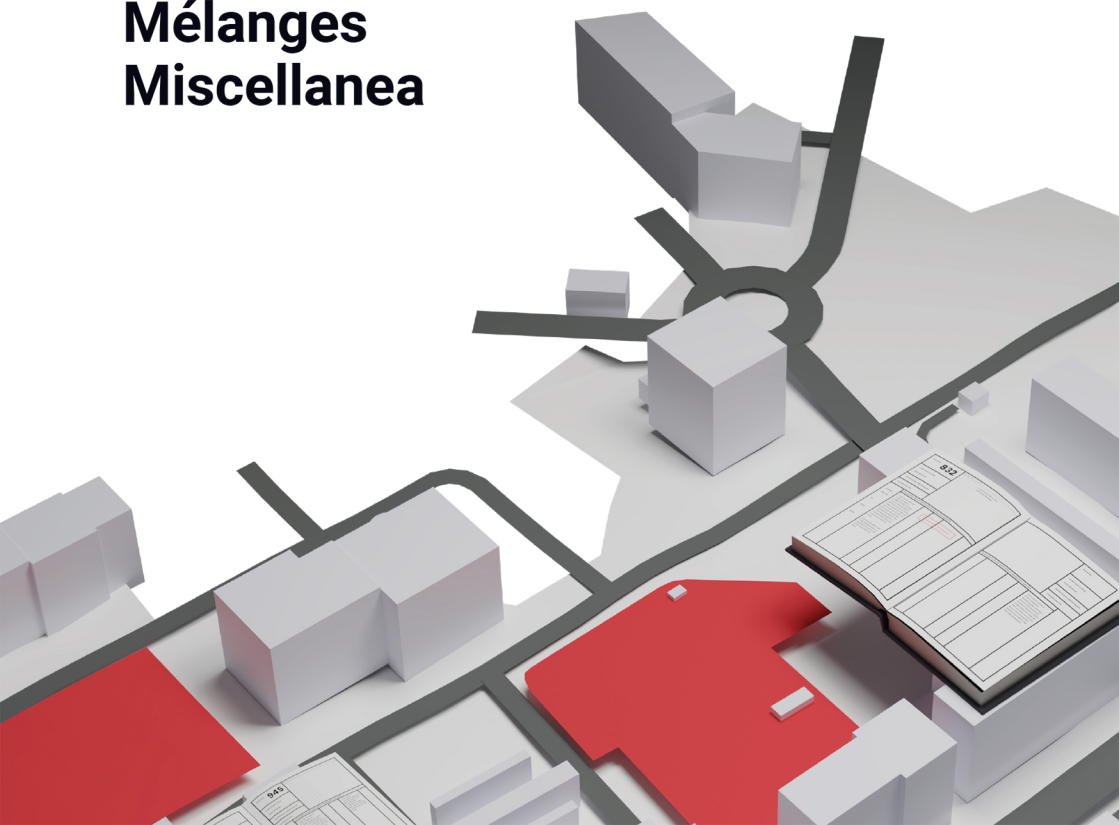




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /  
Philipp Adam / Andrea Gautschi

# Festschrift Mélanges Miscellanea



**Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /  
Philipp Adam / Andrea Gautschi**

**75 Jahre Konferenz der  
Schweizerischen  
Grundbuchführung (KSG)**

**75 ans Conférence Suisse du  
Registre Foncier (CSRF)**

**75 anni Conferenza Svizzera del  
Registro Fondiario (CSRF)**

Festschrift / Mélanges / Miscellanea

Editions Weblaw, Bern 2023

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
<b>V</b>	<b>Liber amicorum</b>
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-195-9 (Print)

© Editions Weblaw, Bern 2023

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

# **Zum Verzicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks auf die Grunddienstbarkeit – insbesondere das einzuhaltende Verfahren**

*Stephan Wolf / Joana Nedeltcheva*

*Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung geht die Grunddienstbarkeit mit Verzichtserklärung des Berechtigten aussergrundbuchlich unter. Diese Ansicht führt zu einer Aporie zwischen materiellem Untergang und formellem Fortbestand der Grunddienstbarkeit, die eine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich zieht und sich auch mit anderen rechtlichen Aspekten nicht in Einklang bringen lässt. Nach hier vertretener Ansicht bedarf der Verzicht auf die Realservitut der Grundbuchanmeldung mit Einreichung einer Löschungsbewilligung seitens des Verzichtenden. Der Untergang der Grunddienstbarkeit tritt mit der Löschung im Grundbuch ein.*

## **Inhaltsverzeichnis**

1. Einleitung.....	414
2. Allgemeines zum Verzicht auf dingliche Rechte und insb. zur Dereliktion des Grundeigentums .....	415
2.1. Grundsätzliches.....	415
2.2. Rechtsaufgabe durch Dereliktion oder Verzicht.....	416
3. Der Untergang der Grunddienstbarkeit.....	417
3.1. Untergangsgründe im Allgemeinen .....	417
3.2. Aussergrundbuchliche und grundbuchliche Untergangsgründe.....	418
4. Verzicht auf die Grunddienstbarkeit als aussergrundbuchlicher oder grundbuchlicher Untergangstatbestand? – Meinungsstand.....	419

4.1.	Einleitende Bemerkungen.....	419
4.2.	Herrschende Lehre und Rechtsprechung: Aussergrundbuchlicher Untergang der Grunddienstbarkeit mit Verzichtserklärung des Berechtigten.....	420
4.3.	Minderheitsauffassung: Untergang der Grunddienstbarkeit mit konstitutiver Löschung des Eintrags im Grundbuch.....	423
5.	Eigene Stellungnahme.....	424
5.1.	Einleitende Bemerkungen.....	424
5.2.	Verzicht auf die Grunddienstbarkeit und nicht Derektion der Grunddienstbarkeit.....	424
5.3.	Fehlende gesetzliche Grundlage für einen aussergrundbuchlichen Untergang der Grunddienstbarkeit.....	425
5.4.	Die herrschende Ansicht führt zu einer Aporie zwischen materiellem Untergang und formellem Fortbestand der Grunddienstbarkeit.....	425
5.4.1.	Grundsätzliches.....	425
5.4.2.	Widerspruch zum Publizitätsprinzip.....	426
5.4.3.	Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des Grundstücks mit Fortbestand der Grunddienstbarkeit trotz ausser- grundbuchlichen Unterganges .....	427
5.4.4.	Löschung der Grunddienstbarkeit bedarf der schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrage berechtigten Personen (Art. 964 Abs. 1 ZGB) .....	428
5.5.	Besonderheiten der Grunddienstbarkeit (Hinweise) .....	430
6.	Schluss.....	431

## **1. Einleitung**

Für jeden Berechtigten besteht grundsätzlich die Möglichkeit, auf sein Recht zu verzichten. Dementsprechend kann auch ein Grunddienstbarkeitsberechtigter – genauer der Eigentümer des grunddienstbarkeitsberechtigten Grundstücks (vgl. Art. 730 Abs. 1

ZGB) – auf die Servitut verzichten.<sup>1</sup> Dabei stellt sich insb. die Frage, welches Verfahren für einen solchen Verzicht einzuhalten ist, namentlich ob die Grunddienstbarkeit bereits durch die Verzichtserklärung des Berechtigten aussergrundbuchlich untergeht oder erst durch ihre Löschung im Grundbuch.

Der vorliegende Beitrag enthält zunächst allgemeine Überlegungen zum Verzicht auf dingliche Rechte und insb. zur Dereliktion des Grundeigentums<sup>2</sup> und behandelt alsdann den Untergang der Grunddienstbarkeit.<sup>3</sup> Es folgen Ausführungen zum Verzicht auf die Grunddienstbarkeit mit Darstellung des diesbezüglich bestehenden Meinungsstandes<sup>4</sup> sowie einer eigenen Stellungnahme.<sup>5</sup> Der Aufsatz wird beendet mit Betrachtungen zum Schluss.<sup>6</sup>

## **2. Allgemeines zum Verzicht auf dingliche Rechte und insb. zur Dereliktion des Grundeigentums**

### **2.1. Grundsätzliches**

Der Träger eines dinglichen Rechts – mithin der Eigentümer oder der aus einem beschränkten dinglichen Recht Berechtigte – kann durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung auf sein Recht verzichten und damit *sein Recht aufgeben*. Gegebenenfalls ist für den Verzicht freilich die Zustimmung von weiteren Berechtigten erforderlich. Im Gegensatz zu dieser grundsätzlich einseitig möglichen Aufhebung von dinglichen Rechten durch Verzicht bedarf es für die Aufhebung einer Forderung eines Vertrages; die als Erlass bezeichnete Forderungsaufhebung hat somit zweiseitig zu erfolgen (vgl. Art. 115 OR).<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch schon STEPHAN WOLF/GIERINA GABRIEL, Zum Verzicht auf die Grunddienstbarkeit und dem damit einhergehenden Schicksal von Unterhaltspflichten für Dienstbarkeitsvorrichtungen, Not@lex 2021, S. 24 ff., S. 24.

<sup>2</sup> Ziff. 2. sogleich.

<sup>3</sup> Ziff. 3. hienach.

<sup>4</sup> Ziff. 4. hienach.

<sup>5</sup> Ziff. 5. hienach.

<sup>6</sup> Ziff. 6. hienach.

<sup>7</sup> Dazu näher ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 173 f.; siehe ebenfalls bereits WOLF/GABRIEL (Fn. 1), S. 24.

## 2.2. Rechtsaufgabe durch Dereliktion oder Verzicht

In terminologischer Hinsicht stellt der Verzicht einen Fall der Rechtsaufgabe dar. Für das Sachenrecht ist innerhalb des Oberbegriffs der *Rechtsaufgabe* allgemein zwischen der *Dereliktion* und dem *Verzicht* zu unterscheiden. Dereliktion ist eine Rechtsaufgabe, die Herrenlosigkeit herbeiführt und damit die Möglichkeit der Aneignung (Art. 658 ZGB) eröffnet. Tritt diese Folge nicht ein, liegt ein Verzicht vor.<sup>8</sup>

Will der Grundeigentümer durch *Dereliktion* sein Eigentumsrecht an einer *Liegenschaft*<sup>9</sup> aufgeben, so hat er dies in der Form einer schriftlichen Erklärung vorzunehmen und diese zusammen mit einer Anmeldung zur Löschung des Eigentumseintrags dem Grundbuchamt einzureichen (Art. 964 Abs. 1 ZGB).<sup>10</sup> Die Zustimmung von Inhabern beschränkter dinglicher Rechte – Dienstbarkeitsberechtigte und Grundpfandgläubiger – am zu derelinquierenden Grundstück ist nicht erforderlich,<sup>11</sup> denn ihre Rechte bleiben im Grundbuch weiterhin eingeschrieben und sind von der Dereliktion nicht betroffen.<sup>12</sup> In der Folge nimmt der Grundbuchverwalter unter Anbringung eines Vermerks wie «Dereliktion» oder «Verzichtserklärung» die Löschung des Eintrags im Grundbuch vor, womit das Eigentum am Grundstück untergeht (Art. 666 Abs. 1 ZGB).<sup>13</sup> Die Dereliktion bewirkt den absoluten Eigentumsverlust; das derelinquierte Grundstück ist herrenlos und grundsätzlich okkupierbar.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil., Bern 2004, S. 310 f., m.H., und näher S. 312 ff.; ausführlich zur Begrifflichkeit neuerdings YANNICK MINNIG, Aufgabe von in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechten: Verzicht oder Dereliktion?, ZBGR 103/2022, S. 197 ff., S. 199 ff.

<sup>9</sup> Vgl. für den Verzicht auf Miteigentums- und Stockwerkanteile sowie auf ein selbstständiges und dauerndes Baurecht nachfolgend im Text.

<sup>10</sup> WOLF/GABRIEL (Fn. 1), S. 25; näher HEINZ REY/LORENZ STREBEL, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 666 ZGB N. 5 (zit. BSK AUTORENSCHAFT) m.w.H.

<sup>11</sup> BGE 85 I 261 E. 2 S. 263. Vgl. auch BSK REY/STREBEL, Art. 666 ZGB N. 5; ALEXANDER KERNEN, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 666 ZGB N. 3 (zit. OFK AUTORENSCHAFT).

<sup>12</sup> PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II: Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 5. Aufl., Bern 2020, N. 2197.

<sup>13</sup> WOLF/GABRIEL (Fn. 1), S. 25, m.w.H.; näher OFK KERNEN, Art. 666 ZGB N. 3 f.

<sup>14</sup> BSK REY/STREBEL, Art. 666 ZGB N. 1 und N. 7; OFK KERNEN, Art. 666 ZGB N. 4; STEINAUER (Fn. 12), N. 2197.

Die soeben umschriebene Dereliktion ist nur an *körperlichen Sachen* möglich, mithin nur an Rechtsobjekten, denen das für Sachen i.S.d. ZGB zentrale Merkmal der Körperlichkeit, das zu einem greifbaren Gegenstand führt,<sup>15</sup> zukommt.<sup>16</sup> An *Rechten* ist demgegenüber eine Herrenlosigkeit bewirkende und die Möglichkeit der Aneignung (Art. 658 ZGB) nach sich ziehende *Dereliktion ausgeschlossen*, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn die Rechte gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2–4 ZGB Grundstücke i.S.d. Gesetzes darstellen. So bilden der Verzicht eines Mit- oder Gesamteigentümers oder eines Stockwerkeigentümers auf seinen Anteil keine Fälle einer Dereliktion.<sup>17</sup> Ebenso ist nach der Rechtsprechung<sup>18</sup> und der herrschenden Ansicht<sup>19</sup> an einem selbstständigen und dauernden Baurecht i. S. v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eine Dereliktion ausgeschlossen,<sup>20</sup> hingegen unter gegebenen Voraussetzungen ein Verzicht unter Schliessung des Grundbuchblatts möglich.

### 3. Der Untergang der Grunddienstbarkeit

#### 3.1. Untergangsgründe im Allgemeinen

Der Untergang der Grunddienstbarkeit wird in den Art. 734–736 ZGB geregelt (vgl. die Marginalie vor Art. 734 ZGB). Danach bilden *Untergangsgründe* die Löschung des Ein-

---

<sup>15</sup> Statt vieler STEPHAN WOLF/WOLFGANG WIEGAND, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Vor Art. 641 ff. ZGB N. 10 (zit. BSK AUTORENSCHAFT).

<sup>16</sup> BSK REY/STREBEL, Art. 666 ZGB N. 9; ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: ders. (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974, Art. 666 ZGB N. 17 (zit. BK AUTORENSCHAFT); CHRISTOPH BRUNNER/JÜRIG WICHTERMANN, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 646 ZGB N. 26; THOMAS SUTTER-SOMM, Eigentum/Besitz, in: ders. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, 2. Aufl., Basel 2014, N. 600. Siehe dazu aus der Rechtsprechung auch BGE 129 III 216 E. 3.2.1 ff. S. 219 ff., m.w.H.

<sup>17</sup> OFK KERNEN, Art. 666 ZGB N. 5; BSK REY/STREBEL, Art. 666 ZGB N. 9 f.; SUTTER-SOMM (Fn. 16), N. 600 f.

<sup>18</sup> BGE 118 II 115 E. 2 S. 117 ff.; vgl. auch BGE 147 III 1 E. 3.7 S. 5.

<sup>19</sup> BK MEIER HAYOZ, Art. 666 ZGB N. 18; BSK REY/STREBEL, Art. 666 ZGB N. 11; OFK KERNEN, Art. 666 ZGB N. 5; STEINAUER (Fn. 12), N. 2198; SUTTER-SOMM (Fn. 16), N. 602, m.w.H.

<sup>20</sup> Neuerdings freilich mit guten Gründen für Zulassung der Dereliktion auch bei in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechten MINNIG (Fn. 8), S. 206 ff.



trags und der vollständige Untergang des belasteten oder des berechtigten Grundstückes (Art. 734 ZGB), die Vereinigung (Art. 735 ZGB) sowie die Ablösung durch das Gericht (Art. 736 ZGB). Im Gesetz als Erlöschenstatbestand *unerwähnt* bleibt demgegenüber der einseitige *Verzicht* des Berechtigten auf die Grunddienstbarkeit. Im Gegensatz dazu wird für die Personaldienstbarkeiten der Nutzniessung und des Wohnrechts in Art. 748 Abs. 2 ZGB bzw. gestützt auf den Verweis in Art. 776 Abs. 3 ZGB der Verzicht als Untergangsgrund aufgeführt.<sup>21</sup> In Rechtsprechung<sup>22</sup> und Lehre<sup>23</sup> ist allerdings anerkannt, dass auch der Verzicht des Eigentümers des berechtigten Grundstücks auf die Grunddienstbarkeit zu deren Untergang führt.<sup>24</sup>

### 3.2. Aussergrundbuchliche und grundbuchliche Untergangsgründe

Je nach konkret vorliegender Konstellation geht die Grunddienstbarkeit grundbuchlich – d. h. mit ihrer Löschung im Grundbuch – oder aussergrundbuchlich – d. h. schon vor ihrer Löschung im Grundbuch – unter. *Aussergrundbuchliche Untergangsgründe* bilden der vollständige Untergang des dienenden oder des herrschenden Grundstücks (Art. 734 ZGB),<sup>25</sup> der Fristablauf bei zeitlich befristeten Grunddienstbarkeiten,<sup>26</sup> die Aufhebung

---

<sup>21</sup> Vgl. schon WOLF/GABRIEL (Fn. 1), S. 26 mit Fn. 4.

<sup>22</sup> BGE 127 III 440 E. 2a S. 442; BGE 128 III 265 E. 4a S. 269 f.

<sup>23</sup> PETER LIVER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744), 2. Aufl., Zürich 1980, Art. 734 ZGB N. 10 und N. 8 (zit. ZK AUTORENSCHAFT); JÜRIG SCHMID, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 964 ZGB N. 15a; MICHEL KÄHR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 734 ZGB N. 8 (zit. OFK AUTORENSCHAFT); PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, S. 1213; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, N. 1315; DENIS PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Traité de droit privé suisse, Volume V: Droits réels, Tome II, 2. Aufl., Basel 2012, N. 253 (zit. PIOTET; SPR, Bd. V/2); STEINAUER (Fn. 12), N. 3388.

<sup>24</sup> Siehe zum Ganzen m. H. bereits WOLF/GABRIEL (Fn. 1), S. 26.

<sup>25</sup> In diesem Fall erlischt die Grunddienstbarkeit ipso facto und die verbleibende Grundbucheintragung wird bedeutungslos; vgl. STEINAUER (Fn. 12), N. 3391; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 23), N. 1303.

<sup>26</sup> Diesfalls kann das Grundbuchamt den Eintrag von Amtes wegen löschen (Art. 976 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB); vgl. STEINAUER (Fn. 12), N. 3394; CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER, Die

durch Gerichtsurteil (Art. 736 ZGB)<sup>27</sup> oder der Zuschlag im Falle des Doppelaufrufs (Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG).<sup>28</sup> Die Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch findet in diesen Fällen mit *deklaratorischer* Wirkung statt. Das Lösungsverfahren richtet sich im Einzelnen analog nach Art. 963 Abs. 2 ZGB; bei gegebenen Voraussetzungen ist auch eine Löschung von Amtes wegen (Art. 976 ZGB) oder ein vereinfachtes Lösungsverfahren (Art. 976a f. ZGB) möglich.<sup>29</sup> Den allgemeinen *grundbuchlichen Untergangsgrund* der Grunddienstbarkeit stellt die Löschung des Eintrages im Grundbuch dar (Art. 734 ZGB). Grundlage für die Löschung bildet ein Rechtsgrundaussweis, regelmässig ein Vertrag oder ein Vermächtnis.<sup>30</sup> Beruht die Löschung einzig auf dem Willen des Eigentümers des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks, so stellt dessen Lösungsbegehren sowohl den Rechtsgrundaussweis als auch die Grundbuchanmeldung dar.<sup>31</sup> Die Löschung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch ist von *konstitutiver* Wirkung; sie lässt die Servitut materiell und formell untergehen.<sup>32</sup>

## 4. Verzicht auf die Grunddienstbarkeit als aussergrundbuchlicher oder grundbuchlicher Untergangstatbestand? – Meinungsstand

### 4.1. Einleitende Bemerkungen

Für den vorliegend interessierenden *Verzicht des Berechtigten auf die Grunddienstbarkeit* ist *umstritten*, ob die Verzichtserklärung bereits als solche die Servitut aussergrundbuch-

---

Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Aufl., Zürich 2021, N. 1438a.

<sup>27</sup> Sind die Voraussetzungen von Art. 736 Abs. 1 ZGB erfüllt, hat mithin die Grunddienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so erlischt sie *ipso iure*. Das Gerichtsurteil hat alsdann nur noch feststellenden Charakter und die Löschung im Grundbuch erfolgt deklaratorisch nach Art. 963 Abs. 2 ZGB. Vgl. STEINAUER (Fn. 12), N. 3424, m. w. H.; ZK LIVER, Art. 736 ZGB N. 102 ff.; OFK KÄHR, Art. 736 ZGB N. 15, m. w. H. auch auf a. M. Im Falle von Art. 736 Abs. 2 ZGB erlischt die Grunddienstbarkeit von Gesetzes wegen bei Vorliegen der Voraussetzungen mit Leistung der Entschädigung; siehe STEINAUER (Fn. 12), N. 3432; weiter auch OFK KÄHR, Art. 736 ZGB N. 24, wonach hier die dingliche Beendigung der Grunddienstbarkeit Zug um Zug mit der Zahlung der Entschädigung erfolgt.

<sup>28</sup> BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1438a; STEINAUER (Fn. 12), N. 3386.

<sup>29</sup> BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1438a.

<sup>30</sup> STEINAUER (Fn. 12), N. 3404 f.

<sup>31</sup> BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1438a; vgl. auch STEINAUER (Fn. 12), N. 3411.

<sup>32</sup> STEINAUER (Fn. 12), N. 3382 und N. 3404 ff., bes. N. 3408; siehe auch STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/ BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, N. 08.60.

lich erlöschen lässt oder ob erst die Löschung des Eintrags im Grundbuch grundbuchlich zum Untergang der Dienstbarkeit führt. Damit in Zusammenhang steht die weitere Frage, ob der Verzicht auf die Grunddienstbarkeit der Zustimmung weiterer Inhaber von dinglichen Rechten am grunddienstbarkeitsberechtigten Grundstück bedarf.<sup>33</sup>

Nachfolgend wird vorab der Meinungsstand dargestellt, und zwar zunächst die herrschende Lehre und Rechtsprechung<sup>34</sup> und danach die Minderheitsmeinung.<sup>35</sup> Anschliessend wird eine eigene Stellungnahme abgegeben.<sup>36</sup>

## 4.2. **Herrschende Lehre und Rechtsprechung: Aussergrundbuchlicher Untergang der Grunddienstbarkeit mit Verzichtserklärung des Berechtigten**

Nach der herrschenden Lehre<sup>37</sup> und der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>38</sup> *geht mit der Verzichtserklärung des Eigentümers des berechtigten Grundstücks die Grunddienstbar-*

---

<sup>33</sup> Vgl. zu den beiden offenen Fragen ETIENNE PETITPIERRE, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 734 ZGB N. 11 f.

<sup>34</sup> Ziff. 4.2.

<sup>35</sup> Ziff. 4.3.

<sup>36</sup> Ziff. 5. hienach.

<sup>37</sup> HANS LEEMANN, in: Max Gmür (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung: Art. 730–918 ZGB, Bern 1925, Art. 734 ZGB N. 1 (zit. BK AUTORENSCHAFT); ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 97; BSK SCHMID, Art. 964 ZGB N. 15a; TARKAN GÖKSU, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 734 ZGB N. 7 (zit. CHK AUTORENSCHAFT); OFK KÄHR, Art. 734 ZGB N. 8; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 23), N. 1281b und N. 1315; PIOTET (Fn. 23), N. 253; DAMIEN VENTURA, L'abandon d'un droit réel, Diss. Lausanne 2008, N. 152 ff. Vgl. auch die weiteren Hinweise bei MATHIAS KUSTER, Die Löschung von Dienstbarkeiten im Grundbuch, ZBGR 100/2019, S. 253 ff., S. 257, Fn. 12.

<sup>38</sup> BGE 127 III 440, E. 2a S. 442; 128 III 265 E. 4a S. 269; 142 III 551 (Urteil des BGer 5A\_898/2015 vom 11. Juli 2016), unveröffentlichte E. 3.2.: «Allerdings kann der Verzicht auf eine Dienstbarkeit bereits vor der Löschung wirksam sein, wenn er vom Berechtigten bedingungslos und vorbehaltlos erklärt worden ist, wobei der Verzichtswille auch durch konkludentes Verhalten in eindeutiger und gültiger Weise zum Ausdruck kommen kann (Urteile 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006 E. 5.1; 5A\_478/2007 vom 20. November 2007 E. 3.4; ZK LIVER, a.a.O., N. 100 und 107 zu Art. 734 ZGB), was bspw. der Fall ist, wenn der Eigentümer des dienstbarkeitsberechtigten Grundstückes eine dienstbarkeitswidrige Baute (namentlich die Verbauung eines Wegrechts) auf dem Nachbargrundstück gestattet (BGE 127 III 440 E. 2a S. 442; 128 III 265 E. 4a S. 269 f.)» Siehe weiter Urteil des BGer 5A\_478/2007 vom 20. November 2007 E. 3.4; Urteil

keit aussergrundbuchlich unter. Die Wirksamkeit des Verzichts tritt mithin unabhängig von und auch schon vor der Löschung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch, wenn er nur vom Berechtigten bedingungslos und vorbehaltlos erklärt worden ist, ein.<sup>39</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann dabei der Verzichtswille auch durch bloss konkludentes Verhalten zum Ausdruck gelangen.<sup>40</sup> So hat das höchste Gericht entschieden, wenn der Eigentümer eines fuss- und fahwegberechtigten Grundstücks dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gestatte, auf diesem durch Einräumung eines Grenz- und Anbaurechts so zu bauen, dass die Ausübung der Dienstbarkeit damit unvereinbar sei, so verzichte er «implizit – aber dennoch offensichtlich – auf sein Fuss- und Fahrwegrecht».<sup>41</sup> Ebenso liegt nach der Judikatur ein Verzicht vor bei «Gestattung der Verbauung eines Wegrechts».<sup>42</sup> Auch der Verzicht, der weder dem Grundbuchverwalter noch dem Eigentümer des belasteten Grundstücks, sondern einem Dritten erklärt wird, bewirkt den aussergrundbuchlichen Untergang der Dienstbarkeit.<sup>43</sup> Nicht als Verzicht anerkannt wird dagegen die dauernde Nichtausübung der Grunddienstbarkeit, die lediglich ein Indiz für den Verlust des Interesses an der Dienstbarkeit bildet.<sup>44</sup>

---

des BGer 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006 E. 5.1; Urteil des BGer 5C.189/2003 vom 3. Mai 2004 E. 4.

<sup>39</sup> BGE 142 III 551 (Urteil des BGer 5A.898/2015 vom 11. Juli 2016), unveröffentlichte E. 3.2.

<sup>40</sup> BGE 127 III 440 E. 2a S. 442; BGE 142 III 551 (Urteil des BGer 5A.898/2015 vom 11. Juli 2016), unveröffentlichte E. 3.2., m.H. auf Urteil des BGer 5C.307/2005 vom 19. Mai 2006 E. 5.1., Urteil des BGer 5A\_478/2007 vom 20. November 2007 E. 3.4. Aus dem Schrifttum ebenso für Verzicht durch konkludentes Handeln ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 100; CHK Göksu, Art. 734 ZGB N. 7; OFK KÄHR, Art. 734 ZGB N. 8.

<sup>41</sup> BGE 127 III 440 E. 2a und E. b, S. 442 f.

<sup>42</sup> BGE 128 III 265 E. 4a S. 269 f. In diesem Fall hatten die Eigentümer von zwei Parzellen 1966 gegenseitig Fuss- und Fahrwegrechte vereinbart. «Indem sie diese Fuss- und Fahrwegrechte mit Verträgen von 1972 teils neu regelten und teils ausdrücklich bestätigten und indem sie die damals für das Fuss- und Fahrwegrecht ausgeschiedene Dienstbarkeitsfläche neu mit dem Parkplatzmitbenützungsrecht belasteten, haben sie implizit auf ihre Fuss- und Fahrwegrechte von 1966 verzichtet, soweit deren Ausübung mit der Dienstbarkeit von 1972 unvereinbar war.»

<sup>43</sup> SCHMID JÜRIG, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, ZBGR 84/2003, S. 269 ff., S. 289.

<sup>44</sup> BGE 123 III 461 E. 1 S. 463; BGE 127 III 440 E. 2b S. 443; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 23), N. 1297; CHK Göksu, Art. 734 ZGB N. 7.

In Bezug auf die Form stellt die herrschende Ansicht keinerlei Anforderungen an den Verzicht. Die Verzichtserklärung ist vielmehr *formlos wirksam*.<sup>45</sup>

Nach herrschender Ansicht braucht mithin der Verzicht auf die Grunddienstbarkeit nicht als förmliche Löschungsbewilligung beim Grundbuchamt eingereicht zu werden, sondern kann ausdrücklich oder auch nur konkludent erklärt werden. Der Verzicht als solcher stellt das Verfügungsgeschäft<sup>46</sup> dar, mit welchem auf das dingliche Recht *hic et nunc* verzichtet wird, was zur Folge hat, dass die Dienstbarkeit unmittelbar erlischt.<sup>47</sup> Der Verzicht auf die Grunddienstbarkeit ist mithin Verfügung des Berechtigten über sein Recht und er vernichtet das Recht materiell, sodass es nur noch formell weiter besteht.<sup>48</sup> Es wird in diesem Zusammenhang auch etwa von der Dereliktion der Dienstbarkeit gesprochen.<sup>49</sup> Der erklärte Verzicht führt aussergrundbuchlich zum materiellen Untergang der Grunddienstbarkeit. Die *Löschung* der Dienstbarkeit im Grundbuch hat bloss noch *deklaratorische Bedeutung*.<sup>50</sup> Der diese Wirkung nach sich ziehende Verzicht ist zu unterscheiden von der Verpflichtung, die Dienstbarkeit löschen zu lassen bzw. die entsprechende Löschungsbewilligung abzugeben; eine solche Verpflichtung lässt die Dienstbarkeit als materielles Recht bis zur Löschung weiter bestehen, sodass sie weiterhin ausgeübt werden kann.<sup>51</sup> Wenn der Berechtigte, der den Verzicht erklärt hat, allerdings die Löschung in der Folge nicht beim Grundbuchamt anmeldet, so wird die

---

<sup>45</sup> Ausdrücklich so ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 100; ARNOLD F. RUSCH, Verzicht auf Heizungsdienstbarkeiten, AJP 2019, S. 505 ff., S. 505. Im Ergebnis – denn wenn konkludenter Verzicht ausreicht, braucht keine Form gewahrt zu werden – ebenfalls so CHK GÖKSU, Art. 734 ZGB N. 7; OFK KÄHR, Art. 734 ZGB N. 8; STEINAUER (Fn. 12), N. 3389; BGE 142 III 551 (Urteil des BGer 5A\_898/2015 vom 11. Juli 2016), unveröffentlichte E. 3.2., m. w. H. auf die Rechtsprechung.

<sup>46</sup> Ebenso PIOTET (Fn. 23), N. 256.

<sup>47</sup> STEINAUER (Fn. 12), N. 3388.

<sup>48</sup> ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 97.

<sup>49</sup> PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt am Main 1990, § 1 N. 61; PIOTET (Fn. 23), N. 253; OFK KÄHR, Art. 734 ZGB N. 8.

<sup>50</sup> STEINAUER (Fn. 12), N. 3389 und N. 3410; BSK SCHMID, Art. 964 ZGB N. 15a. Aus der Rechtsprechung ebenso BGE 142 III 551 (Urteil des BGer 5A\_898/2015 vom 11. Juli 2016), unveröffentlichte E. 3.2.: «Allerdings kann der Verzicht auf eine Dienstbarkeit bereits vor der Löschung wirksam sein, wenn er vom Berechtigten bedingungslos und vorbehaltlos erklärt worden ist».

<sup>51</sup> Zum Ganzen ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 97.

Löschung des Eintrags bei der vertraglichen Verpflichtung zum Verzicht durch Klage analog zu Art. 665 Abs. 1 ZGB und beim Verzicht durch eindeutiges Verhalten mittels Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB durchgesetzt.<sup>52</sup>

### 4.3. Minderheitsauffassung: Untergang der Grunddienstbarkeit mit konstitutiver Löschung des Eintrags im Grundbuch

Eine Minderheit im Schrifttum lehnt den aussergrundbuchlichen Untergang der Grunddienstbarkeit mit einer blossen einseitigen Verzichtserklärung ab.<sup>53</sup> Zur Begründung wird vorab auf das Publizitätsbedürfnis verwiesen.<sup>54</sup> Zudem widerspricht die Ansicht eines aussergrundbuchlichen Untergangs der Bestimmung des Art. 964 Abs. 1 ZGB, woraus sich ergibt, dass zur Löschung der Grunddienstbarkeit die schriftliche Zustimmung auch der weiteren aus dem Eintrag berechtigten Personen notwendig ist.<sup>55</sup>

Nach der Minderheitsansicht *endet die Grunddienstbarkeit* somit nicht bereits durch den formlosen Verzicht des Berechtigten, sondern *nur und erst mit der Abgabe der Löschungsbewilligung beim Grundbuchamt und der Löschung des entsprechenden Eintrags im Grundbuch*. Es bedarf somit für den Verzicht einer ausdrücklichen Verfügungserklärung in Schriftform gegenüber der Grundbuchverwalterin. Ist der Verzicht mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks vereinbart, so verschafft er lediglich einen Anspruch auf Vornahme der Löschung. Seine Wirkung entfaltet der Verzicht erst gestützt

---

<sup>52</sup> CHK GÖKSU, Art. 734 ZGB N. 7; ZK LIVER, Art. 734 N. 101; STEINAUER (Fn. 12), N. 3389.

<sup>53</sup> CARL WIELAND, in: A. Egger/Arnold Escher/Alex Beichel/Carl Wieland (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Zürich 1909, Art. 734 ZGB N. 1 (zit. ZK AUTORENSCHAFT); FRITZ OSTERTAG, in: Max Gmür (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919–977 ZGB, 2. Aufl., Bern 1917, Art. 964 ZGB N. 18 (zit. BK AUTORENSCHAFT); BSK PETITPIERRE, Art. 734 ZGB N. 11; MARIA CONSUELO ARGUL, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (Hrsg.), Commentaire Romand, Code civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC, Basel 2016, Art. 1 Tit. fin. CC N. 61 (zit. CR AUTEURS); SIMONIUS/SUTTER (Fn. 49), § 1 N. 61, mit Fn. 90; BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1441a f.; MARIA CONSUELO ARGUL GROSSRIEDER, Les causes d’extinction des servitudes foncières, Diss. Fribourg 2005, N. 482 ff.

<sup>54</sup> BSK PETITPIERRE, Art. 734 ZGB N. 11; BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1441b.

<sup>55</sup> BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1441c; vgl. auch CR ARGUL, Art. 734 ZGB N. 6, und näher ARGUL GROSSRIEDER (Fn. 53), N. 484 f.

auf die entsprechende Bewilligung mit der Löschung im Grundbuch.<sup>56</sup> Die *Löschung* hat damit nicht bloss deklaratorische, sondern *konstitutive Wirkung*. Die Beendigung von Grunddienstbarkeiten ist damit den gleichen Voraussetzungen unterworfen wie der Verlust des Grundeigentums (Art. 666 Abs. 1 ZGB) und der Untergang von Grundpfandrechten (Art. 801 Abs. 1 ZGB).<sup>57</sup>

## 5. Eigene Stellungnahme

### 5.1. Einleitende Bemerkungen

Im Rahmen der hier abzugebenden eigenen Stellungnahme wird zunächst begrifflich geklärt, dass es um den Verzicht auf die Grunddienstbarkeit – und nicht etwa um eine Dereliktion der Grunddienstbarkeit – geht.<sup>58</sup> Es folgen Ausführungen zur fehlenden gesetzlichen Grundlage für einen aussergrundbuchlich wirkenden Verzicht<sup>59</sup> und zum Umstand, dass die herrschende Lehre zu einer Aporie zwischen materiellem Untergang und formellem Fortbestand der Grunddienstbarkeit führt.<sup>60</sup> Der Abschnitt wird abgeschlossen mit Hinweisen auf die Besonderheiten der Grunddienstbarkeiten.<sup>61</sup>

### 5.2. Verzicht auf die Grunddienstbarkeit und nicht Dereliktion der Grunddienstbarkeit

Begrifflich stellt die zur Aufgabe der Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit führende Erklärung einen *Verzicht* – und keine Dereliktion – dar. Denn die Rechtsaufgabe an der Grunddienstbarkeit führt an dieser nicht Herrenlosigkeit herbei und eröffnet keinerlei Möglichkeit der Aneignung (Art. 658 ZGB) der Servitut.<sup>62</sup> Von einer Dereliktion der Grunddienstbarkeit kann deshalb nicht gesprochen werden.

---

<sup>56</sup> ZK WIELAND, Art. 734 ZGB N. 1.

<sup>57</sup> KUSTER (Fn. 37), S. 257, m. w. H.

<sup>58</sup> Ziff. 5.2.

<sup>59</sup> Ziff. 5.3.

<sup>60</sup> Ziff. 5.4.

<sup>61</sup> Ziff. 5.5.

<sup>62</sup> Zur Unterscheidung von Verzicht und Dereliktion Ziff. 2.2. hievov.

### **5.3. Fehlende gesetzliche Grundlage für einen aussergrundbuchlichen Untergang der Grunddienstbarkeit**

Eine *gesetzliche Grundlage*, die als Folge der Verzichtserklärung den aussergrundbuchlichen Untergang der Grunddienstbarkeit statuieren würde, ist *nicht ersichtlich*. Im Unterschied zu den anerkannten aussergrundbuchlichen Untergangsgründen – wie vollständiger Untergang des dienenden oder des herrschenden Grundstücks (Art. 734 ZGB), Fristablauf bei zeitlich befristeten Grunddienstbarkeiten, Aufhebung durch Gerichtsurteil (Art. 736 ZGB) oder Zuschlag im Falle des Doppelaufrufs (Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 SchKG)<sup>63</sup> – hängt im Falle des Verzichtes der Untergang nicht von ohne Weiteres erkennbaren Gegebenheiten ab, sondern – immer nach der herrschenden Ansicht – einzig vom aussergrundbuchlich erklärten, aber letztlich einen innerlichen Umstand bildenden Willen des Erklärenden.<sup>64</sup> Das spricht von vornherein gegen eine Zuordnung des Verzichts zu den aussergrundbuchlichen Untergangstatbeständen. Im Weiteren ergibt sich aus Art. 734 ZGB vielmehr der Grundsatz, dass eine Grunddienstbarkeit ohne Löschung nicht untergeht.<sup>65</sup>

### **5.4. Die herrschende Ansicht führt zu einer Aporie zwischen materiellem Untergang und formellem Fortbestand der Grunddienstbarkeit**

#### **5.4.1. Grundsätzliches**

Nach der herrschenden Ansicht führt die Verzichtserklärung des Berechtigten aussergrundbuchlich zum materiellen Untergang der Grunddienstbarkeit.<sup>66</sup> Durch den Verzicht gibt der Berechtigte sein Recht im materiellen Sinne auf, sodass dieses aufgrund des Grundbucheintrages nur noch formell fortbesteht.<sup>67</sup> Die Dienstbarkeit ist mithin

---

<sup>63</sup> Dazu Ziff. 3.2. hievov.

<sup>64</sup> Vgl. zu den sich diesbezüglich mit der herrschenden Ansicht ergebenden Schwierigkeiten der Sachverhaltsfeststellung auch Ziff. 5.4.2. hienach.

<sup>65</sup> BSK PETITPIERRE, Art. 734 ZGB N. 19.

<sup>66</sup> Vgl. näher die Darstellung unter Ziff. 4.2. hievov.

<sup>67</sup> Prägnant ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 97: Der Verzicht «vernichtet das Recht materiell, so dass es nur formell weiterbesteht»; ebenso ZK LIVER, Art. 741 ZGB N. 87. «Der Verzicht als Verfügung des Berechtigten über sein Recht vernichtet dieses materiell, so dass es nur formell weiterbesteht.» Ebenso BSK SCHMID, Art. 964 ZGB N. 15a: «Das dingliche Recht geht mit dem Verzicht



aussergrundbuchlich untergegangen, grundbuchlich besteht sie aber weiterhin. Diese Ansicht führt zu einem *Auseinanderklaffen von aussergrundbuchlicher Rechtslage* – nach der die Grunddienstbarkeit untergegangen ist und nicht mehr besteht – und dem *Grundbucheintrag* – nach welchem die Grunddienstbarkeit weiterhin besteht –, und steht damit in Widerspruch zu den Grundsätzen der Sicherheit, Klarheit und Vollständigkeit des Grundbuches.<sup>68</sup> Die herrschende Auffassung führt mithin zu einer eigentlichen *Aporie*, die eine Reihe von Ungereimtheiten bzw. Widersprüchen nach sich zieht und im Ergebnis Rechtsunsicherheit entstehen lässt.<sup>69</sup> Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

#### 5.4.2. Widerspruch zum Publizitätsprinzip

Der aussergrundbuchliche Untergang der Grunddienstbarkeit steht im Widerspruch zum Publizitätsprinzip, wie es dem Grundbuchsystem eigen ist. Grunddienstbarkeiten entstehen gestützt auf einen Rechtsgrund – in der Regel ein öffentlich zu beurkundender Dienstbarkeitsvertrag – durch ihre konstitutive Eintragung in das Grundbuch (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Dem entspricht, dass die Grunddienstbarkeit bei Verzicht durch den Berechtigten ebenfalls durch konstitutive Löschung des Eintrags im Grundbuch untergeht. Die Wahrung der entsprechenden Form entspricht einem *Bedürfnis nach Publizität*.<sup>70</sup>

---

desselben durch den Berechtigten ausserbuchlich unter. Dem weiter bestehenden Grundbucheintrag kommt lediglich formelle Wirkung zu ... Die Löschung hat deklaratorische Wirkung.» Sodann auch SCHMID (Fn. 43), S. 289 f.; OFK KÄHR, Art. 734 ZGB N. 8 und N. 17.

<sup>68</sup> KUSTER (Fn. 37), S. 258.

Das hier angesprochene Auseinanderklaffen von materieller, aussergrundbuchlicher und formeller, grundbuchlicher Rechtslage tritt bei jedem aussergrundbuchlichem Vorgang ein. So geht etwa beim Tod das Grundeigentum vom Erblasser von Gesetzes wegen – ipso iure – an die Erben über (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 656 Abs. 2 ZGB), diese sind also materiell Eigentümer des Grundstücks, während formell im Grundbuch weiterhin der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb durch Erbgang erweist sich allerdings in der Praxis als eher wenig problematisch, denn der Tod des Eigentümers ist feststellbar und der Verstorbene kann naturgemäss keine Verfügung über das Grundstück mehr vornehmen. Diesbezüglich ganz anders führt demgegenüber die Ansicht vom aussergrundbuchlichen Untergang der Grunddienstbarkeit durch Verzicht zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten; vgl. dazu näher nachfolgend Ziff. 5.4.2., Ziff. 5.4.3. und Ziff. 5.4.4.

<sup>69</sup> Vgl. auch bereits die Hinweise auf die Widersprüchlichkeit bei WOLF/GABRIEL (Fn. 1), S. 26, Fn. 12, und S. 27 f., Fn. 22.

<sup>70</sup> BSK PETITPIERRE, Art. 734 ZGB N. 11.

Die herrschende Ansicht will für den Untergang der Grunddienstbarkeit auf eine ausdrückliche oder auch bloss konkludente Verzichtserklärung, die formlos möglich ist und nicht gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden muss, sondern gar auch an einen Dritten gerichtet werden kann, abstellen.<sup>71</sup> Damit wird in der Praxis oftmals unklar bleiben – und gegebenenfalls in einem gerichtlichen Verfahren gestützt auf ein Beweisverfahren geklärt werden müssen –, ob überhaupt und allenfalls zu welchem Zeitpunkt genau ein Verzicht auf die Grunddienstbarkeit erklärt worden ist. Angesichts der nach herrschender Ansicht bestehenden Formlosigkeit der Verzichtserklärung dürfen dabei nicht zuletzt auch Zeugenaussagen notwendig werden und allenfalls bei der Entscheidungsfindung eine massgebende Rolle spielen. Folge von alledem ist Ungewissheit darüber, ob die Grunddienstbarkeit besteht oder nicht besteht. Eine derartige *Rechtsunsicherheit* verträgt sich u.E. nicht mit den Anforderungen, wie sie an den Verkehr im Immobiliarsachenrecht gestellt werden müssen.

#### **5.4.3. Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des Grundstücks mit Fortbestand der Grunddienstbarkeit trotz aussergrundbuchlichen Unterganges**

Gemäss der herrschenden Ansicht ist die Grunddienstbarkeit mit dem Verzicht aussergrundbuchlich untergegangen. Erwirbt nun ein Dritter das dienstbarkeitsberechtigte Grundstück in gutem Glauben auf den trotz Abgabe der Verzichtserklärung nicht gelöschten, weiterhin bestehenden Grundbucheintrag, so wird er gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB in diesem Vertrauen geschützt. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der *positiven Rechtskraft des Grundbucheintrags*: Der Inhalt des Grundbucheintrags wird als richtig fingiert und der gutgläubige Dritte erwirbt das Recht in dem gemäss Wortlaut des Grundbucheintrags dargestellten Umfang, Inhalt und Rang.<sup>72</sup> Der *gutgläubige Erwerber kann die Dienstbarkeit somit weiterhin ausüben*, was dazu führt, dass der bestehende Eintrag im Grundbuch wiederum materielle Wirkung entfaltet, auch wenn der Eigentümer des berechtigten Grundstücks auf sein Recht verzichtet hat.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Vgl. dazu die Darstellung unter Ziff. 4.2. hievor.

<sup>72</sup> BETTINA DEILLON-SHEGG, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 973 ZGB N. 3.

<sup>73</sup> SCHMID (Fn. 43), S. 290.

Nach der herrschenden Ansicht ergibt sich mithin, dass solange die Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch nicht vorgenommen worden ist, der Verzicht des Eigentümers des berechtigten Grundstücks seine Wirkung höchstens *inter partes* – im Verhältnis zum Eigentümer des belasteten Grundstücks – entfaltet. Im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten hat demgegenüber die nicht gelöschte Grunddienstbarkeit weiterhin Bestand. Anders ist die Sachlage dann zu beurteilen, wenn dem Dritten Tatsachen bekannt sind, die bei ihm bei einem durchschnittlichen Mass an Intelligenz und Aufmerksamkeit Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuches erwecken. In diesem Fall darf er sich nicht auf den Schutz des guten Glaubens berufen und ist zu näheren Erkundigungen verpflichtet.<sup>74</sup>

#### **5.4.4.      Löschung der Grunddienstbarkeit bedarf der schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrage berechtigten Personen (Art. 964 Abs. 1 ZGB)**

Eine Grunddienstbarkeit geht mit der Löschung des Eintrages im Grundbuch unter (Art. 734 Abs. 1 ZGB). Zur Löschung bedarf es einer schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrage berechtigten Personen (Art. 964 Abs. 1 ZGB). Zu klären bleibt somit, welches die Personen sind, deren Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit notwendig ist.

Der *Eigentümer des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks* ist die verfügende Person. Er hat die Verzichtserklärung zur Löschung der Grunddienstbarkeit in Schriftform beim Grundbuchamt einzureichen.<sup>75</sup> Die entsprechende Löschungsbewilligung ist dabei sowohl Grundbuchanmeldung als auch Rechtsgrundaussweis.<sup>76</sup>

Die Löschung der Grunddienstbarkeit bedarf nach Art. 964 Abs. 1 ZGB der *Zustimmung von weiteren am herrschenden Grundstück dinglich Berechtigten*, soweit diese ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Grunddienstbarkeit haben.<sup>77</sup> So haben die Berechtigten aus auf dem herrschenden Grundstück lastenden Grundpfandrechten, Fahrnispfand-

---

<sup>74</sup> Urteil des BGer 5C.282/2005 vom 13. Januar 2006, E. 3; Urteil des BGer 5C.301/2005 vom 17. Februar 2006, E. 3; BGE 127 III 440 E. 2c S. 443; BGE 109 II 102 E. 2b S. 104; HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, II, Basel 1989, S. 793; BSK SCHMID, Art. 973 ZGB N. 29, m.w.H.

<sup>75</sup> Vgl. BSK PETITPIERRE, Art. 734 ZGB N. 10.

<sup>76</sup> Zum Ganzen näher BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1439 f.

<sup>77</sup> ZK LIVER, Art. 741 ZGB N. 89; BSK SCHMID, Art. 964 ZGB N. 13; OFK PFAMMATTER, Art. 964 ZGB N. 10; CHK DEILLON-SCHEGG, Art. 964 ZGB N. 9; STEINAUER (Fn. 12), N. 3411.

rechten an einem Grundpfandrecht, selbstständigen und dauernden Rechten, Nutznennungen, Wohnrechten, sonstigen Dienstbarkeiten und Grundlasten, die zeitlich nach dem infrage stehenden Dienstbarkeitsrecht – und insofern im Vertrauen auf den Bestand dieser Servitut – eingetragen worden sind, der Löschung schriftlich zuzustimmen.<sup>78</sup> Die Löschung eines Dienstbarkeitsrechts kann nämlich zu einer Schmälerung der Rechtsstellung der am herrschenden Grundstück Berechtigten führen. So wird etwa ein Grundstück, zu dessen Gunsten eine Baubeschränkungsgrunddienstbarkeit zulasten von benachbarten Grundstücken besteht, einen höheren Verkehrswert aufweisen als ohne dieses Dienstbarkeitsrecht. Ein Verzicht auf die Bauhöhebeschränkungsservitut kann insofern je nach konkreter Situation im Einzelfall die Stellung von Grundpfandgläubigern beeinträchtigen.<sup>79</sup>

Wenn man – mit der herrschenden Ansicht – die Grunddienstbarkeit mit dem Verzicht des Eigentümers des berechtigten Grundstücks aussergrundbuchlich untergehen lassen würde, stellte sich zudem die Frage, auf welche Weise die Inhaber beschränkter dinglichen Rechte ihre Rechte wahren könnten. Ein Absehen von ihrer Zustimmung kann jedenfalls nicht in Betracht fallen.<sup>80</sup>

Zur Löschung des Dienstbarkeitsrechts regelmässig nicht erforderlich ist demgegenüber die Zustimmung des Eigentümers des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks.<sup>81</sup> Der Grundbuchverwalter hat ihm jedoch von der vorgenommenen Löschung Anzeige zu machen (Art. 969 ZGB).<sup>82</sup>

Die herrschende Ansicht, wonach der Verzicht das Dienstbarkeitsrecht unmittelbar aussergrundbuchlich zum Untergang bringt und die nachfolgende Löschung bloss eine deklaratorische Nachführung des Grundbuchs darstellen soll,<sup>83</sup> steht u.E. im

---

<sup>78</sup> BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1441; weiter OFK PFAMMATTER, Art. 964 ZGB N. 10. Aus der Rechtsprechung BGE 82 I 36 E. 1 S. 38.

<sup>79</sup> Vgl. für das Beispiel schon WOLF/GABRIEL (Fn. 1), Fn. 22.

<sup>80</sup> Auch ZK LIVER, Art. 734 ZGB N. 29, verlangt zur Aufhebung der Grunddienstbarkeit die Zustimmung der am herrschenden Grundstück Berechtigten, für die ein Nachteil entsteht. Siehe ebenfalls BSK SCHMID, Art. 964 ZGB N. 13.

<sup>81</sup> BGE 82 I 36 E. 1 S. 38; STEINAUER (Fn. 12), N. 3411; BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1441.

<sup>82</sup> OFK PFAMMATTER, Art. 964 ZGB N. 4; BSK SCHMID, Art. 964 ZGB N. 8.

<sup>83</sup> Dazu die Darstellung Ziff. 4.2. hievior.

Widerspruch zum hier thematisierten Umstand, dass für die Löschung des Dienstbarkeitsbegriffes im Grundbuch die Zustimmung weiterer am herrschenden Grundstück dinglich berechtigter Personen erforderlich ist. Denn wenn die Dienstbarkeit mit dem Verzicht aussergrundbuchlich untergegangen ist, so besteht sie nicht mehr, sodass die Zustimmung der weiteren Berechtigten zur Löschung etwas betrifft, was gar nicht mehr vorhanden ist.<sup>84</sup> Mit der hier vertretenen Ansicht, wonach erst die Löschung des Grundbucheintrages die Grunddienstbarkeit konstitutiv untergehen lässt, wird diese Widersprüchlichkeit vermieden.

Wenn Art. 964 Abs. 1 ZGB für die Löschung der Grunddienstbarkeit die Zustimmung auch der weiteren Berechtigten vorschreibt, so kann die formlose Verzichtserklärung des Eigentümers des dienstbarkeitsberechtigten Grundstücks alleine nicht aussergrundbuchlich den Untergang der Dienstbarkeit herbeiführen. Vielmehr sind dazu neben der schriftlichen Verzichtserklärung auch sämtliche weiteren Zustimmungserklärungen in Schriftform notwendig. Erst dann kann die Löschung im Grundbuch erfolgen und erst mit dieser geht die Grunddienstbarkeit konstitutiv unter.<sup>85</sup>

## 5.5. Besonderheiten der Grunddienstbarkeit (Hinweise)

Im Kontext der hier angestellten Überlegungen werden Besonderheiten der Grunddienstbarkeit ersichtlich. Die Grunddienstbarkeit steht nicht einem Berechtigten *ad personam* zu, sondern als Berechtigter bestimmt ist der jeweilige Eigentümer des berechtigten Grundstücks (vgl. Art. 730 Abs. 1 ZGB).<sup>86</sup> Die Berechtigung ist mithin – im Gegensatz zur Personaldienstbarkeit – nicht eine rein persönliche, sondern sie wird vermittelt durch die Eigentümerstellung am herrschenden Grundstück. Damit ist die Grunddienstbarkeit ein *subjektiv-dingliches Recht*.<sup>87</sup> Aus dem Wesen der Grunddienstbarkeit als einer Berechtigung und einer Belastung, die mit dem Eigentum an einem herrschenden bzw. dienenden Grundstück unlösbar verknüpft sind, folgt, dass

---

<sup>84</sup> WOLF/GABRIEL (Fn. 1), Fn. 22.

<sup>85</sup> So zutreffend KUSTER (Fn. 37), S. 258.

<sup>86</sup> Siehe auch BSK PETITPIERRE, Art. 730 ZGB N. 4.

<sup>87</sup> BK LEEMANN, Art. 730 ZGB N. 8.

sie für sich allein weder ganz noch teilweise übertragen werden kann.<sup>88</sup> Die Grunddienstbarkeit ist mithin ein *unselbstständiges Recht*.<sup>89</sup> Aus diesen Eigenheiten der aus der Grunddienstbarkeit fließenden Berechtigung, die dem Berechtigten nicht als einer beliebigen Person, sondern immer nur als dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zusteht, ergibt sich u.E. auch, dass über die Grunddienstbarkeit nicht durch Verzicht aussergrundbuchlich verfügt werden kann, sondern dass zu ihrem Untergang die konstitutiv wirkende Löschung des Eintrags im Grundbuch notwendig ist. Mit der Anknüpfung der Grunddienstbarkeit an ein herrschendes und ein dienendes Grundstück verbinden sich auch rechtliche Verhältnisse mit anderen Personen, nämlich den weiteren Inhabern von beschränkten dinglichen Rechten an den beiden beteiligten Grundstücken, die gegebenenfalls – bei Beeinträchtigung ihrer Stellung – einer Veränderung der bestehenden Rechte – wie hier dem Verzicht – zustimmen müssen.

## 6. Schluss

Nach hier vertretener Ansicht *bedarf der Verzicht auf die Grunddienstbarkeit der Grundbuchanmeldung mit Einreichung einer Löschungsbewilligung seitens des Verzichtenden*. Die Löschungsbewilligung bildet dabei zugleich den Rechtsgrundaussweis und die Grundbuchanmeldung.<sup>90</sup> Dem Grundbuchamt sind gegebenenfalls die Zustimmungserklärungen von weiteren Berechtigten i.S.v. Art. 964 Abs. 1 ZGB einzureichen. Eine blosser Willenserklärung, auf die Grunddienstbarkeit zu verzichten, ohne dass anschliessend eine Löschung des Grundbucheintrages stattfinden würde, führt nicht zum Untergang der Servitut.

Folgt man – wie hier – der Meinung, wonach die Löschung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch nach einem erfolgten Verzicht seitens des Berechtigten für den Untergang der Servitut konstitutive Wirkung aufweist, so stellt sich das Problem des Auseinanderklaffens von ausserbuchlicher Rechtslage und Grundbucheintrag nicht. Die materielle

---

<sup>88</sup> BGE 100 II 105 E. 3a S. 113, m.H.

<sup>89</sup> BSK PETITPIERRE, Art. 730 ZGB N. 5; OFK KÄHR, Art. 730 ZGB N. 13; vgl. auch STEINAUER (Fn. 12), N. 3295 f.

<sup>90</sup> BRÜCKNER/KUSTER (Fn. 26), N. 1440.

Rechtslage entspricht der formellen Rechtslage. Die sich andernfalls – wenn man der herrschenden Ansicht folgt – ergebende Aporie zwischen materiellem Untergang und formellem Fortbestand der Grunddienstbarkeit lässt sich damit vermeiden. Es besteht keine Möglichkeit, dass die Grunddienstbarkeit bei Erwerb des Grundstücks durch einen gutgläubigen Dritten weiter Bestand hat oder wiederum auflebt, obwohl sie aussergrundbuchlich untergegangen ist. Das Einhalten des grundbuchlichen Lösungsverfahrens verschafft den weiteren aus dem Eintrag berechtigten Personen die Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Rechte und zur Abgabe der gemäss Art. 964 Abs. 1 ZGB notwendigen Zustimmung oder gegenteilig zu deren Verweigerung. Insgesamt wird mit dem für den Untergang der Grunddienstbarkeit durch Verzicht verlangten Erfordernis der konstitutiven Löschung des Eintrags im Grundbuch dem Publizitätsprinzip nachgelebt und Rechtssicherheit geschaffen.