

Werk

Titel: Ueber die Anwendung der Verpfändung auf servitus urbanae

Autor: Hölder, E.

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1880

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1880_0013|log8

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

IV.

**Ueber die Anwendung der Verpfändung auf
servitutes urbanae.**

Von

Herrn Dr. E. Hölder

Professor in Greifswald.

Daß die in L. 12 D. de pignoribus statuirte Anwendung der Verpfändung auf Prädialservituten einen Verstoß gegen den Grundsatz ihrer Unveräußerlichkeit nicht enthalte, darf wohl heutzutage als ziemlich allgemein anerkannt gelten. Entsteht doch im Falle jener Stelle ein Servitutenrecht erst durch den Pfandverkauf, wogegen nur scheinbar einen Widerspruch enthält die Bezeichnung der verkauften Servitut als einer vorher vom Pfandgläubiger besessenen (eis servitutibus creditor utatur . . et . . vendere eas vicino liceat). Indem es dieselbe Dienstbarkeit ist, welche zunächst dem Gläubiger gegenüber factisch und dann dem Käufer gegenüber zu Recht besteht, ist diese Identität eine solche nicht des Rechtes, sondern seines mit dem entsprechenden Besitzverhältnisse ihm gemeinsamen Inhaltes, wie denn jedes Recht zum entsprechenden Rechtsbesitze nicht im Verhältnisse des Objectes, sondern in dem des gleichen Inhaltes und Umfanges steht; der Servitutenbesitz ist ein Verhältniß, dessen thatsächlicher Inhalt und Umfang gleichkommt dem der entsprechenden Servitut zukommenden rechtlichen Inhalte und Umfange. Läßt sich hienach die Ver-

pfändung einer Prädialservitut d. h. die Ermächtigung zu ihrer Bestellung im Wege des Pfandverkaufes verbinden mit der sofortigen Einräumung des entsprechenden Servitutensbesitzes an den Pfandgläubiger, so ist andererseits nicht abzusehen, warum diese Verbindung eine nothwendige und die Verpfändung nicht auch ohne solche Besitzeinräumung möglich sein sollte. Erklärt sich aber L. 12 cit. nicht darüber, ob diese Möglichkeit wirklich besteht, so ist dieselbe zwar nicht ausdrücklich aber implicite anerkannt in der unmittelbar vorhergehenden L. 11 § 3, wo es heißt: *Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.* Wenn hier für servitutes urbanae aus der Unmöglichkeit der Verpfändung mit Besitzeinräumung die der hypotheca abgeleitet wird, so ist der Schluß nicht nur ein naheliegender, sondern vom Standpunkte der justinianischen Compilation aus, welche diesem Ausspruche Marcians jenen anderen des Paulus unmittelbar folgen läßt, ein unabweislicher, daß bei rusticae servitutes die Verpfändung wie mit so auch ohne Besitzeinräumung möglich sei ¹⁾. Was aber die entgegengesetzte Behandlung der urbanae servitutes betrifft, so fragt sich 1. weshalb gibt es bei ihnen keinen Pfandbesitz und 2. inwiefern folgt daraus die Unmöglichkeit jeder sie betreffenden Verpfändung?

Die Unterscheidung der servitutes in rusticae und urbanae wird bekanntlich in der doppelten Weise verwendet, daß darunter verstanden werden theils die im einzelnen Falle theils die vermöge ihres Inhalts in der Regel mit Grundstücken der einen oder anderen Gattung verbundenen Servituten. Soweit aber Verschiedenheiten der rechtlichen Behandlung an jene Unterscheidung sich knüpfen, ist sie unstreitig im letzteren Sinne zu verstehen; niemand wird z. B. annehmen wollen, daß eine servitus tigni immittendi dann ohne usucapio libertatis ver-

1) Zugleich schließt die unmittelbare Aufeinanderfolge beider Stellen, durch welche urbanae und rusticae servitutes einander entgegengesetzt werden, die Annahme aus, daß beide Stellen in einem verschiedenen Sinne von Servitutenverpfändung reden.

jähre, wenn das betr. Gebäude zu einem Landgute gehört. Auf die Frage aber, welche Beschaffenheit denn die Servitut zur städtischen oder ländlichen mache, bedarf es um so mehr einer bestimmten Antwort, da die Zahl der einzelnen Servituten keine geschlossene ist. Der einzige neuere Schriftsteller, welcher bisher — nach dem Vorgange älterer — versucht hat, die Rustical- und Urbanalservituten durch ihren Inhalt zu bestimmen, ist Bangerow (Pand. § 339 Num. II). Er unterscheidet servitutes habendi, prohibendi und faciendi; die Servituten der beiden ersten Classen erklärt er für urbanae, die der letzten für rusticae. Die geringe Beachtung, welche diese Theorie gefunden hat, erklärt sich hauptsächlich daraus, daß sie keinen Zusammenhang zwischen den Prädicaten des städtischen und ländlichen einerseits und den angeblich durch sie bezeichneten Kategorien des Servituteninhaltes andererseits nachzuweisen vermocht hat. So richtig aber sodann diese Lehre bezüglich der negativen Servituten ist, welche in der That sämmtlich zu den urbanae gehören, so unzureichend und undurchführbar ist ihre Unterscheidung der servitutes habendi und faciendi. Nur bei der servitus aquaeductus, meint Bangerow, könnte ein Zweifel bestehen, ob sie nicht als serv. habendi anzusehen sei. Was er aber zur Zerstreung dieses Zweifels beibringt, daß es bei ihr nicht sowohl auf das habere des rivus als auf die Leitung von Wasser ankomme, das ließe sich mit demselben Recht von der unzweifelhaft städtischen servitus stillicidii sagen. In der That ist es nicht das habere schlechthin, sondern ein habere besonderer Art, was die affirmativen Urbanalservituten characterisirt, indem dieses habere in dem des praedium dominans enthalten ist; urbanae servitutes sind „die negativen und die im Zustande des servituthabenden Gebäudes sich verkörpernden“ (Hölder Instit. d. R. R. S. 116 B). Während das Landgrundstück theils der Erzeugnisse fremden Bodens, vor allem aber vermöge seiner so häufigen Entfernung von den öffentlichen Wegen und Gewässern der Möglichkeit des Transportes von Menschen, Vieh und Wasser über die Nachbargrundstücke bedarf — daher iter, actus via, aquaeductus die Prototypen

der Feldservituten —: so erscheint es umgekehrt als wesentliches Bedürfnis des in der Enge der Stadt gelegenen Grundstückes so zu sagen die Ellbogen frei zu haben; Raum, Licht und Luft sind daher die Bedürfnisse, welchen die städtischen Dienstbarkeiten dienen und zwar die affirmativen so gut als die negativen. Die durch die Servitut geregelte Beziehung zum Nachbar ist auf dem Lande wesentlich die positive der nachbarlichen Mithilfe, des gegenseitigen Auf-einander-angewiesen-seins, in der Stadt wesentlich die negative des Aufeinanderstoßens und der drohenden Collision; positive Dienstleistung ist es was das Landgrundstück, Freiheit der eigenen Entfaltung, was das städtische vom dienenden Nachbargrundstück fordert.

Die Richtigkeit dieser Entwicklung wird dadurch nicht alterirt, daß nicht jedes städtische Grundstück in der Stadt, nicht jedes ländliche auf dem Lande liegt. Wie die Servitut eine ländliche oder städtische ist, wenn sie Bedürfnisse befriedigt, die vorwiegend auf dem Lande oder in der Stadt sich fühlbar machen, so ist dasjenige Grundstück ein ländliches oder städtisches, für welches nach seiner wirthschaftlichen Bestimmung solche Bedürfnisse bestehen, sei es vermöge seiner Lage auf dem Lande oder in der Stadt, oder trotz seiner Lage in der Stadt oder auf dem Lande. Wie man vielfach es wunderbar findet, daß Servituten durch ihren Inhalt als rusticae oder urbanae sich charakterisiren sollten, obgleich sie eben so gut mit einem praedium urbanum als rusticum verbunden sein können; so könnte man es ebenso unmotivirt finden z. B. Wohnhäuser als praedia urbana zu bezeichnen, obgleich es deren auf dem Lande eben so gut gibt als in der Stadt. Sind aber die städtischen Servituten solche, deren vorwiegend städtische Grundstücke oder vorwiegend Wohngebäude und Baupläge bedürfen, so ist dabei nicht zu übersehen, daß ein vorwiegend städtisches Bedürfnis ist nicht nur die Befriedigung der speziell für die Stadt bestehenden Interessen, sondern ebenso die Befriedigung der für jedes Grundstück vorhandenen, für das städtische aber weniger leicht ohne besondere rechtliche Sicherung ihre Befriedigung findenden Interessen. So ist Licht und Luft dem Land-

gute nicht minder wesentlich als dem Wohngebäude; wohl aber besteht für jenes weit weniger die Gefahr der Verkümmern und daher das Bedürfnis rechtlicher Sicherung dieser Güter. Ebenso ist umgekehrt das Interesse der Communication für das praedium urbanum ebenso vorhanden wie für das rusticum, pflegt aber für jenes durch seine Lage an der öffentlichen Straße ohne Servituten Befriedigung zu finden.

Die angedeutete Eigenthümlichkeit der städtischen Servituten kommt zum rechtlichen Ausdruck darin, daß es einen ihnen correspondirenden eigenen Servitutenbesitz nicht gibt; daß der Besitz derjenigen städtischen Servituten, quae in patiendo consistunt, nicht ein eigener ist neben dem des praedium dominans, sondern enthalten ist im Besitze des Gebäudes als eines über die Grenze des Nachbargrundstückes herrührenden, ist in unserer Litteratur schon mehrfach hervorgehoben worden; weniger scheint dagegen beachtet zu werden, daß den lediglich ein facere verbietenden Servituten ein Besitz überhaupt nicht entspricht. Wie sie aber den Berechtigten zu keinerlei uti befugen, so entspricht ihnen auch keinerlei usus, welcher wie jeder Besitz ein positives Verhältniß zum Besitzobjecte ist. Wäre doch sonst, wer einer freien Aussicht mit dem Entschlusse sich erfreut keinerlei Verkümmern derselben sich gefallen zu lassen, Besitzer einer Servitut an allen Grundstücken, durch welche eine solche Verkümmern möglicherweise droht. Daß im Widerspruch damit irgendwie vom römischen Rechte ein juristischer Besitz negativer Servituten anerkannt wäre, läßt sich nicht behaupten, insbesondere ist dies nicht der Fall in den beiden von Savigny angeführten Stellen (L. 15 D. de op. nov. nunt. 39, 1 und L. 45 de damno inf. 39, 2). Wenn sodann Savigny auch den Besitz der negativen Urbanalservituten auffaßt als enthalten im Besitze des Hauses, wenn er sagt: „wer z. B. das jus tigni immittendi oder altius non tollendi besitzt, hat eigentlich nur den Besitz eines Hauses, so oder anders modificirt“, so liegt auf der Hand, daß diese Behauptung auf das zweite Beispiel nicht paßt, indem am Zustande meines Hauses durch Erhöhung des Nachbarhauses nicht mehr verändert wird als etwa an dem meines

Landgutes durch Zerstörung der über das Nachbargrundstück mir zustehenden Straße oder Wasserleitung.

Aus dem Bisherigen ergibt sich für negative Servituten die Unmöglichkeit eines Pfandbesizes als einfache Consequenz des Umstandes, daß es einen solchen Servituten entsprechenden Besitz überhaupt nicht gibt. Dieselbe Unmöglichkeit ergibt sich sodann zwar nicht als eine rechtliche, aber als eine praktische für die übrigen urbanae servitutes. Um diese Unmöglichkeit einzusehen, darf man nur die in L. 12 geschilderte Bestellung eines Servitutenfaustpfands auf eine servitus urbana anwenden. Also A soll z. B. in einem Loche seiner Hauswand einen Balken seines Hauses stecken haben und dann soll er durch Pfandverkauf dem B das Recht bestellen einen Balken seines Hauses in jenem Loche stecken zu lassen. Während das Gehen über mein Grundstück sowie jeder andere Inhalt ländlicher Dienstbarkeiten für eine ganze Reihe von Grundstücken von Werth sein kann, hat jene städtische Servitut Bedeutung nur für ein ganz bestimmtes gerade am bestimmten Punkte an das meinige grenzendes Grundstück, so daß hier auch die durch die rechtliche Unveräußerlichkeit des Servitutrechtes nicht ausgeschlossene Uebertragung des Servituteninhaltes ohne Sinn ist. Ist hiemit die Unanwendbarkeit des Besitzpfandes auf urbanae servitutes hinreichend erklärt, so fragt sich noch mit welchem Rechte Marcian daraus die Unmöglichkeit jeder auf sie bezüglichen Verpfändung ableitet. Beruht nun bei negativen Servituten die Unanwendbarkeit des Besitzpfandes auf der Unanwendbarkeit des Besitzbegriffes, so ist jener Schluß ohne weiteres gerechtfertigt, falls jede Servitutenverpfändung durch die Möglichkeit eines Servitutenbesizes bedingt ist, falls n. a. W. die durch jene dem Gläubiger eingeräumte Servitutenbestellung durch quasi-traditio sich vollzieht. Daß nun während die Aelteren die Verpfändung der L. 12 als Bestellung einer Servitut an den Pfandgläubiger und den Pfandverkauf als Veräußerung jener Servitut aufzufassen pflegten, nimmt neuerdings G. p. p. e. r. t. (in diesem Arch. Bd. 49 S. 300. ff.) zwar gleichfalls an, daß in der Person des Gläubigers eine Servitut begründet werde, betrachtet aber

die Servitutenbestellung durch den Pfandgläubiger nicht etwa im Wege der in jure cessio vollzogen werden konnte, bedarf kaum der Erwähnung, da die in jure cessio nur durch den Eigenthümer selbst und nicht durch einen von ihm zur Servitutbestellung Ermächtigten vorgenommen werden konnte. Außer jenem civilrechtlichen Bestellsacte gab es die prätorischen der pactio und stipulatio einerseits, der quasi-traditio andererseits. Derjenige Servitutenbesteller aber, welcher den ersten Weg einschlug, mußte durch stipulatio die volle Garantie dafür übernehmen, daß der Erwerber von keiner Seite im Genusse des eingeräumten Servituteninhaltes gestört werde. So wenig nun der Pfandverkäufer einer Sache gleich einem sonstigen Verkäufer die volle Garantie für das habere licere übernimmt und übernehmen kann, so wenig war jener Weg der Servitutenbestellung für den Gläubiger practicabel, so daß ihm kein anderer modus der Bestellung übrig blieb als die quasi-traditio. War aber diese wie der Begriff der quasi-possessio auf negative Servituten nicht anwendbar, so erscheint

den Pfandverkauf nicht als eine besondere, sondern als eine durch Veräußerung des praedium dominans vollzogene Veräußerung der Servitut. Nach ihm enthalten

1. die Worte eis servitutibus creditor utatur nothwendig die Bestellung eines Serviturrechtes, da sie nur dessen Ausübung bezeichnen könnten; vgl. aber dagegen L. 5 § 3, L. 7 de it. 43, 19. In L. 7 cit. bedeutet der Ausdruck suo iure und ius fundi possedisse offensichtlich nur die Ausübung des Servituteninhaltes kraft eigener Machtvollkommenheit und nicht die Ausübung eines Serviturrechtes.

2. Die Worte si vicinum fundum habeat, welche nur eine Bedingung des Serviturrechtes können angeben, wollen, da ihre Beziehung auf ein Serviturrecht eine unerträgliche Trivialität ergäbe, sollen überhaupt nicht eine Bedingung des dem Gläubiger zur Sache zukommenden Verhältnisses angeben, denn es heißt: der Gläubiger soll sich der Servitut bedienen, falls er nemlich ein benachbartes Grundstück hat, so soll damit nur gesagt sein, daß die Servitut nur dem Gläubiger selbst und nicht einem späteren Erwerber jenes Grundstückes zustehen solle.

3. Heißt es: eis servitutibus creditor utatur et, si . . . pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, so soll nicht nur jener Verkauf der Servitut ein Verkauf des betr. Grundstückes, sondern auch jener creditor muß diesem vicinus — den Göppert als Verkäufer sagt — identisch sein; dieses schwerlich in Uebereinstimmung mit dem Wortlaute der Stelle.

jede Verpfändung bezüglich derselben dadurch ausgeschlossen, daß der einzige zur Vollziehung des Pfandverkaufes zu Gebote stehende Act auf sie keine Anwendung litt. In Beziehung auf affirmative Urbanalservituten dagegen war der Vollzug des Pfandverkaufes durch quasi-traditio zwar nicht rechtlich unmöglich; es hatte aber eine zu ihm ermächtigende Verpfändung praktisch kaum einen Sinn. Nicht nur wäre in einem solchen Falle die Verkaufsgelegenheit und damit der Werth des Pfandrechtes äußerst beschränkt, sondern auch der allein zu Gebote stehende Bestellsact der quasi-traditio höchst unpraktisch. Wer z. B. seinen Erker oder Balkon über das Grundstück des Nachbarn herüberraigen, wer sein Gebäude theilweise auf der Mauer des Nachbarn ruhen lassen möchte, der bedarf des betr. Rechtes schon, um jene Anlage errichten zu können; ihm ist unmöglich gedient mit einer bis zu ihrer Errichtung widerruflichen Gestattung, so daß auch für die Bestellung affirmativer Urbanalservituten durch den Pfandgläubiger die beiden Wege sich unpraktisch erweisen, auf welchen nach prätorischem und justinianischem Rechte die Einräumung eines Servituteninhaltes allein zur unwiderruflichen wird.

Gilt es nun aus dem Ausgeführten die Consequenzen für das heutige Recht zu ziehen, so kann dies nicht geschehen ohne Stellung zu nehmen zu der Streitfrage, ob dieses zur Servitutenbestellung quasi-traditio erfordere. Wird aber nach justinianischem Rechte die pactio zur unwiderruflichen, wenn entweder ein Garantievertrag mit ihr verbunden oder die tatsächliche Realisirung des Servituteninhaltes eingetreten ist, so folgt an sich aus der unterbliebenen Reception jenes Garantievertrages nur, daß heutzutage nicht mehr durch ihn, sondern nur noch durch quasi traditio Servituten entstehen, indem die nach R. R. bestehende Alternative der Stipulation und Tradition durch Wegfall jener erloschen ist. Dieser Schluß setzt aber voraus, daß jene Alternative für sämtliche Servituten bestand und diese Voraussetzung ist falsch, da wie wir gesehen haben die quasi-traditio bei negativen Servituten geradezu unmöglich und bei den übrigen urbanae wenigstens unpraktisch ist. Indem nun für diejenigen Servituten, für welche nur

der Weg der *pactio* und *traditio* offen stand, nicht etwa eine neue Form sich ausgebildet hat, sind wir allerdings berechtigt, aus dem Wegfall der *stipulatio* zu schließen, daß anstatt der römischen *pactio et stipulatio* jetzt die bloße *pactio* genügt. Muß aber jetzt die bloße *pactio* da genügen, wo sie nach R. R. nur in Verbindung mit der weggefallenen *Stipulation* und nicht auch mit der noch möglichen *quasi-traditio* eine *Servitut* erzeugt, so genügt sie selbstverständlich in allen Fällen, da die *Stipulation* ja in dem Sinne weggefallen ist, daß die bloße *Vereinbarung* jetzt dieselbe Wirkung hat, welche sie nach römischem Rechte in Verbindung mit jener hatte.

Genügt aber so die bloße *Vereinbarung* zur *Bestellung* von *Servituten*, so sind dadurch alle *Rechtssätze* weggefallen, welche das *Erforderniß* der *quasi-traditio* zur *Voraussetzung* hatten. Wurzelte also die *Unanwendbarkeit* der *Verpfändung* auf *Urbanalservituten* in der *Unanwendbarkeit* der *quasi-traditio*, so ist sie für uns weggefallen und gilt heutzutage für alle *Prädialservituten* die *Möglichkeit* ihrer *Verpfändung* im Sinne der *Ermächtigung* des *Pfandgläubigers* zu ihrer *Bestellung* im Wege des *Pfandverkaufes*.
