

Magister

Katja Kunz

Nebensächliche Verpflichtungen bei Dienstbarkeiten

ISBN 978-3-03916-298-7

Editions Weblaw
Bern 2025

Zitievorschlag:

Katja Kunz,

Nebensächliche Verpflichtungen bei Dienstbarkeiten,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025

**Nebensächliche Verpflichtungen
bei Dienstbarkeiten**

Masterarbeit

Betreut von: Dr. iur. Yannick Minnig

Verfasst von: Katja Kunz
Bachelor of Law Universität Freiburg
Matrikelnummer: [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
katja.kunz@students.unibe.ch

Eingereicht am: 23. Dezember 2024

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis..... **III**

Abkürzungsverzeichnis..... **VIII**

I. Einleitung..... **1**

1. Nutzung eines Grundstücks durch Dritte	1
2. Dienstbarkeiten.....	2
2.1. Arten.....	2
2.2. Materieller Inhalt.....	3
2.3. Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen.....	6
3. Realobligation	6

II. Rechtliche Natur der positiven Leistungspflicht..... **8**

1. Vertragliches Rechtsverhältnis.....	8
2. Realobligation	9
2.1. Subjektiv-dingliche Verknüpfung	9
2.2. Grundbucheintrag.....	10
2.2.1. Bedürfnis nach Publizität	10
2.2.2. Ergänzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB	11
2.2.3. Übergangsbestimmung.....	13
2.3. Wirkung.....	15
3. Nebenrecht	16
4. Errichtung	16
5. Fazit.....	17

III. Schuldner*in der nebensächlichen Verpflichtung..... **17**

1. Erste Lehrmeinung: nur Dienstbarkeitsbelastete.....	18
2. Zweite Lehrmeinung: Dienstbarkeitsbelastete und -berechtigte	23
3. Aus der Praxis	26
4. Fazit.....	28

IV. Inhalt einer nebensächlichen Verpflichtung **29**

1. Nebensächlichkeit	29
----------------------------	----

1.1. Voraussetzungen	29
1.1.1. Nebensächliche Bedeutung nach dem Inhalt	29
1.1.2. Nebensächliche Bedeutung nach dem Umfang.....	29
1.2. Folgen der fehlenden Nebensächlichkeit	31
1.2.1. Ursprünglich fehlende Nebensächlichkeit	31
1.2.2. Nachträglich fehlende Nebensächlichkeit	34
2. Materieller Inhalt.....	34
3. Abgrenzung zur Unterhaltspflicht nach Art. 741 ZGB	36
3.1. Unterhalt.....	38
3.2. Dienstbarkeitsvorrichtungen	40
3.3. Rechtsnatur.....	41
4. Aus der Praxis	43
4.1. Nebenleistungspflicht bejaht	43
4.2. Nebenleistungspflicht verneint.....	45
5. Fazit	47
V. Resümee.....	47
VI. Erklärung gemäss Art. 42 Abs. 2 RSL RW.....	51

Literaturverzeichnis

DESCHENAUX HENRI: Das Grundbuch, Zweite Abteilung, Band V, Dritter Teilband, in: von Greyerz Christoph/Gutzwiller Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Piotet Paul/Secrétan Roger/von Steiger Werner/Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (Basel 1989)

GALLAND CYRIL: Le contenu des servitudes foncières (Diss. Freiburg 2012, Genf et. al. 2013)

Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB (7. Auflage Basel 2023) (zit. BSK-BEARBEITER*IN, Art., N.)

GÖKSU TARKAN: Kommentare zu den Art. 730 und 741 ZGB, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB (4. Auflage Zürich 2023)

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA/EGGEL MARTIN: Sachenrecht (6. Auflage Bern 2023)

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/STEINAUER PAUL-HENRI: Das neue Immobiliarsachenrecht – ein Überblick/Les nouveaux droits réels immobiliers – un aperçu, BR 2010, S. 10 ff.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht, Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts – Les servitudes et les cédules hypothécaires, à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (Zürich et. al. 2012) S. 25 ff. (zit. HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S.)

DIESELBE: Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten, in: Wolf Stephan (Hrsg.), INR 16, Dienstbarkeiten im Wandel – von «Weg und Steg» zum Energie-Contracting (Bern 2014) S. 49 ff. (zit. HÜRLIMANN-KAUP, Schranken, S.)

JEANDIN ETIENNE: Les dispositions relatives aux servitudes et au droit de superficie, in: Foëx Bénédict (Hrsg.), CG, La réforme des droits réels immobiliers (Zürich 2012) S. 53 ff.

JOST ARTHUR: Die Realobligation als Rechtsinstitut (Bern 1956)

KOLLER ALFRED: Dienstbarkeiten als Gegenstand von Nachbarstreitigkeiten, AJP 2010, S. 353 ff.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.): OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (4. Auflage Zürich 2021) (zit. OFK-BEARBEITER*IN, Art., N.)

LEEMANN HANS: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918 ZGB (Bern 1925)

LIVER PETER: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792), 1. Band: Die Grunddienstbarkeiten:

- Zürcher Kommentar (2. Auflage Zürich 1980) (zit. ZK-LIVER, Art., N.)
- Zürcher Kommentar (Zürich 1968) (zit. ZK-LIVER 1968, Art., N.)

DERSELBE: Die Realobligation, ZBGR 43/1962, S. 257 ff. (zit. LIVER, Realobligation, S.)

DERSELBE: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1980, ZBJV 118/1982, S. 113 ff. (zit. LIVER, Rechtsprechung 1998, S.)

LORENZI PATRIZIA/GURTNER PETER: Die dingliche Absicherung von Energieversorgungs- und Contractinganlagen, in: Wolf Stephan (Hrsg.), INR 16, Dienstbarkeiten im Wandel – von «Weg und Steg» zum Energie-Contracting (Bern 2014) S. 133 ff.

MEIER-HAYOZ ARTHUR: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum:

- 1. Teilband: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB (5. Auflage Bern 1981)
- 2. Teilband: Grundeigentum I, Artikel 655-679 ZGB (3. Auflage Bern 1964)

NEUENSCHWANDER URS: Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts (Diss. Bern 1965, Zürich 1966)

PFÄFFLI ROLAND/BYLAND DANIELA: Zur Revision des Immobiliarsachenrechts, SJZ 2011, S. 225 ff.

PFÄFFLI ROLAND: Dienstbarkeiten: Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens, ZBGR 91/2010, S. 357 ff. (zit. PFÄFFLI, Neuerungen 2010, S.)

DERSELBE: Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), INR 12, Revision des Immobiliarsachenrechts (Bern 2011) S. 109 ff. (zit. PFÄFFLI, Neuerungen 2011, S.)

DERSELBE: Errichtung, Auslegung und Löschung von Dienstbarkeiten, in: Wolf Stephan (Hrsg.), INR 16, Dienstbarkeiten im Wandel – von «Weg und Steg» zum Energie-Contracting (Bern 2014) S. 1 ff. (zit. PFÄFFLI, Dienstbarkeiten, S.)

Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédic/Piotet Denis (Hrsg.): Commentaire romand, Code civil II, art. 457-977 CC, art. 1-61 Tit. fin. CC (2. Auflage Basel 2016) (zit. CR-BEARBEITER*IN, Art., N.)

PIOTET DENIS: in: Chappuis Christine/Girsberger Daniel/Hofer Sibylle/Kunz Peter V./Sutter-Somm Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen, die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Band V, 2. Teilband, Schweizerisches Privatrecht (Basel 2022)

REY HEINZ: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband: Die Grunddienstbarkeiten, Lieferung 1: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB (2. Auflage Bern 1981) (zit. BK-REY, Art., N.)

DERSELBE: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts veröffentlicht im Jahre 1998, ZBJV 135/1999, S. 257 ff. (zit. REY, Rechtsprechung, S.)

RIEMER HANS MICHAEL: Die beschränkten dinglichen Rechte (Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II), Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten (2. Auflage Bern 2000)

RUSCH ARNOLD F.: Der Inhalt von Dienstbarkeiten – Gewerbebeschränkungen, Immissionsschutz, Nebenverpflichtungen und Unterhalt, in: Schmid Jörg (Hrsg.), LBR 115, Dienstbarkeiten (Zürich 2017) S. 1 ff.

SCHMID JÖRG/BUTTLIGER DOMINIC: Zwei Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht: Prägungsformel und nebensächliche Verpflichtungen, ZBJV 153/2017, S. 116 ff.

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: Sachenrecht (6. Auflage Zürich et. al. 2022)

SCHMID JÖRG: Besprechung von BGE 124 III 289, BR 1999, S. 68 (zit. SCHMID, Besprechung, S.)

SCHMID JÜRG: Dienstbarkeiten im Wandel, ZBGR 84/2003, S. 269 ff. (zit. SCHMID, Wandel, S.)

DERSELBE: Das Dienstbarkeitsrecht im Lichte der Revision des Immobiliarsachenrechts, ZBGR 93/2012, S. 154 ff. (zit. SCHMID, Revision, S.)

SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA: Kommentare zu den Art. 730 und 741 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB (2. Auflage Basel 2018)

SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS: Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte (Basel 1990)

STEINAUER PAUL-HENRI: Les droits réels:

- Tome I, Introduction à l'étude des droits réels/Possession et registre foncier/Dispositions générales sur la propriété/Propriété par étages (6. Auflage Bern 2019) (zit. STEINAUER I, N.)
- Tome II, Propriété foncière/Propriété mobilière/Généralités sur les droits réels limités/Servitudes foncières (5. Auflage Bern 2020) (zit. STEINAUER II, N.)

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (15. Auflage Zürich et. al. 2023) (zit. TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, §, N.)

WERMELINGER AMÉDÉO/PFÄFFLI ROLAND: Nebensächliche Verpflichtungen und Unterhaltslasten im Dienstbarkeitsrecht – Ist der Berechtigte fein raus?, ZBGR 103/2022, S. 5 ff.

WIELAND CARL: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar (Zürich 1909)

Die aufgeführten Autor*innen werden, wo nicht anders angegeben, mit ihren Nachnamen und mit Randnote, Paragraf, Seitenzahl und/oder Fussnote der Fundstelle zitiert. Bei Kommentaren sind ebenfalls die kommentierten Artikel angegeben.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	andere Meinung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel (französisch: art.)
BB1	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BN	Der bernische Notar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BR	Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
bzw.	beziehungsweise
CG	Collection genevoise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CR	Commentaire Romand
Diss.	Dissertation
DIJ	Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern
Dr. iur.	Doktor iuris
E.	Erwägung
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
et al.	et alii
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fussnote
GE	Genf
GR	Graubünden
Hrsg.	Herausgeber*in/nen
i.S.	im Sinne
inkl.	inklusive

INR	Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern
KUKO	Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch
LBLR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
lit.	litera
LU	Luzern
N.	Note/Noten
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Pra	Die Praxis
resp.	respektive
RSL RW	Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern (Studienreglement RW) vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und 22. Mai 2014
S.	Seite/Seiten
SG	Sankt Gallen
SchlT	Schlusstitel (französisch: Tit. fin.)
SH	Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
TG	Thurgau
u.a.	unter anderem
VD	Waadt
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB [französisch: CC]; SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer/Ziffern
ZK	Zürcher Kommentar
zit.	zitiert

I. Einleitung

1. Nutzung eines Grundstücks durch Dritte

Wollen Eigentümer*innen ihre Grundstücke nicht allein nutzen, bieten sich ihnen unterschiedliche Möglichkeiten der Nutzungsüberlassung an Dritte:

- Erlaubt jemand die Nutzung seiner/ihrer eigenen Sache auf Zusehen hin und mit dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs, handelt es sich um eine *prekaristische Gestattung*.¹ Diese beruht nicht auf einem Vertrag.²
- In einem *obligatorischen Rechtsverhältnis* können sich die Vertragsparteien über die Nutzung einer Sache einigen; so geniessen namentlich Mieter*innen ein Nutzungsrecht am Vertragsobjekt, das sich einzig gegen die Vermieter*innen als Vertragspartner*in richtet.³ Art. 959 Abs. 1 ZGB erlaubt, dass persönliche Rechte, deren Vormerkung das Gesetz ausdrücklich vorsieht, im Grundbuch eingetragen werden können. Dadurch lässt sich das obligatorische Recht verstärken, indem es «Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte» erhält (Art. 959 Abs. 2 ZGB).⁴
- Durch die Einräumung eines *beschränkten dinglichen*⁵ Gebrauchs-/Nutzungsrechts erhalten die Sachnutzer*innen – vom dinglichen Vollrecht (dem Eigentum) abgesehen – die stärkste Rechtsstellung.⁶ Dingliche Rechte sind absolute Rechte und gelten *erga omnes*, sie richten sich also gegen jede/n (ausser gegen die Inhaber*innen) und jedermann muss sie beachten.⁷ Inhaber*innen von beschränkten dinglichen Rechten ist es möglich, ihr Recht im Rahmen ihrer Herrschaftsbefugnis sogar

¹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 59.

² BGer Urteil 5A_710/2013 vom 17. Februar 2014 E. 4.3.

³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1203.

⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1204.

⁵ Die Beschränkung bezieht sich auf die Berechtigung/den Inhalt der Herrschaft und nicht auf die dingliche Wirkung (STEINAUER II, N. 3216; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, § 104, Fn. 1; WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 6).

⁶ OFK-KÄHR, Art. 730, N. 3; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1205; PIOTET, N. 3.

⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 18; ZK-WIELAND, Art. 730, S. 203; CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 2; PIOTET, N. 1 und 71; zur Wirkung von absoluten Rechten auch BGE 114 II 91 E. 4.a.aa S. 97.

gegen die Eigentümer*innen einer Sache durchzusetzen.⁸ Als subjektive Rechte verleihen sie dem einzelnen Rechtssubjekt Rechtsmacht.⁹

Hauptanwendungsfall der beschränkten dinglichen Nutzungsrechte sind die Dienstbarkeiten.¹⁰ Sie vermitteln den Berechtigten die Befugnis, eine Sache in bestimmter Hinsicht unmittelbar zu nutzen und zu gebrauchen.¹¹ Im nachbarrechtlichen Verhältnis wird damit der Mangel auf der einen Seite und der Überfluss auf der anderen Seite ausgeglichen: Fehlt Grundeigentümer*innen zur richtigen Nutzung ihrer Liegenschaft bspw. ein Weg als Zugang, erhalten sie diesen von den Nachbar*innen durch Belastung deren Grundstücks.¹²

Zwar enthält die vorliegende Arbeit einen knappen Abriss über Dienstbarkeiten und deren mögliche Ausgestaltung (Ziff. 2), der Fokus richtet sich jedoch auf die Verpflichtungen, die nebensächlich mit einer Dienstbarkeit verbunden sein können: untersucht wird deren Rechtsnatur (Ziff. II), wer diese überhaupt eingehen kann (Ziff. III) und was inhaltlich zugelassen ist (Ziff. IV).

2. Dienstbarkeiten

2.1. Arten

Die Dienstbarkeiten werden hinsichtlich Begünstigung in Grund- und Personaldienstbarkeiten unterschieden: Wird auf dem belasteten Grundstück (auch als dienendes Grundstück *[praedium serviens]*¹³ bezeichnet) zu Gunsten der jeweiligen Eigentümer*innen eines anderen (herrschenden) Grundstücks (*praedium dominans*)¹⁴ eine Dienstbarkeit errichtet, handelt es sich dabei um eine *Grunddienstbarkeit*.¹⁵ Das ZGB

⁸ OFK-KÄHR, Art. 730, N. 3; STEINAUER II, N. 3433.

⁹ RIEMER, § 3, N. 1.

¹⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1205; SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 1.

¹¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1200; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, § 88, N. 6; PIOTET, N. 3 und 71 (mit der Erläuterung, dass unter «gebrauchen und nutzen» einer Sache im weitesten Sinn verstanden wird, dass irgendein Vorteil oder Nutzen aus ihr gezogen werden kann).

¹² PFÄFFLI, Neuerungen 2010, S. 357.

¹³ BK-LEEMANN, Art. 730, N. 1; BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 1.

¹⁴ BK-LEEMANN, Art. 730, N. 1; BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 1.

¹⁵ BGE 108 II 39 E. 3.b S. 42; ZK-LIVER, Art. 730, N. 2 und 32; RIEMER, § 10, N. 14, und PIOTET, N. 76, bezeichnen die Grunddienstbarkeiten auch als Real- oder Prädaldienstbarkeiten.

behandelt die Grunddienstbarkeiten in den Art. 730 bis 744. Bei einer *Personaldienstbarkeit* wird hingegen ein dienendes Grundstück zu Gunsten mindestens einer individuell bestimmten (natürlichen oder juristischen, privat- oder öffentlich-rechtlichen)¹⁶ Person belastet, ein herrschendes Grundstück fehlt.¹⁷ Das ZGB äussert sind in den Art. 745 bis 781 zu den Personaldienstbarkeiten (unter der Abschnittsüberschrift «Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten»).¹⁸

Mangels eines allgemeinen Teils über die Dienstbarkeiten im ZGB sind die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten (Art. 730 bis 744 ZGB) grundsätzlich ebenfalls für alle Personaldienstbarkeiten heranzuziehen, auch wenn Art. 781 Abs. 3 ZGB diesen Verweis lediglich für die «anderen Dienstbarkeiten» macht.¹⁹ Die Art. 730 bis 744 ZGB dürfen als eine Art «allgemeiner Teil» für alle Dienstbarkeiten betrachtet werden.²⁰

Ferner werden die Dienstbarkeiten von Lehre und Rechtsprechung auch hinsichtlich ihres Inhalts in *positive/affirmative Dienstbarkeiten* und *negative Dienstbarkeiten* unterschieden (vgl. Ziff. 2.2 sogleich).²¹

2.2. Materieller Inhalt

Jede Dienstbarkeit hat entweder ein *Dulden* oder ein *Unterlassen* zum Inhalt.²² Sie begründet damit eine *negative Leistungspflicht* für die Eigentümer*innen des mit

¹⁶ PIOTET, N. 76.

¹⁷ BGE 108 II 39 E. 3.b S. 42; ZK-LIVER, Art. 730, N. 2; CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 13; SCHMID, Wandel, S. 270; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1213.

¹⁸ PIOTET, N. 76; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, § 107, N. 3 f.

¹⁹ BGE 88 II 331 E. 6 S. 338 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1218; PIOTET, N. 96 f; a.M. NEUENSCHWANDER, S. 546 f.: für ihn gilt der Verweis von Art. 781 Abs. 3 ZGB nicht für alle Personaldienstbarkeiten.

²⁰ RIEMER, § 10, N. 35; OFK-KÄHR, Art. 730, N. 6.

²¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1207.

²² ZK-WIELAND, Art. 730, S. 203; BK-LEEMANN, Art. 730, N. 2; BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 17 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1206; vgl. auch den Wortlaut des – zwingenden (BK-REY, Art. 730, N. 148) – Art. 730 Abs. 1 ZGB: «Ein Grundstück kann zum Vorteil eines andern Grundstückes in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses andern Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf.». LIVER umschreibt die Handlungen, die ein *Dulden* oder ein *Unterlassen* darstellen (ZK-LIVER, Art. 730, N. 4).

der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks (den sog. Dienstbarkeitsbelasteten), indem sie ein passives Verhalten schulden.²³ Sind die Dienstbarkeitsbelasteten zu einem Dulden verpflichtet (und sind gleichzeitig die Dienstbarkeitsberechtigten zu einem Tun bzw. zu einer positiven Handlung befugt), liegt eine *positive* oder *affirmative Dienstbarkeit* vor.²⁴ Haben die Belasteten etwas zu Unterlassen (und die Berechtigten dürfen etwas verbieten resp. Verhaltensweisen auf dem belasteten Grundstück verhindern), liegt eine *negative Dienstbarkeit* vor.²⁵ Die Dienstbarkeitsbelasteten sind also verpflichtet, entweder bestimmten Personen (den sog. Dienstbarkeitsberechtigten) an ihrem Grundstück Nutzungs- oder Gebrauchsrechte einzuräumen, oder an ebendiesem bestimmte Eigentumsrechte selber nicht auszuüben.²⁶ Bei Grunddienstbarkeiten sind die jeweiligen Eigentümer*innen des berechtigten Grundstücks dienstbarkeitsberechtigt,²⁷ bei Personaldienstbarkeiten sind es eine oder mehrere bezeichnete Person/en.

Grundsätzlich kann der Inhalt einer Dienstbarkeit nicht aus der Verpflichtung der belasteten Person zu einer positiven Leistung, also zu einem aktiven Verhalten, bestehen.²⁸ Bereits seit römischer Zeit gilt in allen kontinentalen Rechtsordnungen der allgemeine Grundsatz *«servitus in faciendo consistere nequit»*,²⁹ der auch in Art. 730 Abs. 1 ZGB enthalten ist.³⁰ Eine positive Leistungspflicht der Grundeigentümer*innen

²³ BK-REY, Art. 730, N. 148; BGE 108 II 39 E. 3.b S. 42.

²⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 4; SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 18; PIOTET, N. 71; Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 2.a, in: ZBGR 62/1981 250 ff., S. 252.

²⁵ ZK-LIVER, Art. 730, N. 4; SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 18; PIOTET, N. 71; Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 2.a, in: ZBGR 62/1981 250 ff., S. 252.

²⁶ KUKO-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 730, N. 1; CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 5. Schon 1912 bezeichnete das BGer die Gegenstände von Art. 730 Abs. 1 ZGB als «Eigentumseingriffe und Ausübungseinschränkungen» (Urteil des BGer vom 30. Oktober 1912 E. 2, in: ZBGR 19/1938 31 ff., S. 33).

²⁷ KUKO-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 730, N. 7.

²⁸ ZK-LIVER, Art. 730, N. 154 und 194; BK-REY, Art. 730, N. 148; RIEMER, § 8, N. 5, und § 12, N. 18; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1206; BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 24; GALLAND, N. 636.

²⁹ SCHMID/BUTTLIGER, S. 117: «Eine Servitut kann nicht in einer positiven Leistungspflicht bestehen.»

³⁰ BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 23; PIOTET, Fn. 117, mit weiteren Hinweisen; BGE 93 II 290 E. 2 S. 295.

kann in einem anderen beschränkten dinglichen Recht begründet werden, nämlich der Grundlast (Art. 782 ff. ZGB).³¹

Zur Abgrenzung zwischen dem unzulässigen aktiven Verhalten und dem zulässigen passiven Verhalten schlägt GALLAND folgendes Kriterium vor: Das Verhalten ist aktiv, wenn die Dienstbarkeitsbelasteten etwas unternehmen resp. etwas konkretes tun müssen, um die von der Dienstbarkeit auferlegte Pflicht nicht zu verletzen.³² STEINAUER macht zur Unterscheidung folgendes Beispiel: Eine Dienstbarkeit kann die Verpflichtung der Grundeigentümer*innen enthalten, von den Berechtigten die Entnahme von Wasser ab ihrem Grundstück zu dulden; nicht Inhalt einer Dienstbarkeit (jedoch von einer Grundlast) sein kann aber die Verpflichtung der Grundeigentümer*innen, den Berechtigten von ihrem Grundstück Wasser zu liefern.³³

Nur ausnahmsweise kann sich aus der Dienstbarkeit selbst eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen ergeben.³⁴ Haben sich die Grundeigentümer*innen bspw. mit einer Bepflanzungsbeschränkungsdienstbarkeit verpflichtet, keine Bäume und Sträucher zu pflanzen, die eine festgelegte Höhe übersteigen, beinhaltet die Dienstbarkeit ebenfalls die Verpflichtung, über die vereinbarte Höhe emporwachsende Pflanzen unter der Schere zu halten.³⁵

Schlussendlich darf der Inhalt eines Dienstbarkeitsvertrages auch nicht unmöglich, widerrechtlich oder sittenwidrig sein; diese (obligationenrechtliche) Thematik wird in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt.³⁶

³¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1265 und 1441 f.; ZK-LIVER, Art. 730, N. 194; BK-REY, Art. 730, N. 148; STEINAUER II, N. 3323; LORENZI/GURTNER, S. 153. Vgl. dazu auch Fn 235 hienach.

³² GALLAND, N. 639.

³³ STEINAUER II, N. 3323, in Anlehnung an BGE 131 I 321 E. 5.2.2 S. 326. Vgl. dazu auch Ziff. IV.4.2 hienach.

³⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 215.

³⁵ ZK-LIVER, Art. 730, N. 215; BGer Urteil 5A_221/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; a.M. GALLAND, N. 885 ff.

³⁶ Art. 20 OR; siehe dazu ausführlich und mit zahlreichen Hinweisen HÜRLIMANN-KAUP, Schranken, S. 58 ff.

2.3. Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen

Gegenstand von Dienstbarkeiten ist oftmals die Nutzung von Anlagen (namentlich Wege, Brunnen oder Gebäude) auf dem dienenden Grundstück, die ordentlich unterhalten werden sollen.³⁷ Nicht selten dienen diese Anlagen ebenfalls den Dienstbarkeitsbelasteten, was dazu führt, dass auch diese ein (vielfach überwiegendes) Interesse an deren Erhaltung haben.³⁸ Überdies können sich die Grundeigentümer*innen gestört fühlen, wenn die dienstbarkeitsberechtigten Personen ihr Grundstück zur Vornahme von Unterhalts- und Reparaturarbeiten betreten.³⁹

Um diesen praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, ermöglicht der Gesetzgeber mit dem zwingenden⁴⁰ Art. 730 Abs. 2 Satz 1 ZGB, dass eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen nebенäglich mit einer Dienstbarkeit verbunden sein kann.⁴¹ Die vorliegende Arbeit widmet sich diesen *nebenäglichen Verpflichtungen*, die gerne auch als *Nebenleistungspflichten*, *Nebenpflichten* oder *Nebenleistungen* bezeichnet werden.

Systematisch befindet sich Art. 730 Abs. 2 ZGB im Abschnitt der Grunddienstbarkeiten, die Bestimmung ist aber auch auf Personaldienstbarkeiten anwendbar.⁴²

3. Realobligation

Für ein besseres Verständnis der folgenden Ausführungen ist wichtig, die Essenz von Realobligationen zu kennen.

Obligatorische Rechtsverhältnisse (auch als *vertraglich*, *schuldrechtlich*, *persönlich* oder *forderungsrechtlich* bezeichnet) binden nur die Vertragsparteien.⁴³ Werden die Schuldner*innen – bei sog. gegenseitigen Realobligationen auch die

³⁷ ZK-LIVER, Art. 730, N. 195.

³⁸ ZK-LIVER, Art. 730, N. 195.

³⁹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 195; BK-REY, Art. 730, N. 149.

⁴⁰ BK-LEEMANN, Art. 730, N. 30.

⁴¹ BK-REY, Art. 730, N. 149.

⁴² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1320. Vgl. Ziff. I.2.1 hievor.

⁴³ Vgl. Ziff. II.1 hienach.

Gläubiger*innen –⁴⁴ eines Schuldverhältnisses durch die dingliche Berechtigung an einer Sache (bspw. durch die Eigentümerstellung) bestimmt, erhält das obligatorische Rechtsverhältnis auch noch eine dingliche Komponente.⁴⁵ Solche Rechtsverhältnisse werden als *Realobligationen* bezeichnet.⁴⁶ Die Subjekte von Realobligationen sind nicht individuell bestimmt, sondern die jeweiligen Inhaber*innen dinglicher oder beschränkter dinglicher Rechte an Sachen resp. deren jeweilige Besitzer*innen.⁴⁷ Realobligationen bleiben obligatorische Rechtsverhältnisse, die Forderung der Gläubiger*innen ist weiterhin von relativer Natur.⁴⁸ Realobligationen können nur verabredet werden oder entstehen, wenn das Gesetz sie vorsieht.⁴⁹

Wird bei einer Dienstbarkeit gültig eine nebensächliche positive Leistungspflicht i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB vereinbart, entsteht eine rechtsgeschäftliche Realobligation, da die Leistungspflicht durch die *jeweiligen* Dienstbarkeitsbelasteten (also die jeweiligen Eigentümer*innen des belasteten Grundstücks) erfüllt werden muss.⁵⁰

⁴⁴ BK-REY, Systematischer Teil, N. 85.

⁴⁵ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 271; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 23; BGE 116 II 677 E. 3 S. 682.

⁴⁶ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 267; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 21, mit Hinweisen zur uneinheitlichen Terminologie in N. 23. Vor allem die französisch- und italienischsprachige Literatur verwendet auch den Begriff «*propter rem*» (STEINAUER I, N. 53, und JOST, S. 61).

⁴⁷ BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 285; LIVER, Realobligation, S. 261.

⁴⁸ BK-REY, Systematischer Teil, N. 88; BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 273.

⁴⁹ BK-REY, Systematischer Teil, N. 89; JOST, S. 54 und 65; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, § 104, N. 5.

⁵⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 29; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, § 108, N. 22. Darauf, ob auch die jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten gebunden werden können, wird unter Ziff. III hienach eingegangen.

II. Rechtliche Natur der positiven Leistungspflicht

1. Vertragliches Rechtsverhältnis

Vertragliche Rechtsverhältnisse gelten nur *inter partes* (binden nur die Vertragsparteien) und verpflichten ausschliesslich die Schuldner*innen.⁵¹ Die positive Leistungspflicht i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB ist vertraglicher Natur.⁵² Sie ist ein persönliches Rechtsverhältnis, das von der Dienstbarkeit verschieden ist.⁵³

Ein dingliches Recht besteht nicht.⁵⁴ LIVER sieht die Dinglichkeit in der unmittelbaren Sachherrschaft begründet, wobei er feststellt, dass durch diese allein niemals die Vornahme einer Handlung bewirkt werden kann.⁵⁵ Die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung könne also einzig ein (relatives, persönliches) obligatorisches Recht sein, das nicht zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht werden könne und bloss zu dieser hinzutrete.⁵⁶ Sie bleibe Gegenstand eines obligatorischen Rechts und könne mit einer Dienstbarkeit lediglich verbunden werden.⁵⁷ Laut REY liegt aber keine subjektiv-dingliche Verbindung zweier Rechte vor, er unterscheidet klar zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Rechtsinhalt.⁵⁸

Als vertragliches Rechtsverhältnis verjähren Forderungen aus der nebensächlichen Leistungspflicht nach den gewöhnlichen Regeln von Art. 127 ff. OR.⁵⁹ Falls die Schuldner*innen der nebensächlichen Verpflichtung gar nicht oder mangelhaft leisten, können sich Gläubiger*innen mit den Instrumenten nach Art. 97 ff. OR zur Wehr

⁵¹ HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, N. 50; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, § 88, N. 3.

⁵² BK-REY, Art. 730, N. 155; ZK-WIELAND, Art. 730, S. 204.

⁵³ PIOTET, N. 71; a.M. LEEMANN (vgl. Fn. 56 hienach).

⁵⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 225; BK-REY, Art. 730, N. 155.

⁵⁵ ZK-LIVER, Art. 730, N. 225, mit weiteren Hinweisen; JOST, S. 60.

⁵⁶ ZK-LIVER, Art. 730, N. 225 und 229; BK-REY, Art. 730, N. 155. A.M.: Für LEEMANN wird die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung Bestandteil der Dienstbarkeit und ihr kommt dadurch dingliche Wirkung zu (BK-LEEMANN, Art. 730, N. 35).

⁵⁷ ZK-LIVER, Art. 730, N. 225.

⁵⁸ BK-REY, Art. 730, N. 158 f.

⁵⁹ Urteil des BGer vom 5. Dezember 1995 E. 1, in: ZBGR 80/1999 S. 32 ff., S. 35; STEINAUER II, N. 3326.

setzen.⁶⁰ Die Schuldner*innen der Leistungspflicht haften im Falle einer Leistungsstörung mit ihrem ganzen Vermögen zwar persönlich und unbeschränkt, das belastete Grundstück bietet aber keine Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtung.⁶¹ Bei einem Eigentumsübergang des Grundstücks geht diese Haftung auf die Erwerber*innen über, gleichzeitig werden die Veräusserer*innen von der Verpflichtung befreit.⁶² Das Risiko, dass die Erwerber*innen des belasteten Grundstücks zur Erfüllung der positiven Leistungspflicht nicht fähig sind, tragen die Dienstbarkeitsberechtigten.⁶³

2. Realobligation

Damit nicht nur die Vertragsparteien, sondern (ohne ausdrückliche obligatorische Überbindung) auch die künftigen Eigentümer*innen der betroffenen Grundstücke⁶⁴ gebunden sind, muss die positive Leistungspflicht mit realobligatorischer Wirkung ausgestattet werden.⁶⁵

2.1. Subjektiv-dingliche Verknüpfung

Das Bundesgericht hat vor 100 Jahren bereits festgehalten, dass Nebenleistungspflichten i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB einzig dahingehend dinglich sind, dass diese jede/n Eigentümer*in des dienenden Grundstücks verpflichten.⁶⁶ Der Anspruch auf die Erfüllung der positiven Leistungspflicht ist subjektiv-dinglich verknüpft mit dem Eigentum am belasteten Grundstück: er steht den jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten zu und richtet sich gegen die jeweiligen Eigentümer*innen des mit der Dienstbarkeit

⁶⁰ Urteil des BGer vom 5. Dezember 1995 E. 1, in: ZBGR 80/1999 S. 32 ff., S. 35; CR-ARGUL, Art. 730, N. 13; NEUENSCHWANDER, S. 239. ARGUL und REY (BK-REY, Art. 730, N. 203) denken an die Vollstreckung durch Dritte auf Kosten der Schuldner*innen nach Art. 98 Abs. 1 OR.

⁶¹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 227 und 237; PIOTET, N. 118; JOST, S. 96; NEUENSCHWANDER, S. 239; BK-REY, Art. 730, N. 199; STEINAUER II, N. 3326; Urteil des BGer vom 21. Mai 1924 E. 2, in ZBGR 6/1925 S. 37 ff., S. 37 f.; BGE 93 II 71 E. 3.c S. 80. Falls das belastete Grundstück als Sicherheit dienen und die persönliche Haftung entfallen soll, muss eine Grundlast errichtet werden (JOST, S. 96; BGE 93 II 71 E. 3.c S. 80; vgl. auch Fn. 235 hienach).

⁶² ZK-LIVER, Art. 730, N. 232.

⁶³ ZK-LIVER, Art. 730, N. 232.

⁶⁴ Je nach Meinung entweder nur der dienenden oder auch der herrschenden Grundstücke; vgl. Ziff. III hienach.

⁶⁵ STEINAUER II, N. 3327.

⁶⁶ Urteil des BGer vom 21. Mai 1924 E. 2, in ZBGR 6/1925 S. 37 ff., S. 37 f.

belasteten Grundstücks.⁶⁷ Aufgrund der subjektiv-dinglichen Verknüpfung der Leistungspflicht mit der Dienstbarkeit bestimmen sich von jener also Schuldner*innen und Gläubiger*innen.⁶⁸

Die subjektiv-dingliche Verknüpfung der Verpflichtung mit dem Eigentum des Grundstücks lässt für die positive Leistungspflicht eine *vertragliche Realobligation* entstehen.⁶⁹

2.2. Grundbucheintrag

2.2.1. Bedürfnis nach Publizität

Dingliche Rechte müssen von jedermann respektiert werden, weshalb sie von den potenziell betroffenen Personen erkennbar sein müssen.⁷⁰ Als Publizitätsmittel für die dinglichen Rechte an Grundstücken sieht das Gesetz vor allem das Grundbuch vor.⁷¹ Da die – zwar bloss obligatorischen Charakter aufweisende – Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen einerseits mit dem Eigentum am Grundstück verbunden ist und sie andererseits durch Vertrag (und nicht durch Gesetz) begründet wurde, lässt sich ein Bedürfnis nach grundbuchlicher Publizität nicht von der Hand weisen.⁷² Eigentumsrelevante Verhältnisse an Grundstücken müssen Dritten gegenüber offengelegt werden.⁷³ Auch die entstandene Realobligation verlangt, aus dem Grundbuch ersichtlich zu sein.⁷⁴ LIVER hat bereits in den Sechzigerjahren festgehalten, dass im Grundbucheintrag einer Dienstbarkeit die damit verbundene Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen abgebildet werden müsse.⁷⁵ Auch JÜRG SCHMID hat noch vor

⁶⁷ ZK-LIVER, Art. 730, N. 225; Urteil des BGer vom 21. Mai 1924 E. 2, in ZBGR 6/1925 S. 37 ff., S. 37 f. BK-REY, Art. 730, N. 158, will zu LIVERS Bezeichnung «beidseitig subjektiv-dingliche Verknüpfung» aber präzisieren, dass das obligatorische Rechtsverhältnis keine dingliche Komponente hat, sondern lediglich der Anspruch von der dinglichen Berechtigung abhängig ist.

⁶⁸ PIOTET, N. 118.

⁶⁹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 225; BK-REY, Art. 730, N. 156; GALLAND, N. 1158.

⁷⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 63.

⁷¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 64 und 66; Urteil des BGer vom 25. Mai 1989 E. 4.a, in: Pra 80 (1991) Nr. 14 S. 74 ff., S. 75.

⁷² ZK-LIVER, Art. 730, N. 230; PIOTET, N. 119.

⁷³ BK-REY, Art. 730, N. 185.

⁷⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 230; DESCHEAUX, S. 686.

⁷⁵ ZK-LIVER 1968, Art. 730, N. 230; ausführlich dazu: LIVER, Realobligation, S. 275 ff.

der Immobiliarsachenrechtsrevision erkannt, dass mit Dienstbarkeiten vertraglich verbundene Leistungspflichten für ihre realobligatorische Wirkung einen Hinweis im Stichwort des Grundbucheintrages benötigen.⁷⁶ GÖKSU hat in einer aktuellen Veröffentlichung darauf hingewiesen, dass auch bereits Art. 738 ZGB⁷⁷ verlange, dass sich die Handlungspflicht aus dem Grundbucheintrag ergeben müsse.⁷⁸

2.2.2. Ergänzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB

Anlässlich der Revision des Immobiliarsachenrechts wurde per 1. Januar 2012 Art. 730 Abs. 2 ZGB mit einem zweiten Satz ergänzt, wonach nebensächlich mit Dienstbarkeiten verbundene Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen für Erwerber*innen der berechtigten oder belasteten Grundstücke nur verbindlich sind, wenn sie sich aus dem Grundbucheintrag ergeben. Der Bundesrat hat diese Ergänzung damit begründet, dass die realobligatorische Wirkung der Verpflichtung eine entsprechende Umschreibung des Grundbucheintrages oder einen besonderen Hinweis im Hauptbuch auf den Grundbuchbeleg voraussetze.⁷⁹ Im Grundbuch eingetragen werden muss ein selbsterklärendes Stichwort, die Botschaft Register-Schuldbrief liefert ein Beispiel gleich mit: «*Wegrecht mit Nebenleistungspflicht*».⁸⁰ Damit gelten – gewollt –⁸¹ strengere Anforderungen als bei der Unterhaltspflicht nach Art. 741 ZGB: Abweichungen von der gesetzlichen Regelung müssen sich dort nur aus dem Grundbuchbeleg ergeben.⁸²

⁷⁶ SCHMID, Wandel, S. 283 f.

⁷⁷ Art. 738 Abs. 1 ZGB: «Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrage deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend.»

⁷⁸ CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 6.

⁷⁹ Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007 5283 ff. (nachfolgend zitiert als Botschaft Register-Schuldbrief), 5310.

⁸⁰ Botschaft Register-Schuldbrief, 5310.

⁸¹ Botschaft Register-Schuldbrief, 5311.

⁸² CR-ARGUL, Art. 730, N. 12, und Art. 741, N. 9. Vgl. Ziff. IV.3.3 hienach. LIVER hat sich seinerzeit dafür ausgesprochen, dass auch bei Abänderung der Unterhaltspflicht nach Art. 741 ZGB der Grundbucheintrag ergänzt wird (ZK-LIVER, Art. 741, N. 78 f.), was im Übrigen auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsprach (Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c,

Die bundesrätliche Botschaft stützt sich auf ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1998, indem es darum ging, ob die Grundeigentümer*innen die im Wegrechtsdienstbarkeitsvertrag vereinbarte Einkaufssumme für die Erstellung einer Strasse zahlen müssen.⁸³ Die aktuellen Eigentümer*innen des berechtigten Grundstücks waren nicht am seinerzeitigen Dienstbarkeitsvertrag beteiligt, und ihr Erwerbstitel erwähnte zwar die Dienstbarkeit, jedoch fehlten Hinweise auf allfällige Obligationen der Käufer*innen.⁸⁴ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass mit Dienstbarkeiten verbundene positive Leistungspflichten ihre realobligatorische Wirkung nur erhalten, wenn der Grundbucheintrag darauf hinweise.⁸⁵ Wenn (wie *in casu*) die nebensächliche Verpflichtung nur aus dem Grundbuchbeleg (nicht aber aus dem Grundbucheintrag) ersichtlich sei, fehle ihr die realobligatorische Wirkung.⁸⁶ Als Vereinbarung mit rein obligatorischem Charakter wäre sie für Singulärsukzessor*innen nur mit besonderer Überbindung verbindlich gewesen (was *in casu* nicht erfolgte).⁸⁷

Für PIOTET ist das Bundesgericht mit dieser Entscheidung über das Ziel hinausgeschossen, da es laut ihm von der damaligen Grundbuchpraxis abwich.⁸⁸ JÖRG SCHMID sieht in dieser Rechtsprechung eine Bevorteilung von Dritten, die beim Erwerb lediglich das Hauptbuch des Grundbuchs einsehen, nicht jedoch die Belege.⁸⁹ Auf die vom Bundesgericht vorgenommene Qualifikation der Einkaufssumme als Unterhalt wird unter Ziff. IV.3.1 hienach eingegangen.

Bemerkenswert ist, dass mit der Revision die vom Bundesgericht für Unterhaltspflichten nach Art. 741 ZGB gemachten Erwägungen für die nebensächlichen

in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 199). Vgl. ferner PETITPIERRE, der sich zu den verschiedenen EDV-Grundbuchlösungen äussert und angibt, wann die Unterscheidung zwischen Grundbuchbeleg und Grundbucheintrag keine Rolle spielt (BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 16 f.). Für HÜRLIMANN-KAUP ist die abweichende Behandlung nicht nachvollziehbar (HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 44).

⁸³ Botschaft Register-Schuldbrief, 5310; Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 Sachverhalt, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 198.

⁸⁴ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 Sachverhalt, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 198.

⁸⁵ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 199.

⁸⁶ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 199.

⁸⁷ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 200.

⁸⁸ PIOTET, N. 120.

⁸⁹ SCHMID, Besprechung, S. 68.

Verpflichtungen i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB kodifiziert wurden.⁹⁰ Und erstaunlich ist, dass bei derselben Revision für Art. 741 ZGB von dieser bundesgerichtlichen Praxis abgekehrt wird.⁹¹

2.2.3. Übergangsbestimmung

Per 1. Januar 2012 wurde auch Art. 21 SchlT ZGB um einen zweiten Absatz bereichert.⁹² Danach können mit Dienstbarkeiten nebensächlich verbundene Verpflichtungen, die vor diesem Datum begründet wurden und sich nur aus den Grundbuchbelegen (und nicht aus dem Grundbucheintrag) ergeben, gutgläubigen Dritten weiterhin entgegengehalten werden. Der Bundesrat führte aus, dass sich Nebenpflichten oft nur aus dem Grundbuchbeleg ergeben würden, und wählte bewusst eine übergangsrechtliche Privilegierung: Früher begründete nebensächliche Verpflichtungen ohne Grundbucheintrag sollen realobligatorische Wirkungen entfalten.⁹³

Dies vermag zu erstaunen, zumal das Bundesgericht bereits im Jahr 1998 feststellte, dass u.a. rechtsgeschäftliche Realobligationen aus dem Grundbucheintrag hervorgehen müssen, wenn sie die angestrebte realobligatorische Wirkung entfalten sollen.⁹⁴ Es ist HÜRLIMANN-KAUP zuzustimmen, dass die Situation paradox ist, wenn die selbe nicht aus dem Grundbucheintrag, aber aus dem Beleg ersichtliche Nebenleistungspflicht bis zum 31. Dezember 2011 für Grundstückserwerber*innen nicht verbindlich war, ab dem 1. Januar 2012 jedoch schon.⁹⁵ Für STEINAUER hat die Übergangsbestimmung zur Folge, dass der Grundsatz der erwähnten Rechtsprechung nur für die Zukunft, nicht aber für unter altem Recht – auch nachdem die Rechtsprechung ergangen ist – entstandene Nebenpflichten gilt.⁹⁶ Indem die Formulierung in Art. 21 Abs. 2 SchlT ZGB im Kern für die Vergangenheit neue realobligatorisch wirkende Rechte schaffe, verfehlt sie für ZOGG die Aufgabe des sachenrechtlichen

⁹⁰ SCHMID, Revision, S. 156.

⁹¹ Botschaft Register-Schuldbrief, 5311. Vgl. Ziff. IV.3.3 hienach.

⁹² Botschaft Register-Schuldbrief, 5339 f.

⁹³ Botschaft Register-Schuldbrief, 5340.

⁹⁴ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 199 f.

⁹⁵ HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 43; zustimmend GALLAND, N. 1006.

⁹⁶ STEINAUER II, N. 3329.

Intertemporalrechts, nämlich unter altem Recht bestehende Rechte zu schützen.⁹⁷ Wenn sich Dritterwerber*innen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlassen haben, werden sie vom Gesetzgeber nun allenfalls überrascht, indem er sie an eine im Erwerbszeitpunkt noch nicht bestehende Realobligation bindet.⁹⁸

Auch KOLLER bekundet Mühe mit dieser Rechtsauffassung, da sich seines Erachtens aus Art. 738 und 973 Abs. 1 ZGB ergibt, dass eine positive Leistungspflicht, die nicht aus dem Grundbucheintrag hervorgeht, einer Drittperson nur entgegengehalten werden kann, wenn diese davon wusste oder davon hätte wissen müssen – und eine Pflicht, in die Grundbuchbelege Einsicht zu nehmen, bestehe grundsätzlich nicht.⁹⁹

Für HÜRLIMANN-KAUP erscheint überdies die Formulierung der Übergangsbestimmung unglücklich, da der gute Glaube der Erwerber*innen nicht massgebend sei, wenn das Gesetz eine Pflicht zur Realobligation erkläre.¹⁰⁰ Auch für ZOGG ist der Gesetzestext dergestalt unzutreffend, dass nur im Grundbuchbeleg enthaltene Nebenpflichten Dritten nicht «weiterhin» entgegengehalten werden können, da dies bisher gar nicht möglich war.¹⁰¹ Nach GALLAND opfert der Gesetzgeber das Gebot der Publizität und Rechtssicherheit zu Gunsten einer für die Parteien praktischen Lösung.¹⁰²

ZOGG bezeichnet die intertemporalrechtliche Regelung als gesetzgeberischen Fehlgriff.¹⁰³ Er schlägt vor, Art. 21 Abs. 2 SchlT ZGB nur auf Unterhaltsleistungen nach Art. 741 ZGB anzuwenden, da dies der Systematik der Art. 730 Abs. 2 und 741 ZGB entsprechen würde.¹⁰⁴ Das Bundesgericht hat von diesem Vorschlag Kenntnis genommen, eine Entscheidung aber noch offengelassen.¹⁰⁵

⁹⁷ BSK-ZOGG, Art. 21 SchlT, N. 14.

⁹⁸ BSK-ZOGG, Art. 21 SchlT, N. 15.

⁹⁹ KOLLER, S. 354.

¹⁰⁰ HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 43.

¹⁰¹ BSK-ZOGG, Art. 21 SchlT, N. 14.

¹⁰² GALLAND, N. 1007.

¹⁰³ BSK-ZOGG, Art. 21 SchlT, N. 13 ff. mit detaillierten Ausführungen.

¹⁰⁴ BSK-ZOGG, Art. 21 SchlT, N. 18.

¹⁰⁵ Urteil des BGer vom 13. Dezember 2018 E. 5.3.1, in: ZBGR 102/2021 S. 49 ff., S. 56.

Anderer Ansicht ist PIOTET: laut ihm

- will der Gesetzgeber mit der Übergangsbestimmung nur klarstellen, wie die Bestimmung in der Fassung aus dem Jahr 1907 zu verstehen ist (authentische Interpretation) und
- erfährt das materielle Recht keine Änderungen.¹⁰⁶

2.3. Wirkung

Der Hinweis im Grundbucheintrag führt zur realobligatorischen Wirkung und Folge deren wird die nebensächliche Verpflichtung auch für Singulärsukzessor*innen verbindlich.¹⁰⁷

Die Verpflichtung trifft die jeweiligen Eigentümer*innen der betroffenen Grundstücke.¹⁰⁸ Durch den Grundbucheintrag erhalten Erwerber*innen Kenntnis von bestehenden nebensächlichen Verpflichtungen, wodurch ihr Einwand, sie hätten in gutem Glauben angenommen, dass keine solche Verpflichtung besteht, fehlschlägt.¹⁰⁹ Die grundbuchliche Publizität hat konstitutive Wirkung.¹¹⁰ Fehlt der Hinweis (ebenso wie eine besondere Überbindung der dann lediglich obligatorischen Vereinbarung), sind Erwerber*innen befreit, auch wenn sie die Verpflichtung kannten oder hätten kennen müssen.¹¹¹

Schuldner*innen von realobligatorischen Verpflichtungen haften grundsätzlich nur für so lange, wie sie auch die dingliche Berechtigung innehaben.¹¹²

¹⁰⁶ CR-PIOTET, Art. 21 SchlT, N. 3.

¹⁰⁷ Botschaft Register-Schuldbrief, 5310.

¹⁰⁸ ZK-LIVER, Art. 730, N. 232.

¹⁰⁹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 232.

¹¹⁰ PIOTET, N. 119.

¹¹¹ PIOTET, N. 119.

¹¹² NEUENSCHWANDER, S. 239.

3. Nebenrecht

Die Verpflichtung zu einer positiven Leistung ist zwar mit der Dienstbarkeit verknüpft, ihren *Inhalt* stellt sie aber *nicht* dar.¹¹³ Sie tritt zur Verpflichtung aus der Dienstbarkeit hinzu und stellt für die Berechtigten ein Nebenrecht ohne selbständige Existenz dar; sie besteht nur so lange wie das Hauptrecht und wird mit diesem untergehen.¹¹⁴ Erlischt eine Dienstbarkeit, erlischt auch die nebensächliche Verpflichtung, da diese unabhängig von der Dienstbarkeit nicht bestehen kann.¹¹⁵

Das Bundesgericht formuliert mitunter etwas unpräzise, wenn es die positive Leistungspflicht als «Nebeninhalt»¹¹⁶ bezeichnet oder davon spricht, dass sie nicht den «Hauptinhalt»¹¹⁷ der Dienstbarkeit sein darf.

4. Errichtung

Sofern es sich bei der nebensächlichen Verpflichtung um einen subjektiv wesentlichen Bestandteil des Dienstbarkeitsvertrages handelt, muss sie in der für Dienstbarkeiten erforderlichen Form errichtet werden, also aufgrund Art. 732 Abs. 1 ZGB grundsätzlich durch öffentliche Beurkundung.¹¹⁸ Zum durch die Beteiligten einzugehenden Vertragsverhältnis zur Begründung der nebensächlichen Verpflichtung äussert sich das Gesetz nicht.¹¹⁹

¹¹³ ZK-LIVER, Art. 730, N. 154; DESCHEAUX, S. 686; JOST, S. 96; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1264; a.M. LEEMANN (vgl. Fn. 56 hievor). Auch das EJPD hat vor rund 100 Jahren festgehalten, dass eine akzessorische Verpflichtung «gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB zum Inhalte einer Grunddienstbarkeit gemacht werden kann» (ZBGR 3/1922 S. 186 ff., 190).

¹¹⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 202; PIOTET, N. 129.

¹¹⁵ BK-REY, Art. 730, N. 191.

¹¹⁶ Urteil des BGer vom 27. Mai 1982 E. 4.c, in: ZBGR 65/1984 S. 178 ff., S. 185.

¹¹⁷ BGE 45 II 386 E. 4 S. 394 f. Das stört auch HÜRLIMANN-KAUP, Schranken, Fn. 21.

¹¹⁸ CR-ARGUL, Art. 730, N. 12. REY vertrat 1981 die Auffassung, dass regelmässig die einfache Schriftform zur Vereinbarung einer positiven Leistungspflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB genügt (BK-REY, Art. 730, N. 185); dazu ist jedoch zu bemerken, dass der Grundsatz der öffentlichen Beurkundung für Rechtsgeschäfte zur Errichtung von Dienstbarkeiten (Art. 732 Abs. 1 ZGB) erst seit dem 1. Januar 2012 in Kraft ist (PIOTET, N. 149; HÜRLIMANN-KAUP/STEINAUER, S. 11; PFÄFFLI, Neuerungen 2010, S. 360).

¹¹⁹ BK-REY, Art. 730, N. 164 f., mit Vorschlägen zu möglichen Vertragsverhältnissen.

Vereinbarungen über Nebenleistungspflichten i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB müssen ausdrücklich erfolgen.¹²⁰

5. Fazit

Als gesetzliche Realobligation vereint die nebensächliche Verpflichtung nach Art. 730 Abs. 2 ZGB vertragliche und dingliche Elemente: Obwohl es sich um ein vertragliches Rechtsverhältnis handelt, das den Regeln des Obligationenrechts folgt, ergeben sich die Parteien des Schuldverhältnisses aus der Verknüpfung mit den betroffenen Grundstücken.

Die realobligatorische Wirkung gewährleistet die Durchsetzbarkeit der positiven Leistungspflicht auch gegenüber künftigen Eigentümer*innen. Zentral für diese Wirkung ist ein Hinweis beim Grundbucheintrag, wie der Gesetzgeber dies bei der Revision des Immobiliarsachenrechts klargestellt hat. Die Übergangsbestimmung hat jedoch eine unglückliche Situation geschaffen: Käufer*innen von Grundstücken sollten nun unbedingt Einsicht in die Grundbuchbelege nehmen und prüfen, ob mit vor dem 1. Januar 2012 errichteten Dienstbarkeiten nebensächliche Leistungspflichten verbunden sind, da diese auch ohne entsprechenden Hinweis beim Grundbucheintrag realobligatorische Wirkung entfalten.

III. Schuldner*in der nebensächlichen Verpflichtung

Dank der im schweizerischen Privatrecht geltenden Vertragsfreiheit steht es den Dienstbarkeitsbelasteten und -berechtigten grundsätzlich frei, sich gegenseitig zu positiven Leistungen zu verpflichten.¹²¹ Damit die Verpflichtung zu einer Handlung jedoch realobligatorische Wirkung entfalten kann, ist unabdingbar, dass sie als nebensächliche Verpflichtung i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB oder als Unterhaltsverpflichtung i.S. von Art. 741 ZGB gilt.¹²²

¹²⁰ BGer Urteil 5C.189/2003 vom 3. Mai 2004 (nicht in BGE 130 III 393 publizierte) E. 6.2.

¹²¹ ZK-LIVER, Einleitung, N. 61.

¹²² Vgl. Ziff. IV.3.3 *in fine* hienach.

Seit Jahrzehnten umstritten ist, wer zum Kreis der Schuldner*innen von neben-sächlichen Verpflichtungen i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB gehören kann. Leider ver-mochte die Ergänzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB (vgl. Ziff. II.2.2.2 hievor) den Streit nicht zu legen.¹²³

1. Erste Lehrmeinung: nur Dienstbarkeitsbelastete

WIELAND schrieb schon mit Blick auf das Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, dass eine Verpflichtung zu positiver Leistung der Belasteten neben-sächlich mit einer Dienstbarkeit verbunden werden kann.¹²⁴

Für LIVER erlaubt das Gesetz nur der jeweiligen Eigentümerschaft des belasteten Grundstücks, sich zur Vornahme von Handlungen zu verpflichten und diese i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB mit der Dienstbarkeit zu verbinden.¹²⁵ Für ihn entspricht es viel-fach der Interessenlage, dass sich die Dienstbarkeitsbelasteten verpflichten, den Unterhalt von Dienstbarkeitsanlagen (die sich ja auf ihren Grundstücken befinden) selber zu besorgen.¹²⁶ REY stimmt dem zu und ergänzt, dass eine positive Leistungspflicht der dienstbarkeitsberechtigten Person keine rechtsgeschäftliche Realobligation nach Art. 730 Abs. 2 ZGB darstellen kann, sondern als Grundlast nach Art. 782 ZGB im Grundbuch eingetragen werden müsste.¹²⁷ Er begründet seine Auffassung dabei mit dem Zweckgedanken von Art. 730 Abs. 2 ZGB, wonach die positive Leistung die Aus-übung der Dienstbarkeit sichern und erleichtern soll.¹²⁸ Er betrachtet auch Art. 730 ZGB in seiner Gesamtheit: Da in Abs. 1 die Wirkung der Dienstbarkeit als Eigentums-beschränkung – also aus der Perspektive der Dienstbarkeitsbelasteten – beschrieben wird, müsse auch Abs. 2 mit der Belastung (und nicht mit der Berechtigung) verknüpft werden.¹²⁹ Auch für RIEMER, der sich auf REY bezieht, können nur Leistungspflichten

¹²³ PIOTET, N. 124.

¹²⁴ ZK-WIELAND, Art. 730, S. 204.

¹²⁵ ZK-LIVER, Art. 730, N. 194 f.

¹²⁶ ZK-LIVER, Art. 730, N. 195.

¹²⁷ BK-REY, Systematischer Teil, N. 103, und Art. 730, N. 150.

¹²⁸ BK-REY, Art. 730, N. 150.

¹²⁹ BK-REY, Art. 730, N. 151.

der Dienstbarkeitsbelasteten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB mit dem Inhalt einer Dienstbarkeit nebensächlich verbunden werden.¹³⁰

Gleichermaßen erschliesst sich für NEUENSCHWANDER aus dem Zusammenhang mit Art. 730 Abs. 1 ZGB (Definition der Belastung), dass nach Abs. 2 nur Leistungspflichten der Belasteten mit einer Dienstbarkeit verbunden werden dürfen.¹³¹ Er hält ausserdem fest, dass den Dienstbarkeitsberechtigten mit realobligatorischer Wirkung einzig nach Art. 741 ZGB die Unterhaltslast im Verhältnis zu ihrem Interesse auferlegt werden kann; eine darüberhinausgehende Geldleistung stellt für ihn eine Gegenleistung für die Dienstbarkeit dar (der die realobligatorische Wirkung verwehrt bleibe).¹³²

Laut DESCENNAUX können die Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks aus einer nebensächlichen Verpflichtung nach Art. 730 Abs. 2 ZGB Anspruch auf eine positive Leistung von den Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks haben.¹³³ Auch JOST führt (ohne weitere Begründung) aus, dass Verpflichtungen nach Art. 730 Abs. 2 ZGB die jeweiligen Eigentümer*innen des belasteten Grundstücks treffen.¹³⁴

Diese Autor*innen haben ihre Aussagen lange vor der Ergänzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB formuliert. Auch die Vorinstanz eines im Jahr 1998 ergangenen Bundesgerichtsentscheids war dieser Meinung, als sie festgehalten hat, dass Schuldner*innen von positiven Leistungspflichten i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB nur die Dienstbarkeitsbelasteten bzw. die Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks sein können, nicht jedoch die Dienstbarkeitsberechtigten bzw. die Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks.¹³⁵

¹³⁰ RIEMER, § 12, N. 18.

¹³¹ NEUENSCHWANDER, S. 535 f.

¹³² NEUENSCHWANDER, S. 538 f.; a.M. LORENZI/GURTNER, S. 154 f. Vgl. auch Ziff. IV.2 hiernach.

¹³³ DESCENNAUX, S. 686.

¹³⁴ JOST, S. 77.

¹³⁵ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.a, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 198.

Während GALLAND Art. 730 Abs. 2 ZGB ausführlich auslegt, kommt auch er zum Schluss, dass positive Leistungspflichten nur den Dienstbarkeitsbelasteten auferlegt werden können:¹³⁶

- Grammatikalische Auslegung:
 - Die positive Leistungspflicht muss u.a. ihrem Inhalt nach nebensächlich zur Hauptverpflichtung sein.¹³⁷ Naturgemäß würden Pflichten der Dienstbarkeitsberechtigten nicht zur Erleichterung der Dienstbarkeitsausübung führen, sondern lediglich die Belastung, die die Eigentümer*innen der dienenden Grundstücke erfahren, verringern.¹³⁸
 - Sie muss auch ihrem Umfang nach nebensächlich zur Hauptverpflichtung sein.¹³⁹ Die Dienstbarkeit (Hauptverpflichtung) stellt nur auf dem dienenden Grundstück eine Last dar.¹⁴⁰ Zur objektiven Beurteilung, ob die positive Leistungspflicht (unzulässigerweise) schwerer oder gleich schwer wiegt, müssen nach ihm beide Belastungen das gleiche Grundstück beschlagen.¹⁴¹
- Systematische Auslegung: GALLAND teilt die Ansicht von REY und NEUENSCHWANDER, dass, da Art. 730 Abs. 1 ZGB nur die Dienstbarkeitsbelasteten nennt, auch Abs. 2 nur für diese gilt.¹⁴²
- Historische Auslegung: Laut GALLAND enthielten sowohl der Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes als auch der Entwurf des Bundesrates den deutlichen Wortlaut, dass mit Dienstbarkeiten nur Handlungspflichten zu Lasten des dienenden Grundstücks verknüpft werden können.¹⁴³ Anlässlich der Verabschiedung von Art. 730 Abs. 2 ZGB durch die Bundesversammlung habe

¹³⁶ GALLAND, N. 741.

¹³⁷ GALLAND, N. 729. Vgl. Ziff. IV.1.1.1 hienach.

¹³⁸ GALLAND, N. 729, und ähnlich auch schon NEUENSCHWANDER, S. 539.

¹³⁹ Vgl. Ziff. IV.1.1.2 hienach.

¹⁴⁰ GALLAND, N. 732.

¹⁴¹ GALLAND, N. 732; ähnlich SCHMID/BUTTLIGER, S. 130.

¹⁴² GALLAND, N. 734 f; ähnlich SCHMID/BUTTLIGER, S. 130.

¹⁴³ GALLAND, N. 736.

lediglich eine Umformulierung stattgefunden, die keine materielle Bedeutung habe.¹⁴⁴

- Teleologische Auslegung: Laut den Beratungen der eidgenössischen Räte soll Art. 730 Abs. 2 ZGB die Ausübung der Dienstbarkeit erleichtern.¹⁴⁵ Der Gesetzgeber beabsichtigte eine Vereinfachung: Dem dienenden Grundstück sollte eine Handlungspflicht auferlegt werden können, ohne dass eine Grundlast bestellt werden müsse.¹⁴⁶

Die Ergänzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB ändert nichts an GALLANDS Meinung.¹⁴⁷ Zwar anerkennt er, dass der Wortlaut zur Annahme verleiten lasse, dass die nebensächliche Leistungspflicht zu Lasten des dienenden oder des herrschenden Grundstücks bestehen könne.¹⁴⁸ Für ihn weist die Nennung des berechtigten und des belasteten Grundstücks im zweiten Satz aber lediglich auf die *tatsächliche Anknüpfung* der Nebenpflicht hin: die Erwerber*innen des dienenden Grundstücks sind als Gläubiger*innen berechtigt, die Erfüllung zu verlangen, und die Erwerber*innen des herrschenden Grundstücks sind als Schuldner*innen an die Verpflichtung gebunden.¹⁴⁹ Nach ihm können aus dem Wortlaut keine Schlüsse gezogen werden, an welches Grundstück die Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen geknüpft werden kann.¹⁵⁰ Auch vermochte er keine Absichtsbekundungen des Gesetzgebers erkennen, die auf eine Abkehr von der bisherigen Praxis hindeuteten.¹⁵¹

¹⁴⁴ GALLAND, N. 737 f.

¹⁴⁵ Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1906, Rossel S. 575, zitiert nach GALLAND, N. 739; ebenso STEINAUER II, N. 3324.

¹⁴⁶ Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1906, Hoffmann, S. 1359, zitiert nach GALLAND, N. 739; GALLAND, N. 740; Urteil des BGer vom 7. Juli 2010 E. 4.1.2, in: ZBGR 92/2011 S. 205 ff., S. 210 f.

¹⁴⁷ GALLAND, N. 1000.

¹⁴⁸ GALLAND, N. 718 und 1000.

¹⁴⁹ GALLAND, N. 1001; so ähnlich auch STEINAUER II, § 63, Fn. 76.

¹⁵⁰ GALLAND, N. 718.

¹⁵¹ GALLAND, N. 1002.

Wenn es sich dabei nicht um eine Grundlast handelt, ist auch für GÖKSU eine positive Leistungspflicht der dienstbarkeitsberechtigten Person nur obligatorischer Natur.¹⁵²

Auch JÖRG SCHMID, HÜRLIMANN-KAUP, BUTTLIGER, STEINAUER und JEANDIN folgen der Meinung, dass Schuldner*innen immer nur die Dienstbarkeitsbelasteten sein können.¹⁵³ Ebenso wie GALLAND erkennt auch HÜRLIMANN-KAUP an, dass aus dem Gesetzestext abgeleitet werden kann, dass sowohl die Dienstbarkeitsbelasteten als auch die Dienstbarkeitsberechtigten zu positiven Leistungspflichten mit realobligatorischer Wirkung verpflichtet werden können.¹⁵⁴ Der Hinweis auf die Erwerber*innen des berechtigten und auch des belasteten Grundstücks bezieht sich aber auch für sie nur darauf, dass die Nebenleistungspflicht für beide Erwerber*innen verbindlich sei.¹⁵⁵ Weil die Nebenleistungspflicht i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB nur zulässig sei, wenn sie die Ermöglichung, Erleichterung oder Sicherung der Dienstbarkeitsausübung bezecke, können nur die Dienstbarkeitsbelasteten Schuldner*innen der positiven Leistung mit realobligatorischer Wirkung sein.¹⁵⁶ Für HÜRLIMANN-KAUP deutet nichts darauf hin, dass der Gesetzgeber diesbezüglich eine Änderung beabsichtigt habe.¹⁵⁷ Auch JÖRG SCHMID und BUTTLIGER folgen in weiten Teilen der Argumentation von GALLAND; sie teilen auch die Ansicht, dass durch die Revision nichts an der Person der Verpflichteten ändert.¹⁵⁸ Für sie ist die Interpretation des Wortlautes eine Frage der Vernunft: Art. 730 Abs. 2 Satz 2 ZGB sage nur aus, dass sich ohne Grundbucheintrag weder die Singulärsukzessor*innen der Berechtigten auf die nebensächliche Verpflichtung berufen können, noch diejenigen der Belasteten an die nebensächliche Verpflichtung gebunden sind.¹⁵⁹ Auch für JEANDIN ändert die Revision nichts an der

¹⁵² CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 5.

¹⁵³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1206; SCHMID/BUTTLIGER, S. 129; STEINAUER II, § 63, Fn. 76; JEANDIN, S. 66.

¹⁵⁴ HÜRLIMANN-KAUP, Schranken, S. 62.

¹⁵⁵ HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 42.

¹⁵⁶ HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 42, bestätigt in Schranken, S. 62.

¹⁵⁷ HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 42.

¹⁵⁸ SCHMID/BUTTLIGER, S. 130.

¹⁵⁹ SCHMID/BUTTLIGER, S. 130.

Zulässigkeit der Nebenpflichten, sondern es würden die Wirksamkeitsbedingungen gegenüber Rechtsnachfolger*innen präzisiert.¹⁶⁰

Diese Meinung wird von der herrschenden Lehre vertreten.¹⁶¹

2. Zweite Lehrmeinung: Dienstbarkeitsbelastete und -berechtigte

Bereits in den frühen Neunzigerjahren wiesen SIMONIUS und SUTTER darauf hin, dass bei der Begründung einer Dienstbarkeit obligatorische Verpflichtungen sowohl der Grundeigentümer*innen gegenüber den Dienstbarkeitsberechtigten als auch umgekehrt, also der Dienstbarkeitsberechtigten gegenüber den Grundeigentümer*innen (den Dienstbarkeitsbelasteten), festgelegt werden können.¹⁶² Aufgrund der Unabhängigkeit des beschränkten dinglichen Rechts gegenüber dem Eigentum nahmen sie an, dass solche Vereinbarungen im Zweifel realobligatorisch wirken und somit sowohl die jeweiligen Eigentümer*innen als auch die jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten binden.¹⁶³ Zwar würden Realobligationen nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen festgelegt werden können, Art. 730 Abs. 2 ZGB biete jedoch einen entsprechenden Anknüpfungspunkt.¹⁶⁴

JÜRG SCHMID stützte sich – ebenfalls noch vor dessen Revision per 1. Januar 2012 – auf den Wortlaut von Art. 730 Abs. 2 ZGB und führte aus, dass «eine persönliche Leistungspflicht des belasteten Grundeigentümers gegenüber dem Berechtigten, oder des Berechtigten gegenüber dem Dienstbarkeitsbelasteten» mit der Dienstbarkeit verknüpft werden könne.¹⁶⁵

Für PIOTET bedeutet die subjektiv-dingliche Verknüpfung eines Forderungsrechts mit einer Dienstbarkeit, dass sowohl die Dienstbarkeitsberechtigten (bei einer Grunddienstbarkeit die Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks) als auch die Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks als Schuldner*innen festgelegt werden

¹⁶⁰ JEANDIN, S. 66.

¹⁶¹ GALLAND, N. 724, mit Hinweisen auf zahlreiche weitere Autor*innen in Fn. 753.

¹⁶² SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 27.

¹⁶³ SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 27.

¹⁶⁴ SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 27 f. Ein weiterer solcher Anknüpfungspunkt biete Art. 741 ZGB (SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 29).

¹⁶⁵ SCHMID, Wandel, S. 282.

können.¹⁶⁶ Auch er stützt sich dabei vor allem auf den Wortlaut des revidierten Art. 730 Abs. 2 ZGB und sieht in Art. 741 Abs. 2 ZGB ein zusätzliches Argument für seine Ansicht.¹⁶⁷ PIOTET zeigt sich erstaunt darüber, dass derjenige Teil der Lehre,

- der nebensächliche Leistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB den Eigentümer*innen von herrschenden Grundstücken nicht auferlegen können will,
- es aber zulässt, dass die Unterhaltspflicht für eine Dienstbarkeitsanlage (Art. 741 ZGB), die auch die Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks benutzen, ganz den Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks überbunden wird.¹⁶⁸

PIOTET ist zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass sowohl die nebensächliche Leistungspflicht i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB als auch die Unterhaltspflicht das gleiche rechtliche Wesen haben (vgl. Ziff. II.1 f. hievor resp. Ziff. IV.3.3 hienach).¹⁶⁹

Laut WERMELINGER und PFÄFFLI wurde bei der Revision von Art. 730 Abs. 2 ZGB¹⁷⁰ immer davon ausgegangen, dass sowohl die Dienstbarkeitsbelasteten als auch die Dienstbarkeitsberechtigten zu Nebenleistungen im Sinne dieses Artikels verpflichtet werden können.¹⁷¹ Sie verweisen auf das in der Botschaft¹⁷² erwähnte Urteil des Bundesgerichts,¹⁷³ in dem eine durch die *Dienstbarkeitsberechtigten* zu erbringende Zahlung einer Einkaufssumme für die Erstellung einer Strasse zur Diskussion stand.¹⁷⁴ Darin, dass für die Revision von Art. 730 Abs. 2 ZGB ein Bundesgerichtsentscheid herangezogen wird, in dem die Berechtigten eine Nebenleistung schulden, erblicken sie, dass der Gesetzgeber vom bisherigen Recht abkehren wollte, so dass nun auch die Dienstbarkeitsberechtigten Nebenleistungspflichten übernehmen können.¹⁷⁵ Dass der Wortlaut die Verbindlichkeit auch für die Erwerber*innen von berechtigten

¹⁶⁶ PIOTET, N. 117 und 124.

¹⁶⁷ PIOTET, N. 124.

¹⁶⁸ PIOTET, Fn. 222.

¹⁶⁹ PIOTET, Fn. 222.

¹⁷⁰ Vgl. Ziff. II.2.2.2 hievor.

¹⁷¹ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 10.

¹⁷² Botschaft Register-Schuldbrief, 5310.

¹⁷³ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff.

¹⁷⁴ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 9.

¹⁷⁵ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 9. Auch schon PFÄFFLI/BYLAND, S. 229, sowie PFÄFFLI, Dienstbarkeiten, S. 16, und Neuerungen 2011, S. 123. Zustimmend LORENZI/GURTNER, S. 153.

Grundstücken erwähne, könne nur bedeuten, dass diese auch die Schuldner*innenrolle einnehmen können.¹⁷⁶ Das in der Botschaft erwähnte Urteil betraf Unterhaltslasten nach Art. 741 ZGB, zu denen sowohl die Eigentümer*innen des dienenden als auch diejenigen des herrschenden Grundstücks verpflichtet werden können.¹⁷⁷ Auch daraus schliessen sie, dass die Eigentümer*innen des berechtigten sowie des belasteten Grundstücks verpflichtet werden können, andernfalls hätte dieses Urteil lediglich im Zusammenhang mit der Änderung von Art. 741 Abs. 2 ZGB in die bundesrätliche Botschaft aufgenommen werden müssen.¹⁷⁸

Wie auch schon PIOTET bekunden WERMELINGER und PFÄFFLI ausserdem Mühe mit der Auffassung der ungleichen Qualität der realobligatorischen Absicherung von Unterhaltslasten nach Art. 741 ZGB und von positiven Leistungspflichten der Dienstbarkeitsberechtigten.¹⁷⁹ Aufgrund des praktisch identischen Satzaufbaus von Art. 730 Abs. 2 Satz 2 ZGB und Art. 741 Abs. 2 Satz 2 ZGB kann für sie eine systematische Auslegung des Gesetzes nur ergeben, dass für beide Leistungspflichten die gleichen Grundsätze gelten müssen.¹⁸⁰

Wenn die Verfechter*innen der Gegenposition der Meinung sind, durch die Revision von Art. 730 Abs. 2 ZGB sei keine Änderung der umstrittenen Thematik beabsichtigt gewesen,¹⁸¹ halten ihnen WERMELINGER und PFÄFFLI entgegen, dass der in der bundesrätlichen Botschaft erwähnte Entscheid nicht eine bestehende Bundesgerichtspraxis zu Art. 730 Abs. 2 ZGB darstelle, sondern davon handle, dass auf die Abweichung von Art. 741 Abs. 2 ZGB im Grundbuchbeleg hingewiesen werden müsse.¹⁸² Sie hinterfragen die Gründe, wieso der Gesetzgeber – trotz Kenntnis der bestehenden Kontroverse – die Bestimmung dergestalt geändert haben sollte, wenn

¹⁷⁶ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 10. Bei Annahme der ersten Lehrmeinung müsste der Wortlaut von Art. 730 Abs. 2 Satz 2 ZGB nach ihnen wie folgt lauten: «Für den Erwerber des belasteten Grundstücks ist eine solche Verpflichtung nur verbindlich, wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt.» (WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 11).

¹⁷⁷ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 13.

¹⁷⁸ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 13.

¹⁷⁹ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 11 f.

¹⁸⁰ WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 14 f.

¹⁸¹ GALLAND, N. 1000; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen, S. 42; JEANDIN, S. 66; SCHMID/BUTTLIGER, S. 130.

¹⁸² WERMELINGER/PFÄFFLI, Fn. 21.

nicht zur Präzisierungen der umstrittenen realobligatorischen Wirkung von Nebenleistungspflichten der Dienstbarkeitsberechtigten.¹⁸³ Laut PIOTET, der wie auch PFÄFFLI der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Fachkommission angehörte,¹⁸⁴ war sich die den Vorentwurf ausarbeitende Expertenkommission der Änderung bewusst.¹⁸⁵

Für RUSCH deckt der Gesetzestext (in allen drei Sprachen) die Möglichkeit ab, dass auch die Dienstbarkeitsberechtigten zu nebensächlichen Leistungspflichten verpflichtet werden können.¹⁸⁶ Auch er richtet den Blick auf die Unterhaltspflicht nach Art. 741 ZGB, die den Eigentümer*innen sowohl der dienenden Grundstücke (Dienstbarkeitsbelastete) als auch der herrschenden Grundstücke (Dienstbarkeitsberechtigte) auferlegt werden kann.¹⁸⁷

3. Aus der Praxis

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nicht eindeutig.¹⁸⁸

In einem Urteil im Jahr 1956 hat das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, dass es möglich wäre, Berechtigten aus einer Durchleitungsdienstbarkeit nach Art. 730 Abs. 2 ZGB nebensächlich verbundene Leistungspflichten aufzuerlegen.¹⁸⁹

Bei der Auslegung von Bestimmungen rund um Grundlasten hat das Bundesgericht 1967 ausgeführt, dass bloss die jeweiligen Eigentümer*innen der belasteten Grundstücke zu nebensächlich mit Dienstbarkeiten verbunden Leistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB verpflichtet werden können.¹⁹⁰

Der die Gesetzesrevision auslösende Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1998 betraf eine Leistungspflicht der Dienstbarkeitsberechtigten.¹⁹¹ Laut GALLAND

¹⁸³ WERMELINGER/PFÄFFLI, Fn. 21.

¹⁸⁴ Mitteilung in BN 2000 S. 288 ff., S. 289.

¹⁸⁵ PIOTET, Fn. 222.

¹⁸⁶ RUSCH, S. 10.

¹⁸⁷ RUSCH, S. 10 f.

¹⁸⁸ GALLAND, N. 724; RUSCH, S. 10.

¹⁸⁹ BGE 82 I 36 E. 1 S. 39.

¹⁹⁰ BGE 93 II 71 E. 3.c S. 79 f.

¹⁹¹ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff. Vgl. Ziff. II.2.2.2 hievor.

folgt der Entscheid der Vorinstanz, wonach eine nebensächliche Leistungspflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB nur das dienende Grundstück belasten kann.¹⁹² PIOTET zufolge hat das Bundesgericht jedoch erwogen, dass auch die Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks betroffen sein können.¹⁹³ Weil das Urteil zu intensiven Diskussionen geführt hat, hat das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht am 22. März 1999 eine Richtlinie erlassen.¹⁹⁴ Darin hält es fest, dass nach Art. 730 Abs. 2 ZGB «bei einer Dienstbarkeit mit dem Belasteten zusätzlich die Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen vereinbart werden» kann.¹⁹⁵

Erstaunlicherweise hat das Bundesgericht im Jahr 2001 festgehalten, dass sich Dienstbarkeitsberechtigte durch Verzicht auf die Dienstbarkeit von durch sie zu erfüllenden Nebenverpflichtungen i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB befreien können.¹⁹⁶

Im Jahr 2010 hat das Bundesgericht wiederum eindeutig festgehalten, dass nur die Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks eine positive Leistungspflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB treffen kann.¹⁹⁷ In Übereinstimmung damit hat es 2018 (im Hinblick auf die Fassung von Art. 730 Abs. 2 ZGB noch vor dessen Revision) festgehalten, dass nebensächlich verbundene Handlungspflichten Eigentümer*innen des berechtigten Grundstücks nicht auferlegt werden können.¹⁹⁸

Nach Inkrafttreten der Ergänzung von Art. 730 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht im Dezember 2018 klar ausgeführt, dass durch die Revision nichts an den Zulassungskriterien für Nebenpflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB ändere.¹⁹⁹ Eine positive Leistungspflicht in Verbindung mit einer Dienstbarkeit könne nur den Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks auferlegt werden, nicht aber denjenigen des

¹⁹² GALLAND, Fn. 755.

¹⁹³ PIOTET, Fn. 221.

¹⁹⁴ BN 1999 S. 112 f.

¹⁹⁵ BN 1999 S. 112 f., S. 112.

¹⁹⁶ BGE 127 III 300 E. 5.a.bb S. 303.

¹⁹⁷ Urteil des BGer vom 7. Juli 2010 E. 4.1.2, in: ZBGR 92/2011 S. 205 ff., S. 210 f.

¹⁹⁸ Urteil des BGer vom 27. Februar 2018 E. 2.3.4, in: ZBGR 99/2018 S. 293 ff., S. 299.

¹⁹⁹ Urteil des BGer vom 13. Dezember 2018 E. 5.3.1, in: ZBGR 102/2021 S. 49 ff., S. 56. WERMELINGER und PFÄFFLI vermissen in der Begründung des Bundesgerichts eine Auseinandersetzung mit dem neu eingefügten Teilsatz (WERMELINGER/ PFÄFFLI, S. 13), für PIOTET ist deren Fehlen gar ungenügend (PIOTET, Fn. 222).

herrschenden Grundstücks.²⁰⁰ Die Bezugnahme des Bundesgerichts auf GALLAND und die entsprechenden Ausführungen haben die Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern veranlasst, von der gegenteiligen bernischen Praxis abzukehren und nur noch die Dienstbarkeitsbelasteten als Schuldner*innen der nebensächlichen Leistungspflicht zuzulassen.²⁰¹ Im Zuge der Erstellung dieser Arbeit hat sich die Autorin bei den übrigen kantonalen Grundbuchämtern resp. Grundbuchinspektor*innen nach deren Praxis erkundigt. Die erhaltenen Rückmeldungen zeigen, dass beide Ansichten in der Praxis vertreten werden, ohne dass sich eine klare Tendenz abzeichnet.²⁰²

4. Fazit

Nicht nur ist sich die Lehre uneins, auch das Bundesgericht vermochte bisher den Streit nicht final zu klären. Wenn das Bundesgericht im jüngsten erwähnten Entscheid festhält, dass an den Zulassungskriterien nichts geändert habe, hilft dies wenig, wenn die ältere Gerichtspraxis uneinheitlich ist; zumindest wird aber ausgeführt, dass die Leistungspflicht nur die Dienstbarkeitsbelasteten treffen kann. Dass sich auch die

²⁰⁰ Urteil des BGer vom 13. Dezember 2018 E. 5.3.2, in: ZBGR 102/2021 S. 49 ff., S. 57, unter Bezugnahme auf GALLAND, N. 1030.

²⁰¹ DIJ (Hrsg.): Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung (Version 36, Bern 2023), <<https://www.gba.dij.be.ch> → Handbuch (inkl. Weisungen)> (besucht am 20. November 2024), Ziff. 4.1.2.3 und Fn. 413.

²⁰² So lassen bspw. die Kantone GR, SH und ZG nebensächliche Verpflichtungen der Dienstbarkeitsberechtigten zu (Auskünfte per E-Mail vom 29. November 2024 von Ludwig Decurtins [Grundbuchinspektor GR], Martin Alder [Amtschef des Grundbuchamtes SH] sowie Gabriela Gajski [Abteilungsleiterin Grundbuch ZG]). Im Kanton VD wurden die Urkundspersonen aufgrund des Urteils des BGer vom 13. Dezember 2018, in: ZBGR 102/2021 S. 49 ff., darauf hingewiesen, dass eine positive Leistungspflicht nicht den Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks auferlegt werden könne, man ist jedoch aufgrund der anhaltenden Kontroverse zu diesem Thema wieder von dieser Position abgerückt (Auskunft per E-Mail vom 29. November 2024 von Evelyne Seppey [Grundbuchinspektorin VD]). Namentlich in den Kantonen SG, ZH und TG können nur positive Leistungspflichten der Dienstbarkeitsbelasteten nebensächlich mit Dienstbarkeiten verbunden werden (Auskünfte per E-Mail vom 29. November und 3. Dezember 2024 von Sven Baumann [Abteilungsleiter des Amtes für Gemeinden und Bürgerrecht SG], Dominic Staible [juristischer Sekretär des Notariatsinspektorates ZH], Andreas Brühwiler [Grundbuch- und Notariatsinspektor TG]). Im Kanton LU handeln verschiedene Grundbuchämter nach den unterschiedlichen Ansichten (Auskunft per E-Mail vom 3. Dezember 2024 von Daniel Burger [Grundbuchverwalter des Grundbuchamtes Luzern Ost]).

lokalen Grundbuchämter nicht einig sind und keine klare Tendenz erkennen lassen, verdeutlicht die Komplexität der Situation.

IV. Inhalt einer nebensächlichen Verpflichtung

1. Nebensächlichkeit

1.1. Voraussetzungen

Im Verhältnis zur Hauptverpflichtung aus der Dienstbarkeit muss die damit verbundene positive Leistungspflicht sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrem Umfang nebensächlich sein.²⁰³ JOST gibt als Grund für die Einschränkungen an, dass keine neuen dinglichen Rechte jenseits des *numerus clausus* der dinglichen Rechte geschaffen werden dürfen.²⁰⁴

1.1.1. Nebensächliche Bedeutung nach dem Inhalt

Dient eine positive Leistungspflicht dazu, die *Ausübung* einer Dienstbarkeit zu *ermöglichen* bzw. zu *erleichtern* oder *schädigende Auswirkungen* auf Dritte zu *verhindern*, so ist sie ihrem Inhalt nach nebensächlich zur Dienstbarkeit.²⁰⁵

1.1.2. Nebensächliche Bedeutung nach dem Umfang

Unzulässig ist, dass die positive Leistungspflicht die *hauptsächliche Last* darstellt, während die eigentliche Verpflichtung aus der Dienstbarkeit – also die Duldsungs- oder Unterlassungspflicht – bloss von nebensächlicher Bedeutung ist.²⁰⁶ Würde die Leistungspflicht keine untergeordnete Rolle spielen, müsste eine Grundlast nach

²⁰³ ZK-LIVER, Art. 130, N. 195 und 203; BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 24; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1264; Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 2.e, in: ZBGR 62/1981 250 ff., S. 254 f.

²⁰⁴ JOST, S. 77.

²⁰⁵ ZK-LIVER, Art. 130, N. 203; das BGer umschreibt im Urteil vom 12. Juni 1980 E. 2.e, in: ZBGR 62/1981 250 ff., S. 255, die nebensächliche Bedeutung der Handlung damit, als dass «sie lediglich dazu dient, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern» und wiederholt dies auch im Urteil vom 5. Dezember 1995 E. 1, in: ZBGR 80/1999 S. 32 ff., S. 34.

²⁰⁶ ZK-LIVER, Art. 730, N. 204; BK-LEEMANN, Art. 730, N. 37; Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 2.e, in: ZBGR 62/1981 250 ff., S. 255.

Art. 782 ZGB errichtet werden.²⁰⁷ Die Leistungspflicht ist auch nicht nebensächlich, wenn sie für die Berechtigten wertvoller ist als die Dienstbarkeit selbst.²⁰⁸ Ebenfalls unzulässig ist eine mit der Hauptverpflichtung aus der Dienstbarkeit gleichbedeutende positive Leistungspflicht.²⁰⁹

Ob die positive Leistungspflicht nur nebensächliche Bedeutung hat, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls.²¹⁰ Das Gericht hat freies Ermessen.²¹¹ Nach LIVER kann die Verpflichtung der dienstbarkeitsbelasteten Person, eine Wasserleitung zu erstellen und zu erhalten, gegenüber der Pflicht, die Wasserentnahme von den Berechtigten zu dulden, als nebensächlich betrachtet werden, insofern sich die Quelle auf dem belasteten Grundstück befindet.²¹² Handelt es sich beim belasteten Grundstück allerdings nur um ein Durchleitungsgrundstück, wäre die Verpflichtung zu Erstellung und Unterhalt der Leitung im Verhältnis zum Dulden der Durchleitung nicht von untergeordneter Bedeutung und deshalb nicht nebensächlich.²¹³ Laut einem älteren Entscheid des Bundesgerichts kommt es bei der Beurteilung der Nebensächlichkeit nach dem Umfang auf die wirtschaftliche Bedeutung der Handlung nicht an.²¹⁴ LIVER und GALLAND widersprechen dieser Auffassung.²¹⁵ GALLAND gibt ausserdem auch noch das Zeitopfer der Belasteten sowie die Einschränkung deren persönlicher Freiheit als mögliche Kriterien an.²¹⁶

²⁰⁷ ZK-LIVER, Art. 730, N. 204; BGE 93 II 71 E. 3.c S. 80; RIEMER, § 8, N. 5; PIOTET, N. 124.

²⁰⁸ PIOTET, N. 124.

²⁰⁹ BK-REY, Art. 730, N. 177.

²¹⁰ ZK-LIVER, Art. 730, N. 207; BK-REY, Art. 730, N. 177; GALLAND, N. 759.

²¹¹ PIOTET, N. 124.

²¹² ZK-LIVER, Art. 730, N. 207.

²¹³ ZK-LIVER, Art. 730, N. 207.

²¹⁴ Urteil des BGer vom 30. Oktober 1912 E. 2, in: ZBGR 19/1938 S. 31 ff., S. 33.

²¹⁵ ZK-LIVER, Art. 730, N. 204, und GALLAND, N. 760.

²¹⁶ GALLAND, N. 760.

1.2. Folgen der fehlenden Nebensächlichkeit

1.2.1. Ursprünglich fehlende Nebensächlichkeit

Auch bei der Frage nach den Konsequenzen der Nichterfüllung der Nebensächlichkeit für die Dienstbarkeit (Ziff. 1.2.1.1 sogleich) und für die positive Leistungspflicht (Ziff. 1.2.1.2 hienach) besteht Uneinigkeit in der Lehre.

1.2.1.1. Konsequenzen für die Dienstbarkeit

Für LEEMANN wird die positive Leistungspflicht zum Bestandteil der Grunddienstbarkeit.²¹⁷ Mangelt es jener an der vorausgesetzten Nebensächlichkeit, ist die Dienstbarkeit für ihn nicht entstanden.²¹⁸

LIVER lehnt diesen Standpunkt ab: Es dürfe nicht verkannt werden, dass die Hauptverpflichtung aus einer Dienstbarkeit, die gegenüber der positiven Leistungspflicht unglücklicherweise eine nebensächliche Rolle eingenommen hat, auch ohne Verbindung mit der positiven Leistungspflicht ihre Daseinsberechtigung haben könne, z.B. schon nur gestützt auf den Willen der Parteien.²¹⁹ Selbst wenn die positive Leistungspflicht nicht mit realobligatorischer Wirkung ausgestattet werden könne und einzig zwischen den Parteien gelte, habe die nur aus der Hauptverpflichtung bestehende Dienstbarkeit eine Bedeutung.²²⁰ Er stellt dies mit dem folgenden Beispiel dar: Für die Dauer der obligatorischen Verpflichtung einer Wasserversorgungsgenossenschaft zur Wasserlieferung hat ein Anschlussrecht einen erheblichen Wert.²²¹ Es ist LIVER beizupflichten, dass eine Dienstbarkeit nicht unwirksam sein kann, bloss weil mit ihr eine nach Art. 730 Abs. 2 ZGB unzulässige positive Leistungspflicht in Verbindung gebracht wird.²²² JOST stimmt LIVER und dessen Argumentation zu.²²³

²¹⁷ Vgl. Fn. 56 hievor.

²¹⁸ BK-LEEMANN, Art. 730, N. 40.

²¹⁹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 211.

²²⁰ ZK-LIVER, Art. 730, N. 211.

²²¹ ZK-LIVER, Art. 730, N. 211.

²²² ZK-LIVER, Art. 730, N. 211.

²²³ JOST, S. 78 und 148.

Weil die nebensächliche Leistungspflicht nicht Teil des dinglichen Rechts darstelle, schliesst sich auch GALLAND der Auffassung von LEEMANN nicht an.²²⁴ Für ihn übersieht LIVER aber Situationen, in denen die Parteien kein Interesse mehr an der Dienstbarkeit haben, wenn es sich bei der Leistungspflicht lediglich um eine gewöhnliche obligatorische Verbindlichkeit handelt.²²⁵

Für PIOTET, STEINAUER und GÖKSU bleibt die Dienstbarkeit ohne die Handlungspflicht grundsätzlich bestehen (Art. 20 Abs. 2 OR²²⁶ vorausgesetzt).²²⁷ Einzig wenn die Parteien den Vertrag nach dem hypothetischen Parteiwillen ohne die nicht nebensächliche Leistungspflicht gar nicht abgeschlossen hätten, erachten sie die gänzliche Ungültigkeit der Dienstbarkeit als angezeigt.²²⁸ Auch NEUENSCHWANDER und GALLAND folgen dieser Ansicht und machen anhand von Art. 20 Abs. 2 OR eine zweistufige Prüfung, indem sie erst die Auswirkungen auf die positive Leistungspflicht (vgl. Ziff. 1.2.1.2 sogleich) und anschliessend die Auswirkungen auf die Dienstbarkeit untersuchen.²²⁹

1.2.1.2. Konsequenzen für die positive Leistungspflicht

Eine in unzulässiger Weise mit einer Dienstbarkeit verbundene positive Leistungspflicht hat für LIVER den Charakter einer gewöhnlichen obligatorischen Verbindlichkeit.²³⁰ Diese Meinung teilt PFÄFFLI.²³¹ Auch wenn der Grundbucheintrag einen Hinweis auf eine positive Leistungspflicht enthält, verschafft dies der an Nebensächlichkeit mangelnden Leistungspflicht nach NEUENSCHWANDER keine realobligatorische Wirkung.²³² Soll die nur obligatorisch wirkende Verbindlichkeit auch für

²²⁴ GALLAND, N. 1015.

²²⁵ GALLAND, N. 1017.

²²⁶ Art. 20 Abs. 2 OR: «Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.»

²²⁷ PIOTET, N. 128; STEINAUER II, N. 3325; CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 6.

²²⁸ PIOTET, N. 128, und CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 6.

²²⁹ NEUENSCHWANDER, S. 518; GALLAND, N. 1018 ff; zustimmend PIOTET, Fn. 238.

²³⁰ ZK-LIVER, Art. 730, N. 241; zustimmend JOST, S. 78; Urteil des BGer vom 7. Juli 2010 E. 4.3, in: ZBGR 92/2011 S. 205 ff, S. 211.

²³¹ PFÄFFLI, Dienstbarkeiten, S. 16.

²³² NEUENSCHWANDER, S. 518.

Singulärer Nachzessor*innen gelten, muss sie diesen ausdrücklich obligatorisch überbunden werden; die bloße Kenntnisnahme einer Verpflichtung stellt noch nicht deren Annahme dar.²³³ Ist die positive Leistungspflicht nur im Grundbuchbeleg (namentlich im Dienstbarkeitsvertrag) erwähnt, genügt dies nicht.²³⁴ Damit die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung dennoch für jede/n Eigentümer*in des belasteten Grundstücks verbindlich ist, müsste sie unter Erfüllung der dafür geltenden Voraussetzungen als Grundlast nach Art. 782 ZGB errichtet²³⁵ oder in eine solche umgewandelt²³⁶ werden. PIOTET widerspricht und sieht eine Leistungspflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB, der (nach dem Inhalt oder nach dem Umfang) die Nebensächlichkeit fehlt, als widerrechtlich und unwirksam an.²³⁷

Im Rahmen seiner zweistufigen Überprüfung sind für GALLAND zwei Konsequenzen für die Leistungspflicht denkbar, wenn mangels Nebensächlichkeit die realobligatorische Wirkung fehlt und die positive Leistungspflicht ein persönliches Vertragsverhältnis verbleibt.²³⁸ Er bezieht sich auf NEUENSCHWANDER und ermittelt nach Art. 20 Abs. 2 OR, ob die Parteien die Leistungspflicht auch im Bewusstsein der fehlenden realobligatorischen Wirkung (also nur als persönliches Vertragsverhältnis) vereinbart hätten oder nicht.²³⁹ Je nach Ergebnis bleibt die positive Leistungspflicht als persönliches Vertragsverhältnis bestehen oder sie ist nichtig und erlischt.²⁴⁰

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid von 1912 festgehalten, dass Art. 730 Abs. 2 ZGB nicht i.S. von Art. 2 SchlT ZGB um der öffentlichen Ordnung willen

²³³ Urteil des BGer vom 11. November 1999 E. 3.b, in: ZBGR 81/2000 S. 272 ff., S. 274; LORENZI/GURTNER, S. 153.

²³⁴ OFK-KÄHR, Art. 730, N. 37.

²³⁵ ZK-LIVER, Art. 730, N. 218; JOST, S. 79; OFK-KÄHR, Art. 730, N. 35; PIOTET, N. 124. Dabei ist aber zu beachten, dass auch bei der Grundlast die Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen obligatorischen Charakter hat und nur das Wertrecht ein dingliches Recht darstellt (ZK-LIVER, Art. 730, N. 226; BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 269; RIEMER, § 37, N. 6; ferner BK-REY, Art. 730, N. 199).

²³⁶ CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 6; BGE 108 II 39 E. 4.d S. 46.

²³⁷ PIOTET, N. 127.

²³⁸ GALLAND, N. 1020.

²³⁹ NEUENSCHWANDER, S. 518; GALLAND, N. 1021.

²⁴⁰ NEUENSCHWANDER, S. 518; GALLAND, N. 1021.

erlassen wurde und somit nicht zum Schweizerischen *Ordre public* gehört.²⁴¹ Leistungspflichten, die nicht nebensächlich sind und die mit einer Dienstbarkeit des alten kantonalen Rechts verbunden sind, können trotz fehlender bundesrechtlicher Voraussetzung weiterbestehen.²⁴²

1.2.2. Nachträglich fehlende Nebensächlichkeit

Im Laufe der Zeit können sich die Verhältnisse dergestalt ändern, dass die positive Leistungspflicht ihrem Umfang nach gegenüber der Duldungs- oder Unterlassungspflicht nicht mehr von nebensächlicher Bedeutung ist. Auch solche Rechtsverhältnisse sind wie gewöhnliche obligatorische Verpflichtungen zu behandeln.²⁴³

Es ist Schuldner*innen zuzugestehen, in solchen Fällen vor Gericht um Änderung oder Auflösung der positiven Leistungsverpflichtung zu ersuchen, da sich die Verhältnisse seit Begründung derart geändert haben, dass die Erfüllung der verabredeten Leistungspflicht eine unverhältnismässige Belastung darstellt und deren Festhalten daran gegen Treu und Glauben verstößt.²⁴⁴ Die *clausula rebus sic stantibus* ist laut Bundesgericht grundsätzlich anwendbar.²⁴⁵

2. Materieller Inhalt

Damit die Voraussetzung der inhaltlichen Nebensächlichkeit (vgl. Ziff. 1.1.1 hievor) erfüllt ist, kann Inhalt einer nebensächlichen Verpflichtung nur eine positive Leistungspflicht sein, die die Ausübung der Dienstbarkeit möglich macht, erleichtert oder sichert.²⁴⁶

Nach REY besteht eine *funktionelle Akzessorietät*: Da durch die Berechtigung aus der nebensächlichen Verpflichtung die Ausübung der Dienstbarkeit erleichtert, gefördert oder geschützt wird, muss zwischen dieser und der Berechtigung aus der

²⁴¹ Urteil des BGer vom 30. Oktober 1912 E. 2, in: ZBGR 19/1938 S. 31 ff., S. 33; PIOTET, N. 126.

²⁴² PIOTET, N. 126 f.

²⁴³ ZK-LIVER, Art. 730, N. 241 f.

²⁴⁴ BK-REY, Art. 730, N. 208; BGE 45 II 386 E. 5 S. 396 f.

²⁴⁵ BGE 45 II 386 E. 5 S. 397.

²⁴⁶ ZK-LIVER, Art. 730, N. 212. Vgl. Fn. 205 hievor.

Dienstbarkeit ein funktioneller, innerer Zusammenhang bestehen.²⁴⁷ Es kann also nicht jede beliebige Handlungspflicht mit der Dienstbarkeit verknüpft werden, sondern nur solche, die mit ihrem Hauptinhalt sachlich verknüpft sind.²⁴⁸ Der Inhalt der positiven Leistungspflicht bestimme sich generell durch das Verhältnis zur Dienstbarkeit.²⁴⁹ Für PIOTET ist zentral, dass die Nebenleistungspflicht mit der Ausübung der Dienstbarkeit zusammenhängt oder – für den Fall, dass sie die Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks trifft –²⁵⁰ damit zusammenhängen könnte.²⁵¹

Die Leistungspflichten bestehen nach REY regelmässig aus Dienstleistungen (bspw. Kontrolle oder Beaufsichtigung von Dienstbarkeitsanlagen), aus Sachleistungen (wenn die Dienstbarkeitsanlage im Rahmen des Unterhalts zu Lasten der Dienstbarkeitsbelasteten repariert werden muss) oder aus Kombinationen von Arbeits- und Sachleistungen (er nennt eine Schneeräumungs-/Salzpflicht bei einem Weg- und Fahrrecht).²⁵² PIOTET nennt Beispiele:

- verbunden mit einem Wegrecht: Unterhalt oder Beleuchtung des Weges;
- verbunden mit einem Fusswegrecht: Aufstellen von Geländern;
- verbunden mit einem Quellenrecht: Instandstellung der zur Ausübung erforderlichen Leitungen.²⁵³

Weil nach ihm nur die Dienstbarkeitsbelasteten Schuldner*innen der nebensächlichen Verpflichtung sein können, sind für REY weder wiederkehrende Gegenleistungen für die Dienstbarkeitseinräumung noch Bezugspflichten (z.B. für den Wärmebezug) mögliche Inhalte der positiven Leistungspflichten i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB.²⁵⁴ STEINAUER, der im Meinungsstreit die gleiche Ansicht vertritt, argumentiert, dass Gegenleistungen für Dienstbarkeiten durch die Errichtung von Grundlasten

²⁴⁷ BK-REY, Art. 730, N. 169; zustimmend CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 5. Auch PIOTET bezeichnet die Nebensächlichkeit hinsichtlich des Inhaltes mit «funktionell» (PIOTET, N. 124).

²⁴⁸ CHK-GÖKSU, Art. 730, N. 5.

²⁴⁹ BK-REY, Art. 730, N. 171.

²⁵⁰ Vgl. zu den verschiedenen Meinungen Ziff. III hievor.

²⁵¹ PIOTET, N. 124.

²⁵² BK-REY, Art. 730, N. 172; vgl. ausserdem seine ausführliche Auflistung von Beispielen in N. 180 ff.

²⁵³ PIOTET, N. 124.

²⁵⁴ BK-REY, Art. 730, N. 150.

abgesichert werden müssen.²⁵⁵ Nach der Auffassung von LORENZI und GURTNER ist es seit der Revision des Immobiliarsachenrechts hingegen möglich, wiederkehrende Entschädigungen nach Art. 730 Abs. 2 ZGB mit realobligatorischer Wirkung auszustatten.²⁵⁶

Der Ansicht von REY, die positive Leistung müsse ein fortgesetztes Verhalten oder eine periodisch wiederkehrende Leistung darstellen,²⁵⁷ widersprechen RIEMER und GALLAND mit Hinweis auf die Praxis des Bundesgerichts, wonach die *einmalige Pflicht*, Spannteppiche auf den Böden einer Eigentumswohnung verlegen zu lassen, eine nebensächliche Verpflichtung i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB darstellt.²⁵⁸

Es empfiehlt sich, die positiven Leistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB konkret zu umschreiben, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu Unterhaltspflichten nach Art. 741 ZGB (vgl. Ziff. 3 sogleich) zu vermeiden.²⁵⁹

3. Abgrenzung zur Unterhaltspflicht nach Art. 741 ZGB

Für den Fall, dass zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Vorrichtung gehört, regelt Art. 741 ZGB die Tragung deren Unterhalts: Grundsätzlich haben die Berechtigten diese zu unterhalten (Abs. 1), falls sie aber auch den Interessen der Belasteten dient, ist sie in diesem Verhältnis von beiden Seiten zu unterhalten (Abs. 2). Die gesetzliche Regelung basiert auf der Überlegung, dass diejenige Person, die von der Vorrichtung profitiert, naturgemäß auch deren Unterhalt zu besorgen hat.²⁶⁰

Hinsichtlich des Verhältnisses zur Nebenleistungspflicht i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB gehen die Meinungen auseinander:

²⁵⁵ STEINAUER II, N. 3323; BGE 52 II 27 E. 1 S. 37.

²⁵⁶ LORENZI/GURTNER, S. 154 f.; a.M. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1207.

²⁵⁷ BK-REY, Art. 730, N. 174.

²⁵⁸ RIEMER, § 12, N. 19, und GALLAND, N. 752; Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 2.e, in: ZBGR 62/1981 S. 250 ff., S. 255.

²⁵⁹ BK-REY, Art. 730, N. 179.

²⁶⁰ STEINAUER II, N. 3441.

- PIOTET erachtet die Unterhaltsregelung von Art. 741 ZGB als eine gesetzlich aufgelegte nebensächliche Leistungspflicht.²⁶¹ Für RUSCH zählt sie potenziell auch zu den nebensächlichen Pflichten.²⁶²
- Die Bestimmung ist dispositiver Natur.²⁶³ Soll der Unterhalt für Dienstbarkeitsvorrangungen von den Dienstbarkeitsbelasteten – also entgegen der gesetzlichen Regelung – getragen werden, ist das laut LIVER, KÄHR, PETITPIERRE und GALLAND eine positive Leistungspflicht mit nebensächlicher Bedeutung i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB.²⁶⁴ GALLAND weist darauf hin, dass die entsprechenden Zulassungskriterien zu beachten sind.²⁶⁵
- Für PFÄFFLI und BYLAND gehören Vereinbarungen über die Tragung von Unterhaltslasten nicht zu den Nebenleistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB.²⁶⁶ Zusammen mit WERMELINGER gibt PFÄFFLI an, dass nicht in Art. 741 Abs. 2 ZGB enthaltene positive Leistungspflichten von Art. 730 Abs. 2 ZGB abgedeckt werden müssen.²⁶⁷ Da sie sich nach ihrer Ansicht u.a. hinsichtlich der Verpflichteten unterscheiden,²⁶⁸ grenzen auch JÖRG SCHMID und BUTTLIGER die Unterhaltspflichten nach Art. 741 Abs. 2 ZGB von den Nebenleistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB ab.²⁶⁹

²⁶¹ PIOTET, N. 121.

²⁶² RUSCH, S. 10 f.

²⁶³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1290a; BK-REY, Art. 730, N. 178; ZK-LIVER, Art. 741, N. 67; BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 16; CR-ARGUL, Art. 741, N. 5; HRUBESCH-MILLAER/GRAHAM-SIEGENTHALER/EGGEL, N. 1574; BGE 116 II 281 E. 4.d S. 290 f.

²⁶⁴ ZK-LIVER, Art. 741, N. 66; OFK-KÄHR, Art. 730, N. 33; BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 1, GALLAND, N. 1130. Auch für PIOTET fallen Abweichungen und Präzisierungen in den Anwendungsbereich von Art. 730 Abs. 2 ZGB (PIOTET, N. 121).

²⁶⁵ GALLAND, N. 1131. Zu den Voraussetzungen vgl. Ziff. IV.1.1 hievor.

²⁶⁶ PFÄFFLI, Neuerungen 2010, S. 363, und Neuerungen 2011, S. 123; PFÄFFLI/BYLAND, S. 229; WERMELINGER/PFÄFFLI, S. 14. Laut dem in Fn. 201 hievor erwähnten Handbuch der DIJ stellen abweichende Vereinbarungen i.S. von Art. 741 Abs. 2 Satz 2 ZGB nicht mehr nebensächliche Leistungspflichten i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB dar (Ziff. 4.1.2.4).

²⁶⁷ WERMELINGER/PFÄFFLI, Fn. 20.

²⁶⁸ Vgl. Ziff. III.1 hievor.

²⁶⁹ SCHMID/BUTTLIGER, S. 132.

In der gesetzlichen Systematik befindet sich Art. 741 ZGB im Abschnitt über die Grunddienstbarkeiten; wie grundsätzlich alle Bestimmungen dieser Art (Art. 730 bis 744 ZGB), ist die Norm analog auch auf Personaldienstbarkeiten anwendbar.²⁷⁰

3.1. Unterhalt

Weil für die Abweichung von der gesetzlichen Unterhaltsregelung weniger strenge Publizitätserfordernisse als für die Vereinbarung einer nebensächlichen Leistungspflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB gelten,²⁷¹ ist praktisch bedeutsam, was alles unter den Begriff des «Unterhalts» fällt.²⁷² Als Unterhalt gelten Arbeiten zur Erhaltung der Vorrichtung.²⁷³ Schwierig kann die Abgrenzung von Unterhalts- zu Umbaukosten fallen: ein Teil der Umbaukosten einer schlecht unterhaltenen Anlage können Unterhaltskosten nach Art. 741 ZGB darstellen.²⁷⁴

Nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 741 ZGB fallen Fragen zur Haftung für Schäden aus der Vorrichtung.²⁷⁵

Die Lehre geht davon aus, dass sich Art. 741 ZGB zur Kostentragung für die *Erstellung* der Dienstbarkeitsvorrichtung nicht äussert.²⁷⁶ Das Bundesgericht hat dies bestätigt,²⁷⁷ jedoch eine Einkaufssumme für den Bau einer Strasse auch schon als «kumulierte Unterhaltskosten» i.S. von Art. 741 ZGB bezeichnet.²⁷⁸ Für die Redaktion der ZBGR ist diese Qualifikation schwer nachvollziehbar, da die Einkaufssumme hauptsächlich eine Beteiligung der Dienstbarkeitsberechtigten an die Kosten für die

²⁷⁰ BGE 116 II 281 E. 4.d S. 290; KUKO-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 741, N. 2.

²⁷¹ Vgl. Ziff. II.2.2.2 hievor.

²⁷² PIOTET, N. 123.

²⁷³ Urteil des BGer vom 3. Oktober 2000 E. 4.b.bb, in: ZBGR 83/2002 S. 184 ff., S. 189.

²⁷⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 30; CR-ARGUL, Art. 741, N. 4; Urteil des BGer vom 3. Oktober 2000 E. 4.b.bb, in: ZBGR 83/2002 S. 184 ff., S. 189.

²⁷⁵ BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 8.

²⁷⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1290b; ZK-LIVER, Art. 741, N. 28; BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 8; CHK-GÖKSU, Art. 741, N. 3; CR-ARGUL, Art. 741, N. 4; STEINAUER II, N. 3442; JEANDIN, S. 64; GALLAND, N. 1047; OFK-PELLASCIOS, Art. 741, N. 6.

²⁷⁷ Urteil des BGer vom 2. Mai 2006 E. 3.3.1, in: Pra 96 (2007) Nr. 42 S. 264 ff., S. 266.

²⁷⁸ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 199. Vgl. Sachverhalt in Ziff. II.2.2.2 hievor.

Erstellung der Strasse darstelle.²⁷⁹ JÜRG SCHMID betrachtet die Bezahlung der Einkaufssumme weder als Unterhaltsleistung noch als nebensächliche Verpflichtung i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB, da sie (unzulässigerweise) in einem ausgewogenen oder gar primären Verhältnis zur Wegrechtsdienstbarkeit stehe.²⁸⁰ Für REY und GALLAND wendet das Bundesgericht Art. 741 ZGB über den Wortlaut hinaus an.²⁸¹ Für RUSCH hält die Qualifikation des Bundesgerichts einer wirtschaftlichen Betrachtung auch nicht stand, im Ergebnis erachtet er sie aber als stimmig und die Rechtssicherheit fördernd: werde Art. 741 ZGB angewendet, müsse sich die Regelung nur aus dem Grundbuchbeleg ergeben, was bei Art. 730 Abs. 2 ZGB anders gewesen wäre.²⁸²

LIVER leitet aus dem Grundsatz von Art. 737 Abs. 1 ZGB²⁸³ ab, dass die Dienstbarkeitsberechtigten befugt sind, auf dem belasteten Grundstück auf eigene Kosten die für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlichen Anlagen zu erstellen.²⁸⁴ In einem späteren Entscheid hat sich das Bundesgericht u.a. auf diese Aussage bezogen und ohne weitere Begründung erklärt, dass für Anlagen, die ausschliesslich der Ausübung der Dienstbarkeit dienen, Art. 741 Abs. 1 ZGB auch für die Kosten deren Errichtung gelte.²⁸⁵

Der Unterhalt erfolgt in erster Linie durch Vornahme der entsprechenden Massnahmen auf Kosten der Unterhaltspflichtigen (und nicht durch Geldzahlung an die

²⁷⁹ ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 200; zustimmend SCHMID, Wandel, S. 283.

²⁸⁰ SCHMID, Wandel, S. 283.

²⁸¹ REY, Rechtsprechung, S. 263, und GALLAND, N. 1317.

²⁸² RUSCH, S. 16.

²⁸³ Art. 737 Abs. 1 ZGB: «Der Berechtigte ist befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist.»

²⁸⁴ ZK-LIVER, Art. 741, N. 28.

²⁸⁵ Urteil des BGer vom 7. Juli 2010 E. 4.1.2, in: ZBGR 92/2011 S. 205 ff., S. 210. Weiter bezog es sich auf STEINAUER, der – wie LIVER – angibt, dass die Bestimmung auf die Erstellungskosten keine Anwendung findet (STEINAUER II, N. 3442).

Eigentümer*innen des belasteten Grundstücks).²⁸⁶ Mit dem Unterhalt schulden die Schuldner*innen grundsätzlich die Pflicht zur Verwaltung der Vorrichtung.²⁸⁷

Leistungspflichten, die über die Unterhaltspflicht nach Art. 741 ZGB hinausgehen, können Nebenleistungspflichten nach Art. 730 Abs. 2 ZGB darstellen.²⁸⁸ Generell ist sinnvoll, die Leistungspflicht der dienstbarkeitsbelasteten Eigentümer*innen inhaltlich zu konkretisieren, um Streitigkeiten über die anteilmässige Verteilung der Unterhaltslast zu vermeiden oder wenigstens dem Gericht Entscheidungshilfen zu hinterlassen.²⁸⁹ Wird von der gesetzlichen Regelung abgewichen, bedarf die entsprechende Vereinbarung der öffentlichen Beurkundung.²⁹⁰

3.2. Dienstbarkeitsvorrichtungen

Um als Vorrichtung i.S. von Art. 741 ZGB zu gelten wird vorausgesetzt,

- dass sich die Vorrichtung auf dem Boden des dienenden Grundstücks befindet, und
- dass die Vorrichtung der Ausübung der Dienstbarkeit dient, sie also die Dienstbarkeit vermittelt oder fördert.²⁹¹

Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung ruft GALLAND zur Diskussion auf.²⁹² Der französische Wortlaut von Art. 741 Abs. 1 ZGB²⁹³ spreche von Anlagen, die für die Ausübung der Dienstbarkeit *erforderlich* sind.²⁹⁴ GALLAND argumentiert, dass

²⁸⁶ BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 9; STEINAUER II, N. 3443.

²⁸⁷ KUKO-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 741, N. 7. Im Hinblick auf die Kommentarliteratur fasst GALLAND zusammen, dass die Eigentümer*innen des berechtigten Grundstücks den *materiellen Unterhalt* schulden und die Eigentümer*innen des belasteten Grundstücks sich einfach anteilig an den Unterhaltskosten beteiligen können (GALLAND, N. 1068 f. und 1096 f.).

²⁸⁸ PIOTET, N. 122. Vgl. zu den Voraussetzungen Ziff. IV.1.1 hievor.

²⁸⁹ BK-REY, Art. 730, N. 178.

²⁹⁰ KUKO-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 741, N. 11, und GALLAND, N. 1112, beide mit Verweis auf Art. 732 ZGB.

²⁹¹ ZK-LIVER, Art. 741, N. 20; BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 4 f. PELLASCIOS präzisiert, dass bei einer beweglichen Vorrichtung grundsätzlich nicht auf deren Standort abzustellen ist (OFL-PELASCIO, Art. 741, N. 5).

²⁹² GALLAND, N. 1055.

²⁹³ Französischer Wortlaut von Art. 741 Abs. 1 ZGB: «Le propriétaire du fonds dominant entretient les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude.»

²⁹⁴ GALLAND, N. 1055.

Vorrichtungen nur für die Ausübung *positiver Dienstbarkeiten* erforderlich und unerlässlich sein können, da bei negativen Dienstbarkeiten keine Vorrichtungen für deren Ausübung notwendig sind.²⁹⁵ Im Bewusstsein über die andere Meinung des Bundesgerichts sind nach seinem Dafürhalten Vorrichtungen, die der Ausübung von negativen Dienstbarkeiten dienen, nicht i.S. von Art. 741 ZGB zu unterhalten.²⁹⁶

Bei der Vorrichtung kann es sich namentlich um eine Leitung, eine Wasserleitung oder einen Weg handeln.²⁹⁷ Regelmässig wird es ein unbewegliches Werk sein, doch ist nicht ausgeschlossen, dass auch eine bewegliche Anlage als Dienstbarkeitsvorrichtung i.S. von Art. 741 ZGB angesehen wird.²⁹⁸

Die Dienstbarkeitsberechtigten haben die Vorrichtung unabhängig davon zu unterhalten, ob sie in ihrem Eigentum stehen oder nicht.²⁹⁹

3.3. Rechtsnatur

Die dingliche Rechtsstellung der Beteiligten des Dienstbarkeitsverhältnisses wird weder durch Art. 741 ZGB an sich noch durch abweichende Vereinbarungen beeinflusst.³⁰⁰ Die Unterhaltpflicht nach Art. 741 ZGB ist eine (*gesetzliche*) *Realobligation*,³⁰¹ da die Stellung von Schuldner*in und Gläubiger*in vom Eigentum an einem Grundstück abhängt.³⁰² Weichen die Beteiligten nicht von der gesetzlichen Regelung ab, besteht die realobligatorische Wirkung ohne irgendwelche Einschreibungen im

²⁹⁵ GALLAND, N. 1056. Vgl. Ziff. I.2.2 hievor.

²⁹⁶ GALLAND, N. 1057; vgl. Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 1, in: ZBGR 62/1981 S. 250 ff., S. 252.

²⁹⁷ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1290. LIVER gibt die in seinen Augen wichtigsten Beispiele an (ZK-LIVER, Art. 741, N. 19).

²⁹⁸ ZK-LIVER, Art. 741, N. 19; BK-REY, Art. 730, N. 4.

²⁹⁹ ZK-LIVER, Art. 741, N. 21 f; BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 6; Urteil des BGer vom 3. Oktober 2000 E. 4.a, in: ZBGR 83/2002 S. 184 ff., S. 188.

³⁰⁰ ZK-LIVER, Art. 741, N. 13.

³⁰¹ Botschaft Register Schuldbrief, 5311; früher auch schon BK-REY, Art. 730, N. 156, und BK-MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil, N. 278; Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.c, in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 199; GALLAND, N. 1158.

³⁰² Für die Schuldner*innenstellung: KUKO-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 741, N. 8; CHK-GÖKSU, Art. 741, N. 5; OFK-PELLASClO, Art. 741, N. 4; für die Gläubiger*innenstellung: BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 13.

Grundbuch.³⁰³ Differierende Vereinbarungen, die auch für Rechtsnachfolger*innen verbindlich sein sollen (also realobligatorischen Charakter haben),³⁰⁴ müssen sich aus dem Grundbuchbeleg ergeben.³⁰⁵ Weil auch Unterhaltsvereinbarungen nach Art. 741 Abs. 2 ZGB, die sich nur aus dem Grundbuchbeleg ergeben, realobligatorische Wirkung entfalten, haben Erwerber*innen von Grundeigentum ein ernstzunehmendes Interesse, sich im Vorfeld über die bestehenden Verhältnisse zu informieren.³⁰⁶

Die durch das Gesetz den dienstbarkeitsberechtigten Personen auferlegte Unterhaltspflicht hat die gleiche Rechtsnatur wie die durch Vereinbarung i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB den Grundeigentümer*innen auferlegte Unterhaltspflicht (vgl. Ziff. II.1 f. hievor).³⁰⁷ Bei beiden handelt es sich um obligatorische Verpflichtungen, die mit der Dienstbarkeit akzessorisch verbunden sind (und nicht Inhalt der Dienstbarkeit darstellen).³⁰⁸ Für die Erfüllung haften die Schuldner*innen persönlich.³⁰⁹ Auch bei der gesetzlichen Unterhaltspflicht stellt das belastete Grundstück keine Sicherheit für die Erfüllung dar.³¹⁰ Bei Nicht- oder Schlechterfüllung gelten die obligationenrechtlichen Konsequenzen (in erster Linie Art. 97 ff. OR).³¹¹

Nebensächliche Verpflichtungen nach Art. 730 Abs. 2 ZGB sowie Unterhaltspflichten nach Art. 741 sind die einzigen Möglichkeiten, positive Leistungen mit Dienstbarkeiten zu verbinden; Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen, die unter keine dieser Bestimmungen subsumiert werden können, sind gewöhnliche obligatorische Vereinbarungen, die nur *inter partes* gelten.³¹²

³⁰³ JEANDIN, S. 67.

³⁰⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N. 1290a.

³⁰⁵ Art. 741 Abs. 2 Satz 2 ZGB.

³⁰⁶ SCHMID, Revision, S. 156.

³⁰⁷ ZK-LIVER, Art. 741, N. 14.

³⁰⁸ ZK-LIVER, Art. 741, N. 17 und 77; a.M. BK-LEEMANN, Art. 730, N. 34 f.

³⁰⁹ ZK-LIVER, Art. 741, N. 43; CR-ARGUL, Art. 741, N. 10.

³¹⁰ BGE 67 I 124 E. 2 S. 126; ZK-LIVER, Art. 730, N. 17.

³¹¹ ZK-LIVER, Art. 741, N. 40; BSK-PETITPIERRE, Art. 741, N. 17. RUSCH macht Ausführungen zur entsprechenden Gerichtspraxis (RUSCH, S. 14). A.M. LEEMANN: Verletzen Schuldner*innen der Unterhaltspflicht ihre Verpflichtung, haben die Gläubiger*innen Anspruch auf Wiederherstellung und Schadenersatz (BK-LEEMANN, Art. 741, N. 7).

³¹² Urteil des BGer vom 7. Juli 2010 E. 4.1.2, in: ZBGR 92/2011 S. 205 ff., S. 210; SIMONIUS/SUTTER, § 1, N. 30; STEINAUER II, N. 3433.

4. Aus der Praxis

4.1. Nebenleistungspflicht bejaht

Schon im Jahr 1912 erkannte das Bundesgericht die Verpflichtung zur Bereitstellung von Eisenbahnwagen als nebensächlich an gegenüber einer Dienstbarkeit, wonach die Grundeigentümer*innen die Überfahrt der Berechtigten auf einem Hilfsgeleise zu dulden hatten.³¹³ Sowohl LIVER als auch GALLAND haben diese Entscheidung kritisiert, da nach ihrem Dafürhalten die Verpflichtung zur Bereitstellung von Eisenbahnwagen weder nach ihrem Inhalt noch ihrem Umfang nebensächlichen Charakter habe.³¹⁴

Nur wenige Jahre später hat das Bundesgericht die Verpflichtung der Grundeigentümer*innen, einen Stauweiher samt der zur Sammlung des Wassers nötigen Anlagen instand zu halten, als nebensächlich gegenüber der Hauptflicht, die Anlagen auf ihrem Boden zu dulden, anerkannt.³¹⁵ Auch für GALLAND ist Nebensächlichkeit nach dem Umfang gegeben, da für ihn die wirtschaftlichen Kosten des Unterhalts weniger schwer wiegen als die Beschränkung der persönlichen Freiheit der Eigentümer*innen, einen Stauweiher auf dem Grundstück zu dulden.³¹⁶ Für LIVER lag damals hinsichtlich Verhältnis der Belastungen mindestens ein Grenzfall vor.³¹⁷

Das Bundesgericht erachtete 1980 die einmalige Verpflichtung von Stockwerkseigentümer*innen, die Böden ihrer Wohnung mit Spannteppichen belegen zu lassen, als nebensächlich gegenüber der Pflicht zur dauernden Ausschaltung von Schallimissionen.³¹⁸ Die Vorinstanz war noch der Ansicht, dass gar keine Dienstbarkeit eingetragen werden könne, da die Vereinbarung der Parteien nur das einmalige Verlegen von Teppichen enthalte, nicht aber eine Pflicht, etwas zu dulden oder zu

³¹³ Urteil des BGer vom 30. Oktober 1912 E. 2, in: ZBGR 19/1938 S. 31 ff., S. 33.

³¹⁴ ZK-LIVER, Art. 730, N. 208 f., und GALLAND, N. 809 f., mit Begründung. LIVER sah die Grenze zwischen Grundlast und akzessorisch verbundener Leistungspflicht tangiert oder gar überschritten.

³¹⁵ BGE 45 II 386 E. 4 S. 395 f.

³¹⁶ GALLAND, N. 794.

³¹⁷ ZK-LIVER, Art. 730, N. 209.

³¹⁸ Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 2.e, in: ZBGR 62/1981 S. 250 ff., S. 255.

unterlassen.³¹⁹ Hinsichtlich der privatrechtlichen Gesichtspunkte stimmt die Redaktion der ZBGR dem Entscheid des Bundesgerichts zu.³²⁰ LIVER sieht in der Verpflichtung, Teppiche zu legen, nur das Mittel zur Realisierung einer Dienstbarkeit, nicht aber eine nebенächliche Handlung, die mit einer Dienstbarkeit verbunden werden könnte.³²¹ GALLAND präzisiert die Unterlassungspflicht dahingehend, dass ausschliesslich Teppichboden als Belag zulässig ist und das Verlegen anderer Materialien zu unterlassen ist.³²² Für ihn ist die Verpflichtung Teppiche zu legen, dem Inhalt nach nicht nebенächlich: die Parteien hätten die Handlungspflicht nicht vereinbart, um die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen oder zu erleichtern, sondern – im Gegen teil – die Dienstbarkeit errichtet, um das Ergebnis der Verpflichtung, nämlich die Wohnung mit Teppichboden auszustatten, dauerhaft zu sichern.³²³

Im Jahr 1982 hatte für das Bundesgericht die im Zusammenhang mit Wegrechten stehende Verpflichtung der belasteten Eigentümer*innen, Bahnübergänge mit Barrieren zu sichern, nebенächlichen Charakter, weil die positive Leistungspflicht nur der Sicherung der Dienstbarkeitsausübung diente.³²⁴ GALLAND weist darauf hin, dass die Einschränkung der persönlichen Freiheit der Eigentümer*innen durch das Wegrecht möglicherweise weniger schwer wiegt als die wirtschaftlichen Kosten, die durch die Barriere verursacht werden; darauf ist das Bundesgericht nicht eingegangen.³²⁵

Der kurz vor der Jahrtausendwende ergangene Entscheid, in dem die mit einem Wegrecht verbundene Einkaufssumme für eine Strasse zur Diskussion stand, wurde

³¹⁹ Urteil des BGer vom 12. Juni 1980 E. 1, in: ZBGR 62/1981 S. 250 ff., S. 252.

³²⁰ ZBGR 62/1981 S. 250 ff., S. 255. Bemängelt wird jedoch, dass die grundbuchrechtliche Seite übersehen wurde: das Grundbuchamt ist an den Wortlaut der Vereinbarung gebunden und hält es sich *in casu* an die abgeschlossene Vereinbarung, kann der Grundbucheintrag nicht nach dem im Urteil festgestellten Parteiwillen erfolgen (ZBGR 62/1981 S. 250 ff., S. 255 f., mit weiteren Ausführungen). Auch PETITPIERRE zeigt sich über dieses Ergebnis erstaunt, weil die Unterlassungspflicht im Begründungsakt nur durch Interpretation erkennbar gewesen sei (BSK-PETITPIERRE, Art. 730, N. 25).

³²¹ LIVER, Rechtsprechung 1998, S. 116 f.

³²² GALLAND, N. 857.

³²³ GALLAND, N. 859.

³²⁴ Urteil des BGer vom 27. Mai 1982 Regeste und E. 4.c, in: ZBGR 65/1984 S. 178 ff., S. 178 und 184 f.

³²⁵ GALLAND, N. 839.

hinsichtlich der realobligatorischen Wirkung bereits unter Ziff. II.2.2.2 hievor besprochen. Im Verfahren vor Bundesgericht haben sich die Kläger*innen in der Hauptsache nur noch auf Art. 741 ZGB berufen (und nicht mehr – wie noch vor der Vorinstanz – auch auf Art. 730 Abs. 2 ZGB).³²⁶ Hievor (Ziff. 3.1) wurde auch bereits darauf eingegangen, dass das Bundesgericht faktische Erstellungskosten unter die Unterhaltspflicht subsumiert hat.

4.2. Nebenleistungspflicht verneint

Im Rahmen der Begründung einer Wasserbezugsdienstbarkeit verpflichteten sich die Dienstbarkeitsbelasteten zusätzlich, Wasser mittels Pumpanlage zu liefern, falls eine natürliche Zuleitung nicht gelinge.³²⁷ Bald nach dem Inkrafttreten des ZGB hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in einem Gutachten festgehalten, dass die Pumppflicht zwar das Wasserbezugsrecht ergänze, von diesem jedoch zu wenig abhängig sei, als dass sie nur ein Akzessorium bilde und im Rahmen von Art. 730 Abs. 2 ZGB mit der Dienstbarkeit verbunden werden könne.³²⁸

Ähnlich war der Sachverhalt, als eine Wasserversorgungsgesellschaft Dienstbarkeitsverträge abschloss, durch die Wasserbezugsrechte zu Lasten der Quellengrundstücke und zu Gunsten der Wasserkäufer*innen begründet wurden, verbunden mit der Pflicht, das Wasser nahezu bis zum Verbrauchsort zu liefern.³²⁹ Das Bundesgericht betrachtete im Jahr 1967 die Wasserlieferungspflicht als den Hauptvertragspunkt und stellte fest, dass sie im Verhältnis zur Duldungspflicht der Wasserversorgungsgesellschaft keine bloss nebensächliche Pflicht zur Vornahme einer Handlung darstellt.³³⁰ GALLAND präzisiert, dass für ihn die inhaltliche Nebensächlichkeit gegeben wäre, da die positive Leistungspflicht die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglicht: Wenn die Wasserversorgungsgesellschaft die Handlungspflicht nicht ordnungsgemäss erfüllt, fehlt das Wasser in den Hauptleitungen und die dienstbarkeitsberechtigten

³²⁶ Urteil des BGer vom 11. Mai 1998 E. 1.a f., in: ZBGR 80/1999 S. 197 ff., S. 198 f.

³²⁷ Gutachten der EJP-D Sachverhalt, in: ZBGR 3/1922 S. 186 ff., S. 186.

³²⁸ Gutachten der EJP-D E. 2.c, in: ZBGR 3/1922 S. 186 ff., S. 190; in diesem Sinne ausführlich auch GALLAND, N. 783.

³²⁹ BGE 93 II 290 E. 2 S. 295 f.

³³⁰ BGE 93 II 290 E. 2 f. S. 296 f.

Wasserkäufer*innen können kein Wasser entnehmen.³³¹ Weil aber die Belastung durch die Lieferungspflicht grösser sei als die Belastung durch die Dulding des Anschlusses, ist auch für ihn die Voraussetzung der Nebensächlichkeit nach dem Umfang nicht erfüllt.³³² Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht auch 1982 festgehalten, dass die Verpflichtung zur Lieferung von Wasser bis zu einer Anschlussleitung die vorrangige Verpflichtung ist, hingegen das Dulden der Grundeigentümer*innen des Leitungsanschlusses nur eine Nebenfolge dieser Verpflichtung sei.³³³ Wasserlieferungspflichten sind positive Leistungspflichten, für die keine Dienstbarkeiten errichtet werden können.³³⁴ Zugelassen hingegen sind Dienstbarkeiten, bei denen die Grundeigentümer*innen Wasserleitungen von Dritten auf ihrem Grundstück dulden.³³⁵

Für das Bundesgericht ist ferner nicht nebensächlich:

- die Verpflichtung von Dienstbarkeitsbelasteten, auf erstes Begehr von Hinterlieger*innen eine Gleisanlage zu erstellen verglichen mit der Dulding der Benützung eines Stammgeleises durch jene;³³⁶
- die Verpflichtung, ein Vordach ausreichend fest zu bauen, damit darauf die Terrasse eines Restaurants errichtet werden kann, da diese keineswegs die Ausübung der Überbaurechtsdienstbarkeit erleichtere.³³⁷

An dieser Stelle sei auf die Dissertation von GALLAND hingewiesen, in der noch auf zahlreiche weitere Entscheidungen ausführlich eingegangen wird.³³⁸

³³¹ GALLAND, N. 774.

³³² GALLAND, N. 775; zur weiteren Kritik von GALLAND vgl. N. 776 ff.

³³³ BGE 108 II 39 E. 3.c S. 44.

³³⁴ BGE 108 II 39 E. 3.c S. 44, BGE 131 I 321 E. 5.2.2 S. 326.

³³⁵ JEANDIN, S. 66.

³³⁶ Urteil des BGer vom 5. Dezember 1995 E. 1, in: ZBGR 80/1999 S. 32 ff., S. 34 f.; zustimmend SCHMID, Wandel, S. 282 f. und GALLAND, N. 802 f., der vom BGer aber eine Begründung vermisst.

³³⁷ Urteil des BGer vom 7. Juli 2010 E. 4.3, in: ZBGR 92/2011 S. 205 ff., S. 211.

³³⁸ GALLAND, N. 766 ff.

5. Fazit

Positive Leistungspflichten i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB sind nur zulässig, wenn sie sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrem Umfang nebensächlich sind. Um realobligatorische Wirkung zu erlangen, muss die Leistungspflicht also einerseits die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglichen, erleichtern oder sichern, und darf andererseits bloss von untergeordneter Bedeutung sein. Die Erfüllung der Voraussetzungen ist für jeden Einzelfall zu prüfen. Mangelt es der Leistungspflicht an der Nebensächlichkeit, darf in der Regel davon ausgegangen werden, dass sie als gewöhnliches vertragliches Rechtsverhältnis weiterbesteht.

Für Praktiker*innen sind zwei Aspekte besonders wichtig:

- Regelungen sowohl über Nebenleistungspflichten (Art. 730 Abs. 2 ZGB) als auch über Unterhaltspflichten (Art. 741 ZGB) sollten so präzise wie möglich getroffen werden. Um realobligatorische Wirkung zu entfalten, müssen Abweichungen von der gesetzlichen Unterhaltsregelung lediglich aus dem Grundbuchbeleg hervorgehen. Ausserdem herrscht Einigkeit darüber, dass Unterhaltsverpflichtungen auch den Dienstbarkeitsberechtigten auferlegt werden können. Für die Vertragsschliessenden scheinen die Hürden für eine realobligatorische Wirkung ihrer Vereinbarung durch Art. 741 ZGB tiefer als durch Art. 730 Abs. 2 ZGB. Dies wird durch die weitreichende Auslegung durch das Bundesgericht, das auch Erstellungskosten unter die Unterhaltsregelung subsumiert, zusätzlich begünstigt.
- Da Unterhaltsvereinbarungen i.S. von Art. 741 ZGB auch ohne Hinweis beim Grundbucheintrag realobligatorische Wirkung entfalten, sollten Käufer*innen von Grundstücken besonders darauf hingewiesen werden, Einsicht in die Grundbuchbelege von Dienstbarkeiten zu nehmen.

V. Resümee

Im Zentrum dieser Masterarbeit stehen die Verpflichtungen, die i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB nebensächlich mit einer Dienstbarkeit verbunden werden können.

Stehen sich nach Vereinbarung einer Leistungspflicht auch bei deren Erfüllung noch die gleichen Parteien gegenüber, ist dies unproblematisch: Vertragliche Rechtsverhältnisse können unter dem Grundsatz der im Schweizerischen Privatrecht

geltenden Vertragsfreiheit von allen Personen miteinander begründet werden. Sie entfalten entsprechend ihre Bindungswirkung. Bei Leistungsstörungen können die Behelfe des Schweizerischen Obligationenrechts angewendet werden.

Entfaltet die Verpflichtung zur Erfüllung einer Leistungspflicht realobligatorische Wirkung, kann sie auch gegenüber Personen, die ein betroffenes Grundstück erwerben, geltend gemacht werden. Unbestritten ist, dass eine Leistungspflicht der Dienstbarkeitsbelasteten, die ihrem Inhalt und Umfang nach von nebensächlicher Bedeutung ist und auf die der Grundbucheintrag der Dienstbarkeit hinweist, realobligatorische Wirkung hat.

Eine erste Herausforderung besteht durch die Immobiliarsachenrechtsrevision für vor dem 1. Januar 2012 vereinbarte nebensächliche Verpflichtungen, bei denen der Hinweis beim Grundbucheintrag fehlt (Ziff. II.2.2.3 hievor). Grundstückserwerber*innen sind daher gut beraten, die Grundbuchbelege sorgfältig zu prüfen, um positive Leistungspflichten zu erkennen, die auf sie übergehen, ohne dass eine besondere Überbindung erfolgt ist.

Der seit Jahrzehnten andauernde Streit über die Frage der Schuldnerschaft nebensächlicher Verpflichtungen wurde unter Ziff. III hievor ausführlich dargelegt. Die herrschende Lehre vertritt unter anderem die Auffassung, dass die inhaltliche Neubräuchlichkeit ausschliesslich bei Verpflichtungen der Dienstbarkeitsbelasteten vorliegen kann, und blickt bei der Auslegung von Art. 730 Abs. 2 ZGB auf Abs. 1. Diese Argumentation wird vorliegend nicht übernommen.

Ob eine positive Leistungspflicht die Ausübung der Dienstbarkeit ermöglicht, erleichtert oder absichert, wird stets nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt. Es gibt daher keinen Grund, von vornherein auszuschliessen, dass solche Verpflichtungen auch für Dienstbarkeitsberechtigte gelten. Wird eine Nebenleistungspflicht der Dienstbarkeitsberechtigten vereinbart und stellt sich bei der Prüfung heraus, dass die geforderte inhaltliche Neubräuchlichkeit nicht gegeben ist, handelt es sich ohnehin nicht um eine Nebenleistungspflicht mit realobligatorischer Wirkung i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB.

Abs. 1 von Art. 730 ZGB umschreibt den Gegenstand von Dienstbarkeiten. Der Wortlaut ist zwar tatsächlich aus der Perspektive der Belastung formuliert, hätte jedoch

ebenso aus Sicht der Berechtigung dargestellt werden können. Eine Darstellung aus beiden Sichtweisen wäre ebenfalls möglich gewesen, hätte aber wohl zu einer unnötig langen Regelung geführt. Auch wenn Abs. 1 nur die Dienstbarkeitsbelasteten nennt, wird dadurch nicht infrage gestellt, dass die Bestimmung auch für die Dienstbarkeitsberechtigten gilt. Es war schlicht nicht erforderlich, sie explizit zu erwähnen. Hat der Gesetzgeber beschlossen, die Dienstbarkeit aus der Perspektive der Belasteten zu umschreiben, so ist nicht einzusehen, warum daraus abgeleitet werden sollte, dass Verpflichtungen nach Abs. 2 ausschliesslich die Dienstbarkeitsbelasteten treffen. Satz 1 von Abs. 2 nennt als einzige Einschränkung lediglich die geforderte Nebensächlichkeit. Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen müssen demnach nebensächlich zur Dienstbarkeit sein. Hätte der Gesetzgeber zusätzlich eine Beschränkung hinsichtlich der verpflichteten Personen gewollt, hätte er dies bei der Einführung des Zivilgesetzbuches oder spätestens bei der Immobiliarsachenrechtsrevision ausdrücklich kodifiziert. Die bundesrätliche Botschaft der Immobiliarsachenrechtsrevision enthält keine Hinweise darauf, dass «neuerdings» auch Dienstbarkeitsberechtigte verpflichtet werden können. Allerdings bezieht sich diese ohnehin nur auf die Voraussetzungen der realobligatorischen Wirkung. Da seit Inkrafttreten von Art. 730 Abs. 2 ZGB ausschliesslich die Einschränkung der Nebensächlichkeit kodifiziert ist, wird der Auffassung gefolgt, dass bereits seit 1912 sowohl die Dienstbarkeitsbelasteten als auch die Dienstbarkeitsberechtigten verpflichtet werden können.

Es spricht sich auch ein erheblicher Teil der Lehre dafür aus, dass auch die Eigentümer*innen des herrschenden Grundstücks i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB verpflichtet werden können. Dies erweist sich aber als wenig hilfreich, solange das Bundesgericht wohl eine abweichende Auffassung vertritt.

Werden nebensächliche Leistungspflichten der Dienstbarkeitsberechtigten vereinbart, sollten sich die Eigentümer*innen des dienenden Grundstücks (also die Gläubiger*innen) nicht darauf verlassen, dass diese Pflichten beim Verkauf des herrschenden Grundstücks automatisch auf die neuen Eigentümer*innen übergehen. Es empfiehlt sich, dass die Parteien bereits beim Vertragsabschluss vereinbaren, die Leistungspflicht auch auf Singulärerzessor*innen zu übertragen (mit Schadenersatzfolge im Unterlassungsfall). Eine solche obligationenrechtliche Massnahme kann jedoch selbstverständlich nicht die gewünschte realobligatorischen Wirkung ersetzen.

Die Uneinigkeit in diesem Bereich ist für die Rechtssubjekte sehr unbefriedigend und schafft Rechtsunsicherheit: Vertraut man auf eine bestimmte Rechtsauffassung, könnte davon ausgegangen werden, dass eine Leistungspflicht realobligatorische Wirkung hat, die letztlich jedoch nicht durchsetzbar ist. In einigen Kantonen wird das Grundbuchamt nebensächliche Verpflichtungen der Dienstbarkeitsberechtigten nicht in den Grundbucheintrag aufnehmen, in anderen jedoch schon. Wie der Hinweis im Grundbucheintrag einer an Nebensächlichkeit mangelnden Leistungspflicht keine realobligatorische Wirkung verschafft, vermag er dies auch nicht für Leistungspflichten, die aus anderen Gründen nicht unter Art. 730 Abs. 2 oder 741 ZGB fallen, zu tun.

Die Unterhaltpflicht nach Art. 741 ZGB bietet eine alternative Möglichkeit, Leistungspflichten von Dienstbarkeitsberechtigten mit realobligatorischer Wirkung zu versehen. Ob eine Leistungspflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB oder nach Art. 741 ZGB vorliegt, lässt sich nicht anhand eindeutiger Kriterien bestimmen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Wo immer möglich sollte die Leistungspflicht unter Art. 741 ZGB subsumiert werden, da dort – wie in Ziff. IV.5 hievor erläutert – die Anforderungen für die realobligatorische Wirkung weniger streng sind. Es ist durchaus denkbar, dass die Anwendung von Art. 730 Abs. 2 ZGB dadurch in der Praxis zunehmend an Bedeutung verliert. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Einführung von Art. 730 Abs. 2 ZGB eine Vereinfachung, indem für die Leistungspflicht keine zusätzliche Grundlast neben der Dienstbarkeit errichtet werden muss. Eine allzu enge Auslegung von Art. 730 Abs. 2 ZGB würde diesem Ziel zuwiderlaufen, wenn dadurch künftig vermehrt Grundlasten begründet werden müssen.

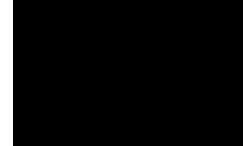
Abschliessend ein Wunsch: Das Bundesgericht sollte zeitnah nachholen, was in der Immobiliarsachenrechtsrevision versäumt wurde, und den bestehenden Meinungsstreit klären. Dabei wäre mit Blick auf die Rechtssicherheit wünschenswert, dass i.S. von Art. 730 Abs. 2 ZGB auch die Dienstbarkeitsberechtigten verpflichtet werden können. Zwar sind die Argumente der herrschenden Meinung juristisch durchaus nachvollziehbar, doch welche Nachteile könnten entstehen, wenn die kodifizierten Voraussetzungen – Nebensächlichkeit sowohl nach Inhalt als auch nach Umfang – erfüllt sind und eine Verpflichtung der Dienstbarkeitsberechtigten realobligatorische Wirkung entfaltet? Es erscheint gerechtfertigt, den Dienstbarkeitsbelasteten ein ähnliches Privileg einzuräumen wie den Dienstbarkeitsberechtigten, die sich bei einem

Eigentumsübergang am Grundstück darauf verlassen können, dass die Belastung die neuen Eigentümer*innen trifft.

VI. Erklärung gemäss Art. 42 Abs. 2 RSL RW

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.»³³⁹

Thun, 23. Dezember 2024



(Katja Kunz)

³³⁹ Art. 42 Abs. 2 Halbsatz 2 RSL RW.