

Fallstricke bei Dienstbarkeiten

Erweiterte Unterlagen zum Referat von

Roland Pfäffli

Prof. Dr. iur., Notar, Thun

em. Professor für Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

Konsulent bei Von Graffenried Recht, Bern

anlässlich des Fachseminars der Schweizerischen Maklerkammer (SMK) vom

Dienstag, 3. März 2020, Hotel Marriott, Zürich

Inhaltsübersicht

I.	Vorbemerkungen	Seite	2
II.	Errichtung von Dienstbarkeiten		4
III.	Zur Auslegung von Dienstbarkeiten		13
IV.	Zur Löschung von Dienstbarkeiten		17
V.	Ablösung von Dienstbarkeiten durch das öffentliche Rechte		26

I. Vorbemerkungen

1. Wesen und Inhalt einer Dienstbarkeit

Eine Dienstbarkeit ist ein beschränktes dingliches Recht an einer Sache (Grundstück), die dem Berechtigten die Befugnis vermittelt, die Sache (Grundstück) in bestimmter Hinsicht zu gebrauchen und zu nutzen. Es handelt sich um Nutzungs- und Gebrauchsrechte¹. Das Wort «Dienstbarkeit» bringt zum Ausdruck, dass die Sache (Grundstück) einer anderen Person als dem Eigentümer «dienstbar» gemacht ist, bezeichnet also die passive Seite des Rechtsverhältnisses².

Typischer Inhalt jeder Dienstbarkeit ist (aus der Sicht des Belasteten) ein Dulden oder ein Unterlassen. Der Belastete darf somit sein Eigentumsrecht in bestimmter Hinsicht nicht ausüben bzw. er muss bestimmte Tätigkeiten unterlassen³.

Wenn der Eigentümer zulässt, dass ein anderer sich seine Sache nutzbar macht, sei es, dass er dessen Nutzungs- oder Gebrauchshandlungen duldet, sei es, dass er zu dessen Gunsten die Ausübung bestimmter Eigentumsbefugnisse unterlässt, auferlegt er sich eine Beschränkung, die dem Inhalt nach einer Dienstbarkeit entspricht⁴. Die Dienstbarkeiten sind ein notwendiges Mittel des Ausgleichs zwischen Mangel auf der einen und Überfluss auf der anderen Seite des nachbarlichen Verhältnisses zwischen Grundeigentümern. Was einem Grundeigentümer zur richtigen Ausnutzung seines Grundstücks fehlt, sei es das Wasser, das Holz oder Weg und Steg, gewährt ihm der Nachbar durch Belastung seines Grundstücks. Dieses erfährt dadurch eine Wertminderung, die aber normalerweise viel kleiner ist als die Wertvermehrung für das berechnigte Grundstück. In diesem Überschuss an Nutzen liegt die rechtspolitische Rechtfertigung des Instituts⁵.

2. Arten von Dienstbarkeiten

Im Gesetz wird eine Unterteilung zwischen den Grunddienstbarkeiten (Art. 730 ff. ZGB) einerseits sowie der Nutzniessung und den anderen Dienstbarkeiten (Art. 745 ff. ZGB) andererseits vorgenommen. Die Nutzniessung und die

¹ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 347, N. 1200.

² Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 56 zu den einleitenden Bemerkungen zu Art. 730 bis 744 ZGB.

³ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 349, N. 1206, und S. 397, N. 1319.

⁴ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 129 zu den einleitenden Bemerkungen zu Art. 730 bis 744 ZGB.

⁵ Vgl. PETER LIVER, Die Aufhebung und Ablösung von Servituten im schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB), ZBGR 1961 S. 1.

anderen Dienstbarkeiten werden wiederum unterteilt in Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB), Wohnrecht (Art. 776 ff. ZGB), Baurecht (Art. 779 ff. ZGB), Quellenrecht (Art. 780 ZGB) und andere Dienstbarkeiten (Art. 781 ZGB).

Diese Unterteilung ist für den Praktiker nicht leicht verständlich. Man unterteilt deshalb die Dienstbarkeiten vielfach nach zwei Arten, nämlich: Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten (Personaldienstbarkeiten)⁶. Bei einer Grunddienstbarkeit ist der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks belastet und der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks berechtigt (Beispiel: Last auf dem Grundstück Nr. 150: Wegrecht zu Gunsten Grundstück Nr. 171). Bei einer Personaldienstbarkeit ist der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks belastet; berechtigt ist eine Person (Beispiel: Last auf dem Grundstück Nr. 280: Wohnrecht zu Gunsten Johannes Immergrün). Sowohl bei einer Grunddienstbarkeit wie auch bei einer Personaldienstbarkeit können mehrere Grundstücke bzw. Personen berechtigt werden.

Bei den Personaldienstbarkeiten wird zwischen den regulären (nicht übertragbaren) Personaldienstbarkeiten und den irregulären (übertragbaren) Personaldienstbarkeiten unterschieden⁷.

Bei einer Grunddienstbarkeit erfolgt der Grundbucheintrag sowohl auf dem Grundbuchblatt des berechtigten als auch auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks, wobei ein Stichwort (z.B. Wegrecht) und das belastete bzw. berechtigte Grundstück anzugeben sind. Die Grundbuchpraxis, wonach das belastete und das berechtigte Grundstück anhand von «Vermutungen» bestimmt werden, d.h. ohne konkrete Angabe der belasteten bzw. berechtigten Grundstücke beim Grundbucheintrag, ist bundesrechtswidrig. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn im Grundbuch eine Dienstbarkeit wie folgt eingetragen ist: «Charge: Chemin de servitude selon plan»⁸.

Spezialfall einer Eigentümerdienstbarkeit: Die Errichtung eines Wohnrechts als Personaldienstbarkeit zugunsten des belasteten Grundeigentümers im Sinne einer Eigentümerdienstbarkeit ist zulässig. Auch wenn die Ausübung der Dienstbarkeit aktuell nicht zum Tragen kommt, da der Eigentümer des Grundstücks das Wohnrecht am Grundstück ohnehin beanspruchen kann, gibt es keinen Grund, die Eintragung einer solchen Personaldienstbarkeit abzulehnen⁹.

⁶ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 60 zu den einleitenden Bemerkungen zu Art. 730 bis 744 ZGB.

⁷ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 351 f., N. 1214 f.

⁸ Vgl. Urteil Nr. 5A_32/2008 des Bundesgerichts vom 29.1.2009 = BGE 135 III 496 = Pra 2010 Nr. 38 = ZBGR 2011 S. 177.

⁹ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, 1. Abteilung, vom 28.3.2012; vgl. dazu auch HEINZ REY, Berner Kommentar, N. 152 im Systematischen Teil zu Art. 730 f. ZGB; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 343, N. 1192, sowie S. 362 f., N. 1345; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band 2, Bern 2012, S. 395, N. 2171.

II. Errichtung von Dienstbarkeiten

1. Grundsätze

a. Errichtung

Jedes Rechtsgeschäft zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 732 Abs. 1 ZGB). Auch die Errichtung einer Eigentümerdienstbarkeit (Art. 733 ZGB) unterliegt somit dieser Formvorschrift. Die öffentliche Beurkundung gilt sodann auch für das Rechtsgeschäft zur Errichtung einer Personaldienstbarkeit (vgl. den Verweis in Art. 781 Abs. 3 ZGB).

Danach folgt als Verfügungsgeschäft die Anmeldung zur Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Eine spezielle Regelung gilt für Leitungsrechte zur Versorgung und Entsorgung von Grundstücken. Hier entsteht die Dienstbarkeit mit der Erstellung der Leitung, wenn diese äusserlich wahrnehmbar ist, und zwar ohne dass ein Grundbucheintrag notwendig ist.

Entsprechend lautet auch die Bestimmung für die Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts (Art. 779a Abs. 1 ZGB). Bis Ende 2011 war bloss der Vertrag über die Begründung eines solchen Rechts öffentlich zu beurkunden (aArt. 779a ZGB). Gemäss dem heute geltenden Art. 779a Abs. 1 ZGB ist nicht nur jeder Vertrag, sondern jedes Rechtsgeschäft über die Errichtung eines Baurechts öffentlich zu beurkunden, d.h., auch jedes Eigentümerbaurecht unterliegt dieser Formvorschrift. Zudem spielt es keine Rolle, ob das Baurecht als Grunddienstbarkeit, als Personaldienstbarkeit (Art. 781 ZGB) oder als selbständiges und dauerndes Recht eingeräumt wird. Da jede Dienstbarkeit seit Anfang 2012 ohnehin öffentlich zu beurkunden ist, wäre die Bestimmung von Art. 779a Abs. 1 ZGB an sich nicht notwendig gewesen¹⁰.

b. Änderung¹¹

Die Änderung der Dienstbarkeit unterliegt der gleichen Formvorschrift wie die Errichtung; sie muss somit öffentlich beurkundet werden (mit anschliessendem Grundbucheintrag).

Dies gilt auch für Dienstbarkeiten, welche vor dem 1. Januar 2012 in einfach-schriftlicher Form errichtet wurden, und heute geändert werden¹².

¹⁰ Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 119.

¹¹ Vgl. zum Ganzen BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung von Dienstbarkeiten – ausgewählte Fragen, BN 2013 S. 103 ff.

¹² Vgl. ROLAND PFÄFFLI (Fn. 10), S. 120.

2. Zum Zweck der öffentlichen Beurkundung

Seit dem 1. Januar 2012 besteht die Vorschrift, dass die Begründung einer Dienstbarkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf.

In den letzten Jahren ist die Zahl der Fälle, in denen sich das Bundesgericht mit Streitigkeiten über die Auslegung von Dienstbarkeiten befassen musste, stark gestiegen. Die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung kann derartige Auseinandersetzungen zwar nicht verhindern. Der Notar hat aber namentlich die Aufgabe, die Parteien zu beraten und ihren Willen klar und umfassend in der Urkunde wiederzugeben. Kommt er seinen Pflichten nicht nach, trifft ihn das Risiko der Haftung¹³.

Durch die öffentliche Beurkundung soll somit Rechtssicherheit geschaffen werden. Der Vertragstext wird von einer Urkundsperson formuliert, welche einer Rechtsbelehrungspflicht unterliegt. Damit soll für die Vertragsparteien verständlicher werden, worauf sie sich einlassen¹⁴. Im Weiteren dient diese Formvorschrift auch der Vorbeugung und Vermeidung von Auslegungsproblemen, welche sich oft erst viele Jahre nach der Dienstbarkeitserrichtung und einem Wechsel der beteiligten Parteien ergeben¹⁵. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP empfiehlt zudem, im Dienstbarkeitsvertrag den Zweck der Dienstbarkeit genau zu umschreiben¹⁶.

3. Ausnahmen von der öffentlichen Beurkundung

Der Erbteilungsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 634 Abs. 2 ZGB). Diese Bestimmung geht als *lex specialis* der allgemeinen Regelung von Art. 657 Abs. 1 ZGB vor. Demzufolge kann die Übertragung von Grundeigentum im Rahmen eines Erbteilungsvertrags in einfacher Schriftlichkeit erfolgen. Dies gilt auch für die Begründung von Dienstbarkeiten, allerdings nur dann, wenn sie im direkten Zusammenhang mit der Erbteilung stehen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Grundstück parzelliert wird und die daraus entstehenden Grundstücke den einzelnen Miterben zu Eigentum übertragen werden, unter gleichzeitiger Begründung von

¹³ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 30 ff.; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 374 ff., N. 1275 ff.

¹⁴ Vgl. dazu auch HANSHEIRI Inderkum (Uri), Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat 2008 S. 409 f. sowie Ständerat 2009 S. 935.

¹⁵ Vgl. dazu FABIENNE HOHL, Le contrôle de l'interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral, ZBGR 2009 S. 73 ff.; DANIELA BYLAND, Die Auslegung von Dienstbarkeiten, in Jusletter vom 8.9.2008; ROLAND PFÄFFLI, Das Bundesgericht und seine Praxis zum Dienstbarkeitsrecht, in Jusletter vom 22.1.2007.

¹⁶ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit, SJZ 2006 S. 6 ff.

nachbarlichen Erschliessungsdienstbarkeiten¹⁷. Denkbar ist auch die Begründung eines Nutzniessungsrechts oder eines Wohnrechts an einem Grundstück zu Gunsten eines Miterben.

Besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Einräumung einer Dienstbarkeit, wie dies beispielsweise beim Notwegrecht der Fall ist (Art. 694 ZGB), genügt bei einer rechtsgeschäftlichen (in der Praxis eher seltenen) Vereinbarung ebenfalls die Schriftlichkeit.

4. Vertragsabschluss¹⁸

Hinsichtlich des Vertragsabschlusses gilt folgende Regelung: Obschon Art. 13 OR vorschreibt, dass ein Vertrag nur von denjenigen Personen zu unterzeichnen ist, die durch ihn verpflichtet werden, wird hier die Meinung vertreten, der Dienstbarkeitsvertrag sei neben dem Belasteten auch vom Berechtigten zu unterzeichnen¹⁹. Einerseits muss beim Grundbucheintrag die Gewissheit über die Tatsache des Vertragsabschlusses vorhanden sein, andererseits hat ein Dienstbarkeitsberechtigter in der Regel auch gesetzliche Pflichten zu übernehmen²⁰. Dieses Erfordernis gilt übrigens auch beim Abschluss eines Vorkaufsvertrages; sowohl der Vorkaufsberechtigte wie auch der Vorkaufsbelastete haben den Vertrag zu unterzeichnen²¹.

5. Zur örtlich beschränkten Ausübung der Dienstbarkeit

Als beschränktes dingliches Recht belastet die Dienstbarkeit formell das gesamte Grundstück. Die Dienstbarkeit kann auch materiell das gesamte Grundstück belasten, beispielsweise bei einer Gewerbebeschränkung, welche die ganze Fläche des Grundstücks beschlägt.

Oft beschränkt sich jedoch die materielle Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks. Dies ist beispielsweise regelmässig dann der Fall, wenn ein Wegrecht eingeräumt wurde. Sofern die örtliche Lage (hier der Weg) im Rechtsgrundaussweis nicht genügend bestimmbar umschrieben wird, ist sie in einem Auszug des «Plans für das Grundbuch» zeichnerisch darzustellen²².

¹⁷ Vgl. dazu ausführlich ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, publiziert Langenthal 1999, S. 82 ff. mit Hinweisen.

¹⁸ Zu den objektiv wesentlichen Punkten eines Dienstbarkeitsvertrags vgl. ALFRED KOLLER, Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht unter besonderer Berücksichtigung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SJZ 2010 S. 214 f.

¹⁹ Anderer Meinung: MARTIN GERMANN, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Diss. Luzern 2008, publiziert Bern 2008, S. 87 f. Er weist allerdings darauf hin, dass eine weit überwiegende Mehrzahl angefragter Grundbuchämter der Kantone Luzern, Aargau und Zürich indes erklärt habe, dass die Unterschrift des berechtigten Grundeigentümers in der Praxis verlangt werde.

²⁰ Beispielsweise Unterhaltspflichten gemäss Art. 741 Abs. 1 ZGB.

²¹ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N. 72 zu Art. 681 ZGB.

²² Vgl. Art. 732 Abs. 2 ZGB.

6. Plan für das Grundbuch

a. Grundsatz

Dem Grundbuchamt muss gemäss Art. 732 Abs. 2 ZGB ein Auszug aus dem «Plan für das Grundbuch» eingereicht werden, sofern sich die Ausübung einer Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks beschränkt und die örtliche Lage im Dienstbarkeitsvertrag nicht genügend bestimmbar umschrieben ist.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 VAV²³ ist der «Plan für das Grundbuch» ein aus den Daten der amtlichen Vermessung erstellter analoger oder digitaler graphischer Auszug, der als Bestandteil des Grundbuchs die Liegenschaften sowie die flächenmässig ausgeschiedenen selbständigen und dauernden Rechte und Bergwerke abgrenzt; ihm kommen die Rechtswirkungen von Eintragungen im Grundbuch zu. In Art. 2 lit. f GBV wird ebenfalls auf diese Definition verwiesen.

b. Gerichtsfall im Kanton Luzern

In einem konkreten Fall aus dem Kanton Luzern wurde dem Grundbuchamt zwecks Errichtung eines Näherbaurechts ein Architektenplan als Grundlage eingereicht²⁴. Es stellte sich die Frage, ob dieser Architektenplan den Anforderungen von Art. 732 Abs. 2 ZGB genügt. Der Grundbuchverwalter verneinte dies und wies die Anmeldung ab²⁵. Er stützte sich auf das Informationsschreiben der «Leitung Gruppe Grundbuch» des Kantons Luzern vom 19. Dezember 2011. Gemäss diesem Schreiben gelten – nebst dem traditionellen Geometerplan (Format A4 oder A3) – auch ein Ausdruck aus dem kantonalen Internet-Grundstückinformationssystem «GRAVIS» sowie ein Auszug aus dem – jedermann zugänglichen – «Geoportal» im Internet (beide gestützt auf die Daten des Geometers) als «Plan für das Grundbuch».

Das Obergericht des Kantons Luzern schützte die Abweisungsverfügung des Grundbuchverwalters und anerkannte den Architektenplan somit nicht als Dienstbarkeitsplan²⁶. Das Gericht führt in seinen Erwägungen 4.1. bis 4.3. Folgendes aus:

«**4.1.** Aus dem klaren Gesetzestext – ZGB, GBV und VAV widersprechen sich gegenseitig nicht – geht hervor, dass der Plan für das Grundbuch aus den Daten der amtlichen Vermessung besteht. Der Plan des Geometers, der Plan im GRAVIS und derjenige im Geoportal erfüllen diese Voraussetzung. Der

²³ Verordnung über die amtliche Vermessung (SR 211.432.2).

²⁴ Teilweise übernommen von ROLAND PFÄFFLI/MASCHA SANTSCHI KALLAY, Bundesgericht: Ein Architektenplan ist kein Plan für das Grundbuch, in: cadastre, Fachzeitschrift für das schweizerische Katasterwesen, Nr. 11, April 2013, S. 14 f.; DIESELBEN, Örtlich beschränkte Ausübung von Dienstbarkeiten, in Jusletter vom 23.9.2013.

²⁵ Vgl. Abweisungsverfügung vom 7.2.2012.

²⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, 1. Abteilung, vom 10. Juli 2012.

Architektenplan tut dies hingegen nicht zwingend. Zwar lässt sich der Architekt wohl meist vom Geometer die Daten der amtlichen Vermessung digital zustellen. Der Sinn dahinter ist freilich, dass der Architekt diese Daten bearbeiten und mit seinem Bauprojekt ergänzen kann. Dementsprechend ist es dem Architekten (oder einem Dritten) hier möglich, die ursprünglichen Daten der amtlichen Vermessung – absichtlich oder unabsichtlich – zu verändern. Wird hingegen ein Ausdruck aus GRAVIS oder dem Geoportal getätigt, besteht diese Gefahr der Datenveränderung nicht.»

«**4.2.** Gemäss Art. 950 Abs. 1 ZGB erfolgt die Aufnahme und Beschreibung der einzelnen Grundstücke im Grundbuch auf der Grundlage der amtlichen Vermessung, namentlich eines Plans für das Grundbuch (vgl. auch Art. 17 lit. a und Art. 21 GBV). Die amtliche Vermessung hält als Bestandteil des Grundbuchs die genauen Grenzverläufe der Grundstücke fest. Dass die Daten der amtlichen Vermessung nicht – oder nur amtlich – verändert werden, ist vor allem deshalb wichtig, weil dem Plan für das Grundbuch die Rechtswirkungen von Grundbucheintragungen zukommen (Art. 7 Abs. 1 VAV letzter Satz). Demzufolge unterliegen (mindestens) die hier eingetragenen Grundstücksgrenzen den Wirkungen einer öffentlichen Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB (HEINZ REY, Basler Kommentar, 3. Auflage, Note 8 zu Art. 668 ZGB). Damit trägt die amtliche Vermessung einerseits zur Sicherung des Grundeigentums resp. zum Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bei. Sie stellt andererseits aber auch sicher, dass das Grundbuch seine Aufgaben wahrnehmen und der Rechtsverkehr mit Grundstücken gewährleistet werden kann (ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, 100 Jahre Amtliche Vermessung in der Schweiz, in Jusletter vom 14.05.2012, Rz. 1).»

«**4.3.** Grundbuchvermessungen dürfen denn auch nur an eidgenössisch patentierte Ingenieur-Geometer und an qualifizierte Vermessungsfachleute vergeben werden. Zudem bestellen die Kantone eine Vermessungsaufsicht unter der Leitung eines Ingenieur-Geometers mit eidgenössischem Patent. Die Oberaufsicht obliegt dem Bund (vgl. DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. Auflage, Zürich 2004, Noten 87 f. zu § 8). Daraus wird deutlich, dass die mit der Durchführung der amtlichen Vermessung betrauten Ingenieur-Geometer im öffentlichen Interesse eine hoheitliche Tätigkeit ausüben und in diesem Rahmen als Personen öffentlichen Glaubens zu betrachten sind (vgl. auch www.cadastre.ch, u.a. zum – dem Anwaltsregister ähnlichen – Geometerregister). Dies trifft auf den Architekten gerade nicht zu. Er ist rein privatrechtlich tätig.»

c. Bestätigung durch das Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat das Urteil des Luzerner Obergerichts bestätigt und festgehalten, dass ein privat erstellter Plan, wie beispielsweise ein Architektenplan, den Anforderungen von Art. 732 Abs. 2 ZGB nicht genügt²⁷.

d. Schlussbemerkungen

Wichtig ist, dass es sich beim «Plan für das Grundbuch» um einen aktuellen Plan des Nachführungsgeometers handelt, auf dem die Grundstücksgrenzen und Grundstücksnummern sichtbar sind. Dieser Plan kann im Original oder als ausgedruckte, unmittelbar auf den Daten des Geometers basierende Version eingereicht werden. Die Einzeichnung der Dienstbarkeit in diesem Plan muss nicht zwingend der Nachführungsgeometer vornehmen, da es sich bei dieser Einzeichnung um Angaben handelt, welche nicht im Vermessungswerk eingetragen werden. Deshalb genügt die geometrisch eindeutige Darstellung der Dienstbarkeit durch die Parteien²⁸.

Die zwingende Planbeilage zu einem Dienstbarkeitsvertrag hatte sich in der Praxis bereits vor der Gesetzesrevision vielerorts durchgesetzt (Beispiele: Die Justizdirektion des Kantons Bern erliess schon im Jahr 1982 eine entsprechende Weisung; im Kanton Waadt besteht diesbezüglich eine kantonale Gesetzesbestimmung)²⁹. Der einzureichende Plan bezweckt einerseits, dass bei der Auslegung der Dienstbarkeit Meinungsverschiedenheiten beseitigt werden können. Andererseits schafft er ideale Voraussetzungen für eine korrekte Bereinigung der Dienstbarkeit bei einer nachfolgenden Parzellierung des

²⁷ Vgl. Urteil Nr. 5A_593/2012 des Bundesgerichts vom 1.11.2012 = BGE 138 III 742 = ZBGR 2013 S. 276 mit redaktioneller Bemerkung von JÜRIG SCHMID S. 280 = Semjud. 2013 I S. 551 = JdT 2013 II S. 396 = DAVID HILL in «ius.focus» 2013 Heft 1 S. 3 = BETTINA HÜRLIMANN-KAUP in ZBJV 2014 S. 384 = ROLAND PFÄFFLI/MASCHA SANTSCHI KALLAY, in Geomatik Schweiz 2013 S. 114 = DIESELBEN (Fn. 24), in cadastre S. 14 = DIESELBEN (Fn. 24), Jusletter vom 23.9.2013 = JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG in Baurecht 2013 S. 130 = CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (dRSK), Was ist ein «Plan für das Grundbuch» im Sinne von Art. 732 Abs. 2 ZGB?, publiziert am 24.7.2013. Vgl. dazu auch MEINRAD HUSER, Darstellung von Grenzen zur Sicherung dinglicher Rechte, ZBGR 2013 S. 238.

²⁸ Vgl. Art. 70 Abs. 3 GBV.

²⁹ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommntar, N. 22 zu Art. 732 ZGB sowie N. 70 zu Art. 731 ZGB; Aus dem Verwaltungsbericht der Justizdirektion des Kantons Bern für das Jahr 1962, BN 1963 S. 193; ALFRED KELLENBERGER, Kreisschreiben Nr. 2 des Grundbuchamtes Bern vom 11.12.1969, BN 1970 S. 90 Ziffer 9; Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und der Grundbuchführung, Bern 1982, S. 26 f.; Art. 21 Abs. 3 Loi vaudoise sur le registre foncier, le cadastre et le système d'information sur le territoire; Entscheid Nr. 32.13-06.45 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 6.11.2006 = BN 2007 S. 69; Urteil Nr. 5A_641/2008 des Bundesgerichts vom 8.1.2009 Erw. 4.1 = ZBGR 2009 S. 308 Erw. 4.1.

belasteten oder berechtigten Grundstücks. Da bei einer Parzellierung stets ein Mutationsplan des Nachführungsgeometers vorliegt, kann anhand des Dienstbarkeitsplans die in Art. 974a ZGB geforderte Bereinigung der Dienstbarkeiten optimal vorgenommen werden.

Eine Dienstbarkeit muss durch den Errichtungsakt so bestimmt sein, dass sie nicht nur für die Vertragsparteien, sondern auch für Dritte – insbesondere für die Rechtsnachfolger der betroffenen Grundeigentümer sowie für die Inhaber anderer dinglicher Rechte – genügend umschrieben ist³⁰.

Wenn bereits bei der Grundbuchanmeldung eines Dienstbarkeitsvertrags der Wortlaut nicht mit dem Plan übereinstimmt, so sind die Formvorschriften nach Art. 732 ZGB nicht genügend eingehalten worden und der Grundbuchverwalter hat zur Vermeidung von künftigen Konflikten den Eintrag der angemeldeten Dienstbarkeit abzuweisen³¹.

7. Mehrere Dienstbarkeitsberechtigte³²

Sind mehrere Berechtigte gestützt auf dieselbe Dienstbarkeit an einer gemeinschaftlichen Vorrichtung beteiligt und ist nichts anderes vereinbart, so sind die für die Miteigentümer geltenden Regelungen sinngemäss anwendbar (Art. 740a Abs. 1 ZGB). Es ist demzufolge möglich, in solchen Fällen eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung gemäss Art. 647 Abs. 1 ZGB zu vereinbaren³³ und diese im Grundbuch anmerken zu lassen³⁴.

Zudem kann in öffentlicher Urkunde vereinbart werden, dass der Verzicht auf das Ausscheiden aus der Gemeinschaft der Dienstbarkeitsberechtigten für höchstens 30 Jahre ausgeschlossen ist (Art. 740a Abs. 2 ZGB). Eine solche Vereinbarung kann im Grundbuch vorgemerkt werden³⁵. Praktische Bedeutung:

³⁰ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 23 zu Art. 732 ZGB; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 2.3.1993 = AGVE 1993 S. 230 = Kurzfassung von ROLAND PFÄFFLI, BN 1994 S. 305 f. Ziffer 24.

³¹ Vgl. Verfügung des Departements der Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau, Abteilung Register und Personenstand, vom 7.2.2013. Hier ging es um ein Dienstbarkeitsrecht zur Erstellung, zum Betrieb und Fortbestand einer Niederspannungs-Kabelkabine und zur Verlegung der erforderlichen Kabelanlage. Im Dienstbarkeitsvertrag wurde festgehalten, dass die verlegten Kabelanlagen im Plan blau eingezeichnet seien. Auf dem Plan waren jedoch keine blau eingezeichneten Kabelanlagen ersichtlich, so dass der Grundbuchverwalter die Anmeldung zu Recht abgewiesen hat.

³² Vgl. dazu auch BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/PAUL-HENRI STEINAUER, Das neue Immobiliarsachenrecht – ein Überblick / Les nouveaux droits réels immobiliers - un aperçu, Baurecht 2010 S. 12.

³³ Vgl. Ziffer II/7 der Musterurkunde Nr. 651 der Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Langenthal 2019.

³⁴ In einem solchen Fall ist bei der Anmerkung darauf hinzuweisen, dass sich diese auf die entsprechende Dienstbarkeit bezieht.

³⁵ In einem solchen Fall ist bei der Vormerkung darauf hinzuweisen, dass sich diese auf die entsprechende Dienstbarkeit bezieht.

Grundsätzlich kann jeder Dienstbarkeitsberechtigte einseitig auf sein Recht verzichten³⁶. Damit kann er sich seiner Verpflichtungen zum Unterhalt einer Vorrichtung entledigen. Bei gemeinschaftlichen Vorrichtungen kann das dazu führen, dass eine auf die Bedürfnisse mehrerer berechtigter Grundstücke ausgerichtete Vorrichtung (z.B. gemeinschaftliche Heizanlage) nur noch von ein paar übrig gebliebenen Dienstbarkeitsberechtigten genutzt wird. Diese haben dann inskünftig die Unterhaltskosten für den Betrieb der nun überdimensionierten Anlage allein zu tragen, was als unbillig erscheint. Aus diesem Grund können die Dienstbarkeitsberechtigten untereinander vereinbaren, das Ausscheiden während einer bestimmten Dauer, höchstens aber 30 Jahren, zu unterlassen³⁷. Während dieser Zeit ist eine Löschung der Dienstbarkeit durch den Berechtigten nicht zulässig.

Auch wenn die Bestimmung von Art. 740a Abs. 1 ZGB von mehreren Berechtigten spricht, scheint es wohl möglich, dass diese Bestimmung auch auf folgenden Fall Anwendung findet³⁸:

A und B sind zwei Nachbarn und haben eine gemeinschaftliche Heizanlage, welche sich auf dem Grundstück des A befindet. Dem Eigentümer des Grundstücks B wurde ein dingliches Mitbenützungsrecht an der Heizanlage als Dienstbarkeit eingeräumt. In einem solchen Fall könnte man meines Erachtens eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung auf den Grundstücken A und B anmerken; demzufolge müsste man auch die Vormerkung für den Lösungsverzicht auf dem Grundstück B zulassen.

8. Nebensächliche Verpflichtungen³⁹

Eine Dienstbarkeit hat ein Dulden oder ein Unterlassen zum Inhalt (Art. 730 Abs. 1 ZGB). Eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen kann mit einer Dienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein (Art. 730 Abs. 2 ZGB). Gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB ist eine solche Verpflichtung für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks nur verbindlich, wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt. Die blosser Erwähnung in den Belegen (namentlich im Dienstbarkeitsvertrag) genügt nicht⁴⁰. Mit anderen Worten: Das

³⁶ Vgl. dazu Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.7.1978 = ZBJV 1980 S. 445 = ZBGR 1982 S. 227; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1.3.1984 = ZBGR 1985 S. 327.

³⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 27.6.2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007 S. 5311.

³⁸ Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Teilrevision des Sachenrecht: Erste Erfahrungen, ZBGR 2012 S. 378.

³⁹ Vgl. dazu auch BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 32), Baurecht 2010 S. 12.

⁴⁰ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 32), Baurecht 2010 S. 12.

Stichwort im Grundbuch muss diese Verpflichtung klar zum Ausdruck bringen⁴¹. Beispiel: «Benutzungsrecht mit Nebenleistungspflicht».

Die Bestimmung von Art. 730 Abs. 2 ZGB (in Kraft seit 1. Januar 2012) wurde gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid vom 11. Mai 1998⁴² erlassen. Hier ging es gemäss dem Grundbucheintrag (Stichwort) um ein «Zu- und Vonfahrtsrecht» in der Gemeinde Ringgenberg (Kanton Bern). Zudem wurde die Übernahme der Kosten an den Bau der Zufahrtsstrasse geregelt, was mit der Dienstbarkeit nebensächlich verbunden wurde, jedoch im Hauptbuch (Stichwort) nicht ersichtlich war. Demzufolge hatte diese Vereinbarung bloss obligationenrechtlichen Charakter (unter den Vertragsparteien) und entfaltete keine Bindung für den jeweiligen Eigentümer des betroffenen Grundstücks. Zudem hatte in diesem Fall der Dienstbarkeitsberechtigte die Nebenleistungspflicht zu leisten, was mit einer Dienstbarkeit im damaligen Recht nicht vereinbar war⁴³.

Durch die Gesetzesänderung ist es jetzt möglich, dass künftig (neben dem Dienstbarkeitsbelasteten) auch der Dienstbarkeitsberechtigte eine Nebenleistungspflicht übernehmen kann, welche – wenn im Grundbucheintrag (Stichwort) erwähnt – für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks verbindlich ist. Diese Aussage wird belegt durch die Formulierung von Art. 730 Abs. 2 ZGB, wo die Verbindlichkeit für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks ausdrücklich festgehalten wird⁴⁴.

Die zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Verpflichtungen bei der Begründung einer Dienstbarkeit, die nicht unter den Begriff der nebensächlichen Handlungen (Art. 730 Abs. 2 ZGB) fallen, gelten als Verpflichtungen persönlicher Natur, die nur die Vertragsparteien binden⁴⁵.

Nicht zu den Nebenleistungspflichten gehören die Vereinbarungen über die Tragung von Unterhaltslasten gemäss Art. 741 ZGB.

Übergangsrechtlich wird in Art. 21 Abs. 2 SchlT ZGB festgehalten, dass mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen, die vor dem 1.

⁴¹ Vgl. Ziffer II/7 der Musterurkunde Nr. 651 der Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Langenthal 2019.

⁴² Vgl. BGE 124 III 289 = BN 1999 S. 108 = ZBGR 1999 S. 197 mit kritischer redaktioneller Bemerkung von JÜRGEN SCHMID S. 200 = HEINZ REY in ZBJV 1999 S. 261 = JÖRG SCHMID in Baurecht 1999 S. 68 Nr. 89. Im Übrigen wird verwiesen auf die diesbezügliche Richtlinie des Eidgenössischen Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht vom 22.3.1999, ZBGR 1999 S. 204 = BN 1999 S. 112.

⁴³ Vgl. HEINZ REY, Berner Kommentar, N. 150 zu Art. 730 ZGB.

⁴⁴ Gleicher Meinung: DENIS PIOTET, *Traité de droit privé suisse*, Band V/2, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Basel 2012, N. 124; anderer Meinung: JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 349, N. 1206 mit Hinweisen auf alle Lehrmeinungen.

⁴⁵ Vgl. Urteil Nr. 5A_229/2010 des Bundesgerichts vom 7.7.2010 = ZBGR 2011 S. 205.

Januar 2012⁴⁶ im Grundbuch eingetragen wurden und sich nur aus den Grundbuchbelegen ergeben (ohne ausdrücklichen Eintrag im Grundbuch), gegenüber Dritten weiterhin geltend gemacht werden können, sofern sich diese in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen. Diese übergangsrechtliche Bestimmung ist gemäss ALFRED KOLLER nicht über alle Zweifel erhaben. Seines Erachtens «folgt aus Art. 738 und 973 Abs. 1 ZGB, dass eine nicht im Grundbuch aufscheinende positive Leistungspflicht einem Dritten de lege lata nur entgegengehalten werden kann, wenn er sie gekannt hat oder hätte kennen müssen. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, in die Belege Einsicht zu nehmen. Wer daher die Einsichtnahme in die Belege unterlässt, muss sich im Allgemeinen Diskrepanzen zwischen Dienstbarkeitsvertrag und Grundbucheintrag nicht entgegenhalten lassen»⁴⁷.

9. Unterhaltspflicht

Gehört zur Ausübung einer Dienstbarkeit eine Vorrichtung, so hat sie der Berechtigte zu unterhalten (Art. 741 Abs. 1 ZGB). Dient die Vorrichtung auch den Interessen des Belasteten, so tragen beide die Last des Unterhalts im Verhältnis ihrer Interessen (Art. 741 Abs. 2 ZGB). Diese Bestimmung ist durch einen weiteren Satz ergänzt worden (Art. 741 Abs. 2 ZGB), der wie folgt lautet: «Eine abweichende Vereinbarung ist für den Erwerber des berechtigten und den Erwerber des belasteten Grundstücks verbindlich, wenn sie sich aus den Belegen des Grundbuchs erschliessen lässt».

Mit anderen Worten: Eine von der gesetzlichen Kostenverteilung abweichende Vereinbarung über den Unterhalt einer Vorrichtung zur Ausübung einer Dienstbarkeit muss für die Verbindlichkeit gegenüber den jeweiligen Eigentümern der berechtigten bzw. belasteten Grundstücke ihren Niederschlag nicht im Grundbucheintrag (Stichwort), sondern in den Grundbuchbelegen haben. Dies im Unterschied zu den Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen, welche gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB mit einer Dienstbarkeit nebensächlich verbunden sind.

III. Zur Auslegung von Dienstbarkeiten

1. Grundsätze

Bei der Dienstbarkeitsausübung zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien stellen sich nicht oft Auslegungsfragen. Da eine Grunddienstbarkeit aber nicht nur den ursprünglichen Grundeigentümer belastet bzw. berechtigt, sondern bei

⁴⁶ Zeitpunkt der Inkrafttretung der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts.

⁴⁷ Vgl. ALFRED KOLLER, Dienstbarkeiten als Gegenstand von Nachbarstreitigkeiten, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2010 S. 354.

jeder Veräusserung des Grundstücks auch den jeweiligen Rechtsnachfolger, treten die Auslegungsschwierigkeiten in der Regel erst später auf⁴⁸.

Zur Vermeidung von Streitigkeiten sind deshalb beim Vertragsabschluss zwei Elemente zu beachten: Es ist einerseits anzustreben, dass im Dienstbarkeitsvertrag der Zweck der Dienstbarkeit genau umschrieben wird, wie dies BETTINA HÜRLIMANN-KAUP empfiehlt⁴⁹. Andererseits ist die örtliche Lage einer Dienstbarkeit in einem Plan zeichnerisch darzustellen, sofern sich die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil des Grundstücks bezieht und diese nicht genügend bestimmbar im Vertrag umschrieben werden kann (Art. 732 Abs. 2 ZGB)⁵⁰.

2. Gesetzliche Grundlagen

Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor.

Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Dieser wird mit einem Stichwort (beispielsweise «Wegrecht») zum Ausdruck gebracht wird⁵¹; zudem wird dort auf das Datum der Grundbucheintragung⁵², zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch⁵³, und auf die Belegstelle⁵⁴ verwiesen.

Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn der Eintrag unklar ist, darf «im Rahmen des Eintrags» auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Der Erwerbsgrund stellt das Verpflichtungsgeschäft dar, d.h. den Dienstbarkeitsvertrag, welcher den Inhalt der Dienstbarkeit im Detail umschreibt (sog. Wortlaut).

Ist auch der Erwerbsgrund (Wortlaut) nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit im Rahmen des Eintrags aus der Art ergeben, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Das Bundesgericht hält fest, dass die gesetzlich vorgegebene Reihenfolge der Auslegungsmittel beachtet werden muss und dass entgegen der Verwendung des Wortes «kann» in Art. 738 Abs. 2 ZGB diesbezüglich kein behördlicher Ermessensspielraum besteht⁵⁵.

Einschränkend muss erwähnt werden, dass bei der Auslegung der Dienstbarkeit im Verhältnis zwischen den Parteien, die den Dienstbarkeitsvertrag

⁴⁸ Vgl. dazu ROLAND PFÄFFLI (Fn. 15); DANIELA BYLAND (Fn. 15); ROLAND PFÄFFLI/MARIUS GFELLER, Dienstbarkeitsrecht: Verpflichten – Verfügen – Auslegen, BN 2009 S. 6 ff.

⁴⁹ Vgl. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 16), SJZ 2006 S. 6 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu die Botschaft (Fn. 37), BBl 2007 S. 5310 und S. 5350.

⁵¹ Zur formellen Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch vgl. Art. 98 GBV.

⁵² Vgl. Art. 98 Abs. 2 lit. g GBV.

⁵³ Vgl. Art. 972 Abs. 2 ZGB; Art. 89 Abs. 3 GBV.

⁵⁴ Vgl. Art. 98 Abs. 2 lit. h GBV.

⁵⁵ Vgl. Urteil Nr. 5A_264/2009 des Bundesgerichts vom 4.6.2009 Erw. 2.1.

abgeschlossen haben, nicht der Grundbucheintrag massgebend ist, sondern stets der Dienstbarkeitsvertrag schlechthin⁵⁶. Massgebend ist somit entsprechend den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien (Art. 18 OR). Kann dieser nicht ermittelt werden, ist der Vertrag «normativ, d.h. nach dem Vertrauensprinzip» auszulegen⁵⁷. Dieses besagt, dass eine Willenserklärung so auszulegen ist, wie sie von der andern Partei nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstanden werden durfte und musste. Hierfür ist primär vom Wortlaut des Vertragstextes auszugehen, wobei neben dem Gesamtzusammenhang insbesondere auch der Vertragszweck massgeblich ist⁵⁸.

Massgebend ist somit in erster Linie der Grundbucheintrag, welcher sich durch das Stichwort äussert. Das Stichwort wird vom Grundbuchamt festgelegt (Art. 98 Abs. 3 GBV)⁵⁹, wobei sich dieses an den Wortlaut der Dienstbarkeit zu halten hat. Eine zweckmässige Kürzung des Stichwortes (gegenüber dem Antrag) durch den Grundbuchverwalter ist daher zulässig. Beispielsweise genügt das Stichwort «Werkleitungen» für ein «Durchleitungsrecht für Wasser, Elektrizität und Gas»⁶⁰.

3. Zur Dauer von Dienstbarkeiten: Praktischer Fall

a. Sachverhalt

Im Jahre 1950 verkaufte eine Erbengemeinschaft, bestehend aus den Brüdern A, B und C, eine Liegenschaft (am Bühlplatz in Bern) an den Miterben A, wobei folgende Dienstbarkeitserrichtung vereinbart wurde:

«Der Mitverkäufer B behält sich auf Lebenszeit vor, und zwar für sich, seine Ehefrau D und seine beiden Kinder E und F das Wohnrecht in der Parterrewohnung im vorbeschriebenen Hause, bestehend aus drei Zimmern, Küche, Bad und übrige Dependenz, wie auch die Gartenbenützung. Dieses Recht ist als Dienstbarkeit ins Grundbuch einzutragen, wozu die Einwilligung erteilt wird.»

Im Grundbuch wurde folgende Dienstbarkeitslast eingetragen: «Wohnrecht zugunsten B, D, E und F».

In der Folge wurde vom Wohnrecht kein Gebrauch gemacht. Das Grundstück wurde im Jahre 1963 an X verkauft. Nach dem Tod von X wurde die

⁵⁶ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 23 zu Art. 738 ZGB; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 375, N. 1276; BGE 123 III 461 Erw. 2c = ZBGR 1999 S. 122 Erw. 2c = HEINZ REY in ZBJV 1998 S. 490.

⁵⁷ Vgl. BEAT ESCHMANN, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 51; MARTIN GERMANN (Fn. 19), S. 143 ff.

⁵⁸ Vgl. Urteil Nr. 5A_599/2013 des Bundesgerichts vom 14.4.2014, Erw. 4.3.

⁵⁹ Vgl. dazu auch MARTIN GERMANN (Fn. 19), S. 135 ff.

⁶⁰ Vgl. Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern (Fn. 29), S. 26.

Liegenschaft im Jahre 1988 von der Tochter von X aus dem Nachlass (Erbteilung) erworben.

Im Jahre 1995, zirka 45 Jahre nach der Begründung des Wohnrechts, zogen nun die Wohnberechtigten E und F (65 bzw. 67 Jahre alt) in Erwägung, in die Parterrewohnung einzuziehen und dort Wohnsitz zu begründen bzw. die Wohnung als Ferienwohnung zu benützen.

b. Streitgegenstand

Kann die Dienstbarkeit im Jahre 1995 noch ausgeübt werden oder führt die Nichtausübung einer Dienstbarkeit (während mehr als 45 Jahren) zum Untergang der Dienstbarkeit?

c. Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Ausübung des Wohnrechts nach wie vor möglich ist. Die Dienstbarkeit ist nicht untergegangen⁶¹.

d. Begründung

Aus dem Grundbucheintrag (Art. 738 Abs. 1 ZGB) ergibt sich deutlich, dass es sich um vier selbständige Wohnrechte zugunsten B, D, E und F handelt. Nachdem in Bezug auf die Dauer der Dienstbarkeit keine Vereinbarung getroffen wurde, endigt das Wohnrecht mit dem Tod des Berechtigten (Art. 776 Abs. 2 ZGB und Art. 776 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 749 Abs. 1 ZGB).

Im vorliegenden Fall wurde das Wohnrecht weder von den Berechtigten E und F noch von ihren Eltern (B und D) während 45 Jahren ausgeübt. Allein die Tatsache, dass eine Dienstbarkeit während längerer Zeit weder ausgeübt noch geltend gemacht wird und der Eigentümer insoweit den Besitz unbelastet geniessen kann, führt nicht «per se» zum Untergang der Dienstbarkeit (Versitzung). Nach schweizerischem Recht ist die Eigentumsfreiheitsersitzung ausgeschlossen⁶².

Im Übrigen ist es nicht rechtsmissbräuchlich, ein Wohnrecht während Jahrzehnten nicht auszuüben und sich erst gut 45 Jahre nach der Begründung auf dieses Recht zu berufen.

Das Bundesgericht hat bei der Auslegung auf den Grundbucheintrag abgestellt, da dieser zu keinen Zweifeln Anlass gab. Wenn die heutigen Eigentümer des

⁶¹ Urteil Nr. 5C.177/1997 des Bundesgerichts vom 19.11.1997 = BGE 123 III 461 = ZBGR 1999 S. 122 = BERNHARD SCHNYDER in Baurecht 1998 S. 58 Nr. 198 = HEINZ REY in ZBJV 1998 S. 490 = MARKUS FELBER in SJZ 1998 S. 89 = MARKUS FELBER in Steuer Revue 1998 S. 103. Das Bundesgericht hat dabei das Urteil Nr. I-0596/I/96 des Obergerichts des Kantons Bern vom 30.4.1997 bestätigt.

⁶² Vgl. BGE 95 II 605 = ZBGR 1971 S. 101 = PETER LIVER in ZBJV 1971 S. 92; BGE 62 II 135 = Praxis 1936 Nr. 173 = ZBGR 1956 S. 386 = THEO GUHL in ZBJV 1937 S. 544; PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 196 ff. zu Art. 734 ZGB.

Grundstücks einwenden, nur dem B sei ein eigenständiges bzw. auf Lebenszeit errichtetes Wohnrecht eingeräumt worden, hätte dies mit einer Grundbuchberichtigungsklage gerügt werden müssen (Art. 975 ZGB). Man hätte hier die Löschung oder Abänderung eines Grundbucheintrags verlangen müssen mit der Begründung, dass der Eintrag unter Berücksichtigung des Erwerbsgrundes ungerechtfertigt sei⁶³.

Im vorliegenden Fall wurde im Übrigen nicht abgeklärt, ob seinerzeit das Wohnrecht überhaupt rechtsgültig errichtet worden ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist für das Zustandekommen eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Der öffentlich beurkundete Wohnrechtsvertrag wurde von den Wohnberechtigten D, E und F nicht unterzeichnet. Bereits bei (zwingend) einfach schriftlichen Verträgen müssen alle, die sich verpflichten, den Vertrag unterzeichnen (Art. 13 Abs. 1 OR). Auch ein Wohnrechtsberechtigter hat (gesetzliche) Verpflichtungen, so dass seine Unterschrift in der öffentlichen Urkunde erforderlich ist.

e. Hinweis

In einem anderen Entscheid des Bundesgerichts⁶⁴ führt dieses im Zusammenhang mit der Nichtausübung eines Wegrechts (während über 70 Jahren) Folgendes aus:

«Allein die Tatsache, dass eine Dienstbarkeit während längerer Zeit weder ausgeübt noch geltend gemacht wird und der Eigentümer insoweit den Besitz unbelastet geniessen kann, führt nicht «per se» zum Untergang der Dienstbarkeit. Es trifft zwar zu, dass eine Verjährung der Dienstbarkeiten wegen Nichtausübung während zehn Jahren einst zur Diskussion stand. Die entsprechende Vorschrift wurde dann aber nicht Gesetz, sodass eine Verjährung der Dienstbarkeiten schlechthin ausgeschlossen ist.»

IV. Zur Löschung von Dienstbarkeiten

1. Allgemeine Grundsätze

Eine Dienstbarkeit dauert grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Dienstbarkeitslöschung im Grundbuch, welche durch eine schriftliche Erklärung seitens des Berechtigten erfolgt (Art. 964 Abs. 1 ZGB)⁶⁵. Es handelt sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Der belastete Eigentümer hat nicht mitzuwirken. Ein

⁶³ Vgl. auch PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 26 zu Art. 738 ZGB.

⁶⁴ Urteil Nr. 5A_478/2007 des Bundesgerichts vom 20.11.2007, Erw. 3.3.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen DAMIEN VENTURA, L'abandon d'un droit réel, Diss. Lausanne 2008.

Ausweis über den Rechtsgrund der Löschung muss gegenüber dem Grundbuchamt nicht vorgelegt werden⁶⁶.

Bestehen jedoch am berechtigten Grundstück weitere Rechte (z.B. Grundpfandrechte), die durch den Untergang der Dienstbarkeit beeinträchtigt werden, so ist für die Löschung ausserdem die Zustimmung dieser Personen erforderlich⁶⁷. Allerdings hat sich in der Praxis gezeigt, dass diesem Grundsatz wohl zu wenig Beachtung geschenkt wird. Diese Nichtbeachtung hat jedoch zu keinen bekannten Klagen Anlass gegeben.

Ein einseitiger Verzicht eines einzelnen Berechtigten auf eine Dienstbarkeit ist auch dann möglich, wenn mehrere Dienstbarkeitsberechtigte an einer gemeinschaftlichen Anlage beteiligt sind, es sei denn, der Verzicht wäre gemäss Art. 740a Abs. 2 ZGB für eine bestimmte Dauer ausgeschlossen worden⁶⁸.

Mit der Löschung im Grundbuch geht die Dienstbarkeit unter (Art. 734 ZGB). Ob eine Entschädigung bezahlt wird oder nicht, spielt für die Grundbuchführung keine Rolle.

Erwirbt der Dienstbarkeitsberechtigte das belastete Grundstück, so entsteht eine Eigentümerdienstbarkeit, und er kann die Dienstbarkeit im Grundbuch löschen lassen (Art. 735 Abs. 1 ZGB). Wird die Dienstbarkeit nicht gelöscht, so bleibt sie als dingliches Recht bestehen (Art. 735 Abs. 2 ZGB).

Nimmt das Grundbuchamt eine Löschung vor, ist dies (nach dem Vollzug im Grundbuch) dem belasteten Grundeigentümer mitzuteilen (Art. 969 ZGB), da es sich um eine Verfügung handelt, die ohne sein Wissen erfolgte. Für den wohl äusserst seltenen Fall, dass das Grundbuchamt eine solche Löschung zu Unrecht vorgenommen haben sollte, steht dem belasteten Grundeigentümer die unbefristete Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB) für eine Wiedereintragung offen.

⁶⁶ Vgl. JÜRIG SCHMID, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, N. 7 f. zu Art. 964 ZGB.

⁶⁷ Vgl. JÜRIG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 1), S. 389, N. 1300.

⁶⁸ Ein solcher Verzicht kann in öffentlicher Urkunde auf höchstens 30 Jahre vereinbart werden, wobei die Vereinbarung im Grundbuch vorgemerkt werden kann (Art. 740a Abs. 2 ZGB).

2. Löschung einer Dienstbarkeit gemäss Art. 736 ZGB⁶⁹

a. Gesetzliche Grundlage

Art. 736 ZGB

¹ *Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen.*

² *Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden.*

b. Ablösung der Dienstbarkeit mangels Interesses

Der Grundsatz der Klarheit und Richtigkeit des Grundbuches führt auch zum Schluss, dass Dienstbarkeiten, an denen kein Interesse mehr besteht, gestrichen werden sollen⁷⁰. Entsprechend kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks in solchen Fällen verlangen, dass eine bedeutungslos gewordene Dienstbarkeit im Grundbuch gelöscht wird. Wenn der Dienstbarkeitsberechtigte seine Zustimmung zur Löschung nicht erteilt, muss der Dienstbarkeitsbelastete gerichtlich vorgehen. Es handelt sich dabei um eine Gestaltungsklage mit konstitutiver Wirkung, welche (wenn sie erfolgreich ist) mit der Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch durch das Gericht endet. Diese einseitige Löschungsmöglichkeit durch den Belasteten stellt gleichsam ein Korrektiv zur grundsätzlich unbeschränkten Dauer der Dienstbarkeiten dar.

Unter dem Interesse für das berechtigte Grundstück bzw. dem Interesse der Berechtigten versteht die Rechtsprechung das Interesse des Eigentümers des berechtigten Grundstücks an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang, der sich aus Art. 738 ZGB ergibt. Demnach ist in erster Linie auf den Grundbucheintrag abzustellen. Ist der Eintrag nicht klar, ist auf den Erwerbsgrund (gemeint ist der Dienstbarkeitsvertrag als Begründungsakt) abzustellen. Soweit auch dieser nicht schlüssig ist, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist.

Konkret: Zwar ist im Dienstbarkeitsvertrag aus dem Jahr 1999 die Dienstbarkeit nur rudimentär umschrieben als „Parkplatzbenutzungsrecht“, dies mit der Begründung, dass es sich seinerzeit um eine Eigentümerdienstbarkeit handelte,

⁶⁹ Vgl. zum Ganzen MARIA CONSUELO ARGUL GROSSRIEDER, Les causes d'extinction des servitudes foncières, En particulier la perte d'utilité et ses conséquences sur l'existence formelle du droit, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005.

⁷⁰ Vgl. ETIENNE PETITPIERRE, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, N. 1 zu Art. 736 ZGB.

sodass auf die Erwähnung des effektiven Zweckes der Dienstbarkeit verzichtet wurde, da dieser bekannt war.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Zweck der Dienstbarkeit den Rechtsnachfolgern bestens bekannt war, insbesondere der Centerpark AG.

c. Rechtsanwendung zu Art. 736 Abs. 1 ZGB

Im Anwendungsbereich von Art. 736 Abs. 1 ZGB (einseitige Ablösung von Dienstbarkeiten durch das Gericht) können zwei Fälle unterschieden werden⁷¹:

- Eine Dienstbarkeit hat für den Eigentümer des berechtigten Grundstücks keinerlei Bedeutung mehr. Beispielsweise wenn bei einem dienstbarkeitsrechtlich geregelten Wasserbezug (Wasserbezugsrecht) die Quelle versiegt ist, oder wenn ein Grundstück, an welchem ein Weide- oder Beholzungsrecht bestanden hat, überbaut und in ein Wohnquartier einbezogen worden ist⁷². In beiden Fällen ist die Dienstbarkeit objektiv und endgültig unmöglich geworden.
- Eine Dienstbarkeit ist für den Eigentümer des berechtigten Grundstücks zwar noch von Interesse, allerdings entspricht dieses Interesse nicht der ursprünglichen Bedeutung der Dienstbarkeit (Prinzip der Identität der Dienstbarkeit⁷³). Beispielsweise bei einem Wegrecht, dessen Zweck darin bestand, den Zugang zu einem - mittlerweile abgerissenen - Schulhaus zu gewährleisten, und welches vom Berechtigten nun zur Erreichung eines Kaufladens genutzt wird⁷⁴.

Die Bestimmung von Art. 736 ZGB ist grundsätzlich auf alle Arten von Dienstbarkeiten anwendbar. Sie tritt jedoch hinter die Bestimmungen von Art. 734 ZGB (Untergang einer Grunddienstbarkeit) sowie Art. 976 ZGB (Löschung von Amtes wegen) und Art. 976a ZGB (Löschung wegen höchstwahrscheinlich keiner rechtlichen Bedeutung) in ihrer Anwendung zurück⁷⁵. Ist die Unmöglichkeit der Dienstbarkeitsausübung endgültig und unbestreitbar oder gar aus den Grundbuchplänen ersichtlich, bedarf es zur Löschung nicht der richterlichen Ablösung gemäss Art. 736 ZGB. Die Löschung kann in solchen Fällen im Verfahren nach Art. 976a ZGB erfolgen⁷⁶.

⁷¹ Einteilung gemäss MARIA CONSUELO ARGUL GROSSRIEDER, Comment se débarrasser d'une servitude foncière qui gêne und projet de construction?, in Baurecht 2005 S. 108 ff.

⁷² Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 16 zu Art. 736 ZGB.

⁷³ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 155 zu Art. 736 ZGB.

⁷⁴ Dies gilt umso mehr, wenn der Berechtigte auch deshalb am Wegrecht festhält, weil dieses eine Sperrwirkung gegenüber einem allfälligen Bauvorhaben auf dem Grundstück des belasteten Eigentümers entfaltet.

⁷⁵ Vgl. ETIENNE PETITPIERRE, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, N. 7 zu Art. 736 ZGB.

⁷⁶ Vgl. PETER LIVER, Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 736 ZGB.

d. Beispiele aus der aktuellen Gerichtspraxis (zu Art. 736 Abs. 1 ZGB)

Beispiel A

Im Kanton Waadt ersuchte der Dienstbarkeitsbelastete das Gericht, eine mit dem Stichwort «usage de bûcher» (bûcher = Schuppen zur Lagerung von Brennholz) im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit gemäss Art. 736 ZGB zu löschen, welche wie folgt umschrieben wurde: Cette servitude permet l'accès et l'usage d'un bûcher sis au rez-de-chaussée du bâtiment no 31 d'assurance-incendie, numéro 1, figuré par une teinte orange au plan ci-annexé. Konkret konnte der Belastete den Beweis nicht erbringen, dass die Dienstbarkeit für den Berechtigten alles Interesse verloren hatte, so dass die Löschung nicht verfügt werden konnte⁷⁷.

Für die Beurteilung, ob das Interesse im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren gegangen ist, muss vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit ausgegangen werden. Dieser besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Die Ausübung der Dienstbarkeit darf auch nicht auf einen zusätzlichen, mit dem ursprünglichen nicht identischen Zweck ausgeweitet werden. Fällt der ursprüngliche Zweck dahin, darf die Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Eigentümer des berechtigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand. Dabei bestimmt sich die Interessenlage des Eigentümers des berechtigten Grundstücks nach objektiven Kriterien⁷⁸.

Beispiel B

In einem anderen Fall aus dem Kanton Waadt darf gemäss einer Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück einzig ein Einfamilienhaus (en français: une villa) gebaut werden, welches eine bestimmte Höhenkote nicht überschreiten darf.

Der belastete Grundeigentümer möchte jedoch ein Gebäude mit drei Stockwerken mit insgesamt sechs Vier-Zimmer-Wohnungen und einer

⁷⁷ Vgl. Urteil Nr. 5A_527/2011 des Bundesgerichts vom 14.12.2011 = BETTINA HÜRLIMANN-KAUP in ZBJV 2013 S. 368 = URS FASEL, Sachenrecht, Entwicklungen 2011, Bern 2012, S. 73.

⁷⁸ Vgl. Urteil Nr. 5A_489/2010 des Bundesgerichts vom 6.12.2010 = ALFRED KOLLER, Sachenrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, S. 49.

unterirdischen Autoeinstellhalle für sieben Autos und für neun Zweiräder erstellen, was nach öffentlichem Recht zulässig ist.

Eine Löschung der Dienstbarkeit ist in einem solchen Fall gemäss Art. 736 ZGB nicht möglich, selbst dann nicht, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks eine Entschädigung anbietet⁷⁹.

Beispiel C

In einem Fall aus dem Kanton Luzern ging es um die Löschung eines Wegrechts. Obschon ein aktuelles Interesse am Wegrecht vorhanden war (die Eigentümer eines Anmerkungsgrundstücks mit Seeanstoss konnten ihr Grundstück nur über diesen Weg erreichen), wurde die Löschung (durch den Richter) vorgenommen, da der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit nicht identisch war mit der heutigen Ausübung. Zudem wurde die Dienstbarkeit seinerzeit bei einer Parzellierung zu Unrecht auf das berechnigte Grundstück übertragen⁸⁰.

Beispiel D

In einem Fall aus dem Kanton Tessin handelte es sich um zwei im Grundbuch mit dem Stichwort „Fusswegrecht“ eingetragene Dienstbarkeiten, welche auf Antrag des Belasteten gelöscht werden sollten. Es wurde geltend gemacht, dass zwischenzeitlich ein anderer Zugang zum berechtigten Grundstück errichtet worden sei. Dies allein genügt nicht, um den Lösungsanspruch gemäss Art. 736 ZGB geltend zu machen. Eine Löschung der beiden Dienstbarkeiten wäre allerdings dann erfolgreich, wenn es sich dabei um Legalservitute (Notwegrecht gemäss Art. 694 ZGB) handeln würde. Dies war jedoch vorliegend nicht der Fall⁸¹.

Beispiel E

In einem Fall aus dem Kanton Thurgau ging es um die Löschung eines Fahrwegrechts auf Antrag des Belasteten. Auch hier kam das Gericht zum

⁷⁹ Vgl. Urteil Nr. 5A_340/2013 des Bundesgerichts vom 27.8.2013 = PAUL-HENRI STEINAUER in Baurecht 2014 S. 137.

⁸⁰ Vgl. Urteil Nr. 5A_489/2010 des Bundesgerichts vom 6.12.2010 = ALFRED KOLLER, Sachenrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, S. 49.

⁸¹ Vgl. Urteil Nr. 5D_176/2015 des Bundesgerichts vom 21.11.2016 = La Semaine Judiciaire, Semjud. 2017 I S. 193.

Schluss, dass nach wie vor (auch nach dem Fällen eines Birnbaumes) ein fortbestehendes Interesse an der Ausübung der vertraglich vereinbarten Dienstbarkeit besteht⁸².

Beispiel F

In einem weiteren Fall ging es um ein «Fahrrecht für Haus- und Gutsgebrauch». Wenn ein Wegrecht für eine Liegenschaft über verschiedene hintereinander gelegene Grundstücke führt, auf dem einen oder anderen dieser Grundstücke die Dienstbarkeit aber nicht im Grundbuch eingetragen ist, dann ist das Wegrecht untergegangen. Die Unmöglichkeit, die Dienstbarkeit auszuüben, führt zum Verlust des Interesses für das berechnigte Grundstück. Allerdings ist dies gemäss der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 130 III 393 Erw. 5.1) nur dann der Fall, wenn ausgeschlossen werden kann, dass es durch Veränderung der Gegebenheiten wieder aufleben könnte. Ist ein Wiederaufleben des Interesses in naher Zukunft wahrscheinlich, kann die Löschung verweigert werden. Ein rein theoretisches, künftiges Interesse genügt freilich nicht⁸³.

Beispiel G

Im vorliegenden Fall handelte es sich um ein im Grundbuch mit dem Stichwort „Fuss- und Fahrwegrecht“ eingetragene Dienstbarkeit, welche auf Antrag des Belasteten gelöscht werden sollte. Es wurde geltend gemacht, dass zwischenzeitlich ein anderer Zugang zum berechtigten Grundstück errichtet worden sei. Dies allein genügt nicht, um den Lösungsanspruch gemäss Art. 736 ZGB geltend zu machen. Massgebend für die Auslegung der Dienstbarkeit ist die Stufenordnung gemäss Art. 738 ZGB. Persönliche Umstände und Motive der ursprünglichen Vertragsparteien (ausserhalb des Dienstbarkeitsvertrags) dürfen nicht berücksichtigt werden, sofern diese (wie im vorliegenden Fall) am Verfahren nicht beteiligt sind. Die Dienstbarkeit konnte somit nicht gelöscht werden⁸⁴. Eine Löschung der Dienstbarkeit wäre möglicherweise dann erfolgreich, wenn es sich dabei um ein Legalservitut (Notwegrecht gemäss Art. 694 ZGB) gehandelt hätte. Dies müsste allerdings aus dem Stichwort im

⁸² Vgl. Urteil Nr. 5A_924/2016 des Bundesgerichts vom 28.7.2017 = MARKUS FELBER in: Schweizerische Juristen-Zeitung SJZ 2017 S. 472 = PHILINE GETZMANN in: Weblaw, digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, dRSK, Löschung eines Wegrechts gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB, publiziert am 18.12.2017.

⁸³ Vgl. Urteil Nr. 5A_158/2016 des Bundesgerichts vom 1.11.2016 = KEVIN P. MACCABE in «ius.focus» 2016 Heft 12 S. 5.

⁸⁴ Vgl. Urteil Nr. 5A_372/2017 des Bundesgerichts vom 2.11.2017 = La Semaine Judiciaire, Semjud. 2018 I S. 205 = Cahier des droits réels et de la propriété 2018 S. 16 = SOPHIA ROVELLI in «ius.focus» 2018 Heft 3 S. 4 = PAUL-HENRI STEINAUER in Baurecht 2018 S. 193.

Grundbuch ausdrücklich hervorgehen. Es wird zudem auf einen ähnlichen Fall verwiesen⁸⁵.

Beispiel H

In einem anderen Fall wurde die Löschung einer Dienstbarkeit mit dem Stichwort «unentgeltliches Benützungsrecht des Parkplatzes» durch das Gericht gemäss Art. 736 ZGB angeordnet. Der berechtigte Grundeigentümer wollte die Parkplätze nicht (mehr) bloss benutzen, was dem Wortlaut entsprach. Er wollte die Parkplätze bewirtschaften und damit auch weiteren Grundeigentümern zugänglich machen, was praktisch einem Nutzniessungsrecht entsprach. Nach den Prinzipien der Typengebundenheit und der Typenfixierung kann eine Dienstbarkeit, die ihrem Inhalt nach eine Nutzniessung darstellt, nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein. Es spielt dabei keine Rolle, dass eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung hinsichtlich der Parkplätze auf dem dienstbarkeitsberechtigten Grundstück im Grundbuch angemerkt ist, wonach die fraglichen Parkplätze als Besucherparkplätze für ein «fremdes» Grundstück dienen müssen⁸⁶.

e. Rechtsanwendung zu Art. 736 Abs. 2 ZGB

Gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB kann der Dienstbarkeitsberechtigte die (gerichtliche) Ablösung der Dienstbarkeit verlangen, wenn ein Missverhältnis zwischen Interesse und Belastung eintritt, welches die Fortdauer der Dienstbarkeit nicht mehr zu rechtfertigen vermag⁸⁷. Das Missverhältnis kann sich aus der Abnahme des Interesses beim Berechtigten oder der Zunahme der Einschränkung des Belasteten ergeben⁸⁸.

Als Beispiel dient das zugunsten einer vier Aren fassenden Liegenschaft bestehende Bauverbot, durch welches ein mehrere Hektaren grosses Grundstück überbauungsunfähig gemacht ist. Ist ein Grundstück mit einem Bauverbot belastet, obwohl sich das (aktuelle) Interesse des Berechtigten, z.B. an freier Seesicht, auch mit einer Baubeschränkung erreichen liesse, rechtfertigt sich und genügt die teilweise Aufhebung der Dienstbarkeit, d.h. deren Einschränkung auf

⁸⁵ Vgl. Urteil Nr. 5D_176/2015 des Bundesgerichts vom 21.11.2016 = La Semaine Judiciaire, Semjud. 2017 I S. 193.

⁸⁶ Vgl. Urteil Nr. 5A_698/2017 des Bundesgerichts vom 7.3.2018 = 144 III 88 = CHRISTINA R. KÄMPF in „ius.focus“ 2018 Heft 4 S. 4.

⁸⁷ Vgl. ETIENNE PETITPIERRE, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, N. 18 zu Art. 736 ZGB.

⁸⁸ Vgl. MARIA CONSUELO ARGUL GROSSRIEDER (Fussnote 71), S. 110 mit Verweis auf das Urteil Nr. 5C.287/2001 des Bundesgerichts vom 15.1.2002.

das wirkliche Interesse des Berechtigten⁸⁹. Wenn die Umstände es rechtfertigen, kann der Richter anstelle der Ablösung der Dienstbarkeit auf blosser Verlegung der Ausübung erkennen⁹⁰.

Erkennt der Richter auf Ablösung der Dienstbarkeit gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB, so hat der Belastete - im Gegensatz zur unentgeltlichen Ablösung gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB - dem Berechtigten eine an dessen (noch bestehendem) Interesse gemessene Entschädigung zu bezahlen. Ob dem richterlichen Urteil konstitutive Wirkung zukommt, ist in der Lehre umstritten⁹¹. In jedem Fall wird das Gericht den Grundbuchverwalter anweisen, die Löschung (oder Verlegung) der Dienstbarkeit im Grundbuch zu vollziehen.

Aktueller Fall aus dem Bundesgericht: Im vorliegenden Fall ging es um ein jederzeit ungehindertes Fuss- und Fahrwegrecht aus dem Jahr 1927, wobei die belasteten Strecken in einem Situationsplan koloriert dargestellt wurden. Der belastete Grundeigentümer erstellte später fünf Parkplätze auf seinem Grundstück, wobei sich zwei Parkplätze ganz und ein Parkplatz teilweise innerhalb der eingezeichneten Flächen befinden.

Gemäss der Auslegung der Dienstbarkeit war klar, dass die Dienstbarkeit nicht mehr vertragsgemäss ausgeübt werden konnte. Dem Belasteten wurde deshalb untersagt, die für das Fuss- und Fahrwegrecht bestimmten Flächen als Parkplätze zu nutzen und die angebrachten Parkplatzmarkierungen zu entfernen. Seine Widerklage auf Ablösung der Dienstbarkeit gemäss Art. 736 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZGB wurde abgewiesen, da der nicht nachweisen konnte, dass die Dienstbarkeit alles bzw. fast alles Interesse verloren habe⁹².

3. Löschung einer Dienstbarkeit gemäss Art. 976 und 976a ZGB

In vier bestimmten Fällen kann das Grundbuchamt gemäss Art. 976 ZGB einen Eintrag, somit auch eine Dienstbarkeit, von Amtes wegen löschen. Beispielsweise wenn die Dienstbarkeit zeitlich befristet ist und die Frist abgelaufen ist.

Andererseits kann gemäss Art. 976a ZGB dem Grundbuchamt ein Antrag um Löschung einer Dienstbarkeit gestellt werden, sofern diese höchstwahrscheinlich keine rechtliche Bedeutung mehr hat. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Dienstbarkeit nach den Belegen oder den Umständen das belastete Grundstück nicht betrifft. Das Verfahren richtet sich in solchen Fällen nach den Bestimmungen von Art. 976b ZGB

⁸⁹ Vgl. HANS LEEMANN, Berner Kommentar, N. 10 zu Art. 736 ZGB.

⁹⁰ Vgl. HANS LEEMANN, Berner Kommentar, N. 11 zu Art. 736 ZGB, mit Verweis auf Art. 742 ZGB.

⁹¹ Vgl. ETIENNE PETITPIERRE, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, N. 23 zu Art. 736 ZGB.

⁹² Vgl. Urteil Nr. 5A_770/2017 des Bundesgerichts vom 24.5.2018.

4. Verlegung einer Dienstbarkeit (Art. 742 ZGB)

Anstelle einer Löschung kann auch eine Verlegung einer Dienstbarkeit ins Auge gefasst werden. Hier hat der Belastete, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Möglichkeit die Verlegung der Dienstbarkeit auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen (Art. 742 Abs. 1 ZGB).

V. Ablösung von Dienstbarkeiten durch das öffentlichen Recht

Die Kantone treffen in Zusammenarbeit mit den Gemeinden Massnahmen zur Baulandmobilisierung (Art. 15a RPG).

In den Baugesetzen des Kantons Bern, Genf und Luzern können Dienstbarkeiten im Rahmen einer gesamthaften Interessenabwägung aufgehoben oder geändert werden. Solche Lösungsverfahren werden in der Regel sinngemäss nach den Bestimmungen des Enteignungsrechts abgewickelt. Der Berechtigte ist somit angemessen zu entschädigen.

Im Kanton Zürich ist dies auch möglich, allerdings nicht im Einzelfall, sondern nur im Quartierplanverfahren.

Fazit: Es ist allenfalls auch möglich, Dienstbarkeiten in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren zu löschen oder abzuändern. Dies bedarf jedoch einer gesetzlichen (kantonalen) Grundlage. Es gibt dazu wenig Rechtsprechung.

Literaturhinweis: Zur ganzen Problematik wird verwiesen auf die Ausführungen von URS HOFSTETTER-ARNET/DOMINO HOFSTETTER/STEFAN MUNDHAAS in der Schweizerischen Juristen-Zeitung, SJZ 2019 S. 335 ff., insbesondere S. 341 ff.