

Rozdział I. Wprowadzenie do problematyki służebności ograniczających konkurencję

§ 1. Zjawisko określane jako renesans służebności

Pomimo że służebności już od antycznych czasów mogą przybierać postaci czynne i bierne¹, ta potencjalna pojemność treściowa nie przesuwiała praktycznego ich wykorzystania na nowoczesne obszary kooperacji i konkurencji w działalności gospodarczej. Tradycyjne służebności obejmowały przejazd, wypas, pobór piasku, żwiru, wody, wpuszczenie belki w mur sąsiada, przeprowadzenie wodociągu, zakaz budowy, sadzenia roślin². Służebności przeżywają jednak od niedawna w wielu krajach europejskich prawdziwy renesans, niejako swoją „drugą młodość”³. Ich oblicze społeczno-gospodarcze zmienia się w istotny sposób. O ile poprzednio cechę dominującą służebności stanowił ich międzysąsiedzki charakter, o tyle obecnie podejmowane są wzmożone próby stosowania służebności w celu przeforsowania ograniczeń konkurencji. W taki sposób chce się uzyskać „urzeczowienie” uzgodnień ograniczających konkurencję na płaszczyźnie prawa zobowiązań i w konsekwencji rozciągnięcie skutków takich porozumień w przypadku zbycia własności nieruchomości automatycznie lub pośrednio także na jej nabywcę.

¹ R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 141; na temat wątpliwości co do utworzenia w prawie rzymskim osobnej kategorii służebności osobistych (*servitutes personarum*) i zaliczenia do nich odrębnych służebności: *usus fructus*, *usus*, *habitatio* i *operae servorum*, zob. F. Zoll, *Służebności osobiste w prawie rzymskim i w nowszych ustawodawstwach*, Kraków 1911, s. 10–12.

² W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Warszawa 1991, s. 137; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo*, s. 142.

³ D. Baetge, *Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten*, s. 646; D. Joost, *Sachenrechtliche Zulässigkeit*, s. 308; C. Trube, *Sicherungsdienstbarkeit*, s. 7; G. Walter, A. Maier, *Die Sicherung*, s. 379; T. Regenfur, *Servitus in faciendo consistere nequit – Möglichkeiten der Verdinglichung von Handlungspflichten durch Dienstbarkeiten – Teil 1*, ZNotP 2017, Nr 4, s. 127. Szerzej rozdz. II.

§ 2. Służebność stacji benzynowej jako punkt wyjścia systematyki ograniczeń konkurencji – klauzule antykonkurencyjne i próba ich uporządkowania

Polska praktyka prawnicza nie dostarcza przykładów pozwalających ukształtować katalog typowych klauzul ograniczających konkurencję przy wykorzystaniu instytucji służebności. Praktyka odnotowuje natomiast przypadki zamieszczania klauzul zakazujących konkurencji w związku z zawarciem umowy sprzedaży własności nieruchomości. Jej ilustrację może stanowić stan faktyczny przedstawiony w uzasadnieniu wyr. SA w Łodzi z 10.8.2017 r., I ACa 1755/16⁴. W akcie notarialnym obejmującym umowę sprzedaży użytkowania wieczystego i własności budynków sformułowano postanowienie ograniczające konkurencję sprowadzające się do zakazu sprzedaży własności nieruchomości (bądź użytkowania wieczystego) oraz budowy analogicznych jak kupujący obiektów branży spożywczej o charakterze dyskontu, marketu lub supermarketu na swoją rzecz lub na zlecenie osób trzecich w promieniu 5 km od granic gruntu będącego przedmiotem zbytego użytkowania wieczystego, jak również wynajmowania, wydzierżawienia lub oddawania w użytkowanie nieruchomości w celu prowadzenia takiej działalności. Zgodnie z poczynionymi przez strony ustaleniami powyższe zakazy miały wiązać je przez okres 10 lat od dnia zawarcia umowy. Na wypadek każdorazowego naruszenia przez sprzedawcę któregośkolwiek z wymienionych zobowiązań, zastrzeżono karę umowną. Zakaz konkurencji został wprowadzony w tym celu, aby sprzedawca uczestniczący w procesie inwestycyjnym w zakładanym obszarze oddziaływania sklepu kupującego nie zrealizował konkurencyjnego dla niego działania inwestycyjnego. Następnie sprzedawca wynajął lokal, w którym urządzono dyskont spożywczy. Odległość pomiędzy nieruchomościami wynosiła 4,2 km. Wobec tego kupujący domagał się uiszczenia kary umownej za naruszenie zobowiązania zakazującego konkurencji. Warto zauważyć, że w zarysowanym stanie faktycznym nie zabezpieczono roszczenia o zapłatę kary umownej prawem skutecznym *erga omnes*. Strony nie ustanowiły ani hipoteki ani służebności zakazowej. O ile prawa zastawnicze są w obrocie gospodarczym dobrze rozpoznane i często wykorzystywane, o tyle zdatność służebności dla zaspo-

⁴ Wyr. SA w Łodzi z 10.8.2017 r., I ACa 1755/16, Legalis. Zob. też wyr. SN z 5.3.2019 r., II CSK 58/18, Legalis.

kajania potrzeb w obszarze konkurencji, jak widać, czeka na odkrycie przez polską praktykę.

Dla wytyczenia dalszego kierunku rozważań odwołać się należy w pierwszej kolejności do doświadczeń judykatury i doktryny niemieckiej⁵. Praktyka ustanawiania służebności ograniczających konkurencję została tam najszerzej rozwinięta. Obecnie służebności takie znajdują najdonioślejszy obszar zastosowania w branży produkcji piwa (*Bierlieferungsdienstbarkeiten*) i olejów mineralnych oraz zaopatrzenia w energię ciepłą (*Fernwärmedienstbarkeiten*)⁶. Na przykładzie służebności stacji benzynowej (*Tankstellendienstbarkeit*) wyróżniono trzy typowe przypadki. Po pierwsze – wskazywane są służebności obejmujące wyłączne prawo spółki naftowej do prowadzenia stacji benzynowej na obciążonej nieruchomości. Po drugie – eksponuje się służebności zakazujące zakładania na obciążonej nieruchomości konkurencyjnych stacji benzynowych. W trzeciej sytuacji służebność zakazuje dystrybucji na obciążonej nieruchomości innych mieszanek olejowych niż pochodzących od określonej spółki naftowej⁷.

Przybliżając te rozwiązania zwrócono uwagę, że dwa pierwsze z nich opisują klauzule konkurencyjne. Rodzą się wówczas wątpliwości czy ustanowiona została jednolita służebność czy dwie służebności, czynna i bierna⁸. Problem ten będzie roztrząsany w dalszej części pracy, m.in. w kontekście dopuszczalności kombinowanych postaci służebności. Trzeci wariant – wywołujący najgłębsze i różnorodne kontrowersje – wyraża zaś związanie wyłącznością (*Ausschließlichkeitsbindung*)⁹. Pod względem gospodarczym służebności takie realizują interes spółki produkującej oleje mineralne (lub browarów), która

⁵ Na temat ewolucji orzecznictwa, zob. rozdz. II § 1.

⁶ Zob. D. Joost, [w:] R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2013, § 1090, Nb 14; H. Prütting, *Beschränkungen des Wettbewerbs durch Dienstbarkeiten*, [w:] *Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz*, Köln 1987, s. 287; G. Walter, A. Maier, *Die Sicherung*, s. 377. Co do innych pól użycia, zob. rozdz. II.

⁷ Taki przykład trójelementowej służebności stacji benzynowej, jako punkt wyjścia szczegółowej analizy, przedstawia, Ch. Kaiser, *Die Eignung der Dienstbarkeit als Vertriebsinstrument der Brauerei- und Mineralölwirtschaft*, Baden-Baden 2014, s. 17; zob. też trzy stany faktyczne zawierające podobne elementy, I. Mulzer, *Die dingliche Sicherung ausschließlicher Bezugspflichten durch Verbotsdienstbarkeiten*, München 1980, s. 5–6.

⁸ Ch. Kaiser, *Die Eignung*, s. 19.

⁹ Tamże; J. Mohr, [w:] R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, München 2017, § 1018, Nb 43; I. Mulzer, *Die dingliche Sicherung*, s. 2 i wskazane dalej przykłady; H. Prütting, *Beschränkungen*, s. 289 i n.; G. Walter, A. Maier, *Die Sicherung*, s. 377; uzasadnienie wyr. BGH z 13.7.1979 r., V ZR 122/77, NJW 1979, s. 2149–2150; uzasadnienie wyr. BGH z 18.5.1979 r., V ZR 70/78, NJW 1979, s. 2151.

poniosła wysokie koszty budowy oraz urządzenia stacji benzynowej (lub restauracji) i dlatego chce umocnić swoją pozycję tak, aby właściciel sprzedawał rzeczywiście tylko jej produkty, a nie np. towary konkurencji¹⁰. Na użytek takich sytuacji praktyka prawnicza wykształciła tzw. „służebność zabezpieczającą” (*Sicherungsdienstbarkeit*)¹¹. Jej celem jest zabezpieczenie rzeczowe wiarygodności, według których odbiorca (np. restaurator) zobowiązany jest nabywać towary wyłącznie od określonego dostawcy (np. oznaczonego browaru)¹².

Te typowe warianty służebności stacji benzynowej mają ogólniejszy charakter. Porównywalna treść nadawana jest służebnościom piwnym (*Bierlieferungsdienstbarkeiten*)¹³.

W oparciu o przytoczone przypadki praktyczne można przeprowadzić dalszą generalizację i uporządkować typy ograniczeń konkurencji. Próby takie były czynione w doktrynie niemieckiej, a także – choć w mniejszym zakresie – w nauce szwajcarskiej. Wystarczająco pojemna, a zarazem spełniająca kryteria rozłączności i przydatności praktycznej jest systematyka eksponująca cztery grupy służebności zawierających w treści ograniczenie konkurencji¹⁴. Pierwsza – zawiera służebności kompleksowego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Prowadzi ona do tego, że na nieruchomości obciążonej nie wolno uruchomić żadnej działalności gospodarczej. W ramach drugiego segmentu mieszczą się służebności specjalnego lub „czystego” zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, np. stacji paliw¹⁵. Są one też określane jako właściwe zakazy konkurencji (*eigentliches Wettbewerbsverbot*). Trzecią kategorię służebności ograniczających konkurencję znamionuje zakaz zbytu na obciążonej nie-

¹⁰ D. Baetge, *Die Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten*, s. 663; G. Knöchlein, *Wettbewerbs- und Verkaufsbeschränkungen als Inhalt von Dienstbarkeiten*, BB 1961, s. 589; H. Prütting, *Beschränkungen*, s. 288.

¹¹ Szerzej zob. rozdz. VI.

¹² Bliżej zob. H. Amann, *Steuerung des Bierabsatzes*, s. 586–587; G. Walter, A. Maier, *Die Sicherung*, s. 384–388; D. Baetge, *Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten*, s. 648–649; R. Stürner, *Dienstbarkeit heute*, AcP 1994, t. 194, s. 283; C. Trube, *Sicherungsdienstbarkeit*, s. 125 i n.; D.U. Otto, [w:] G. Ring, H. Grziwotz, A. Keukenschrijver (red.), *BGB, Sachenrecht*, Baden-Baden 2016, § 1018, Nb 55, s. 104–107; wyr. BGH z 18.5.1979 r., V ZR 70/78, NJW 1979, s. 2150; wyr. BGH z 3.5.1985 r., V ZR 55/84, NJW 1985, s. 2474; wyr. BGH z 29.1.1988 r., V ZR 310/86, NJW 1988, s. 2364; wyr. BGH z 8.4.1988 r., V ZR 120/87, NJW 1988, s. 2362; wyr. BGH z 22.1.1992 r., VIII ZR 374/89, DNotZ 1992, s. 666.

¹³ Ch. Kaiser, *Die Eignung*, s. 17.

¹⁴ D. Baetge, *Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten*, s. 647. Co do innych propozycji systematyki, zob. P. Göz, *Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit*, Diss- Frankfurt a. M.–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien 1997, s. 19 i n. oraz rozdz. II § 1.

¹⁵ D. Baetge, *Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten*, s. 647–648.

ruchomości określonego rodzaju towarów¹⁶. I wreszcie czwartą grupę wypełnia wspomniana wyżej służebność zabezpieczająca. Nauka niemiecka porządkuje służebności ograniczające konkurencję opierając się także na bardziej rozbudowanej systematyce¹⁷.

Charakteryzując w doktrynie szwajcarskiej, w kontekście rozważań nad treścią służebności, pojęcie ograniczeń działalności gospodarczej wyeksponowano trzy warianty. Po pierwsze – wyróżniono ograniczenia uruchomienia działalności gospodarczej. Przybierają one postać absolutnych zakazów (np. nie wolno wykorzystywać nieruchomości dla celów gospodarczych) oraz zakazów założenia oznaczonej działalności¹⁸. Po drugie – mogą się one odnosić do zniesienia działalności gospodarczej¹⁹. Tę grupę zilustrowano zakazem prowadzenia na nieruchomości obciążonej dalszej działalności innej niż określone przedsięwzięcie. Po trzecie – przedstawione pojęcie rozciąga się na zagospodarowanie obciążonej nieruchomości. Jako przykład podawany jest zakaz przeistoczenia kawiarni bezalkoholowej w restaurację oferującą alkohol²⁰.

Do tej kategorii zalicza się służebności dotyczące odbioru, produkcji i sprzedaży na obciążonej nieruchomości. Reprezentatywnymi przykładami są służebności piwne oraz służebności stacji benzynowej²¹. Służebności piwne – według dominującego w Szwajcarii stanowiska – nie ograniczają wykonywania atrybutów własności, lecz osobistą swobodę²². Zgodnie z nim nie wywołują one żadnego skutku w stanie nieruchomości i jej funkcjonalności. Wskazuje się jednak na konieczność kontroli konkretnego przypadku²³. Doktryna i orzecznictwo szwajcarskie wyróżniając z kolei służebność stacji benzynowej (*Tankstellenservitut*) nie jest zgodna co do jej dopuszczalności²⁴. Praktyka buduje ją z następujących segmentów, łączących służebności czynne i bierne. Po pierwsze – każdorazowy właściciel ma znosić prowadzenie na obciążonej nie-

¹⁶ Na temat odróżnienia służebności ograniczających sprzedaż towarów konkurencyjnych (*Verkaufsbeschränkung*) od właściwych zakazów konkurencji, zob. H. Schöner, K. Stöber, Grundbuchrecht, München 2012, Nb 1221.

¹⁷ H. Prütting, Beschränkungen, s. 287–288. Bliżej zob. rozdz. II § 1.

¹⁸ M. Zobl, Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten, Zürich 1976, s. 104–111.

¹⁹ Tamże, s. 104, 112.

²⁰ Tamże, s. 120.

²¹ Tamże, s. 126.

²² Tamże, s. 127. Zob. krytykę takiej delimitacji, rozdz. V.

²³ M. Zobl, Der zulässige, s. 127.

²⁴ Zob. tamże; S. Wolf, G.S. Genna, Einschränkung gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten, [w:] W. Wiegand, T. Kohler, H.P. Walter (red.), Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, s. 840 i n.

ruchomości przedsiębiorstwa przez oznaczony podmiot (stację benzynową). Po drugie – każdy właściciel musi znosić przyjeżdżanie i odjeżdżanie pojazdów wszelkiego rodzaju w dowolnym czasie. Po trzecie – na obciążonej nieruchomości nie wolno innych części do silników paliwowych albo zamienników zakładać niż określonej marki. Po czwarte – zakazane jest obracanie jakiegokolwiek rodzaju produktami konkurencyjnymi. Każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości i ewentualnie jej dzierżawcy, najemcy lub użytkownikowi nie wolno zatem, bezpośrednio lub pośrednio, inne produkty niż pochodzące od uprawnionego ze służebności sprzedawać, dostarczać lub magazynować. Równolegle wyraźnie zastrzeżono przenoszalność ustanowionej służebności osobistej²⁵. O ile akceptuje się znoszenie uruchomienia na obciążonej nieruchomości urządzeń stacji benzynowej określonego podmiotu lub zakaz instalacji na niej urządzeń oferujących paliwa, wykluczany jest – jak wywodzi doktryna szwajcarska – zakaz zbywania innych paliw niż pochodzących od uprawnionego ze służebności²⁶. Trafność tych wniosków będzie weryfikowana w dalszych częściach pracy.

§ 3. Cechy poszczególnych rodzajów służebności a przydatność dla ograniczenia konkurencji – wstępna selekcja

I. Prawo podmiotowo-rzeczowe i podmiotowo-osobiste do substancji

Na podstawie kryterium treści uprawnień można wyróżnić w KC dwie kategorie praw rzeczowych ograniczonych. Pierwszą grupę stanowią prawa do substancji (*Nutzungsrechte*). Ich trzonem jest uprawnienie do korzystania.

²⁵ H. Huber, Jahresbericht des zürcherrischen Notariatsinspektors an Obergericht über das Jahr 1951, ZBGR 1951, t. 33, s. 150. Na marginesie należy zauważyć, że w prawie szwajcarskim służebności osobiste ulegają delimitacji na prawidłowe (*Eigentliche*) i nieprawidłowe (*Irreguläre*). Służebności prawidłowe odznaczają się nieprzenoszalnością. Natomiast drugie z nich są dziedziczne i zbywalne, H.M. Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte. Grundriss des schweizerischen Sachenrechts. Band II. Bern 1986, s. 43; M. Heinz, Das dingliche Wohnrecht, Bern 1970, s. 11.

²⁶ P. Liver, Die Grunddienstbarkeiten (Zürcher Kommentar zum Schweizerischen ZGB), Zürich 1980, komentarz do art. 730 ZGB, Nb 133 i n.

Obok nich występują tzw. prawa do zaspokojenia (*Verwertungsrechte*, zwane też prawami do wartości – *Wertrechte*)²⁷. Służebności stanowią ograniczone prawo rzeczowe do substancji (korzystania)²⁸.

Przepis art. 285 § 1 KC definiuje jeden z trzech rodzajów służebności – służebność gruntową. Budowa tego przepisu jest typowa dla regulacji definiujących ograniczone prawa rzeczowe. Rozpoczyna się ona od wskazania, że nieruchomości można obciążyć, co koresponduje z utożsamianiem w prawie rzeczowym pojęcia obciążenia z ograniczonymi prawami rzeczowymi, po czym określa treść obciążającego prawa. Treść służebności gruntowej może być trojaka. Wyodrębnia się służebność znoszenia (*Benutzungsrecht*), służebność zaniechania (*Unterlassungsdienstbarkeit*) i służebność wyłączenia (*Ausschlussdienstbarkeit*)²⁹. Nie chodzi tu o pełne, właścicielskie korzystanie; przy precyzowaniu treści służebności nie można pomijać wymogu niewyczerpania przez ustanawiane prawo atrybutów właściciela, co przeciwdziała uczynieniu z własności *ius nudum*. Jest to korzystanie częściowe. Ze sformułowania art. 285 § 1 KC odwołującego się do korzystania w oznaczonym zakresie wynika konieczność pozytywnego ukształtowania treści służebności. Wykluczona jest ogólna służebność korzystania, niekonkretyzująca uprawnień wchodzących w jej skład oraz ich zakresu.

Z kolei regulacja art. 296 KC określa nieruchomości jako przedmiot obciążenia służebnością osobistą, kształtuje jej treść w oparciu o model służebności gruntowej i wytycza zakres podmiotowy tego prawa, wskazując na osobę fi-

²⁷ Zob. J. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, AcP 1901, t. 91, s. 155 i n.; M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, [w:] M. Habdas, M. Fras (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 2018, s. 538–539; K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Komentarz 2018, t. 1, przed art. 244, Nb 7.

²⁸ Zob. C. Ahrens, Dingliche Nutzungsrechte. Niessbrauch. Dienstbarkeiten. Wohnungserchte, Berlin 2004, s. 19; B. Heß, Dienstbarkeit und Reallast im System dinglicher Nutzungs und Verwertungsrechte, AcP 1998, t. 198, s. 490 i n.

²⁹ Zob. H. Schöner, K. Stöber, Grundbuchrecht, München 2012, Nb 1203–1207; D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, § 1090, Nb 6–8; J. Mayer, [w:] W. Wiegand (red.), J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3 Sachenrecht ErbbauRG, §§ 1018–1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufrecht, Reallasten), Berlin 2009, s. 745–746; Ch. Berger, [w:] R. Stürner (red.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, BGB mit Rom-I-, Rom-II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO, Kommentar, München 2015, s. 1579; W. Schmenger, Die Grunddienstbarkeit und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, neue Entwicklungen und neue Rechtsprechung, BWNotZ 2007, Nr 4, s. 73–74. W doktrynie polskiej M. Warciński, Służebności gruntowe według kodeksu cywilnego, Warszawa 2013, s. 325, 374; K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Komentarz, art. 285, Nb 44; A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 2017, s. 722.

zyczną. Służebność osobista została więc ukształtowana jako tzw. prawo podmiotowo-osobiste (*subjektiv-persönliches Recht*)³⁰. W odróżnieniu od służebności gruntowej Kodeks cywilny nie przewiduje kategorii służebności osobistej na rzecz każdorazowego właściciela nieruchomości. Na brak takiej możliwości wskazuje już treść art. 296 KC, który nie wspomina o jakimkolwiek powiązaniu z własnością nieruchomości mającą służebność osobistą. Dodatkowy argument wynika z wnioskowania *a contrario* z art. 285 KC określającego konstrukcję służebności gruntowej i zakazu mieszania typów praw rzeczowych. *De lege lata* trudno byłoby także pogodzić służebności osobiste na rzecz każdorazowego właściciela nieruchomości z niezbywalnością i niedziedzicznością takiej służebności. Nie może więc występować służebność osobista w postaci prawa podmiotowo-rzeczowego (*subjektiv-dingliches Recht*). Służebności osobiste zatem – jako prawa, które ustanowić można wyłącznie na rzecz oznaczonego podmiotu – zaliczane są według innej terminologii do tzw. *Personalrechte*, w odróżnieniu od służebności gruntowych, stanowiących tzw. prawa realne (*Realrechte*), czyli prawa związane z własnością określonej rzeczy³¹.

Niedopuszczalne jest również ustanowienie służebności osobistej na korzyść osoby fizycznej będącej każdorazowym podmiotem określonego przedsiębiorstwa. Takie *quasi*-podmiotowo-rzeczowe prawo kolidowałoby z zasadą *numerus clausus* praw rzeczowych³². Kodeks cywilny nie recypował art. 175 PrRzecz, zgodnie z którym „służebność może być ustanowiona także na rzecz każdorazowego właściciela oznaczonego przedsiębiorstwa”³³.

Trzecim typem służebności w prawie polskim, wbrew pojawiającym się niekiedy poglądom, jest służebność przesyłu³⁴. Została ona inaczej zdefinio-

³⁰ Zob. D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, przed § 1018, Nb 5; J. Mayer, [w:] J. von Staudinger Kommentar, s. 740; C. Ahrens, Dingliche Nutzungsrechte, s. 183.

³¹ H. Rey, Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages, ZBGR 1983 (64), z. 5, s. 262; K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Komentarz, art. 296, Nb 2, 7; A. Bieranowski, Służebność mieszkania, Warszawa 2011, s. 75.

³² A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 716.

³³ Powyższa regulacja obca była przedwojennym projektom prawa rzeczowego. Eksponując oryginalność tej koncepcji podnoszono, że służebność ta jest dogodnym instrumentem dla przedsiębiorstw korzystania w pewnym zakresie z cudzej nieruchomości (np. z wody, światła). Nie miała ona charakteru osobistego, służąc każdorazowemu podmiotowi („właścicielowi”) przedsiębiorstwa, pojęciowo bliższa była więc służebności gruntowej i dlatego stosowano tu odpowiednio przepisy dotyczące tych służebności, zob. S. Szer, Nowe prawo rzeczowe, DPP 1947, Nr 5, s. 15.

³⁴ Zob. E. Gniewek, Nowy rodzaj służebności – służebność przesyłu, [w:] P. Machnikowski (red.), Prace z prawa cywilnego. Dla uczczenia pamięci Profesora Jana Kosika, Wrocław 2009, s. 140; M. Balwicka-Szczyrba, Korzystanie z nieruchomości przez przedsiębiorców przesyłowych – właścicieli urządzeń przesyłowych, Warszawa 2015, s. 126; Z. Gołba, Służebności gruntowe, dro-

wana i pełni odmienną funkcję niż służebności gruntowe i służebności osobiste. W art. 305¹ KC odnajdujemy definicję nawiasową służebności przesyłu. Taki sam sposób definiowania zastosowano przy opisie służebności gruntowych (art. 285 § 1 KC) i służebności osobistych (art. 296 KC). Zawiera ona elementy pozwalające na wskazanie znamion służebności przesyłu i jednocześnie eksponujące, czym się ona różni od innych służebności. W odróżnieniu od służebności osobistych służebność przesyłu jest kwalifikowana podmiotowo. Może być ustanowiona wyłącznie na rzecz przedsiębiorcy, nawet jeżeli jest on osobą prawną lub podmiotem, o którym stanowi art. 33¹ § 1 KC, jeżeli przysługuje mu własność urządzeń przesyłowych, zamierza je wybudować lub nabyć ich własność. Pomimo pewnych podobieństw i związków służebność przesyłu – jak wyżej uwypuklono – nie stanowi odmiany służebności gruntowych. Wskazane w art. 305¹ KC uprawnienie znamionujące treść służebności przesyłu polega na korzystaniu w oznaczonym zakresie z nieruchomości, zgodnie z przeznaczeniem urządzeń określonych w art. 49 § 1 KC. Jest to korzystanie „częstkowe”, którego zróżnicowany zakres determinuje przeznaczenie urządzeń przesyłowych i obejmuje przede wszystkim możliwość usytuowania na, pod lub nad gruntem takich urządzeń oraz ich eksploatacji i utrzymywaniu we właściwym stanie, w tym konserwacji, remontów itp. Inaczej niż w przypadku innych służebności nie można więc mówić o typologicznej otwartości treści służebności przesyłu. Polaryzację stanowisk w doktrynie wywołała odpowiedź na pytanie czy służebność przesyłu odznacza się celowością. Odrzucając pogląd liberalny, według którego służebność przesyłu może być ustanawiana w celu obiektywnie nieuzasadnionym i niegospodarczym³⁵, wyekspozować należy, że odesłanie zawarte w art. 305⁴ KC obejmuje także przepis art. 285 § 2 KC. Odpowiednie zastosowanie tego przepisu pozwala odkodować normę prawną statuującą celowość służebności przesyłu, polegającą na zwiększeniu użyteczności przedsiębiorstwa lub jego części³⁶. Z perspektywy komparatystycznej zauważymy, że za funkcjonalny prawnorzeczowy odpowiednik służebności przesyłu można uznać przenoszalną ograniczoną służebność oso-

gowe, osobiste i przesyłu, Warszawa 2013, s. 69, 73; K. Zaradkiewicz, [w:] Komentarz, art. 305¹, Nb 12; B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 2017, s. 790; J.M. Kondek, Służebność przesyłu. Nowe ograniczone prawo rzeczowe, PS 2009, Nr 3, s. 21; J. Pokrzywniak, Kluczowe dylematy związane z regulacją służebności przesyłu, Rej. 2010, Nr 4, s. 89; A. Bieranowski, Służebność przesyłu – podstawowe założenia konstrukcyjne i uwagi de lege ferenda, Rej. 2016, Nr 2, s. 14–16 i powołane tam stanowisko odmienne.

³⁵ Zob. J.M. Kondek, Służebność, s. 23.

³⁶ A. Bieranowski, Służebność przesyłu, s. 33.

bistą (zob. § 1092 ust. 3 BGB³⁷). Użytkowanie czy prawo zabudowy z reguły nie są brane pod uwagę, ponieważ ich treść jest zbyt obszerna³⁸. Z kolei ustanowienie służebności gruntowej jest dopuszczalne tylko w celu przynoszenia korzyści każdorazowemu właścicielowi nieruchomości władnącej (§ 1019 BGB). Mieści się tutaj przypadek, w którym zaopatrzenie w elektryczność służy tej nieruchomości, ale nie zostanie już wymóg ten spełniony w razie zasilania z powszechnej sieci elektrycznej³⁹. Problemem przy sięgnięciu do ograniczonych służebności osobistych była ich niezbywalność. W celu liberalizacji rynku energetycznego ustawą z 17.7.1996 r. (BGBl I s. 990) ukształtowano wyłom od zasady niezbywalności ograniczonych służebności osobistych ustanowionych na rzecz osób prawnych lub osobowych spółek handlowych⁴⁰. Ograniczone służebności osobiste zawierające uprawnienie do utrzymywania urządzeń: do przesyłu mediów (a także surowców), telekomunikacyjnych oraz organizujących transport (np. szyny tramwajowe)⁴¹ mogą być zbyte (zob. § 1092 ust. 2 i 3 BGB)⁴². Przepisy te nie wprowadzają w zakresie zbywalności innych ograniczeń (por. § 1059a BGB). Przede wszystkim nie musi następować równocześnie przejście przedsiębiorstwa lub jego części. Z kolei przepis § 1092 ust. 3 zd. 4 BGB odsyła do odpowiedniego zastosowania § 1059b–1059d BGB. Nabywca

³⁷ Blżej P. Bassenge, Die Übertragbarkeit von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach der Neuregelung durch Gesetz vom 17. Juli 1996, NJW 1996, Nr 42, s. 2779; P. Bassenge, [w:] Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 2012, s. 1577; F. Baur, J. Baur, R. Stürner, Sachenrecht, München 2009, s. 427; K. Filipp, Inhalt und Umfang beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten am Beispiel von Leitungsrechten, MittBayNot 2005, Nr 3, s. 185; D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, § 1092, Nb 9; J. Schmidt-Räntsch, Übertragung von Dienstbarkeiten bei Abspaltung von Leitungsnetzen, ZNotP 2012, Nr 1, s. 11 i n.

³⁸ Tak H. Keller, Die Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zur Absicherung von Energiegewinnungsanlagen, DNotZ 2011, Nr 2, s. 99.

³⁹ Tak H. Keller, Die Rechtsnachfolge, s. 99.

⁴⁰ P. Bassenge, Die Übertragbarkeit, s. 2779.

⁴¹ Zakres urządzeń jest szeroko ujmowany, zob. D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, § 1092, Nb 11–14, który wymienia cztery kategorie: *Transportleitungen* (sensu largo, zastrzegając, że nie mieszczą się w tym urządzenia służące uzyskiwaniu i wydobywaniu, np. tzw. prawo studni), *Telekommunikationsanlagen* (np. sieć telefoniczna czy telewizji kablowej), *Produktleitungen*, *Straßenbahnen/Eisenbahnen*; zob. też co do odróżnienia urządzeń służących produkcji, a nie przesyłowi energii H. Keller, Die Rechtsnachfolge, s. 99. Zob. też J. Mohr, [w:] R. Gaier (red.), Münchener Kommentar, 2017, § 1092, Nb 14, 15.

⁴² Podkreśla się, przy tym, że ze zmianą uprawnionego ze służebności i tak – stosownie do § 1092 ust. 2 BGB – musi liczyć się właściciel nieruchomości, jeżeli została ona ustanowiona na rzecz osoby prawnej lub osobowej spółki handlowej, zob. D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, § 1092, Nb 9. Konsekwentnie (por. § 1059a BGB) zakresem zastosowania § 1092 ust. 3 BGB nie są objęte służebności przysługujące osobie fizycznej, tamże, Nb 15.

wstąpi więc – w myśl § 1059c zd. 2 BGB – w ustawowy stosunek obligacyjny powstający wraz z ustanowieniem służebności. Akcentując niejednoznaczność tego przepisu wywodzi się, że nabywca wstępuje nie tylko w ustawowy stosunek obligacyjny, ale wiąże go także uzgodnienia dotyczące stosunku kauzalnego⁴³. W świetle urzędowego uzasadnienia powołanego przepisu skuteczne wobec nabywcy są uzgodnienia prawno-obligacyjne każdego rodzaju, np. obowiązek zapłaty wynagrodzenia, określenie celu zabezpieczającego⁴⁴. Jak podkreśla doktryna niemiecka szerokie rozumienie § 1059c BGB chroni właściciela⁴⁵.

Kończąc przegląd służebności wprowadzający do rozważań nad wykorzystaniem tych praw do ograniczenia konkurencji należy dodać, że strony nie mogą także scalić danego rodzaju służebności z inną służebnością (np. służebności gruntowej na rzecz każdorazowego przedsiębiorcy przesyłowego), ani tym bardziej z innym typem prawa rzeczowego, tworząc prawo hybrydalne. Ewidentnie naruszałoby to zasadę *numerus clausus* praw rzeczowych. Wyrażenie na tę zasadę powołuje się doktryna i judykatura niemiecka dla uzasadnienia niedopuszczalności kombinacji ograniczonej służebności osobistej z § 1090 BGB i służebności mieszkania ujętej w § 1093 BGB⁴⁶.

II. Przydatność poszczególnych rodzajów służebności dla ograniczenia konkurencji – inicjalna rekrutacja

1. Charakter bezwzględny

W bezwzględnym charakterze służebności upatruje się jej atrakcyjności dla zabezpieczenia wykonania zobowiązania spoczywającego na właścicielu nie-

⁴³ W. Schön, Der Nießbrauch an Sachen: gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, Köln 1992, s. 417; P. Pohlmann, [w:] R. Gaier (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5 Auflage, München 2009, § 1059c, Nb 2; J. Frank, [w:] W. Wiegand (red.), J. von Staudinger Kommentar, §§ 1018–1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten), Berlin 2009, § 1057c, Nb 6–7.

⁴⁴ Deutsche Justiz 1936, s. 21 i n.; zob. też P. Pohlmann, [w:] Münchener Kommentar, 2009, § 1059c, Nb 2.

⁴⁵ P. Pohlmann, [w:] Münchener Kommentar, 2009, § 1059c, Nb 2.

⁴⁶ Zob. wyr. OLG Düsseldorf z 26.6.1997 r., 3 Wx 126/97, MittRhNotK 1997, s. 358; H. Schöner, K. Stöber, Grundbuchrecht, Nb 1236. Tak samo w uzasadnieniu wyr. OLG München z 22.2.2010 r., 34 Wx 3/10, MittBayNot 2010, s. 388 i n. Co do zjawiska tzw. ukrytej (zamaskowanej) zmiany typów, zob. A. Bieranowski, Służebność mieszkania w prawie szwajcarskim, KPP 2011, z. 3, s. 694; K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Komentarz, art. 296, Nb 7.

ruchomości. Obligacyjny obowiązek, np. nieprowadzenia działalności gospodarczej oznaczonego profilu, odbioru określonych dóbr, niezbywania towarów konkurencyjnych itp. jest skuteczną *inter partes*. Wykreowanie służebności rozciąga jego zasięg i tym samym bezpośrednio lub pośrednio zmusza nabywcę własności nieruchomości do uszanowania ograniczeń konkurencji.

2. Służebności osobiste

Prima facie przydatne dla ograniczenia konkurencji mogą się wydawać służebności osobiste. Prawo to ma bowiem charakter podmiotowo osobisty, w którego ramy konstrukcyjne nie wpisuje się nieruchomości władnąca ani istnienie potrzeby zwiększenia jej użyteczności⁴⁷. Dlatego stanowią one wiodący rodzaj służebności stosowany w praktyce zagranicznej dla ograniczenia konkurencji (zob. rozdz. II). W niemieckim obrocie gospodarczym służebność stacji benzynowej oraz służebność piwna przybiera postać ograniczonej służebności osobistej. Zaznacza się jednak, że w odniesieniu do służebności stacji benzynowej wchodzić mogą w rachubę służebności gruntowe i użytkowanie⁴⁸.

Pod rządem prawa polskiego trzy cechy tych służebności zmieniają ich przyjazny dla ograniczenia konkurencji obraz. Po pierwsze, w przedwojennych projektach prawa rzeczowego służebności osobiste zapewniały korzyść „pewnej osobie” (art. 157 projektu z 1937 r., art. 162 projektu z 1939 r.)⁴⁹. A zatem *lege non distinguente* – mogły one przysługiwać zarówno osobom fizycznym, jak i osobom prawnym. Zakres podmiotowy służebności osobistych zawężono w PrRzecz. W art. 176 tego dekretu postanowiono, że służebność osobista obciąża nieruchomość w celu zapewnienia korzyści oznaczonej osoby fizycznej. Takie rozwiązanie znalazło się w KC. Ani względy teoretyczne, ani praktyczne nie przemawiają za wprowadzoną również w KC redukcją kategorii podmiotów, którym może przysługiwać służebność osobista. Przyjętego ograniczenia nie wymaga sens i treść służebności osobistej. Nie zachodzi kolizja ze stosunkiem zaufania między ustanawiającym prawo a jego nabywcą, a ryzyku powstania służebności jako prawa wieczystego można zapobiec przez odpowiednie wytyczenie granic bytu prawa. Służebność osobista przysługu-

⁴⁷ Równoległe osobista potrzeba uprawnionego nie jest cechą konstytutywną tych służebności, zob. K. Gołębiowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2019, art. 296, Nb 1; A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 749.

⁴⁸ Ch. Kaiser, Die Eignung, s. 26–27.

⁴⁹ Projekt prawa rzeczowego. Komisja Kodyfikacyjna. Podkomisja Prawa Rzeczowego, Warszawa 1937, z. 1, s. 28; Projekt prawa rzeczowego przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną w 1939 r., KPP 1993, z. 4, s. 540.

jąca osobie prawnej musiałaby być prawem terminowym (z wyłączeniem służebności drogi koniecznej), w przeciwnym razie stałaby się prawem wieczystym⁵⁰. Rozciągnięcie służebności osobistych na osoby prawne (niepełne osoby prawne) otworzyło jej przydatność dla ograniczenia konkurencji.

Po drugie – przepis art. 300 zd. 1 KC wyłącza z treści tej służebności uprawnienie do jej przeniesienia w drodze umowy (*verba legis*: „służebności osobiste są niezbywalne”)⁵¹. Norma prawna wyrażona w tym przepisie ma charakter bezwzględnie wiążący⁵². Zakaz ten obejmuje także zbycie roszczenia o ustanowienie służebności, wynikającego np. z zapisu zwykłego czy innego stosunku obligacyjnego⁵³. Jeżeli sama służebność jest nieprzenoszalna, identyczny los powinno dzielić roszczenie o ustanowienie tego prawa. Do „podmiany” podmiotowej nie można również wykorzystać instytucji z art. 248 KC. Niedopuszczalne jest zatem zastępowanie uprawnionego w drodze zmiany treści służebności⁵⁴. Nieważna będzie także tzw. klauzula następstwa prawnego. Przykładowo można podać postanowienie, w którym ustanowiono służebność osobistą na rzecz osoby A i jej następcy prawnego⁵⁵. Zakaz z art. 300 zd. 1 KC nie rozciąga się wprawdzie na transformację organizacyjną w ramach zasady kontynuacji. Opiera się ona bowiem na zachowaniu tożsamości podmiotowej w zmienionej szacie, a nie konstrukcji zbycia. Nie odnosi się on także do przeję-

⁵⁰ Tak z powołaniem się również na argumenty wynikające z analizy komparatystycznej A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 729–730.

⁵¹ Na temat genezy i kontekstu prawno-porównawczego zob. A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 755–756.

⁵² A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 756.

⁵³ Przeciwno dopuszczalności przeniesienia roszczenia obligacyjnego o ustanowienie służebności osobistej wypowiada się zdecydowanie (choć z niejednolitym uzasadnieniem, odwołującym się dodatkowo do argumentu *a contrario* z § 1059e BGB) nauka niemiecka, por. K. U. Schmolke, Der Grundsatz der Nichtübertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten aus rechtsvergleichender und rechtsökonomischer Perspektive, AcP 2008, t. 208, s. 519–520; D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, § 1092, Nb 3; wprost co do roszczenia o ustanowienie użytkowania, zob. C. Ahrens, Dingliche Nutzungsrechte, s. 121; P. Pohlmann, [w:] R. Gaier (red.), Münchener Kommentar, 2009, § 1059, Nb 3; J. Trömer, Vereinbarungen über den dinglichen Inhalt des Nießbrauchs an Grundstücken, RNotZ 2016, Nr 9, s. 429; por. H. Keller, Die Rechtsnachfolge, s. 103–104; w literaturze polskiej zob. co do roszczenia o ustanowienie użytkowania K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Komentarz, art. 254, Nb 3; A. Sylwestrzak, Użytkowanie. Konstrukcja prawna, Warszawa 2013, s. 77; odnośnie do roszczenia o ustanowienie służebności mieszkania A. Bieranowski, Służebność mieszkania, s. 92.

⁵⁴ A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 758.

⁵⁵ A. Bieranowski, Służebność mieszkania, s. 91; Tak samo w nauce i judykaturze niemieckiej, zob. np. D. Joost, [w:] Münchener Kommentar, 2013, § 1092, Nb 2; wyr. OLG Hamm z 27.11.2000 r., 15 W 361/00, MittBayNot 2001, Nr 3, s. 320.

ścia prawa (wstąpienia *ex lege*) drogą sukcesji uniwersalnej⁵⁶. Jednak problematyka może nabrać znaczenia praktycznego dopiero w razie uwzględnienia postulatu *de lege ferenda* poszerzenia zakresu podmiotowego służebności osobistej.

Rozważmy czy przeszkody niezbywalności nie usuwa wejście służebności osobistej w skład przedsiębiorstwa, którego podmiotem jest osoba fizyczna. Zgodnie z art. 55² KC czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko co wchodzi w jego skład. Rodzi to dylemat, czy służebność osobistą będącą elementem przedsiębiorstwa poddać jednolitemu, nadrzędnemu reżimowi prawnemu przewidzianemu dla zbycia przedsiębiorstwa, czy też zastosować regulację prawną właściwą ze względu na rodzaj tego składnika. Zagadnienie jest dyskusyjne, a do obrony nadają się rozbieżne stanowiska. Przyjąć należy pogląd restryktywny zakładający, że służebność osobista nie może być zbyt wraz z przedsiębiorstwem. Pozwala on zachować spójność z przepisami prawa rzeczowego⁵⁷.

Po trzecie, przepisy art. 300 KC wykluczają nie tylko zbywalność służebności osobistych (*quoad ius*), ale również udostępnienie wykonywania tego prawa (*quoad usum*)⁵⁸.

Zostało ono ukształtowane jako prawo ściśle osobiste (*höchstpersönliches Recht*). Ustawodawca wychodzi z założenia, że służebność osobista może być wykonywana tylko przez uprawnionego. Nie koliduje z nim realizacja służebności z pomocą innych osób (pracowników, wykonawców), co ma istotne znaczenie właśnie, gdy nabywcą tego prawa jest przedsiębiorca. Przepis art. 300 zd. 2 KC używa pojęcia „przeniesić uprawnienia do wykonywania”, ale go nie definiuje ani nie opatruje przykładowym wyliczeniem⁵⁹. Sens tego zwrotu pozostawiono do wyjaśnienia doktrynie i judykaturze⁶⁰. Przyjąć należy, że pod

⁵⁶ A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny, s. 760.

⁵⁷ Tamże, s. 759.

⁵⁸ Oddzielając niezbywalność rzeczowego prawa do substancji od udostępnienia wykonywania tego prawa (*quoad usum*), wolno zaznaczyć, że praktyczny rezultat zastosowania obu rozwiązań może okazać się niekiedy zbliżony, zob. J. Frank, [w:] J. von Staudinger Kommentar, s. 571.

⁵⁹ Co do różnych formuł językowych stosowanych w obcych porządkach prawnych i ich rozumienia, bliżej A. Bieranowski, Użytkowanie, [w:] S. Babiarz (red.), Nieruchomości w prawie cywilnym, administracyjnym i podatkowym, t. 2, Warszawa 2017, s. 99–100.

⁶⁰ A. Sylwestrzak, Użytkowanie, s. 232, po zbadaniu różnych wariantów korzystania z przedmiotu użytkowania uznała, że w świetle istoty uprawnienia użytkownika do udostępniania rzeczy innym osobom pojęcie przeniesienia uprawnienia do wykonywania użytkowania wpływające z art. 300 w zw. z art. 254 KC jawi się jako pewien skrót myślowy, obejmujący wszelkie przypadki powierzenia rzeczy innym podmiotom. Zob. też wnikliwe rozważania K. Pałka, Przeniesienie

względem konstrukcyjnym w ramach mechanizmu zakodowanego w art. 300 zd. 2 KC dochodziłoby do udostępnienia korzystania z nieruchomości na podstawie umowy obligacyjnej, z której wynikałoby prawo skuteczne względem właściciela oraz mającego służebność prawo (np. najem). W kontekście omawianej regulacji zawarcie przez mającego służebność umowy najmu byłoby ważne, ale nieskuteczne wobec właściciela nieruchomości (zob. art. 222 KC)⁶¹. Dyskusyjne jest znaczenie ewentualnej zgody właściciela obciążonej nieruchomości na oddanie jej do korzystania⁶². Do obrony nadaje się pogląd, że zgoda taka nie prowadzi ani do powstania nowego stosunku służebności osobistej, ani do poszerzenia zakresu podmiotowego dotychczasowej relacji prawno-rzeczowej, lecz uchyla bezprawność zachowania się mającego służebność i wyłącza skuteczność roszczenia windykacyjnego właściciela wobec np. dzierżawcy, najemcy⁶³. Nie jest to rozwiązanie w pełni zadowalające dla mającego służebność i podmiotu, któremu udostępnił on korzystanie z obciążonej nieruchomości. Przede wszystkim zgoda ta nie jest skuteczna wobec sukcesora syngularnego. Nie zmienia ona treści służebności i wobec braku szczególnej podstawy normatywnej nie może być ujawniona w księdze wieczystej⁶⁴. Ponadto, jakkolwiek wygaśnięcie służebności nie powoduje ustania stosunku obligacyjnego obejmującego uprawnienie do korzystania z nieruchomości, ale właściciel dążyłby do powiązania ich bytu. Zauważmy przy tym, że służebność może wygasnąć z przyczyn leżących po stronie nabywcy tego prawa, na co nie ma wpływu podmiot uprawniony jedynie do wykonywania prawa. Służebność ta nie ma charakteru wieczystego, jest prawem terminowym, wygasającym, co do zasady, najpóźniej z chwilą śmierci uprawnionego (wyjątek wynika z dopuszczalności zastrzeżenia kontynuacji służebności mieszkania na wypadek śmierci uprawnionego, art. 301 § 2 KC).

Uczestnikom obrotu gospodarczego pozostają drogi zastępcze. Opierają się one zarówno na konstrukcjach obligacyjnych, jak i prawno-rzeczowych. Namiastkę uprawnienia wykluczonego przez art. 300 zd. 2 KC stanowi mecha-

uprawnienia do wykonywania użytkowania, [w:] M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 215 i n.

⁶¹ A. Bieranowski, *Służebność mieszkania*, s. 106 i n.

⁶² Jakiegokolwiek znaczenia takiej zgodzie odmawia K. Zaradkiewicz, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Komentarz*, art. 300, Nb 1; inaczej A. Bieranowski, *Służebność mieszkania*, s. 113–114; A. Bieranowski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny*, s. 761.

⁶³ A. Bieranowski, *Służebność mieszkania*, s. 113.

⁶⁴ Tamże, s. 114. Na temat rozwiązań niemieckich por. niżej oraz rozdz. III § 2 pkt II.