

Münstergasse 2  
3011 Bern  
Telefon 031 633 76 76  
Telefax 031 633 76 25

32.13-01.57

## Beschwerdeentscheid vom 31. Mai 2002



### **Dienstbarkeiten (Löschung von Amtes wegen gemäss Art. 976 Abs. 1 ZGB)**

- a Bei der schriftlichen Orientierung des Grundbuchamts an die Grundeigentümer über die erfolgte Löschung handelt es sich um eine Mitteilung (Art. 969 Abs. 1 ZGB), die nicht angefochten werden kann. Es liegt keine anfechtbare Verfügung vor.
- b Wer durch die Löschung in seinen Rechten verletzt wird, kann gemäss Art. 976 Abs. 3 ZGB beim Richter auf Wiedereintragung der Dienstbarkeit klagen (Grundbuchberichtigungsklage).

### **Servitudes (radiation d'office au sens de l'art. 976, al. 1 CCS)**

- a L'information écrite que l'Office du registre foncier envoie aux propriétaires fonciers au sujet de la radiation à laquelle il a procédé a valeur de communication (art. 969, al. 1 CCS) qui ne peut pas être attaquée. Il ne s'agit pas d'une décision contre laquelle il existerait une voie de droit.
- b Celui dont les droits sont lésés par la radiation peut, conformément à l'article 976, alinéa 3 CCS, ouvrir action en réinscription auprès du juge (action en rectification du registre foncier).

**Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern hat befunden und erwogen:**

1. A. und B. sind Gesamteigentümer des Grundstücks Gbbl. Nr. 1000. Das Hauptbuchblatt Nr. 1000 des Papiergrundbuches, das bis 6. März 2001 gültig war, enthält als Dienstbarkeit

ein „Wässerungsrecht am sog. C.- oder D.-Bach“. In der Kaufbeile vom 12. Juni 1890 wird das Wässerungsrecht wie folgt definiert: „Nach dem Erwerbstitel gehört hiezu das Wässerungsrecht aus dem C.-Bach jeweiligen Dienstag morgens bis Donnerstag morgens und ein Fahrweg nach den Bestimmungen des Dienstbarkeitsvertrages vom 6. Juni 1877“.

2. Im Rahmen der Einführung des EDV-Grundbuches „CAPITASTRA“ erliess das Kreisgrundbuchamt am 6. März 2001 eine Verfügung, in der das erwähnte Wässerungsrecht gestrichen bzw. nicht ins EDV-Grundbuch übertragen wird. Das Wässerungsrecht wurde im Papiergrundbuch durchgestrichen und im EDV-Grundbuch nicht aufgenommen. Am 6. April 2001 focht B. – vertreten durch die X. AG – die Verfügung des Kreisgrundbuchamts bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) an. Sie beantragte, die Verfügung sei aufzuheben und es sei neu zu verfügen, dass das Wässerungsrecht als Anmerkung im Grundbuch eingetragen wird. In seiner Vernehmlassung vom 31. Mai 2001 beantragte das Kreisgrundbuchamt, auf die Beschwerde von B. sei nicht einzutreten; eventuell sei sie abzuweisen. Da die X. AG zur Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren nicht zugelassen ist, unterzeichnete B. die Beschwerde selber (Posteingang: 9. Juni 2001) und vertrat fortan ihre Interessen im Beschwerdeverfahren selber. Aufgrund dessen, dass sich das Grundstück Gbbl. 1000 seit dem 22. August 2001 im Gesamteigentum von A. und B. befindet, treten A. und B. nunmehr gemeinsam als Partei im Beschwerdeverfahren auf. Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, Schlussbemerkungen anzubringen. Auf ihre Vorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen – soweit notwendig – eingegangen.
  
3. a) Jede Person, die durch eine Verfügung der Grundbuchverwalterin resp. des Grundbuchverwalters berührt ist, die nicht die Abweisung einer Anmeldung zum Gegenstand hat, kann dagegen innert 30 Tagen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde führen (sog. allgemeine Grundbuchbeschwerde; Art. 104 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch [GBV; SR 211.432.1]). Als Aufsichtsbehörde fungiert die JGK (Art. 124 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]).  
  
 b) Die angefochtene Verfügung beinhaltet die Löschung bzw. Nichtübertragung einer Dienstbarkeit und somit nicht die Abweisung einer Anmeldung; die JGK ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. A. und B. sind durch die angefochtene Verfügung ohne weiteres berührt und damit zur Beschwerdeeinreichung befugt. Auf die frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten.
  
4. a) Vorab ist von Amtes wegen die Frage zu klären, ob das Kreisgrundbuchamt eine Verfügung erlassen durfte.  
  
 b) Das Kreisgrundbuchamt hat den Eintrag betr. Wässerungsrecht im Grundbuch tatsächlich gelöscht und am 6. März 2002 B. über diese Löschung schriftlich informiert. Da dieses Schreiben das Nicht-Bestehen eines Rechts feststellt und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen ist, ist es als Verfügung zu qualifizieren. Eine durch den Grundbuchverwalter oder die –verwalterin von Amtes wegen vorgenommene Löschung ist jedoch den Beteiligten lediglich mitzuteilen, nicht aber zu verfügen (BGE 127 III 195 E. 2b; Christina Schmid-Tschirren, Aktuelle Tendenzen im Grunddienstbarkeitsrecht, in Der Bernische Notar, 1999, S. 25). Ist ein richtiger Eintrag in ungerechtfertigter Weise gelöscht worden, steht den materiell Berechtigten die Grundbuchberichtigungsklage offen (Art. 975 ZGB, Jürg Schmid, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1998 [Basler Kommentar], Art. 975 ZGB N. 1 ff, N 8; Henri Deschenaux, in Schweizerisches Privatrecht, V/3, II, Das Grundbuch, 1989, S. 818). Dieses Verfahren, das sich auf Situationen bezieht, in denen der Grundbucheintrag anfänglich ungerechtfertigt erscheint, deckt sich mit

demjenigen, in denen der Grundbucheintrag jede rechtliche Bedeutung verloren hat (Art. 976 ZGB; Schmid, in Basler Kommentar, a.a.O., Art. 976 ZGB N. 18; Pascal Simonius/Thomas Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995, § 7 N. 46; BGE 127 II 195 E. 2b).

c) Damit wird deutlich, dass das Kreisgrundbuchamt keine Verfügung hätte erlassen dürfen sondern die Löschung einzig hätte mitteilen müssen. B. wäre diesfalls die zivilrechtliche Grundbuchberichtigungsklage offen gestanden.

d) Auch wenn man davon ausgeht, dass der C.- oder D.-Bach ein öffentliches Gewässer darstellt (Art. 664 ZGB; Art. 77 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]; Art. 2 Abs. 1 Bst. c des Wassernutzungsgesetzes vom 23. November 1997 [WNG; BSG 752.41]), vermögen die öffentlichrechtlichen Normen betreffend der Wassernutzung an diesem Resultat nichts zu ändern: Gemäss der sog. dualistischen Theorie findet auf öffentliche Gewässer sowohl öffentliches als auch Privatrecht Anwendung. Demgemäss bestimmt das Privatrecht Begriff und Inhalt des Eigentums und der dinglichen und obligatorischen Rechte sowie die Formen der Begründung und Uebertragung derselben. Hingegen richten sich Verfügungsmacht und Zweckbestimmung nach öffentlichem Recht (Heinz Rey, in Basler Kommentar, a.a.O., Art. 664 ZGB N. 29). Die Frage nach dem Bestand des Wässerungsrechts beurteilt sich folglich anhand zivilrechtlicher Normen. Die öffentlichrechtlichen Normen regeln nicht den Bestand eines solchen Wässerungsrechts, sondern regeln die Nutzungsmodalitäten (Art. 4 ff. WNG; Art. 29 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer [GSchG; SR 814.20]; Art. 8 f. des Fischereigesetzes vom 21. Juni 1995 [FiG; BSG 923.11]).

e) Zusammenfassend kommt die JGK zum Schluss, dass das Kreisgrundbuchamt nicht befugt war, eine Verfügung zwecks Löschung des Wässerungsrechts zu erlassen. Die Verfügung wird deshalb von Amtes wegen aufgehoben (Art. 40 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Die Verfügung ist jedoch als Mitteilung der Löschung des Wässerungsrechts zu verstehen. Wollen A. und B. die Wiedereintragung des Wässerungsrechts als Dienstbarkeit bewirken, steht ihnen die Möglichkeit offen, beim Zivilgericht eine Grundbuchberichtigungsklage einzureichen.

5. a) A. und B. beantragen die Anmerkung des Wässerungsrechts im Grundbuch.

b) Die Eintragung in das Grundbuch setzt eine Grundbuchanmeldung, einen Ausweis über das Verfügungsrecht und einen Rechtsgrund voraus. Die Grundbuchanmeldung bildet einerseits den formellen Antrag an das Grundbuchamt auf Vollziehung einer Aenderung im Grundbuch und enthält andererseits – materiellrechtlich betrachtet – zugleich die Eintragungsbewilligung als materielle Verfügung. Die Anmeldung muss klar, eindeutig, vollständig und vorbehaltlos erfolgen. Das Eintragungsverfahren basiert auf dem Antragsprinzip (Art. 11 und Art. 61 GBV). Gestützt auf die Grundbuchanmeldung erfolgt die sofortige Einschreibung im Tagebuch mit Datum und genauer Zeitangabe (Art. 948 Abs. 1 ZGB; Art. 14 GBV). Das Grundbuchamt entscheidet in der Folge über die Aufnahme und Abweisung der angemeldeten Rechte (Art. 24 GBV). Dies gilt auch für die Anmerkungen (Art. 78 GBV). Weist das Grundbuchamt die Anmeldung gemäss Art. 24 GBV ab, so kann die anmeldende Person sowie alle übrigen, die von der Abweisung berührt sind, innert 30 Tagen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde dagegen Beschwerde führen (Art. 103 Abs. 1 GBV).

c) Das Kreisgrundbuchamt verfügte die Löschung des Wässerungsrechts; zur Anmerkung dieses Rechts äusserte es sich jedoch in der angefochtenen Verfügung nicht. A. und B.

beantragten die Anmerkung des Wässerungsrechts erstmals im Beschwerdeverfahren vor der JGK. Dieser Antrag hätte aufgrund der oben dargestellten Zuständigkeitsordnung (Ziff. 5 b) beim Kreisgrundbuchamt eingereicht werden müssen. Der JGK ist es als Beschwerdeinstanz verwehrt, solche Anträge um erstinstanzliche Behandlung anstelle des hierfür zuständigen Grundbuchamtes entgegenzunehmen und zu behandeln. Es wäre nicht in der Lage, die notwendigen Eintragungen im Tagebuch vorzunehmen. Zudem würde der Rechtsmittelweg zu Ungunsten der antragstellenden Person verkürzt. Dieselbe Zuständigkeitsordnung gilt auch, wenn man davon ausgeht, dass A. und B. eine Aenderung eines Grundbucheintrages im Sinne von Art. 964 ZGB beantragten: Die für die Anmeldung zur Eintragung aufgestellten Vorschriften gelten auch für die Anmeldung zur Abänderung oder Löschung eines Eintrages (Art. 61 Abs. 1 GBV).

d) Zum selben Resultat gelangt man durch Betrachtung des Anfechtungsobjektes: In der Verwaltungsjustiz ist das Vorliegen einer Verfügung eine Prozessvoraussetzung (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 2). Da vorliegendenfalls das Kreisgrundbuchamt einzig die Löschung des Wässerungsrechts verfügte, liegt keine Verfügung vor, die die Anmerkung des Wässerungsrechts regeln würde.

e) Der Antrag für die Anmerkung des Wässerungsrechts wird deshalb an das Kreisgrundbuchamt zur weiteren Behandlung weitergeleitet (in Anwendung von Art. 4 VRPG).

f) Dem Kreisgrundbuchamt wird es obliegen, zu prüfen, ob das Wässerungsrecht als Anmerkung im Grundbuch eingetragen werden kann. Aufgrund des numerus clausus zulässiger Anmerkungen wird das Kreisgrundbuchamt vorab die Frage nach einer möglichen gesetzlichen Grundlage für die gewünschte Anmerkung prüfen; im Vordergrund steht vorliegendenfalls die Anmerkung eines dinglichen Rechts, das nach geltendem Recht nicht mehr begründet werden kann (Art. 45 SchlT ZGB; Bettina Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Zürich 1997, S. 268 f.; Jürg Schmid, in Basler Kommentar, a.a.O., Art. 45 SchlT, N. 1 ff.). Dem Kreisgrundbuchamt wird es auch obliegen zu prüfen, ob und welche Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen sind.

6. Bei diesem Verfahrensausgang trägt der Kanton Bern die Verfahrenskosten (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 VRPG).

#### **Aus diesen Gründen wird erkannt:**

1. Die schriftliche Mitteilung vom 6. März 2001 des Kreisgrundbuchamts wird – soweit sie als Verfügung zu qualifizieren ist - von Amtes wegen aufgehoben.
2. Der Antrag betreffend die Anmerkung des Wässerungsrechts wird als Gesuch zur näheren Prüfung an das Kreisgrundbuchamt weitergeleitet.
3. Die Verfahrenskosten trägt der Kanton Bern.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.