbarkeit kann verlangen, dass dieselbe im Grundbuche vorgemerkt werde.“

Das Erforderniss der Eintragung ist also die Regel; ihr unterliegen alle Grunddienstbarkeiten, welche nicht zweifellos zur zweiten Kategorie gehören. Die Bestimmung und Abgrenzung der letzteren ist von jeher Gegenstand mannigfacher Discussion in der Zürch. Gerichtspraxis gewesen; eine Reihe von Streitfragen sind dabei aufgeworfen worden, welche zur Stunde noch nicht völlig abgeklärt sind.

[1]) Siehe hierüber insbesondere: Schneider, Comm. zu § 242.

Aufgabe der vorliegenden Untersuchung soll es sein, denselben näher zu treten, und zu versuchen, an Hand der geschichtlichen Entwicklung der in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen und der Grundsätze des Servitutenrechtes überhaupt, die leitenden Merkmale darzulegen, welche für diese Abgrenzung bestimmend sind.

Cap. I.

Die geschichtliche Entwicklung der Zürcherischen Gesetzesbestimmungen über die Entstehung der Servituten.

Das Zürcherische Servitutenrecht, wie überhaupt der grösste Theil des Zürcherischen Sachenrechtes, beruht im Wesentlichen auf Römischem Recht;[1]) in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts waren die Rechtsquellen des gemeinen Rechtes in dieser Materie auch für die Zürcherischen Gerichte unmittelbar massgebend; besondere Zürcherische Rechtsquellen existirten dafür nicht, speciell das Stadt- und Landrecht enthielt keine Bestimmungen über die Entstehung von Servituten.

Professor Ludwig Keller trug in seinen Vorlesungen über Zürcherisches Privatrecht hier wesentlich Römisches Recht vor.[2])

So galt auch bei uns bezüglich der Entstehung der Servituten der Grundsatz, dass dazu der Vertrag des Berechtigten mit dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes genüge.[3])

---

[1]) Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, II. Theil, S. 107.

[2]) Das ergibt sich aus den in der Bibliothek der Zürch. Jurist. Gesellschaft und in der Bibliothek des Vereins Zürcherischer Advokaten vorhandenen Collegienheften.

[3]) Bluntschli, Staats- und Rechtsgesch., II. Seite 112, Abschn. 4; Monatschronik der Zürcher. Rechtspflege, Bd. IV, S. 414; Beiträge zur Kunde und Fortbildung der Zürch. Rechtspflege von Schauberg, Bd. I, S. 480, Nr. 23; Bd. III, S. 251, Nr. 18. Vgl. für das gemeine Recht: Dernburg, Pand. I, § 251, und Windscheid, Pand. I, § 212, Anm. 1.

Eine Erzeugung der Servituten durch erwerbende Verjährung dagegen war nach Bluntschli, a. a. O. Seite 113, unserem Rechte unbekannt, obschon sich auch hier einzelne Spuren von einer Neigung, dem zehnjährigen Gebrauch den Character einer Ersitzung zuzuschreiben, gezeigt haben sollen. Immerhin wurde auch bei Servituten der unvordenkliche Besitz als Vermuthung für den rechtmässigen Erwerb der Servitut anerkannt,[1]) und ferner wurde schon in der blossen Existenz einer mit der Servitut in Zusammenhang stehenden Anstalt der Beweis für den rechtsgültigen Erwerb der Servitut erblickt, indem daran die Vermuthung einer stillschweigenden Willenseinigung der Nachbarn, auf Begründung derselben gerichtet, geknüpft wurde.[2])

Obschon bereits durch das Stadt- und Landrecht vom Jahre 1715 das Grundbuch zur Grundlage des Rechtsverkehrs über Liegenschaften gemacht, und darin bestimmt war, dass Handänderungen und Verpfändungen mit Bezug auf Grundstücke nur durch kanzleiische Fertigung mit rechtlicher Wirksamkeit vollzogen werden können, galt eine ähnliche Vorschrift für Grunddienstbarkeiten nicht; es war zwar gestattet, dieselben eintragen zu lassen, aber es blieb doch die grosse Masse derselben dem Grundbuche fremd.

Gwalter, Commentar zum Gesetz betr. die Eintragung von Grunddienstbarkeiten etc. vom 22. April 1862, Seite 6, berichtet, dass dieser Zustand allmälig als nicht mehr haltbar empfunden wurde; „das Institut der Grundprotokolle gewann in den Augen des Volkes immer mehr an Bedeutung; was in der „Kanzlei“ eingetragen ist, das betrachtete man als gesichert, und jeder Vernünftige nahm zu diesem Mittel Zuflucht.“

In freier Anlehnung an das Preuss. Landrecht (I., 22, § 18)

---

[1]) Monatschronik, Bd. VI, S. 414 (Urtheil des Obergerichtes vom Jahre 1835). — Nach Kellers Vorlesungen knüpften die Gerichte in späterer Zeit diese Vermuthung schon an den 10jährigen Besitz.

[2]) Monatschronik, a. a. O. Bluntschli, a. a. O. S. 115, Absatz c. Wir werden im Verlauf der Untersuchung Gelegenheit finden, zu sehen, wie diese Ansicht auf die spätere Gerichtspraxis eingewirkt hat.

setzte der mit dem 1. Juli 1854 in Kraft getretene III. Theil des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, das Sachenrecht betreffend, fest:

(§ 691.) Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten, die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung, z. B. eine Wasserleitung, eine Dachtraufe, einen überragenden Bau, darstellen und in dieser ständig fortwirken, bedarf es in Zukunft der Eintragung oder des Vormerks in dem öffentlichen Grundbuch.

(§ 695.) Ständige Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, können auch ohne Vormerk in dem Grundprotokoll durch ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. einen Vertrag mit dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes, verbunden mit der Errichtung jener Anstalt, bestellt werden.

(§ 696.) Dergleichen Dienstbarkeiten können überdem durch zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten redlichen Besitz (§ 497), auch wenn ein Erwerbstitel nicht vorliegt, ersessen werden.

Wie sehr diese Neuerung als ein dringendes Bedürfniss erwartet und entgegengenommen wurde, darüber berichtet einlässlich Gwalter, a. a. O. Seite 3 u. f.; die damit verbundenen Schwierigkeiten waren zwar bedeutend, allein sie mussten zurücktreten gegenüber dem unschätzbaren Vortheil, den die Eintragungspflicht der Rechtssicherheit brachte.

Zur Fertigung der schon bestehenden, nunmehr der Eintragung unterliegenden Servituten setzte das Gesetz (§ 693) eine Frist von zehn Jahren fest. Noch vor Ablauf dieser zehn Jahre zeitigte das auf Verminderung von Servitutenstreitigkeiten gerichtete Bestreben einen weitern gesetzgeberischen Erlass: das bereits genannte Gesetz betreffend die Eintragung der Grunddienstbarkeiten und Reallasten in die Grundprotokolle, und die Anlegung offener Flur- und Feldwege vom 22. April 1862 ordnete zum Zwecke der Verminderung bisheriger Wegerechtsservituten die Anlegung von offenen Flur- und Feldwegen an; es verlängerte die eben genannte zehnjährige Frist

zur Eintragung der Grunddienstbarkeiten bis zum 1. Heumonat 1866 (§ 18)[1]), und erhielt in Ausdehnung des § 695 des Priv. Ges.-B. eine Bestimmung, welche in der Folgezeit der Praxis noch viel Schwierigkeit bieten sollte. Dieselbe lautet:

(§ 20.) Der notarialischen Fertigung bedürfen zu ihrer Fortexistenz nicht diejenigen ständigen Grunddienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, auch wenn dieselbe verborgen liegt, wie z. B. Wasserleitungen, Tollen, Gasleitungen u. dgl. (§ 695 d. Priv.-Ges.-B.).

Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als an der Einfriedigung eines Grundstückes sind gleichfalls körperliche Anstalten, welche, soweit Zweck und Bestimmung ausser Zweifel stehen, Dienstbarkeitsrechte an dem unmittelbar anliegenden nachbarlichen Grundeigenthum im Sinne des cit. § 695 begründen können.

Bei der Revision des Priv. Ges.-B. wurde dann § 20 Absch. 1 und 2 des Gesetzes vom 22. April 1862 redactionell mit § 695 Priv. Ges.-B. vereinigt, und es ist nun die Entstehung von Grunddienstbarkeiten durch folgende Bestimmungen des Priv.-G.-B. regulirt:[2])

(§ 242.) Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten, die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in dieser ständig fortwirken, bedarf es der Eintragung in das öffentliche Grundbuch.

(§ 243.) Der Vertrag für sich allein, oder ein anderer auf Bestellung einer Dienstbarkeit der Art gerichteter Rechtstitel, z. B. gerichtliche Zusprechung, Vermächtniss, kann zwar wohl denjenigen, der einem Andern die Dienstbarkeit verspricht, oder dem sie auferlegt worden, und seine Erben persönlich

---

[1]) Welche Frist dann nochmals, durch Gesetz vom 25. Juni 1866 (Off. Samml. XIII. 661) um ein Jahr, bis 1. Juni 1867, erstreckt wurde. Schneider, Comm. zu § 242.

[2]) Die eigenartige Begründung von Servituten durch stillschweigenden Vertrag bei Zertheilung von Grundstücken nach § 261 Priv. G. B. (die sog. Widmung, destinatio patris familias) soll gesondert im letzten Capitel dieser Abhandlung zur Darstellung gebracht werden.

verpflichten, jenem den Genuss derselben zu verschaffen, auch den zur Begründung einer wirklichen Dienstbarkeit nöthigen Vormerk in dem Grundbuche vorzunehmen, erzeugt aber noch keine dingliche, an dem Boden haftende Beschwerde.

(§ 244.) Die Ersitzung derartiger Dienstbarkeiten setzt voraus:

a. dass zwar die Eintragung oder der Vormerk der Dienstbarkeit in dem Grundprotokolle geschehen sei, aber an einem innern Mangel leide, insbesondere weil der bestellende Theil nicht Eigenthümer oder nicht handlungsfähig war;
b. fortgesetzten und unwidersprochenen gutgläubigen Besitz von zehn Jahren.

Dieselbe berechtigt den Ersitzer, nunmehr eine wirksame Eintragung vornehmen zu lassen, durch welche jener Mangel gehoben wird.

(§ 245.) Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, können auch ohne Vormerk in dem Grundprotokolle durch ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. einen Vertrag mit dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes, verbunden mit der Errichtung jener Anstalt, bestellt werden.

Solche Anstalten sind z. B. Dachtraufen, ein überragender Bau; ferner Wasserleitungen, Tollen, Gasleitungen u. dgl., auch wenn sie verborgen liegen; ebenso Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als an der Einfriedigung eines Grundstückes, soweit Zweck und Bestimmung derselben ausser Zweifel stehen.

(§ 246.) Dergleichen Dienstbarkeiten können überdies durch zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten gutgläubigen Besitz (§ 73), auch wenn ein Erwerbstitel nicht vorliegt, ersessen werden.

Der Erwerber einer solchen Dienstbarkeit kann verlangen, dass dieselbe im Grundbuche vorgemerkt werde.

Cap. II.

Die verschiedenartige Behandlung einzelner Kategorien von Servituten in andern Gesetzgebungen mit Bezug auf ihre Entstehung.

Wie die im vorstehenden Capitel aufgeführten Paragraphen des Zürcherischen Priv. G.-B. das Eintragungsprincip als nicht rein durchgeführt erscheinen lassen, so finden wir auch in den meisten übrigen Rechtssystemen eine Scheidung der Servituten in solche, für deren Entstehung, sei es durch Vertrag oder durch Ersitzung, gewisse Erleichterungen geschaffen werden, und in solche, deren Erwerbung an eine im Interesse der Rechtssicherheit vorgeschriebene Form gebunden ist.

Bevor wir die Bedeutung der erwähnten Unterscheidung im Zürcherischen Gesetze zu bestimmen suchen, wollen wir einen Blick werfen auf die Gestaltung dieser Rechtsgebilde, wie sie anderwärts zu Tage tritt. Daraus werden wir am ehesten den allgemeinen Gesichtspunkt erkennen können, von welchem aus unsere Vorschriften über Entstehung der Servituten zu betrachten sind.

1. Schon im Römischen Recht finden wir in dieser Beziehung eine Unterscheidung.

Die Acquisitivverjährung von Servituten findet sich im Corpus juris nicht allgemein, sondern nur mit Bezug auf den ductus aquae statuirt (L. 3, § 4 D. de aqu. cott. 43, 20, und L. 26 D. de aqu. pluv. 39, 3). Daran knüpfte man in der Glossatorenzeit die bis auf die heutige Zeit vertheidigte, seit Savigny[1]) allerdings nicht mehr herrschende Ansicht, dass die gewöhnliche Ersitzung nur die servitutes continuae betreffe, die servitutes discontinuae dagegen nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden können.[2])

---

[1]) System IV, S. 480 f.

[2]) S. Dernburg, Pand. I, § 252, Anm. 10, und dort citirte, ferner Keller, Pand. (Ed. Friedberg), § 182, Anm. 5.

2. Das in neuerer Zeit immer mehr Boden gewinnende Eintragungsprincip ist nur in einem Theil der demselben huldigenden Gesetzgebungen rein durchgeführt, nämlich in Oesterreich, Bürg. Ges.-B. § 481, Bern, C. G. Satz. 449, Ziff. 2, Luzern, C. B. § 335, Baselland, Ges. betr. die Organisation und Verwaltung der Gemeinden vom 21. August 1881, Baselstadt, Grundbuchgesetz vom 16. April 1860, §§ 29 und 30, Waadt, loi sur l'inscription des droits réels immobiliers vom 20. Jan. 1882, Art. 2, Ziff. 3 und Art. 8, — und endlich im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, welcher das genannte Princip auf die Spitze treibt.[1]) (Motive III. S. 477 und ff. §§ 966 u. ff.)

Das Preussische Landrecht dagegen bestimmt in Theil II, Tit. 22, § 16, dass diejenigen Grundgerechtigkeiten der Eintragung nicht bedürfen, „deren Dasein aus einer zu ihrer Ausübung in der belasteten Sache vorhandenen fortwährenden Anlage, von einem Jeden erkannt werden kann."[2])

Ausser Zürich machen eine ähnliche Unterscheidung die Kantone Zug P. G., § 222, Al. 1:

„Grunddienstbarkeiten, die sich nicht durch ständige Einrichtungen (Wasserleitungen, Dachtraufe) ankündigen, bedürfen in Zukunft der Eintragung in das Grundbuch" — und Schaffhausen, dessen Rechtsentwicklung sich namentlich in diesem Punkt vollständig dem Kanton Zürich anschliesst (s. Huber, das schweizerische Privatrecht, III, S. 351 und dort cit. Gesetze des Kantons Schaffhausen), —

---

[1]) Motive III, S. 480: „Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen Feld- und Haus-Servituten (serv. rusticæ et urbanæ), ebensowenig zwischen servitutes continuæ und discontinuæ, und servitutes apparentes und non apparentes, weil an die betreffenden Unterscheidungsmerkmale rechtliche Folgen nicht geknüpft werden." Vergleiche zum System des Entwurfes vor allem die Kritik von Gierke: „Der Entwurf eines bürg. Ges.-B. und das deutsche Recht."

[2]) Vgl. aber Anhang 58 zum Allg. Landrecht, worin diese Unterscheidung wieder aufgehoben ist.

sowie der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Kgrch. Bayern 1864, III. Theil, Hauptstück IV, Art. 306:

„Bei Grunddienstbarkeiten, welche als solche durch bleibende Anlagen oder Vorrichtungen erkennbar sind, steht es der Eintragung im Grundbuch gleich, wenn jene Anlagen oder Vorrichtungen auf Grund eines Titels der Dienstbarkeit errichtet sind."

3. Fast durchgängig werden die Servituten in den modernen Gesetzgebungen mit Bezug auf die Ersitzung unterschieden, — und zwar findet sich diese verschiedene Behandlung sowohl bei denen, welche im Uebrigen zur Entstehung die Eintragung fordern, als bei denen, welche den blossen Vertrag als Erwerbungsgrund gelten lassen.

In erster Linie ist hier das Französische Recht zu nennen. Sämmtliche Dienstbarkeiten, soweit sie nicht zu den Legalservituten gehören, können entstehen durch blossen Vertrag, Art. 691, Code civ. (wobei jedoch praktisch nur der schriftliche Vertrag berücksichtigt wird)[1]), allein Ersitzung ist beschränkt auf diejenigen Servituten, welche zugleich ihrem Inhalt nach ständig, und durch eine äussere Anlage erkennbar (visibles) sind, d. h. auf die servitudes continues et apparentes (Art. 690, f. Art. 688 und 689)[2]); ebenso der Codice civile Italiano, Art. 629; auch die Gesetzbücher der welschen Kantone mit Ausnahme von Waadt (oben S. 10) folgen im Allgemeinen dieser Unterscheidung, mit der Modification, dass Freiburg die Ersitzung zulässt, sofern nur die Servitut eine offene, durch äussere Anlagen erkennbare (apparente) ist, ohne Berücksichtigung des Begriffes der Ständigkeit (Art. 627, Cod. C. Frib.), und dass der Codice civ. del Cantone Ticino, Art. 341 und 342

---

[1]) Art. 1341 Code civil. Zachariae IV § 758: „Ueber alle Rechtsgeschäfte, deren Gegenstand die Summe oder den Werth von Fr. 150 übersteigt, ist zum Behufe des für das Geschäft zu führenden Beweises eine Urkunde, sei es eine öffentliche oder eine Privaturkunde, aufzunehmen," vgl. auch für die westschweizerischen Kantone Schurter, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes, S. 173 ff., 304 ff.

[2]) Siehe unten, Seite 22.

in dieser Richtung zwischen servitù affermative ed apparenti und negative e non apparenti unterscheidet[1]). Wallis, Code civ. Art. 541 fügt bei, dass für die Ersitzung von Wegrechten, (les servitudes de passage en faveur de fonds certains et déterminés) der Begriff der Ständigkeit und Erkennbarkeit an äusseren Anlagen nicht erforderlich sei[2]); dieser Auffassung schliesst sich Solothurn, Civ. Ges. § 774 an. („Dienstbarkeiten, die nicht ständig oder in die Augen fallend sind, können durch Verjährung nicht erworben werden, ausgenommen sind jedoch Durchfahrten" f. § 768 eod.).[3])

Auch der citirte Bayrische Entwurf macht die Ersitzung davon abhängig, ob die Dienstbarkeit durch bleibende Anlagen oder Vorrichtungen erkennbar sei, welch' letztere ohne Widerspruch des Eigenthümers der dienenden Liegenschaft 10 Jahre lang ununterbrochen bestanden haben (§ 306, Abs. 2).

Die diessfälligen Bestimmungen des Zürcherischen Rechtes finden sich auch im Priv. Ges. B. von Schaffhausen.

4. Endlich ist in einer Reihe von Gesetzbüchern die Erwerbung von ständigen, oder offenen, in Anlagen sich kundgebenden Servituten dadurch erleichtert, dass eine gesetzliche Vermuthung für die Entstehung des mit der Anlage verbundenen Rechtes aufgestellt wird.

So bestimmt das Preuss. Landrecht II, Tit. 22. § 15:

„Ist zur Ausübung der von dem angeblich Berechtigten behaupteten Befugniss eine neue Anlage in dem belasteten Grundstück gemacht worden, so gilt die Vermuthung, dass den Begünstigten eine wirkliche Grundgerechtigkeit hat eingeräumt werden sollen",

und das Dienstbarkeitsgesetz des Kantons St. Gallen vom

---

[1]) Huber, das Schweiz. Privatrecht, III S. 355.

[2]) Bezügl. Waadt siehe unter Nr. 2 oben.

[3]) Vgl. aber jetzt revidirtes Civilgesetzb. 1891 § 496. Durch Verjährung können Grunddienstbarkeiten erworben werden, wenn die Ausübung derselben durch den Besitzer während 30 Jahren weder heimlich noch mit Gewalt stattfindet.

6. Juni 1850, Art. 19, anerkennt den Erwerb von Dienstbarkeiten, wenn augenfällige, äussere Vorkehrungen oder Einrichtungen, welche wenigstens 10 Jahre lang bereits bestehen, auf eine Begründung der Dienstbarkeit durch gegenseitige thatsächliche Zustimmung schliessen lassen (Huber a. O. III, S. 348 u. S. 203).

Das Sächsische bürg. Ges. B. § 579, begünstigt die Ersitzung der Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, in so weit, als ununterbrochener Verjährungsbesitz vermuthet wird, wenn das Dasein einer solchen am Anfang und Ende der Ersitzungszeit dargethan ist.

Hieher gehören auch die Bestimmungen des französischen Rechtes über destination du père de famille, welche in verschiedenen Nuancen in mehreren neueren Gesetzbüchern auftreten.[1]) Vorausgesetzt ist dabei im Allgemeinen, dass zwischen zwei angrenzenden Liegenschaften äussere Zeichen von wirklicher Belastung des einen zu Gunsten des andern vorhanden sind, welche Belastung aber desswegen, weil beide Liegenschaften einem Herrn gehören, eine rein thatsächliche bleibt. Geht nun eine dieser Liegenschaften ins Eigenthum eines Andern über, so erwächst die thatsächliche Belastung in rechtliche Wirksamkeit und zwar in verschiedener Stärke, je nach dem einzelnen Gesetze. Dahin gehören die Art. 693 und 694 Code civ. français und die entsprechenden Artikel der welschen Kantone, ferner Solothurn C. G. § 788 (neu 493), Graubünden P. G. § 254, Zürich P. G. § 261 (§ 711 a.) und Schaffhausen P. G. § 658.

Eine Rechtsvermuthung für die stillschweigende vertragsmässige oder letztwillige Servitutbestellung in diesen Fällen stellt das Sächsische Ges.-Buch § 575 auf; entsprechend dem Zürcherischen Recht (§ 261) gibt der Bayrische Entwurf hier einen „Anspruch“ auf Einräumung derjenigen Servitut, welche den bestehenden Vorrichtungen, mittelst deren

---

[1]) Siehe hierüber die Ausführungen im letzten Capitel dieser Abhandlung.

die eine Liegenschaft der andern bisher gedient hat, entspricht (§ 307).

Die Zusammenfassung dieser mehrfachen Distinctionen ergibt in der Hauptsache, dass die Erwerbung derjenigen Servituten begünstigt wird, welche durch die Beziehung der einzelnen Grundstücke selbst (mit ihren Theilen) zu einander wirken, sei es nun, dass in den Vordergrund gestellt werde

a) der Umstand, dass zur Ausübung der Servitut Anlagen, Vor- oder Einrichtungen vorhanden sind, oder

b) der Begriff der Ständigkeit, oder

c) der Begriff der Offenkundigkeit.

Diese drei Merkmale können sämmtlich miteinander verbunden sein, wie z. B. beim überragenden Bau, es kann aber auch je der Begriff der Ständigkeit, z. B. bei Wegrechten (welche durch Thore, Treppen u. s. w. offenkundig gemacht werden können), und derjenige der Offenkundigkeit, z. B. bei unterirdischen Wasserleitungen, fehlen. Immer aber sind es zum betreffenden Grundstücke gehörige Anlagen, welche der Servitut den Character der Ständigkeit, oder der Offenkundigkeit, oder von beidem zusammen geben. In wie weit die Anlagen geeignet seien, eine Servitut als für die Erwerbung privilegirt erscheinen zu lassen, hängt hauptsächlich von ihrer Fähigkeit, dieselbe zur ständigen, oder zur offenkundigen, erkennbaren zu machen, ab.

Der Grund der genannten Auszeichnung liegt aber zweifelsohne darin:

a) dass eine körperliche Anstalt, welche in Verbindung mit einer Dienstbarkeit gebracht ist (sei es nun, dass die Dienstbarkeit gerade in dem Bestehen der Anstalt aufgehe, sei es, dass diese letztere bloss zur Ausübung der Servitut diene, sie erleichtere), das entsprechende Recht verkörpert, das Bestehen und den Umfang der Belastung mit mehr oder weniger Sicherheit darthut,

b) dass die stetige, ständige Dienstbarkeit immer das Requisit des ununterbrochenen Besitzes gewährt,

c) dass die offenkundige Servitut einerseits vorzüg-

lich geeignet ist, einen Schluss auf die rechtsgeschäftliche Bestellung zu thun, und anderseits die Gewissheit gibt, dass die Ausübung nicht heimlich geschieht, und dass endlich

d) bei einer durch offene Anlagen ständig wirkenden Servitut die precaristische Bestellung practisch sehr selten vorkommt; je grösser die Belastung des praedium serviens, desto umfangreicher und kostspieliger gewöhnlich die Anlage; eine solche zum beliebigen Niederreissen herzustellen, hütet man sich doch in der Regel.

Also: grössere Sicherheit und Vereinfachung der Beweisführung für Entstehung und Umfang der Servitut, sowie Ausschluss der vitia possessionis oder doch Erschwerung derselben, — desshalb Erleichterung der Entstehung durch Rechtsgeschäft und Ersitzung.

Cap. III.

Ueber das Erforderniss der Ständigkeit.

Die Eintheilung der Servituten in ständige und unständige — servitutes continuae und discontinuae — kam in der Glossatorenzeit auf, und ist auch heute noch in der Doctrin des gemeinen Rechts geläufig, indem nach einer Lehrmeinung, die lange die herrschende blieb, nur servitutes continuae ersitzungsfähig sind.[1])

Das Requisit der Ständigkeit bezieht sich hier nicht auf den juristischen Besitz der Servitut, sondern auf die Ausübung derselben, bezw. auf die Belastung des Nachbargrundstückes; denn der Besitz der Servitut ist immer continuirlich, so lange der Besitzeswille vorhanden ist. Unter continuae fasste man desshalb im Allgemeinen die servitutes praediorum urbanorum (tigni immittendi, stillicidii u. s. w.), welche eine ständige Belastung des Nachbargrundstückes enthalten, zusammen, während man zu den serv. discontinuae,

---

[1]) Dernburg, Pand., Bd. I § 252, insbes. Anmerkung 10; Savigny, System, Bd. IV, Seite 480 u. ff.

die servitutes praediorum rusticorum (iter, actus, aquae haustus etc.) zählte, welche nur in Zwischenräumen, je nach Bedürfniss, ausgeübt werden.

Mit Bezug auf diese Unterscheidung bemerkt Donellus,[1]) der wesentliche Unterschied bestehe darin, dass die ersteren, continuae, welche dem Grund und Boden anhaften, nicht nur animo, sondern auch corpore continuam possessionem haben, d. h. durch die Ausübung und die Gewohnheit des Gebrauches; während die letzteren, discontinuae, zwar wohl mit Bezug auf den animus possessionis, nicht dagegen bezüglich des körperlichen Gebrauches, welcher oft wechselt, ununterbrochen seien:

> Re autem vera non interpellatur possessio quae etsi corpore a fundo discesseris, animo tamen retinetur (ut ostendi): Quae si ita sunt, habent omnes servitutes natura sua continuam possessionem non tantum quae urbanorum praediorum sunt, sed et quae rusticorum. Tantum hoc interest, quod priores quae in superficie sunt, habent continuam non tantum animo, sed etiam habendi usu et consuetudine, i. e. corpore, posteriores autem non sane continuam corporali usu qui saepe interrumpitur, attamen continuam animo, quia possessio animo solo retinetur.[2])

Aehnlich unterscheidet Azo (Summa Azonis ad de serv. et aqua, § 29); als ständige (und damit ersitzbare) Servitut lässt er nur diejenige gelten,

> quae habeat aut videatur habere continuam causam, ut est servitus tigni immittendi, altius non tollendi, aquaeductus cum aqua ducitur sine intermissione ..... idemque est in servitutibus stillicidii; nam etsi sine intermissione non casitet stillicidium, ex naturali tamen fit causa, cum aquam capiat ex coelo, non opere vel ductu manu facto ab homine, et ideo perpetuo fieri existimatur.

Als wesentliche Eigenschaft der ständigen Servitut wird also hier hervorgehoben, dass dieselbe ihre Wirkung auf das

---

[1]) Comm. de jure civili, lib. XI, cap. XI, § 11 (de usucapione servit.).

[2]) Vgl. hiezu L. 14 pr. D. de servit. 8, 1 (Paulus).

belastete Grundstück ohne Zuthun des Menschen ausübt, sondern mittelst der Einrichtung, durch welche sie dargestellt wird.

In dieser Weise definirt auch Wächter, Pandecten, Bd. II, § 150, Beilage: Unter servitus continua versteht er eine Befugniss, deren Ausübung schon ihrer Natur nach eine stete, zusammenhängende, ununterbrochene ist, die sich also in einer ununterbrochenen Einwirkung auf die dienende Sache äussert (wo die Servitut durch die Vorrichtung selbst ausgeübt wird, z. B. serv. tigni immittendi), unter serv. discontinua eine Befugniss, die bloss zu einzelnen Handlungen berechtigt, so dass die Servitut schon ihrer factischen Natur nach in ihrer Ausübung intermittirend, unzusammenhängend, nicht stetig ist, von welchen L. 14 Dig. 8, 1 sagt, sie haben „non certam continuamque possessionem".

Dernburg, Pand. I, § 239 definirt die ständigen als diejenigen, welche, wie die Servituten des Habens, einen dauernden Zustand zum Inhalt haben, und fährt fort:

> „Ständig sind aber auch diejenigen, welche man, wie gewöhnliche Wegrechte, beliebig ausüben kann, wenn auch eine ununterbrochene Ausübung physisch nicht denkbar ist. Unständig sind Servituten, die nur zu gewissen Zeiten, oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden dürfen, z. B. das Recht, die Ernte abzufahren, oder der Frühjahrsbewässerung."

Gegen diese letztere Definition mag man vom sprachlichen Standpunkt aus nichts zu erwidern haben; sie ist aber von keiner praktischen Bedeutung; dass sie für das Zürcherische Recht nicht in Betracht kommen kann, wird im Laufe der Untersuchung gezeigt werden.

Noch ist anzuführen, dass die serv. continuae mitunter in der Rubrik servitutes habendi et prohibendi, die discontinuae in der Rubrik servitutes faciendi zusammengefasst werden; indessen sind diese Eintheilungen ohne praktische Konsequenzen.

Es ist namentlich die französische Jurisprudenz, welche die servitutes continuae und discontinuae strenge aus-

einander hält, und an diese Unterscheidung wichtige Rechtsfolgen knüpft.

Der Code civil bezeichnet als servitudes continues diejenigen, deren Ausübung ununterbrochen ist, oder wenigstens sein kann, ohne dass jeweilen eine menschliche Handlung dazu nöthig wäre, und führt als Beispiele an: Das Wasserleitungsrecht, das Traufrecht, das Aussichtsrecht (les conduites d'eau, les égoûts, les vues); als servitudes discontinues dagegen die, welche zu ihrer Ausübung eine solche Handlung voraussetzen, wie z. B. das Durchgangsrecht, das Recht Wasser zu schöpfen, das Huthungsrecht (les droits de passage, puisage, pacage).[1])

Hier ist, wie in der oben mitgetheilten Definition von Azo, als entscheidendes Merkmal für die servitus continua hingestellt, dass sie wirkt, ohne jeweilen einer durch den Berechtigten vorgenommenen Handlung zu bedürfen. In gleicher Weise fasste die Gesetzesrevisionskommission für das alte Zürch. Privatrechtl. Gesetzbuch das Wesen der ständigen Dienstbarkeit auf. Das Protokoll derselben (Seite 148) betont:

> „Die Ausnahme (nämlich: von der Verpflichtung zur Eintragung) findet also nur statt, wo die Einrichtung eine bleibende ist, und, ohne dass es besonderer Handlungen bedarf, die Ausübung der Servitut fortdauernd geschieht."

In diesem Sinne hat denn auch das Zürcher Cassationsgericht wiederholt entschieden, ein Wegrecht, auch wenn dafür ein ausgelegter Weg, also eine körperliche Einrichtung bestehe, könne nach unserem Priv.-Ges.-B. nicht als ständige Servitut betrachtet werden, weil zur Ausübung derselben jeweilen eine Handlung des Berechtigten erforderlich sei; es betonte dabei die selbstverständliche, allein oft verkannte Thatsache, dass ständig (§ 695) oder ständig fortwirkend (§ 691) nach dem alten Priv.-Ges.-B. nur die

---

[1]) Code civil, Art. 688. — Vgl. Zachariae, Handb. des franz. Civilrechts, § 248.

Dienstbarkeit, und nicht etwa die körperliche Anstalt genannt werden kann.[1])

„Nicht jede Dienstbarkeit", heisst es in der Begründung eines dieser Entscheide,[2]) „deren Ausübung durch eine bleibende Anstalt vermittelt wird, ist eine ständige Dienstbarkeit, sondern eine ständige Dienstbarkeit ist nur eine solche, welche durch das Bestehen der Anstalt, ohne Handlung der Berechtigten, geübt wird."[3])

Gwalter berichtet in seinem Commentar zum Gesetz vom 22. April 1862, Seite 40, dass ursprünglich unter den Zürcherischen Juristen die Idee obgewaltet habe, zum Begriff der ständigen Servitut im Sinne des Zürch. Priv. Ges.-B. gehöre im Weitern auch, dass sie in die Augen fallend sei. Diese Ansicht wurde dann aber wieder aufgegeben; das Nähere hierüber siehe im folgenden Abschnitt.

Nach dem alten Priv. Ges.-B. war die Ständigkeit unbedingtes Erforderniss zur Entstehung einer nicht eingetragenen Servitut;[4]) § 691 desselben bestimmte:

> „Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten, die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung, z. B. eine Wasserleitung, eine Dachtraufe, einen überragenden Bau, darstellen und in dieser ständig fortwirken, bedarf es in Zukunft der Eintragung oder des Vormerks in dem öffentlichen Grundbuch;"

und mit Bezug auf die nicht eintragungsbedürftigen Servituten statuirte § 695, dem § 691 genau sich anschliessend:

---

[1]) In Sachen Morf & Cons. c. Kuhn, Entscheid v. 12. Mai 1886, und Erben Rosenberger c. Erben Bockhorn, Entscheid vom 21. März 1887. Siehe Schw. Bl. für handelsrechtl. Entsch. VI 218 u. ff.

[2]) In Sachen Erben Rosenberger c. Erben Bockhorn, siehe vorstehende Anmerkung. Einer gegentheiligen Ansicht hatte das Obergericht in einigen Entscheidungen, die dort verzeichnet sind, gehuldigt.

[3]) Diese Gegenüberstellung der ständigen Servitut mit derjenigen, welche zu ihrer Ausübung menschlicher Handlungen bedarf, ferner das nothwendige Requisit der ersteren, dass sie in einer Anstalt verkörpert sei, lässt einen Gedanken, als könne die oben angeführte Dernburg'sche Definition der ständigen und unständigen Dienstbarkeit für das Zürch. Recht benutzt werden, nicht aufkommen.

[4]) Mit Vorbehalt des § 711, wovon im letzten Capitel die Rede ist.

„Ständige Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, können auch ohne Vormerk in dem Grundprotocoll ..... bestellt werden."

Das neue Priv. Ges.-B. hingegen lässt die Entstehung ohne Eintragung auch bei gewissen unständigen Servituten zu.

Zwar lautet § 242 neu, welcher an Stelle des eben citirten § 691 getreten ist, nach wie vor: „Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten, die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung darstellen, und in dieser ständig fortwirken, bedarf es der Eintragung in das öffentliche Grundbuch", allein in § 245 neu (§ 695 a.) ist in dem Satz: „Ständige Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, können auch ohne Vormerk ..... bestellt werden" das Wort ständige gestrichen, und dagegen ist in Abs. 2 eod. beigefügt, als solche Anstalten seien auch zu behandeln: „Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als an der Einfriedigung eines Grundstückes, soweit Zweck und Bestimmung derselben ausser Zweifel stehen." Dass mit diesem letzteren Passus der Kreis der nicht nothwendig einzutragenden Servituten auch auf unständige Dienstbarkeiten ausgedehnt ist, ergibt sich auf den ersten Blick.

Thüren und Treppen sind keine Anstalten, die für sich schon in ihrem Bestehen den Inhalt einer Servitut ausmachen, wie z. B. eine Dachtraufe, ein überragender Bau; ihr Zweck und ihre Bestimmung ist vielmehr, der Ausübung einer Servitut dienlich zu sein, sie zu erleichtern; die Ausübung selbst aber, das Gehen, Fahren, geschieht durch die Leute des herrschenden Grundstücks; sie ist also nicht ständig, sondern intermittirend. Die durch Thüren und Treppen dargestellten Servituten setzen zu ihrer Ausübung menschliche Handlungen voraus (elles ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées)[1]).

Aus dieser Feststellung ergibt sich ein gewisser Widerspruch zwischen § 242 und 245 n. P. G. B. mit Bezug auf das Erforderniss der Ständigkeit. Die weiteren Erörterungen

---

[1]) Code civil, Art. 688.

werden jedoch darthun, dass derselbe untergeordneter Natur ist.

Es ist bereits im ersten Capitel dieser Abhandlung erwähnt, dass diese Privilegirung der durch Thüren, Treppen und Fensterladen dargestellten Servituten zuerst im Gesetz betr. die Eintragung der Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862 aufgestellt und von dort in das rev. Priv. Ges.-B. herüber genommen worden ist. Man war sich dabei der Ueberschreitung von § 691 und 695 des a. Priv. Ges.-B. vollkommen bewusst. Gwalter, der Redactor des cit. Eintragungsgesetzes, schreibt in seinem Commentar hiezu: „Der Begriff einer ständigen Dienstbarkeit passt eigentlich, strenge genommen, nur auf solche Servituten, deren Ausübung immerwährend ist, oder sein kann, ohne dass es einer jedesmaligen Handlung des Berechtigten bedarf.... Indem sonach dieser Begriff auch auf Dienstbarkeiten angewendet wird, deren Ausübung jedesmal eine Handlung des Berechtigten erfordert, wird hiedurch den §§ 691 und 695 d. pr. G. eine weitergehende Wirkung gegeben, als dieselben ihrer Fassung nach hatten und haben konnten. Hienach sollen Berechtigungen, für deren Ausübung gewisse in die Augen fallende körperliche Anstalten bestehen, ständigen Dienstbarkeiten gleichgestellt sein, um deren Fortbestand nicht von dem Vormerk im Grundprotocoll abhängig zu machen, indem man die vorhandenen Anstalten und deren augenscheinlichen Zweck berücksichtigt. Da das Gesetz diese Anstalten ausdrücklich bezeichnet, so versteht es sich von selbst, dass eine Ausdehnung desselben durch die Gerichtspraxis auf andere Dienstbarkeiten, deren Existenz an einer zu ihrer Ausübung vorhandenen Anlage erkennbar ist, nicht stattfinden darf.“

Cap. IV.

Ueber das Erforderniss der Offenkundigkeit; offene aber nicht ständige Servituten nach § 245 Priv.-G.-B.

Der Begriff der offenkundigen Servitut entstammt dem französischen Recht. Der Code civil

macht neben der Unterscheidung der Servituten in continues und discontinues diejenige in apparentes und non apparentes; er zeichnet diejenigen, welche zugleich apparentes und continues sind als eine besondere Klasse aus; nur die servitudes continues et apparentes sind der Ersitzung fähig (Code civ. Art. 690), nur für sie gilt die destination du père de famille als Rechtstitel für die Entstehung (Art. 692).

Servitudes apparentes (in die Augen fallende, offene) aber sind solche, welche sich ankündigen durch äussere Anlagen (ouvrages extérieurs), wie z. B. eine Thüre, ein Fenster, eine Wasserleitung (aqueduc); non apparentes (verborgene, nicht offene) dagegen sind diejenigen, bei welchen ein derartiges äusseres Anzeichen ihres Bestehens fehlt, wie z. B. das Recht zu verbieten, dass auf einem Platz gebaut, oder dass ein Gebäude erhöht werde (Art. 689). Dabei ist als selbstverständlich vorausgesetzt, dass diese äusseren Anlagen nicht verborgen, sondern sichtbar seien. Demolombe sagt darüber:[1])

„La servitude devant être apparente, il s'en suit que des ouvrages quelconques qui la révèlent par des signes extérieurs et visibles sont nécessaires, pour qu'elle devienne prescriptible."

Geht man von dem Gedanken aus, dass bei den nicht eintragungsbedürftigen Servituten die körperliche Anstalt, welche die Dienstbarkeit darstellt, den Eintrag im Grundprotocoll und dessen Functionen ersetze, so muss man folgerichtig verlangen, dass die Servitut, bezw. die körperliche Anstalt nicht bloss ständig, sondern auch offenkundig sei. Nur unter dieser Voraussetzung geht aus der örtlichen Beschaffenheit des herrschenden und dienenden Grundstückes alles das deutlich hervor, was bei der rechtsgeschäftlichen Bestellung der Servitut zur Niederlegung des gemeinsamen Vertragswillens ins Grundprotocoll eingetragen wird, und was bei der Veräusserung des Grundstückes der Käufer

---

[1]) Cours de Code Napoléon, Band XII (Traité des Servitudes) Nr. 776.

bona fide wissen, und der Verkäufer anzeigen soll. Nur dann werden die Uebelstände gänzlich vermieden, welchen man mit dem Eintragungsprincip begegnen wollte, nämlich langweilige Processe über Existenz und Umfang von Servituten, Regressklagen, mit weitläufigen und zweifelhaften Zeugenbeweisen. Denn Existenz und Umfang der Servitut wird hier vollständig durch die körperliche Anstalt, welche die Servitut zugleich ausübt, auf dem belasteten Grundstück selbst „vorgestellt".

In der That wurde unter den Zürcherischen Juristen zur Zeit des Inkrafttretens des a. Priv.-Ges.-B. die Ansicht verfochten, dass die nicht eintragungsbedürftigen Dienstbarkeiten nach § 691 und § 695 nicht nur ständig, sondern auch offenkundig sein müssen;[1]) offenbar lehnte man sich hiebei an die französische Auffassung, dass nur ständige und offene Dienstbarkeiten ersitzungsfähig seien, an; im Zürch. Priv.-Ges.-B. fand sich ein directer Hinweis hierauf nicht, und das erwähnte Eintragungsgesetz verwarf das Erforderniss der Offenkundigkeit ausdrücklich,[2]) indem es in § 20 bestimmte:

> „Der notarialischen Fertigung bedürfen zu ihrer Fortexistenz nicht diejenigen Grunddienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, auch wenn dieselbe verborgen liegt, wie z. B. Wasserleitungen, Tollen, Gasleitungen u. dgl. (§ 695 d. pr. G.)."

Das neue Priv.-Ges.-B. hat sich dem Eintragungsgesetz auch hierin angeschlossen (§ 245 Abs. 2).

Während so bei den ständigen Servituten das Requisit der Offenkundigkeit fallen gelassen worden war, erklärte derselbe Gesetzesparagraph einen bestimmten Kreis von unständigen Servituten für ihre Entstehung als nichteintragsbedürftig wegen ihrer Eigenschaft als offenkundige, in die Augen fallende, nämlich die schon

---

[1]) Gwalter, Comment. z. Gesetz v. 22. April 1862 betr. Eintragung der Grunddienstbarkeiten etc. — Seite 40.

[2]) Aus Zweckmässigkeitsrücksichten, wie Gwalter, a. a. O., berichtet.

angeführten, durch Thüren, Treppen und Fensterladen[1]) dargestellten Dienstbarkeiten.[2])

Das fragliche Privilegium reicht aber nur so weit, als Zweck und Bestimmung der körperlichen Anstalt ausser Zweifel stehen; das heisst, aus dem Bestehen der Thüre, des Fensterladens, oder der Treppe muss sich mit Sicherheit ergeben, dass diese Anstalt für die entsprechende Servitut da ist, und nur so weit der Umfang der letzteren aus der Existenz der Anstalt zweifellos erkennbar ist, wird sie anerkannt.

Die beiden Ausdrücke „Zweck" und „Bestimmung" bedeuten offenbar das Gleiche, nämlich diejenigen Befugnisse, für welche diese Anstalten gemäss ihrer Beschaffenheit da sind. Danach wird im einzelnen Fall zu bestimmen sein, ob aus dem Bestehen eines Thores ein Fahrwegrecht (§ 264 Priv.-Ges.-B.) oder ein blosses Fusswegrecht (§ 262 eod.) abzuleiten sei; über den Umfang des letzteren hat der Richter zwar nach § 262 allgemein „aus den Umständen" zu schliessen; für die hier besprochenen Servituten können aber selbstverständlich diese Umstände nur in so weit massgebend sein, als sie den Zweck und die Bestimmung der körperlichen Anstalt darlegen; denn das Dienstbarkeitsrecht darf nicht weiter gehen, als aus Zweck und Bestimmung der körperlichen Anstalt mit Sicherheit erhellt.

Im Unterschied zu den ständigen Servituten wird bei dieser letzteren Art die Dienstbarkeit durch die körperliche Anstalt nicht selber ausgeübt, sondern nur angezeigt; die Ausübung selbst geschieht durch menschliche Handlungen; die körperliche Anstalt hat also bloss die Function, den auf

---

[1]) Während die durch Thüren und Treppen dargestellten Servituten ausnahmslos unständige (Wegrechte) sind, so können allerdings durch Fensterladen auch ständige Dienstbarkeiten verkörpert werden, indem das Bestehen von solchen über dem Luftraume des Nachbargrundstückes für sich schon, ohne dass damit die Befugniss, dieselben von dem letzteren her zu öffnen, verbunden zu sein braucht, eine Belastung desselben in sich schliesst.

[2]) Vgl. Gwalter, a. a. O. Seite 42, u. oben Cap. III, am Schluss.

Ausübung der Servitut gerichteten Willen ihres Besitzers anzuzeigen. Dieser Umstand veranlasst die Frage, ob für die Ersitzung der blosse Nachweis des 10jährigen ununterbrochenen und unwidersprochenen gutgläubigen Besitzes einer Thüre oder Treppe an meiner Grenze zum Beweis des Erwerbes der daran geknüpften Servitut hinreiche, oder ob nicht ergänzend der Nachweis der wirklichen Ausübung der letzteren hinzukommen müsse, — und ferner, ob nicht zum Mindesten die körperliche Anstalt, deren Bestehen eine Belastung des Nachbargrundstückes nach sich ziehen soll, auch wirklich dasselbe während der Ersitzungszeit belastet haben müsse, mit andern Worten, ob es zur Ersitzung genüge, dass die körperliche Anstalt sich auf dem herrschenden Grundstücke befinde, oder ob sie in ihrer Anlage auf das belastete hinüber greifen müsse.

Die Zürcherischen Gerichte haben hier verschiedene Standpunkte eingenommen; die ältere Praxis verlangte (trotz § 20 des Eintragungsgesetzes), dass die körperliche Anstalt auf dem dienenden Grundstücke sich befinde, damit von einem Dulden der Servitut seitens des Belasteten gesprochen werden könne; später wurde schon aus dem Unterlassen eines Widerspruches gegen eine auf dem herrschenden Grundstück befindliche Anstalt das Einverständniss des angeblich Belasteten ohne Weiteres gefolgert, oder auch auf den Beweis der thatsächlichen Ausübung (§ 107 Priv.-Ges.-B.) abgestellt.

Die obergerichtlichen Entscheide aus der älteren Praxis sind bei Ullmer, Commentar zum Priv. Ges.-B. unter Nr. 1013, 1015 und 1017 abgedruckt.[1])

Im ersten Fall (Nr. 1013, siehe auch Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Zürch. Rechtspflege, Bd. XIII., Seite 89) sprach M. das Recht an, über einen vor dem Hause

---

[1]) Es ist wohl zu beachten, dass alle diese Entscheidungen nach Einführung des Gesetzes vom 22. April 1862 gefällt worden sind. Die Gerichte waren sich also dabei vollständig bewusst, dass § 695 des Priv.-Ges.-B. durch § 20 dieses Gesetzes die jetzt in den Text des ersteren aufgenommene Modification erfahren hatte.

der Wittwe P. liegenden Platz nach Belieben zu gehen, und Gegenstände abzulegen. Er stützte diese Ansprache wesentlich darauf, dass hier eine ständige in einer körperlichen Anstalt sich darstellende Dienstbarkeit vorliege, in dem die Verschliessladen zweier Fenster seines Brauereigebäudes nur von Aussen, von diesem Platze aus, geschlossen werden können, und dass ein Gatter vorhanden sei, der auf letzteren führe; dieser Gatter befand sich ausschliesslich auf dem (angeblich) herrschenden Grundstück.

Die Ansprache wurde abgewiesen und zur Begründung angeführt:

„Zum Begriff einer eine Dienstbarkeit darstellenden körperlichen Anstalt gehört, dass dieselbe auf dem dienenden Grundstücke vorhanden sei.“

Im folgenden Fall (Nr. 1015, Zeitschrift Bd. XIX., 176, Nr. 33) wurde erörtert, ob eine ausgelegte Strasse (siehe oben Seite 18) eine „ständige“ — sollte heissen „körperliche“ — Anstalt im Sinne des § 695 Priv. Ges.-B. sei. Diese Frage wurde offen gelassen, da der Ansprecher schon deswegen abgewiesen werden musste, weil er einen Titel für das Bestehen dieser Einrichtung (n. Vertrag oder Ersitzung) nach Ansicht des Gerichtes nicht zu erbringen im Stande war. In der Begründung wurde gesagt, es lasse sich namentlich auch nicht davon sprechen, dass der Ansprecher im Besitze zu schützen sei; „denn derselbe könnte seinem Wesen nach nur darin sich geäussert haben, dass der Belastete die körperlichen Anstalten, obgleich sie nur im Interesse jenes erstellt worden waren, während 10 Jahren geduldet habe.“

In voller Deutlichkeit tritt diese Auffassung im dritten der angeführten Urtheile hervor (Ullmer Nr. 1017, Zeitschrift Bd. XIX, 179, Nr. 34): Die Geschwister H. beanspruchten das Recht, ihr Vieh durch das Thor ihrer Scheune über das Land des O. zu treiben. Ihre Ansprache wurde indessen mit folgender Begründung verworfen:

„Von einer Anwendung des § 696 kann hier schon darum keine Rede sein, weil die Dienstbarkeit, um welche es sich

handelt, nicht in einer körperlichen Anstalt sich darstellt, also nicht zu den sog. ständigen gehört. Das westliche Tennthor, auf welches man diesfalls verweist, ist zwar unstreitbar eine körperliche Anstalt, und es lässt sich auch nicht läugnen, dass wenn dasselbe geöffnet ist, das ausgespannte Vieh heraus, und über das Land des O. in den Stall zurückgeführt werden kann. Allein einerseits findet sich diese Anstalt auf dem Lande der H.[1]) und es hieng ganz ausschliesslich von dem freien Willen derselben oder ihrer Rechtsvorfahren ab, ob hier ein Thor angebracht und wie es eingerichtet werden solle, während davon, dass eine Dienstbarkeit in einer körperlichen Anstalt sich darstelle und darin ständig fortwirke, nur dann die Rede sein kann, wenn die Anstalt auf dem Eigenthum des angeblich belasteten Grundbesitzers sich befindet, also nach gewöhnlichem Gang der Dinge als mit Einwilligung des Letztern entstanden angesehen werden kann; anderseits" u. s. w. . . . . .

Die Rechtsansicht, dass die körperliche Anstalt nicht auf das belastete Grundstück hinüber zu greifen brauche, hat das Kassationsgericht meines Wissens zweimal, freilich ohne nähere Begründung, und beidemal nur im Vorbeigehen anlässlich des Entscheides über eine andere Rechtsfrage, ausgesprochen.

Der eine Fall findet sich im Auszug abgedruckt im Rechenschaftsbericht des Obergerichtes 1883 Nr. 106; es wird dort ausdrücklich gesagt, dass gemäss der „sehr weit gehenden Bestimmung" des § 20 Satz 2 des Ges. betr. die Eintragung von Grunddienstbarkeiten, unter Umständen selbst Anstalten, welche auf eigenem Lande des eine Dienstbarkeit Ansprechenden liegen, als körperliche Anstalten, welche Dienstbarkeitsrechte an dem benachbarten Grundeigenthum begründen, und eine notarialische Fertigung unnöthig machen sollen, aufzufassen seien.

Im andern Fall (Erben Bockhorn c. Erben Rosenberger, siehe oben Seite 19) wurde bei der Unterscheidung von

---

[1]) Also auf dem herrschenden Grundstücke.

ständigen und nicht ständigen Servituten ausgeführt, dass dabei § 20, Satz 2 leg. cit. ausser Betracht falle, als eine singuläre, die analoge Anwendung nicht zulassende Bestimmung, was sich schon daraus ergebe, dass die hier ausdrücklich bezeichneten Anstalten auf dem herrschenden Grundstücke sich befinden, während sonst selbstverständlich sei, dass eine Anstalt, durch welche eine ständige Servitut begründet wird, oder eine Anstalt, aus deren Bestehen auf eine nicht ständige Dienstbarkeit geschlossen werden kann, auf dem dienenden Grundstücke sich befinden müsse, indem ja Jeder auf seinem eigenen Grundstücke beliebige Anstalten errichten könne, soweit er nicht durch gesetzliche Vorschriften oder erworbene Privatrechte daran gehindert sei.

Ganz verschiedenen Auffassungen über diese Frage begegnen wir in dem interessanten, von allen drei Zürcherischen Gerichtsinstanzen beurtheilten Falle Luise Stocker gegen F. Locher, wovon ein Entscheid des Obergerichtes in den Blättern für H. R. Entsch., Bd. VIII., S. 63 abgedruckt ist.

Der Beklagte L. hatte im Jahre 1888 seinen an die Liegenschaft der Klägerin St. grenzenden Garten mit einer neuen Einfriedigung (Staketenzaun) versehen, und erstellte in derselben einen Gatter, welcher ihm auf das unmittelbar dem Zaun entlang führende Privatsträsschen der Klägerin Zutritt verschaffen sollte. Diese letztere erblickte in der Errichtung dieses Gatters die Gefahr der möglichen Ersitzung eines Wegrechtes über ihr Privatsträsschen gemäss den seit 1. Jan. 1888 in Kraft getretenen §§ 245 und 246 rev. Pr. G. B., und erhob gerichtliche Einsprache gegen denselben, welche erstinstanzlich gutgeheissen wurde. Das Obergericht erkannte, in Anlehnung an die Ausführung Gwalter's zu § 20 des Ges. v. 22. April 1862, auf Beweis darüber, „dass die streitige Thüre seit (14 bezw.) 10 Jahren ohne Widerspruch bestehe."

Damit war die Ansicht ausgesprochen, dass die in concreto auf dem herrschenden Grundstück befindliche Vorrichtung zur Ersitzung der an sie geknüpften Dienstbarkeit ein geeignetes Mittel sei.

Das Kassationsgericht, bei welchem die Klägerin diesen

Beschluss anfocht, fällte, weil derselbe den Streit noch nicht endgültig entschied, kein Urtheil in der Hauptsache, bemerkte aber doch beiläufig, dass es allerdings fraglich erscheine, ob mit dem Nachweis der 10jährigen Existenz der Gartenthüre, ohne dass zugleich der Nachweis der 10jährigen ununterbrochenen und unwidersprochenen Ausübung des Wegrechtes geleistet werde, auch das Recht des Beklagten, beliebig über das Privatsträsschen der Klägerin zu gehen, dargethan sei.

In der nun folgenden Beweisverhandlung beschränkte sich der Beklagte nicht auf den Nachweis des 10jährigen Besitzes der Thüre, sondern producirte auch Zeugen, welche die thatsächliche Ausübung des Wegrechtes bekundeten.

Das Bezirksgericht gieng — wohl mit Rücksicht auf diese letzte Bemerkung des Kassationsgerichtes — auf die so erweiterte Beweisführung ein, und in der That stellte sich heraus, dass der Rechtsvorfahr des Beklagten bereits vor 10 Jahren hier einen Gatter erstellt hatte, welcher aber von dem übrigen Haag nicht deutlich unterscheidbar und desshalb vielleicht von der Klägerin gar nicht beobachtet worden war. Die Rechtsvorfahrin der Klägerin hatte nämlich dem Rechtsvorfahren des Beklagten „auf Zusehen hin und in der Meinung, dass daraus niemals ein Recht entstehen solle", die Benutzung ihres Privatsträsschens gestattet. Das Bezirksgericht fand nun, mit Rücksicht auf diese Thatsachen könne nicht davon geredet werden, dass der Besitz der Servitut während 10 Jahren ein gutgläubiger im Sinne der §§ 246 und 73 Priv. Ges.-B. gewesen sei; denn der Rechtsvorfahr des Beklagten, welcher seine Liegenschaft noch vor 2 Jahren besessen hatte, wusste, dass er die Servitut nur precario modo ausübte. Auf der andern Seite aber erklärte das Gericht nunmehr, die Klägerin habe kein Recht, gegen den Gatter Einsprache zu erheben, da derselbe sich ganz auf dem beklagtischen Grundstücke befinde, und den Beklagten Nichts hindern könne, auf seinem Grundstück zu erstellen, was er wolle; demgemäss lautete diesmal das Urtheil: „Dem Beklagten steht ein Wegrecht durch den streitigen Gatter über das Grundstück der Klägerin nicht zu, im Uebrigen ist

die Klage abgewiesen." Diese Fassung des Dispositivs wurde von der Appellationskammer des Obergerichtes nunmehr bestätigt; auch diese Instanz stellte jetzt darauf ab, dass dem Usucapienten der Nachweis des guten Glaubens während der zur Ersitzung nöthigen Zeit nicht gelungen sei, — ohne im Uebrigen nochmals auf die Frage einzutreten, ob die vom Bez.-Gerichte zugelassene Beweisführung über die thatsächliche Ausübung des Wegrechtes vom Standpunkt der §§ 245 und 246 richtig gewesen sei.[1])

Die Geschichte dieses Processes zeigt deutlich, wie widerspruchsvoll dermalen die Ansichten über die vorwürfige Frage bei unsern Gerichten noch sind, und dieser Umstand mag die weitläufige Wiedergabe desselben rechtfertigen. Wurde doch im endgültigen Urtheil erklärt, die Klägerin habe kein Recht, Einsprache gegen die auf dem Nachbargrundstück vorhandene Thüre zu erheben, — während man bei Festsetzung des Beweisdecretes davon ausgegangen war, dass der Beklagte ein Wegrecht über ihr Grundeigenthum durch Ersitzung erworben habe, wenn sich herausstelle, dass sie während 10 Jahren diese Thüre unwidersprochen habe bestehen lassen.[2])

---

[1]) Das Bezirksgericht hatte ausdrücklich erklärt: „Mit dem Nachweise der zehnjährigen Ersitzung der Gartenthüre hat der Beklagte noch lange nicht das Recht erworben, nach Belieben über das Privatsträsschen der Klägerin zu gehen. Das zehnjährige gutgläubige Bestehen einer eine ständige Servitut andeutenden Einrichtung begründet erst das Recht auf Fortexistenz dieser Einrichtung. Die Servitut selbst wird nur durch die thatsächliche Ausübung begründet."

[2]) Dem Einwurf, die Klägerin hätte von Anfang an auf die durch Erstellung der Gartenthüre erfolgte Provocation mit einer Feststellungsklage mit Bezug auf das Wegrecht antworten sollen, ist entgegenzuhalten, dass eine solche Feststellungsklage die drohende Gefahr einer Usucapion keineswegs völlig beseitigt haben würde. Nach dem nunmehr rechtskräftig gewordenen Urtheil wird allerdings der Beklagte Locher selbst, wenn er auch die Thüre bestehen lässt, das Wegrecht nicht ausüben dürfen; allein wenn er sein Grundstück verkauft, ohne seinem Rechtsnachfolger davon

Cap. V.

Fortsetzung.

Die ratio legis, welche in der Gleichstellung der durch eine körperliche Anstalt dargestellten offenen aber unständigen Servituten mit den ständigen des § 695 a. Priv.-Ges.-B. liegt, führt uns dazu, den Satz aufzustellen, dass bei der Frage, ob in einem gegebenen Falle eine solche Servitut gemäss den §§ 245 und 246 des neuen Priv.-Ges.-B. durch Ersitzung begründet werden könne, lediglich auf die körperliche Anstalt Rücksicht zu nehmen ist, mit andern Worten, dass der Usucapient den Nachweis, und nur den Nachweis zu leisten habe, dass er die körperliche Anstalt, welche die Dienstbarkeit darstellt, zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen gutgläubig besessen habe, — somit ein weiterer Beweis, dass auch thatsächlich die fragliche Servitut, beziehungsweise die Handlungen des Gehens, Tragens, Fahrens u. s. w. ausgeübt worden seien, als unerheblich und überflüssig erscheint.

Der Gesetzgeber leitet uns zu dieser Anschauung schon durch die Art und Weise, wie er dieser Gleichstellung Ausdruck verliehen hat; er sah sich nicht veranlasst, zu erklären, den ständigen Servituten solle eine gewisse Categorie unständiger, aber den ständigen doch in vielen Punkten ähnlicher Dienstbarkeiten gleichgestellt sein, sondern er legt

---

Kenntniss zu geben, und dieser die Thüre dazu benutzt, wozu sie da ist, so wird nach 10 Jahren ein Wegrecht vielleicht doch ersessen sein, sofern die Gerichte dannzumal den in Bl. f. H. R. E. Bd. VIII S. 63 verfochtenen Standpunkt noch einnehmen. — Möchte man aber, wie das Bezirksgericht in seinem Urtheil (Erwägung 7), einwenden, dieser Gefahr könne die Klägerin einfach durch Einrammeln von Pfählen oder durch Erstellen einer eigenen Hecke vor dieser Thür vorbeugen, so ist dagegen zu betonen, dass die Verweisung auf eine derartige Selbsthülfe ja gerade die Verweigerung des Rechtsschutzes bedeutet; wenn ich mir selber helfen muss, brauche ich freilich weder Recht noch Richter. Auch durch Eintragung des Urtheils in das Grundbuch scheint mir keine Abhülfe geschaffen; denn das Grundbuch ist doch nicht zur Aufnahme der nicht existirenden, sondern nur zur Eintragung der bestehenden Dienstbarkeiten da.

den Nachdruck auf die körperliche Anstalt; er sagt: Wenn eine Dienstbarkeit durch eine körperliche Anstalt dargestellt wird, so bedarf es der Eintragung nicht mehr, und dies trifft bei den ständigen Servituten zu; aber auch Thüren, Fensterladen und Treppen sind dergleichen körperliche Anstalten, selbst wenn die dadurch bewirkten Dienstbarkeiten nicht ständig sind; genug, dass das Dienstbarkeitsrecht ständig dargestellt wird, mag die Ausübung desselben auch nur zeitweise erfolgen[1]).

Auf die Darstellung kommt es also an, und diese geschieht eben durch die körperliche Anstalt selbst. Wenn es nämlich richtig ist, dass die ständigen Servituten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, nur aus dem Grunde von der Vorschrift, ins Grundprotokoll eingetragen zu werden, ausgenommen wurden, weil die Anstalt selbst in genügender Weise diejenige Rechtssicherheit bewirkt, welche man im Uebrigen mit der öffentlichen Eintragung bezweckte[2]), — und wenn der Gesetzgeber, von dieser Erwägung ausgehend, die genannte Ausnahme (sozusagen das Privilegium) auf eine bestimmte Categorie unständiger Servituten übertrug, obschon ihm wohl bewusst war, dass hier die körperliche Anstalt und der Inhalt der Servitut sich nicht decken, — so ergibt sich nothwendig der Schluss, dass er in diesem Punkte alle Rechtssätze, welche auf die Entstehung der unständigen Servituten allein bezüglich sind, preisgeben wollte. Wir werden also dazu geführt, auch für die §§ 245 bis 246 Priv.-Ges.-B. den Grundsatz aufzustellen, dass für die Begründung

[1]) Wie dies übrigens auch beim stillicidium der Fall, welches trotzdem immer als ständige Servitut aufgefasst worden ist.

[2]) Von diesem Gedanken wurde freilich insofern abgewichen, als man erklärte, die Eintragung brauche dann nicht zu geschehen, wenn die körperliche Anstalt, wie z. B. eine Wasserleitung, verborgen liege. Indessen ist oben gezeigt worden, dass diese letztere Bestimmung nicht auf principieller Auffassung beruht, sondern bloss aus Zweckmässigkeitsgründen, im Hinblick auf unterirdische Wasserleitungen, nachträglich aufgestellt wurde.

von Grunddienstbarkeitsrechten ausser der notariellen Fertigung nur Zustände, Einrichtungen, berücksichtigt werden, nicht auch menschliche Handlungen.

Bei den unständigen Servituten des § 245 Priv.-Ges.-B. äussert sich sonach der Ersitzungsbesitz nicht in den einzelnen Handlungen des Gehens, Tragens, Fahrens u. s. w., sondern in dem Innehaben der Anstalt, deren augenfälligen Zweck die Servitut in ihrem vollen Umfange in unzweifelhafter Weise demonstriren muss. § 107 Priv.-Ges.-B. findet daher auf diese Art von Rechtsbesitz keine Anwendung.[1]) Wollte man aber dieser Auffassung nicht beipflichten, und für die unständigen Servituten des § 245 auch jetzt noch den § 107 cit. anwenden, so würde das Bestehen der körperlichen Anstalt zum blossen Indicium herabgedrückt, und über Existenz und Umfang der Servitut müsste, wie ehemals vor Inkrafttreten des Priv.-Ges.-B., und zwar mit den gleichen Beweismitteln gestritten werden (Gwalter a. a. O., Seite 4); es wäre denn auch nicht recht einzusehen, wesshalb der Gesetzgeber die entsprechende Servitut nur in so weit gelten lassen wollte, als Zweck und Bestimmung der körperlichen Anstalt dieselbe zweifellos darthun, wenn nicht eben gerade hierin, und hierin allein der Beweis für die Existenz derselben sollte gefunden werden.

Unsere Ansicht wird übrigens auch durch die Bestimmungen über den Untergang von Servituten gestützt: § 249 Priv.-Ges.-B. setzt fest, dass Servituten, welche nicht eingetragen sind, durch Beseitigung der Anstalt untergehen, wenn dieselbe sich entweder auf einen Vertrag oder auf einen andern auf Aufhebung gerichteten Rechtstitel stützt, oder auch ohne solche, wenn dieselbe nicht innerhalb 10 Jahren

[1]) Vgl. auch § 579 des Bürg. Ges.-B. für das Königreich Sachsen: „Bei Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, wird, wenn das Dasein einer solchen am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit dargethan ist, ununterbrochener Besitz in der Zwischenzeit vermuthet."

wieder hergestellt worden ist. Im Uebrigen ist im Gesetze non usus nirgends als Erlöschungsgrund von Servituten vorgesehen; so lange also die körperliche Anstalt besteht, lebt auch eine unter § 245 Priv.-Ges.-B. fallende, unständige Grunddienstbarkeit fort, mag sie auch 10 und mehr Jahre lang thatsächlich nicht mehr ausgeübt worden sein. Auch für den Untergang derartiger Servituten richtet sich das Schicksal dieser letzteren ganz nach demjenigen der dieselben darstellenden körperlichen Anstalten[1]).

Von diesen Erwägungen aus komme ich nun auch dazu, alle Wegrechte, welche sich überhaupt durch eine deutliche Einrichtung darstellen, also nicht bloss durch Thüren und Treppen, sondern auch beispielsweise durch Pflästerung, beidseitige Einzäunung u. ä., für nicht eintragsbedürftig zu erklären.

Es leuchtet ein, dass ein ausgelegter Weg, der von meinem Grundstück über dasjenige des Nachbars führt, unter Umständen ein mir zustehendes Wegrecht viel deutlicher und sicherer bekundet, als eine Thüre oder Treppe; warum sollte in diesem Fall die Eintragung eher nöthig sein?

Die diesfälligen Entscheidungen[2]), welche Eintragung verlangten, waren richtig nach dem alten Priv.-Ges.-B.; denn dasselbe gewährte das fragliche Privilegium nur „ständigen Dienstbarkeiten", — dem gegenüber die Bestimmung des § 20 Absatz 2, Ges. v. 22. April 1862 als eine die analoge Anwendung ausschliessende Singularbestimmung erschien.

Nun ist aber diese letztere selbst in das privatrechtliche Gesetzbuch herübergenommen und das Wort „ständige" vor „Dienstbarkeiten" in § 695 (245) absichtlich gestrichen worden; es genügt nunmehr, dass die Dienstbarkeit, sei sie nun

---

[1]) Allerdings kann nach § 248 Priv.-Ges.-B. die Aufhebung einer Servitut auch dadurch herbeigeführt werden, dass der Berechtigte auf dieselbe verzichtet, und nun läge es nahe, in dauernder Nichtausübung einen Verzicht zu erblicken; allein dieser Paragraph bestimmt blos, dass der Eigenthümer des dienenden Grundstückes vom Verzichtenden die Einwilligung zur Löschung am Grundprotokoll, und die Vornahme derselben verlangen kann; er bezieht sich also augenscheinlich nur auf notariell gefertigte Servituten.

[2]) Siehe oben Seite 25 f.

ständig oder nicht, sich in einer körperlichen Anstalt darstelle, sodass der Inhalt der Dienstbarkeit entweder mit der körperlichen Anstalt identisch ist, oder doch zweifellos aus dem Zweck dieser letzteren hervorgeht, und diess kann gewiss bei den sogenannten ausgelegten Wegen der Fall sein. Die Aufzählung der körperlichen Anstalten in § 245 Absatz 2 ist denn auch nur eine beispielsweise.

Wenn nun trotzdem § 242 (neu) Priv.-Ges.-B. noch die Eintragung ins Grundbuch für alle Servituten vorschreibt, „welche sich nicht durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in dieser ständig fortwirken", so kann dieses Fortwirken nicht mehr auf den vollen Inhalt der Servitut Bezug haben, sondern bloss noch von der Einwirkung der körperlichen Anstalt auf das belastete Grundstück verstanden werden; nur auf diese Weise löst sich der anscheinende Widerspruch zwischen § 242 und 245 Priv.-Ges.-B. mit Rücksicht auf das Requisit der Ständigkeit.

Darf hienach als feststehend betrachtet werden, dass der Ansprecher einer unter § 245 Priv.-Ges.-B. fallenden Servitut nichts Weiteres als den Ersitzungsbesitz der körperlichen Anstalt, durch welche diese Dienstbarkeit dargestellt wird, nachweisen muss, so ist nunmehr, hierauf fussend, die weitere Frage zu erörtern, ob die beanspruchte Dienstbarkeit (z. B. das Wegrecht) auch dann zuerkannt werden müsse, wenn sich die körperliche Anstalt ausschliesslich auf seinem eigenen Grundstücke befindet, ohne dasjenige des Nachbars zu berühren?[1])

Wir haben gesehen, dass die Zürcherische Gerichtspraxis in dieser Frage keinen festen Anhaltspunkt gewährt, sondern dieselbe bald in bejahendem und bald in verneinendem Sinne beantwortet hat.

Für die Bejahung der Frage lässt sich anführen, dass das Gesetz in der That nicht ausdrücklich unterscheidet; es spricht einfach von Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl, als an der Einfriedigung von Grundstücken,

---

[1]) Art. 642 Code civil.

und die Behauptung hat allerdings etwas für sich, der Gesetzgeber habe durch die Bestimmung, dass der Zweck der Einrichtung ausser Zweifel stehen müsse — und die Servitut auch nur in so weit rechtlich anerkannt werde, als diess zutreffe —, erklären wollen, der augenscheinliche Zweck der körperlichen Anstalt, resp. der durch die körperliche Anstalt augenscheinlich dargelegte Wille, die daraus hervorgehende Servitut auch wirklich auszuüben, sei gleich zu stellen der thatsächlich geschehenden Belastung.

Aus Gwalter's Commentar zum Gesetz vom 22. April 1862 (§ 20, zweites Lemma) zu schliessen, ist es sogar wahrscheinlich, dass diese Anschauung bei der Redaction dieser Gesetzesbestimmung obgewaltet hat. Auch ist unstreitig, dass mancherlei örtliche Verhältnisse vorkommen, namentlich in Häusern, welche ursprünglich für einen und denselben Herrn gebaut, und nachher unter zwei oder mehrere Eigenthümer real getheilt worden sind, wo diese Auffassung dem practischen Bedürfniss des einzelnen Falles am ehesten gerecht wird.[1])

Allein auf der andern Seite ist es doch bedenklich, dass man hiebei die Ersitzung nicht mehr an den wirklichen, sondern an einen fingirten Ersitzungsbesitz knüpft. Man setzt voraus, die für die Dienstbarkeit bestimmte Einrichtung auf dem herrschenden Grundstück habe für sich schon einen derartigen Einfluss auf die Freiheit des Nachbargrundstückes, dass dieses blosse Anzeichen der Belastung den Eigenthümer des Nachbargrundstückes, ebensosehr wie die thatsächliche körperliche Einwirkung, in seinem Frieden störe und zur Gegenwehr treibe, sodass, wenn diese Gegenwehr zehn Jahre lang nicht erfolgt, füglich auf eine beidseitige Willensübereinstimmung geschlossen werden könne.

Nun ist es aber gar wohl möglich (wie der mitgetheilte Process Stocker c. Locher beweist), dass diese Voraussetzung mit der Wirklichkeit in Widerspruch steht.

---

[1]) In dieser Richtung scheint mir immerhin durch § 261 Priv.-Ges.-B. (siehe unten Cap. VII) ausreichend vorgesorgt zu sein.

Wenn man auch davon ausgeht, die Thüren, Fensterladen und Treppen, von welchen § 245 Priv.-Ges.-B. handelt, dürfen nicht, wie die Wasserleitungen, Tollen und dgl., verborgen liegen, sondern sie müssen in die Augen fallen und es müsse ihr Zweck nicht nur an sich „ausser Zweifel stehen", sondern zugleich offenkundig sein, — so kann man eben doch nicht bestreiten, dass unsere Gesetzgebung für die Usucapion eine wirkliche Besitzesstörung verlangt.

Nimmt man an, die körperliche Anstalt brauche nicht auf dem angeblich belasteten Grundstücke sich zu befinden, so setzt man das letztere einer beständigen Gefahr aus, gegen die sein Eigenthümer genügenden Schutzes entbehrt. Es ist bezeichnend, dass in dem Falle Stocker c. Locher die Gerichte sich gescheut haben, die Einsprache gegen die Thüre des Usucapienten gut zu heissen; man fand, eine solche Einsprache stehe im Widerspruch mit dem § 108 Priv.-Ges.-B., welcher dem Eigenthümer die volle und ausschliessliche Herrschaft über die ihm gehörende körperliche Sache zugesteht, soweit diese Herrschaft nicht durch besondere Gesetze oder wohlerworbene Privatrechte eingeschränkt ist.

Der Eigenthümer des bedrohten Nachbargrundstückes ist also auf den Nothbehelf beschränkt, durch den Richter feststellen zu lassen, dass ein Titel zur Ausübung der angedeuteten Servitut nicht vorhanden sei; und zwar muss er das jedem jeweiligen Eigenthümer des angeblich herrschenden Grundstückes gegenüber thun;[1]) ohne ein Einspracherecht gegen die nachbarliche Anstalt zu haben, muss er, um die Ersitzung zu verhindern, fortwährend darauf bedacht sein, den guten Glauben, dass die Vorrichtung ihrem Zweck gemäss zu seinen Lasten benützt werden dürfe, nicht entstehen zu lassen.

Das einzige Mittel, sein Eigenthum vor einer solchen Occupation dauernd zu schützen, wäre die sichere Einfriedigung desselben.

Bei dieser Sachlage können wir kaum mehr dem Satze beistimmen, dass der Besitz einer körperlichen Anstalt, die

---

[1]) Siehe oben Seite 30, Anmerkung 2.

nach ihrer Bestimmung zwar unzweifelhaft eine Dienstbarkeit darstellt, sich aber nur auf dem herrschenden Grundstück befindet, als Ersitzungsbesitz der Servitut im Sinne von § 246 Priv.-Ges.-B. gelten könne, wir müssen daher verlangen, dass die körperliche Anstalt sich auf dem belasteten Grundstücke befinde, respective in ihrer Anlage auf dasselbe hinüber greife.

Dieses ist auch der Standpunkt der herrschenden Meinung in der Französischen Doctrin und Praxis.

Die gleiche Frage wird dort erörtert mit Bezug auf die Bestimmung des Code civil, wonach Derjenige, in dessen Grundstück eine Quelle entspringt, darüber nach Belieben verfügen kann, vorbehältlich allfälliger dem Eigenthümer des untern Grundstückes zustehender Rechte, welche derselbe durch Titel oder Ersitzung erwerben kann; diese Ersitzung findet durch eine während 30 Jahren ununterbrochen fortgesetzte Benützung statt, von dem Zeitpunkt an gerechnet, wo der Eigenthümer des untern Grundstückes diejenigen in die Augen fallenden Anstalten erstellt und beendet hat, welche dazu bestimmt sind, den Fall und Ablauf des Wassers auf sein Grundstück zu erleichtern.[1])

Es herrscht nun darüber Streit, ob diese Anstalten auf dem obern (belasteten) Grundstücke erstellt sein müssen, oder ob der untere Eigenthümer das Recht auf den Fortbestand des durch die Einrichtungen geregelten Wasserlaufes auch dann ersessen habe, wenn dieselben lediglich auf seinem Grundstück sich befinden.

Die constante Praxis der cour de cassation[2]) verlangt jedoch, in Uebereinstimmung mit mehreren hervorragenden

---

[1]) Art. 641 u. 642 Code civil. Vergleiche auch § 211 Zürch. Priv.-Ges.-B.

[2]) Dalloz, Jurisprudence générale, Bd. 40, unter dem Titel „Servitude", Nr. 151. Laurent, Princ. de droit civil franç. VIII, Nr. 204 (2. Edit. 1878).

Schriftstellern,[1]) dass die körperlichen Anstalten auf dem belasteten Grundstück erstellt worden seien.

Demolombe, traité des servitudes I Nr. 80, begründet diese Ansicht treffend:

„Toute prescription commence par une usurpation que le temps légitime; or, si l'on admet comme base de la prescription les travaux faits sur le fonds inférieur, il n'y a pas d'usurpation, car le propriétaire de ce fonds construit sur son propre terrain, et en utilisant l'eau qui coule sur sa propriété, use d'une chose, dont le propriétaire supérieur a perdu la jouissance."

Auf der andern Seite haben namentlich Zachariae,[2]) Pardessus,[3]) Marcadé,[4]) Demante[5]) und Touillier[6]) ein solches Hinübergreifen der körperlichen Anstalt auf das belastete Grundstück nicht für nöthig erklärt. Allein es ist wohl zu beachten, dass diese Schriftsteller den Fall des Art. 642 als einen ausnahmsweisen, den Regeln der Ersitzungslehre nicht unterstellten auffassen. Davon gieng auch das Tribunat aus; die Ansicht desselben, dass der Eigen-

---

[1]) Demolombe, traité des servitudes I Nr. 80. Vazeille, Prescription Nr. 401. Troplong, de la prescription, Nr. 114. Barbo, die Theorie der Servituten des franz. Rechts (Mannheim, 1855), Seite 39 u. f. Vgl. auch Dalloz, a. a. O. Nr. 151, und Zachariae, franz. Civilrecht, II § 236, Anm. 6; 251 Anm. 9.

[2]) A. a. O. II § 236 u. § 251. Puchelt schliesst sich nicht ohne Weiteres Zachariae an. Er sagt in der Anmerkung: „Jeder kann auf seinem Grundstücke beliebige Anlagen errichten, doch sind Ausnahmen denkbar, z. B. wenn die Anlagen das Wasser auf dem obern Grundstück stauen; dann ist freilich Zachariae's Ansicht vorzuziehen."

[3]) Servit. Nr. 101.

[4]) Explication du droit civil, art. 642 No. 2.

[5]) Cours analytique, II 439 bis.

[6]) Le droit civil II No. 631. Indessen gesteht Touillier bei Besprechung eines Ausspruches der cour de cassat., lautend: „ce n'est que l'existence des ouvrages de la part du propriétaire inférieur sur le fonds du propriétaire de la source que peut naître la servitude" —, diese Ansicht sei im Grunde doch die einzig richtige: „J'avais d'abord enseigné cette doctrine qui est la seule vraie; l'autorité du Tribunat m'avait fait illusion."

thümer des unteren Grundstückes durch Vorrichtungen auf seinem Grundstück das betreffende Recht auf den Wasserlauf ersitzen könne, wird in den „Observations" desselben[1]) ausdrücklich damit begründet, dass es sich in Art. 642 Code civ. um einen ganz singulären Fall handle, bei dem die Regeln über Ersitzung von Servituten nicht ohne Weiteres Platz greifen dürfen;[2]) man fasst diesen Artikel so auf, als ob der Eigenthümer des untern Grundstückes durch die „prescription" nicht ein neues Recht auf das obere erwerbe, sondern dass damit nur der natürliche Lauf des Wassers unveränderlich bleiben solle, in welchem Falle dann Artikel 641 cessire.[3])

Ausser der Französischen Jurisprudenz finden wir diese Controverse über die Lage der körperlichen Anstalt nirgends behandelt; aus dem einfachen Grunde, weil die übrigen Gesetzgebungen[4]) die im Zürcherischen Rechte gemachte

---

[1]) Siehe Locré, la législation civile etc. VIII pag. 355: Observations du Tribunat (section de législation du Trib. du 17 brumaire an XII, 9 novembre 1803).

[2]) „Il est hors de doute que le propriétaire inférieur ne pourrait établir à son profit une servitude sur le fonds supérieur sans un ouvrage fait et terminé sur **le même fonds;** mais cette espèce est absolument différente à celle dont il s'agit dans l'art. 7 (642). Dans le cas de l'article 7 le propriétaire inférieur tient sa jouissance du bienfait de la nature et non d'une convention expresse ou tacite contre lui et le propriétaire." Locré a. a. O.

[3]) „Si le propriétaire supérieur laisse passer le long intervalle de 30 ans sans troubler cette jouissance, il est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature. — Il résulte de son silence un véritable consentement, non pas à ce qu'on pût acquérir contre lui quelque chose de nouveau, mais à ce que les choses restassent dans l'état où la nature elle-même les avait placées; ainsi le propriétaire inférieur n'a rien changé par ses ouvrages. Il a seulement annoncé l'intention de conserver ce qu'il avait." eod.

[4]) Siehe oben Cap. II; eine Ausnahme macht das aus dem Zürch. Priv.-Ges.-B. wörtlich copirte Priv.-Ges.-B. von Schaffhausen. Der Entwurf eines bürgerl. Ges.-B. für das Königreich Bayern, welcher die Controverse ebenfalls zulässt (III. Theil, Hauptstück IV, Art. 306), hat keine Gesetzeskraft und auch keine weitere wissenschaftliche Erläuterung in dieser Frage erlangt. Das Preussische Landrecht, II. Theil,

Auszeichnung der besprochenen Categorie von Servituten nicht kennen, und es demnach von selbst bei dem Grundsatze tantum praescriptum quantum possessum bleibt.

Cap. VI.

Der Vertrag und die Ersitzung, als rechtsbegründende Thatsachen zur Entstehung von Grunddienstbarkeiten im Sinne des § 245 Priv.-Ges.-B.

1. § 245 Priv.-Ges.-B. setzt ein „Rechtsgeschäft" voraus, abgeschlossen zwischen dem Eigenthümer des berechtigten und demjenigen des belasteten Grundstückes, d. h. eine Rechtshandlung irgend welcher Art, welche deutlich den auf Begründung einer Servitut gerichteten Willen darthut, vorausgesetzt, dass sie von dem hiezu Berechtigten ausgeht, also Vertrag, letztwillige Verfügung, sowie auch richterliche Zusprechung.[1])

Mit dem Rechtsgeschäft muss die Errichtung der körperlichen Anstalt, durch welche die Servitut dargestellt wird, „verbunden" sein. Eine zeitliche Uebereinstimmung ist aber nicht gefordert; es genügt, dass die Errichtung der körperlichen Anstalt infolge dieses Rechtsgeschäftes geschieht.

Wer die körperliche Anstalt errichte, ob der Berechtigte oder der Belastete, ist nach dem Gesetze ebenfalls gleichgültig; wie es auch nicht nöthig ist, dass sie dem Berechtigten ausschliesslich diene.[2])

Tit. 22, § 16 spricht sich sogar ausdrücklich dahin aus, dass nur diejenigen Grundgerechtigkeiten der Eintragung nicht bedürfen, „deren Dasein aus einer zu ihrer Ausübung in der belasteten Sache vorhandenen fortwährenden Anlage von einem Jeden erkannt werden kann".

[1]) Eine besondere Art einer auf Begründung von Servituten gerichteten Rechtshandlung, die sogenannte „Widmung", destinatio patris familias, werden wir weiter unten kennen lernen. Für sie gelten besondere Rechtssätze.

[2]) Wächter, grundsätzl. Entscheidungen, Nr. 164.

Nicht jedes Rechtsgeschäft aber, mit welchem die Errichtung der körperlichen Anstalt Hand in Hand geht, ist geeignet, eine Dienstbarkeit im Sinne des § 245 zu begründen, sondern nur ein solches, welches auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtet ist. Diese Einschränkung ist von Bedeutung in denjenigen Fällen, wo in der blossen Existenz der körperlichen Anstalt ein Beweis erblickt werden will für eine stillschweigende Einwilligung, also für einen Vertrag, abgeschlossen durch concludente Handlungen bezw. Unterlassungen.

Dass ein Vertrag im Sinne des § 245 an sich auch stillschweigend geschlossen werden kann, mag nicht bezweifelt werden. Die Feststellung eines solchen stillschweigenden Einverständnisses im einzelnen Fall ist Sache des freien richterlichen Ermessens (§ 296 Ges. betr. die Rechtspflege). Die Zürcherische Praxis war nun von jeher geneigt, in der Unterlassung eines Widerspruches gegen die Ausübung einer Dienstbarkeit ein solches Einverständniss zu erblicken,[1]) und Schneider führt sogar aus,[2]) in manchen Fällen werde aus der einfachen Existenz einer derartigen Anstalt, zumal einer wichtigen und augenfälligen, schon unter Umständen geschlossen werden können, dieselbe beruhe auf einem Vertrag mit dem Eigenthümer, der die Errichtung habe gewähren lassen — z. B. wenn ein Kanal des B über das Grundstück des A geleitet wird, und der A die Baute ohne Widerrede geschehen lässt; — und dann bedürfe es der Ersitzung gar nicht, ungeachtet kein schriftlicher Vertrag noch eine ausdrückliche mündliche Verabredung nachgewiesen werden könne; in dem Werke offenbare sich dann der Vertragswille klar genug.

Allein ich glaube doch, dass Derjenige, welcher eine Servitut anspricht, glaubhaft machen muss, dass die Willensübereinstimmung zweifellos dahin gegangen sei, ein

---

[1]) Monatschronik Bd. VI, Seite 414.

[2]) Commentar zum Priv.-Ges.-B. § 246, Anm. 1.

Recht der Dienstbarkeit zu begründen, und nicht bloss eine Gefälligkeit zu erweisen.[1])

Oft mag es für den Richter allerdings sehr schwierig sein, nachträglich den wirklichen Willen der Parteien festzustellen, und gerade in dem von Schneider a. a. O. angeführten Beispiele liegt es in Anbetracht der erheblichen Einwirkung, welche A duldet, ungemein nahe, anzunehmen, die körperliche Anstalt sei nicht bloss precario modo, oder ohne Vorwissen des Eigenthümers, erstellt worden, sondern infolge eines auf Begründung eines Dienstbarkeitsrechtes gerichteten Vertrages; allein das erstere ist doch nicht schlechthin ausgeschlossen, und darum würde ich, so lange keine weitern unterstützenden Merkmale hinzukommen, im Zweifel nicht auf § 245 abstellen, sondern einzig § 246 massgebend erklären; denn hier bewährt sich meines Erachtens ganz besonders unser Institut der Ersitzung.

„Wir sind hier eigentlich", sagt Keller, erste Vorlesung über Zürcherisches Partikularrecht bis 1831,[2]) mit Bezug auf die Ersitzung, „auf dem Gebiete der stillschweigenden Einwilligung, durch welche Idee das ganze Gebiet der Ersitzung absorbirt wird."[3])

Wenn wir nun die Voraussetzungen der Servitutenersitzung in Betracht ziehen, dahin gehend, dass einerseits der Eigenthümer die Ausübung der Servitut (bei ständigen Dienstbarkeiten das Bestehen der körperlichen Anstalt) ohne Widerspruch geschehen lässt, anderseits aber dieser unwidersprochene Besitz zehn Jahre lang ununterbrochen fortgesetzt werden muss, wenn ein Titel mangelt, — so wird es kaum angehen, in dem Bestehen der körperlichen Anstalt,

---

[1]) Vgl. Preuss. Allg. Landrecht, I, 22, § 14 und dazu Dernburg, Preuss. Privatrecht I, § 298, Anm. 5.

[2]) Kollegienheft in der Zürch. jurist. Bibliothek.

[3]) Diese Idee liegt wohl auch dem Satze: vix est enim, ut non videatur alineare qui patitur usucapi, in L. 28 pr. Dig. de V. S. 50, 16 zu Grunde.

ohne die zehn Jahre abzuwarten, den Beweis für den mangelnden Titel zu erblicken.[1])

Die Thatsache, dass der Eigenthümer die Ausübung der Servitut ohne Widerrede habe geschehen lassen, ist also für die Begründung eines Dienstbarkeitsrechtes nur in Verbindung mit der weitern Thatsache, dass diese Ausübung (resp. das Bestehen der körperlichen Anstalt) zehn Jahre lang ununterbrochen, unwidersprochen und gutgläubig geschehen sei, hinreichend.[2])

Den § 245 würde ich nur dann zur Anwendung bringen, wenn der Eigenthümer dolo malo oder culpa lata wissentlich den Nachbar erhebliche Aufwendungen im Interesse der Servitut machen lässt, und dann hinterher das Dienstbarkeitsrecht nicht gegen sich gelten lassen will.

2. Zur Ersitzung wird gefordert, dass der zehnjährige Besitz in gutem Glauben geschehen sei. Das frühere Priv.-Ges.-B. hatte den Ausdruck: „redlicher Besitz". — In Anlehnung an den Sprachgebrauch des gemeinen Rechts, und neuerdings auch des Schw. Obligationenrechts ist dann bei der Revision dieser Ausdruck überall durch „gutgläubig" ersetzt worden, in der Meinung, dass diese sprachliche Aenderung den Begriff selbst nicht alteriren solle (s. Schneider, Comm. zu § 70 Priv.-Ges.-B.).

Den Begriff des guten Glaubens beim Besitze bestimmt das Priv.-Ges.-B. negativ, indem es darunter jeden Besitz zählt, der nicht bösgläubig ist. „Der gutgläubige Besitz setzt voraus, dass der Besitzer die Besitzergreifung nicht als eine unrechtmässige gekannt habe" (§ 73).

---

[1]) Eine derartige Vermuthung eines Titels schreibt das Gesetz in § 261 (§ 711a) unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich vor (siehe unten Cap. VII); argumento e contrario soll sie in den dort nicht erwähnten Fällen nicht ohne Weiteres eintreten.

[2]) So bestimmt ausdrücklich Art. 19 des Ges. v. 6. Juni 1850 betr. Dienstbarkeiten etc. für den Kt. St. Gallen. Huber III, S. 348 siehe dagegen Schaffhausen, P.-G., 643, Huber, III. S. 358.

Bösgläubiger Besitzer aber ist nicht bloss derjenige, welcher von der Unrechtmässigkeit seines Besitzes ein positives Wissen hat, sondern wer schon zur Zeit der Besitzergreifung auch bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Titels zu zweifeln, und sich den unrechtmässigen Besitz ohne weitere Prüfung angeeignet hat (§ 74). Dagegen hört der gutgläubige Besitz nicht auf, als gutgläubiger Besitz zu gelten, wenn erst nachher bei dem Besitzer Zweifel an der Rechtmässigkeit des Besitzes entstehen, wohl aber, wenn der Besitzer anfängt zu wissen, dass er die Sache mit Unrecht dem Berechtigten vorenthalte (§ 75). Im Zweifel ist die Vermuthung für den guten Glauben (§ 76).

Diese im Gesetze ausgesprochene Vermuthung entbindet natürlich im Streitfalle den Usucapienten keineswegs von der Pflicht, die Gründe seines guten Glaubens (also die Veranlassung zur Ausübung der Servitut)[1]) dem Richter darzulegen. Diese Darlegung gehört m. E. zum Klagfundament eines auf § 246 Priv.-Ges.-B. gegründeten Anspruches, und es wird der Richter nach seinem freien Ermessen[2]) (§ 260 Ges. betr. die Rechtspflege) zu entscheiden haben, ob er dem Eigenthümer den Gegenbeweis für den bösen Glauben des Ansprechers auferlegen, oder aber von vorneherein den Beweis des guten Glaubens mangels gehöriger Substantiirung als nicht erbracht betrachten wolle.

Die Vermuthung des guten Glaubens besteht nicht von Anfang an als praesumptio juris, sondern sie tritt erst ein, wenn der Richter in Zweifel gesetzt ist; der Zweifel setzt aber widersprechende Argumente voraus, und Sache des Ansprechers ist es desshalb in erster Linie, überhaupt Argumente herbeizuschaffen und dadurch die Meditation des Richters zu veranlassen, mit andern Worten, die für den

---

[1]) Insbesondere auch was die Erstellung, event. Erweiterung, Instandhaltung der körperlichen Anstalt anbetrifft — ob er die körperliche Anstalt bereits angetreten oder selbst erstellt habe, u. s. w.

[2]) Eine gesetzlich vorgeschriebene Willensinterpretation besteht für die unter § 261 Priv.-Ges.-B. begriffenen Fälle.

guten Glauben sprechenden Thatsachen, also vor Allem die Geschichte des Erwerbes der ihm angeblich zustehenden Servitut vorzutragen.

In diesem Sinne ist der in § 76 Priv.-Ges.-B. enthaltene Satz, der gutgläubige Besitz werde vermuthet, zu verstehen. Eine vollständige praesumptio juris hier aufzustellen, würde der Billigkeit nicht entsprechen; denn der Eigenthümer wird fast in allen Fällen gar nicht in der Lage sein, mit Bezug auf den guten Glauben seines Gegners, also auf eine ganz und gar innerliche Thatsache, irgend welche greifbaren Beweismomente vorzubringen.[1])

Der Besitz muss ferner zehn Jahre lang ununterbrochen fortgesetzt worden sein; dabei greift selbstverständlich, obschon es im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist, nach Analogie der Eigenthumsersitzung der § 124 Priv.-Ges.-B. Platz, wonach der zur Ersitzung berechtigte Besitzer den Besitz seines Vorgängers zu dem seinigen hinzurechnen darf, insofern derselbe ebenfalls zur Ersitzung tauglich war.

Inwiefern für den Beweis des „ununterbrochenen" Besitzes § 107 Priv.-Ges.-B. Anwendung finde, ist bereits bei der in Capitel V enthaltenen Untersuchung über die Bedeutung der körperlichen Anstalt bei Ersitzung von nichtständigen Servituten dargethan worden.

Endlich muss der Ersitzungsbesitz ein „unwidersprochener" sein; es ist nun bestritten, ob zur Unterbrechung der Ersitzung gerichtlicher Widerspruch nöthig sei, oder ob aussergerichtlicher genüge. In Anlehnung an das gemeine Recht[2]) möchte ich mich

---

[1]) Bei der Abfassung des Priv.-Ges.-B. war sogar anfänglich beantragt worden, auch bei der Servitutenersitzung wie bei der Eigenthumsersitzung einen Titel zu fordern. Bluntschli, Comm., Anm. 1 zu § 696. Vgl. auch Graubünden, P.-R. 255 b.: „Der gute Glaube wird im Zweifel vermuthet."

[2]) Dernburg, Pand. I § 252, Anm. 7. Entsch. des Deutschen Reichsgerichtes, Bd. I, S. 104; anders dagegen das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, § 586, ebenso St. Gallen, Ges. betr. Dienstbark. Art. 20.

der letzteren Auffassung anschliessen. Das Gesetz hält gerichtlichen und aussergerichtlichen Widerspruch nicht auseinander; mangels einer ausdrücklichen Bestimmung werden wir es auch nicht thun dürfen.

Aus einem in der Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Zürch. Rechtspflege, Bd. IX, Seite 276, abgedruckten Entscheid des Obergerichtes geht hervor, dass gerichtlicher Widerspruch gefordert wurde; als solcher galt aber schon das an den Friedensrichter gestellte Gesuch um Ausstellung der Weisung, „immerhin in der Meinung, dass die Klage dann auch ununterbrochen fortgesetzt und die Weisung ohne Zögerung dem Gerichte eingereicht werden muss". Diese Ansicht stützte sich auf § 644 des a. Priv.-Ges.-B., welcher bestimmte, dass jede Erhebung einer Klage von Seiten des Eigenthümers (oder eines andern besser Berechtigten) gegen den nunmehrigen Besitzer einen Widerspruch gegen die begonnene Ersitzung begründe und dieselbe hindere, insofern die Klage fortgesetzt werde und von Erfolg sei.

Dieser Paragraph, auf welchen Bluntschli zur Erklärung des Wortes „unwidersprochen" (Comm., § 696, Anmerk. 2) hinweist, bezog sich eigentlich nur auf die Ersitzung von beweglichen Sachen, und ist desshalb auch bei der Revision des Privatrechtl. Ges.-B., als durch Art. 205 S. O. R. aufgehoben, nebst den übrigen zum Abschnitt „Ersitzung" gehörigen Paragraphen des a. Priv.-Ges.-B. gestrichen worden.[1])

Wir haben somit im neuen Priv.-Ges.-B. gar keinen Anhaltspunkt mehr, um den aussergerichtlichen Widerspruch zur Unterbrechung der Ersitzung als untauglich zu erklären; es würde mir eine derartige Einschränkung durch die Natur der Sache auch gar nicht geboten erscheinen.

Wollte man den hinweggefallenen § 644 a. Priv.-Ges.-B. zur Interpretation des Wortes „unwidersprochen" in § 246

[1]) Siehe das als Beilage zum XX. Band der officiellen Ges.-Samml. 1883 erschienene Verzeichniss der am 1. Januar 1883 noch gültigen und der ganz oder theilweise aufgehobenen Bestimmungen des Zürch. Priv.-Ges.-B.

noch anwenden, so dürfte nach dem Wortlaut der gerichtliche Widerspruch auch nur insoweit berücksichtigt werden, als in der That eine Klage zu Ende geführt ist. (§ 318, Ziff. 4 des Ges. betr. d. Rechtspflege.)

Es ist nun zugegeben, dass auch zur Unterbrechung der Extinctivverjährung gerichtliche Geltendmachung des durch den Zeitablauf gefährdeten Rechtes verlangt wird; allein da genügt die Ladung zu einem Sühnversuch,

Art. 154, Abs. 2, S. O. R.

und ist keine Rede davon, dass der Creditor auch wirklich den Process gleich durchführen müsse. Ein zureichender Grund aber, zur Unterbrechung der Acquisitivverjährung sogar noch weiter zu gehen, läge nicht vor.

Cap. VII.

Die Entstehung von Grunddienstbarkeiten bei Zertheilung von Grundstücken (§ 261 Priv.-Ges.-B.).

1. Ausser den gemeinrechtlichen Entstehungsarten von Grunddienstbarkeiten durch Rechtsgeschäft und Ersitzung kennt der Code civil français noch die coûtumiaire Servitutbestellung durch destination du père de famille.

Dieselbe hat die gleiche Wirkung wie ein Rechtstitel, gilt aber nur für die servitudes continues et apparentes (Art. 692 C. civ.).

Destination du père de famille ist dann, und nur dann vorhanden, wenn vorliegt, dass zwei gegenwärtig getrennte Grundstücke früher einem Herrn gehört haben und der Zustand, aus welchem die Dienstbarkeit hervorgeht, durch ihn geschaffen worden ist (Art. 693 C. civ.).

Im Anschluss hieran hat der Code civil die weitere Bestimmung (Art. 694), dass, wenn der Eigenthümer von zwei

Liegenschaften, zwischen welchen ein augenscheinliches Anzeichen einer Servitut besteht, über das eine Grundstück verfügt, ohne dass der Contract dieser Servitut besonders erwähnt, diese letztere activ oder passiv zu Gunsten oder zu Lasten des veräusserten Stückes fortbesteht[1]).

Nun berichtet das Protokoll der Gesetzesrevisionskommission für das (alte) Privatrechtl. Ges.-B. des Cts. Zürich, es sei nach Durchberathung des Bluntschli'schen Entwurfes noch die Anregung gemacht worden, „dass eine Bestimmung aufgenommen werden möchte im Sinne des Art. 694 des französischen Code, dass, wenn ein Grundstück getheilt werde, bei der Theilung darauf Rücksicht genommen werden müsse, dass jeder Theil die nothwendigen Wegrechte erhalte, somit in Folge der Auseinandersetzung des bisherigen Miteigenthums neue Servituten begründet werden.“ Und es wird beigefügt, der Herr Redactor (Bluntschli) habe sich damit einverstanden erklärt, vorbehältlich der Stelle, wo diese Bestimmung aufgenommen werden sollte.

So entstand der § 711 a. (§ 261 neu[2]) des Priv.-Ges.-B.:

„Wenn ein gemeinsames Grundstück unter die Miteigenthümer real vertheilt oder wenn sonst ein Grundstück in kleinere Stücke zerschlagen und unter mehrere Eigenthümer vertheilt wird, so ist anzunehmen, auf die vorhandenen Anstalten, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach einzelnen Stücken der Art dienen, haben deren Eigenthümer für die Zukunft als auf Dienstbarkeiten Anspruch.“

Die Voraussetzungen des § 261 Priv.-Ges.-B. sind also:

---

[1]) Ueber das Verhältniss dieser beiden Bestimmungen (Art. 693 und 694 C. c.) zu einander herrscht in der französischen Jurisprudenz grosse Meinungsverschiedenheit. Siehe darüber Zachariae, a. a. O. II. § 252, Anm. 9 und besonders Dalloz, a. a. O., Nr. 1021 u. ff., wo die einzelnen Theorien aufgeführt sind; darin besteht im Grossen und Ganzen Uebereinstimmung, dass sich Art. 694 im Gegensatz zu Art. 693 auch auf servit. discontinues beziehe. Dalloz bezeichnet als Motiv für die Entstehung der Servitut: „la volonté tacite des parties combinée et en harmonie avec l'état des lieux.“ Dalloz, a. a. O., Nr. 1021.

[2]) Gleichlautend mit § 711a.

a) ein gemeinsames Grundstück[1]) wird unter die Miteigenthümer real getheilt, oder der Eigenthümer einer aus mehreren Grundstücken bestehenden Liegenschaft veräussert eines oder mehrere davon an einen oder mehrere Dritte,

b) auf dieser Liegenschaft sind Anstalten vorhanden, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach einzelnen Stücken der Art dienen;

und die an diese beiden Thatsachen geknüpfte Folge ist die gesetzliche Präsumtion („so ist anzunehmen"), dass der oder die Eigenthümer eines solchen Stückes für die Zukunft auf diese Anstalten Anspruch haben sollen, als auf Dienstbarkeiten[2]).

---

[1]) Damit sind auch Gebäude gemeint. Ullmer, Comm. Nr. 1054 und dort citirte Entscheide.

[2]) Vergleiche hiezu: Allg. Landrecht, I, 22, § 15, ferner den Entwurf eines bürg. Ges.-Buches für das Königreich Bayern (1864), Art. 307 (es setzt voraus, dass das eine Grundstück dem andern mittelst einer besondern Vorrichtung thatsächlich dient, wobei durch Theilung der Anspruch auf Einräumung der der letzteren entsprechenden Dienstbarkeit entsteht); das bürgerl. Ges.-B. für das Königreich Sachsen, § 575, erklärt es als einen der vorzüglichsten Fälle von stillschweigender vertragsmässiger oder letztwilliger Bestellung einer Dienstbarkeit, wenn Jemand zwei Grundstücke eigenthümlich besitzt, deren eines das andere durch eine Anlage oder Vorrichtung belästigt, und das Eigenthum eines dieser Grundstücke auf einen Andern, oder beider Grundstücke auf verschiedene Personen, ohne Beseitigung der Anlage oder Vorrichtung übergeht. — Siehe auch Schaffhausen, Priv.-Ges.-B. § 658, Solothurn Civ.-Ges. § 788 a. („Hat der Eigenthümer einer Liegenschaft auf derselben solche Einrichtungen getroffen oder bestehen lassen, die, wenn sie verschiedenen Eigenthümern zugehört hätten, als Zeichen einer in die Augen fallenden Dienstbarkeit zu Gunsten der Theile des Grundstückes angesehen worden wären, so geht bei der Theilung die Dienstbarkeit herrschend oder leidend auf die verschiedenen Theile über"), etwas geändert § 493 neu, und Graubünden, P.-G § 254, welches bestimmt, im Falle der Theilung seien diejenigen vorhandenen, sinnlich wahrnehmbaren Einrichtungen (wie z. B. Dachkänel und Wasserleitungen), welche eine der abgetrennten Liegenschaften belasten und zur Benutzung der andern in bisheriger Weise unerlässlich sind, als Dienstbarkeiten anzusehen. — Mit Bezug auf die geringen Abweichungen der westschweizerischen Kantone

2. Was nun zunächst den Inhalt des in § 261 Priv.-Ges.-B. geschaffenen Rechtes angeht, so leuchtet gleich von vorneherein ein, dass man nicht einen Anspruch auf eine Anstalt als auf eine Dienstbarkeit haben kann, indem eine Dienstbarkeit ein Recht ist, eine Anstalt aber nur den Gegenstand eines Rechtes oder das Mittel zur Ausübung eines Rechtes bildet, nicht ein Recht selbst; es sollte also wohl richtiger heissen, der Eigenthümer habe Anspruch auf die vorhandenen Anstalten wie ein Servitutberechtigter; oder: diese Anstalten sollen auch für die Zukunft ihrer Natur oder Bestimmung gemäss den einzelnen Stücken der Art dienen, und zwar kraft Dienstbarkeitsrechtes, wodurch sich dann folgende Fassung des dem § 261 innewohnenden Rechtsgedankens ergibt:

Wenn ein gemeinsames Grundstück unter die Miteigenthümer real vertheilt oder wenn sonst ein Grundstück in kleinere Stücke zerschlagen und unter mehrere Eigenthümer zertheilt wird, so ist anzunehmen, es stehen fortan den Eigenthümern der einzelnen Stücke Dienstbarkeitsrechte des Inhaltes zu, dass die vorhandenen Anstalten, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach diesen Stücken gedient haben, denselben auch für die Zukunft dienen sollen.

Hier ist nun die Rolle der Anstalt eine ganz andere als wie bei den ständigen Servituten der §§ 242 und 245; es hat nicht die Meinung, dass die unter § 261 fallenden Dienstbarkeiten sich durch die körperliche Anstalt darstellen und in derselben fortwirken müssen, sondern dass der Fortbestand und die Benutzung dieser Anstalt Gegenstand des Dienstbarkeitsrechtes sei[1]).

---

vom Code civil siehe Huber, Schw. Privatrecht, III, Seite 353; Rossel, droit civil de la Suisse Romande, Seite 172. — Der deutsche Entwurf „hält die Aufnahme einer solchen Auslegungsregel, welche ausserdem nicht in das Sachenrecht gehören würde, für entbehrlich.“ Motive, Bd. III, Seite 477.

[1]) Hierin besteht eine wesentliche Abweichung von dem französischen Vorbilde. Art. 694 C. c. verlangt, dass die Servitut dargethan werde durch ein sichtbares Anzeichen, also eine körperliche Einrichtung; die Servitut

Dienstbarkeiten dieser Art sind beispielsweise:

Das Recht des Eigenthümers des einen Stückes auf Fortbestand und Benutzung eines Weges, der über das andere Stück führt, Bluntschli, Comm. zu § 711 (a). Schneider, Comm. zu § 261 (n). Ullmer, Supplement No. 3011;

auf Benutzung eines auf dem Nachbargrundstücke befindlichen Brunnens, oder Waschhauses, Ablagerungsplatzes, Ullmer, Supplement No. 3011;

oder eines dem Nachbar gehörenden Hofraumes, oder Vorraumes vor dem eigenen Hause, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der z. Rechtspflege VIII, No. 63. Blätter für H. R. Entsch. IX, Seite 110;

ferner das Recht auf Fortbestand einer Dachtraufe, eines auf der nachbarlichen Mauer aufliegenden, eigenen Balkens, Bluntschli und Schneider, Comm. zu diesen §§;

oder einer eigenen Wasserleitung, die über das nachbarliche Grundstück führt, Ullmer, Supplement No. 2999.

Ja, es wurde sogar entschieden, dass, wenn ein Haus zwei Abtheilungen enthält, welche sich gegenseitig stützen, und dann die beiden Abtheilungen aus dem Eigenthum einer Person in dasjenige zweier Personen übergehen, jeder der beiden Eigenthümer im Zweifel Anspruch auf den Fortbestand der dem andern gehörigen Abtheilung als auf eine Dienstbarkeit haben solle gemäss § 711 (a), welche Ansicht das

---

muss also nicht gerade durch diese Einrichtung bewirkt (serv. continues), wohl aber dargestellt werden (serv. apparentes, cont. et discont.); dazu gehören die Servituten wie: Durchgangsrecht, dargestellt durch ein Portal, Aussichtsrecht, dargestellt durch Fenster, ferner alle serv. continues et apparentes, nicht dagegen z. B. das Recht auf Benutzung eines Brunnens, eines Platzes u. s. w. Dalloz a. a. O. Nr. 1026 sagt in dieser Beziehung: „Quelle que soit l'opinion à laquelle on s'arrête, il est évident que l'apparence de la servitude est telle qu'on ne puisse en contester l'existence.“ Vergleiche auch Solothurn, Civ.-Ges., § 788, neu 493, und Graubünden, P.-G., § 254.

Cassationsgericht indessen mit vollem Recht als zu weitgehend verworfen hat.

Wächter, grundsätzl. Entsch. des Zürcher. Obergerichts etc., No. 158.

Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1886, No. 130.

In constanter Praxis haben die zürcherischen Gerichte die Auffassung vertreten, dass auf Grund von § 711 (§ 261) nicht bloss ständige, durch die körperliche Anstalt selbst dargestellte Servituten entstehen können, sondern auch unständige, bei welchen es zur Benutzung der Anstalt für das herrschende Stück erst noch einer menschlichen Handlung bedarf. Ja es muss sogar gesagt werden, dass der Wortlaut des § 261 genau genommen nur auf die unständigen passt. Wenn der Balken oder der Dachkennel meines Hauses auf der nachbarlichen Mauer aufliegt, so „dient" mir nicht der Balken oder Dachkennel (die „Anstalt" des § 261), sondern die nachbarliche Mauer, und erstere üben im Gegentheil das Herrschaftsrecht aus, indem sie als mein Eigenthum und in Gemässheit meines Willens, das fremde Grundeigenthum belasten. Es ist also uncorrect zu sagen, dass ich auf diese Anstalten als auf Dienstbarkeiten Anspruch habe, oder dass dieselben mir gleich Dienstbarkeiten[1]) „dienen". Für die ständigen Servituten würde ich daher die Fassung des Art. 694 C. c. vorgezogen haben.

---

[1]) Hienach erscheint die Nachahmung des Art. 694 Code civ. als eine sehr freie. In That und Wahrheit hatte Bluntschli mit seinem § 711 lediglich einer schon bestehenden Zürcherischen Gerichtspraxis Ausdruck gegeben; bereits im Jahr 1835 entschied das Obergericht in einem Falle, wo dem durch Verkauf abgetrennten Stücke zur Zeit vor dem Verkauf ein Weg auf demjenigen Theil (Scheunetheil mit Einfahrt), welchen der Verkäufer für sich behielt, gedient hatte, es dürfe mit höchster Wahrscheinlichkeit als Wille der damaligen Contrahenten angenommen werden, dass diese bisher factische Dienstbarkeit fortbestehen solle. Monatschronik, Bd. VI, Seite 410 u. ff.; vgl. dazu den Auszug aus dem Civilprot. des Oberger. vom Jahr 1842 in Schaubergs Beiträgen zur Kunde und Fortbildung der Zürch. Rechtspflege, Band III, Seite 251.

Bezüglich der Anstalten verlangt das Gesetz, dass sie ihrer Natur oder Bestimmung nach dem betreffenden Stücke zur Zeit der Theilung dienen; bei den ständigen, durch eine körperliche Anstalt dargestellten Servituten ergibt sich die Natur und Bestimmung der Anstalt von selbst; sie besteht eben in der Existenz der Anstalt und der damit verbundenen Belastung des Nachbargrundstückes. Bei den unständigen Servituten dagegen ergibt sich die auf die Dienstbarkeit abzielende Natur oder Bestimmung der Anstalt nicht aus dieser selbst, indem ja zur Ausübung einer Dienstbarkeit erst noch menschliche Handlungen hinzukommen müssen. Beispielsweise kann ich nicht sagen: aus der Existenz dieses Brunnens, dieses Platzes, dieses Waschhauses folgt, dass diese Anstalten meinem Grundstücke dienen; um diese letztere Behauptung aufzustellen, muss ich vielmehr auf die örtliche Lage und andere Umstände hinweisen.

Wann also eine Anstalt ihrer Natur oder Bestimmung nach dem nachbarlichen Grundstücke diene, ist quaestio facti und der Entscheid darüber Sache des richterlichen Ermessens. Indessen hat die Zürcherische Praxis stetsfort daran festgehalten, dass es mit diesem Beweise streng genommen werden und zum Mindesten vorliegen müsse, dass ohne die angesprochene Benutzung der fraglichen Anstalt eine gehörige Bewerbung seines Theiles dem Servitutansprecher nicht möglich oder doch sehr erschwert würde.[1])

Sollte endlich die Frage aufgeworfen werden, was eine „Anstalt“ im Sinne des § 261 Priv. Ges.-B. sei, so wäre darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber sich einer Definition enthalten hat, woraus folgt, dass der Sprachgebrauch hier massgebend ist; die Gerichtspraxis hat denselben, wie aus den bereits angegebenen Beispielen ersichtlich ist, im weitesten Sinne ausgelegt, indem sie darunter nicht nur ausgelegte Wege, sondern auch Ablagerungsplätze, Hofräume u. ä. be-

---

[1]) Zeitschrift für Kunde etc. VIII Nr. 62, XII Nr. 53, XIII Seite 261, Erw. 3. Ullmer, Comm. Nr. 1055, Suppl. Nr. 2999 u. 3011. Wächter, a. a. O., Nr. 157.

greift. Dass die Einrichtung, resp. der als Anstalt geltende factische Zustand künstlich hergerichtet worden sei, ist m. Erachtens nicht nöthig; im Sinne der genannten Entscheide würde z. B. auch eine Tränkestelle an einem Fluss als Anstalt gelten können.[1]) Hingegen ist selbstverständlich, dass die Anstalt Theil der Liegenschaft sein muss und keine bewegliche Sache sein kann; denn die Grunddienstbarkeiten setzen ein dienendes Grundstück voraus (§ 238 Priv. Ges.-B.); Gegenstand einer solchen kann also nur eine unbewegliche Sache sein.

Die Zubehörden einer Liegenschaft (§ 50 u. f. Priv. Ges.-B.) theilen zwar mit Rücksicht auf Veräusserung und Verpfändung das Schicksal der letzteren; indessen sind sie eben doch ihrer Natur nach bewegliche Sachen und müssen als solche behandelt werden, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme statuirt; eine solche besteht aber zu Gunsten der Bestellung einer Dienstbarkeit nicht.[2])

3. Wie der Inhalt des durch § 261 geschaffenen „Anspruches", so ergibt sich auch die juristische Natur desselben nicht ohne Weiteres aus dem Gesetzestexte selbst. Es lässt sich fragen, ob er als dinglichen oder bloss obligatorischen Characters zu qualificiren sei.

Bei der Lösung dieser Frage ist davon auszugehen, dass dem § 261 die Auffassung zu Grunde liegt, bei der Zertheilung setzen sich die Eigenthümer der nunmehr getrennten Stücke stillschweigend ins Einverständniss, dass die körperlichen Anstalten, welche den einzelnen dieser Stücke bis anhin factisch gedient haben, nun auch in Zukunft, und zwar von Rechtes wegen dienen sollen.

Es wird also ein auf Begründung von Dienstbarkeiten

---

[1]) So auch im französischen Recht. Dalloz, a. a. O. Nr. 1028 sagt: Nous ne pensons pas que des ouvrages d'art soient absolument nécessaires, — mais il faut néanmoins qu'aucun doute ne puisse s'élever sur le caractère apparent de la servitude.

[2]) Mit Bezug auf das im Art. 694 Code civ. erwähnte signe apparent de servitude bemerkt Dalloz a. a. O. Nr. 1030: Il faut que cette apparence soit telle, qu'elle ait un caractère de permanence.

abzielender Vertrag gesetzlich präsumirt. Subject und Object dieser Dienstbarkeit, resp. dieses Anspruchs sollen aber augenscheinlich nicht die als contrahirend präsumirten Eigenthümer sein, sondern deren Grundstücke; die bisherige Belastung soll fortdauern, unbekümmert um das jeweilige Eigenthumsrecht an den einzelnen Stücken. Das ist ja die Bedeutung des § 261 und es wäre derselben zuwider, wollte man annehmen, diese Belastung solle nur so lange fortdauern, als gerade die bei der Zertheilung mitwirkenden Eigenthümer die Stücke inne haben.

Der „Anspruch" des § 261 ist also seiner Natur nach ein dem herrschenden Grundstück zustehender, das belastete Grundstück treffender, also ein dinglicher.

Die logische Folge hievon ist, dass mit der Zertheilung die Servitut unmittelbar entsteht (denn mit der Entstehung des dinglichen Rechtes ist die Servitut perfect), sodass also auch eine unständige, nicht unter § 245 Priv. Ges.-B. fallende Dienstbarkeit, sofern die Voraussetzungen des § 261 zutreffen, ohne Eintrag in das Grundbuch erworben werden könnte. Damit wäre wiederum für einen beträchtlichen Kreis von Servituten die Eintragungspflicht beseitigt, und es bliebe in der That practisch von ihr nicht mehr viel übrig.

In Wirklichkeit hatte es aber bei der Aufnahme des § 711 (a.) ins Priv.-Ges.-B. nicht die Meinung, dadurch die Vorschrift des § 691 a. (§ 242 n.) zu durchbrechen; vielmehr sollte auch für die auf Grund von § 711 (261) entstehenden, (stillschweigenden) Servitutverträge der § 692 a. (§ 243 n.) massgebend sein, und danach nur dann eine an dem Boden haftende Beschwerde entstehen, wenn der „Anspruch auf die vorhandenen Anstalten" entweder ins Grundbuch eingetragen, oder durch die körperlichen Anstalten selbst auf dem belasteten Stück „vorgestellt" wird; so bemerkte schon Bluntschli in seinem Commentar zu § 711:

„Ist aber die Anstalt von der Art, dass nicht ohne Eintragung in das Grundbuch eine wahre Dienstbarkeit entsteht (verg. zu § 691), z. B. besteht ein Weg durch das Haus a

zu dem Haus b, dessen die Bewohner des letzteren bedürfen, so wird wenigstens zu Gunsten des C (Käufer des Hauses b) ein Rechtstitel auf Bestellung dieser Dienstbarkeit anzunehmen sein (§ 692)".

Dieser Auffassung haben sich die Zürcherischen Gerichte in constanter Praxis angeschlossen.

S. Ullmer, Supplement No. 3011.

Blätter für handelsrechtl. Entsch., Bd. IX, Seite 110 und dort citirte.

Wächter, a. a. O. No. 156 u. folg.

Schneider, Comm. zu § 261.

Wolf, Comm. zu § 261, Anm. 3.

Wir können also sagen:

Wo die Anstalt, auf welche der in § 261 geschaffene Anspruch geht, das Dienstbarkeitsrecht selber körperlich darstellt, entsteht bei der Zertheilung dieses Dienstbarkeitsrecht ohne Weiteres als dingliche an dem Boden haftende Beschwerde zu Gunsten des herrschenden Stückes. Dieser „Anspruch" ist ein dinglicher; — wo aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, besteht der „Anspruch" bloss darin, dass Derjenige, welcher bei der Zertheilung Eigenthümer des abgetrennten Stückes war, das auch für die Zukunft dienen soll, persönlich verpflichtet wird dem Eigenthümer des andern den Genuss der Dienstbarkeit zu verschaffen und auch den zur Begründung einer wirklichen Servitut nöthigen Vormerk im Grundbuche vorzunehmen (§ 243 Priv.-Ges.-B.).

Dieser Anspruch wird somit als ein rein persönlicher aufgefasst und unterliegt der zehnjährigen Verjährung (§ 1089 Priv.-Ges.-B., Art. 146 u. ff. Schweiz. Oblig.-R.).

Ullmer, Supplement No. 2999.

Hiebei wird Art. 154 Ziff. 1 O. R. (Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung) insoweit Berücksichtigung finden müssen, als die Verjährung so lange nicht beginnt, bezw. für so lange unterbrochen wird, als der Berechtigte die Servitut thatsächlich unwidersprochen ausübt; denn die

Unterlassung dieses Widerspruches ist als Anerkennung des Anspruches aufzufassen.

Mit Bezug auf die ständigen und die denselben gesetzlich gleichgestellten quasi-ständigen Servituten aber kennt unser Priv.-Ges.-B. neben dem Vertrag und der Ersitzung die stillschweigende Bestellung bei der Zertheilung eines Grundstückes (destinatio patris familias) als selbständige Entstehungsart. Sie unterscheidet sich wesentlich dadurch von der Entstehung durch Vertrag, dass bei ihr ein auf Begründung der Servitut gerichtetes Rechtsgeschäft nicht nachgewiesen zu werden braucht, indem dasselbe hier von Gesetzes wegen präsumirt wird.