Unauffindbare Dienstbarkeitsberechtigte

Herausforderungen und Handlungsmöglichkeiten für Belastete

Philipp Kessler*

SCHLAGWÖRTER Privatrecht – Sachenrecht – Dienstbarkeiten – Ablösung

ZUSAMMENFASSUNG Personaldienstbarkeiten zugunsten von unauffindbaren Personen können bei der Realisierung von Bauprojekten oder Liegenschaftstransaktionen eine grosse Herausforderung für die Eigentümer des belasteten Grundstücks darstellen. In solchen Situationen kann unter Umständen mittels einer richterlichen Massnahme i.S.v. Art. 666*a* i.V.m. 781*a* ZGB Abhilfe geschaffen werden. Eine gefestigte Praxis besteht dahingehend jedoch noch nicht. Während eine vereinfachte Löschung gestützt auf Art. 976*a* ZGB wohl nicht möglich ist, dürfte die entsprechende Dienstbarkeit auch der Ablösung gestützt auf Art. 736 ZGB offenstehen. Aufgrund des hohen Aufwands, den solche Verfahren mit sich bringen, wäre de lege ferenda eine vereinfachte Löschung bei unauffindbaren Dienstbarkeitsberechtigten zu prüfen.

RÉSUMÉ Les servitudes personnelles en faveur de personnes introuvables peuvent représenter un grand défi pour le propriétaire de l'immeuble grevé lors de la réalisation de projets de construction ou de transactions immobilières. Dans de telles situations, il est éventuellement possible de recourir à une mesure judiciaire au sens de l'art. 666*a* en relation avec l'art. 781*a* CC pour remédier à cette situation. Il n'existe toutefois pas encore de pratique établie en la matière. Alors qu'une radiation simplifiée sur la base de l'art. 976*a* CC n'est probablement pas possible, la servitude correspondante devrait être aussi ouverte au rachat sur la base de l'art. 736 CC. En raison de la lourdeur de telles procédures, il conviendrait d'envisager de lege ferenda une radiation simplifiée dans le cas de bénéficiaires de servitudes introuvables.

ABSTRACT Personal servitudes in favour of untraceable persons can pose a major challenge for the owner of the encumbered property when realising construction projects or real estate transactions. In such situations, a judicial measure within the meaning of Art. 666*a* in conjunction with art. 781*a* CC might be used to remedy the situation. However, there is not yet any established practice in this regard. While a simplified cancellation based on art. 976*a* CC is probably not possible, the corresponding easement should also be open to deletion based on art. 736 CC. Due to the expected long duration of the proceedings in the case of an untraceable counterparty, it is advisable to initiate the corresponding proceedings at an early stage. Due to the high effort needed in such procedures, a simplified cancellation should be considered de lege ferenda in the case of untraceable servitude holders.

I. Einleitung und Problematik

Dienstbarkeiten gehören zu den klassischen Instrumenten des Schweizer Sachenrechts. Als Duldungspflichten beschränken sie grundsätzlich das Nutzungsrecht an einem Grundstück zugunsten einer berechtigten Person oder eines Grundstücks.[1] Dabei werden – aus zumeist nicht nachvollziehbaren Gründen – gelegentlich klassische Grunddienstbarkeiten, wie beispielsweise Bauverbote oder Quellenrechte,[2] in Form einer Personaldienstbarkeit errichtet.[3] Nun kommt es vor, dass die Dienstbarkeitsberechtigten im Laufe der Zeit unauffindbar werden. Gründe dafür gibt es viele, wobei etwa eine Auswanderung, al-

* Philipp Kessler, M.A. HSG in Law & Economics, Juristischer Mitarbeiter, schochauer ag.
Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-095-6_06.

1 Stephanie Hrubesch-Millauer/Barbara Graham-Siegenthaler/Martin Eggel, Sachenrecht, 6. Aufl., Bern 2023, § 8 N 1530 ff.

2 Für eine exemplarische Auflistung «klassischer» Grunddienstbarkeiten vgl. ZK ZGB-Liver, Art. 730 N 167 ff.; Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Eggel (Fn. 1), § 8 N 1544.

3 Vgl. bspw. für den Fall eines Fuss- und Fahrwegrechts zugunsten einer Stiftung KGer SZ ZK1 2018 22 (9. Februar 2019) oder VGer SG B 2019/170 (13. August 2018), E. 1 mit der Erwähnung eines Quellenrechts als Personaldienstbarkeit. Gängig und auch nachvollziehbar sind hingegen namentlich Fuss- und Fahrwegrechte zugunsten von Gemeinden oder Genossamen (vgl. hierzu bspw. BGer 5A_259/2019 (29. Juli 2020); BGer 1C_221/2023 (2. November 2023).

lenfalls kombiniert mit einer Vererbung der Dienstbarkeit an ebenfalls im Ausland wohnhafte Nachkommen, infrage kommt.[4] Gerade bei älteren Grundbucheinträgen können dadurch die eigentlichen Berechtigten unauffindbar werden, was den Rechtsverkehr mit dem belasteten Grundstück erheblich beeinträchtigen kann.[5]

Vor allem, wenn die Durchsetzung der Dienstbarkeit die Überbauung des Grundstücks verhindern würde, scheitert diese wohl spätestens an der Bankenfinanzierung, und auch an eine gewinnbringende Veräusserung des Grundstücks ist diesfalls meist nicht zu denken. Denkbar sind auch Fälle, in denen Dienstbarkeiten eine zeitgemässe Nutzung verhindern, sei es im Wohnbau oder bei der Entwicklung grösserer Areale. Hier wird ein Spannungsfeld des Dienstbarkeitsinstituts offenbart, welches bereits Kohler gegen Ende des 19. Jahrhunderts pointiert ansprach, als er darauf hinwies, dass «die Rechtsordnung dafür sorgen [muss], dass sich die Servituten nicht wie Wucherpflanzen um das Eigentum schlingen und ihm seine beste Nahrung entziehen».[6]

Der vorliegende Aufsatz versucht sich an einer rechtlichen Aufarbeitung eines Aspekts dieses Spannungsfeldes. Im Zentrum steht die Frage, wie die aus der Unauffindbarkeit eines Dienstbarkeitsberechtigten entstehenden Herausforderungen durch den belasteten Grundeigentümer bewältigt werden können. Hierzu wird zunächst aufgezeigt, dass die Unauffindbarkeit den Bestand der Dienstbarkeit grundsätzlich nicht tangiert. Anschliessend werden die richterlichen Massnahmen gestützt auf Art. 666*a* ZGB[7] i.V.m. 781*a* ZGB untersucht. Zentral ist dabei namentlich die Frage, ob in der oben beschriebenen Konstellation eine Löschung der Dienstbarkeit in Form einer richterlichen Massnahme erreicht werden kann. In einem zweiten Schritt wird die vereinfachte Löschung gestützt auf Art. 976*a* ZGB behandelt, wobei geklärt werden muss, ob bei einem unauffindbaren Berechtigten eine höchstwahrscheinlich fehlende rechtliche Bedeutung des Grundbucheintrages vorliegt. Abschliessend wird auf das Instrument der Ablösung von Dienstbarkeiten gestützt auf Art. 736 ZGB eingegangen.

Neben der Frage, ob in der vorliegenden Konstellation überhaupt ein Rechtsanspruch auf Löschung der Dienstbarkeit besteht, ist weiter zu klären, wie dieser prozessual gegen eine unauffindbare Gegenpartei durchgesetzt werden kann. Ziel dieser Betrachtung ist es, aufzuzeigen, wie betroffene Grundeigentümer in solchen Fällen wieder Rechtssicherheit über ihr Grundstück erlangen können, und zu prüfen, ob *de lege ferenda* ein Anpassungsbedarf besteht.

II. Auswirkung der Unauffindbarkeit auf die Dienstbarkeit

Die Untergangsmöglichkeiten der (Grund-)Dienstbarkeiten[8] sind in den Art. 734 ff. ZGB geregelt. Im Hinblick auf die vorliegende Konstellation seien namentlich die Löschung des Eintrages (Art. 734 Abs. 1 ZGB) und die Ablösung durch das Gericht (Art. 736 ZGB)[9] erwähnt. Da die Löschung i.S.v. Art. 734 ZGB eine schriftliche Erklärung der berechtigten Person erfordert,[10] fällt sie bei deren Unauffindbarkeit als Option jedoch rein praktisch ausser Betracht.

Als aussergesetzlicher Untergangstatbestand ist sodann auch der einseitige Verzicht des Berechtigten erwähnenswert.[11] Die Verzichtserklärung löst einen aussergrundbuchlichen Untergang der Dienstbarkeit aus.[12] Doch auch wenn der Verzichtswille konkludent zum Ausdruck gebracht werden könnte,[13] stellt die dauernde Nichtaus-

---

4 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007 5283 ff., 5304; s. auch CHK ZGB-Hitz, Art. 666a N 4 f.; Thomas Cueni/Urs Fasel, Befreiung des Grundbuches von überflüssigen Dienstbarkeiten, ZGBR 1999, 345 ff., 359 f.; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome II, 5. Aufl., Bern 2020, N 2204.

5 Vgl. Meinrad Huser, Baubeschränkungen und Verdichtung, Raum und Umwelt 4/2016, 1 ff., 8; Urs Hofstetter-Arnet/Domino Hofstetter/Stefan Mundhaas, Verdichtet bauen – Dienstbarkeiten beseitigen, SJZ 2019, 335 ff., 338.

6 Joseph Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, AcP 87/1897, 157 ff., 179; vgl. auch Eugen Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweiter Band, 2. Aufl., Bern 1914, 143; m.w.H. auf daran anknüpfende Aussagen in der Schweizer Lehre s. Cueni/Fasel (Fn. 4), 347 f.

7 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (im Folgenden ZGB; SR 210).

8 Der Untergang der «anderen Dienstbarkeiten» nach Art. 781 ZGB richtet sich ebenfalls nach den Art. 734 ff. ZGB (BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 781 N 6).

9 Hierzu sogleich V.

10 CHK ZGB-Göksu, Art. 734 N 3; BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 734 N 10.

11 Siehe umfassend hierzu Stephan Wolf/Joana Nedeltcheva, Zum Verzicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks auf die Grunddienstbarkeit – insbesondere das einzuhaltende Verfahren, in: Adrian Mühlematter et al. (Hrsg.), 75 Jahre Konferenz der Schweizerischen Grundbuchführung (KSG), Bern 2023, 413 ff.

12 BSK ZGB II-Schmid/Arnet, Art. 964 N 15 f.; BK ZGB-Leemann, Art. 734 N 1; ZK ZGB-Liver, Art. 734 N 97; Damien Ventura, L'abandon d'un droit réel, Diss. Lausanne 2008, N 152 ff.; a.M. BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 734 N 11; CR CC-Argul, Art. 734 N 5.

13 CHK ZGB-Göksu, Art. 734 N 7; ZK ZGB-Liver, Art. 734 N 100, BGE 127 III 440, E. 2a.

übung der Dienstbarkeit lediglich ein Indiz für einen Interessensverlust, nicht aber eine Verzichtserklärung dar.[14]

Wie sich noch zeigen wird, sind die Hürden, auf dem Rechtsweg eine Löschung einer Dienstbarkeit zu erreichen, eher hoch angesetzt. Es wäre vor diesem Hintergrund folglich falsch, von der Unauffindbarkeit des Berechtigten ohne Weiteres auf einen Verzicht auf die Dienstbarkeit zu schliessen. Entsprechend kann festgehalten werden, dass der Bestand der Dienstbarkeit von der Unauffindbarkeit als solche nicht tangiert wird und somit zu deren Beseitigung ein aktives Handeln erforderlich ist. Folglich werden nachfolgend die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten auf ihre Tauglichkeit geprüft.

III. Richterliche Massnahmen nach Art. 666a i.V.m. 781a ZGB

Die Möglichkeit, bei einem unauffindbaren Dienstbarkeitsberechtigten richterliche Massnahmen zu beantragen, trat mit der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts im Jahr 2012 in Kraft. Nachfolgend wird untersucht, ob eine Löschung der Dienstbarkeit eine Massnahme im Sinne des dazumal neu geschaffenen Art. 666*a* i.V.m. 781*a* ZGB darstellen kann.

A. Grundsatz

Art. 666*a* Abs. 1 ZGB hält fest, dass für den Fall, dass sich der im Grundbuch eingetragene Eigentümer nicht identifizieren lässt oder sein Wohnort, respektive Name oder Wohnort seiner Erben, unbekannt ist, das Gericht auf Antrag die erforderlichen Massnahmen anordnen kann. Zudem kann das Gericht gestützt auf Art. 666*a* Abs. 2 ZGB einen Vertreter ernennen, wobei es auf Antrag den Umfang der Vertretungsmacht festlegt. Bestimmt es nichts anderes, so beschränkt sich diese auf erhaltende Massnahmen. Art. 781*a* ZGB hält sodann explizit fest, dass für im Grundbuch eingetragene Berechtigte einer Dienstbarkeit die Bestimmungen aus Art. 666*a* ZGB sinngemäss gelten. Es kann folglich auf die entsprechende Literatur zurückgegriffen werden.[15]

Es stellen sich vor diesem Hintergrund mehrere Fragen. Eingangs muss geklärt werden, ob der Dienstbarkeitsbelastete überhaupt berechtigt ist, einen Antrag auf richterliche Massnahmen zu stellen. Sofern dies bejaht werden kann, ist weiter zu ermitteln, ob, respektive unter welchen Bedingungen, die Löschung der Dienstbarkeit eine richterliche Massnahme im Sinne des Gesetzes darstellen kann.

B. Antragsrecht des belasteten Grundeigentümers

Gemäss Art. 666*a* Abs. 3 ZGB steht das Recht, die Anordnung von Massnahmen zu beantragen, sowohl jeder Person, die ein schutzwürdiges Interesse hat, als auch dem Grundbuchamt am Ort des Grundstücks zu. Vorliegend ist vor allem das Recht auf Antrag durch eine Person, namentlich den Dienstbarkeitsbelasteten, von Interesse.

Das schutzwürdige Interesse wird dabei wohl jenem in den Prozessvoraussetzungen in Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO[16] entsprechen.[17] Ein schutzwürdiges Interesse dürften sodann sowohl am Grundstück dinglich berechtigte Personen als auch potenzielle Käufer haben.[18] Im Rahmen der eingangs beschriebenen Konstellationen wird ein Gericht im Rahmen seiner Erwägungen wohl zum Schluss gelangen, dass zumindest insofern ein schutzwürdiges Interesse besteht, als dass die mit der Dienstbarkeit belasteten Personen zur Antragstellung legitimiert sind.

C. Löschung der Dienstbarkeit als erforderliche Massnahme

Gemäss Art. 666*a* Abs. 1 ZGB müssen die vom Gericht angeordneten Massnahmen sodann erforderlich sein. Zur Beantwortung der Frage, wann die Löschung einer Dienstbarkeit bei der Unauffindbarkeit des Berechtigten erforderlich ist, muss der entsprechende Artikel unter Zuhilfenahme der dazugehörigen Lehre und Rechtsprechung ausgelegt werden.

---

14 BGE 123 III 461, 463, E. 1; CHK ZGB-Göksu, Art. 734 N 7; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022, N 1297; Huber (Fn. 6), 144 f.; vgl. auch BGer 5C.3007/2005 (19. Mai 2006), E. 5.

15 CHK ZGB-Göksu, Art. 781a N 1; BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 781a N 1.

16 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

17 Thierry Schnyder/Fabienne Murmann, Der neue Art. 666a ZGB/Der Teufel steckt im Detail, ZWR 2014, 339 ff., 342.

18 Botschaft Sachenrecht (Fn. 4), BBl 2007 5305; BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 666a N 9; Schnyder/Murmann (Fn. 17), 342; Barbara Anita Möri, Der Anwendungsbereich von Art. 666a und Art. 666b ZGB, Jusletter 15. September 2014, N 36.

1. Grammatikalische und systematische Auslegung

Aus grammatikalischer Sicht kann festgehalten werden, dass Art. 666*a* Abs. 1 ZGB sehr offen ausgestaltet ist.[19] Die Verwendung des Kriteriums der Erforderlichkeit bedingt aber, dass von den zur Verfügung stehenden Massnahmen stets die mildeste gewählt wird.[20] Demnach hat das Gericht stets die Interessen des unauffindbaren Dienstbarkeitsberechtigten zu berücksichtigen.[21]

Sofern folglich mildere Massnahmen als eine Löschung zur Verfügung stehen, um das schutzwürdige Interesse des Belasteten zu schützen, hat das Gericht stets diese zu wählen. In den meisten Fällen dürfte eine Löschung der Dienstbarkeit aber die einzige Möglichkeit sein, um die Interessen des Belasteten zu schützen, und etwa eine Abänderung der Dienstbarkeit nicht ausreichen. Ob die Löschung erforderlich im Sinne des Gesetzes ist, muss folglich nach den weiteren Elementen bestimmt werden, der Gesetzestext gibt keine weiteren Hinweise. Auch aus der Gesetzessystematik lassen sich keine Erkenntnisse im Hinblick auf die vorliegende Frage gewinnen.

2. Historische Auslegung

Die Botschaft zu Art. 666*a* ZGB hielt als Massnahmen die «Einleitung eines Verfahrens auf Verschollenerklärung, die Zustimmung zur Löschung einer Dienstbarkeit oder gar den Verkauf des Grundstücks mit anschliessender Hinterlegung des Erlöses auf einem Sperrkonto»[22] fest.

Die Löschung einer Dienstbarkeit wird in den Materialien folglich zumindest im Hinblick auf einen unauffindbaren Grundeigentümer als mögliche Massnahme genannt, was nahelegt, dass sie auch bei einem unauffindbaren Dienstbarkeitsberechtigten denkbar wäre. Beim Grundeigentum ist sodann eine «Maximallösung» im Sinne eines entschädigten Eigentumsverlusts möglich. Folglich sollte auch bei Dienstbarkeiten ein entsprechendes Vorgehen offenstehen.

Zur Frage, welche genauen Umstände eine solche Maximallösung rechtfertigen, äussern sich die Materialien jedoch nicht. Immerhin konnte etabliert werden, dass der Gesetzgeber auch weitgehende Massnahmen, wie sie die Löschung einer Dienstbarkeit darstellt, durchaus vom Begriff der erforderlichen Massnahmen gedeckt sah.

3. Teleologische Auslegung

Zur Beantwortung der Frage, unter welchen Umständen auf die Massnahme der Dienstbarkeitslöschung zurückzugreifen ist, muss folglich auf die teleologische Auslegung abgestützt werden.

Bei Art. 666*a* ZGB handelt es sich um eine Norm des Vermögensschutzes.[23] Fraglich ist jedoch, wessen Vermögen damit geschützt werden soll. Die Tendenz in der Lehre ist klar. Das Gericht habe vor allem die Interessen des unbekannten Eigentümers zu achten,[24] respektive sich beim Erlass der Massnahmen allgemein grösste Zurückhaltung aufzuerlegen[25]. Als Ausfluss dieses Grundsatzes komme, im Hinblick auf Grundstücke, ein Verkauf des Grundstücks mit anschliessender Hinterlegung des Erlöses nur als *ultima ratio* infrage.[26] Möri vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass ein Verkauf nur dann legitim ist, wenn ein Grundbucheintrag bereits seit langer Zeit besteht (bzw. ins 19. oder etwa ins erste Drittel des 20. Jahrhunderts zurückreicht) und das Land nachweislich schon länger nicht mehr bewirtschaftet wird.[27] In diesen Fällen bestehe Gewissheit, «dass durch den Wechsel der Generationen im Laufe der Zeit das Grundstück auch tatsächlich in Vergessenheit geraten ist und/oder kein Interesse mehr an dessen Gebrauch besteht».[28] Gleichermassen wird jedoch in der Lehre auch postuliert, dass die Gerichte praktikable Lösungen anstreben sollen.[29]

Die obigen Ausführungen zu Art. 666*a* ZGB dürften auch auf die richterlichen Massnahmen betreffend eine Dienstbarkeit mit einem unauffindbaren Berechtigten anwendbar sein. Einerseits wird hohen Wert darauf gelegt, dass die Massnahmen im Wesentlichen den wirtschaftlichen Interessen des Berechtigten dienen. Andererseits sind aber offenbar auch sehr drastische Massnahmen, wie

---

19 Vgl. Möri (Fn. 18), N 17; kritisch zu dieser Unbestimmtheit Schnyder/Murmann (Fn. 17), 351 f.

20 CHK ZGB-Hitz, Art. 666a N 9; Möri (Fn. 18), N 19; vgl. auch SGK BV-Schindler/Tschumi, Art. 5 N 56; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St.Gallen 2020, N 527 ff.

21 CHK ZGB-Hitz, Art. 666a N 9; Möri (Fn. 18), N 19.

22 Botschaft Sachenrecht (Fn. 4), BBl 2007 5305.

23 BK ZGB-Rosch, Art. 390 N 132; vgl. auch Steinauer (Fn. 4), N 2202.

24 Möri (Fn. 18), N 20; Bénédict Foëx, Le proprietaire introuvable (Triste tropisme), in: Alexandra Rumo-Jungo et al. (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 479 ff., 486 f.

25 BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 666a N 6.

26 BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 666a N 6; Möri (Fn. 18), N 21; Schnyder/Murmann (Fn. 17), 354; vgl. auch das BezGer Pfäffikon vom 31.05.2012, ZGBR 2014, 54 ff., 56.

27 Möri (Fn. 18), N 21 Fn. 35.

28 Möri (Fn. 18), N 21 Fn. 35.

29 Schnyder/Murmann (Fn. 17), 359, welche exemplarisch für eine «pragmatische Linie» das Urteil des BezGer Pfäffikon vom 31.05.2012, ZGBR 2014, 54 ff., erwähnen.

eine Ablösung der Dienstbarkeit, u.U. gegen einen auf ein Sperrkonto zu überweisenden Betrag,[30] möglich.

Es müssen folglich die wirtschaftlichen Interessen des unauffindbaren Berechtigten gegen jene des Belasteten abgewogen werden,[31] wobei allfällige Interessen des Ersteren unweigerlich höher zu gewichten sind. Die Hürden für die Löschung einer – allenfalls ohnehin veralteten[32] – Dienstbarkeit dürften dabei aber geringer angesetzt werden als beim Verkauf eines Grundstücks. So handelt es sich doch um einen wesentlich geringeren Eingriff in das Vermögen des Berechtigten, sofern aufgrund der Art der Dienstbarkeit bei einer Unauffindbarkeit davon ausgegangen werden darf, dass er sich nicht mehr im «Wirkungsradius» der Dienstbarkeit aufhält.[33]

Unter Berücksichtigung des vermögenserhaltenden Zwecks muss ein Kläger wohl nicht nur aufzeigen, dass die berechtigte Person nicht oder nur unter unverhältnismässigem Aufwand aufgefunden werden kann. Vielmehr muss er auch darlegen, weshalb diese keinerlei Interesse mehr an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit haben soll.[34]

4. Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Löschung einer Dienstbarkeit als erforderliche Massnahme im Sinne von Art. 666*a* Abs. 1 ZGB i.V.m. 781*a* ZGB sicher nicht per se ausgeschlossen ist. Im Sinne der Verhältnismässigkeit müssen jedoch stets die wirtschaftlichen Interessen des unauffindbaren Berechtigten gegen jene des Belasteten abgewogen werden, wobei jenen des Berechtigten höheres Gewicht beizumessen ist.[35] Die fehlende Kasuistik erschwert es hier allerdings, die Erfolgswahrscheinlichkeiten eines Antrages im Einzelfall abzuschätzen.

D. Verfahrensrechtliche Fragen

Hinsichtlich des Verfahrens stellt sich namentlich die Frage nach dem Gerichtsstand. Örtlich ist bei Klagen aus Art. 666a i.V.m. 781a ZGB zwingend das Gericht an dem Ort zuständig, an dem das Grundstück ins Grundbuch aufgenommen ist (Art. 29 Abs. 4 ZPO).[36] Dabei kommt das Summarverfahren zur Anwendung, da es sich um einen Fall der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt (Art. 248 lit. e ZPO).[37]

Fraglich ist zudem, wie die Unauffindbarkeit des Dienstbarkeitsberechtigten nachgewiesen werden muss, handelt es sich dabei doch um den Nachweis eines Negativums.[38] Zum einen muss der Antragsteller nachweisen, dass er sämtliche sachdienlichen und zumutbaren Nachforschungen bereits erfolgslos vorgenommen hat.[39] Dennoch dürfte gerade bei einschneidenden Eingriffen in das Eigentum erwartet werden, dass das Gericht selbstständig Nachforschungen anstellt, nur schon, da es mehr Informationsquellen ausschöpfen kann als eine Privatperson.[40]

---

30 Das BezGer Pfäffikon äusserte sich in seinem Urteil vom 31.05.2012, ZGBR 2014, 54 ff., 56, der hier vertretenen Ansicht nach, berechtigterweise kritisch zur Hinterlegung eines Geldbetrags auf einem Sperrkonto, wie ihn die Materialien (Botschaft Sachenrecht [Fn. 4], BBl 2007 5305) vorsehen. Eine Hinterlegung ergebe nur Sinn, wenn davon ausgegangen werden könne, dass in naher Zukunft alle Berechtigten ausfindig gemacht werden können. Da jedoch die Unauffindbarkeit trotz grundsätzlicher Suchbemühungen eine Bedingung für richterliche Massnahmen darstellt, wird vorliegend zumindest im Hinblick auf die Löschung von Dienstbarkeiten die Auffassung vertreten, dass eine Hinterlegung nur zum Entstehen eines herrenlosen Kontos führen würde.

31 Steinauer (Fn. 4), N 2206.

32 So beispielsweise die Dienstbarkeit, in der unmittelbaren Nähe des Bundeshauses einen Miststock führen zu dürfen, erwähnt bei Cueni/Fasel (Fn. 4), 345.

33 Zu denken ist hier namentlich an Bauverbote oder Wegrechte, bei denen ein weit entfernter Berechtigter allerhöchstens noch im ideellen Sinn von der Dienstbarkeit profitiert, nicht aber physisch durch eine bessere Aussicht oder eine Nutzung des Wegs. Exemplarisch erscheint bei Baurechten hingegen eine «Ausübung» der Dienstbarkeit auch aus weiter Distanz ohne Weiteres als möglich.

34 Vgl. BezGer Pfäffikon vom 31.05.2012, ZGBR 2014, 54 ff., 55f.

35 Foëx (Fn. 24), 488 mit dem Hinweis darauf, dass Art. 666a ZGB kein Anwendungsfall des Sprichworts «*qui va à la chasse perd sa place*» sei, aus der Abwesenheit des Berechtigten also nicht direkt ein Anspruch des Belasteten abgeleitet werden kann; vgl. auch Steinauer (Fn. 4), N 2206.

36 BK ZPO-Peter, Art. 29 N 34; Steinauer (Fn. 4), N 2202; Schnyder/Murmann (Fn. 17), 342; m.w.H. zur örtlichen Zuständigkeit Möri (Fn. 18), N 53 ff.; a.M. BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 666a N 2, wonach gemäss Art. 19 ZPO in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Gericht oder die Behörde am Wohnsitz oder Sitz der gesuchstellenden Partei zwingend zuständig ist, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt und entsprechend stets in Anknüpfung an die beantragte Massnahme zu prüfen ist, ob eine zwingende örtliche Zuständigkeit besteht.

37 OFK ZGB-Kernen, Art. 666a N 6; BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 666a N 3; Steinauer (Fn. 4), N 2202; Möri (Fn. 18), N 52.

38 Foëx (Fn. 24), 483 f.; Schnyder/Murmann (Fn. 17), 347.

39 CHK ZGB-Hitz, Art. 666a N 6; Möri (Fn. 18), N 12; zu möglichen Nachforschungsmethoden Schnyder/Murmann (Fn. 17), 347 f.

40 Möri (Fn. 18), N 16; vgl. Schnyder/Murmann (Fn. 17), 348; Foëx (Fn. 24), 484.

E. Fazit

Auch wenn Art. 666a i.V.m. 781a ZGB grundsätzlich die Möglichkeit gewährt, bei einem unauffindbaren Dienstbarkeitsberechtigten richterliche Massnahmen bis hin zur Löschung der Dienstbarkeit zu beantragen, bleibt die praktische Reichweite dieser Bestimmungen derzeit schwer abschätzbar. Das Gesetz gewährt dem Gericht einen grossen Ermessensspielraum, und sowohl Literatur als auch Rechtsprechung bieten bislang kaum konkrete Leitlinien dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Löschung im Einzelfall tatsächlich als erforderliche Massnahme anerkannt wird.

Vor diesem Hintergrund kann belasteten Grundeigentümern derzeit keine verlässliche Einschätzung über die Erfolgsaussichten eines entsprechenden Antrags gegeben werden. Ohne eine differenzierte Kasuistik droht die Norm in der Praxis entweder zu zögerlich oder uneinheitlich angewendet zu werden. Es bleibt daher abzuwarten, in welchem Umfang die Gerichte bereit sein werden, im Sinne pragmatischer Lösungen auch tiefgreifendere Eingriffe wie eine Löschung zuzulassen und wie sie dabei die gebotene Zurückhaltung gegenüber nicht auffindbaren, aber formell noch berechtigten Personen konkret umsetzen. Vor dem Hintergrund dieser Unklarheiten drängt sich die Frage auf, ob die Dienstbarkeit allenfalls auch noch gestützt auf eine andere Grundlage gelöscht werden kann.

IV. Vereinfachte Löschung gestützt auf Art. 976a ZGB

Gemäss Art. 976a Abs. 1 ZGB kann jede durch einen Eintrag belastete Person dessen Löschung verlangen, wenn dieser höchstwahrscheinlich keine rechtliche Bedeutung hat, insbesondere weil er nach den Belegen oder den Umständen das Grundstück nicht betrifft. Der Vollständigkeit halber wird auch diese Bestimmung vorliegend kurz abgehandelt. Aus den vorherigen Ausführungen sowie den im Hinblick auf Art. 736 ZGB noch zu tätigenden Ausführungen[41] kristallisiert sich aber heraus, dass aus der Unauffindbarkeit des Dienstbarkeitsberechtigten nicht ohne Weiteres auf eine rechtliche Bedeutungslosigkeit des Eintrags geschlossen werden darf. Wäre dies der Fall, würden die entsprechenden Interessenabwägungen wesentlich deutlicher ausfallen.

Der Nachweis, dass der Eintrag höchstwahrscheinlich keine rechtliche Bedeutung hat, muss sich zudem unzweifelhaft aus den Belegen oder den Umständen ergeben, so zum Beispiel aus einem anderen öffentlichen Register oder aus der natürlichen Publizität.[42] Höchstwahrscheinliche Bedeutungslosigkeit liegt vor, wenn aufgrund objektiver Tatsachen davon ausgegangen werden muss, dass die faktische oder rechtmässige Ausübung der Dienstbarkeit auf absehbare Zeit unmöglich ist.[43] Eine solche aus den Belegen erkennbare Bedeutungslosigkeit ergibt sich beispielsweise, wenn der Berechtigte eines Kaufrechts Eigentümer des Grundstücks geworden ist.[44] Die hohe Schwelle der Erkennbarkeit aus Belegen und Registern wird durch die Unauffindbarkeit des Berechtigten allein wohl nicht erreicht werden können.

Zudem sieht Art. 976a Abs. 2 ZGB vor der Löschung der Dienstbarkeit die Anhörung der berechtigten Person vor, was bei deren Unauffindbarkeit nicht möglich ist. Denkbar wäre allenfalls die Anhörung eines nach Art. 666a i.V.m. Art. 781a ZGB ernannten Vertreters. Im Fall, dass ein solcher Vertreter ernannt wurde, wird ein Gericht aber wohl bereits einmal gegen ein Löschungsgesuch entschieden und stattdessen einen Vertreter eingesetzt haben, dessen Kernauftrag das Erhalten ist. Ob dieser Vertreter behilflich wäre, darf deshalb bezweifelt werden. Entsprechend können die Dienstbarkeiten in den zur Diskussion stehenden Konstellationen wohl nicht von der vereinfachten Löschung profitieren. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend noch geprüft, ob eine Dienstbarkeit in der eingangs beschriebenen Konstellation allenfalls der ordentlichen Ablösung gestützt auf Art. 736 ZGB offenstehen könnte.

V. Ablösung der Dienstbarkeit gestützt auf Art. 736 ZGB

Die *ratio legis* für die gerichtliche Ablösung i.S.v. Art. 736 ZGB liegt in der Beseitigung der Belastung und Beschränkung des durch die Dienstbarkeit Verpflichteten, sofern diese nicht durch ein adäquates Interesse gerechtfertigt sind.[45] Der Vorteil der Löschung obsolet gewordener, die

---

41 Siehe nachfolgend V.

42 BSK ZGB II-Schmid/Arnet, Art. 976a N 4.

43 Mathias Kuster, Die Löschung von Grunddienstbarkeiten im Grundbuch, ZGBR 2019, 253 ff., 260.

44 BSK ZGB II-Schmid/Arnet, Art. 976a N 5; vgl. auch CHK ZGB-Deillon-Schegg, Art. 976c N 6.

45 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV 1 ff., 73; vgl. auch Huber (Fn. 6), 144; ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 7 ff.; m.w.H. Maria Consuelo Argul Grossrieder, Les causes d'extinction des servitudes foncières, Diss. Freiburg 2004, Freiburg 2005, N 658 ff.

wirtschaftliche Ausnutzung hemmender Dienstbarkeiten liegt dabei in der positiven Beeinflussung des Werts und der Verkäuflichkeit des belasteten Grundstücks.[46] Die Zielsetzung des Artikels passt also bereits zur eingangs beschriebenen Problemstellung.

Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete gestützt auf Art. 736 ZGB Abs. 1 ZGB ihre Löschung verlangen. Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden. Die Bestimmungen des Art. 736 ZGB sind zwar dem Wortlaut nach für Grunddienstbarkeiten getroffen, finden aber auch auf andere Dienstbarkeiten, namentlich auch Personaldienstbarkeiten, Anwendung.[47] Fraglich ist jedoch, inwiefern Art. 736 ZGB mit Blick auf die *lex specialis*-Regel überhaupt anwendbar ist, besteht doch in Form von Art. 666a ZGB i.V.m. Art. 781a ZGB eine Bestimmung, welche die vorliegenden Fallkonstellationen wesentlich spezifischer erfasst.

A. Verhältnis zu Art. 666*a* i.V.m. 781*a* ZGB

Unbestritten scheint, dass Art. 736 ZGB hinter die Bestimmungen von Art. 734 und Art. 976 ZGB zurücktritt.[48] Zum Verhältnis zu Art. 666*a* i.V.m. Art. 781a ZGB hat sich bisher aber weder die Literatur noch die Rechtsprechung geäussert.[49] Es erscheint nicht ohne Weiteres gegeben, dass Art. 666a i.V.m. Art. 781*a* ZGB eine Konkretisierung von Art. 736 ZGB i.S.d. Regel *lex specialis derogat legi generali* darstellt. Vielmehr ist wohl die Auffassung zutreffend, dass Art. 666*a* i.V.m. Art. 781*a* ZGB als Auffangnormen qualifiziert und entsprechend subsidiär eingesetzt werden sollte.[50] Sofern also eine Sachnorm greifen kann, tritt die Möglichkeit der richterlichen Massnahme zurück, ansonsten kann sie parallel bestehen.[51]

Das Gericht ist bei Art. 666*a* i.V.m. Art. 781*a* ZGB hinsichtlich der zu treffenden Massnahme nicht an die Anträge des Gesuchstellers gebunden.[52] Es könnte also ohne Weiteres anstelle der beantragten Löschung einen Vertreter einsetzen, wenn es dies als zielführender erachtet. Insofern besteht eine gewisse Ergebnisoffenheit. Bei Art. 736 ZGB stehen hingegen nur die Ablösung, allenfalls gegen Entschädigung, und die Abweisung des Begehrens zur Auswahl. Es erscheint also durchaus sinnvoll, dem Rechtssuchenden die Wahl zu lassen, auf welche Rechtsgrundlage er sich stützen und in welchem Verfahren er diese durchzusetzen versuchen will. Der Anwendungsbereich von Art. 736 ZGB auf den vorliegenden Sachverhalt wäre somit eröffnet.

Es ist zudem durchaus denkbar, dass bei Löschungsgesuchen nach Art. 666*a* i.V.m. Art. 781*a* ZGB die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 736 ZGB als Auslegungshilfe beigezogen wird, was eine Auseinandersetzung mit ebendieser als umso sinnvoller erscheinen lässt. Es stellt sich vor diesem Hintergrund folglich die Frage, ob durch die Unauffindbarkeit des Dienstbarkeitsberechtigten ein Verlust *jeglichen* Interesses oder zumindest ein *teilweiser* Verlust in unverhältnismässiger Relation zur Belastung begründet werden kann, wodurch eine Ablösung gestützt auf Art. 736 ZGB möglich wäre.

B. Ablösung gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB

Um ein weggefallenes Interesse bejahen zu können, ist erforderlich, dass seit der Errichtung der Dienstbarkeit neue Tatsachen eingetreten sind.[53] Diese Tatsachen müssen insofern endgültig sein, als dass keine erhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass ein künftiger Wegfall der Tatsachen zu einem Wiederaufleben des Interesses führt.[54] Fehlendes Interesse allein im Zeitpunkt des Einreichens des Aufhebungsbegehrens führt folglich nicht in jedem Fall zur Löschung der Dienstbarkeit, da das Interesse durch eine Veränderung der Gegebenheiten wieder aufleben könnte.[55] Für eine solche Entwicklung müssten allerdings mit einer gewissen Intensität Anhaltspunkte vorhanden sein.[56]

---

46 BK ZGB-Leemann, Art. 736 N 6.

47 ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 185; BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 7; Denis Piotet, SPR V/2, 89.

48 BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 7; ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 17.

49 Siehe zum Verhältnis zu anderen Normen und Hinweisen auf Schwierigkeiten des Anwendungsbereichs in der Praxis Möri (Fn. 18), N 67 ff., 135 ff.

50 Möri (Fn. 18), N 81.

51 Möri (Fn. 18), N 81.

52 OFK ZGB-Kernen, Art. 666a N 3; Grégory Bovey, La propriété foncière; in: Bénédict Foëx (Hrsg.), La réforme des droits réels immobiliers, Genf 2012, 23 ff., 30; im Ergebnis wohl auch Möri (Fn. 18), N 47; a.M. Schnyder/Murmann (Fn. 17), 344 f.

53 BGer 5A_1043/2021 (27. Juni 2022), E. 3.1; BGer 5A_128/2020 (13. April 2021), E. 4.1; BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 9.

54 BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 9; ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 65; Denis Piotet, SPR V/1, 90; BGE 89 II 370, E. 3.

55 BGer 5A_395/2024 (8. November 2024), E. 2; BGer 5A_1043/2021 (27. Juni 2022), E. 3.1; BGer 5C. 189/2003 (3. Mai 2004), E. 5.1.

56 BGE 130 III 393, 393 f., E. 5.1; BGer 5A_395/2024 (8. November 2024), E. 2; BGer 5A_1043/2021 (27. Juni 2022), E. 3.1; Daniel Dittli, Grunddienstbarkeiten und ihre Ablösung in Rom und in der Schweiz, in: Iole Fargnoli/Urs Fasel (Hrsg.),

Unter dem Interesse des Berechtigten versteht die Rechtsprechung das Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss ihrem Inhalt und Umfang.[57] Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, wonach eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrecht erhalten werden darf als für jenen, zu dem sie errichtet worden ist.[58] Da das frühere persönliche Interesse des Berechtigten entscheidend ist, muss ein Rechtsnachfolger die Dienstbarkeit auf Verlangen des Belasteten löschen lassen, wenn ihm ebendieses Interesse fehlt.[59] Eine Dienstbarkeit kann zudem nur dann mit dem Argument verteidigt werden, dass diese für einen Rechtsnachfolger ihr ursprüngliches Interesse haben werde, wenn erfahrungsgemäss tatsächlich mit einer entsprechenden Reaktivierung des Interesses zu rechnen ist.[60] Ein rein theoretisches, künftiges Interesse genügt freilich nicht.[61]

Folglich stellt sich die Frage, ob allein durch die Unauffindbarkeit des Berechtigten ein endgültiger Interessensverlust an der Dienstbarkeit zum ursprünglich angedachten Zweck abgeleitet werden kann. Die Unauffindbarkeit des Dienstbarkeitsberechtigten stellt sicherlich eine neue Tatsache dar. Diese ist wohl dann als dauerhaft zu qualifizieren, wenn sämtliche Nachforschungen von Kläger und Gericht keinerlei Anknüpfungspunkte generieren, die berechtigte Person also komplett aus dem System verschwunden ist, ohne auch nur einen Hinweis auf ihren Verbleib zu hinterlassen. Die entsprechenden Hinweise könnten beispielsweise in einer fehlenden Registrierung sowie nichtexistenten Sozialkontakten bestehen. Mit welcher Wahrscheinlichkeit angenommen werden muss, dass die Person irgendwann wieder auftauchen und ihr Recht gemäss dem ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit ausüben könnte, hängt wohl wiederum vom Inhalt der Dienstbarkeit ab. Sehr unwahrscheinlich erscheint ein Wiederaufleben des Interesses namentlich bei Bauverboten oder Wegrechten.[62] Hier müsste der Berechtigte wieder Wohneigentum in unmittelbarer Nähe zum belasteten Grundstück erwerben, um das Interesse auszuüben. In diesen Fällen könnte wohl auch nicht argumentiert werden, dass die Rechtsnachfolger des Berechtigten einmal dessen Interesse reaktivieren werden, sofern sie nicht in der unmittelbaren Nähe des belasteten Grundstücks wohnhaft sind.

Es erscheint also zumindest bei gewissen Personaldienstbarkeitsinhalten sehr schwierig zu argumentieren, weshalb eine Person, welche auf keine Weise auffindbar ist und sich folglich auch nicht im Wirkungsradius des belasteten Grundstücks befinden kann, ihr persönliches Interesse an einer Dienstbarkeit begründen können soll. Insbesondere bei (zumeist fälschlicherweise) als Personaldienstbarkeiten ausgestalteten Baubeschränkungen oder bestimmten Nutzungsrechten ist nicht ersichtlich, wie die Wahrnehmung des Interesses überhaupt erfolgen soll. Eine Verweigerung der Löschung müsste sich folglich im Wesentlichen darauf stützen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Berechtigte wieder auftauche und sein Recht erneut ausübe oder seine Rechtsnachfolger einmal mit demselben Interesse darin eintreten.

C. Ablösung gegen Entschädigung gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB

Art. 736 Abs. 2 ZGB bezweckt, den Grundsatz von Abs. 1, dass keine Dienstbarkeit erhalten bleiben soll, an der das ursprüngliche Interesse nicht mehr besteht, zu einer möglichst vollen Auswirkung kommen zu lassen. Im Zweifel darüber, in welchem Umfang das Interesse an der Dienstbarkeit geschwunden ist oder noch besteht, kann der Richter dem Kläger die Ablösung gegen Entschädigung zuerkennen. Damit kann der Neigung des Richters, aus allzu grosser Vorsicht eine völlig zwecklos gewordene Dienstbarkeit aufrechtzuerhalten, entgegengewirkt werden.[63]

Sollte eine Löschung gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB verneint werden, erscheint eine Ablösung mit Entschädigung (wohl auf ein Sperrkonto) gestützt auf Art. 736 Abs. 2 ZGB durchaus als gangbarer Weg. Wie bereits dargelegt wurde, dürfte es für eine Person, welche die Kriterien der Unauffindbarkeit erfüllt, sehr schwierig sein, überhaupt ein zukünftig wiederauftretendes Interesse an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit zu begründen. Ein solches wäre sodann zumindest im Verhältnis zu den wirtschaftlich potenziell schwerwiegenden Folgen für

Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber, Band 7, Bern 2016, 65 ff., N 233.

57 BGE 92 II 89, 93, E. 3; BGE 89 II 370, 383, E. 4; BGer 5A_1043/2021 (27. Juni 2022), E. 3.1.

58 BGE 100 II 105, 116 f., E. 3b; BGE 94 II 145, 149, E. 7; BGer 5A_1043/2021 (27. Juni 2022), E. 3.1; BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 15.

59 ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 56; Virgile Rossel/Fritz Henri Mentha, Manuel du Droit Civile Suisse, 2. Aufl., Lausanne 1920, N 1363; in der Konsequenz auch BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 15.

60 ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 69.

61 BGer 5A_158/2016 (1. November 2016), E. 5.1; BGE 130 III 393, 393 f., E. 5.1.

62 Wie bereits eingangs (vgl. oben I) beschrieben wurde, werden diese klassischen Grunddienstbarkeiten gelegentlich auch als Personaldienstbarkeiten ausgestaltet, woraus sich die vorliegend behandelte Problematik ergibt.

63 Z.G. ZK ZGB-Liver, Art. 736 N 128.

den Belasteten zu betrachten. Die Ablösung gegen Entschädigung würde für den eher unwahrscheinlichen Fall, dass der Berechtigte wieder aufgefunden wird und auch tatsächlich Interesse an der Dienstbarkeit geltend macht, einen gewissen Ausgleich schaffen. Die oben bereits erwähnte Kritik am System der Ablösung gegen Hinterlegung bei unauffindbaren Personen erscheint aber auch in diesem Fall berechtigt.[64]

D. Verfahrensrechtliche Fragen

Zur Klage aktivlegitimiert ist nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks.[65] Passivlegitimiert sind sämtliche Personen, die von der Dienstbarkeit profitieren, nicht ausschliesslich der Berechtigte.[66] Bei der Klage auf Löschung einer Dienstbarkeit ist zwingend das Gericht an dem Ort zuständig, an dem das Grundstück ins Grundbuch aufgenommen ist (Art. 29 Abs. 4 ZPO).[67] Die Verfahrensart ist sodann vom Streitwert und somit vom Wert der Dienstbarkeit für die Parteien abhängig, wobei die höhere Wertvermehrung oder -einbusse relevant ist, welche die Partien durch Ablehnung oder Gutheissung des Gesuchs erfahren.[68] Gerade wenn Dienstbarkeiten die Überbauung eines Grundstücks verhindern, dürfte der Streitwert regelmässig CHF 30'000 überschreiten und somit das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommen (Art. 243 Abs. 1 ZPO und Art. 248 ZPO *e contrario*).

Fraglich ist, wie prozessual mit der Tatsache umzugehen ist, dass die Gegenpartei nicht auffindbar ist. Eine Klage hat die genaue Bezeichnung der Parteien und ihrer allfälligen Vertreter zu enthalten (Art. 221 Abs. 1 ZPO). Darunter fällt auch die Adresse des Beklagten.[69] Entsprechend obliegt es dem Kläger, den Aufenthaltsort der beklagten Partei zu bezeichnen.[70]

Wenn der Aufenthaltsort des Adressaten nicht bekannt ist, sieht Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO die Zustellung durch Publikation vor. Dem Kläger kommt beim Nachweis, dass die Person nicht auffindbar ist, insofern eine Hilfsfunktion zu, als dass er das Gericht davon überzeugen muss, sämtliche den Umständen gebotenen Vorkehrungen und Anstrengungen zur Feststellung des Aufenthaltsorts des Beklagten vorgenommen zu haben.[71] Erforderlich sind namentlich Anfragen bei der zuständigen Einwohnerkontrolle, dem Migrationsamt sowie früheren oder aktuellen Arbeitgebern.[72] Hat der Kläger die Nachforschungen nicht einholen können, beispielsweise weil die nötigen Auskünfte nur Amtsstellen erteilt werden, hat das Gericht sie von Amtes wegen einzuholen.[73]

Da die Unauffindbarkeit ohnehin zur Begründung des Löschungsanspruchs glaubhaft gemacht werden muss, sollte in den vorliegend besprochenen Konstellationen eine Zustellung auf dem Publikationsweg erreicht werden können. Dadurch wird der unauffindbare Dienstbarkeitsberechtigte aller Wahrscheinlichkeit nach säumig und das Gericht berücksichtigt nur die Eingaben des Klägers (Art. 234 ZPO).

E. Fazit

Art. 736 ZGB erlaubt die Ablösung von Dienstbarkeiten, wenn daran kein schützenswertes Interesse mehr besteht oder dieses im Vergleich zur Belastung unverhältnismässig gering ist. Die dauerhafte Unauffindbarkeit des Berechtigten begründet dabei in gewissen Fällen einen Wegfall des Interesses, wodurch namentlich die Frage im Raum steht, wie wahrscheinlich ein Wiederaufleben ebendieses durch eine Rückkehr des Berechtigten oder einen Eintritt durch dessen Rechtsnachfolger ist. Wird eine Löschung nach Abs. 1 verneint, bietet Abs. 2 mit der Ablösung gegen Entschädigung immer noch eine Alternative, um die Restwahrscheinlichkeit eines Wiederauflebens adäquat zu berücksichtigen. Worin aber der Vorteil eines Verfahrens über Art. 736 ZGB im Vergleich zum wohl schnelleren Verfahren nach Art. 666a i.V.m. 781a ZGB bestehen soll, wird vorliegend nicht ersichtlich, weshalb wohl ein Vorgehen über Art. 666a i.V.m. 781a ZGB empfehlenswerter scheint.

---

64 Vgl. oben Fn. 30.

65 BSK ZGB II-Petitpierre, Art. 736 N 8; CHK ZGB-Göksu, Art. 736 N 15; BGE 95 II 14, E 2.

66 Steinauer (Fn. 4), N 3425; Argul (Fn. 45), N 678; Denis Piotet, SPR V/2, 89; a.M. CHK ZGB-Göksu, Art. 736 N 15.

67 BK ZPO-Peter, Art. 29 N 10; BSK ZPO-Tenchio, Art. 29 N 11.

68 Vgl. BGer 5A_677/2011 (14. Dezember 2011), E. 1; OGer ZH NP140019 (7. Januar 2015), E. 3.

69 OFK ZPO-Engler, Art. 221 N 4; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 7; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 221 N 3.

70 BK ZPO-Frei, Art. 141 N 8; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 2.

71 BK ZPO-Frei, Art. 141 N 8; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 2; OFK ZPO-Jenny/Abegg, Art. 141 N 3.

72 OFK ZPO-Jenny/Abegg, Art. 141 N 3; BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 2; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 221 N 3; vgl. ferner auch OGer ZH PS120041-O/U (12. April 2012), E. 2.

73 BSK ZPO-Gschwend, Art. 141 N 2; OFK ZPO-Jenny/Abegg, Art. 141 N 3; BK ZPO-Frei, Art. 141 N 8.

VI. Fazit und Gedanken *de lege ferenda*

Wie sich gezeigt hat, ist die Löschung einer Personaldienstbarkeit, deren Berechtigter nicht mehr aufgefunden werden kann, grundsätzlich sowohl gestützt auf Art. 666a i.V.m. 781a ZGB als auch auf Art. 736 ZGB denkbar. Jedoch ist beiden Varianten gemein, dass keine klare Kasuistik zur oben beschriebenen Problemstellung existiert. Entsprechend können sich die diesbezüglichen Löschungsverfahren unter Umständen über eine längere Zeit hinziehen und mit einem gewissen Mass an Unsicherheit einhergehen.

Da Personaldienstbarkeiten ohne auffindbaren Berechtigten höchst störend sein können,[74] wäre für die beschriebenen Konstellationen mehr Rechtssicherheit zu den bestehenden Bestimmungen wünschenswert. Alternativ könnte *de lege ferenda* gar ein unkomplizierteres Löschungsverfahren oder ein anderweitiger Korrekturmechanismus eine Überlegung wert sein.

Eine konsistente Rechtsprechung würde die Rechtsunsicherheit erheblich minimieren. Sollte sich in der Praxis zeigen, dass Gerichte Dienstbarkeiten bei nachgewiesener Unauffindbarkeit des Berechtigten, im Sinne der oben dargestellten Kriterien, regelmässig löschen, wäre zur Schaffung von Rechtssicherheit keine Gesetzesanpassung erforderlich.

Soll hingegen auf dem legislativen Weg für Klarheit gesorgt werden, könnte im Sinne einer zurückhaltenden Lösung erwogen werden, Art. 781a ZGB um einen zweiten Absatz zu ergänzen. In diesem könnten, ähnlich wie bei Art. 666a ZGB, exemplarisch mögliche gerichtliche Massnahmen genannt und beispielsweise auch die Löschung der Dienstbarkeit als Standardmassnahme definiert werden. Die Ansiedelung einer «konservativen» gesetzgeberischen Lösung bei Art. 781a ZGB erscheint systematisch sinnvoll, da es sich dabei lediglich um eine Präzisierung des bereits existierenden Instruments der gerichtlichen Massnahmen bei einem unauffindbaren Dienstbarkeitsberechtigen handeln würde. Die Problematik des grossen Aufwands zur Etablierung der Unauffindbarkeit würde aber mit dieser Lösung nicht behoben werden.

Sollte folglich über eine reine Präzisierung hinaus gegangen werden wollen, wäre *de lege ferenda* ein System denkbar, bei dem im Hinblick auf die Unauffindbarkeit klare Bedingungen festgelegt werden, unter denen eine Personaldienstbarkeit ohne Weiteres gestützt auf Art. 976a ZGB gelöscht werden darf. So könnte beispielsweise die Pflicht eingeführt werden, bei der Anmeldung einer Personaldienstbarkeit eine Kontaktadresse anzugeben, die vom Berechtigten aktuell gehalten werden muss. Scheitert eine versuchte Kontaktaufnahme an diese Adresse durch das Grundbuchamt dreimal, hätte eine öffentliche Ausschreibung zu erfolgen. Wenn dann innerhalb von einem Monat keine Meldung eingeht, wird die Dienstbarkeit gelöscht. Dies würde den aufwendigen Prozess, um die Unauffindbarkeit des Berechtigten nachzuweisen, überflüssig machen und Löschungen in den oben beschriebenen Konstellationen wesentlich erleichtern.

Die Einführung eines solchen Mechanismus würde aber eine drastische systematische Anpassung bedeuten – man könnte gar von einem Paradigmenwechsel sprechen. Dienstbarkeiten würden nicht mehr ohne Weiteres erhalten bleiben,[75] sondern Berechtigte müssten sich von Zeit zu Zeit, respektive zumindest bei Adressänderungen, aktiv um deren Erhalt bemühen.[76] In anderen Bereichen, beispielsweise beim Wohnsitz,[77] besteht eine entsprechende Meldepflicht allerdings bereits heute, weshalb sie für das Grundbuchwesen zumindest nicht von vorhinein als unzumutbar erscheint. Wenn eine Person nach einem Umzug eine *Personal*dienstbarkeit aufrechterhalten will, dürfte eine entsprechende Adressmeldung einen angemessenen Aufwand darstellen. Die zentrale Herausforderung bei der Umsetzung dieser Lösung würde wohl der Umgang mit bereits existierenden Dienstbarkeiten darstellen. Wird für diese ebenfalls eine Adressmeldepflicht vorgesehen, könnte die Gesetzesanpassung wohl sogleich eine erste Entschlackungswelle mit sich bringen.

Die wirksame «Bekämpfung» von wucherpflanzenähnlichen Dienstbarkeiten, um bei der Bildsprache von Kohler zu bleiben, ist schon seit eh und je ein Thema. Entsprechend könnten vorliegend noch zahlreiche weitere Anpassungsideen untersucht werden. Bereits einmal angedacht und dann wieder verworfen war beispielsweise die Verjährung von Dienstbarkeiten bei deren Nichtgebrauch, wie sie das italienische und das französische Recht kennen.[78] Ein weiterer Lösungsansatz bestünde in

---

[74] Vgl. oben I.

[75] Siehe zum Bestand von Dienstbarkeiten Stephan Wolf/Yannick Minnig, Zum Bestand von Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten, Jusletter 11. Mai 2020, N 3.

[76] Vgl. hierzu zum geltenden Recht Schnyder/Murmann (Fn. 17), 340.

[77] Art. 11 Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz, RHG; SR 431.02).

[78] Art. 706 Code Civil; Art. 1073 Codice Civile; s. auch Mattia Tonella, Die Löschung einer bedeutungslos gewordenen Dienstbarkeit, ZGBR 2003, 210 f.; bei der Ausarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches war in einem frühen Stadium noch eine «Verjährung» nach zehnjähriger Nichtausübung angedacht, die Idee wurde aber in den Kommissionsberatungen fallen gelassen, da die Löschung gestützt auf das

der Einführung einer «automatischen Selbstreinigung», wobei alle Dienstbarkeiten, die ein gewisses «Alter» überschritten haben, gelöscht werden, sofern sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist wieder angemeldet werden.[79] Es handelt sich hierbei aber ebenfalls um einen sehr starken Eingriff, welcher zudem die Problematik von jüngeren Dienstbarkeiten, deren Berechtigte schlicht ausgewandert oder jung verstorben sind, kaum zu lösen vermöchte. Es zeigt sich aber ungeachtet dessen, dass der Gesetzgeber, falls er im Bereich der Dienstbarkeitsbereinigung Handlungsbedarf sehen sollte, auf diverse Ideen zurückgreifen könnte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass *de lege lata* zwar bereits Instrumente bestehen, die im Falle eines unauffindbaren Berechtigten einer Personaldienstbarkeit dem Belasteten Abhilfe in Form einer gerichtlichen Löschung der Dienstbarkeit ermöglichen. Es besteht aber dahingehend keine klare Rechtsprechung und die Durchsetzung kann unter Umständen sehr zeitintensiv sein. Vor diesem Hintergrund ist es zumindest eine Überlegung wert, *de lege ferenda* klare Kriterien der Unauffindbarkeit zu definieren, bei deren Erfüllung eine Löschung gestützt auf Art. 976a ZGB möglich ist.

wegfallende Interesse als ausreichend erachtet wurde (Huber [Fn. 6], 144 f.).

79 Vgl. Cueni/Fasel (Fn. 4), 363 f.

Anzeige

Arthur Brunner | Anja Martina Josuran-Binder | Patrice Martin Zumsteg (Hrsg.)

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

Regina Kiener prägte als Professorin, Mentorin, Autorin und Fürsprecherin für Rechtsstaat und Grundrechte die Rechtswissenschaft und Praxis. Der Mensch steht für sie stets im Mittelpunkt – ein Ansatz, der sich in dieser Festschrift widerspiegelt, mit Beiträgen zu Grundrechten, Justizverfassungs- und Verfahrensrecht.

2025, 500 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-783-0
CHF 118.–

www.dike.ch/7830

DIKE