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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 52 (1933)

Artikel: Der Inhalt der Dienstbarkeit

Autor: Pfister, Heinrich

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896225

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Der Inhalt der Dienstbarkeit.

Von Dr. Heinrich Pfister, Basel.

INHALT.

			Seite
§ 1.	I.	Begriff und Einteilung der Dienstbarkeiten. Bestandteile des Dienstbarkeitsinhaltes	325
§ 2.	II.	Allgemeine Erfordernisse der Dienstbarkeit . . .	332
	III.	Der Hauptinhalt der Dienstbarkeit (ZGB 730 I) .	337
§ 3.		1. Die Sonderstellung der Abänderung von Eigentumsbeschränkungen (ZGB 680 II und III) .	337
§ 4.		2. Die affirmative Dienstbarkeit	344
§ 5.		3. Die negative Dienstbarkeit	347
§ 6.	IV.	Der Nebeninhalt der Dienstbarkeit (ZGB 730 II) .	361
§ 7.	V.	Nebenbestimmungen	366

§ 1.

I. Begriff und Einteilung der Dienstbarkeiten. Bestandteile des Dienstbarkeitsinhaltes.

I. Begriff: Dienstbarkeiten sind dingliche Rechte zu umfänglich beschränkter Nutzung einer unbeweglichen Sache. Die Dinglichkeit der Dienstbarkeiten weist auf ihre absolute Wirkung hin und beschränkt ihren Inhalt auf die Nutzung der Sache und der durch die Sache gebotenen Vorteile; der Genuss von Vorteilen, die nur eine Person und ihr Verhalten bieten kann, ist dadurch als Dienstbarkeitsinhalt ausgeschlossen[1]). Die umfängliche Begrenzung der Nutzung sowie die Beschränkung auf unbewegliche Sachen unterscheidet die Dienstbarkeit von der Nutzniessung, die ihrem Inhalt nach auf zeitlich beschränkte Nutzung geht und die an allen übertragbaren Vermögens-

[1]) Insbesondere ist also die „servitus in faciendo" ausgeschlossen. Dies gilt streng für den Hauptinhalt der Dienstbarkeit, während für den Nebeninhalt nach 730 II eine Ausnahme besteht. Vgl. u. § 6.

objekten begründet werden kann. Damit erhält der Dienstbarkeitsbegriff, der durch die Einbeziehung der eine ganz andere Funktion erfüllenden Nutzniessung zum toten Schulbegriff geworden ist[2]), seine ihm zukommende Bedeutung wieder; insbesondere kommt erst hierdurch die Zusammengehörigkeit von Grunddienstbarkeit und irregulärer Personaldienstbarkeit und ihr gemeinsamer Gegensatz zur Nutzniessung richtig zum Ausdruck[3]).

II. Einteilung der Dienstbarkeiten: Im vorliegenden Zusammenhang sollen die heute nur mehr theoretischen Einteilungen[4]) übergangen werden. Zu diesen ist auch die Unterscheidung von affirmativen und negativen Dienstbarkeiten zu rechnen; sie hat jedoch ihre besondere Bedeutung darin, dass sie das Mittel zur gesetzlichen Umschreibung des zulässigen Dienstbarkeitsinhalts bildet, und wird uns bei dessen Behandlung wieder begegnen.

Von rechtlicher Tragweite ist dagegen die Unterscheidung von Personal- und Real- (Grund-) Dienstbarkeit; bei jener ist eine individuell bestimmte Person, bei dieser der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks berechtigtes Subjekt. Die Grunddienstbarkeit steht aus historischen Gründen im Vordergrund[5]). Erst in neuester Zeit trat die sog. irreguläre Personalservitut hervor.

Beide Arten erleiden noch nach dem deutschen Recht für sie typische Beschränkungen, die als Massnahmen zum

[2]) Wolff § 105 Anm. 4.

[3]) Beides durch die gesetzliche Systematik verdunkelt, wie besonders Kohler, Lehrbuch S. 264 hervorhebt. Vgl. auch Hedemann, Grundriss S. 177.

[4]) Sie sind noch im C. c. fr. enthalten, art. 687/9. — Ein Rest findet sich auch in der Bestimmung von ZGB 676 III, wonach die Dienstbarkeit einer äusserlich sichtbaren Leitung schon mit der Erstellung der Leitung entsteht, so dass ausnahmsweise die Eintragung ins Grundbuch nicht nötig ist.

[5]) Dies hat sich auch auf die wissenschaftliche Behandlung übertragen, wo über der Spezialform der Realservitut der allgemeine Typus der Dienstbarkeit, der das Gemeinsame von Real- und Personalservitut verkörpert, vernachlässigt wird.

Schutz der Eigentumsfreiheit aufzufassen sind. Die Grunddienstbarkeit, ihrer ursprünglichen Bestimmung gemäss der Ergänzung der Wirtschaft des herrschenden Grundstücks dienend, muss nach Inhalt und Mass für dessen Benutzung von Vorteil sein (BGB 1019)[6]. Dieses heute veraltete Erfordernis gibt nur Anlass zu einer kleinlichen Kasuistik, die durch keine rechtspolitischen Erwägungen gerechtfertigt werden kann[7]. Die Personalservitut, deren Inhalt alles und nur das sein kann, was den Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu bilden vermag[8], ist kraft zwingenden Rechtes unübertragbar (BGB 1092).

Von beiden Beschränkungen hat sich das schweiz. Recht befreit[9]. Dadurch wurden die beiden Arten einander so weit angenähert, dass sie nur mehr als subjektiv-dingliche und subjektiv-persönliche Form des gleichen Rechtes angesprochen werden können. Insbesondere werden sie hinsichtlich des Inhalts gleich behandelt, so dass, was künftig von der Dienstbarkeit gesagt wird, für beide Arten gilt, wenn nicht eine ausdrückliche Ausnahme gemacht wird. So ist beim Überbaurecht nur die Form der Grunddienstbarkeit zulässig[10]; die subjektiv-persönliche Form, für die gar kein Bedürfnis besteht, würde nur zu der unerwünschten Situation führen, dass das Eigentum am Überbau und das Recht auf den Überbau auseinanderfielen. Die Leitungsdienstbarkeit braucht nicht Grunddienstbarkeit zu sein; doch kann die Leitung nur dann als Zugehör des Werkes behandelt werden, wenn das Recht als Grunddienstbarkeit zugunsten des Werkes bestellt

---

[6]) Näheres in den Kommentaren zum BGB.

[7]) Trotzdem findet sich eine Kritik nur bei Heck S. 305.

[8]) Wolff § 112 I. Ausgenommen ist natürlich die Beschränkung von 1019. — Kritik der Unübertragbarkeit bei Wolff § 112 V 1; Kohler, Lehrbuch S. 298.

[9]) Vgl. besonders Erläuterungen zum Vorentwurf eines ZGB (1902) III S. 125 f. — Die irregulären Personalservituten nach 781 sind nurmehr im Zweifel unübertragbar, während Bau- und Quellenrecht im Zweifel übertragbar sind.

[10]) Wieland 674 Bem. 6a, 779 Bem. 4a.

worden ist, da nur dann das Eigentum am Werk und an der Leitung dauernd dem gleichen Subjekt zusteht[11]). Die Parteien haben also regelmässig die Wahl, je nach ihren Absichten die Dienstbarkeit subjektiv-dinglich oder subjektiv-persönlich auszugestalten; die Personaldienstbarkeit wiederum kann allgemein übertragbar und vererblich sein; sie kann auch nur vererblich oder weder übertragbar noch vererblich sein, ja die Parteien können auch ihre Vererblichkeit beschränken, z. B. auf Nachkommen[12]). — Aber auch bestehende Rechte können in die andere Form umgewandelt werden, wofür allerdings die Zustimmung des belasteten Eigentümers sowie der Drittberechtigten, denen die Umwandlung möglicherweise von Nachteil sein könnte (Pfandgläubiger der Grundstücke), erforderlich ist.

Eine besondere Bedeutung kommt der Personalservitut des ZGB[13]) dadurch zu, dass sie, wenn sie übertragbar und auf unbestimmte Zeit oder mindestens 30 Jahre begründet worden ist, als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen werden kann (sog. selbständiges und dauerndes Recht, 655, 943, GBV 7).

III. Die Bestandteile des Dienstbarkeitsinhalts.

1. Zur Terminologie: Die Frage nach dem zulässigen Inhalt der Dienstbarkeit deckt sich mit der Frage nach den Arten des Herrschendürfens über ein Grundstück, welche als Dienstbarkeiten bestellt und ins Grundbuch eingetragen werden können. Die Antwort des Gesetzes findet sich in 730 unter dem Marginale „Gegenstand"[14]),

---

[11]) Leemann 676 N. 15.

[12]) Eidg. Justizdepartement in ZBGR X S. 156. — Leemann 781 N. 16 glaubt, auch die Übertragbarkeit könne beschränkt werden, indem z. B. die Dienstbarkeit mit einem Recht aus einem Schuldbrief verknüpft wird. (Vgl. für das Zürcher Recht vor 1912 BlZürchRspr. I Nr. 110.)

[13]) Im BGB nur für das Erbbaurecht und einige Rechte der Landesgesetzgebung.

[14]) Über die Inkonsequenz der Verwendung des Marginale „Gegenstand" bei den dinglichen Rechten vgl. 655, 713, 730, 745, dazu auch SchlTitel Art. 17.

während unter dem Marginale „Inhalt" die Gesamtheit der Ansprüche behandelt wird, die sich aus den nach 730 zulässigen und rechtsgültig entstandenen konkreten Dienstbarkeiten sowohl für den Berechtigten wie für den Belasteten ergeben. Nach der Terminologie der Wissenschaft aber folgt:

Inhalt im engern Sinn ist die Beziehung des Berechtigten zur Sache, das rein dingliche Element des Rechtsinstituts Dienstbarkeit.

Inhalt im weiteren Sinn ist der gesamte Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages, der ins Grundbuch aufgenommen werden darf und damit Wirkung für und gegen den jeweiligen Berechtigten und Belasteten, nicht nur unter den Abschlussparteien, erhält.

2. Hauptinhalt der Dienstbarkeit ist jedes Herrschendürfen über eine Sache, das selbständig als Dienstbarkeit bestellt und ins Grundbuch eingetragen werden kann[15]). Er fällt zusammen mit dem Inhalt im engern Sinn und wird in 730 I umgrenzt. Er kommt im Grundbuch durch die auf dem Hauptbuchblatt eingetragenen Stichwörter zum Ausdruck; seine näheren Bestimmungen finden sich in den Grundbuchbelegen, wo sie, soweit sie sich im Rahmen des Hauptbucheintrags halten, ebenfalls Publizitätswirkung geniessen.

3. Nebeninhalt der Dienstbarkeit sind subjektiv-dingliche Verpflichtungen des Belasteten zu einem Tun; sie können nur dann Inhalt (im weiteren Sinne) der Dienstbarkeit sein, wenn sie mit einem zulässigen Hauptinhalt formell eine Einheit mit gleichem rechtlichem Schicksal bilden und inhaltlich mit ihm in bestimmter Beziehung stehen. (Näheres unten § 6.)

4. Nebenbestimmungen der Dienstbarkeit sind Teile des Dienstbarkeitsvertrages, die dem Haupt- oder Nebeninhalt in einschränkender Absicht beigefügt sind zur näheren Präzisierung in bezug auf Entgeltlichkeit

[15]) Z. B. Verbot, höher als 10 m zu bauen; Fusswegrecht; Recht, jährlich 100 q Torf zu stechen.

oder Dauer (Befristung, Bedingung, Kündigungsbestimmungen). Die unten (§ 7) zu untersuchende Frage geht dahin, ob sie nicht nur rein obligatorisch vereinbart werden können, sondern ob sie als Inhalt (im weiteren Sinn) der Dienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen werden können und damit über die Abschlussparteien hinaus ohne jedesmalige Übertragung von Recht und Pflicht für den Erwerber von Sache und Dienstbarkeit unmittelbar wirksam werden.

5. Ausübungsrechte der Dienstbarkeit sind Befugnisse, die dem Berechtigten über die den Hauptinhalt bildenden Rechte hinaus zustehen, da sie zur Ausübung derselben erforderlich sind[16]). Sie ergeben sich für unser Recht aus vernünftiger Auslegung von 737 I. Eine feste Abgrenzung vom Hauptinhalt besteht insofern nicht, als sie, soweit sie den Bedingungen von 730 genügen, auch in den Hauptinhalt einbezogen werden können zum Zweck ihrer näheren Festsetzung[17]). Ein grosses Bedürfnis dafür besteht allerdings nicht, da sich diese Rechte schon aus 737 ergeben und überdies stets von den jeweiligen Parteien durch das elastischere Mittel des obligatorischen Vertrags genauer präzisiert werden können.

6. Eigentum als Inhalt der Dienstbarkeit kommt insbesondere beim Baurecht und Quellenrecht vor, wo in Durchbrechung des Akzessionsprinzips das Eigentum am Bauwerk und an der Brunnstube (nicht an der Quelle!) nicht dem Grundeigentümer, sondern dem Dienstbarkeitsberechtigten zusteht oder zustehen kann[18]). Charakteri-

---

[16]) Ihre Eigenart wird von Kohler, Rhein. Zeitschrift III S. 409 ff., der sie „Nebenrechte" nennt, erstmals charakterisiert anhand eines treffenden, der schweiz. Praxis entnommenen Beispiels.

[17]) Beim Leitungsrecht kommt als Ausübungsrecht in Frage die Befugnis, zur Kontrolle und Unterhaltung der Leitung das Grundstück zu betreten, auf ihm Material zu Reparaturen abzulagern etc. Dies könnte auch in den Hauptinhalt aufgenommen werden, ev. mit der Präzisierung, dass das Betreten zur Kontrolle jeden ersten Werktag des Monats erlaubt sei.

[18]) Für das Baurecht ZGB 675, für das Quellrecht Wieland 780 Bem. 1, Leemann 780 N. 21.

siert wird das Verhältnis von Dienstbarkeitsrecht und Eigentum an der Anlage als eine rechtlich wie wirtschaftlich besonders intensive Verbindung, bei der als Recht nur die Dienstbarkeit in Erscheinung tritt[19]), während ihr Wert, wenigstens beim Baurecht, in dem kraft der Dienstbarkeit errichteten Bauwerk liegt. Als untrennbare Einheit ist beides selbständiges Objekt des Vermögensverkehrs[20]).

IV. Der zwingende Charakter des Dienstbarkeitsrechts. Das Gesetz zählt die zulässigen Dienstbarkeiten nicht einzeln auf, sondern gibt einen Rahmen, unter den sich viele konkrete Dienstbarkeiten subsumieren lassen. Diese im Gesetz enthaltene Umgrenzung sowohl wie die aus den allgemeinen sachenrechtlichen Regeln herzuleitenden Erfordernisse der Dienstbarkeit sind zwingender Natur. Dies entspricht dem für das Sachenrecht massgebenden Prinzip der Beschränkung der Vertragsfreiheit, das die Ausstattung obligatorischer Rechte mit vom Gesetz nicht gewollter dinglicher Wirkung verhindert.

Die Folgen des zwingenden Charakters des Dienstbarkeitsrechts betreffen das Grundbuchrecht und werden hier übergangen. Betont sei nur, dass weder die Eintragung eines unzulässigen Rechtes ins Grundbuch noch sein Erwerb durch gutgläubige Dritte ein Recht zur Entstehung bringen können[21]), weshalb eine strenge Prüfung der Eintragungsfähigkeit durch den die Anmeldung entgegennehmenden Grundbuchbeamten notwendig ist[22]).

---

[19]) Beim Dienstbarkeitseintrag wird das Bauwerk lediglich erwähnt werden können.

[20]) Zur ganzen Frage Guhl, Die Verselbständigung der dinglichen Rechte S. 57 ff. (in Festgabe der Berner Jur.-Fak. für Huber, 1919). — Ähnlich Leemann 779 N. 68.

[21]) Wolff § 36 I 1.

[22]) Bundesrat in ZBGR VI S. 6. — Für laxere Prüfung Schönberg, Grundbuchpraxis S. 126, Auer, Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters S. 69 Anm. 4.

§ 2.

II. Allgemeine Erfordernisse der Dienstbarkeit.

I. Die Dienstbarkeit darf nicht widerrechtlich oder unsittlich sein[23]). Widerrechtliche oder gegen die guten Sitten verstossende Verträge sind nach OR 20 nichtig, können also nicht den Rechtsgrund für die Eintragung eines dinglichen Rechtes bilden. Rechts- oder sittenwidrige Dienstbarkeiten werden allerdings kaum zur Anmeldung kommen, sofern die Rechte ausgenommen werden, die einen nach 730 oder andern besondern Grundsätzen für die Dienstbarkeit unzulässigen Inhalt haben; denn um sich unrechtmässige oder unsittliche Vorteile zu sichern, werden die Parteien kaum zum publiken Mittel der Dienstbarkeit greifen. Abgelehnt werden müsste etwa, um ein Beispiel zu nennen, eine Dienstbarkeit, durch die ein Grundstückseigentümer sich, seine Rechtsnachfolger sowie seine Mieter verpflichtet, den Anblick anstössiger, sonst verbietbarer Handlungen zu dulden (z. B. Nacktbad im benachbarten Garten). Praktisch werden könnte der Gesichtspunkt bei Konkurrenzverboten (vgl. u. § 5 IV) sowie bei Rechten, die dem Berechtigten innerhalb eines Gebietes eine monopolartige Stellung verschaffen[24]).

II. Die Dienstbarkeit muss ein schutzwürdiges Interesse sichern. Die Dienstbarkeit darf nicht nur nicht rechtswidrig oder unsittlich sein; es muss ihr auch ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegen[25]). Dieses Erfordernis wird im ZGB nirgends ausgesprochen, folgt aber aus dem Geist des Gesetzes, wie er insbesondere in Art. 2, im sog. „Schikaneverbot", zum Ausdruck kommt. Da nach dieser Bestimmung einem Recht, hinter

[23]) Kohler, Lehrbuch S. 268.

[24]) Kohler, Lehrbuch S. 269, dessen Befürchtungen mir aber zu weitgehend erscheinen, so dass ich seiner Meinung nicht folge.

[25]) So Wieland 730 Bem. 1, Leemann 730 N. 27; vgl. auch ZGB 736 I.

dem kein schutzwürdiges Interesse steht[26]), der Schutz versagt wird, so soll ein solches Recht auch nicht ins Grundbuch eingetragen werden und für dieses eine unnötige Belastung bilden. — Freilich darf man hinsichtlich dieses Erfordernisses nicht engherzig sein, da es weniger eine Einschränkung des Dienstbarkeitsinhalts, als vielmehr ein im Sinne des Gesetzes liegendes Regulativ darstellt, um unnötige Belastungen des Grundbuchs fernzuhalten. Um zu zeigen, wie weiten Raum seine Auslegung lässt, seien hier einige besondere Fälle betrachtet:

1. Rechtliche oder tatsächliche Hindernisse der sofortigen Ausübung der Dienstbarkeit schliessen das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses nicht aus. So kann eine Dienstbarkeit errichtet werden zugunsten einer Fabrik, die noch nicht erbaut ist, z. B. wenn der Betrieb der Fabrik die Existenz der Dienstbarkeit voraussetzt. Ein Wegrecht über ein entfernteres Grundstück ist zulässig, obschon das dazwischen liegende Grundstück nicht belastet ist[27]).

2. Den besprochenen Beispielen darin gleich, dass die Bedeutung des Rechtes in der Zukunft liegt, darin aber entgegengesetzt, dass der Ausübung des Dienstbarkeitsinhalts kein Hindernis entgegensteht, diese vielmehr auch möglich ist ohne Dienstbarkeit, sind die folgenden Fälle:

a) Die Eigentümerdienstbarkeit, welche ihre Wirkung erst entfaltet, wenn Eigentum und Dienstbarkeit verschiedenen Subjekten zustehen. Die Schutzwürdigkeit des Interesses zeigt sich in der ausdrücklichen Anerkennung der Eigentümerdienstbarkeit im Gesetz, 733[28]).

---

[26]) „Es entspricht dem individualistischen Geist der Rechtsordnung, dass grundsätzlich Rechtsausübung, hinter welcher überhaupt noch ein schutzwürdiges Interesse steht, geschützt wird“ (Egger, Art. 2 N. 34).

[27]) SJZ X S. 274. — Für die fragliche Belastung bietet sich vielleicht eine besonders günstige Gelegenheit; ausserdem ist möglich, dass das Betreten des dazwischen liegenden Grundstücks geduldet oder gar durch obligatorischen Vertrag gestattet wird.

[28]) Das deutsche Recht lehnt ihre Begründung ab, lässt sie aber bestehen, wenn das Eigentum am herrschenden und am die-

b) Eine Dienstbarkeit, welche die Duldung gesetzlich erlaubter oder die Unterlassung gesetzlich verbotener Handlungen zum Inhalt hat (S. u. § 3 IV).

3. Ein schutzwürdiges Interesse liegt auch vor, wenn die wirtschaftlichen Vorteile aus der Dienstbarkeit nicht nnmittelbar dem Berechtigten, sondern Dritten — man kann sie Destinatäre nennen — zukommen[29]). Noch ein indirektes wirtschaftliches Interesse des Berechtigten ist gegeben, wo die Dienstbarkeit durch die Bewohner seines Hauses ausgeübt wird[30]); ebenso, wo der Kreis der Destinatäre noch etwas weiter gefasst wird, so z. B. dahin, dass die Arbeiter einer Fabrik, die Kunden eines Verkaufsgeschäftes einen Weg benutzen dürfen, der einen besonders bequemen Zugang zu den genannten Örtlichkeiten bildet. Nur noch von einem idealen Interesse des Berechtigten kann jedoch gesprochen werden, wo zugunsten eines Wohlfahrtsinstitutes eine Personaldienstbarkeit begründet wird, nach der in einem Häuserblock lärmende Gewerbe, Kleintierzucht und der Betrieb einer Wirtschaft verboten ist. Bezweckt wird nicht ein Vorteil des Berechtigten, sondern die Erhaltung des Quartiers als eines ruhigen Wohnquartiers auch gegen den Willen der jeweiligen Hauseigentümer (welche gegenseitige Grunddienstbarkeiten aus Spekulationsgründen aufheben könnten)[31]).

---

nenden Grundstück nachträglich zusammenfallen. Kritik Wolffs § 108 I 1 b.

[29]) Nur formelles Auseinanderfallen besteht, wo der Berechtigte eine juristische Person (Schützengesellschaft, Gemeinde) ist, die Ausübung aber durch ihre Mitglieder erfolgt.

[30]) Der Eigentümer eines Hauses ohne Hof erwirbt für sein Grundstück das Recht, dass dessen Bewohner im Nachbarhof Wäsche aufhängen und Teppiche klopfen dürfen. Vgl. ZBGR XIII S. 65 ff.

[31]) Beispiel aus Basel in SJZ XVIII S. 375. — Auf diese Verwendung der Dienstbarkeit im sozialen Interesse weist auch Kohler (Lehrbuch S. 289 ff.) hin, hat aber auf dem Boden des eng eingestellten deutschen Rechtes einen schweren Stand. Erst 1926 erklärte das Reichsgericht (RGE 111 S. 392 gegen 61 S. 338), die Dienstbarkeit brauche keinen wirtschaftlichen Vor-

III. Die Dienstbarkeit muss ein wirkliches Recht, nicht nur eine prekaristische Erlaubnis gewähren[32]). In Dienstbarkeitsverträgen wird oft vereinbart, dass die Dienstbarkeit jederzeit vom Belasteten widerrufen werden könne. Als persönliche Vereinbarung ist eine solche Abrede zweifellos zulässig und berührt den Inhalt und die Natur der Dienstbarkeit nicht, so wenig wie die Tatsache, dass die Parteien die Dienstbarkeit jederzeit durch Vereinbarung aufheben können. Die freie Widerruflichkeit kann aber niemals zum Inha t eines Rechtes, insbesondere eines dinglichen Rechtes, gehören. Jede rechtliche Bindung würde in einem solchen Falle fehlen, auch hätte die Dienstbarkeit weder bei der Veräusserung des belasteten Grundstücks, noch im Konkurse des Eigentümers die Wirkung eines dinglichen Rechtes, sondern bliebe jederzeit widerruflich. Für das, was die Parteien mit der widerrufbaren Dienstbarkeit erreichen wollen, genügt der obligatorische Vertrag; weder für die Konstituierung eines dinglichen Rechtes, noch für die Eintragung ins Grundbuch besteht ein schutzwürdiges Interesse[33]).

IV. Der Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages muss klar und aus sich selbst verständlich sein. Das eine wie das andere ergibt sich aus der Bedeutung, die dem Rechtsgrundausweis in Verbindung mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zukommt. Da nämlich der Dienstbarkeitsvertrag zu den Grundbuchbelegen kommt und hier im Rahmen des Hauptbucheintrages öffentlichen Glauben geniesst (738), so dass die Erwerber

---

teil zu gewähren und kein privatrechtliches Interesse sicherzustellen, und gab damit Kohler Recht, der sagt: „Es genügt, wenn der Berechtigte Träger eines vernünftigen, innerhalb der Grenzen des Verkehrs liegenden Interesses ist.“ — Vgl. auch OLGE 18 S. 229.

[32]) Entscheide ZBGR III S. 183, VI S. 4, SJZ XIV S. 10.

[33]) Gegen Gautschi SJZ IX S. 365, der die Notwendigkeit dieser sog. Reverse und ihrer Eintragung nachzuweisen sucht, mit guten Gründen Leemann SJZ IX S. 367.

sowohl des Grundstücks, wie der Dienstbarkeit sich auf ihn berufen können, muss er zu jeder Zeit mit gleicher Sicherheit auslegbar sein, also auch dann, wenn sein Inhalt nicht mehr durch Beiziehung der Abschlussparteien festgestellt werden kann. — Vor allem darf der Vertrag nicht auf irgendwelche obligatorischen Verträge der Abschlussparteien oder auf sonstige, nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Tatsachen verweisen oder Bezug nehmen[34]). Weiterhin müssen die Bestimmungen des Vertrages möglichst klar sein[35]). Die Verwendung allgemeiner Ausdrücke wird sich dabei allerdings oft nicht vermeiden lassen (Verbot anderer als „villenmässiger" Bebauung eines Grundstücks); Streitigkeiten, die infolgedessen über die Auslegung des Vertrages entstehen, sind vom Richter durch Feststellungsurteil zu entscheiden; Sache materiellrechtlicher Beurteilung[36]) ist aber auch die weitere Frage, ob das Erläuterungsurteil dinglich wirkender Bestandteil des Grundbuchs[37]) werden und damit verhindern soll, dass der unklare Eintrag weiterhin Publizitätswirkung entfalte.

V. Die klassischen Erfordernisse: utilitas, vicinitas, causa perpetua. Hier überall handelt es sich um Beschränkungen, die das römische Recht nament-

---

[34]) Z. B. auf einen nicht zu den Belegen gegebenen Plan eines Architekten, ZBGR I S. 146 ff.

[35]) Vgl. RGE 117 S. 323, wo die Unklarheit des Ausdrucks „deutschstämmig" gerügt wurde.

[36]) Die Unklarheit dieser Frage sowie die Tatsache, dass die fragliche Eintragung weder Begründung (resp. Änderung, Untergang) eines Rechtes noch die Berichtigung einer Eintragung ist, verursachte anlässlich eines praktischen Falles Schwierigkeiten, die schliesslich das Bundesgericht als achte (!) angerufene Instanz löste. BGE 46 II Nr. 62. Dazu die interessanten Ausführungen von Zeerleder, Irrfahrten eines Rechtsbegehrens, ZbernJV 59 S. 49 ff., wo auch eine klare Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Entscheidungsgrundsätze zu finden ist.

[37]) In der Regel wird das Urteil zu den Belegen kommen, dazu ein Verweis auf sie im Hauptbuch.

lich zum Schutz der ihm besonders wertvollen Freiheit des Eigentums aufstellte[38]). Sie ergeben sich aus den Zwecken, für welche die Dienstbarkeit ursprünglich zugelassen wurde. Zu ihrer kurzen Charakterisierung kann man sagen: sie lassen die Dienstbarkeit nur zu zur Befriedigung von dauernden Interessen (causa perpetua), die sich aus nachbarlichen (vicinitas), naturalwirtschaftlichen (utilitas, causa perpetua) Verhältnissen ergeben. Mit der Zulässigkeit der Personaldienstbarkeit und deren Übertragbarkeit haben sie ihre Bedeutung verloren und sind zu unnützen Hemmungen geworden, die das moderne Recht bis auf die Utilität aufgegeben hat. Von dieser hat sich nur das ZGB befreit[39]). Für das schweiz. Recht, wo statt einer Grunddienstbarkeit stets auch eine frei übertragbare Personaldienstbarkeit möglich ist, erscheint ein völliger Verzicht auf die Vizinität als die richtige Lösung[40]).

III. Der Hauptinhalt der Dienstbarkeit.

§ 3.

1. Die Sonderstellung der Abänderung von Eigentumsbeschränkungen.

I. Eigentumsbeschränkungen und Dienstbarkeit. Beide haben die Milderung der Härten zum Zweck, die das Individualeigentum an Grund und Boden bewirkt; ihren gemeinsamen Ausgangspunkt im römischen Recht, dem unsere Dienstbarkeit entstammt[41]), bilden die nach-

---

[38]) Die Grunddienstbarkeit war das erste Ius in re aliena. Sohm § 57.

[39]) Näheres über die klassischen Erfordernisse bei ihrem eifrigen Befürworter Kohler, weniger einseitig in den Pandekten Dernburgs. — Über die heutige Einstellung des Reichsgerichts zu ihnen ein neuerer Entscheid in SeuffA 80 S. 308 ff.

[40]) Zu eng danach die an die gemeinrechtliche Umschreibung der Vizinität sich anlehnende Formulierung von Wieland 730 Bem. 7.

[41]) Vgl. Gierke § 143 II, wo der historische Entwicklungsgang des Dienstbarkeitsbegriffs verfolgt wird.

barlichen Verhältnisse. Die Verwandtschaft beider kommt in doppelter Weise zum Ausdruck:

1. Beide haben oft ähnlichen Inhalt (Notwegrecht als Eigentumsbeschränkung, Wegrecht als Dienstbarkeit).

2. Die in den Eigentumsbeschränkungen zur Geltung kommende Vorteilsverteilung[42]) ist dispositiv; sie kann mit dinglicher Wirkung abgeändert werden (680 II und III). Die Abänderung oder Aufhebung von Eigentumsbeschränkungen bewirkt die Entstehung von besonderen Rechten, die, weil sie sich in der Regel unter 730 I subsumieren lassen, als Dienstbarkeiten bezeichnet werden und sowohl als Real- wie als (übertragbare oder unübertragbare) Personalrechte begründet werden können. Da ihre Zulässigkeit auf 680 II beruht und nicht in der Subsumtion unter 730 I, brauchen wir diese nicht zu untersuchen, wohl aber zwei Fragen, die sich aus 680 II und III ergeben.

II. Gewöhnliche Dienstbarkeiten und Abänderung oder Aufhebung von Eigentumsbeschränkungen. Die Unterscheidung ist wichtig, weil für die Begründung der Dienstbarkeit die Schriftform genügt, für die Abänderung oder Aufhebung von Eigentumsbeschränkungen aber die öffentliche Beurkundung erforderlich ist[43]). Während der Begriff der „Aufhebung" klar ist, kann unter „Abänderung" zweierlei verstanden

---

[42]) Vgl. besonders Erläuterungen zum Vorentwurf eines ZGB (1902) III S. 43. — Die Beschränkungen verpflichten zur Unterlassung eigener und zur Duldung fremder Einwirkungen, wo der Vorteil des Begünstigten in der Regel grösser ist als der Nachteil des Beschränkten.

[43]) Besser das deutsche Recht, das keinen Unterschied macht. Der Zweck unserer Regelung ist nicht einzusehen (vgl. Wieland 680 Bem. 3 c); während die Schriftform für die Begründung eines Baurechts genügt, verlangt die Aufhebung des Anriesrechts (687 II) die öffentliche Beurkundung!

werden: Erweiterung oder Verminderung der Beschränkung[44]).

Das Bundesgericht[45]) hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass sowohl die Erweiterung wie die Verminderung, da sie sich oft nicht unterscheiden lassen, der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Damit stellt jede Dienstbarkeit, die sich mit der gleichen Materie befasst, die auch durch die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen berührt wird, die Abänderung einer Eigentumsbeschränkung dar.

Trotzdem ist es richtiger, nur die Verminderung von Eigentumsbeschränkungen als „Abänderung" aufzufassen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der „Aufhebung" in 680 II entspricht die „Abänderung" als nur teilweise Aufhebung, als Verminderung.

2. „Abänderung" in 680 III kann nur Verminderung sein, da einer Erweiterung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen nichts im Wege steht[46]).

3. Erweiterung und Verminderung lassen sich wohl unterscheiden. Wenn die Eigentumsbeschränkungen als Beschränkungen des Eigentümers im Handeln aufgefasst werden[47]), so liegt eine Verminderung und damit eine Abänderung im Sinne von 680 II vor, wenn der Berech-

---

[44]) Beispiele: für

Erweiterung:	Verminderung:
Auf dem belasteten Grundstück ist nicht nur ein übermässig lärmendes, sondern jedes lärmende Gewerbe verboten.	Auf dem belasteten Grundstück muss seitens des Berechtigten auch übermässiger, sonst nach 684 verbietbarer Lärm geduldet werden.
Anstatt einer Bauabstandsvorschrift von 4 m werden 6 m vereinbart.	Anstatt einer Bauabstandsvorschrift von 4 m werden 2 m vereinbart.

[45]) BGE 44 II Nr. 67.

[46]) BGE a. a. O. S. 396, wo ausdrücklich gesagt ist, dass ein Höherbauverbot, das die gesetzlich zwingende Maximalhöhe herabsetzt, zulässig ist.

[47]) Keine Beschränkung meines Handelns ist es, dass mein Nachbar auf seinem Grundstück Lärm machen darf, den ich nicht verbieten kann.

tigte positive Handlungen vornehmen darf, die ihm ohne die Dienstbarkeit verboten wären.

4. Fasst man nicht nur die Verminderung von Eigentumsbeschränkungen, sondern, wie das Bundesgericht, auch die Erweiterung als Abänderung auf, so wird der Unterschied von der gewöhnlichen Dienstbarkeit in vielen Fällen zur Willkür. So wäre ein Wirtschaftsverbot zum Zweck der Vermeidung lästiger Einwirkungen Abänderung einer Eigentumsbeschränkung, als Konkurrenzverbot aber gewöhnliche Dienstbarkeit; ein Verbot, höher als 8 m zu bauen, wäre an einem Ort, wo die zulässige Bauhöhe 10 m beträgt, Abänderung einer Eigentumsbeschränkung, an einem Ort aber, wo keine gesetzliche Maximalhöhe besteht, gewöhnliche Dienstbarkeit. Zu solchen Willkürlichkeiten darf jedoch die Auslegung eines Rechtssatzes, der an sich schon willkürlich ist, d. h. keine berechtigten Interessen schützt, nicht führen; restriktive Auslegung erscheint daher als geboten.

III. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen. Während es feststeht, dass die Eigentumsbeschränkungen von 682 und 684—701 privatrechtlicher Natur sind[48]) und daher abgeändert und aufgehoben werden können, ergeben sich bei kantonalrechtlichen Beschränkungen oft Zweifel; denn die Kantone haben auf beiden Gebieten gesetzgeberische Kompetenz, privatrechtlich kraft 686, 688 und 695, öffentlich-rechtlich kraft 6 I, speziell 702, was sich besonders auf dem Gebiet der Bauvorschriften äussert. M. E. ist für 680 III nicht auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der fraglichen Rechtssätze abzustellen[49]), sondern einzig darauf, ob sie

---

[48]) Vgl. Leemann 730 N. 22, wo die einzelnen abänderbaren Bestimmungen aufgezählt sind.

[49]) Also ob für Klagen das Verwaltungs- oder das Zivilgericht zuständig ist, ob die Geltendmachung Sache des Privaten ist oder von Amtes wegen zu geschehen hat. Dass auch diese Merkmale nicht eindeutig sind, zeigen Leemann (680 N. 4—17) und Bauhofer (Immissionen und Gewerberecht S. 12 ff., bes. 16 ff.),

zwingend sein sollen (dies macht allerdings 680 III zur Tautologie!); sagt ja auch das Bundesgericht: „Soweit das kantonale öffentliche Recht selbst Abänderung durch die Beteiligten zulässt, steht das Bundesrecht (d. h. 680 III) nicht entgegen[50]).“ 680 III will einzig darauf aufmerksam machen, dass Beschränkungen des Grundeigentums, die öffentlichen Interessen entsprechen, zwingend, d. h. der Parteiwillkür entzogen sind, auch wo dies in den kantonalen Gesetzen und Verordnungen nicht ausdrücklich gesagt ist. Entscheidend bei der Beurteilung ist dabei der Zweck der fraglichen Vorschrift oder der Ort, wo sie steht[51]).

IV. Wiederholung gesetzlicher Beschränkungen als Dienstbarkeit.

1. Im Allgemeinen. Begriffliche Schwierigkeiten. Im Zusammenhang mit den Dienstbarkeiten, die nachbarrechtliche Bestimmungen abändern, stellt sich oft die Frage: kann die Duldung eines erlaubten Eingriffs oder das Unterlassen einer verbotenen Handlung Inhalt einer Dienstbarkeit sein? Als Beispiele seien einstweilen genannt: das Verbot, über die gesetzliche Maximalhöhe zu bauen, die Erlaubnis, auf einem Grundstück, das noch von Bauplätzen umgeben ist, ein lärmendes Gewerbe, z. B. eine Schmiede, zu betreiben. Wissenschaft und Praxis verhalten sich gegenüber diesen Dienstbarkeiten, die nur eine Wiederholung gesetzlicher Bestimmungen bilden, allgemein ablehnend[52]), ohne näher auf die Interessenlage

---

die beide zum Begriff „gemischter Eigentumsbeschränkungen“ kommen.

[50]) BGE 44 II S. 394; ein Grundeigentümer erhielt die baupolizeiliche Erlaubnis, in geringerem Abstand, als nach städtischer Bauvorschrift zulässig war, zu bauen, wenn der Nachbar einverstanden sei.

[51]) Wieland 680 Bem. 3 d.

[52]) Wolff § 106 Anm. 9, Leemann 730 N. 19. Weiter nur Planck BGB § 1018 Bem. 2 b. — OLGE 1 S. 380. ZBGR III S. 51, VI S. 8. — Vgl. den Sonderfall von RGE 119 S. 211 und 130 S. 350, wo die entschädigungslose Duldung von erlaubten, aber mit Schadensersatzpflicht verbundenen Einwirkungen, auch

einzugehen; nur in einem Fall (unten 2 a) lassen sie dieselben zu. Insbesondere wird der begriffliche Einwand erhoben, die Dienstbarkeit sei eine Belastung, die Wiederholung gesetzlicher Beschränkungen aber sei keine Belastung. Selbst wenn dies zuträfe, wäre die Ablehnung dieser Dienstbarkeiten nicht gerechtfertigt, wenn sie einem praktischen Bedürfnis entsprechen, gleichwie auch die theoretischen Einwände gegen die Eigentümerdienstbarkeit[53]), deren Vergleich sich hier aufdrängt, nicht stichhaltig sind. Eine Belastung liegt aber vor, da die Beschränkung kraft zweier Rechtstitel (Gesetz und Vertrag) mehr belastet, als nur kraft eines Rechtstitels, bei dessen Wegfall die Beschränkung dahinfiele. Auch besteht ein Unterschied für den Berechtigten, ob er sich bei der Geltendmachung seines Rechtes auf einen vielleicht allgemein gehaltenen Rechtssatz (Immissionsverbot) stützen muss, oder ob er sich auf eine präzise Vertragsbestimmung berufen kann.

2. Bejahung der Zulässigkeit bei Existenz eines schutzwürdigen Interesses. Die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit ist u. a. davon abhängig, ob sie einem berechtigten Interesse entspricht (vgl. § 2 II). Auch für die Frage, ob die Wiederholung gesetzlicher Bestimmungen zulässiger Dienstbarkeitsinhalt sei, soll dieses Kriterium massgebend sein. Im folgenden mögen einige Fälle genannt werden, wo ein praktisches Bedürfnis vorliegt, das als berechtigtes Interesse erscheint:

a) Die Unsicherheit über die Gültigkeit oder die Auslegung eines Gesetzes kann die Beteiligten veranlassen, durch Dienstbarkeit festzulegen, dass bestimmte Handlungen erlaubt resp. verboten seien.

b) Das Bedürfnis kann auch darin bestehen, dass der Berechtigte sich den aus den gesetzlichen Vorschriften

wo sie nicht „über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinausgehen", als Dienstbarkeitsinhalt zugelassen wird.

[53]) So besonders gut Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit S. 24/25.

hervorgehenden Vorteil für den Zeitpunkt sichern will, wo das Gesetz (oder dessen Auslegung) geändert wird[54]) und er den Vorteil nicht mehr erhält oder nur als Dienstbarkeit gegen eine höhere Entschädigung als jetzt, wo sie vorläufig keine weitere Belastung darstellt. (Beispiel: eine servitus altius non tollendi des Inhalts, dass nur bis zur gesetzlich zulässigen Maximalhöhe gebaut werden darf, in einer sich entwickelnden Stadt, wo mit der Abänderung der Baubestimmungen und der Zulassung höherer Bauten gerechnet werden muss).

c) Aber nicht nur die Möglichkeit der Gesetzesänderung kann die hier besprochenen Dienstbarkeiten zum Bedürfnis machen, sondern auch die Möglichkeit der Veränderung tatsächlicher Verhältnisse. So richtet sich z. B. die Zulässigkeit von Immissionen in weitgehendem Masse nach dem Charakter des in Frage stehenden Quartiers; da dieser sich im Laufe der Zeit wandeln kann und damit die Grenze der Zulässigkeit von Immissionen verschoben wird, muss es erlaubt sein, die gegenwärtige Rechtslage, die sich mit der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse verändern kann, durch Bestellung einer Dienstbarkeit zu fixieren.

Die genannten Fälle[55]) zeigen, dass eine prinzipielle Ablehnung dieser Dienstbarkeiten ungerechtfertigt ist. Nicht das formale Kriterium, ob sich der Inhalt der Dienstbarkeit mit einem Satz des objektiven Rechtes deckt, soll massgebend sein, sondern die konkrete Interessenlage. Dabei wird das Vorliegen eines berechtigten Interesses zu vermuten sein, da sich die Parteien nicht umsonst den Unannehmlichkeiten der Vertragsschliessung und den Kosten der Grundbucheintragung unterziehen würden. Abzulehnen wäre etwa eine Dienstbarkeit, die genau bestimmte Nachbarrechtssätze des ZGB zum Inhalt hat

---

[54]) Vgl. OLGE 1 S. 380.

[55]) Zu ähnlichen Resultaten kommt Kohler, Lehrbuch S. 131 f.

(etwa 687 II), nicht jedoch, wo es sich um leicht abänderbare Gesetze und Verordnungen des kantonalen Rechtes handelt.

§ 4.

2. Die affirmative Dienstbarkeit.

I. Begriff: Affirmativ sind Dienstbarkeiten, kraft deren der Berechtigte[56]) den Sachkörper des belasteten Grundstücks unmittelbar benutzen oder bestimmte Einwirkungen vornehmen darf.

In der positiven Beziehung zur Sache erschöpft sich rein äusserlich der Inhalt der Dienstbarkeit, erschöpft sich aber auch das Interesse des Berechtigten. Eine Beziehung zu einer Person steht völlig ausserhalb des Dienstbarkeitsinhalts; soweit man von einer dem Recht entsprechenden Pflicht sprechen kann, ist es die Pflicht aller in den Bereich der Sache kommenden Personen, das Tun des Berechtigten, dessen Einwirkungen, nicht zu hindern; ihr weiteres Verhalten ist für den Berechtigten irrelevant.

II. Grundsätze für den Hauptinhalt der affirmativen Dienstbarkeit.

1. Die Dienstbarkeit kann nicht die volle Nutzung (auch nicht abzüglich einzelner Sondernutzungen), sondern nur die Nutzung in einzelnen, genau bestimmten Beziehungen gewähren[57]). Eine Sonderstellung nimmt allein das Baurecht ein; dessen einzige ihm innewohnende Befugnis, auf dem belasteten Grundstück ein Bauwerk zu halten,

---

[56]) Das dingliche Recht, als Beziehung ausschliesslich zwischen dem Berechtigten und der Sache, soll stets vom Berechtigten, nicht vom belasteten Eigentümer aus, der gar nicht erforderlich ist für den Bestand eines beschränkten dinglichen Rechtes, umschrieben werden. Falsch ZGB 730 I, richtig BGB § 1018 (vgl. Motive zum BGB III S. 476, die zeigen, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst dieser Inkorrektheit aus dem Wege gegangen ist).

[57]) Wolff § 106 II 1, Leemann 730 N. 3 und 16. Volle Nutzung kann nur die zwingend unübertragbare Nutzniessung gewähren.

wird zur vollen Nutzung, wenn der Berechtigte die ganze Fläche des Grundstücks überbaut[58]).

2. Das Benutzen darf nicht ein einmaliges sein; es muss ein fortgesetztes, dauerndes oder doch mehr oder weniger wiederkehrendes sein[59]). Der Zweck der Dienstbarkeit und ihrer Eintragung ins Grundbuch ist der Schutz dauernder Interessen, nicht die Befriedigung von Augenblicksbedürfnissen. Es gibt keine Dienstbarkeit, die durch einmalige Ausübung untergeht. Daher ist es nicht möglich, den Erwerb von auf dem Stamm gekauftem Holz dadurch zu sichern, dass dem Erwerber ein „Abholzungsrecht" eingeräumt wird[60]).

3. Das Benutzen braucht sich nicht auf das nackte Grundstück, wie es die Natur bietet, zu beschränken; es kann sich auf alles erstrecken, was nach dem Akzessionsprinzip zum Grundstück gehört, also auch auf künstliche Anlagen, wie Häuser (servitus tigni immittendi, oneris ferendi), Brücken, Kanäle, künstliche Teiche etc.; auch das dingliche Recht auf Benutzung eines Tennisplatzes wäre nicht abzulehnen[61]). Dagegen kann sich die Benutzung nicht auf bewegliche Sachen erstrecken, auch nicht, wo sie Grundstückszubehör sind[61]).

III. Beispiele affirmativer Dienstbarkeiten[62]).

1. Die affirmativen Dienstbarkeiten sind in der Praxis die weitaus häufigsten. Zu ihnen gehören die Wegrechte aller Art, das Leitungsrecht, Bau-, Leitungsbau- und Überbaurecht, Höher- und Näherbaurecht, Balkeneinbaurecht

---

[58]) Dabei kann für das subj.-dingl. und das subj.-pers. Baurecht kein Unterschied gemacht werden. A. M. Leemann 730 N. 17.

[59]) Planck § 1018 Bem. 2 a, Staudinger § 1018 Bem. II 1 a.

[60]) RGE 60 S. 319 f. — Zulässig wäre aber wohl ein Holzschlagsverbot zugunsten des Erwerbers, das den gleichen Zweck erfüllen würde.

[61]) Wolff § 106 V.

[62]) Vgl. das reichhaltige Stichwortverzeichnis in ZBGR V S. 43 ff.

etc. Als weiterer Dienstbarkeitsinhalt kommt jede mögliche Benutzung von Grundstücken in Betracht, so als Schiessplatz (ZGB 781 I), als Jugendfestplatz, die Benutzung eines Kirchhofs als Ort für Prozessionen[63]) etc.

2. Insbesondere die Rechte auf Substanzentnahme. Sie zerfallen in zwei Gruppen:

a) Rechte auf Gewinnung von Bodenprodukten. Zu ihnen gehören die Weiderechte, dann die Waldrechte, wie Laub-, Farn-, Dürrholzsammelrecht. Ihren Inhalt bildet die Befugnis der Aneignung natürlicher Früchte. Die Gewinnung dieser Früchte, die sich in kürzeren oder längeren Perioden wieder ersetzen, ist wirkliche Grundstücksbenutzung; sie geschieht salva rei substantia. Darin übereinstimmend und deshalb hierher gehörend sind Quell- und Wasserschöpfrechte.

b) Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen. Durch ihre Ausübung wird die Substanz des belasteten Grundstücks verletzt, und zwar in der Art, dass eine völlige Erschöpfung des Vorrates möglich ist. Sie sind damit die einzigen Dienstbarkeiten, deren Ausübung zu ihrer eigenen Unmöglichkeit und damit zu ihrem Untergang führen kann. Als Beispiele kommen in Betracht Rechte auf Ausbeutung von Kies[64]), Steinen, Sand, Lehm, Torf.

Wesentlich ist beiden Gruppen, dass es sich nur um Bodenprodukte und -bestandteile handeln darf; ausgeschlossen als Dienstbarkeitsinhalt ist der Bezug von beweglichen Sachen, die durch menschliche Tätigkeit auf dem Grundstück hergestellt oder darauf gebracht worden sind[65]) (Dienstbarkeit des Bezugs von Gas aus einem Gaswerk, von Milch oder Käse von einem Bauernhof). Nur dort kann von Benutzung einer Sache und damit von einem dinglichen Recht die Rede sein, wo die Interessen des Berechtigten durch die Sache, also auch dann, wenn diese tatsächlich oder rechtlich herrenlos ist, befriedigt werden.

---

[63]) ZBGR III S. 51.

[64]) Z. B. ZBGR I S. 67.

[65]) Kohler, Lehrbuch S. 271.

Da der Berechtigte an der Integrität der Sache, wenigstens soweit sie die Materialien betrifft, zu deren Bezug er befugt ist, ein Interesse hat, kann die Dienstbarkeit negativ und positiv ausgestaltet werden, nämlich als ausschliessliches Gewinnungsrecht. Dadurch sichert sich der Berechtigte sein Bezugsrecht und kann ausserdem jedem, je nach dem Vertrag auch dem Eigentümer, den Bezug des gleichen Materials verbieten.

§ 5.

3. Die negative Dienstbarkeit.

I. Begriff: Negativ sind Dienstbarkeiten, kraft deren der Berechtigte gewisse Handlungen auf dem belasteten Grundstück verbieten darf. Die Dinglichkeit dieser Rechte ist weniger evident als die der affirmativen, da das Interesse des Berechtigten scheinbar nicht in seinen Beziehungen zur Sache, sondern im Verhalten der in den Bereich der Sache kommenden Personen liegt. Trotzdem ist die Beziehung des Berechtigten zur Sache einziger Inhalt des Rechtes. Zwar kann er keine Benutzungshandlungen im Sinne positiver Einwirkungen vornehmen; dafür ist eine bestimmte Art solcher Handlungen in sein Belieben gestellt. In der Regel besteht sein Vorteil im Verbieten, im Freihalten der Sache von gewissen Handlungen. Dieses Freisein von etwas ist für ihn eine Eigenschaft der Sache, ein vorteilhafter Zustand[66]), den er benützt. Die Handlungen sind jedoch nicht schlechthin verboten; der Berechtigte kann sie unbeschadet seines dinglichen Rechtes Dritten gestatten, er kann sie auch selbst vornehmen, wenn er durch Miete oder ein anderes Rechtsverhältnis Besitzer des belasteten Grundstücks wird[67]).

[66]) Oertmann, ArchZivPrax. 123 S. 143.

[67]) So ist denkbar, dass der Besitzer eines Restaurants an einem Aussichtspunkt die umliegenden Grundstücke mit dem Verbot, ein Restaurant zu betreiben, hat belasten können, wodurch sein Unternehmen so floriert, dass er es erweitert und dazu eines der belasteten Grundstücke mietet, um auf ihm ebenfalls ein Restaurant zu betreiben.

II. Tatsächliche und rechtliche Handlungen.

1. Allgemeines: Durch die Dienstbarkeit können nur tatsächliche Handlungen auf dem belasteten Grundstück verboten werden[68]). Nicht zur Eigentumsausübung, die durch Dienstbarkeit beschränkt werden kann, gehört demnach die Veräusserung[69]), Belastung und Teilung eines Grundstücks; dies sind rechtsgeschäftliche Handlungen, die sich unabhängig von der Lage und Beschaffenheit des Grundstücks vollziehen lassen und ihren Ausdruck in erster Linie im Grundbuch finden. — Auch die Ausübung von mit dem Eigentum verbundenen subjektiv-dinglichen Rechten kann nicht durch Begründung einer Dienstbarkeit ausgeschlossen werden[70]); denn subjektiv-dingliche Rechte sind nicht Eigentumsinhalt.

2. Die Ausübung des Nachbarrechts. Zur Ausübung des Eigentums im Sinne von 730 I gehört dagegen die Geltendmachung von Verbietungsrechten, die sich aus den privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen ergeben. Ihr Ausschluss ist jedoch nicht, wie oft behauptet wird[71]), eine negative Dienstbarkeit, sondern eine affirmative: der Berechtigte[72]) darf das Nachbargrundstück mit Rauch oder Lärm belästigen, er darf den Überfall holen etc.

---

[68]) So deutlich BGB § 1018; weniger klar ZGB 730 I („Der Eigentümer darf sein Eigentumsrecht nach gewissen Richtungen nicht ausüben"), womit aber keine Neuerung im Verhältnis zum deutschen Recht beabsichtigt war.

[69]) Wolff § 106 bei Anm. 13, SeuffA 66 S. 407. — A. M., aber wohl unhaltbar, neuestens Tessiner Aufsichtsbehörde, ZBGR XIV S. 26 ff.

[70]) Wolff § 106 II 3, OLGE 4 S. 306, 5 S. 424.

[71]) Wolff a. a. O. Richtig Staudinger § 1018 Bem. II 1 c. — Die Frage ist übrigens rein theoretischer Natur, da die Zulässigkeit solcher Dienstbarkeiten nicht durch ihre Subsumtion unter ZGB 730 I (aff. und neg. Dienstbarkeiten), sondern durch 680 II begründet wird. Daher kann auch das Miteigentümervorkaufsrecht, ein persönliches, aus dem Eigentum fliessendes Recht, durch Dienstbarkeit ausgeschlossen werden. SJZ XV S. 317.

[72]) Vgl. oben Anm. 56.

Dass der Belastete eine Handlung nicht verbieten darf, ist ja das Kennzeichen der affirmativen Dienstbarkeit, des Duldens.

3. Der Verzicht auf Ansprüche, die der Eigentümer infolge Beschädigung seiner Sache durch Dritte gegen diese erhält, kann nicht durch Dienstbarkeit dinglich gesichert werden; diese Ansprüche gehören nicht mehr zum Eigentumsinhalt; sie sind vielmehr obligatorische Rechte aus unerlaubter Handlung, die ihr besonderes rechtliches Schicksal haben (also selbständig übertragbar sind etc.). Unzulässig als Dienstbarkeitsinhalt ist jedoch nur der Schadensersatzverzicht als solcher, nicht aber die Vereinbarung der entschädigungslosen[73]) Duldung gewisser schädigender Einwirkungen, vor allem von Immissionen oder von andern Schadenszufügungen, die etwa die Haftung von 679 nach sich zögen[74]). Nach der Praxis des Reichsgerichts ist auch das Recht auf entschädigungslose Ausübung von erlaubten, aber mit Schadensersatzpflicht verbundenen Einwirkungen zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit[75]). Dass hier ausnahmsweise der Verzicht auf einen Schadensersatzanspruch durch Dienstbarkeit dinglich gesichert werden kann, erklärt sich daraus, dass der Ersatzanspruch nicht rein obligatorischer Natur ist, sondern insofern Inhalt des Eigentums, als er im Falle von Gewerbeordnung § 26 an die Stelle eines nach BGB gegebenen nachbarlichen Verbietungsrechtes getreten ist[76]), dem damit gewissermassen die Realexekution versagt

[73]) Eine gegenteilige Abmachung könnte überhaupt nicht in den Dienstbarkeitsinhalt aufgenommen werden, da sie eine Gegenleistung für die Dienstbarkeitseinräumung wäre. Vgl. unten § 7 III.

[74]) ZBGR IX S. 185. Schaden, der durch Schneesturz vom Dach des Nachbarhauses entsteht.

[75]) RGE 119 S. 221 und 130 S. 350.

[76]) Nach GewO § 26 kann ein konzessionierter Betrieb, der auf die Nachbargrundstücke schädlich einwirkt, nicht verboten werden, sondern muss, soweit Schutzmassnahmen untunlich sind, geduldet werden gegen Schadloshaltung.

und nur die Wertexekution gestattet ist. Für das schweiz. Recht, dem eine GewO § 26 entsprechende Bestimmung fehlt, kommen solche Fälle kaum in Betracht. Denkbar wäre etwa die servitutarische entschädigungslose Ausübung des Wegschaffungsanspruchs (ZGB 700) zugunsten eines Tennisplatzes: die Spieler bekämen dadurch das Recht, die auf das Nachbargrundstück sich verirrenden Bälle zurückzuholen ohne Entschädigung des Eigentümers für zertretenen Rasen. Ein weiterer Fall ergibt sich nach baselstädt. Recht für das aus dem Mittelalter stammende Institut der „Halben Hofstatt"[77]). Wer bis zur Grenze seines Grundstückes bauen will, darf für die Hälfte der Mauerdicke unentgeltlich Boden des Nachbarn benutzen; will dieser später die so erstellte Mauer zum Anbau benutzen, so muss ihm dies der Erbauer gestatten, jedoch nur gegen Ersatz der halben Baukosten. Für den Fall, dass die sog. Einkaufssumme längst vor dem Einbau entrichtet oder erlassen worden ist, wird als möglicher Inhalt einer Dienstbarkeit anerkannt das Recht, die Mauer unentgeltlich zu benutzen[78]). Diese Dienstbarkeit stellt zugleich die einzig mögliche Art einer Quittung über die (bezahlte oder erlassene) Einkaufssumme dar, die, infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, gegen jeden Erwerber des zuerst erstellten Hauses geltend gemacht werden kann.

III. Die Beschaffenheit der verbietbaren Handlungen. Nachdem festgestellt worden ist, dass nur tatsächliche Handlungen durch Begründung einer Dienstbarkeit verboten werden können, bleibt zu untersuchen, wie diese Handlungen beschaffen sein müssen. Denn es ist klar, dass kraft der Dienstbarkeit, d. h. des Rechtes an einer Sache, nicht alle beliebigen Handlungen von Per-

[77]) Basler EGZGB Art. 162 ff.

[78]) Entscheid der Justizkommission Basel vom 26. 10. 1921. Vgl. Schönberg, Grundbuchpraxis S. 124. — Über die Schwierigkeit der Anpassung des mittelalterlichen Instituts der Halben Hofstatt an das ZGB orientiert der Aufsatz von A. Wieland in ZSR n. F. 46 S. 116 ff.

sonen verboten werden können; schon das Gefühl sagt uns, dass diese Handlungen in irgendeiner Beziehung zur Sache stehen müssen.

1. Das Gesetz und die bisherigen Lösungen der Theorie. Während BGB § 1018 nur von „Handlungen auf dem Grundstück" spricht, scheint das ZGB in 730 I weiterzuführen, wenn es sagt, Dienstbarkeitsinhalt könne nur die Unterlassung der Ausübung des Eigentumsrechtes sein. Diese Formulierung kommt der Lehre Gierkes[79]) am nächsten. Danach muss die Dienstbarkeit ausgeschiedener Eigentumsinhalt sein; sie kann nur auf Untersagung solcher Handlungen gehen, die in Ausübung des Eigentums, also als Nutzungshandlungen, vorgenommen werden, nicht dagegen Handlungen ausschliessen, die kraft persönlicher Freiheit erlaubt sind. Diese Meinung ist richtig, bietet aber keine Lösung, sondern führt zur neuen Frage, welche Handlungen denn Ausübung des Eigentums und welche Ausübung der persönlichen Freiheit sind. Dies sagt uns Gierke nicht; Wolff aber bezeichnet diese Unterscheidung als unbrauchbar mit dem zutreffenden Argument: Wer seine Freiheit auf seinem Grundstück betätigt, übt seine Freiheit aus, indem er sie betätigt, und sein Eigentum, indem er sie auf seinem Grundstück betätigt[80]). Trotzdem

[79]) Gierke § 144 Anm. 1. Ähnlich Wieland 730 Bem. 5; Schwander, Die Grunddienstbarkeit (Berner Diss. 1910) S. 32.

[80] Wolff § 106 II 2. Er scheint zur Lösung, wie Endemann § 101 Anm. 9, auf das Utilitätserfordernis (BGB 1019) zu verweisen. Die Verquickung der Subsumtionsfrage, die BGB 1018 (wie ZGB 730) stellt, mit der Frage der Utilität ist jedoch völlig verfehlt. Die Utilität bildet keinen Teil des Dienstbarkeitsinhalts, sondern eine Beschränkung der speziellen Form der Grunddienstbarkeit. Allerdings macht gerade das Erfordernis der Utilität bei den negativen Dienstbarkeiten oft Schwierigkeiten, so dass durch geschickte Interpretation dieses elastischen und vieldeutigen Erfordernisses wohl die Grunddienstbarkeit auf ein gewünschtes Mass beschränkt werden könnte. Offen bleibt aber die Subsumtionsfrage trotzdem für die Personalservitut, wo sie auf dem Umweg über die Utilität nicht erledigt werden kann. — Für das schweiz. Recht steht dies alles ausser Frage, da die Utilität nicht ins ZGB aufgenommen worden ist.

wurde der Weg, den Gierke gewiesen hat, weiterverfolgt, und zwar wurde eine Verbesserung seiner Formulierung gesucht, indem der Begriff der „Nutzungshandlungen" durch eine feinere, ins einzelne gehende Definition ersetzt wurde: „Unter Handlungen im Sinne von § 1018 sind nur solche zu verstehen, die kraft des Eigentums am belasteten Grundstück an sich erlaubt sind und eine Benutzung dieses Grundstücks, ein Verfahren mit ihm, eine Einwirkung darauf enthalten, aber nicht sonstige Handlungen, insbesondere nicht solche, die vermöge der persönlichen Freiheit des Grundeigentümers oder der Freiheit des auf dem Grundstück bestehenden Gewerbebetriebs gestattet sind."[81]) Dazu wird von Planck mit Recht betont, dass es nichts ausmacht, wenn die als Benutzung des Grundstücks sich darstellende Handlung auch kraft der persönlichen Freiheit erlaubt sei.

Um den Wert dieses Kriteriums zu erkennen, sollen vier Fälle von Dienstbarkeiten betrachtet werden, die nach ihm entschieden wurden[82]).

Auf dem belasteten Grundstück darf

1. keine Gastwirtschaft betrieben werden.
2. nur Wein und Bier, nicht Branntwein verschenkt werden.
3. nur Bier zu einem Mindestpreis ausgeschenkt werden.
4. nur Bier einer bestimmten Brauerei ausgeschenkt werden.

Von einer Einwirkung, einem Verfahren oder einer Benutzung lässt sich nur im 1. Falle mit aller Deutlichkeit sprechen — denn der Betrieb einer Wirtschaft erfordert eine besondere Beschaffenheit des Grundstücks —, während die übrigen Fälle sich gleich viel oder gleich wenig unter den Begriff der Grundstücksbenutzung subsumieren lassen. Diese Überlegung hat die Gerichte dazu geführt,

---

[81]) OLGE 5 S. 154, von späteren Entscheiden wörtlich wiederholt, z. B. OLGE 18 S. 227. — Ebenso Staudinger und Planck zu § 1018, Leemann 730 N. 20.

[82]) Angeführt bei Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 160.

zu untersuchen, ob etwa in diesen Fällen die verbotenen Handlungen wenigstens mittelbar eine besondere Grundstücksbenutzung bewirkten; für Fall 2 und 3 wurde dies bejaht, für Fall 4 verneint[83]). Die Spitzfindigkeit dieser Lösung wird von Lehmann[84]) mit Recht kritisiert. Er macht zwei Verbesserungsvorschläge: entweder müsse die Vornahme der in Frage stehenden Handlungen in ihren unmittelbaren Wirkungen eine Verschiedenheit in der Benutzung des Grundstücks bedingen, oder sie müssten eine erhebliche Verschiedenheit in der Benutzung bedeuten.

Die erwähnten Urteile sowohl wie die von Lehmann vertretene Auffassung gehen jedoch insofern fehl, als die Grundstücksbenutzung als sichtbare, für die Nachbarn eventuell störende Benutzung aufgefasst wird, also namentlich als Verkehr von Personen auf dem Grundstück[85]). Damit erhält aber der Begriff der Benutzung eine ganz falsche Bedeutung; denn eine Handlung ist nicht dadurch Grundstücksbenutzung oder mehr oder weniger Grundstücksbenutzung, dass sie auf andere Grundstücke einwirkt. Wenn ich in meinem Hause Klavier spiele, so ist das soviel oder sowenig Benutzung meines Grundstücks, wie wenn ich am Schreibtisch einen Aufsatz verfasse. Grundstücksbenutzung als störende Tätigkeit aufzufassen lässt uns wieder in den Bann des Utilitätserfordernisses fallen; man denkt an die umgebenden, herrschenden Grundstücke und fragt sich, ob für diese ein Unterschied bestehe, wenn auf dem belasteten Grundstück eine Handlung vorgenommen wird oder nicht. Dass aber die Frage

[83]) Wenigstens im konkreten Fall; OLGE 5 S. 154 lässt den (aber wohl unmöglichen) Beweis offen, dass auch infolge Ausschanks von Bier einer bestimmten und nicht einer andern Art eine verschiedene Grundstücksbenutzung stattfinde. Ebenso Güthe-Triebel, Komm. zur deutschen GBV (1929) S. 1903.

[84]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 160 ff.

[85]) Im Fall 2 wird etwa daran gedacht, dass weniger Leute, nämlich keine Branntweinkonsumenten, auf dem Grundstück verkehren, dass weniger Betrunkene die Nachbarn belästigen etc.

der Utilität nicht mit der Frage des Dienstbarkeitsinhalts vermengt werden darf, ist bereits oben[86]) gezeigt worden.

2. Eigene Auffassung. Um zu einer besseren Lösung zu kommen, muss in Kürze das Wesen des dinglichen Rechtes skizziert werden.

Das dingliche Recht ist eine unmittelbare Beziehung ausschliesslich zwischen einer Person und einer Sache. Aus dieser seiner Natur ergeben sich zwei Folgerungen, die zugleich Kriterien der Dinglichkeit eines Rechtes sind.

1. Das Recht ist in seinem Bestande selbständig und unabhängig von andern dinglichen Rechten an der Sache; deren Begründung oder Untergang lassen es in seinem Bestande unberührt; es kann auch als einziges Recht an der Sache bestehen.
2. Für die den Inhalt des Rechtes bildende Herrschaftsmacht ist erforderlich, dass das Interesse, das sie vertritt, auch dann befriedigt wird, wenn das fragliche Recht das einzige an der Sache bestehende Recht darstellt.

Überblickt man von diesem Gesichtspunkte aus die bisherigen Versuche, den Inhalt der negativen Dienstbarkeit zu erfassen, so ergibt sich, dass keinem derselben der für die Charakterisierung eines dinglichen Rechtes natürliche Ausgangspunkt, die Beziehung des Berechtigten zur Sache, zugrunde gelegt ist, sondern dass überall von der Person des Belasteten, also einem ausserhalb des Begriffs des dinglichen Rechtes stehenden Elemente, ausgegangen wird.

Allerdings ist die Dienstbarkeit, wie jedes beschränkte dingliche Recht, ausgeschiedener Eigentumsinhalt („Eigentumssplitter", Gierke); dies zeigt schon die Tatsache, dass es aus dem Eigentum durch konstitutive Sukzession abgezweigt ist. Die verbietbare Handlung muss daher kraft Eigentums erlaubt sein. Das trifft aber für jede Handlung zu, die der Eigentümer auf seinem Grundstück vornehmen

[86]) Vgl. Anm. 80. — Auch Kohlers Auffassung (Lehrbuch S. 261) verfällt in diesen Fehler, obwohl bei ihr Ansätze zu einer besseren Lösung zu finden sind.

darf oder einem Dritten (Mieter etc.) erlauben kann; eine Abgrenzung von den Handlungen in Ausübung der persönlichen Freiheit ist unmöglich[87]). Der Versuch, die verbietbaren Handlungen vom Belasteten aus abzugrenzen, muss daher notwendigerweise scheitern.

Zum Ziel führt jedoch der andere Weg. Wenn die Dienstbarkeit wirkliches dingliches, unmittelbar auf die Sache sich beziehendes Nutzungsrecht ist, so muss der Vorteil, den die Unterlassung bietet, die Ausübung der negativen Dienstbarkeit, Sachnutzung sein. Damit soll gesagt werden, dass das Interesse des Berechtigten an der Unterlassung so beschaffen sein muss, dass es auch dann gewahrt und voll befriedigt ist, wenn weitere (tatsächliche oder rechtliche) Beziehungen von Personen zur Sache nicht bestehen, wenn die Sache also rechtlich herrenlos ist oder doch von niemandem benutzt wird. Das Interesse muss also in der Sache oder ihrem Zustand verkörpert sein, man könnte sagen, es müsste „dinglich" sein. Es darf nicht derart beschaffen sein, dass es erst befriedigt wird, wenn sich die in den Bereich der Sache kommenden Personen in einer bestimmten, durch das Verbot qualifizierten Weise verhalten. Nur die Grundstücksqualität im weitesten Sinne ist es, die dem Berechtigten Vorteil bieten darf, dagegen dürfen seine Interessen nicht verknüpft sein mit den Handlungen des Belasteten; diese sollen für ihn irrelevant sein, soweit sie nicht dem Verbot widerstreiten[88]).

IV. Einzelne negative Dienstbarkeiten.

1. Die Untersuchung der häufigsten negativen Servituten auf das Vorliegen des hier entwickelten Kriteriums

---

[87]) Vgl. oben bei Anm. 80.

[88]) Diesem Prinzip widerspricht es nicht, wenn u. U. die Interessen des Berechtigten, wie oben Anm. 67 an einem Beispiel gezeigt wird, gerade auf Vornahme der verbietbaren Handlungen gerichtet sind. Dies weist nur auf eine weitere Seite der negativen Dienstbarkeit: der Berechtigte kann die betreffenden Handlungen nicht nur verbieten, er kann sie auch erlauben.

führt zu folgenden Ergebnissen: Das bekannteste Beispiel des römischen Rechtes ist die Servitus altius non tollendi. Sie richtet sich nur auf Vorteile, welche die Sache bietet (freie Aussicht, Zutritt von Licht); das Tun des Belasteten steht ausserhalb der Interessensphäre des Berechtigten. Dem Höherbauverbot ähnlich sind andere Baubeschränkungen, z. B. gänzliche oder partielle Bauverbote, Bauabstandsvorschriften etc. Auch die „Villenservituten"[89]) gehören hierher; mit ihnen wird ein Grundstück oder meist ein ganzes Quartier dahin belastet, dass es nur „villenmässig", z. B. nur mit freistehenden, einstöckigen Wohnhäusern, überbaut werden darf. Die Grundstücke brauchen deshalb nicht überbaut zu werden; das Interesse des Berechtigten richtet sich darauf, von den umliegenden Grundstücken her von den unangenehmen Einwirkungen verschont zu bleiben, die Mietkasernen, Wirtschaften, Fabriken verursachen würden. Es ist also auch befriedigt, wenn das belastete Grundstück noch längere Zeit leeres Bauland bleibt. Baut aber der Belastete — und zu dieser in einer Stadt wirtschaftlich allein in Betracht kommenden Verwendung seines Grundstücks ist er gewissermassen gezwungen —, so darf er nur im Villenstil bauen. Dieser indirekte Zwang (er „muss" Häuser bestimmter Art bauen) ist jedoch nicht unzulässig, wenn der Belastete nicht zu sehr eingeengt wird in der Verwendung seiner Liegenschaft[90]). Den Villenservituten verwandt sind Dienstbar-

---

[89]) Vgl. z. B. BlZürchRspr. XXVI Nr. 56. Gutachten Kohlers in ArchZivPrax. 87 S. 157 ff.

[90]) Auch hier mag in erster Linie das Interesse des Berechtigten massgebend sein; ist es mehr auf die durch das Verbot ferngehaltenen Unannehmlichkeiten gerichtet oder auf die positiven Vorteile, welche die infolge des Verbotes allein erlaubten Handlungen bringen? Als unzulässig würde ich die Verpflichtung betrachten, ein Grundstück nur als Garten zu verwenden (so auch BlZürchRspr. VIII Nr. 191; a. M. die Redaktion a. a. O.). Eher zulässig dürfte dagegen der indirekte Zwang sein, wo er nur die Benutzung eines Teiles des belasteten Grundstücks trifft, etwa bei der Verpflichtung, ein Grundstück nur mit einer lebenden

keiten, die erlaubte Immissionen ausschliessen (Verbot lärmender, übelriechender Gewerbe etc.). Durch Dienstbarkeit kann sowohl verboten werden, auf einem Grundstück Bäume zu pflanzen, als die dort wachsenden Bäume zu schlagen[91]); das zugrunde liegende Interesse, hier die geordnete Forstwirtschaft, dort die freie Aussicht, ist in beiden Fällen mit dem Zustand des Grundstücks verknüpft; dieser darf nach einer bestimmten Richtung nicht verändert werden. Ein weiteres praktisches Beispiel einer negativen Servitut ist das Recht darauf, dass auf dem belasteten Grundstück kein Zugang zum herrschenden errichtet wird[92]).

Unzulässig als Dienstbarkeitsinhalt wäre dagegen die Vereinbarung, dass das belastete Grundstück nur durch einen bestimmten Architekten überbaut werden darf[93]). Der Vorteil des Berechtigten bestünde hier in den positiven Handlungen des Belasteten, nämlich in der Beauftragung eines bestimmten Architekten.

Aus dem gleichen Grunde ist die Eintragung von sog. „Bierservituten"[94]), nach denen auf einem Grundstück nur Bier einer bestimmten Brauerei verkauft werden darf, abzulehnen. Der Zweck dieser Dienstbarkeiten geht dahin, einer Brauerei den Absatz ihres Bieres auf die Dauer und unabhängig vom Wechsel des Wirtes zu sichern. Das Interesse besteht darin, dass der Belastete vom Berechtigten Bier kauft, und fällt dahin, wenn auf dem Grundstück

---

Hecke oder „einer durchbrochenen, der Gegend zur Zierde gereichenden Einfriedigung" zu umgeben (Reichsgericht in SeuffA 79 S. 64.)

[91]) ZbernJV 55 S. 246.

[92]) SJZ XII S. 48. Dienstbarkeit zugunsten eines Bahnstationsplatzes.

[93]) ZBGR XIII S. 81 ff.

[94]) Ebenso, freilich mit anderer Begründung, Wieland 730 Bem. 5, Leemann 730 N. 20, Wüthrich, Bierlieferungsvertrag (Diss. 1929) S. 82 f. Vor der Einführung des ZGB scheinen sie eine gewisse Rolle gespielt zu haben, vgl. BGE 26 II S. 121. — Über das deutsche Recht oben Anmerkung 83.

gar kein Bier verkauft wird, wenn etwa dort eine Schreinerei den Betrieb eröffnet. — Unzulässig ist auch das Verbot, die Räume eines Hauses dem Zweck einer Bierwirtschaft zu entfremden[95]). - Ebenso verlangt die Pflicht des Belasteten, sein Grundstück von Raupen und Wucherpflanzen frei zu halten, ein positives Handeln; bei passivem Verhalten des Belasteten würde der Zweck der Dienstbarkeit nicht erreicht werden, vielmehr ist dazu regelmässige Säuberung des Grundstücks erforderlich. Die Eintragung einer solchen Dienstbarkeit ist deshalb abzulehnen[96]).

Als bedenkliche Bindungen des Grundeigentümers erscheinen auch Dienstbarkeiten, wie sie in Deutschland, vielleicht aus sozialpolitischen Gründen, zugelassen werden, dahin gehend, dass auf einem Grundstück nur minderbemittelte Familien[97]) oder nur deutschstämmige Landarbeiter[98]) wohnen dürfen. Die durch solche Dienstbarkeiten gedeckten Interessen können nur durch positive Handlungen der Eigentümer befriedigt werden, d. h. sie würden nicht verwirklicht, wenn diese Grundstücke unbebaut oder unbewohnt blieben; im Gegenteil, gerade das wäre ihrem Zweck am widersprechendsten, da doch die Grundstücke bebaut und bestimmten, minderbemittelten oder sonstwie qualifizierten Volksschichten zur Verfügung gestellt werden sollen.

2. Konkurrenzverbote als Dienstbarkeiten. Ihr Inhalt besteht in dem Verbot der Ausübung eines bestimmten Gewerbes auf einem Grundstück; das Interesse des Berechtigten geht ausschliesslich auf Freihaltung der Liegenschaft von einem Konkurrenzunter-

---

[95]) ZBGR XI S. 213. Hier liegt überhaupt nur die negative Formulierung einer Pflicht zu einem Tun (Führung einer Bierwirtschaft) vor.

[96]) A. M. Kohler, ArchZivPrax. 87 S. 210.

[97]) OLGE 18 S. 227.

[98]) RGE 117 S. 323. Die Dienstbarkeit wurde nur deshalb abgewiesen, weil der Ausdruck „deutschstämmig" zu unbestimmt sei.

nehmen; was sonst auf dem Grundstück getan oder nicht getan wird, berührt ihn nicht.

Es können zwei, inhaltlich zwar gleiche, ihrem Zweck nach aber ganz verschiedene Arten von Konkurrenzverboten unterschieden werden:

a) Präventive Konkurrenzverbote: ein Gewerbetreibender sichert sich auf gewissen Grundstücken, die vielleicht zu dem von ihm betriebenen Gewerbe besonders geeignet sind, ein Verbotsrecht, um so einer drohenden Konkurrenz vorzubeugen. Die Belastung ist in der Regel eine kleine, da das Grundstück zu mannigfachen andern Zwecken benutzt werden kann. Theorie und Praxis sahen daher keinen Grund, diese Rechte als unzulässig zu erklären[99]).

b) Viel bedenklicher in ihrer Auswirkung sind die restriktiven Konkurrenzverbote. Ein Grundstück, auf dem eine Wirtschaft, eine Fabrik etc. betrieben wird, soll mit dem Verbot gerade dieses Gewerbes belastet werden, damit der Berechtigte auf den Belasteten einen Druck ausüben, ihn z. B. zum Alleinbezug von Bier aus seiner Brauerei[100]), zur Einhaltung von Preisvereinbarungen zwingen kann.

Hier kann man sich fragen, ob die Einräumung derartiger Rechte nicht die Grenzen der Sittlichkeit (ZGB 27) überschreite; wird doch dem Berechtigten die Macht zugestanden, ein meist mit wertvollen dauernden Einrichtungen versehenes Unternehmen stillzulegen, mit dem viel-

---

[99]) Gierke § 144 Anm. 38, Wolff § 106 III 1, SeuffA 45 S. 269, 80 S. 309, OLGE 45 S. 229. Sehr zurückhaltend Cosack, Lehrbuch II 1 S. 236, ablehnend Kohler, ArchZivPrax. 87 S. 174 und Lehrbuch S. 272. — Dass sich der schweizerische Gesetzgeber ihrer Subsumtion unter 730 bewusst war, er sie aber nicht ausschliessen wollte, zeigen StenBull. 1906 S. 1358. Bejahend auch Wieland 730 Bem. 5, Leemann 730 N. 21, ZBGR II S. 46, IV S. 24, V. S. 11. Vgl. auch BGE 46 II Nr. 62. Ablehnend Schwander, Grunddienstbarkeit (Berner Diss. 1910) S. 33.

[100]) Zu diesem Zweck empfiehlt sie ZBGR VI S. 120 an Stelle der unzulässigen Bierservituten.

leicht die ganze wirtschaftliche Existenz des Belasteten verbunden ist[101]). Allerdings wird der Belastete die Dienstbarkeit nicht einräumen, ohne sich selbst zu sichern; doch kann er dies, und hier liegt ein Grund zu Bedenken[102]), nur durch obligatorischen Vertrag tun, da die Aufnahme einer Bedingung oder der Pflicht zu einer Gegenleistung in den Dienstbarkeitsinhalt (s. u. § 7) nicht zugelassen wird. Der obligatorische Vertrag hat aber den Nachteil, dass er nur den Dienstbarkeitsberechtigten verpflichtet, der ihn abschliesst. Auf seinen Nachfolger geht die Pflicht nicht über; der Übergang kann auch nicht erzwungen werden gegen den Willen des Erwerbers der Dienstbarkeit, so dass dem Belasteten u. U. nur ein Schadensersatzanspruch gegen den Veräusserer der Dienstbarkeit übrigbleibt, der seiner Pflicht, die Verpflichtung mitzuübertragen, nicht nachgekommen ist. Der Erwerber der Dienstbarkeit ist aus der Dienstbarkeit nur berechtigt; er kann also z. B., wenn er ein Konkurrent des Belasteten ist, dessen Gewerbe stillegen!

Trotzdem können die restriktiven Konkurrenzverbote nicht als unzulässig erachtet werden[103]), und zwar schon aus dem Grunde nicht, weil sie sich inhaltlich von den präventiven nicht unterscheiden lassen. Auch kann sich

---

[101]) Hier, nicht wie bei Kohler bei den ihm einzig bekannten präventiven Konkurrenzverboten, drängt sich der Vergleich mit den schuldrechtlichen Konkurrenzverboten auf. Während diese einem nur zu einem Beruf ausgebildeten Menschen das Fortkommen behindern, wird bei jenen die Benutzung eines für einen Gewerbebetrieb eingerichteten Grundstücks lahmgelegt.

[102]) Von Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 162 f., gegen die Bierservituten vorgebracht, jedoch auch hier gleicherweise einschlagend.

[103]) So wenigstens im allgemeinen und für den die Anmeldung entgegennehmenden Grundbuchbeamten. Im Einzelfall wird dann richterliche Beurteilung entscheiden, ob der Dienstbarkeitsvertrag, z. B. weil er im Zusammenhang mit einem unsittlichen Kartellvertrag steht, nichtig ist. — Auch kann die Ausübung der inhaltlich zulässigen Dienstbarkeit u. U. als gegen Treu und Glauben verstossend unzulässig sein (ZGB 2).

der Belastete dadurch schützen, dass er nur eine unübertragbare Personalservitut einräumt (mit der Folge, dass der Berechtigte mit dem obligatorisch Verpflichteten stets identisch bleibt) und dass er, wo er doch eine Grunddienstbarkeit oder eine übertragbare Personaldienstbarkeit einräumt, sich genügende Sicherheiten dafür bestellen lässt, dass die obligatorische Verpflichtung jeweils auf den Erwerber der Dienstbarkeit übertragen wird.

Zwischen den zulässigen Konkurrenzverboten und den unzulässigen Bierservituten steht die Dienstbarkeit, nach der auf dem belasteten Grundstück eine Ware (z. B. Bier) nicht unter einem bestimmten Preis verkauft werden darf. Das Interesse ist hier ein doppeltes, einmal, dass auf dem Grundstück die Ware verkauft wird, dann aber, dass auf dem Grundstück keine Konkurrenz stattfindet, die sich einer allgemeinen Preisvereinbarung entziehen kann. Welches Interesse überwiegt, ist nicht leicht zu sagen. M. E. dürfen diese Dienstbarkeiten als beschränkte Konkurrenzverbote[103a]) aufgefasst und zugelassen werden.

§ 6.

IV. Der Nebeninhalt (ZGB 730 II).

I. Natur des Nebeninhalts: Wenn die Dienstbarkeit konsequent als dingliches Recht, d. h. als Beziehung zu einer Sache, ausgebildet ist, so ist von vornherein ausgeschlossen, dass der Belastete zu einem Tun, wenn auch nur dem geringsten, verpflichtet werden kann. Der schweiz. Gesetzgeber hat jedoch in 730 II, der historischen Entwicklung[104]) und Zweckmässigkeitserwägungen folgend, erlaubt, auch Rechte auf ein Tun des Belasteten zum Dienstbarkeitsinhalt zu machen. Dass infolgedessen

[103a]) Sie schliessen nicht jede Konkurrenz aus, nur eine bestimmt qualifizierte.

[104]) Das römische und das gemeine Recht kannten nur die servitus oneris ferendi als Ausnahme von der Parömie: servitus in faciendo consistere nequit. Weiter geht BGB § 1021 I und 1022, über sie hinaus die deutsche Praxis, vgl. Wolff § 106 VI 3.

die Dienstbarkeit kein rein dingliches Recht mehr ist, erkannte (für die servitus oneris ferendi) schon Dernburg[105]) mit aller Klarheit; er sah aber mit Recht keinen Grund für die Logik, ein derartiges, aus dinglichen und obligatorischen Elementen gemischtes Institut des positiven Rechtes abzulehnen.

II. Erfordernisse des Nebeninhalts.

1. Formelle Akzessorietät: Das Recht auf positive Leistungen seitens des Belasteten kann nicht Hauptinhalt der Dienstbarkeit sein, sondern nur neben einem solchen bestehen. Dies gilt ohne Rücksicht auf die ökonomische Bedeutung der Leistung; während eine vielleicht sehr belastende Unterhaltspflicht Nebeninhalt sein kann, muss auch die geringste Leistungspflicht als Hauptinhalt abgelehnt werden[106]); für sie steht nur die Form der Grundlast zur Verfügung.

Ob eine Grundlast oder eine Dienstbarkeit vorliegt, ist bei älteren, vor dem Inkrafttreten des ZGB entstandenen Rechten oft nicht leicht zu entscheiden; daher kann bei Einführung des Grundbuchs Streit entstehen darüber, ob das Recht als nur nach 736 ablösbare Dienstbarkeit oder als Grundlast, die nach 30jährigem Bestand stets ablösbar ist, einzutragen sei[107]). Die gleiche Frage kann sich aber auch bei neubegründeten Rechten erheben, da insbesondere der Bezug von Wasser, Steinen, Torf etc. durch Dienstbarkeit wie durch Grundlast gesichert werden kann, indem entweder die Duldung der Gewinnung oder die Leistung durch den Belasteten vereinbart wird[108]).

Aus dem Prinzip der formellen Akzessorietät folgt, dass Untergang und Übertragung des Hauptinhalts den

[105]) Pandekten (1902) § 236 Nr. 2. — An den Zitaten bei Dernburg und Windscheid sieht man die Schwierigkeit, welche die Frage der gemeinrechtlichen Lehre verursachte.

[106]) Etwa die Pflicht, eine lebende Hecke längs eines kurzen Grenzstücks zu erstellen und zu erhalten. ZBGR VIII S. 116.

[107]) BlZürchRspr. XXVI Nr. 176, ZBGR XIII S. 83.

[108]) Vgl. das instruktive Beispiel ZBGR III S. 186 ff. — Ähnlich XIII S. 192.

Untergang oder die Übertragung auch des Nebeninhalts zur Folge haben; andrerseits kann der Nebeninhalt ohne Einfluss auf den Hauptinhalt jederzeit aufgehoben werden; es kann auch von Anfang bestimmt sein, dass der Hauptinhalt unbefristet, der Nebeninhalt aber befristet sei[109]). Eine selbständige Übertragung des Nebeninhalts als ganzen ist ausgeschlossen; nur die einzelnen Ansprüche sind übertragbar.

2. Materielle Akzessorietät: der Nebeninhalt muss mit dem Hauptinhalt nicht nur formell, sondern auch inhaltlich verbunden sein[110]). Dies zeigt sich nach zwei Seiten:

a) Wirtschaftliches Verhältnis von Haupt- und Nebeninhalt: Die Pflicht zur Leistung muss nebensächlich sein. Darunter ist nicht wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit zu verstehen, sondern untergeordnete Bedeutung im Verhältnis zum Hauptinhalt. Die Beurteilung hat dabei vom Standpunkt des Berechtigten[111]) aus zu erfolgen, wobei vom rein zahlenmässigen Vergleich abzusehen und auf die Interessen und Zwecke des Berechtigten abzustellen ist. Die Leistungspflicht darf nicht Hauptzweck des Vertrages sein[112]). — Ein scharfes begriffliches

---

[109]) ZBGR V S. 101.

[110]) Auch wo die Erfordernisse des Nebeninhalts erfüllt sind, bleibt die Möglichkeit einer Grundlast, sofern die Voraussetzungen von 782 erfüllt sind. Ihr Vorteil, neben der Unablösbarkeit nach 788 III, ist die Pfandhaft; der Vorteil der Verbindung mit der Dienstbarkeit ist die Ersparung eines zweiten Rechtsinstitutes.

[111]) Pestalozzi, Die Grundlastleistung S. 22 verlangt Beurteilung vom Standpunkt des Belasteten aus, also Vergleich des Wertes der Leistung mit dem Minderwert des Grundstücks, der durch die im Hauptinhalt liegende Belastung bewirkt wird. Dies sind aber zwei inkommensurable Grössen. So stünde der Unterhaltspflicht bei einem Wegrecht z. B. der Minderertrag des Grundstücks an Gras oder Getreide entgegen.

[112]) Beispiele unzulässiger Dienstbarkeiten bei Leemann 730 N. 37 und Wieland 730 Bem. 3. (Recht, zum nachbarlichen

Kriterium lässt sich freilich nicht formulieren; es bedarf der Untersuchung jeder einzelnen angemeldeten Dienstbarkeit. — Auf alle Fälle zu eng ist die von Rossel et Mentha vertretene Ansicht[113]): der Nebeninhalt ist nur zulässig, wo es für den Belasteten vorteilhafter ist, selbst die Handlungen vorzunehmen, anstatt ihre Vornahme durch den Berechtigten zu dulden. Der darin zum Ausdruck kommende Gedanke bildet nur einen der Gründe, warum der Gesetzgeber derartige Nebenverpflichtungen zugelassen hat, nicht aber das massgebende Kriterium[114]). Ausserdem würde dieses Kriterium die Prüfung der Zulässigkeit für den Grundbuchbeamten erschweren, da es auf tatsächliche Verhältnisse Bezug nimmt, wobei erst noch zweifelhaft bleibt, ob objektiv geprüft werden soll oder nach den persönlichen Verhältnissen des Belasteten; denn der eine kann es vorziehen, gewisse Handlungen selbst vorzunehmen, während es den andern nicht stört, wenn sie der Berechtigte vornimmt.

b) Zweckeinheit von Haupt- und Nebeninhalt: Der Nebeninhalt muss dem gleichen Zweck dienen wie der Hauptinhalt[115]), dessen Ausübung fördern oder gar erst ermöglichen[116]). Der Hauptinhalt darf nicht so von

---

Steinbruch eine Rollbahn zu halten, neben der Pflicht des Belasteten zum Abbau und zur Lieferung von Steinen.)

[113]) Manuel du droit civil suisse, 2me éd. III p. 9.

[114]) In den von Rossel et Mentha bezeichneten Fällen könnte übrigens der Belastete die Selbstvornahme schon aus 737 II, dem Prinzip der schonenden Ausübung, verlangen.

[115]) Daher kann mit dem Wohnrecht nicht die Pflicht zur Lieferung von Brennholz, Obst, Milch etc. verbunden werden, ZBGR XIII S. 194. Ebenso erachte ich (wie Pestalozzi a. a. O. S. 18 f.) für unzulässig, neben dem Recht auf Führung eines Schmalspurgeleises über ein Bahnhofgebiet die Pflicht der Bahn, auf ihren Geleisen die zum Umladen erforderlichen Wagen bereitzuhalten (a. M. BGE 38 II Nr. 72). — In beiden Beispielen ist der Nebeninhalt lediglich eine ökonomisch wertvolle Ergänzung des Hauptinhaltes, fördert aber dessen Ausübung (Wohnen resp. Halten und Befahren eines Schmalspurgeleises) nicht.

[116]) Älteres Urteil in ZSR n. F. 14 S. 155.

ihm abhängig sein, dass er ohne ihn keinen Sinn und Zweck hätte. — Bei den meisten in der Praxis vorkommenden Nebeninhalten handelt es sich um Unterhaltspflichten in Verbindung mit Wegrechten[117]), Leitungsrechten, Rechten auf Benützung einer Mauer etc.[118]) Weiter kommt in Betracht die Verpflichtung, Bäume so weit zu kappen, als es für ein Aussichtsrecht erforderlich ist, oder eine durch Dienstbarkeit erlaubte Starkstromleitung von Gestrüpp frei zu halten[119]). Ebenso ist es zulässig, mit einer Holzschlagungsbeschränkung die Pflicht zur Wiederaufforstung für die Fälle zu verbinden, in denen eine Holzschlagserlaubnis erteilt wird[120]).

III. Das Problem der Haftung: Der Nebeninhalt ist eine rein obligatorische Pflicht, für die nicht, wie bei der Grundlast und der Gült, eine Haftung des Grundstücks besteht[121]). Daraus ergeben sich Schwierigkeiten bei der Dereliktion des belasteten Grundstücks. Während bei Gült und Grundlast keine Bedenken bestehen, den Derelinquierenden von den zukünftig entstehenden Pflichten zu befreien[122]) (das Grundstück haftet ja für den Gesamtwert und einige Jahresleistungen), stünde der Berechtigte bei der Dienstbarkeit vis-à-vis de rien. Das Bundesgericht[123]) hat in einem solchen Falle entschieden, dass der Derelin-

[117]) Z. B. BGE 52 II Nr. 37.

[118]) Dabei wird nur die Unterhaltspflicht als solche Nebeninhalt sein können, nicht die Pflicht, eine bestimmte Geldsumme zu leisten. Dies können aber die jeweiligen Parteien für sich vereinbaren.

[119]) Schönberg, Grundbuchpraxis S. 122.

[120]) ZbernJV 55 S. 244.

[121]) Leemann 730 N. 35, a. M. Pestalozzi a. a. O. S. 17 ff., 23 f. — Im deutschen Recht findet Grundlastrecht, also auch 1108, entsprechende Anwendung (BGB 1021 II).

[122]) So Leemann 666 N. 14, 786 N. 22, 791 N. 6. Ebenso für die Dienstbarkeit 741 N. 10.

[123]) BGE 50 II Nr. 37. — Die ganz verschieden begründeten Vorentscheide in BlZürchRspr. XXIV Nr. 1 beleuchten die Schwierigkeiten, die der Fall verursachte.

quierende verpflichtet bleibt, bis die Sache einen neuen Eigentümer erhalten hat[124]). Im konkreten Fall entsprach diese Lösung durchaus der Billigkeit, da der Belastete eine entsprechende Gegenleistung erhalten hatte. Ob sich der Entscheid aber prinzipiell halten lässt, erscheint als zweifelhaft. Der Berechtigte wäre ja auch schutzlos gewesen, wenn der Eigentümer das Grundstück statt zu derelinquieren an einen Zahlungsunfähigen veräussert hätte.

§ 7.

V. Nebenbestimmungen.

I. Das Prinzip: Der Numerus clausus der dinglichen Rechte betrifft den Rechtsinhalt im engern Sinne (nur bestimmte Arten des Herrschendürfens über eine Sache können dingliche Rechte sein). Aber auch der Inhalt des Rechtes im weiteren Sinne, der eintragbare Inhalt des Begründungsvertrages, ist beschränkt; das moderne Recht steht, dem römischen Recht folgend (im Gegensatz zur germanischen Auffassung) auf einem Standpunkt, den man „Prinzip der reinen Dinglichkeit" nennen kann. Dieses findet seinen Ausdruck in zwei Erscheinungen:

1. Nur solche Rechte, welche nach ihrem Inhalt keiner Ergänzung durch obligatorische Beziehungen zum belasteten Eigentümer bedürfen, sind als dingliche zugelassen[125]).

2. Den eintragbaren Inhalt des ein dingliches Recht begründenden Vertrages bildet nur die Konstituierung des dinglichen Rechtes; alle übrigen Beziehungen zwischen dem Eigentümer und dem beschränkt Berechtigten sind

---

[124]) Dieser Satz wird nicht ausdrücklich genannt als Rechtssatz, sondern durch Auslegung des Parteiwillens aus dem Dienstbarkeitsvertrag gewonnen. Er ist aber die dem Entscheid zugrunde liegende These.

[125]) Ausgeschlossen als dingliche Rechte sind daher heute Miete, Pacht, Vorkaufsrecht. Auch die Vormerkung (ZGB 959) macht sie nicht dinglich, sondern stattet sie nur mit verstärkter Wirkung aus.

vom Gesetz geregelt und können, soweit das Gesetz dispositiv ist, nur auf dem Wege des obligatorischen Vertrages näher bestimmt werden.

Diese, im vorliegenden Zusammenhang allein interessierende zweite Seite des Prinzips der reinen Dinglichkeit[126]) soll am Beispiel des Miteigentums erläutert werden: dieses kann nur schlechthin, mit dem im Gesetz festgelegten Inhalt begründet werden; es gibt weder befristetes, noch kündbares, noch bedingtes Miteigentum; noch viel weniger kann es in der Weise begründet werden, dass der Erwerber dem Besteller eine jährliche Gegenleistung zu entrichten hat. Mit der Entstehung des Miteigentums steht dieses selbständig, nur den gesetzlichen Bestimmungen unterworfen, da; alles andere ist Sache obligatorischer Vereinbarung, berührt also den Bestand und den Inhalt des Rechtes nicht, wirkt auch nicht für oder gegen seinen Erwerber. Die gleiche reine Dinglichkeit findet sich bei den Dienstbarkeiten und bei der Nutzniessung wieder mit der Ausnahme, dass die Befristung zugelassen ist[127]); dasselbe gilt für das Pfandrecht als dingliches Recht[128]), während für die Grundlast eine Ausnahme besteht[129]).

---

[126]) Die Gründe, die den Gesetzgeber zur Anerkennung dieses Prinzips geführt haben, können hier nicht besprochen werden. Sie sind zum Teil dogmatisch (dingliche Rechte als Beziehung nur zur Sache), zum Teil praktisch (Übersichtlichkeit der Rechtslage an Grundstücken, Beschränkung der Publizitätswirkung des Grundbuchs auf die dingliche Beziehung). Gegen dieses Prinzip lässt sich vor allem das Prinzip der Freiheit des Eigentums anführen, sodann praktische Bedürfnisse, wie anhand der Dienstbarkeit unten gezeigt wird.

[127]) Das alte römische Recht anerkannte auch keine befristeten Dienstbarkeiten. Dernburg, Pandekten (1902) S. 577.

[128]) Was sich allerdings weniger nachteilig bemerkbar macht als bei den Dienstbarkeiten, da wenigstens bei der Grundpfandverschreibung die Forderung ganz frei ausgestaltet werden kann. Für die Gült und den Schuldbrief vgl. ZGB 854, dazu SJZ X S. 241 f.

[129]) Die Verweise von 787 und 788 auf „Abrede" und „Vertrag" erhalten nur dann richtigen Sinn, wenn diese nicht nur unter

Im folgenden sollen die Verhältnisse für die Dienstbarkeit näher untersucht werden.

II. Zeitliche Nebenbestimmungen.

1. Befristung: GBV 7 lässt die Aufnahme einer übertragbaren Personalservitut als selbständiges und dauerndes Recht ins Grundbuch zu, wenn sie auf unbestimmte Zeit oder auf mindestens 30 Jahre begründet ist. Hieraus folgt die Zulässigkeit auflösender Befristung wie auch kürzerer Fristen als 30 Jahre für die Personalservitut; das gleiche muss für die Grunddienstbarkeit gelten. Welches die kürzeste Frist ist, für die eine Dienstbarkeit begründet werden kann, hat die Praxis noch nicht entschieden; doch werden zu kurze Fristen abgelehnt werden müssen, da die Parteien unter solchen Umständen an der Eintragung eines dinglichen Rechtes kein Interesse haben, sondern sich mit einem obligatorischen Vertrag begnügen können[130]) (vgl. auch oben § 4 II 2). Die aufschiebende Befristung wird durch GBV 12 I ausgeschlossen, wonach die Anmeldung beim Grundbuch unbedingt und vorbehaltlos erfolgen muss, d. h. so, dass das dingliche Recht sofort eingetragen werden kann und mit der Eintragung voll wirksam wird.

2. Bedingung: Die Suspensivbedingungen werden, wie die aufschiebende Befristung, durch GBV 12 I ausgeschlossen[131]).

---

den Begründungsparteien, sondern zwischen den jeweiligen Berechtigten und Belasteten Wirkung haben. Ihr Inhalt kann in Bestimmungen über Kündigung, Gegenleistung etc. bestehen.

[130]) Endemann § 100 Anm. 22 glaubt, eine Dienstbarkeit auf zwei Jahre abweisen zu müssen.

[131]) ZBGR III S. 156. — Das deutsche Recht lässt aufschiebende und auflösende Befristung und Bedingung zu, Wolff § 108 Anm. 2. Ausgenommen ist die Bedingung nur, wo sie den Begriff der Dienstbarkeit berührt; „Recht“ 1912 Nr. 1618.

Auflösende Bedingungen werden jedoch im Gegensatz zur auflösenden Befristung von der Praxis des Bundesrates abgelehnt[132]). Diese Ablehnung wird nicht mit einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, sondern mit einem allgemeinen Prinzip des Grundbuchrechts begründet. Das Grundbuch soll eine möglichst klare und vollständige Übersicht über die dingliche Rechtslage eines Grundstückes gewähren, so dass Grundbuchverwaltung und Publikum sich darüber vergewissern können durch Einsichtnahme in das Hauptbuch, das Tagebuch und die Belege unter Ausschluss weiterer Erkenntnismittel. Gegen dieses Prinzip verstossen aber die bedingten Dienstbarkeiten; denn aus dem Grundbuch lässt sich nicht ersehen, ob das Recht noch besteht und wie lange es noch bestehen wird; vielmehr müssen dazu ausserhalb des Grundbuchs liegende Tatsachen herangezogen werden, zu deren Feststellung vielleicht umständliche Nachforschungen erforderlich sind.

Für die Zulassung bedingter Dienstbarkeiten andererseits spricht vor allem das Interesse der Parteien; auch der Bundesrat anerkennt es und gibt zu, dass mancher Grundeigentümer sich eher dazu bereitfinden liesse, eine Dienstbarkeit einzuräumen, wenn er ihren Bestand von einer Bedingung abhängig machen könnte. Ausserdem ist anzunehmen, dass die Fälle bedingter Dienstbarkeiten relativ selten bleiben und kaum erhebliche Schwierigkeiten verursachen würden — meldet doch auch die deutsche Praxis von keinen Unzukömmlichkeiten. Auch werden die Bedingungen nicht in allzu entfernt liegenden Tatsachen bestehen, sondern mit den Bedürfnissen des Berechtigten oder Belasteten im Zusammenhang stehen, so

---

[132]) Grundlegend ZBGR I S. 3 ff., II S. 19 ff. Ausführlich begründete Bestätigung X S. 149 ff. — Anders die frühere Basler Praxis, Schönberg, Grundbuchpraxis S. 22. — Die Stellung des Bundesgerichts als heutiger oberster Beschwerdeinstanz in Grundbuchsachen dürfte kaum zweifelhaft sein, hält doch schon BGE 52 II S. 40 bedingte dingliche Rechte für ausgeschlossen.

dass den Interessenten wohl zuzumuten ist, über sie Nachforschungen anzustellen[133]). Übrigens gibt es gerade bei den Dienstbarkeiten unzweifelhaft zulässige Fälle, die ähnliche Wirkungen haben wie bedingte Rechte, wenn auch keine Bedingung im technischen Sinne vorliegt[134]). Aus allen diesen Gründen ist zu hoffen, dass die bisherige Praxis aufgegeben werde. Insbesondere erscheint als wünschbar, dass die Dienstbarkeitsausübung von der Entrichtung einer Gegenleistung abhängig gemacht werden kann[135]), da die Gegenleistung sich andernfalls nur auf dem Umweg von Pfandrecht oder Grundlast sichern lässt.

3. Kündigung: Ein Kündigungsrecht des Belasteten[136]) kann nur obligatorisch vereinbart werden; die Eintragung von Kündigungsbestimmungen ist nicht möglich[137]). Dies entspricht durchaus dem Prinzip der reinen Dinglichkeit und der in ihm liegenden Verselbständigung des dinglichen Rechtes; es soll lediglich „Beziehung des Berechtigten zur Sache" sein, unabhängig von der Person

---

[133]) Beispiele: die Aufgabe des Gewerbebetriebs auf dem herrschenden Grundstück (ZBGR I S. 3), die Zugehörigkeit des Eigentümers des herrschenden Grundstücks zu einer bestimmten Familie („Recht" 1912 Nr. 1618), das Bestehen einer Dienstbarkeit an einem andern Grundstück (Planck, Vorb. 4 a vor § 1018).

[134]) Ob und wie lange eine auf Lebenszeit bestellte Dienstbarkeit besteht, kann auch nicht aus dem Grundbuch ersehen werden. Die Existenz einer nur an Nachkommen vererblichen Dienstbarkeit (für deren Zulässigkeit sich das Eidg. Justizdepartement in ZBGR X S. 156 ausspricht) ist vom Vorhandensein von Nachkommen und deren Antritt der Erbschaft abhängig, also ebenfalls von nicht aus dem Grundbuch ersichtlichen Tatsachen. Dagegen müsste ein Wohnrecht bis zur Verheiratung als bedingt abgelehnt werden. Vgl. auch Stirnimann zum Entscheid ZBGR I S. 156 f.

[135]) Vgl. ZBGR I S. 3.

[136]) Der Berechtigte kann jederzeit auf die Dienstbarkeit verzichten und sie im Grundbuch löschen lassen.

[137]) ZBGR I S. 3, II S. 109, V S. 76. — Unklar XIII S. 223, da zwischen obligatorischer und „dinglicher" Kündigungsvereinbarung nicht scharf unterschieden wird.

des Belasteten, der ausserhalb dieser Beziehung steht und für sie begrifflich gar nicht notwendig ist, da sie auch bei Untergang seines Rechtes weiterbesteht.

III. Die Gegenleistung. Der häufigste Entstehungsgrund der Dienstbarkeit ist ein synallagmatisches Rechtsgeschäft. Die Entschädigung für ihre Einräumung kann dabei eine einmalige Summe (Kaufpreis) sein; vereinbart werden kann aber auch eine periodische[138]) oder eine nach dem Grad der Ausübung bemessene Entschädigung (letzteres z. B. bei Materialgewinnungsrechten, wie Torfstichrecht etc.). Für die periodische Gegenleistung besteht ein Bedürfnis insbesondere bei wertvolleren Dienstbarkeiten, namentlich beim Baurecht, wo dem Berechtigten der Erwerb des Bodens erspart werden soll gegen kleine periodische Leistungen. Da jedoch die Leistungspflicht nicht mit der Übertragung des Rechtes übergeht, wird für sie meist eine Sicherheit erwünscht sein. Denkbar sind, neben dem Pfandrecht, zwei Wege:

a) Die Grundlast, deren Zulässigkeit nicht zweifelhaft ist, weist folgende Vorteile auf:

1. Sie begründet Pfandhaftung des belasteten Grundstücks.

2. Da sie mit einer Dienstbarkeit[139]) verbunden ist, so ist sie nicht, wie die übrigen Grundlasten, nach 30-jährigem Bestand ablösbar[140]). Vielmehr kann die Ab-

---

[138]) Auch beim Wohnrecht, ZBGR XIII S. 169 und 222.

[139]) 788 III, wo nur unablösbare Grunddienstbarkeiten genannt sind, ist zweifellos zu eng. Leemann 788 N. 13, 14.

[140]) Dies übersieht Moor, ZSR n. F. 48 S. 210, der glaubt, die Grundlast sei ablösbar und das Baurecht könne daher nur auf 30 Jahre bestellt werden, wenn die Gegenleistung für seine ganze Dauer durch Grundlast gesichert werden soll. Richtig BGE 52 II S. 44. — Allerdings hatte der Gesetzgeber bei 788 III nicht an diesen Fall gedacht, sondern an „Nebenrechte zur Servitutsverpflichtung" im Sinne von 730 II, wie Prot. der Exp.-Komm. III und IV S. 204 zeigen. Ebenso schweigen die Kommentare

lösung vertraglich auf den Zeitpunkt der Beendigung der Servitut festgelegt werden, was, wo es nicht ausdrücklich geschieht, zu vermuten ist, besonders wenn die Grundlast im Grundlastvertrag als Gegenleistung für die Ausübung einer Dienstbarkeit bezeichnet wird.

3. Die Höhe der Grundlastleistung braucht nicht von vornherein fest bestimmt zu sein, sondern kann von bestimmten Umständen abhängig gemacht werden. So kann die Höhe des Baurechtszinses z. B. zum jeweiligen Hypothekarzinsfuss eines Bankinstituts in Beziehung gesetzt werden.

4. Die, sonst sehr lästige, Eintragung eines hohen Gesamtwertes fällt hier weg; den Zwecken der Parteien genügt die Ansetzung eines relativ niederen Gesamtwertes[141]). Wenn die Eintragung eines Gesamtwertes nicht auf einer zwingenden Vorschrift beruhen würde, könnte hier überhaupt davon abgesehen werden; denn die Grundlast repräsentiert keinen selbständigen Wert (der dem Gläubiger bei der Ablösung zukommende Vorteil ist der Untergang der Dienstbarkeit) und die Haftung des Grundstücks für die einzelnen Jahresleistungen besteht unabhängig von der Höhe des Gesamtwertes kraft Gesetzes.

Die Grundlast hat aber auch Nachteile:

1. Sie bedarf zu ihrer Begründung der öffentlichen Beurkundung (783 III mit 657 I), die Begründungsform der Dienstbarkeit, Schriftlichkeit, genügt für sie nicht.

über die genannte Anwendung. Sie ist aber praktisch mindestens ebenso wichtig wie der Fall, welchen der Gesetzgeber im Auge hatte. Der Unablösbarkeit stehen auch keine Bedenken entgegen, da der Grundlast als Last stets die Dienstbarkeit als Recht ausgleichend zur Seite steht.

[141]) Moor a. a. O. S. 224 teilt mit, dass nach baselstädt. Praxis beim Baurecht die dreifache Jahresleistung als Gesamtwert vereinbart wird. — Vgl. 789, wonach im Falle der Ablösung dem Belasteten immer noch der Beweis offen steht, dass die Grundlast gar keinen (selbständigen) Wert habe, er also keine Ablösungssumme zu bezahlen habe.

2. Sie bildet für das belastete Grundstück eine Pfandbelastung.

3. Sie ist nur bei der Grunddienstbarkeit (am herrschenden Grundstück) und beim gebuchten selbständigen und dauernden Recht (am Rechte selbst), nicht aber bei der gewöhnlichen Personalservitut möglich.

b) Es stellt sich daher die Frage, ob nicht eine unmittelbare Verknüpfung von Dienstbarkeitsrecht und Gegenleistungspflicht möglich wäre, nämlich durch deren Einbeziehung in den Dienstbarkeitsinhalt. Dies hätte die nachstehenden Vorteile zur Folge:

1. Die Dienstbarkeit könnte nur mit der Gegenleistungspflicht zusammen übertragen werden.

2. Der Belastete hätte eine unmittelbar aus der Dienstbarkeit sich ergebende Einrede gegen deren Ausübung, wenn die Leistung nicht erfolgt, während er sonst die Ausübung weiter dulden muss und für die Gegenleistung auf den oft mühsamen Weg der zwangsweisen Geltendmachung angewiesen ist.

3. Die für die Grundlast genannten Nachteile fielen weg.

Auch hier zeigt sich indes wieder die Auswirkung des Prinzips der reinen Dinglichkeit: Inhalt des Dienstbarkeitsvertrages darf nur die Konstituierung des dinglichen Rechtes sein, nicht die Begründung obligatorischer Rechte und Pflichten für die Parteien. Das dingliche Recht ist einseitige Berechtigung; nur im Fall der Kollision mit andern dinglichen Rechten, insbesondere mit dem Eigentum, verpflichtet es zu billiger Rücksichtnahme. Doktrin[142]) und Praxis[143]) lehnen daher die erwähnte Verbin-

[142]) Motive zum BGB III S. 481 nennen eine derartige Verbindung etwas mit dem Wesen des dinglichen Rechtes Unvereinbares. Ablehnend auch Wolff § 106 VI 3, Staudinger, Planck, Güthe-Triebel in ihren Kommentaren. A. M. Kohler, ArchZivPrax. 87 S. 230 ff. — Allerdings kann im deutschen Recht die Bezahlung der Gegenleistung auflösende Bedingung sein.

[143]) ZBGR V S. 76. — BGE 52 II Nr. 5.

dung ab. Der Eintrag von Vereinbarungen über ein Entgelt wird abgewiesen. Gegen die Zulässigkeit der Eintragung sagt das Bundesgericht mit klarer Einsicht[144]): „Die Vergütung, welche der Erwerber eines dinglichen Rechtes dem . . . Besteller . . . als Gegenleistung . . . zu zahlen sich verpflichtet, bildet wohl den Bestandteil des zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäftes, dagegen nicht einen Bestandteil des erworbenen Rechtes selbst."

Dass das Prinzip der reinen Dinglichkeit insbesondere beim Baurecht nachteilig ist, zeigt die Neuregelung desselben in Deutschland[145]): neben andern obligatorischen Vereinbarungen kann auch der Anspruch auf den Bauzins mit „dinglicher" Wirkung ausgestattet werden, also zum Inhalt des Baurechts gemacht werden.

Eine Gegenleistung kann nach unserm Recht nur vereinbart werden in Form einer Pflicht, Vorrichtungen zu unterhalten, die dem Belasteten gehören, aber vom Berechtigten benutzt werden[146]). Die Leistungspflicht darf dabei jedoch nicht über die Unterhaltspflicht hinausgehen; sie darf nicht etwa zur Pflicht werden, eine technische Anlage, auf deren Benutzung der Berechtigte Anspruch hat, selbst zu betreiben oder die Kosten des Betriebs zu bezahlen, etwa noch mit der Wirkung, dass der

---

[144]) A. a. O. gegen ein Gutachten Eugen Hubers. Die Vertragsbestimmung lautete: „Die Rentenpflicht wird inhaltlich mit dem Baurecht zu einem einzigen dinglichen Verhältnis verbunden. Sie geht von Gesetzes wegen bei jeder Übertragung des Baurechts und Sondereigentums (. . .) auf den Erwerber über. Im Falle der Säumnis des Rentenschuldners . . . steht dem Rentengläubiger das Recht zu, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Erlös des Baurechts und Sondereigentums zu verlangen."

[145]) Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919. Vgl. besonders §§ 2 ff., 9.

[146]) Leemann 741 N. 2 und 6, BGE 52 II S. 38. Vgl. ZBGR V S. 101.

Berechtigte auf immer an seine Pflicht gebunden ist und sich ihrer auch nicht durch Aufgabe des Dienstbarkeitsrechtes entledigen kann[147])[148]).

---

[147]) Richtig ZBGR IX S. 129; allerdings verlangte das Grundbuchamt für den Verzicht auf die Dienstbarkeit die Zustimmung des Belasteten, was m. E. nicht nötig ist, da der Verzicht an der verfallenen Unterhaltspflicht nichts ändern kann. — Unzulässig scheinen mir die von Leemann SJZ XXVI S. 289 und XXVII S. 309 besprochenen „Fernheizungsservitutsverträge". Da, wie Leemann sagt, „im Interesse der Wirtschaftlichkeit von Fernheizungsanlagen die Möglichkeit der Absonderung einzelner Gebäudeeigentümer unbedingt verhindert werden muss", wird folgende Bestimmung in den Vertrag aufgenommen: „Die Kosten (Selbstkosten) für den Betrieb, den Unterhalt und die Erneuerung der Heizungsanlage . . . werden von den Eigentümern . . . getragen, und zwar auch dann, wenn ein Eigentümer die Heizung aus irgendeinem Grund nicht oder nur teilweise benutzt." Die Bindung an eine unablösbare Pflicht durch ein dingliches Recht scheint mir aber nicht möglich zu sein auf Grund unseres Rechtes.

[148]) Obwohl insbesondere bei negativen Dienstbarkeiten (Konkurrenzverboten etc.), bei deren Verletzung der Schadensnachweis u. U. schwierig ist, die Verabredung einer Konventionalstrafe wünschbar ist, kann sie doch nicht zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht werden (Leemann 730 N. 25, Staudinger § 1018 Bem. II 1 b ee). Dies wäre wieder eine obligatorische Pflicht des Belasteten und damit eine Verletzung des Prinzips der reinen Dinglichkeit.