



Verzicht auf Heizungsdienstbarkeiten

ARNOLD F. RUSCH*

Frage

Ist es möglich, sich durch einen Verzicht auf die Dienstbarkeit der Unterhaltslast bezüglich einer gemeinsamen Heizungsanlage zu entledigen?

Antwort

Ja, es sei denn, es existierten separate obligatorische oder öffentlich-rechtliche Pflichten oder die Dienstbarkeitsbeteiligten hätten den Ausstieg mittels des neuen Art. 740a ZGB für maximal dreissig Jahre ausgeschlossen.

Question

Est-il possible de se décharger de l'obligation d'entretien d'une installation de chauffage commune en renonçant à la servitude ?

Réponse

Oui, à moins qu'il n'existe des devoirs séparés découlant du droit des obligations ou du droit public, ou que les participants à la servitude n'aient exclu le droit de quitter la communauté pour un maximum de trente ans au moyen du nouvel art. 740a CC.

I. Sachverhalt

Tanner als Eigentümer eines Einfamilienhauses sieht sich mit hohen Unterhaltskosten für die gemeinsame Ölheizungsanlage auf einem anderen Grundstück seiner Wohnsiedlung konfrontiert. Angesichts einer attraktiven Offerte einer Erdwärmesonde möchte er aus der Anlage aussteigen, indem er auf die Dienstbarkeit verzichtet.

II. Diskussion

A. Wie verzichtet man auf eine Dienstbarkeit?

Der einseitige Verzicht durch die berechtigte Person ist formlos durch Erklärung gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks möglich.¹ Diesen Verzicht muss

man von der Löschung der Dienstbarkeit unterscheiden. Diese erfolgt durch schriftliche Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchverwalter (Art. 964 Abs. 1 ZGB). Schon der Verzicht wirkt bezüglich der Unterhaltslast befreiend.²

B. Wann funktioniert der Verzicht nicht?

Bestehen obligatorischer Verpflichtungen: Der sachenrechtlichen Unterhaltspflicht kann man sich durch Verzicht auf die Dienstbarkeit entledigen, nicht aber allfälliger obligatorischer Verpflichtungen. Kann man obligatorische Verpflichtungen bereits aus den Unterhaltsregeln im Dienstbarkeitsvertrag lesen? Der Bernische Appellationshof hat dieser Idee eine klare Absage erteilt – die im Dienstbarkeitsvertrag festgehaltenen Unterhaltspflichten hätten lediglich deklaratorische Bedeutung.³

Zeitlich ausgeschlossener Verzicht: Art. 740a Abs. 2 ZGB ermöglicht den Ausschluss des Verzichts auf die Dienstbarkeit für maximal dreissig Jahre. Dieser Artikel steht indes erst seit dem 1. Januar 2012 in Kraft und sollte

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ BGER, 5A_898/2015, 11.7.2016, E. 3.2; BGE 128 III 265 E. 4a; OGER ZH, 1.3.1984, E. 2c, in: ZBGR 1985, 327; PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730–744 ZGB, Die Grunddienstbarkeiten, 2. A., Zürich 1980 (zit. ZK-LIVER), Art. 734 ZGB N 97–103 m.w.H., Art. 741 ZGB N 87: «Wie Leemann, N. 10 zu Art. 741, bemerkt, braucht der Dienstbarkeitsberechtigte das Grundstück nicht zu derelinquieren, um sich von seiner Unterhaltspflicht zu befreien. Er erzielt diese Wirkung durch den Verzicht auf die Dienstbarkeit. Der Verzicht ist als Untergangsgrund der Dienstbarkeit in den NN. 97–112 zu Art. 734 behandelt. Der Verzicht als Verfügung des Berechtigten über sein Recht vernichtet dieses materiell, so dass es nur formell weiterbesteht», und Art. 741 ZGB N 90: «Richtig war schon vorher entschieden worden, nämlich vom AppH Bern, ZBJV 62 (1926), S. 222 = SJZ 23, S. 233 = ZBGR 7 Nr. 86, S. 230 f. Weiss, n.F. Nr. 4957a: «Ein Dienstbarkeitsberechtigter kann sich nun...

dadurch für die Zukunft von der ihn belastenden Seite eines Servitutsverhältnisses befreien, dass er einfach auf die Dienstbarkeit verzichtet, wobei ein derartiger Verzicht im Gegensatz zum Vertrag über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit an keine Form gebunden ist.» Im gleichen Sinne hat dann das Obergericht Luzern entschieden, nun unter Berufung auf das bundesgerichtliche Urteil, Max. 9 Nr. 86, S. 83 = ZBGR 30 Nr. 34, S. 79 f.»; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. A., Zürich 2017, N 1315.

² JÖRG SCHMID, Dienstbarkeitsanlagen, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Dienstbarkeiten, Luzern 2017, 17 ff., 46.

³ Appellationshof BE, 21.7.1978, E. 2, in: ZBGR 1982, 227 m.w.H.; vgl. auch BGE 67 I 124 E. 2.

den hier besprochenen Ausstieg aus gemeinsamen Anlagen erschweren.⁴ Einen Verzichtsausschluss muss man von einer Dienstbarkeitsdauer unterscheiden, die sich aus Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB *e contrario* ergibt. Eine solche Dauer hindert einen einseitigen Verzicht des Berechtigten nicht.⁵

Öffentlichrechtliche Pflichten: Allfällige öffentlichrechtliche Anschluss- und Unterhaltspflichten kann man selbstredend durch den Verzicht auf die Dienstbarkeit nicht abschüteln.⁶ Es ist gut möglich, dass der Anschluss an die gemeinsame Heizanlage Teil der Bauordnung bildete und deshalb ein Verzicht nicht offensteht.

C. Spezialfragen

Bleibt der Eigentümer der Heizungsanlage auf den Rückbaukosten sitzen? Häufig ist es so, dass sich die Heizungsanlage auf dem dienenden Grundstück befindet. Steigen alle Berechtigten aus, stellt sich die Frage, ob der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Rückbaukosten allein tragen muss. Das Bundesgericht dazu: «*Nach der Löschung steht dem Eigentümer des dienenden Grundstückes ein Anspruch zu gegen den Dienstbarkeitsberechtigten auf Beseitigung der für die Ausübung der Dienstbarkeit vorhandenen Einrichtung und Wiederherstellung des frühern Zustandes.*»⁷ LIVER kritisiert diese pauschale Aussage mehrfach, doch räumt er ein, dass der verzichtende Dienstbarkeitsberechtigte für Schäden verantwortlich bleibt, die von der zerfallenden Anlage herrühren.⁸ Lecken beispielsweise die Heizungsanlagen, kann ein Verzicht auf die Dienstbarkeit zumindest die Kostenbeteiligung an der Stilllegung sowie der Reinigung nicht verhindern. Könnte der Eigentümer des belasteten Grundstücks den Rückbau verlangen, so bleibt diese Summe

geschuldet, auch wenn die verbleibenden Nutzer keinen Rückbau, sondern eine Renovation beschliessen und durchführen. Will die Rumpfgemeinschaft die Anlage für den Weiterbetrieb renovieren und könnte sie den Rückbau verlangen, muss sich der ausscheidende Berechtigte meines Erachtens an den Renovationskosten im Umfang der mutmasslichen Rückbau- oder Stilllegungskosten beteiligen.

Wie verjähren diese Forderungen? Einmal fällig, verjähren diese Forderungen nach den Regeln von Art. 127 OR (einmalige Leistungen) bzw. Art. 128 OR (periodische Leistungen).⁹

Kann man sich durch den Verzicht auch alter Pflichten entledigen? Hier hört die Einigkeit auf. Ich persönlich schliesse mich der Ansicht LIVERS an: Der Verzicht wirkt sicher für die Zukunft. Vor dem Verzicht periodisch fällig gewordene Unterhaltszahlungen oder ersatzvorgenommene¹⁰ Unterhaltspflichten¹¹ bleiben jedoch am Berechtigten persönlich hängen, ebenso Schadenersatz.¹² Dieser Un-

⁴ BBI 2007 5283 ff., 5311; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 1), N 1290c; SCHMID (FN 2), 46 ff.

⁵ RUTH ARNET, Die gemeinschaftliche Dienstbarkeitsvorrichtung gemäss Art. 740a ZGB am Schnittpunkt von Dienstbarkeits- und Miteigentumsrecht, ZBGR 2017, 361 ff., 392 m.w.H.; vgl. auch BGE 118 II 115.

⁶ OGer ZH, 1.3.1984, E. 3, in: ZBGR 1985, 327.

⁷ BGE 67 I 124 E. 2.

⁸ ZK-LIVER (FN 1), Art. 741 ZGB N 86, 91 und insb. N 35: «Die Unterhaltspflicht erlischt dadurch, auch nach Art. 741. Aber der Dienstbarkeitsberechtigte bleibt haftbar für Schaden, der dem Eigentümer des belasteten Grundstückes aus dem Zerfall der aufgegebenen Anlage entsteht. Er wird sich mit diesem zu verständigen suchen und nötigenfalls die erforderlichen Vorkehren zur Beseitigung der Gefahr treffen müssen. Leemann, N. 7 zu Art. 741. [...] Nach EBG 67 I 124 = Pr. 30 Nr. 113 kann Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt werden. Dies lässt sich höchstens in einzelnen besonderen Fällen rechtfertigen, aber nicht allgemein.»

⁹ Vgl. BGE 122 III 10 E. 1; URS NEUENSCHWANDER, Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, Diss. Bern, Zürich 1966, 169, der auch die periodischen Leistungen erwähnt.

¹⁰ Zulässig sind die echte (Art. 98 OR) sowie die unechte Ersatzvornahme (Art. 107 Abs. 2 OR), vgl. OGer ZH, LB140024, 24.11.2014, E. 7.

¹¹ Vgl. OGer ZH, LB140024, 24.11.2014, E. 7.

¹² ZK-LIVER (FN 1), Einleitung Dienstbarkeiten, N 163 f.: «Ist der Grundeigentümer vor der Eigentumsübertragung schadenersatzpflichtig geworden, bleibt es dabei. Auch Forderungen auf periodische Leistungen, welche vor der Eigentumsübertragung fällig geworden sind, gehen nicht auf den Erwerber des Grundstücks über. [...] Die gleiche befreiende Wirkung wie die Veräusserung hat die Aufgabe des Sachenrechts, mit dem die Verpflichtung verknüpft ist: die Dereliktion der Sache, der Verzicht auf das beschränkte dingliche Recht an der Sache», und Art. 741 ZGB N 26: «Wenn der Anspruch aber dem Rechtsvorgänger gegenüber durchgesetzt worden und dieser schadenersatzpflichtig geworden ist, so schuldet er den Schadenersatz persönlich, so dass diese Schuld nicht auf den Erwerber der Dienstbarkeit übergeht. Auch wenn nicht eine Verurteilung zum Schadenersatz oder eine Anerkennung der Ersatzforderung erfolgt ist, aber der Eigentümer des belasteten Grundstückes zur Ersatzvornahme geschritten war, hatte der Dienstbarkeitsberechtigte ihm die Kosten persönlich zu ersetzen. Sein Singularsukzessor in der Dienstbarkeitsberechtigung kann um den Ersatz nicht belangt werden», und Art. 741 ZGB N 27: «Es gibt Realobligationen, für die mit Recht die Ansicht vertreten wird, dass Forderungen, die gegenüber dem Rechtsvorgänger fällig geworden sind, nicht mehr gegenüber dem Rechtsnachfolger geltend gemacht werden können. [...] Hier dagegen, wo nicht ein Anspruch auf die Erbringung periodischer Leistungen besteht wie im Grundlastverhältnis oder ein Kostenbeitrag für ausgeführte Arbeiten, sondern ein Anspruch auf die Behebung eines schadhafte Zustandes der Dienstbarkeitsanlage, besteht er gegenüber jedem Erwerber der Dienstbarkeitsberechtigung, auch wenn die Ausfüh-

terschied lässt sich mit den tatsächlichen Möglichkeiten erklären: Wer die Dienstbarkeit aufgegeben hat, kann die Unterhaltslast gar nicht mehr erbringen – Geld kann man jedoch immer leisten.¹³ Ausserhalb des Bereichs periodischer Geldleistungen ist für die Bejahung einer persönlichen Schuld eine Durchsetzung im Sinne einer *Geltendmachung* oder *Ersatzvornahme* in der Zeit nötig, in der die Realobligation noch auf den Dienstbarkeitsberechtigten gewiesen hat – also noch vor dem Verzicht. Was aber bedeutet *Geltendmachung*? Gemäss Obergericht Zürich muss es sich um eine Klageerhebung handeln.¹⁴ Das Bundesgericht sah es in BGE 50 II 232 generell nicht so: Pflichten könne man nicht abschütteln.¹⁵ Andere Gerichte und Behörden haben aber durchaus festgehalten, dass

man sich zumindest *pro futuro* der Pflichten entledigen könne.¹⁶

... rung der erforderlichen Arbeiten vom Vorgänger noch so oft verlangt und ihm auch die Ersatzvornahme angedroht wurde, so dass kein Zweifel am Eintritt der Fälligkeit besteht [...]. Die gegenteilige Auffassung würde zu praktisch unannehmbaren Ergebnissen führen»; HENRI DESCHENAUX, Obligations propter rem, in: Juristische Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) (Hrsg.), Ius et Lex, Basel 1959, 711 ff., 745: «Cela signifie que si cette relation prend fin, il ne contractera pas de nouvelles obligations, mais non qu'il sera libéré pour le passé»; Eidg. Grundbuchamt, 19.2.1930, in: SJZ 1935/1936, 154; NEUENSCHWANDER (FN 9), 220 und 248 f. (mit eigener abweichender Meinung bei 223: «Soweit eine Leistungspflicht – ob fällig oder nicht – realobligatorischer Natur ist, befreit sich der Schuldner durch den Verzicht auf sein dingliches Recht.»); OGer ZH, LB140024, 24.11.2014, E. 7; DAMIEN VENTURA, L'abandon d'un droit réel, Diss. Lausanne, Genf 2008, N 711 m.w.H.: «Quant à nous, nous sommes d'avis comme Deschenaux que, suite à l'abandon d'un droit de propriété, le débiteur de l'obligation propter rem reste tenu d'exécuter l'obligation échue avant l'acte d'abandon. Ce résultat se fonde sur la constatation, admise par la grande majorité de la doctrine, selon laquelle l'obligation propter rem, comme observé plus haut, est de nature personnelle. Le fait que l'ancien propriétaire reste obligé pour les obligations échues au moment de l'acte d'abandon, n'est donc pas en contradiction avec la caractéristique d'une obligation réelle qu'est le rattachement réel. En effet, l'obligation propter rem de nature personnelle, née en la personne du titulaire du droit réel ayant engagé sa responsabilité personnelle, ne saurait disparaître avec effet rétroactif.»

¹³ VENTURA (FN 12), 709: «En effet, une fois que le titulaire de droit a abandonné son droit, il n'y a plus de maîtrise de fait; il ne sera donc plus à même de remplir les obligations, échues ou non, auxquelles il devait répondre.»

¹⁴ Vgl. OGer ZH, LB140024, 24.11.2014, E. 7; vgl. BSK ZGB II-PE-TITPIERRE, Art. 741 N 12, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015.

¹⁵ BGE 50 II 232 E. 2: «Die Aufgabe eines Rechtes, mit welchem Pflichten verbunden sind, zieht nicht unter allen Umständen den Untergang dieser Pflichten nach sich, da man einseitig wohl auf Rechte verzichten, aber nicht Pflichten abschütteln kann.»

¹⁶ Vgl. BGE 12 I 400 E. 2; Appellationshof BE, 22.5.1925, E. 2, in: ZBJV 1926, 222; teilweise unklar Eidg. Grundbuchamt, 19.2.1930, in: SJZ 1935/1936, 154: «Durch den Verzicht eines Miteigentümers kann sich dieser den bereits entstandenen Verpflichtungen allerdings nicht entziehen [...]» (unter Hinweis auf BGE 50 II 232).