

VIII. Grundbuchrecht

127 Art. 781 ZGB; Art. 7 GBV

Verein X; Grundbuchbeschwerde vom 11. Juni 2003 gegen die Abweisungsverfügung des Grundbuchamtes A. vom 21. Mai 2003 i.S. Kaufvertrag und Begründung einer Dienstbarkeit; Abweisung

Verfügung des Departementes des Innern vom 23. Februar 2004

Sachverhalt

1. Mit Datum vom 20. Mai 2003 meldete der vom Verein X beauftragte Y die Begründung einer Dienstbarkeit und einen Kaufvertrag zur Eintragung im Grundbuch an. Gemäss Vertrag vom 10. April 2003 räumen die jeweiligen Eigentümer von GB Nr. Zzz, einer Stockwerkeigentumseinheit, dem Verein X ein selbständiges und dauerndes Benutzungsrecht an einem eingeschossigen Atelier mit WC im Erdgeschoss ein. Hiefür würde gemäss Vertrag ein eigenes Grundbuchblatt angelegt. Das selbständige und dauernde Benutzungsrecht wird zu einem Kaufpreis von 52'000 Franken an B. verkauft. Das Grundbuchamt A. wies die Anmeldung mit Verfügung vom 21. Mai 2003 jedoch mit der Begründung ab, dass der Kaufvertrag für den Verein X eine übermässige Belastung darstelle, da mit dem Verkauf des selbständigen und dauernden Benutzungsrechts eine Aushöhlung des Grundeigentums bewirkt werde. Zudem sei auch fraglich, ob damit nicht die Vorschriften der Nutzniessung unterlaufen würden.

2. Mit Eingabe vom 11. Juni 2003 legte der durch Y vertretene Verein X beim Departement des Innern gegen die Abweisungsverfügung Beschwerde ein. Zur Begründung führte er im Wesentlichen an, dass sich für das selbständige und dauernde Benutzungsrecht eine

Bodenfläche von 41,19 m² ergebe und die gesamte Fläche der Stockwerkeinheit zweigeschossig sei und somit betrage die mit der Dienstbarkeit belastete Bodenfläche ca. 20% der Gesamtfläche. Von einer übermässigen Belastung oder gar einer Aushöhlung des Grundeigentums könne nicht die Rede sein. Mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung führt der Beschwerdeführer an, dass die bestellte Dienstbarkeit auf Grund von Art. 781 Abs. 1 ZGB zulässig sei. Im Weiteren würden die Vorschriften über die Nutzniessung nicht verletzt; erstens, weil kein Bundesgerichtsentscheid existiere, der ein Rechtsgeschäft wie das vorliegende als unzulässig bezeichnen würde; zweitens, weil in der neueren Literatur die Ansicht vertreten würde, dass die Beschränkung der Nutzniessung auf einzelne Teile eines Grundstücks zulässig sei (insbes. im Hinblick auf Art. 11 BGG); drittens werden bei allen Grundbuchämtern des Kantons Aargau Autoabstellplätze, Kellerabteile usw. als ausschliessliche Benutzungsrechte und damit als übertragbare irreguläre Dienstbarkeiten nach Art. 781 ZGB ausgestaltet und im Grundbuch eingetragen; viertens habe der vom Beschwerdeführer beauftragte Notar selbst schon ein absolut analoges Geschäft beim Grundbuchamt B. angemeldet; fünftens entspreche das Rechtsgeschäft einem legitimen Bedürfnis im Grundstücksverkehr und stelle kein Umgehungsgeschäft vor.

3. Am 7. Juli 2003 erstattete der Grundbuchverwalter zur Beschwerde einen Amtsbericht. Sinngemäss hielt er an der in der Abweisungsverfügung vertretenen Auffassung fest und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Insbesondere führte er an, dass es nicht zulässig sei, die geltenden Beschränkungen, wie sie sich aus dem Sachenrecht ergeben, mit Hilfe der allgemeinen Bestimmungen von Art. 730 ff. und 781 ZGB auszuschalten. Ein Wohnrecht könne bspw. nicht über Art. 730 ZGB als Grunddienstbarkeit oder über Art. 781 ZGB zu einer übertragbaren Personaldienstbarkeit ausgestaltet werden, wobei gleichzeitig eine unübertragbare Nutzungsdienstbarkeit i.S.v. Art. 781 ZGB mit Beschränkung auf einen Gebäudeteil – als Ersatz für eine solcherart begrenzte Nutzniessung, welche als unzulässig angesehen wird – als zulässig betrachtet werde. Die hier in Frage stehende Stockwerkeigentumseinheit leite

sich aus dem Grundstück GB Nr. Z, auf welchem ein selbständiges und dauerndes Baurecht für die Erstellung und Beibehaltung von Reihen- und Mehrfamilienhäusern, befristet bis 30.06.2075, verselbstständigt unter GB Nr. Zz, eingetragen sei. Es sei unzulässig eine über die Baurechtsdauer dauernde Dienstbarkeit einzutragen. Die beabsichtigte irreguläre Personalservitut sei nach Art. 781 ZGB nur in Interdependenz zur maximalen Baurechtsdauer vom 30.06.2075 und unter Berücksichtigung der maximalen Nutzniessungsdauer nach Art. 749 Abs. 2 ZGB zulässig, was zur Folge hätte, dass dieses, je nachdem, zeitlich befristet und unübertragbar sein müsste. Ein Wohnrecht sei zudem nur für natürliche Personen zulässig und eine Nutzniessung könne sich nicht auf einzelne Teile einer Liegenschaft beschränken. Die vom Beschwerdeführer vorgelegten behaupteten vergleichbaren Fälle haben natürliche Personen betroffen, was zur Folge habe, dass diese nicht herangezogen werden könnten. Zudem gelte der Grundsatz, dass kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe.

4. Der Beschwerdeführer erklärte in seiner Stellungnahme vom 19. August 2003, dass gemäss Art. 734 ZGB jede Grunddienstbarkeit mit dem vollständigen Untergang des belasteten oder des berechtigten Grundstückes untergehe. Dieser Grundsatz gelte gemäss Art. 781 Abs. 3 ZGB auch für irreguläre Personaldienstbarkeiten. Daraus folge, dass auf Baurechtsgrundstücken ohne weiteres dauernde Dienstbarkeiten auf unbestimmte Zeit eingetragen werden könnten. Das Grundbuchamt A. trage auch auf Baurechtsdienstbarkeiten immer wieder Dienstbarkeiten auf unbefristete Dauer ein. Vorschriften über die Nutzniessung werden mit dem angemeldeten Geschäft nicht verletzt. Das Bundesgericht habe einen analogen Fall noch nie zu beurteilen gehabt und die neuere Literatur erachte die Beschränkung der Nutzniessung auf einzelne Teile eines Grundstücks als zulässig, zudem gehe auch Art. 11 Abs. 3 BGG von der Teilbarkeit aus. Alle Grundbuchämter des Kantons Aargau würden die Ausgestaltung von Autoeinstellplätzen, Kellerabteilen usw. als ausschliessliche Benutzungsrechte und damit als übertragbare irreguläre Dienstbarkeiten nach Art. 781 ZGB zulassen.

5. In der Duplik vom 11. September 2003 weist der Grundbuchverwalter zusätzlich darauf hin, dass im vorliegenden Fall Art. 734 ZGB nicht anwendbar sei, und die vom Beschwerdeführer zitierte Literatur nicht einschlägig sei. Insbesondere dürften die Bestimmungen von Art. 730 ff. und 781 ZGB nicht ausgeschaltet werden.

...

Erwägungen

1. Gegen die Abweisungsverfügung einer Grundbuchanmeldung kann innert 30 Tagen, gerechnet ab deren Zustellung, bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden (vgl. Art. 103 Abs. 1 GBV). Beschwerdebefugt sind der Anmeldende sowie alle weiteren Personen, die von der Abweisungsverfügung berührt sind. Die Eingabe der Beschwerde erfolgte fristgerecht und der Beschwerdeführer ist legitimiert.

Das Departement des Innern als kantonale Aufsichtsbehörde über die Grundbuchämter ist zur Behandlung der Beschwerde zuständig (vgl. Art. 956 ZGB i.V.m. § 1 Abs. 1 lit. a der Delegationsverordnung (SAR 153.111)).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Damit die Zulässigkeit des selbständigen und dauernden Benutzungsrechts im konkreten Fall beurteilt werden kann, wird in Folge die Bestimmung von Art. 781 ZGB ausgelegt.

Art. 781 Abs. 1 ZGB statuiert, dass Dienstbarkeiten anderen Inhaltes zugunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft an Grundstücken bestellt werden können, so oft diese in bestimmter Hinsicht jemandem zum Gebrauch dienen können, wie für die Abhaltung von Schiessübungen oder für Weg und Steg.

3. Die irreguläre Personaldienstbarkeit nach Art. 781 ZGB ist eine persönliche Dienstbarkeit. Sie ist im Gegensatz zu den anderen persönlichen Dienstbarkeiten wie Wohnrecht und Nutzniessung nicht unlösbar mit einer Person verbunden. Während bei der irregulären Personaldienstbarkeit die Übertragbarkeit und Vererblichkeit

festgelegt werden kann (Art. 781 Abs. 2 ZGB), hat das Wohnrecht höchst persönlichen Charakter. Übertragbarkeit und Vererblichkeit sind ausgeschlossen (Art. 776 Abs. 2 ZGB). Es äussert sich auch darin, dass beim dinglichen Wohnrecht nur natürliche Personen Berechtigte sein können, während die irreguläre Personaldienstbarkeit sowohl zu Gunsten natürlicher wie auch juristischer Personen errichtet werden kann (Felix Zurbriggen, Die irregulären Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB), Diss. Freiburg 1981, S. 99, 157).

4. a) Belastungsgegenstand der irregulären Personaldienstbarkeit kann nur die Liegenschaft als Ganze sein. Bestimmte abgegrenzte Flächen einer Liegenschaft (reale Teile) oder ideelle Teile können nicht Objekte der Belastung sein. Wohl kann aber vertraglich und durch den Wortlaut der Eintragung die Ausübung der irregulären Personaldienstbarkeit auf einen räumlich begrenzten Teil der Liegenschaft beschränkt werden (Zurbriggen S. 24 f.; RVJ 1987 S. 197). Faktisch ist somit regelmässig nur ein Teil der Liegenschaft mit der irregulären Personaldienstbarkeit belastet, de iure aber liegt die Last auf der ganzen Liegenschaft. Durch die irreguläre Personaldienstbarkeit wird zwar die ganze Grundbuchparzelle belastet, nur ein Teil des Grundstücks wird aber meistens durch ihre Ausübung in Anspruch genommen. Dieser Teil kann durch fortwährende Ausübung der irregulären Personaldienstbarkeit festgelegt werden. Häufiger aber ist die Ausübungsstelle im Dienstbarkeitsvertrag vereinbart und zudem im Grundbuchplan durch Einzeichnung der Dienstbarkeitsgrenzen örtlich genau festgelegt (Zurbriggen S. 109).

Das Grundstück kann bei der irregulären Personaldienstbarkeit somit nur in bestimmter Hinsicht belastet werden (Art. 781 Abs. 1 ZGB). Dieser Grundsatz der Begrenztheit der Belastung unterscheidet nämlich die Grunddienstbarkeiten und die irregulären Personaldienstbarkeiten von der Nutzniessung, welche dem Nutzniesser den vollen Genuss des Gegenstandes gewährt (Art. 745 Abs. 2 ZGB; Zurbriggen S. 130). Sowohl Art. 781 wie auch 730 ZGB, der analog für die irregulären Personaldienstbarkeiten gilt, legen das Kriterium der Begrenztheit der Belastung fest und verhindern die vollständige Entleerung des Eigentums. Sie besteht lediglich in einer partiellen Sachherrschaft.

b) Da bei den irregulären Personaldienstbarkeiten ein herrschendes Grundstück regelmässig nicht vorhanden ist, sind – unter Vorbehalt anderer Abrede – gemäss Art. 781 Abs. 2 ZGB für die Bemessung ihres Inhalts lediglich die persönlichen, und zwar die gewöhnlichen, durchschnittlichen Bedürfnisse der berechtigten Person massgebend.

c) Art. 781 ZGB ist vom Gesetzgeber inhaltlich sehr offen formuliert, so dass den Parteien eine genügend grosse Freiheit bleibt, eben auch andere Personaldienstbarkeiten als z.B. eine Nutzniessung und ein Wohnrecht zu errichten. Den irregulären Personaldienstbarkeiten fehlt jede gesetzliche Umschreibung. Ihr Inhalt wird durch die Vertragsparteien grundsätzlich frei bestimmt (BGE 116 II 281; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaupp, Sachenrecht, Zürich 2003, N. 1324).

„Andere Dienstbarkeiten“ gemäss Marginalie von Art. 781 ZGB sind weder Nutzniessungs-, noch Wohnrechte noch Grunddienstbarkeiten. Mit den Grunddienstbarkeiten stimmen sie in ihrem Inhalt aber überein (Abs. 3). Ihr Inhalt, ihre Existenz und ihre Veränderung werden nach grunddienstbarkeitsrechtlichen Vorschriften beurteilt (Art. 730 ff. ZGB). Jede Belastung, die als Grunddienstbarkeit möglich ist, kann also auch als Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB begründet werden. Schliesslich ist der Dienstbarkeitsinhalt beim Wohnrecht durch das Gesetz (Art. 776 Abs. 1 ZGB) konkretisiert, während bei den irregulären Personaldienstbarkeiten der Inhalt durch einen Dienstbarkeitsvertrag festgelegt wird. Mit den persönlichen Dienstbarkeiten treffen sich diese anderen Dienstbarkeiten im Subjekt, in der Person des Berechtigten (BGE 78 II 27; Zurbriggen, S. 13, 18, 99, 132, 157; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2002, S. 964; RVJ 1987 S. 196 f.).

d) Vorliegend stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der zwingenden Bestimmungen über Nutzniessung und Wohnrecht zu den „anderen Dienstbarkeiten“ (vgl. auch Hans-Peter Friedrich, Zum Inhalte von Nutzungsdienstbarkeiten, in: Basler Festgabe zum Juristentag 1963, S. 37 ff.). Ein Wohnrecht und eine Nutzniessung, welche an einem Grundstück begründet werden, stehen sich in ihrer Struktur her betrachtet sehr nahe. Die Nutzniessung gestattet grund-

sätzlich dieselbe Sachnutzung wie ein Wohnrecht. Die strukturelle Ähnlichkeit zeigt sich auch darin, dass das ZGB die Bestimmungen über die Nutzniessung für das Wohnrecht als subsidiär anwendbar erklärt (Art. 776 Abs. 3 ZGB). Beides sind Personaldienstbarkeiten. Die Lehre hat deshalb schon früher die Beschränkung der Ausübung einer Nutzniessung auf einen bestimmten Gebäudeteil für zulässig erachtet (Friedrich; Heinz Rey, Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages in ZBGR 64 S. 263; vgl. Gesetzesnovelle in Art. 745 Abs. 3 ZGB).

„Andere Dienstbarkeiten“ können grundsätzlich mit beliebigen Inhalten begründet werden. Der Typenzwang verbietet lediglich die Ausgestaltung eines gesetzlich typisierten (beschränkten) dinglichen Rechtes als „andere Dienstbarkeit“ zwecks Umgehung derjenigen Einschränkungen, welche der Gesetzgeber bei diesen bestimmten Typen (beschränkter) dinglicher Rechte vorgesehen hat. Was bei den bestimmten Dienstbarkeiten ausgeschlossen wurde, weil er darin eine übermässige Beschränkung des Eigentums liegt, kann nicht Gegenstand einer irregulären Personaldienstbarkeit bilden. Namentlich beziehen sich diese Dienstbarkeiten – anders als die Nutzniessung – nur auf einzelne bestimmte Nutzungs- und Gebrauchsrechte. Vom System des Typenzwangs her steht fest, dass der Inhalt der Dienstbarkeit nicht so ausgestaltet werden kann, dass damit der Eigentümer sein Recht in zeitlicher und sachlicher Hinsicht überhaupt aufgibt. Eine solche Dienstbarkeit darf somit nicht im Ergebnis auf die Übertragung des Eigentums hinauslaufen und nicht so ausgestaltet werden, dass das Eigentum völlig seines Gehalts entleert wird. Daraus (und aus Art. 776 Abs. 2 ZGB) folgt z.B., dass die Parteien auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 781 ZGB keine Personaldienstbarkeit vereinbaren können, welche auf ein übertragbares und vererbliches Wohnrecht hinausläuft (BGE 116 II 281, 290; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaupp, Sachenrecht, Zürich 2003, N. 1324; E. Petitpierre, N. 12 f. zu ZGB 781; vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubündens vom 30. August 1976 in PKG 1976, 4, S. 33 f.).

So ist es beispielsweise nicht zulässig, als Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB ein zeitlich unbefristetes und übertragbares Nutzungsrecht an bestimmten Räumen eines Hauses zu begründen,

weil damit die Bestimmung umgangen würde (Typenfixierung), dass ein Wohnrecht unübertragbar und befristet ist (BGE 116 II 289 ff.). Nach herrschender Lehre ist nämlich beim Wohnrecht, im Gegensatz zur Nutzniessung, nicht nur das Recht als solches, sondern auch dessen Ausübung nicht übertragbar (BGE 116 II 289). Vor der Gesetzesrevision in Art. 745 Abs. 3 ZGB galt, dass eine auf einzelne Teile eines Grundstücks beschränkte Nutzungsdienstbarkeit nicht als Nutzniessung, sondern nur als andere Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB im Grundbuch eingetragen werden kann. Demgegenüber liess es das Bundesgericht zu eine nutzniessungsähnliche Dienstbarkeit, die sich auf einzelne Teile eines Grundstücks beschränkt, als andere Dienstbarkeit i. S. von Art. 781 ZGB zu errichten. Das eingeräumte Herrschaftsrecht muss aber immer ein beschränktes bleiben, dies entspricht der Regelung der Grunddienstbarkeiten (BGE 116 II 289 f.; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaupp, Sachenrecht, Zürich 2003, N. 1324, 1429, Petitpierre, N. 12 f. zu ZGB 781; Hans Michael Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, Bern 2000, § 13 N. 1; Tuor/ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, S. 964).

e) Grundsätzlich wird die Möglichkeit einer Belastung einer Stockwerkeigentumseinheit mit einer irregulären Personaldienstbarkeit nicht bestritten. Der Mangel eines körperlichen Substrats wie bei den Miteigentumsanteilen besteht bei den Stockwerkeigentumseinheiten gerade nicht. Objekt der irregulären Personaldienstbarkeit ist der Anteil, Inhalt der irregulären Personaldienstbarkeit ist die Belastung jener Teile, welche zu Sonderrecht ausgeschieden sind. Abgelehnt wird aber zu Recht die Errichtung solcher Dienstbarkeiten, durch welche die Ausübung von Befugnissen der Gemeinschaft beeinträchtigt wird, nämlich die Veräusserung des Grundstücks, die Nutzung und Verwaltung gemäss bestehenden Zweckbestimmung sowie Änderung der Zweckbestimmung. Der Schutz der Stockwerkeigentumsgemeinschaft geht hier vor. Dies führt vor allem zur Ablehnung von affirmativen irregulären Personaldienstbarkeiten, welche die Entscheidungsfreiheit der Gemeinschaft in irgendeiner Weise beeinträchtigen. Der Belastete müsste Handlungen dulden, die er als Stockwerkeigentümer abwehren könnte. Er müsste ferner auch als Folge von Art. 737 Abs. 3 ZGB alles unterlassen, was die Ausübung

der Dienstbarkeit verhindern oder erschweren würde. Er hätte demnach gegen all jene Beschlüsse der Stockwerkeigentumsgemeinschaft zu stimmen, welche die Ausübung der Dienstbarkeit erschweren oder verhindern würden, was sich aber unter Umständen – insbesondere beim Einstimmigkeitsprinzip – als Beschränkung der Freiheit der Stockwerkeigentümer auswirken könnte. Als Beispiel einer abzulehnenden affirmativen irregulären Personaldienstbarkeit kann man hier ein Platzrecht zugunsten einer Möbelfabrik anführen, das den belasteten Stockwerkeigentümer verpflichtet, die Benutzung seiner Räume zur Lagerung von Holz zu dulden. Sollte nun das Gesamtgebäude aus wirtschaftlichen Gründen einer Zweckänderung unterworfen werden (z.B. in ein Hotel umgewandelt werden), so müsste der belastete Stockwerkeigentümer als Folge des Art. 737 Abs. 3 ZGB gegen diesen Beschluss stimmen, obwohl er vielleicht von der wirtschaftlichen Notwendigkeit dieser Umwandlung überzeugt ist. Ist für die Zweckänderung des Gebäudes Einstimmigkeit erforderlich (vgl. Art. 648 Abs. 2 ZGB), so würde der belastete Stockwerkeigentümer dieses Vorhaben der Umwandlung vereiteln und damit den übrigen Stockwerkeigentümern unter Umständen schweren Schaden zufügen (Zurbriggen, S. 39 ff.).

Deshalb vertritt die neuere Lehre einhellig die Auffassung, das ZGB lasse eine dienstbarkeitsrechtliche Ersatzlösung für das Stockwerkeigentum, die dem Dienstbarkeitsrecht widerspricht, nicht zu. Das Wohnrecht sei in den Artikeln 776 bis 778 abschliessend geregelt, es sei gemäss Art. 776 Abs. 2 ZGB weder vererblich noch übertragbar. Es sei deshalb nicht zulässig, ein dem Wohnrecht inhaltlich entsprechendes Benützungsrecht in der Form von Art. 781 ZGB als übertragbare irreguläre Personaldienstbarkeit zu begründen. Will man ein übertragbares Wohnrecht als dingliches Recht begründen, bietet das Gesetz nur das Stockwerkeigentum an (Zurbriggen S. 158; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, S. 959; BGE 103 II 176, 181 f.). Das Bundesgericht betrachtet übertragbare irreguläre Personalservitute, die inhaltlich einem Wohnrecht gleichkommen, als mit dem Gesetz unvereinbar und daher als nichtig (BGE 103 II 183). Es verstösst nämlich gegen zwingende Grundsätze des Sachenrechts, vor allem das Prinzip der Typengebundenheit, ein mit dem Stock-

werkeigentum vergleichbares Benützungsrecht an einem Stockwerk oder an einer Wohnung als übertragbare und vererbliche Personalservitut im Sinne des Art. 781 ZGB nach der Einführung des Stockwerkeigentums im Jahre 1965 ins Grundbuch eintragen zu lassen. Der Gesetzgeber hat sich mit der Einführung der Ablehnung von übertragbaren irregulären Personalservituten mit dem Inhalt des Wohnrechts oder der Nutzniessung durch die neuere Lehre angeschlossen (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubündens vom 30. August 1976 in PKG 1976, 4, S. 30 ff.; Heinz Rey, Schweizerisches Stockwerkeigentum, Zürich 2001, N 206).

De facto geht es hier in diesem Sachverhalt um die Einräumung einer Stockwerkeigentumseinheit in einer bereits bestehenden Stockwerkeigentumseinheit. Sie erfüllt aber nicht die Voraussetzungen hierfür, weil der Zugang nicht über einen Gemeinschaftsraum möglich wäre (Art. 712b Abs. 1 ZGB), sondern nur über die bereits bestehende Stockwerkeigentumseinheit erfolgen würde.

5. Das Bundesgericht stützt sich in seinen Ausführungen in BGE 116 II 281 vor allem auf den Artikel von Hans-Peter Friedrich, Zum Inhalte von Nutzungsdienstbarkeiten, in: Basler Festgabe zum Juristentag 1963, S. 37 ff. Der Argumentation von Friedrich kann daher für den vorliegenden Entscheid mit entsprechender kritischer Würdigung gefolgt werden.

Der Gebrauch und die Nutzung des Grundstücks sollen mit der Errichtung einer irregulären Personaldienstbarkeit nicht, wie bei der Nutzniessung, in vollem Umfange dem Eigentümer entzogen werden können. Der Genuss der Sache muss dem Eigentümer zum mindesten teilweise erhalten bleiben (Friedrich S. 40). Die Dienstbarkeit darf nicht dazu führen, dass der Eigentümer sein Recht in zeitlicher und sachlicher Hinsicht überhaupt aufgibt. Unter dem System des Typenzwangs wird die Sachenrechtsordnung keine beschränkte dingliche Rechte zulassen, deren Einräumung im Ergebnis auf die Übertragung des Eigentums als solchem hinausläuft (Friedrich S. 45).

Wird eine Dienstbarkeit auf unbestimmte, also unbeschränkte Zeit bestellt, so kann sich daraus eine Belastung für das Grundstück ergeben, die einem dauernden Entzug der dem Eigentümer zustehenden Befugnisse gleichkommt (Friedrich S. 47). Wenn eine Dienst-

barkeit das Grundstück in sachlicher Hinsicht, wie etwa bei der Einräumung umfassender Nutzungsrechte, sehr weitgehend belastet, jedoch diese Last in zeitlicher Hinsicht beschränkt ist, so kann hierin eine Belastung in bestimmter Hinsicht i.S.v. 781 iVm. 730 ZGB gesehen werden. Als Massstab einer Belastung sollte im Vergleich immer berücksichtigt werden, dass bei einer Nutzniessung das persönliche Moment zurückgedrängt wird (z.B. Art. 758 ZGB), und bei einem Baurecht die zeitliche Komponente kaum einschränkend wirkt (Art. 779I Abs. 1 ZGB; auf höchstens 100 Jahre).

Eine umfassende Dienstbarkeit, die auf beschränkte Zeit begründet wird, also keine dauernde Belastung des Grundstücks bedeutet, kann als partielle und damit zulässige Beschränkung der Herrschaftsbefugnisse des Grundeigentümers erscheinen.

6. a) Die Voraussetzung für die Aufnahme als „Grundstück“ ins Grundbuch ist, dass die Dienstbarkeit als selbständige (nicht zu Gunsten eines herrschenden Grundstücks oder ausschliesslich zu Gunsten einer bestimmten Person) und dauernde (auf mind. 30 Jahre oder unbestimmte Zeit) errichtet worden ist (Art. 7 GBV; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo S. 965; Schmid/Hürlimann-Kaupp, N. 1437).

Im Gesetz ist nicht abschliessend aufgezählt, welche Fälle als selbständige und dauernde Rechte ins Grundbuch aufgenommen werden dürfen (vgl. Art. 7 Abs. 1 GBV). Nach herrschender Lehre ist die Verliegenschaftung jedes dinglichen Nutzungsrechts an Grundstücken möglich, sofern es selbständigen und dauernden Charakter hat (Zurbriggen S. 178). Von Gesetzes wegen ist das Wohnrecht nicht übertragbar (Art. 776 Abs. 2 ZGB); es kann somit nicht als selbständiges und dauerndes Recht ins Grundbuch aufgenommen werden, ebenso die Nutzniessung, die der Substanz nach unübertragbar ist (lediglich die Ausübung ist übertragbar, vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo S. 959; Besprechung von BGE 116 II 281 in Berner Notar 1991, S. 192 ff., 200).

Die irreguläre Personaldienstbarkeit kann durch Vereinbarung nach Art. 781 Abs. 2 ZGB übertragbar ausgestaltet werden, somit erfüllt sie die eine Voraussetzung der Selbständigkeit. Wenn sie weiter

auch auf mindestens 30 Jahre errichtet wird, hat sie auch dauerhaften Charakter (siehe Zurbriggen S. 182).

b) Im vorliegenden Beschwerdefall wurde die irreguläre Personaldienstbarkeit, das selbständige und dauernde Benützungsrecht betr. Atelier mit WC, auf unbeschränkte Zeit errichtet.

Am Grundstück Nr. Zz, ein selbständiges und dauerndes Baurecht, sind die einzelnen Stockwerkeigentümer beteiligt. Das Baurecht ist bis 30. Juni 2075 befristet. Das selbständige und dauernde Benützungsrecht betr. Atelier mit WC würde somit erst mit dem Untergang des belasteten Hauptblattes, vorerst Grundstück Nr. Zzz, dem Stockwerkeigentumsanteil, und schlussendlich Nr. Zz untergehen (Art. 734 ZGB). Gemäss Art. 734 ZGB geht jede Grunddienstbarkeit unter mit dem vollständigen Untergang des belasteten oder des berechtigten Grundstücks. Dieser Grundsatz gilt auch für irreguläre Personaldienstbarkeiten (Art. 781 Abs. 3 ZGB; Mattia Tonella, Die Löschung eine bedeutungslos gewordenen Dienstbarkeit, ZBGR 2003 S. 231). Längstens würde die irreguläre Personaldienstbarkeit bis zum 30. Juni 2075 bestehen. Diese umfassende Nutzungsdienstbarkeit würde vorliegend mit der Anlegung eines eigenen Grundbuchblattes (Art. 7 GBV) auf unbeschränkte Zeit begründet und bedeutete somit eine dauernde Belastung des Hauptgrundstücks (vgl. Friedrich S. 48). Damit würde der Eigentümer sein Recht in zeitlicher und sachlicher Hinsicht überhaupt aufgeben. Zum Wesen einer Grunddienstbarkeit wie der „anderen Dienstbarkeiten“ gehört es, dass sie nur einzelne bestimmte Nutzungs- und Gebrauchsbefugnisse zum Gegenstand haben (vgl. Art. 781 ZGB), so dass alle übrigen Gebrauchsbefugnisse dem Eigentümer des belasteten Grundstückes verbleiben, dieser also von der Benutzung weder seines ganzen Grundstückes noch eines Teils desselben völlig ausgeschlossen ist. Denn eine Dienstbarkeit, die dem Berechtigten ein unbegrenztes Gebrauchsrecht verliehe, würde das Eigentum seiner Substanz berauben. Die Nutzung auf Grund der Personaldienstbarkeit würde zudem wesentliche Teile des Stockwerkeigentumsanteils belasten. Es würde dem Eigentümer auf dem belasteten Grundstück das nackte Eigentum verbleiben. Eine Verfügbarkeit über die Liegenschaft wäre wesentlich herabgesetzt. Eine derart schwerwiegende Beeinträchtigung

der Eigentümerbefugnisse in sachlicher und zeitlicher Hinsicht sprengt den zulässigen Inhalt der Dienstbarkeit (vgl. Friedrich S. 50; PKG 1976, 4, S. 33 f.).

c) In BGE 116 II 281 ff. wurde festgehalten, dass es nicht zulässig sei, als Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB ein zeitlich unbefristetes und übertragbares Nutzungsrecht an bestimmten Räumen eines Hauses zu begründen, weil damit die Bestimmung umgangen würde, dass ein Wohnrecht unübertragbar und befristet ist. Vorliegend wurde das mit einem Wohnrecht vergleichbaren Benütznungsrecht zwar nicht zu Gunsten einer natürlichen Person, sondern dem Verein X, einer juristischen Person, eingeräumt. Diese wiederum verpflichtete sich das selbständige und dauernde Benütznungsrecht an eine natürliche Person zu verkaufen. Da die Nutzniessung und auch das Wohnrecht nicht übertragbar sind, kann die irreguläre Personaldienstbarkeit nach Art. 781 ZGB nicht im Sinne von Art. 7 GBV ausgestaltet werden.

7. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls von der Norm abweichend behandelt zu werden (kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, N 518 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Praxis). Das vom Beschwerdeführer vorgebrachte seines Erachtens analoge Geschäft, welches nach der Anmeldung beim Grundbuchamt B. eingetragen wurde, kann deshalb nicht angeführt werden. Der vorliegende Sachverhalt kann zudem auch nicht mit Autoabstellplätzen verglichen werden, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht.

8. Unter diesen Voraussetzungen war die Abweisungsverfügung vom 21. Mai 2003 richtig ergangen. Die Anmeldung der irregulären Personaldienstbarkeit nach Art. 781 ZGB und deren anschliessende Ausgestaltung zu einem selbständigen und dauernden Benütznungsrecht an einem eingeschossigen Atelier mit WC im Sinne von Art. 7 GBV verstösst gegen die zwingende Sachenrechtsordnung.

...

Demgemäss wird

verfügt:

1.

Die Beschwerde vom 11. Juni 2003 gegen die Abweisungsverfügung des Grundbuchamtes A. vom 21. Mai 2003 i.S. Kaufvertrag und Begründung einer Dienstbarkeit wird abgewiesen.

...

IX. Prozessrecht

128 Verfahrenskosten (§ 35 Abs. 1 VRPG).

- **In Abweichung von § 35 Abs. 1 VRPG sind einer Gemeinde die Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn ihr Gemeinderat ein Baugesuch einzig mit einer ausserhalb seiner Kompetenz liegenden Begründung abweist.**

Entscheid des Regierungsrates vom 15. September 2004 i.S. X. AG gegen Gemeinderat U.

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Gemeinderat U. verneinte die Zulässigkeit der geplanten Erweiterung der Mobilfunk-Antennenanlage, da trotz Einhaltung der umweltschutzrechtlichen Voraussetzungen (deren Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung nicht angezweifelt wurde) eine gesundheitliche Schädigung mangels entsprechender Studienresultate nicht gänzlich auszuschliessen sei.

b) Die Vorschriften der bundesrätlichen Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) vom 23. Dezember 1999 sind unbestrittenermassen einzuhalten, wobei zum Vollzug und zur Beurteilung sowie Zustimmung zu Baugesuchen im Bereich der NISV der Kanton abschliessend zuständig ist und den Gemeinderäten als kommunale Baubewilligungsbehörden in diesem Bereich keine Kompetenz zukommt (vgl. § 2 lit. k und § 3 Abs. 3 lit. g des Dekretes über die Umsetzung des Umweltschutzrechts [Umweltschutzdekret, USD] vom 27. Oktober 1998 mit Änderungen vom 20. August 2002).

c) Nachdem der Gemeinderat U. die von der Abteilung für Umwelt festgestellte Vereinbarkeit des Bauprojektes mit den Vorschriften der NISV nicht in Frage gestellt hat, steht der Baubewilli-