

# Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen



MARC WOLFER  
M.A., Assistent an der  
Universität St. Gallen

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Übertragungsvorgang
  1. Als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit
  2. Nicht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit
    - 2.1. Die herrschende Lehre: Verfügung durch Zession
    - 2.2. Kritik am Vorgehen nach Zessionsrecht
    - 2.3. Die hier vertretene Lösung: Verfügung durch Grundbuchanmeldung
- III. Übertragungsbeschränkungen
  1. Als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit
  2. Nicht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit
- IV. Fazit

## I. Einleitung

Hinsichtlich der Übertragbarkeit von Personaldienstbarkeiten sind drei Kategorien zu unterscheiden:

- Nutzniessung und Wohnrecht sind nicht übertragbar (Art. 758 Abs. 1 e contrario<sup>1</sup>; Art. 776 Abs. 2 ZGB); die entsprechenden Regeln sind zwingend.<sup>2</sup>

Den Herren Alfred Koller, Professor an der Universität St. Gallen, und Roland Würmli, ehem. Grundbuchinspektor-Stv. des Kantons St. Gallen, danke ich sehr herzlich für die Anregung des Themas und aufschlussreiche Diskussionen.

<sup>1</sup> Art. 758 Abs. 1 ZGB erlaubt die Übertragung der Ausübung der Nutzniessung. Stillschweigend vorausgesetzt wird in dieser Bestimmung, dass die Übertragung des Rechtes selbst nicht zulässig ist (PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a.M. 1990, § 3 Rz. 6, m.w.H.).

- Baurecht und Quellenrecht sind von Gesetzes wegen übertragbar, doch kann die Übertragbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden (Art. 779 Abs. 2; Art. 780 Abs. 2 ZGB).
- Gerade umgekehrt verhält es sich bei den «anderen» Dienstbarkeiten i.S.v. Art. 781 ZGB. Diese sind also von Gesetzes wegen nicht übertragbar, doch kann die Übertragbarkeit vertraglich vereinbart werden (Art. 781 Abs. 2 ZGB).<sup>3</sup>

Soweit eine Personaldienstbarkeit vom Berechtigten auf einen Dritten übertragen werden kann, stellt sich die Frage, nach welchen Regeln der Übertragungsvorgang zu erfolgen hat und welche Wirkungen einer gültig erfolgten Übertragung zukommen. Damit befasst sich der erste Teil dieses Aufsatzes. Ausserdem fragt es sich, inwiefern es möglich ist, die Übertragbarkeit einer an sich übertragbaren Personaldienstbarkeit rechtsgeschäftlich einzuschränken. Diese Frage, die kürzlich auch das Bundesgericht beschäftigt hat, wird im zweiten Teil des vorliegenden Aufsatzes erörtert.

## II. Übertragungsvorgang

Die Anforderungen an die Übertragung und deren Wirkung sind unterschiedlich, je nachdem, ob die Dienstbarkeiten «als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen»<sup>4</sup> wurden, für

<sup>2</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 3 Rz. 6, 91. Beim Wohnrecht kann nicht einmal die Ausübung des Rechts – etwa durch Vermietung der wohnrechtsbelasteten Sache – übertragen werden (vgl. z.B. BGE 99 V 110; 116 II 281 E. 4c; MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband IV 2a, 3. A., Zürich 1999, N 27 ff. zu Art. 776 ZGB). Anders verhält es sich insoweit hinsichtlich der Nutzniessung (vgl. Art. 758 Abs. 1 ZGB; für Einzelheiten s. BAUMANN, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 758 ZGB).

<sup>3</sup> S. als Beispiel den Entscheid JK 07 31 der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern vom 10. Dezember 2007, referiert bei ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2008, BN 2008, 297 ff., 316, wo die Übertragbarkeit eines Kiesausbeutungsrechts vereinbart wurde.

<sup>4</sup> Art. 779 Abs. 3 ZGB; Art. 780 Abs. 3 ZGB. Als Grundstücke ins Grundbuch aufgenommen werden können alle übertragbaren Dienstbarkeiten, d.h. das Baurecht, das Quellenrecht und die anderen Dienstbarkeiten i.S.v. Art. 781 ZGB, sofern sie selbständig und dauernd sind (statt aller FELIX ZURBRIGGEN, Die irregulären Personaldienstbarkeiten [Art. 781 ZGB], Diss. Freiburg, Bern etc. 1981, 178, m.w.H.). Für Einzelheiten zu den Voraussetzungen s. Art. 7 GBV bzw. Art. 655 Abs. 3 E-ZGB (BBI 2007 5347 f.) und JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. A., Zürich 2009, Rz. 1327 ff.

sie also ein eigenes Grundbuchblatt eröffnet wurde, oder ob keine entsprechende Aufnahme erfolgt ist. Die beiden Fälle werden nachfolgend deshalb getrennt dargestellt.

## 1. Als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit

Wurde eine Personaldienstbarkeit als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen, ist sie bezüglich der Übertragung wie eine Liegenschaft zu behandeln.<sup>5</sup> Die Eigentumsübertragung setzt somit einen öffentlich beurkundeten Vertrag als Verpflichtungsgeschäft voraus.<sup>6</sup> Die Verfügung erfolgt durch die Grundbuchanmeldung, diese hat vom bisher an der Dienstbarkeit Berechtigten – als Eigentümer des zu übertragenden Grundstücks – auszugehen.<sup>7</sup> Dem Grundbucheintrag kommt konstitutive Wirkung zu, das Eigentum geht also erst mit diesem über.<sup>8</sup>

## 2. Nicht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit

### 2.1. Die herrschende Lehre: Verfügung durch Zession

Auch wenn eine Personaldienstbarkeit nicht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wurde – sei es, weil sie die Voraussetzungen für eine Aufnahme mangels Selbständigkeit oder Dauerhaftigkeit gar nicht erfüllt, sei es, weil

die Aufnahme zwar möglich gewesen wäre, aber keine entsprechende Anmeldung erfolgt ist<sup>9</sup> –, ist ihre Übertragung grundsätzlich möglich.<sup>10</sup> Sie richtet sich in diesem Fall allerdings nicht nach den Regeln zur Übertragung von Grundstücken, vielmehr kann die Dienstbarkeit nach herrschender Lehre mittels Zession übertragen werden (Art. 164 ff. OR analog<sup>11</sup>).<sup>12</sup> Die Anmeldung der Übertragung beim Grundbuchamt ist möglich – und «zu empfehlen»<sup>13</sup> bzw. «geboten»<sup>14</sup> – sie hat jedoch lediglich deklaratorische Wirkung.<sup>15</sup> Die Übertragung der Dienstbarkeit erfolgt somit «ausserhalb des Grundbuchs»<sup>16</sup>. Zur Anmeldung berechtigt ist der Erwerber der Personaldienstbarkeit.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> S. zu den Voraussetzungen für die Eröffnung eines eigenen Grundbuchblattes für eine Personaldienstbarkeit Art. 7 GBV und vorne FN 4.

<sup>10</sup> Vgl. den Bescheid des Justizdepartements des Kantons St. Gallen, ZBGR 1930, Nr. 71, 254 f., 255 (= SJZ 1930/31, Nr. 16, 28 = RIEMER [FN 5], Fn. zu § 10 Rz. 20); GUHL (FN 5), 93. Dies entspricht der heute ganz herrschenden Lehre. Der historische Gesetzgeber ging hingegen offenbar nicht von der Übertragbarkeit aus, s. EUGEN HUBER in der (grossen) Expertenkommission von 1902, 21, zit. nach URS FASEL, Sachenrechtliche Materialien, Basel/Genf/München 2005, 481 f.: Die Eröffnung eines eigenen Blattes sei «*unerlässliche* Voraussetzung ihrer Verkehrsfähigkeit» (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>11</sup> Eine direkte Anwendung von Zessionsrecht ist nicht möglich, da sich die Art. 164 ff. OR nur auf die «Abtretung von Forderungen» (Marginalie zu Art. 164 OR) beziehen. S. dazu auch ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 84 Rz. 222 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Kantonsgericht Wallis, ZWR 1987, 199 ff., E. 4b; BETTINA VERENA DEILLON-SCHEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997, 110 f.; GUHL (FN 5), 58; ARTHUR HOMBERGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, III. Abteilung, Besitz und Grundbuch (Art. 919–977), 2. A., Zürich 1938, N 10 zu Art. 971 ZGB; KOLLER (FN 5), 17; HANS LEEMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, II. Abteilung, Art. 730–918 ZGB, Bern 1925, N 48 zu Art. 779 ZGB; LIVER (FN 5), 67; PIOTET (FN 5), 568; HEINZ REY, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., Basel 2007, N 13 zu Art. 780 ZGB; RIEMER (FN 5), § 10 Rz. 21; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 1386, 1423; STEINAUER (FN 5), Rz. 2527, 2570b, 2576; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 65; ZOBL (FN 5), Rz. 194; ZURBRIGGEN (FN 4), 101.

<sup>13</sup> LEEMANN (FN 12), N 53 zu Art. 781 ZGB.

<sup>14</sup> REY (FN 12), N 16 zu Art. 780 ZGB.

<sup>15</sup> Vgl. Kantonsgericht Wallis, ZWR 1987, 199 ff., E. 4b; LEEMANN (FN 12), N 53 zu Art. 781 ZGB; LIVER (FN 5), 67; REY (FN 12), N 16 zu Art. 780 ZGB; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 65; ZURBRIGGEN (FN 4), 103 f.

<sup>16</sup> KOLLER (FN 5), 17; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 1386.

<sup>17</sup> Vgl. JÜRGEN SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., Basel 2007, N 26 zu Art. 963 ZGB; HENRI DESCHENAUX, SPR V/3, Das Grundbuch, deutsche Fassung von Franz Weber, Basel 1988/89, 316; ROBERT HAAB/AUGUST SIMONIUS/

<sup>5</sup> PIERRE ENGEL, La cession des droits réels et des droits personnels annotés, ZBGR 1973, 321 ff., 326; ALFRED KOLLER, Sachenrecht, Entwicklungen 2008, Bern 2009, 23; PETER LIVER, Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken, ZBGR 1945, 65 ff., 65; PAUL PIOTET, SPR V/1, Teil: Dienstbarkeiten und Grundlasten (519 ff.), deutsche Fassung von Salomé Paravicini, Basel/Stuttgart 1977, 569; HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. II, 2. A., Bern 2000, § 10 Rz. 24; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 66; vgl. ferner etwa THEO GUHL, Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im schweiz. Zivilgesetzbuch, in: Juristische Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Festgabe Eugen Huber zum siebzigsten Geburtstag, Bern 1919, 92 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 1333; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droit réels, Tome III, 3. A., Bern 2003, Rz. 2528, 2570b, 2576; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, Rz. 193; ZURBRIGGEN (FN 4), 187. Die Grundbuchaufnahme führt allerdings nicht zur vollständigen Gleichstellung mit Liegenschaften (s. BGE 118 II 115 E. 2; 127 III 300 E. 5a/aa; RIEMER, a.a.O., § 10 Rz. 23). Eine Personaldienstbarkeit kann etwa trotz Eröffnung eines eigenen Grundbuchblattes nicht derelinquiert werden. Auch kann sie trotz Aufnahme im Grundbuch befristet bleiben.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 657 ZGB.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 963 Abs. 1 ZGB; KOLLER (FN 5), 23.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 656 Abs. 1 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 835.

Eine gültige Übertragung der Dienstbarkeit setzt zwingend ein gültiges Verpflichtungsgeschäft voraus. Ist das Verpflichtungsgeschäft ungültig, zieht dies unweigerlich die Ungültigkeit des Verfügungsgeschäftes, d.h. der Zession, nach sich. Es gilt somit das Kausalitätsprinzip, und zwar unabhängig davon, ob man bezüglich der Forderungszession dem Abstraktions- oder dem Kausalitätsprinzip folgt.<sup>18</sup> Die Argumente, die bei einer Forderungszession allenfalls für das Abstraktionsprinzip sprechen können, sind bei der Übertragung dinglicher Rechte nicht von Belang.<sup>19</sup>

Umstritten ist, welchen Formvorschriften das Verpflichtungsgeschäft zu genügen hat. Sieht man von jenen Formvorschriften ab, die sich aus der besonderen Art des Verpflichtungsgeschäfts ergeben können<sup>20</sup>, präsentiert sich folgendes Bild: Nach einer ersten Ansicht<sup>21</sup> kann die Abtretung einer Personaldienstbarkeit in analoger Anwendung von Art. 165 Abs. 2 OR formfrei versprochen werden. Nach einer zweiten Ansicht<sup>22</sup> ist einfache Schriftlichkeit erforderlich. Nach einer dritten Ansicht<sup>23</sup> muss das Verpflichtungsgeschäft öffentlich beurkundet werden. Eine vierte Meinung<sup>24</sup> schliesslich will für das Verpflichtungsgeschäft die Formvorschriften heranziehen, die für die Begründung der betreffenden Dienstbarkeit gelten.

Für das Verfügungsgeschäft sind die Einzelheiten weitgehend ungeklärt. Die Lehre äussert sich kaum zur Frage, welche Bestimmungen des Zessionsrechts in diesem Zusammenhang relevant sind. Klar scheint lediglich, dass die Ab-

tretung schriftlich zu erfolgen hat (Art. 165 Abs. 1 OR analog).<sup>25</sup> Strittig ist, ob Art. 164 OR analog anzuwenden ist, die Verfügungsmacht also gleich wie bei der Forderungszession beschränkt werden kann.<sup>26</sup> Was die übrigen Bestimmungen des Abtretungsrechts angeht, fehlt demgegenüber – soweit ersichtlich – jede Diskussion über ihre Anwendbarkeit auf die Übertragung von Personaldienstbarkeiten.

## 2.2. Kritik am Vorgehen nach Zessionsrecht

Dass sich die Übertragung von Personaldienstbarkeiten, die nicht mit eigenem Blatt im Grundbuch aufgenommen wurden, nach Zessionsrecht richten soll, ist nicht ohne Weiteres einleuchtend. Vielmehr gibt es gute Gründe, die gegen eine Anwendung von Zessionsrecht sprechen.

Das schweizerische Sachenrecht wird vom Publizitätsprinzip<sup>27</sup> beherrscht: Dingliche Rechte müssen für jedermann erkennbar sein.<sup>28</sup> Im Immobiliarsachenrecht wird diese Erkennbarkeit durch das Grundbuch sichergestellt.<sup>29</sup> Damit werden Sicherheit und Klarheit im Rechtsverkehr gewährleistet.<sup>30</sup> Im Gegensatz zum Mobiliarsachenrecht, wo in erster Linie der Besitz die Publizitätsfunktion übernimmt<sup>31</sup>, wäre es im Immobiliarsachenrecht ohne das Grundbuch nicht möglich, die bestehenden dinglichen Rechte zu erkennen, da diese einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung nicht zugänglich sind<sup>32</sup>.

Die Publizitätsfunktion kann nur dann richtig wahrgenommen werden, wenn das Register ein zuverlässiges Bild über den Bestand der dinglichen Rechte an Immobilien ver-

WERNER SCHERRER/DIETER ZOBL, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, I. Abteilung, Das Eigentum (Art. 641–729), 2. A., Zürich 1977, N 18 zu Art. 656 ZGB; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, 3. A., Bern 2007, Rz. 1544; a.M. DEILLON-SCHEGG (FN 12), 111, nach der die Anmeldung grundsätzlich vom Verfügenden auszugehen hat.

<sup>18</sup> Vgl. KOLLER (FN 5), 17; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 65 Fn. 99. Ob hinsichtlich der Forderungszession das Abstraktions- oder das Kausalitätsprinzip gilt, ist sehr umstritten. Das Bundesgericht hat sich zunächst für das Abstraktionsprinzip entschieden (vgl. BGE 67 II 123 E. 4), die Frage später aber offen gelassen (vgl. BGE 84 II 355 E. 1; 95 II 109 E. 2b). In der Lehre werden beide Auffassungen etwa gleich stark vertreten; für Nw. zu beiden Ansichten s. KOLLER (FN 11), § 84 Rz. 78 Fn. 25.

<sup>19</sup> SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 65 Fn. 99.

<sup>20</sup> So sind z.B. bei einer Schenkung besondere Formvorschriften zu beachten; vgl. Art. 243 OR.

<sup>21</sup> Z.B. LIVER (FN 5), 68; PIOTET (FN 5), 569; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 65.

<sup>22</sup> Z.B. PETER R. ISLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., Basel 2007, N 21 zu Art. 779 ZGB.

<sup>23</sup> Insbesondere das Eidg. Grundbuchamt in einer Meinungsäusserung vom 8.2.1989, zit. nach ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 1989, BN 1989, 401 ff., 411; ebenso KOLLER (FN 5), 23 Fn. 30.

<sup>24</sup> Z.B. PFÄFFLI (FN 23), 411.

<sup>25</sup> Vgl. LIVER (FN 5), 68; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 1386; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 1 Rz. 65; STEINAUER (FN 5), Rz. 2527.

<sup>26</sup> S. dazu hinten III.2.

<sup>27</sup> S. dazu REY (FN 17), Rz. 272 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 63 ff.

<sup>28</sup> REY (FN 17), Rz. 272.

<sup>29</sup> Vgl. REY (FN 17), Rz. 280; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 66. Denkbar wären auch andere Systeme gewesen, der schweizerische Gesetzgeber hat sich insoweit aber für das «vollkommenste» (PETER LIVER, Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr, ZBGR 1979, 1 ff., 1) entschieden. Zu anderen Systemen s. DESCHENAUX (FN 17), 24 ff.

<sup>30</sup> PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt a.M. 1995, § 3 Rz. 17; ZOBL (FN 5), Rz. 93.

<sup>31</sup> Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 65.

<sup>32</sup> Vgl. MARTIN P. HEDINGER, Über Publizitätsdenken im Sachenrecht, ASR 507, Bern 1987, 41; ferner DESCHENAUX (FN 17), 6 f.; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 17), N 63 der Einl. zu Art. 641–729 ZGB; JEAN-BAPTISTE GRISONI, Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets, Diss. Lausanne 1990, 21; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich 2009, § 92 Rz. 1.



mittelt.<sup>33</sup> Die Zuverlässigkeit lässt sich namentlich dadurch wesentlich erhöhen, dass der Eintragung materiellrechtliche Bedeutung zugemessen wird. Aus diesem Grund bestehen dingliche Rechte an Grundstücken grundsätzlich nur, wenn und soweit sie im Grundbuch eingetragen sind (sog. absolutes Eintragungsprinzip).<sup>34</sup> Der Grundbucheintrag hat im Normalfall Konstitutivwirkung.

Eine Durchbrechung dieses Prinzips ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Ein solcher ist vorliegend nicht gegeben. Die hier in Frage stehende, auf Rechtsgeschäft beruhende Übertragung einer Personaldienstbarkeit lässt sich keiner der in Art. 656 Abs. 2 ZGB genannten Fallgruppen<sup>35</sup>, bei denen die Eintragung bloss deklaratorisch wirkt (sog. relatives Eintragungsprinzip), zuordnen. Zwar ist die gesetzliche Aufzählung nicht als abschliessend zu verstehen<sup>36</sup>, auffallend ist aber, dass in allen vom Gesetz genannten Beispielen ein Eigentumserwerb ohne rechtsgeschäftliche Verfügung vorliegt. Dies muss bei der Bildung weiterer Kategorien, die in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen, berücksichtigt werden.<sup>37</sup> Es ist denn auch in der Lehre grundsätzlich akzeptiert, dass das absolute Eintragungsprinzip nur in Fällen durchbrochen werden kann, in denen ein nicht-rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb stattfindet.<sup>38</sup> Da die Eigentumsübertragung im hier zur Debatte stehenden Fall auf einem Rechtsgeschäft beruht, ist daher nicht ersichtlich, wieso der Grundbucheintrag kein Wirksamkeitserfordernis darstellen soll.

Die Lösung der herrschenden Lehre hat ausserdem zur Folge, dass die Übertragung einer Personaldienstbarkeit einfacher zu bewerkstelligen ist, wenn keine Aufnahme mit eigenem Blatt in das Grundbuch erfolgt. Der Eigentumsübergang

kann in diesem Fall ohne Mitwirkung des Grundbuchamtes erfolgen. Je nach vertretenem Standpunkt sind ausserdem die Formvorschriften für das Grundgeschäft weniger streng als bei den als Grundstück ins Grundbuch aufgenommenen Personaldienstbarkeiten. Bei diesen ist zur Übertragung auf jeden Fall ein öffentlich beurkundetes Grundgeschäft nötig, während im Fall der nicht mit eigenem Blatt aufgenommenen Dienstbarkeiten nach Teilen der Lehre ein mündliches oder schriftliches Grundgeschäft genügt.<sup>39</sup> Diese Konsequenzen erscheinen als wenig angebracht. Die Eröffnung eines eigenen Grundbuchblattes soll die Verkehrsfähigkeit einer Personaldienstbarkeit erhöhen.<sup>40</sup> Damit verträgt es sich nur schlecht, dass an die Übertragung einer nicht mit eigenem Blatt aufgenommenen Dienstbarkeit tiefere Anforderungen gestellt werden.<sup>41</sup>

Schliesslich kann die Lösung der herrschenden Lehre auch zu praktischen Problemen führen. So ist es möglich, dass nacheinander mehrere Abtretungen stattfinden, ohne dass eine berichtigende Eintragung im Grundbuch vorgenommen wird. Es kann dann vorkommen, dass es dem letzten Erwerber nicht mehr gelingt, alle erfolgten Abtretungen und somit seine Berechtigung an der Personaldienstbarkeit nachzuweisen.<sup>42</sup> Die Korrektur des unrichtigen Grundbucheintrags wird dann verunmöglicht.

### 2.3. Die hier vertretene Lösung: Verfügung durch Grundbuchanmeldung

Aus den vorne dargestellten Gründen ist die Grundbuchanmeldung auch für die Übertragung einer nicht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Personaldienstbarkeit als konstitutiv zu betrachten.<sup>43</sup> Das absolute Eintragungsprinzip gilt somit auch hinsichtlich derjenigen Personaldienstbarkeiten, die nicht mit eigenem Blatt ins Grundbuch aufgenommen wurden. Das Verfügungsgeschäft ist demnach nicht eine Zession, sondern die Anmeldung beim Grundbuchamt.<sup>44</sup>

<sup>33</sup> Vgl. HEDINGER (FN 32), 41; ferner GRISONI (FN 32), 26.

<sup>34</sup> HEDINGER (FN 32), 42; vgl. auch REY (FN 17), Rz. 281; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 4), Rz. 572; ZOBL (FN 5), Rz. 94.

<sup>35</sup> Genannt werden Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung und gerichtliches Urteil.

<sup>36</sup> Vgl. DESCHENAUX (FN 17), 307; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 17), N 35 zu Art. 656 ZGB; HERMANN LAIM, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., Basel 2007, N 36 zu Art. 656 ZGB; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 1. Abteilung, 2. Teilband, Grundeigentum I (Artikel 655–679 ZGB), Bern 1964, N 3 zu Art. 656 ZGB; ZOBL (FN 5), Rz. 103; a.M. aber BGE 76 I 183 E. 2 (bezüglich der parallelen Aufzählung in Art. 665 Abs. 2 ZGB).

<sup>37</sup> In den von der Lehre gewöhnlich genannten weiteren Kategorien findet der Eigentumserwerb ebenfalls ohne rechtsgeschäftliche Verfügung des Berechtigten über sein Grundeigentum statt, so z.B. bei der Ersitzung, bei der Bildung neuen Landes, bei Bodenverschiebungen, beim Eigentumserwerb durch Begründung oder Aufhebung einer Gütergemeinschaft und bei der Fusion (vgl. LAIM [FN 36], N 54 ff. zu Art. 656 ZGB).

<sup>38</sup> Vgl. LAIM (FN 36), N 3 zu Art. 656 ZGB; MEIER-HAYOZ (FN 36), N 75 zu Art. 656 ZGB; REY (FN 17), Rz. 1541; ZOBL (FN 5), Rz. 103.

<sup>39</sup> S. dazu vorne II.2.1.

<sup>40</sup> Vgl. HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 17), N 7 zu Art. 655 ZGB; ferner ZURBRIGGEN (FN 4), 177.

<sup>41</sup> Die Eröffnung eines eigenen Blattes bietet zwar andere Vorteile im Verkehr mit der betreffenden Personaldienstbarkeit (s. z.B. RIEMER [FN 5], § 10 Rz. 24). Dennoch bleibt die Frage im Raum, wieso es dadurch zu einer Erschwerung des Übertragungsvorgangs kommen soll.

<sup>42</sup> Vgl. die Bemerkung 5 des Notariatsinspektors im Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 1935, SJZ 1937, 57.

<sup>43</sup> So auch FRITZ OSTERTAG, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, III. Abteilung (Art. 919–977), 2. A., Bern 1917, N 8 zu Art. 971 ZGB; ebenso ZURBRIGGEN (FN 4), 104, der für die Durchsetzung dieser Forderung allerdings eine Gesetzesänderung für notwendig erachtet; vgl. ferner ENGEL (FN 5), 328, für den die Lösung der herrschenden Lehre das Publizitätsprinzip in Frage stellt.

<sup>44</sup> Vgl. CARL WIELAND, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürich 1909, N 4a

Von wem die Anmeldung auszugehen hat, ist vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt. Doch entspricht es dem Grundgedanken von Art. 963 Abs. 1 und 964 Abs. 1 ZGB, dass der bisher an der Dienstbarkeit Berechtigte zur Anmeldung befugt ist. Art. 963 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass Anmeldungen durch den «Eigentümer des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht» erfolgen müssen. Die Bestimmung ist von der Überlegung geleitet, dass der Eigentümer durch diese Handlung unmittelbar den Bestand der dinglichen Rechte an seinem Grundstück verändert<sup>45</sup>. Die Änderung betrifft ihn direkt, das anzumeldende Recht schränkt ihn im Genuss seines Eigentums auf die eine oder andere Weise ein. Art. 964 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass dort, wo es um Löschungen oder einschränkende Abänderungen<sup>46</sup> von Grundbucheinträgen geht, der jeweils aus dem Eintrag Berechtigte die Anmeldung vorzunehmen hat. Auch hier ist somit derjenige, der durch die Änderung im Genuss seines Rechts eingeschränkt wird, zur Anmeldung berechtigt. Dasselbe muss im vorliegenden Fall gelten. Die in Frage stehende Übertragung einer Personaldienstbarkeit führt dazu, dass der bisher Berechtigte den Genuss der Dienstbarkeit verliert. Er verfügt somit über sein Recht und hat deshalb auch die Anmeldung vorzunehmen. Dem Grundeigentümer ist die Übertragung anschliessend durch das Grundbuchamt anzuzeigen.<sup>47</sup>

Was das Verpflichtungsgeschäft betrifft, ist vor allem die Frage nach der zu beobachtenden Formvorschrift von Belang. Hier dürften sich die Unsicherheiten, die unter der heute herrschenden Ansicht bestehen, fortsetzen. Art. 657 ZGB, der die öffentliche Beurkundung für Verträge auf Eigentumsübertragung vorsieht, bezieht sich unmittelbar nur auf die Übertragung von Grundstücken i.S.v. Art. 655 ZGB,<sup>48</sup> was den Schluss zulässt, dass für die Übertragung von nicht mit eigenem Blatt im Grundbuch aufgenommenen Personaldienstbarkeiten einfache Schriftlichkeit<sup>49</sup> genügt. Dies umso mehr, als das Gesetz bei einigen der in Frage stehenden Personaldienstbarkeiten für die – regelmässig anspruchsvollere – Begründung des Dienstbarkeitsrechts die

einfache Schriftlichkeit genügen lässt.<sup>50</sup> Andererseits lassen sich aber auch Argumente anführen, die für die öffentliche Beurkundung sprechen. Die bei einer Übertragung auf dem Spiel stehenden Interessen sind im Wesentlichen dieselben, unabhängig davon, ob eine Personaldienstbarkeit mit eigenem Blatt im Grundbuch aufgenommen wurde oder nicht. Ausserdem ist zu bemerken, dass der Gesetzgeber im Immobiliarsachenrecht immer häufiger die Form der öffentlichen Beurkundung vorschreibt. So wird ab Inkrafttreten des revidierten Zivilgesetzbuches für die Begründung sämtlicher Personaldienstbarkeiten die öffentliche Beurkundung nötig sein.<sup>51</sup> Auch wenn sich aus den entsprechenden Änderungen keine direkten Schlüsse auf die bei einer Übertragung zu beachtende Form ziehen lassen<sup>52</sup>, lässt sich daraus doch eine gewisse gesetzgeberische Grundhaltung ableiten, welche ebenfalls für Formstrenge, d.h. für einen Beurkundungszwang, spricht.

### III. Übertragungsbeschränkungen

Verschiedentlich räumt der Grundeigentümer seinem Vertragspartner zwar die Befugnis ein, die Dienstbarkeit auf einen Dritten zu übertragen, behält sich jedoch ein gewisses

zu Art. 781 ZGB; ferner OSTERTAG (FN 43), N 8 zu Art. 971 ZGB.

<sup>45</sup> S. dazu STEPHAN WOLF, Verfügungsrecht und Grundbuchanmeldung – Betrachtungen zu Art. 963 ZGB, ZBGR 2003, I ff., 4; ferner ZOBL (FN 5), Rz. 414.

<sup>46</sup> Art. 964 Abs. 1 ZGB ist nur auf Änderungen anwendbar, welche die bestehenden dinglichen Rechte lediglich einschränken (SCHMID [FN 17], N 18 zu Art. 964 ZGB). Änderungen, die eine Erweiterung des Rechts zur Folge haben, fallen unter Art. 963 ZGB und können nur mit Mitwirkung des belasteten Grundeigentümers bewirkt werden.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 969 ZGB.

<sup>48</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ (FN 36), N 11 zu Art. 657 ZGB; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (FN 17), N 3 zu Art. 657 ZGB; LAIM (FN 36), N 9 zu Art. 657 ZGB; REY (FN 17), Rz. 1365.

<sup>49</sup> Bloss mündlich geschlossene Verträge dürften im vorliegenden Kontext aus Praktikabilitätsgründen wohl kaum je in Frage kommen.

<sup>50</sup> So etwa für unselbständige Baurechte (vgl. ISLER [FN 22], N 35 zu Art. 779a ZGB), für Quellenrechte (vgl. REY [FN 12], N 22 zu Art. 780 ZGB) oder für die «anderen Dienstbarkeiten» nach Art. 781 ZGB (vgl. ZURBRIGGEN [FN 4], 67). Vgl. auch Art. 19 Abs. 2 GBV. Ein Teil der Lehre kritisiert diese Abweichungen vom Beurkundungszwang indessen, so z.B. PETER LIVER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, 2. Abteilung (Art. 730–792), Erster Band, Die Grunddienstbarkeiten, 2. A., Zürich 1980, N 69 ff. zu Art. 732 ZGB; DERS. (FN 5), 122 ff.; MEIER-HAYOZ (FN 36), N 7 zu Art. 657 ZGB; ZURBRIGGEN (FN 4), 68 f. Der Gesetzgeber hat dieser Kritik im Rahmen der ZGB-Revision Rechnung getragen; s. dazu sogleich im Text und FN 51.

<sup>51</sup> Im Rahmen der Revision des Immobiliarsachenrechts hat der Nationalrat beschlossen, dass zur Begründung aller – d.h. auch der unselbständigen bzw. nicht dauerhaften – Baurechte sowie zur Begründung von Grunddienstbarkeiten – und damit auch zur Begründung anderer Dienstbarkeiten i.S.v. Art. 781 ZGB – die öffentliche Beurkundung erforderlich sein soll (vgl. AB NR 2009, 619). Der Ständerat war als Erstrat zunächst anderer Meinung (vgl. AB SR 2008, 412/413), ist dem Nationalrat in der Differenzbereinigung aber gefolgt (vgl. AB SR 2009, 937).

<sup>52</sup> Die Übertragung ist regelmässig ein weniger komplizierter Vorgang als die Begründung der Dienstbarkeit, was tiefere Anforderungen an die Formvorschriften rechtfertigen könnte. Im jetzigen Recht tritt zuweilen allerdings gerade der gegenteilige Fall auf: Quellenrechte und «andere» Dienstbarkeiten i.S.v. Art. 781 ZGB können, auch wenn sie selbständig und dauernd sind, in einfacher Schriftlichkeit begründet werden (s. vorne FN 50). Werden sie mit eigenem Blatt ins Grundbuch aufgenommen, ist zu ihrer Übertragung aber stets ein öffentlich beurkundeter Vertrag notwendig (s. vorne II.1.).

Mitspracherecht vor. Dies ist grundsätzlich zulässig: Wenn es den Parteien frei steht, eine Personaldienstbarkeit als übertragbar auszugestalten, muss es ihnen auch zustehen, die Übertragbarkeit einzuschränken.<sup>53</sup> Erreichen solche Beschränkungen eine gewisse Intensität, kann dies allerdings nach Teilen der Lehre dazu führen, dass die Dienstbarkeit nicht mehr als selbständig gilt, was zur Folge hat, dass sie im Grundbuch nicht mehr auf einem eigenen Blatt geführt werden kann.<sup>54</sup> Unabhängig davon stellt sich ausserdem die Frage, ob solche Beschränkungen lediglich obligatorische Wirkung haben können, oder ob auch eine dinglich wirkende Eintragung ins Grundbuch möglich ist. Letztere Möglichkeit hätte eine Einschränkung der Verfügungsmacht des Dienstbarkeitsberechtigten zur Folge. Das Grundbuchamt hätte jeweils zu prüfen, ob die vereinbarten Voraussetzungen, die für die Übertragung auf einen Dritten erfüllt sein müssen, tatsächlich gegeben sind und müsste im Fall der Nichterfüllung die Eintragung des Erwerbers der Dienstbarkeit verweigern.<sup>55</sup> Wie schon hinsichtlich des Übertragungsvorganges wird im Folgenden danach unterschieden, ob die Dienstbarkeit als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wurde oder ob keine entsprechende Aufnahme erfolgt ist.

## 1. Als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit

Die Frage, ob die Übertragbarkeit überhaupt mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann, wird vor allem anhand des Baurechts diskutiert. Ende 2008 hatte das Bundesgericht in einer von der Burgergemeinde Bern eingereichten Beschwerde Gelegenheit zu diesem Streit Stellung zu nehmen.<sup>56</sup> Es entschied sich dabei gegen die Zulässigkeit einer dinglichen Beschränkung der Übertragbarkeit von Baurechten.<sup>57</sup>

Vor dem Entscheid hatte die Lehre die Möglichkeit, die Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung zu beschränken, mehrheitlich befürwortet.<sup>58</sup> Gestützt auf diese Grundannah-

me wurde alsdann diskutiert, inwieweit eine Beschränkung zulässig sei, damit das Recht noch als selbständig gelten und somit auf einem eigenen Blatt im Grundbuch aufgenommen werden könne. Eine ins Belieben des Dienstbarkeitsbelasteten (oder eines Dritten) gestellte Zustimmung wurde als mit der Selbständigkeit der Dienstbarkeit unvereinbar betrachtet.<sup>59</sup> Notwendig sei, dass trotz der Beschränkung «ein hinreichend grosser Kreis von ... Erwerbern»<sup>60</sup> verbleibe. So wurde eine Klausel als zulässig bezeichnet, die es der Grundeigentümerin ermöglichte, bei mangelnder Kreditwürdigkeit des Erwerbers die Zustimmung zur Übertragung zu verweigern.<sup>61</sup> Ebenfalls als zulässig wurde der Ausschluss bestimmter Gruppen potentieller Erwerber erachtet.<sup>62</sup>

Die herrschende Meinung wurde namentlich von BACHMANN angefochten.<sup>63</sup> Dieser Autor lehnte die dingliche Wirkung von rechtsgeschäftlich vereinbarten Verfügungsbeschränkungen ab. Er verwies darauf, dass der Gesetzgeber 1965 bei der Revision des Zivilgesetzbuches verschiedene Bestimmungen<sup>64</sup> erlassen hatte, um die Interessen des Grundeigentümers zu wahren.<sup>65</sup> Da die zulässigen Beschränkungen der Verfügungsmacht im Gesetz abschliessend aufgezählt seien, stehe es den Parteien nicht zu, mit dinglicher Wirkung weitere Einschränkungen vorzusehen.<sup>66</sup>

Im erwähnten Fall der Burgergemeinde Bern schloss sich das Bundesgericht nun der Meinung BACHMANNS an und verneinte – wie bereits gesagt – die Möglichkeit der Vereinbarung von dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkungen bei selbständigen und dauernden Baurechten.<sup>67</sup> Der Baurechtsberechtigte ist somit «gegenüber dem Grundbuchamt allein verfügungsberechtigt und durch keinerlei rechtsgeschäftliche Abmachungen eingeschränkt»<sup>68</sup>.

<sup>53</sup> Vgl. etwa Justizkommission des Obergerichts Luzern, LGVE 1989 I, 13 ff., 14.

<sup>54</sup> S. dazu sogleich hinten III.1.

<sup>55</sup> Vgl. zur Prüfung der Verfügungsmacht durch das Grundbuchamt Art. 15 GBV; DEILLON-SCHIEGG (FN 12), 95 ff.; ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, 47 f.

<sup>56</sup> Vgl. BGE 135 III 103; s. dazu die Besprechungen von ALFRED KOLLER, AJP/PJA 2009, 369 f. (= DERS. [FN 5], 21 ff.); JÜRIG SCHMID, BR 2009, 61 f. und ROLAND PFÄFFLI/DANIELA BYLAND, Aktuelles aus dem Bundesgericht: Zur Übertragungsbeschränkung beim selbständigen und dauernden Baurecht, Jusletter vom 9. Februar 2009. S. ausserdem den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, BVR 2009, 63 ff. Dieses entschied als Vorinstanz im gleichen Sinn wie anschliessend das Bundesgericht.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 135 III 103 E. 4.5.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. ALBAN BALLIF, Le droit de superficie, Diss. Lausanne, Zürich 2004, Rz. 332; PETER ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Zürich 1973, 155 Fn. 1; HANS-

ULRICH FREIMÜLLER, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Diss. Bern 1967, 64; LEE-MANN (FN 12), N 50 zu Art. 779 ZGB; JÜRIG SCHMID, Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht, ZBGR 1998, 289 ff., 298; DERS. (FN 17), N 16 zu Art. 943 ZGB; s. ausserdem BGE 72 I 233 E. 2.

<sup>59</sup> Vgl. BGE 72 I 233 E. 2; ebenso FREIMÜLLER (FN 58), 66; JÜRIG SCHMID (FN 58), 298.

<sup>60</sup> BGE 72 I 233, 237.

<sup>61</sup> Vgl. ISLER (FN 58), 157; PFÄFFLI (FN 55), 39; JÜRIG SCHMID (FN 58), 299.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 72 I 733 E. 2; FREIMÜLLER (FN 58), 65; JÜRIG SCHMID (FN 58), 299. Gedacht wurde etwa an Beschränkungen auf Stadt- oder Kantonsbürger.

<sup>63</sup> Vgl. DOMINIK BACHMANN, Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten, Diss. Zürich, Bern 1993, 156 ff.; zustimmend z.B. ZOBL (FN 5), Rz. 174 Fn. 378; weitere Hw. bei BACHMANN, a.a.O., 157 Fn. 842.

<sup>64</sup> So z.B. das Vorkaufsrecht (Art. 682 Abs. 2 ZGB) und die Möglichkeit des vorzeitigen Heimfalls (Art. 779f ff. ZGB).

<sup>65</sup> Vgl. BACHMANN (FN 63), 156 f.

<sup>66</sup> DERS. (FN 63), 157.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 135 III 103 E. 4.5.

<sup>68</sup> BGE 135 III 103 E. 4.5, 111.



Dem Entscheid des Bundesgerichts ist zuzustimmen.<sup>69</sup> Nebst den bereits erwähnten Argumenten spricht auch die Tatsache, dass die Beschränkung für einen Dritten aus dem Grundbuch nicht ohne Rückgriff auf die Belege ersichtlich ist<sup>70</sup>, deutlich gegen eine dingliche Wirkung solcher Beschränkungen. Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage kann einer Beschränkung der Übertragbarkeit daher keine dingliche Wirkung zukommen.

Nach dem Bundesgerichtsentscheid stellt sich die bisher strittige Frage nicht mehr, wie weit eine dingliche Beschränkung gehen darf, damit eine Dienstbarkeit noch als selbständig gilt. Ungeklärt ist hingegen weiterhin, ob es sich mit dem Kriterium der Selbständigkeit verträgt, dass die Verfügungsfreiheit des Berechtigten obligatorisch beschränkt wird. Gewisse Beschränkungen sind sicherlich zulässig, gegen die Zulässigkeit beliebiger Beschränkungen bestehen aber verbreitet Bedenken.<sup>71</sup>

Offen ist, ob sich durch die laufende ZGB-Revision hinsichtlich der Wirkungen von Übertragungsbeschränkungen etwas ändern wird. In der Revisionsvorlage ist ein neuer Art. 779b Abs. 2 ZGB vorgesehen. Gemäss dieser Bestimmung können vertragliche Vereinbarungen hinsichtlich der Baurechte im Grundbuch vorgemerkt werden.<sup>72</sup> Der Gesetzgeber will mit dieser Bestimmung ermöglichen, vertragliche Bestimmungen – im Interesse beider Vertragsparteien – verbindlich auf einen Rechtsnachfolger zu überbinden.<sup>73</sup> Den entsprechend vorgemerkten Bestimmungen kommt dadurch realobligatorische Wirkung zu. Es wird sich zeigen müssen, ob gestützt auf Art. 779b Abs. 2 ZGB auch Beschränkungen der Übertragungsfreiheit des Baurechtinhabers vorgemerkt werden können.<sup>74</sup> Ein praktisches Bedürfnis dafür scheint zu bestehen.<sup>75</sup> Andererseits unterscheidet sich eine Übertragungs-

beschränkung erheblich von den Vertragsbestimmungen, die der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 779b Abs. 2 ZGB vor Augen hatte. Wird die Zulässigkeit einer Dienstbarkeitsübertragung an die Zustimmung des Grundeigentümers geknüpft, werden nicht bloss bestimmte Vertragsbestimmungen auf einen Dritten überbunden, vielmehr wird der Dienstbarkeitsberechtigte in der Auswahl des Dritten eingeschränkt. Es ist ausserdem nicht zu übersehen, dass der neue Art. 779b Abs. 2 ZGB ohnehin schon weitgehende Vormerkungen zulässt, was in der Vernehmlassung entsprechend kritisiert wurde.<sup>76</sup> Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, scheint eine einschränkende Auslegung von Art. 779b Abs. 2 ZGB angebracht. Es ist daher zu bezweifeln, dass diese Bestimmung eine ausreichende Grundlage für die Vormerkung von Übertragungsbeschränkungen abgibt.

Was für das Baurecht ausgeführt wurde, gilt grundsätzlich auch für Quellenrechte und andere Dienstbarkeiten. Dinglich wirkende Beschränkungen der Übertragbarkeit sind bei solchen Dienstbarkeiten damit ebenfalls unzulässig. Die laufende Revision des ZGB wird hier – unabhängig vom zum Baurecht eingenommenen Standpunkt – keine Änderung bringen.

## 2. Nicht als Grundstück ins Grundbuch aufgenommene Personaldienstbarkeit

Soll eine Dienstbarkeit nicht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, kann ihre Übertragbarkeit gänzlich ausgeschlossen werden.<sup>77</sup> Durch eine solche Vereinbarung wird das Recht unübertragbar und der Dienstbarkeitsberechtigte kann nicht mehr darüber verfügen, sie hat also dingliche Wirkung. Damit ist jedoch die Frage noch nicht entschieden, ob auch bloss Beschränkungen der Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung aufgestellt werden können. Die Lehre spricht sich dafür aus, die Dienstbarkeiten in diesem Punkt unabhängig davon, ob ein eigenes Grundbuchblatt eröffnet wurde oder nicht, einheitlich zu behandeln.<sup>78</sup> Demgemäss ist es auch bei den nicht mit eigenem Blatt im Grundbuch aufgenommenen Personaldienstbarkeiten nicht

<sup>69</sup> Ebenso KOLLER (FN 56), 369 f.; DERS. (FN 5), 23; PFÄFFLI/BYLAND (FN 56), Rz. 16.

<sup>70</sup> Vgl. ZOBL (FN 5), Rz. 174 Fn. 378; ferner ISLER (FN 58), 94 f.

<sup>71</sup> S. zur Frage BACHMANN (FN 63), 69. Für die Zulässigkeit solcher Beschränkungen etwa LIVER (FN 50), N 81 zu Art. 730 ZGB; gegen die Zulässigkeit beliebiger obligatorischer Beschränkungen z.B. Justizkommission des Obergerichts Luzern, LGVE 1989 I, 13 ff., 15; ISLER (FN 58), 156; JÜRIG SCHMID (FN 58), 298 Fn. 52; wohl auch PFÄFFLI/BYLAND (FN 56), Rz. 17 f. Damit die Selbständigkeit des Rechts gewahrt ist, muss nach dieser zweiten Auffassung stets ein genügend grosser Kreis potentieller Erwerber verbleiben. Weitere Hw. bei BACHMANN (FN 63), 69 Fn. 384.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 779b Abs. 2 E-ZGB (BBl 2007 5351): «Weitere vertragliche Bestimmungen können im Grundbuch vorgemerkt werden, falls die Parteien dies vereinbaren». S. dazu die Botschaft zur Revision des Immobiliarsachenrechts, BBl 2007 5313.

<sup>73</sup> Vgl. die Botschaft zur Revision des Immobiliarsachenrechts, BBl 2007 5313.

<sup>74</sup> Befürwortend PFÄFFLI/BYLAND (FN 56), Rz. 24; VITO ROBERTO/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Sachenrecht, Bern 2009, Rz. 565.

<sup>75</sup> Dies zeigt nicht zuletzt der aktuelle Fall der Burgergemeinde Bern.

<sup>76</sup> So monierte der Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter in seiner Vernehmlassung, dass die Bestimmung zu offen formuliert sei und zu einer «unheilvolle[n] Entwicklung zu einem letzten Endes nichts mehr aussagenden Grundbuch» führen könne (Zusammenstellung der Vernehmlassungen zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Immobilien- und Grundbuchrecht], abgerufen unter <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachen-.html>>, 301). Ähnliche Kritiken brachten auch diverse andere Vernehmlassungsteilnehmer an, vgl. die erwähnte Zusammenstellung, 295 ff.

<sup>77</sup> Vgl. z.B. ISLER (FN 22), N 23 zu Art. 779 ZGB; REY (FN 12), N 12 zu Art. 780 ZGB; SIMONIUS/SUTTER (FN 1), § 4 Rz. 51 Fn. 61. Teilweise ist der Ausschluss der Übertragbarkeit auch der gesetzlich vorgesehene Normalfall, so bei den «Dienstbarkeiten anderen Inhaltes» nach Art. 781 ZGB.

<sup>78</sup> Vgl. BACHMANN (FN 63), 169 f., m.w.H.

möglich, mit dinglicher Wirkung eine Übertragungsbeschränkung aufzustellen.<sup>79</sup> Hingegen sind bloss obligatorisch wirkende Beschränkungen zulässig.<sup>80</sup>

Folgt man bezüglich Übertragungsvorgang der herrschenden Lehre, läge es grundsätzlich nahe, im Fall der nicht mit eigenem Blatt im Grundbuch aufgenommenen Dienstbarkeiten in Analogie zum Abtretungsrecht ein (teilweises) Übertragungsverbot mit Wirkung für Dritte als zulässig zu bezeichnen.<sup>81</sup> Diese Analogie wird in der Lehre aber auch bei grundsätzlicher Befürwortung einer Anwendung von Zessionsrecht abgelehnt.<sup>82</sup> Folgt man bezüglich Übertragung der hier vertretenen Ansicht, besteht das Problem einer möglichen Analogie zum Zessionsrecht dagegen nicht.

Wie bei den mit eigenem Blatt in das Grundbuch aufgenommenen Personaldienstbarkeiten stellt sich auch bei den nicht aufgenommenen Dienstbarkeiten die Frage, ob die ZGB-Revision eine Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen ermöglichen wird. Es kann dazu auf die vorstehenden Ausführungen verweisen werden.

#### IV. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung setzt jede Übertragung einer Personaldienstbarkeit zu ihrer Wirksamkeit einen Grundbucheintrag voraus. In Abweichung von der herrschenden Lehre muss dies mit Blick auf das Publizitätsprinzip auch bei nicht als Grundstück im Grundbuch aufgenommenen Dienstbarkeiten gelten. Solche Dienstbarkeiten werden daher nicht mittels Zession, sondern durch eine Grundbuchanmeldung übertragen.

In welchem Ausmass eine Dienstbarkeit übertragbar ist, kann von den Parteien grundsätzlich frei bestimmt werden. Dies jedoch nur mit obligatorischer Wirkung. Dinglich wirkende Beschränkungen sind nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter geltendem Recht nicht möglich. Ob sich daran durch die Revision des Zivilgesetzbuches etwas ändern wird, muss sich noch zeigen, ist m.E. aber eher zweifelhaft.

<sup>79</sup> Ebenso BACHMANN (FN 63), 169 f.; KOLLER (FN 56), 370; DERS. (FN 5), 23.

<sup>80</sup> Sofern es sich um eine zur Aufnahme mit eigenem Blatt fähige Dienstbarkeit handelt (zu den Voraussetzungen s. vorne FN 4), könnte die obligatorische Beschränkung nach Teilen der Lehre allerdings dazu führen, dass die Eröffnung eines eigenen Blattes nun verunmöglicht wird. S. dazu vorne III.1., insbesondere FN 71.

<sup>81</sup> S. zu solchen Abtretungsverboten KOLLER (FN 11), § 84 Rz. 62 ff., m.w.H.; EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VIk, 3. A., Zürich 1993, N 146 ff. zu Art. 164 OR; zur bloss teilweisen Beschränkung s. SPIRIG, a.a.O., N 157 zu Art. 164 OR.

<sup>82</sup> Vgl. KOLLER (FN 56), 370; DERS. (FN 5), 23.

Les droits de superficie et les servitudes de source sont cessibles de par la loi. Il est également possible de convenir que les «autres» servitudes au sens de l'art. 781 CC sont cessibles. Si de telles servitudes sont immatriculées comme immeuble au registre foncier, leur cession ne pose pas de problèmes: elle suit les règles régissant le transfert des biens-fonds. Si par contre aucun feuillet n'a été ouvert au registre foncier, le transfert doit pouvoir se faire par cession (par analogie aux art. 164 ss CO) selon la doctrine dominante. Cela est contraire au principe de publicité et engendre des problèmes pratiques. C'est pourquoi l'auteur pense que le transfert ne doit pouvoir se faire, dans ce cas également, que par une réquisition au registre foncier.

Si une servitude personnelle est en principe cessible, son transfert peut être limité par acte juridique. Selon un arrêt récent du Tribunal fédéral (ATF 135 III 103), de telles restrictions ne revêtent qu'un effet obligatoire. En considérant la révision du CC, le présent article se demande si des restrictions ayant également des effets réels seront admises à l'avenir.

(trad. LT LAW-TANK, Fribourg)