Urteilskopf

100 II 105

19. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. März 1974 i.S. H. Kracht's Erben und Aktiengesellschaft Rosau gegen Stadt Zürich.
Regeste (de):
Altrechtliche Reallast; intertemporales Recht (Art. 2 und 17 SchlT/ZGB).

1. Eine unter dem alten zürcherischen Recht gültig errichtete Reallast, gemäss welcher der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet ist, auf eine diesem Grundstück zustehende Bauverbotsdienstbarkeit nicht zu verzichten, steht weiterhin unter dem alten Recht, soweit sie nicht mit Bestimmungen des neuen Rechts in Widerspruch steht, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden sind (Erw. 1).

2. Eine Vorschrift hat nicht schon dann Ordre-public-Charakter, wenn sie zwingender Natur ist, sondern nur, wenn sie grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen des Gesetzgebers verkörpert (Erw. 2).

3. Prüfung der Ordre-public-Widrigkeit der streitigen Reallast unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Untrennbarkeit der Dienstbarkeit vom berechtigten Grundstück (Erw. 3a), der Identität der Dienstbarkeit (Erw. 3b) sowie des Verbots der Mehrbelastung des dienenden Grundstücks (Erw. 3c).

Regeste (fr):
Charge réelle de l'ancien droit: droit transitoire (art. 2 et 17 Tit. fin. CC).

1. Une charge réelle valablement créée sous l'ancien droit zurichois et selon laquelle le propriétaire qui possédait à l'époque un bien-fonds s'est engagé à ne pas renoncer à une servitude de non-construire dont bénéficiait son terrain, continue à être régie par l'ancien droit pour autant qu'elle ne soit pas en opposition avec les dispositions du droit en vigueur relatives au respect de l'ordre public et au maintien des bonnes moeurs (consid. 1).

2. Une disposition n'a pas le caractère de prescription d'ordre public parce qu'elle est de nature contraignante, mais elle l'acquiert uniquement dans la mesure où elle est l'expression des conceptions fondamentales du législateur en matière de politique sociale et d'éthique (consid. 2).

3. Examen du caractère contraire à l'ordre public de la charge réelle litigieuse sous l'angle du principe du caractère inséparable de la servitude avec le bien-fonds titulaire du droit (consid. 3a), de l'identité de la servitude (consid. 3b), ainsi que de l'interdiction de créer une aggravation de la servitude (consid. 3c).

Regesto (it):
Onere fondiario del vecchio diritto; diritto intertemporale (art. 2 e 17 Tit. fin. CC).

1. Un onere fondiario costituito sotto l'impero del vecchio diritto zurighese e che obbliga il proprietario attuale di un fondo a non rinunciare a una servitù attiva di non costruire è ulteriormente valida in virtù del vecchio diritto, ritenuto tuttavia che non sia in conflitto con norme del diritto vigente, emanate a tutela dell'ordine pubblico e dei buoni costumi (consid. 1).

2. Una norma non è di ordine pubblico già perchè di carattere imperativo, ma solo se promulgata a scopi di politica sociale e a tutela di principi morali (consid. 2).

3. Esame del carattere contrario all'ordine pubblico dell'onere fondiario litigioso dal profilo del principi dell'indivisibilità della servitù dal fondo dominante (consid. 3a) e dell'identità della servitù (consid. 3b), nonchè da quello del divieto dell'eccessivo aggravamento del fondo servente (consid. 3c).

Sachverhalt ab Seite 106

BGE 100 II 105 S. 106

A.- Zur Liegenschaft Kat. Nr. 851 des Hotels Baur au Lac in Zürich (im folgenden als Liegenschaft Baur bezeichnet) gehört ein relativ langgezogener Vorgarten, der von der seeseitigen Front des Hotels bis zum General-Guisan-Quai reicht und im Westen an das Flüsschen "Schanzengraben" grenzt. Der unmittelbar an den General-Guisan-Quai grenzende südlichste Teil dieses Hotelgartens darf auf Grund einer im Jahre 1843 zugunsten der Stadt Zürich begründeten Personaldienstbarkeit nicht überbaut werden; diese Dienstbarkeit liegt nicht im Streit.
Eine weitere Bauverbotsservitut bezüglich des Hotelgartens wurde im Jahre 1845 als Grunddienstbarkeit zugunsten der nur durch den "Schanzengraben" getrennten Nachbarliegenschaft begründet. Diese Liegenschaft besteht heute aus den Parzellen Kat. Nr. 1434, 1435 und 2563; auf der Parzelle Kat. Nr. 1434 befindet sich die in den Jahren 1843/44 erstellte Villa Rosau. (Die servitutsberechtigten Parzellen werden nachfolgend als Liegenschaft Rosau bezeichnet.) Nach dem bei Einführung des Grundbuchs bereinigten Wortlaut dieser Grunddienstbarkeit dürfen Bauten auf der Liegenschaft Baur
"nicht über die Linie der nördlichen Hauptseite des Gebäudes Assek. Nr. 195 auf Kat. Enge Nr. 1434 hinausgesetzt werden, sodass für die dem Schanzengraben zugekehrte Nebenseite des Gebäudes Assek. Nr. 195 die freie Aussicht auf die Anlagen vor dem Gebäude Assek. Nr. 520 und auf den jenseits derselben befindlichen, der Stadt Zürich gehörenden öffentlichen Platz offen gehalten wird. Diese Dienstbarkeit gilt zu Gunsten der Grundstücke Kat. Nr. 1434, 1435 und 1436 Enge."

BGE 100 II 105 S. 107

Das Gebäude Assek. Nr. 195 ist die Villa Rosau, das Gebäude Assek. Nr. 520 das Hotel Baur au Lac. Bestand und Inhalt dieser Dienstbarkeit sind als solche unbestritten. Sie bildet aber Gegenstand der im folgenden zu behandelnden dinglichen Verpflichtung.

B.- Im Zusammenhang mit der Erstellung der Quaianlagen (der heutige General-Guisan-Quai und das Land westlich der Villa Rosau wurden durch Seeaufschüttung gewonnen) wurde am 22. Oktober 1885 zwischen der Direktion der Quaibauten namens der Gemeinden Zürich, Riesbach und Enge einerseits und den damaligen Eigentümern der Liegenschaft Rosau anderseits ein Vertrag abgeschlossen, in dem unter anderem folgendes vereinbart wurde: "Die Nachkommen des Herrn Paul Wunderli sel. übernehmen für sich und die zukünftigen Eigentümer des Hauses Nr. 195 die Verpflichtung, auf das ihnen zustehende auf dem Ausgelände des Herrn Theodor Baur in Zürich als Servitut haftende dingliche Recht, welches im Grundprotokoll folgendermassen erwähnt ist: "..." ohne Einwilligung der Stadt Zürich nicht zu verzichten und darauf gestützt Herrn Baur und seinen Rechtsnachfolgern Bauten in dem servitutsbelasteten Garten, Katasternro 505, zu verwehren." Bei der Fertigung, vollzogen am 25. Mai 1887, wurde diese Verpflichtung ausdrücklich als dinglich bezeichnet. Anlässlich der Einführung des eidgenössischen Grundbuches im Kreis Zürich-Enge wurde sie gestützt auf Art. 45 SchlT/ZGB als altrechtliche dingliche Verpflichtung, auf ein Dienstbarkeitsrecht nicht zu verzichten und Bauten zu verwehren, zulasten der Liegenschaft Rosau und zugunsten der Stadt Zürich angemerkt. Die Liegenschaft Baur steht heute im Eigentum der Kollektivgesellschaft H. Kracht's Erben. Die Liegenschaft Rosau ihrerseits steht in Eigentum der Aktiengesellschaft Rosau, deren Aktien sich in den Händen der Kollektivgesellschaft H. Kracht's Erben befinden. Diese möchte die Bauverbotsdienstbarkeit, die zugunsten der Liegenschaft Rosau auf

der Liegenschaft Baur lastet, löschen lassen. Sie gelangte am 24. Dezember 1938, am 29. April 1958 und am 17. Dezember 1964 mit dem Gesuch an die Stadt Zürich, der Löschung der Dienstbarkeit zuzustimmen. Die Stadt Zürich wies diese Gesuche ab.
Das dienstbarkeitsbelastete Gebiet der Liegenschaft Baur gehört nach der am 1. Dezember 1969 in Kraft getretenen

BGE 100 II 105 S. 108

Bauordnung der Stadt Zürich in die Freihaltezone. Die Frage der Entschädigungspflicht der Stadt Zürich für diese öffentlichrechtliche Baubeschränkung wird massgebend davon beeinflusst, ob die auf der Liegenschaft Baur lastende Grunddienstbarkeit gelöscht werden kann. Aus diesem Grunde haben die Kollektivgesellschaft H. Kracht's Erben und die von ihr wirtschaftlich beherrschte Aktiengesellschaft Rosau ein grosses Interesse daran zu wissen, ob die seinerzeit zugunsten der Stadt Zürich eingegangene dingliche Verpflichtung der jeweiligen Eigentümer der Liegenschaft Rosau, auf die Grunddienstbarkeit nicht zu verzichten und Bauten zu verhindern, zu Recht bestehe.

C.- Mit Klage gegen die Stadt Zürich vom 18. November 1965 unterbreiteten die Kollektivgesellschaft H. Kracht's Erben und die Aktiengesellschaft Rosau dem Bezirksgericht Zürich folgende Streitfrage zur Beurteilung: "Ist festzustellen, dass die im Grundbuch Enge-Zürich angemerkte altrechtliche dingliche Verpflichtung, auf eine Dienstbarkeit nicht zu verzichten und Bauten zu verwehren, angemerkt zu Lasten der Kat. Nrn. 1434, 1435 und 1436 (neu Kat. Nr. 2563) der Aktiengesellschaft Rosau und zu Gunsten der Stadt Zürich, ungültig ist, und ist das Grundbuchamt Enge-Zürich anzuweisen, diese Anmerkung zu löschen?" Durch Urteil vom 12. Juli 1968 wurde die Klage abgewiesen. Eine Berufung gegen diesen Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 22. Juli 1971 abgewiesen.

D.- Gegen das obergerichtliche Urteil reichten die Klägerinnen sowohl Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich als auch Berufung an das Bundesgericht ein. In der Berufung stellten sie den Antrag auf Gutheissung der Klage. In Anwendung von Art. 57 OG wurde das bundesgerichtliche Verfahren bis zur Erledigung der kantonalrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde sistiert. Mit Beschluss vom 17. August 1973 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Hierauf wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt. Die Beklagte stellte darin den Antrag, auf die Berufung sei nicht einzutreten eventuell sei sie abzuweisen.

BGE 100 II 105 S. 109

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Die Vorinstanz hat auf Grund des zur Zeit des Vertragsschlusses anwendbaren zürcherischen Rechts geprüft, ob die streitige Verpflichtung gültig zustandekommen sei. Sie hat damit die Grundsätze des schweizerischen intertemporalen Privatrechts unbestrittenermassen richtig angewendet, denn nach Art. 1 Abs 1 und 2 SchlT/ZGB werden Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des ZGB eingetreten sind, nach dem damaligen Recht beurteilt. Art. 17 SchlT/ZGB, der von den dinglichen Rechten im besonderen handelt, ändert jedenfalls hin-

sichtlich deren Entstehung nichts an dieser Grundregel. In Anwendung des zürcherischen Privatrechts, das zur Zeit der Begründung der streitigen dinglichen Verpflichtung galt, gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass es sich bei dieser Verpflichtung um eine Reallast im Sinne der §§ 755 ff. des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich in der Fassung von 1853, in Kraft seit dem 31. März 1854 (PGB), handle. Der jeweilige Eigentümer der Liegenschaft Rosau sei danach mit der Verpflichtung belastet, auf die dieser Liegenschaft zulasten der Liegenschaft Baur zustehende Dienstbarkeit nicht zu verzichten, sondern sie aufrechtzuerhalten und bei drohender Verletzung geltend zu machen, wobei der Wert der Liegenschaft Rosau für die Erfüllung Sicherheit biete. Diese Verpflichtung sei an sich unbefristet, jedoch gegen Entschädigung ablösbar, und sie falle dahin, wenn die Dienstbarkeit für das Grundstück Rosau objektiv kein Interesse mehr habe. Sie entfalte grundsätzlich nur obligatorische Wirkungen und könne somit nicht direkt gegenüber dem Eigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks geltend gemacht werden. Dinglichen Charakter habe sie nur insofern, als sie den jeweiligen Eigentümer der Liegenschaft Rosau treffe und der Wert dieser Liegenschaft für die Folgen der Nichterfüllung hafte. Die Verpflichtung behindere den Eigentümer der Liegenschaft Rosau in seiner Verfügung über die Dienstbarkeit nicht, abgesehen von dem einzigen Fall, dass durch den Verzicht auf sie der Wert des Grundstückes nicht mehr ausreichende Sicherheit für den Schadenersatz böte, der infolge der Verletzung der Verpflichtung geschuldet werde. b) Soweit die Vorinstanz entschied, dass eine Verpflichtung mit dem soeben umschriebenen Inhalt nach dem früheren zürcherischen

Privatrecht möglich gewesen sei, kann ihr Urteil vom Bundesgericht nicht überprüft werden, da keine Verletzung von Bundesrecht in Frage steht. Darüber besteht zwischen den Parteien keine Meinungsverschiedenheit. Sie sind sich auch darin einig, dass die streitige Verpflichtung nach dem neuen Recht nicht mehr als dingliche, nämlich als Grundlast im Sinne von Art. 782 ZGB, begründet werden könnte. Dem steht die Vorschrift in Absatz 3 des eben erwähnten Artikels entgegen, wonach eine Grundlast nur eine Leistung zum Inhalt haben kann, die sich entweder aus der Natur des belasteten Grundstücks ergibt oder die für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstückes bestimmt ist. Keine dieser Voraussetzungen trifft auf die in Frage stehende Verpflichtung zu, denn diese ergibt sich nicht aus der Natur der Liegenschaft Rosau als belastetem Grundstück noch ist sie für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstückes bestimmt (berechtigt ist die Stadt Zürich). Ist davon auszugehen, dass das streitige Recht als ein dingliches gültig begründet wurde und beim Inkrafttreten des ZGB bestand, so ist es nach Art. 17 Abs. 1 SchlT/ZGB grundsätzlich auch unter dem neuen Recht anzuerkennen. Weil seine Errichtung nach dem ZGB nicht mehr möglich wäre, bestimmt sich sein Inhalt gemäss Art. 17 Abs. 3 SchlT/ZGB nach dem früheren Recht und konnte es nach Art. 45 Abs. 1 SchlT/ZGB im Grundbuch nicht eingetragen, sondern lediglich angemerkt werden. Die Vorinstanz hat den Inhalt des streitigen Rechtsverhältnisses somit richtigerweise auf Grund des früheren zürcherischen Rechts ermittelt. Auch insoweit entzieht sich der angefochtene Entscheid der Überprüfung durch das Bundesgericht. c) Nach Art. 2 SchlT/ZGB entfalten Bestimmungen des ZGB, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, unter Vorbehalt abweichender Regeln rückwirkende Kraft. Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr. Diese Ausnahme vom sonst massgebenden Grundsatz der Nichtrückwirkung muss auch für jene dinglichen Rechte gelten, die nach dem neuen Recht nicht mehr errichtet werden könnten und deren Inhalt sich gemäss Art. 17 Abs. 3 SchlT/ZGB nach dem

bisherigen Recht bestimmt (BGE 93 II 75 /76, BGE 79 II 405 /406. Erw. 5, BGE 49 II 335 /336; LEEMANN, N. 62 zu Art. 782 und N. 18/19 zu Art. 788 ZGB; LIVER, N. 214-216 zu Art. 734 und N. 200 zu Art. 736 ZGB). Soweit in BGE 94 II 247 /248 Erw. 9b unter Berufung auf MUTZNER (N. 17 der Vorbemerkungen zum Ersten Abschnitt des SchlT/ZGB sowie N. 83 zu Art. 17 SchlT/ZGB) beiläufig eine andere Ansicht vertreten wurde, kann daran nicht festgehalten werden. Die Auffassung Mutzners hätte zur Folge, dass die Vorbehaltsklausel gerade dann nicht angewendet werden dürfte, wenn ein dingliches Recht so sehr von den heutigen Anschauungen abweicht, dass es gar nicht mehr begründet werden könnte, und deshalb die Gefahr eines Widerspruchs mit der öffentlichen Ordnung in besonderem Masse besteht. Die Klägerinnen machen nun geltend, das streitige Recht der Stadt Zürich sei mit zwingenden und um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellten Grundsätzen des Dienstbarkeitenrechts des ZGB nicht vereinbar, mit Grundsätzen also, die für die Bauverbotsdienstbarkeit der Liegenschaft Rosau zulasten der Liegenschaft Baur gälten. Richtig ist, dass für den gesetzlichen Inhalt dieser Dienstbarkeit gemäss Art. 17 Abs. 2 SchlT/ZGB das neue Recht massgebend ist, obwohl sie ebenfalls unter dem alten Recht errichtet wurde; im Unterschied zum streitigen Recht kann eine solche Servitut jedoch auch unter der Herrschaft des ZGB begründet werden, weshalb Art. 17 Abs. 3 SchlT/ZGB keine Anwendung findet. Es stellt sich somit die Frage, ob das im Streite liegende Recht der Stadt Zürich mit seinem vom Bundesgericht nicht überprüfbaren altrechtlichen Inhalt gegen Bestimmungen des ZGB verstosse, die im Sinne von Art. 2 SchlT/ZGB um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind. Dabei handelt es sich um eine Frage bundesrechtlicher Natur, so dass die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts in dieser Hinsicht gegeben ist. Die abweichende Auffassung der Beklagten und der darauf gestützte Nichteintretensantrag sind nicht begründet. Der angefochtene Entscheid beruht in diesem Punkt auf Bundesrecht, dessen Anwendung mit der Berufung beanstandet wird. Ob nach dem früheren zürcherischen Recht bereits die gleichen Grundsätze für Dienstbarkeiten massgebend waren wie nach dem ZGB, kann das Bundesgericht

zwar nicht prüfen. Selbst wenn die Vorinstanz das frühere Recht diesbezüglich unrichtig oder überhaupt nicht angewendet haben sollte, muss es aber möglich sein, im Berufungsverfahren zu rügen, das dem früheren Recht unterliegende Rechtsverhältnis verstosse gegen Bestimmungen des neuen Rechts, denen im Sinne von Art. 2 SchlT/ZGB Ordrepublic-Charakter zukomme (MUTZNER, N. 17 zu Art. 2 SchlT/ZGB).

2. Damit der Ordre-public-Charakter einer Vorschrift bejaht werden kann, genügt es nicht, dass es sich um eine Vorschrift zwingender Natur handelt. Die streitige altrechtliche Verpflichtung wäre also nicht schon dann ungültig, wenn sie gegen zwingende Grundsätze des heutigen Dienstbarkeitsrechtes verstossen würde. Die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit rechtfertigen die rückwirkende Anwendung, einer Norm vielmehr erst dann, wenn diese zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört, wenn sie mit andern Worten grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert (BGE 93 II 382 Erw. 4a, BGE 84 II 183 /184; MUTZNER, N. 28 zu Art. 2 SchlT/ZGB; BROGGINI, in Schweizerisches Privatrecht, I, S. 451). Diese Eigenschaft kommt nach der Rechtsprechung etwa dem aus Art. 2 und 27 ZGB ableitbaren Verbot übermässiger zeitlicher Bindung durch obligatorische Rechtsgeschäfte zu (BGE 97 II 395) oder dem in Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ausgesprochenen Grundsatz, dass eine Grundlast jedenfalls nach dreissigjährigem Bestand abgelöst werden kann (BGE 93 II 75 /76). Dabei ist zu beachten, dass ein altrechtliches Rechtsinstitut nur dann als im Widerspruch zum Ordre public stehend zu betrachten ist, wenn die nach der alten Rechtsordnung eintretende Rechtswirkung im konkreten Fall nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechen würde (MUTZNER, N. 84 zu Art. 17 und N. 17 zu Art. 2 SchlT/ZGB; vgl. auch BGE 84 II 184, BGE 43 II 8 /9).

3. Die Klägerinnen machen unter Hinweis auf ein ihre Auffassung stützendes Gutachten von Prof. Liver geltend, die altrechtliche Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers der Liegenschaft Rosau, auf die Bauverbotsdienst-

barkeit zulasten der Liegenschaft Baur ohne Einwilligung der Stadt Zürich nicht zu verzichten und gestützt darauf die Erstellung von Bauten im servitutsbelasteten Garten zu verhindern, verletze

BGE 100 II 105 S. 113

zwingende und um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte Grundsätze des Dienstbarkeitsrechts des ZGB. Diese Grundsätze erblicken sie vor allem in der Untrennbarkeit der Grunddienstbarkeit vom berechtigten Grundstück und in der Wahrung der Identität der Dienstbarkeit bei deren Ausübung. Die streitige Verpflichtung widerspricht nach ihrer Auffassung somit insbesondere dem Verbot, dass eine Grunddienstbarkeit ohne gleichzeitige Übertragung des berechtigten Grundstücks weder ganz noch teilweise übertragen und dass sie auch zu keinem andern Zweck ausgeübt werden kann als zu jenem, zu welchem sie begründet wurde. Die Verletzung dieser Grundsätze führe, so machen die Klägerinnen geltend, zu einer unzulässigen Verschlechterung der Stellung des Eigentümers der servitutsbelasteten Liegenschaft; diesem sei nicht zuzumuten, dass Ausübung und Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit von den Interessen dritter, am Servitutsverhältnis nicht beteiligter Personen abhängig gemacht werde. a) Aus dem Wesen der Grunddienstbarkeit als einem Recht, das mit dem Eigentum an einem Grundstück unlösbar verknüpft ist, ergibt sich, dass sie für sich allein weder ganz noch teilweise übertragen und daran auch kein beschränktes dmgliches Recht begründet werden kann (LIVER, N. 40 zu Art. 730 und N. 44 zu Art. 734 ZGB; LEEMANN, N. 11 zu Art. 730 ZGB). Die Vorinstanz hat diesen im ZGB zwar nicht ausgesprochenen, sich daraus jedoch ohne Zweifel ergebenden Grundsatz nicht in Frage gestellt, sondern ausdrücklich anerkannt. Sie vertritt indessen die Auffassung, im streitigen Rechtsverhältnis liege keine Übertragung oder dingliche Belastung der Grunddienstbarkeit; diese stehe vielmehr nach wie vor einzig der Eigentümerin der Liegenschaft Rosau zu; die altrechtliche Verpflichtung habe der Stadt Zürich lediglich Rechte gegenüber dem jeweiligen Eigentümer dieser Liegenschaft verschafft und nicht auch gegenüber dem Eigentümer der servitutsbelasteten Liegenschaft Baur. Durch die streitige Reallast wird der jeweilige Eigentümer der Liegenschaft Rosau verpflichtet, die Bauverbotsdienstbarkeit zulasten der Liegenschaft Baur ohne Zustimmung der Beklagten nicht aufzugeben und sie auszuüben. Darin liegt keine Verfügung über das Recht, sondern eine Verpflichtung bezüglich dessen Ausübung. Der Dienstbarkeitsberechtigte bleibt

BGE 100 II 105 S. 114

alleiniger Inhaber der Dienstbarkeit, und er übt weiterhin sein eigenes Recht aus. Von einer Übertragung oder Abtretung der Dienstbarkeit an die Stadt Zürich kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Auch eine dingliche Belastung der Dienstbarkeit als solcher liegt nicht vor, denn die von der Vorinstanz als Reallast qualifizierte altrechtliche Verpflichtung lastet auf der Liegenschaft Rosau als Ganzer und nicht nur auf der zu deren Gunsten bestehenden Bauverbotsservitut. Hingegen fragt es sich, ob der aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigte einem Dritten gegenüber Verpflichtungen obligatorischer Natur hinsichtlich der Ausübung und der Aufrechterhaltung seines Rechtes eingehen darf. Diese Frage wird von den Kommentatoren verschieden beantwortet. LEEMANN bejaht die Möglichkeit der Begründung obligatorischer Rechte an einer Grunddienstbarkeit und nennt als Beispiel hiefür den Fall, "dass der auf den Bezug von Wasser Berechtigte einem Dritten das Recht einräumt, das betreffende Wasser seinem Grundstück zuzuleiten". Er hält eine solche Vereinbarung für zulässig, sofern sich daraus keine Mehrbelastung zum Nachteil des Servitutsbelasteten ergibt (N. 12 zu Art. 730 ZGB). LIVER hingegen verneint die Zulässigkeit der Einräumung obligatorischer Rechte an Grunddienstbarkeiten mit der Begründung, der Eigentümer des berechtigten Grundstücks werde die Dienstbarkeit nur dann durch Vermietung, Verpachtung oder Verleihung ausnützen, wenn er mangels eigenen Bedürfnisses oder aus einem andern Grunde nicht in der Lage sei, von ihr selber vollen Gebrauch zu machen, so dass die Dienstbarkeit

zum Vorteil des Eigentümers des belasteten Grundstücks nur schwach genutzt oder unausgeübt bleibe, wenn ihre Ausnützung nicht Drittpersonen eingeräumt werden dürfe (N. 42 zu Art. 730 ZGB). In seinem Rechtsgutachten führt Liver überdies aus, die Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit unabhängig von den Bedürfnissen des Servitutsberechtigten würde dazu führen, dass die Grunddienstbarkeit hinsichtlich ihres Bestandes zu einer Personaldienstbarkeit gemacht und zugleich auf einen Dritten übertragen würde, was ohne Mitwirkung des Eigentümers des belasteten Grundstückes ausgeschlossen sei. Den Klägerinnen ist einzuräumen, dass die obligatorische Verpflichtung des Dienstbarkeitsberechtigten gegenüber einem Dritten, sein Recht nicht aufzugeben und es tatsächlich auszuüben,

zu einer Loslösung der Grunddienstbarkeit von den persönlichen Interessen des Berechtigten führen kann. Auch wenn dieser an der Aufrechterhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit aus irgendwelchen Gründen kein eigenes Interesse mehr hat, ist er durch die dem Dritten gegenüber eingegangene Verpflichtung gebunden und muss auf seinem Recht bestehen. Es gibt allerdings auch andere Fälle, in denen Umfang und Intensität der Ausübung einer Grunddienstbarkeit nicht durch die persönlichen Interessen des daraus Berechtigten bestimmt werden. Wenn der Dienstbarkeitsberechtigte einem Dritten ein Nutzungsrecht am Grundstück als solchem einräumt, sei es ein dingliches wie die Nutzniessung oder ein obligatorisches wie Miete und Pacht, erstreckt sich dieses Nutzungsrecht auch auf die zugunsten des Grundstücks bestehenden Grunddienstbarkeiten (LIVER, N. 40 und 41 zu Art. 730, N. 25 ff. zu Art. 739 ZGB). Der Servitutsbelastete muss es in diesen Fällen hinnehmen, dass sich die Ausübung der Dienstbarkeit nach den Bedürfnissen des Nutzungsberechtigten und nicht nach jenen des Liegenschafteneigentümers richtet. So hat es z.B. der Belastete zu dulden, dass ein umfangmässig nicht beschränktes Wegrecht über sein Grundstück viel intensiver ausgeübt wird, wenn der alleinstehende Dienstbarkeitsberechtigte die bisher selbstbewohnte Liegenschaft verlässt und diese einer kinderreichen Familie vermietet, die den betreffenden Weg viel häufiger benützt. Es fragt sich nun, ob die Einräumung obligatorischer Rechte in Bezug auf Grunddienstbarkeiten nur dann zulässig sein soll, wenn dem Dritten ein Nutzungsrecht an der Liegenschaft selbst verliehen wird. Diese Frage ist im Falle positiver Dienstbarkeiten, die auch als affirmative bezeichnet werden und die dem Berechtigten die Befugnis zu einem Tun geben, währenddem sie dem Belasteten eine Duldungspflicht auferlegen (vgl. LIVER, N. 4, und LEEMANN, N. 16 zu Art. 730 ZGB), in aller Regel ohne weiteres zu bejahen. Es springt in die Augen, dass der Berechtigte emem Dritten, dem kein Nutzungsrecht an der Liegenschaft selbst zusteht, nicht die Befugnis verleihen darf, die Dienstbarkeit auszuüben, also z.B. den Dienstbarkeitsweg zu benützen; sonst würde in der Tat der für die Grunddienstbarkeit typische Zusammenhang zwischen Berechtigung und Grundstück aufgehoben. Nicht gleich verhält es sich indessen bei negativen Dienstbarkeiten, die den

Belasteten zur Unterlassung bestimmter Handlungen verpflichten. Hier ist es möglich, die Servitutsausübung in den Dienst von Drittinteressen zu stellen, ohne dem Dritten das Recht zur Ausübung der Dienstbarkeit einräumen zu müssen. Die Servitut wird weiterhin nur durch den Berechtigten ausgeübt, allerdings nicht mehr nach seinem freien Willen, sondern in Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung. Durch diese Verpflichtung wird wohl das Interesse an der Servitutsausübung von der Person des Dienstbarkeitsberechtigten auf einen Dritten verlagert, nicht aber das Recht als solches oder dessen Ausübung diesem übertragen. Der Grundsatz der Unübertragbarkeit der Grunddienstbarkeit wird daher durch die streitige Verpflichtung nicht verletzt, jedenfalls nicht in einem Mass, die dem Ordre public widersprechen würde. b) Unter Identität der Dienstbarkeit wird der

Grundsatz verstanden, dass die Ausübung einer Dienstbarkeit nur im Rahmen des ursprünglichen Zweckes zulässig ist, zu dem sie begründet wurde; fällt dieser dahin, darf die Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden, sondern ist auf Begehren des Belasteten zu löschen (LIVER, N. 58 ff., 66, 146 ff., 153, 155 ff. zu Art. 736 und N. 2 zu Art. 739 ZGB). Das Bundesgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung diesen Grundsatz in Anlehung an Liver ausdrücklich anerkannt (BGE 94 II 149 /150 Erw. 7; BGE 92 II 94 Erw. 4 mit Hinweisen). Die Klägerinnen machen nun geltend, die streitige Verpflichtung verstosse gegen den Grundsatz der Identität, weil sie den Eigentümer der Liegenschaft Rosau zwinge, die Dienstbarkeit zu einem andern als dem ursprünglichen Zweck, der auf Erhaltung der Aussicht gerichtet war, auszuüben; die Stadt Zürich sei nämlich wegen der Bewahrung des Stadtbildes an der Nichtüberbauung des Vorgartens der Liegenschaft Baur interessiert, was einem völlig anderen Zweck als dem ursprünglichen gleichkomme. Das städtebauliche Interesse der Stadt Zürich an der Freihaltung des servitutsbelasteten Landes geht ohne Zweifel wesentlich über den servitutarischen Zweck, der Liegenschaft Rosau die freie Aussicht auf die Anlagen vor dem Hoten Baur und auf den jenseits derselben befindlichen öffentlichen Platz zu erhalten, hinaus. In einem gewissen Bereich decken sich jedoch die beiden Zwecke. Soweit die aus städtebaulichen Gründen angestrebte Freihaltung des Hotelgartens sowie die

freie Aussicht von der Liegenschaft Rosau auf und über diesen Garten mit dem gleichen Mittel des Bauverbots verwirklicht werden können, geht der speziellere Zweck der Aussichtserhaltung im andern auf. Der Schutz des Stadtbildes umfasst zwar nicht nur, aber auch den Ausblick von der Liegenschaft Rosau gegen die Liegenschaft Baur. Die städtebaulich motivierte Freihaltung des Hotelgartens bezieht sich auf sämtliche Anblicke dieses Gartens. Die Aussichtsservitut zielt demgegenüber nur auf die Erhaltung der Aussicht in einer bestimmten Blickrichtung ab. Es lässt sich nicht verhindern, dass die Bewahrung dieser Aussicht nicht bloss dem Dienstbarkeitsberechtigten, sondern gleichzeitig auch andern Liegenschaften und einer weiteren Öffentlichkeit zugute kommt. In diesem besonderen Ausschnitt des Blickfeldes stimmen der städtebauliche und der servitutarische Freihaltungszweck überein. Die Aufrechterhaltung und Ausübung der Aussichtsservitut dient insoweit zwangsläufig auch dem Interesse der Stadt an der Nichtüberbauung des Hotelgartens. Hätte die Beklagte nicht nur die streitige Reallast, sondern die Liegenschaft Rosau selber erworben, so könnte ihr das Recht nicht abgesprochen werden, an der Aussichtsservitut zulasten der Liegenschaft Baur festzuhalten, weil mit deren Ausübung gleichzeitig der für sie bedeutendere städtebauliche Freihaltungszweck wahrgenommen würde. Solange das ursprüngliche Interesse an der Bewahrung der freien Aussicht objektiv noch vorhanden ist, hätte die Stadt Zürich ungeachtet des Überwiegens ihres Interesses an der Erhaltung des Stadtbildes Anspruch auf Weiterbestand der Dienstbarkeit. Wenn dem aber so ist, kann auch in der Einräumung des streitigen Rechts keine Verletzung des Grundsatzes der Identität erblickt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit nicht dahingefallen, sondern auch heute noch aktuell ist. Wie im angefochtenen Urteil für das Bundesgericht verbindlich festgestellt wird, ist dies jedoch der Fall. Die streitige Verpflichtung steht daher auch in dieser Hinsicht nicht im Widerspruch zum Ordre public. c) Unter Berufung auf das Gutachten von Prof. Liver machen die Klägerinnen schliesslich geltend, es führe zu einer erheblichen und daher unzulässigen Mehrbelastung des dienenden Grundstückes, wenn sich der Eigentümer des herrschenden Grundstückes gegenüber einem Dritten verpflichten

könne, die Dienstbarkeit unabhängig von seinen eigenen Bedürfnissen aufrechtzuerhalten und durchzusetzen.

Ob eine Mehrbelastung durch die Dienstbarkeit erheblich und somit gemäss Art. 739 ZGB unzulässig sei, ist ebenso wie die Abwägung des Interesses am Fortbestand der Dienstbarkeit im Falle von deren Ablösung nach einem objektiven Massstab zu beurteilen. In beiden Fällen ist vom Interesse auszugehen, das die Dienstbarkeit zur Zeit ihrer Begründung für das herrschende Grundstück hatte (BGE 91 II 194; BGE 92 II 93 /94 Erw. 3; BGE 94 II 148 f.). Dieses Interesse ist mit dem heutigen zu vergleichen. Das heutige Interesse an der Dienstbarkeit ist auf Grund objektiver Gegebenheiten zu ermitteln; auf die individuellen Bedürfnisse, die Neigungen und Launen des gegenwärtigen Eigentümers des herrschenden Grundstücks ist nicht Rücksicht zu nehmen. Massgebend ist vielmehr der Nutzen, den die Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück hat (LIVER, N. 150 und 152 zu Art. 736 und N. 8 zu Art. 739 ZGB). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass ein Bedürfnis der Liegenschaft Rosau am Fortbestand der Aussichtsservitut immer noch bestehe und von erheblicher Bedeutung sei. Der von den Klägerinnen hervorgehobene Umstand, dass der pekuniäre Wert der Dienstbarkeit nicht mehr in ihrem ursprünglichen Zweck liege, sondern in der Möglichkeit ihrer vertraglichen Aufhebung gegen Entgelt, fällt wohl bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ins Gewicht, kann aber im vorliegenden Zusammenhang nicht ausschlaggebend sein. Da die Servitut auch heute noch den gleichen Bedürfnissen dient wie zur Zeit ihrer Begründung, kann in der Verpflichtung, sie aufrechtzuerhalten und durchzusetzen, keine unzulässige Mehrbelastung des Eigentümers des dienenden Grundstücks erblickt werden. Die Grunddienstbarkeit wird durch diese Verpflichtung nicht von den Bedürfnissen des berechtigten Grundstückes unabhängig gemacht. Diese Bedürfnisse bleiben vielmehr für die Beurteilung des Interesses am Fortbestand der Servitut ausschliesslich massgebend. So kann insbesondere die Ablösung der Dienstbarkeit gemäss Art. 736 ZGB verlangt werden, sobald die Bedürfnisse des Grundstückes deren Fortbestand nicht mehr rechtfertigen.
Zuzugeben ist den Klägerinnen allerdings, dass die streitige Verpflichtung zu einer Loslösung der Dienstbarkeit von den

individuellen Bedürfnissen des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks führt. Der Dienstbarkeitsbelastete geht damit der Möglichkeit verlustig, einen am Fortbestand der Servitut aus persönlichen Gründen nicht besonders interessierten Berechtigten zur Aufgabe seines Rechts zu bewegen. Zu denken ist vor allem an den Fall, dass der Berechtigte im Hinblick auf enge persönliche Beziehungen zum Belasteten oder wegen eines verlockenden finanziellen Angebots bereit wäre, auf sein Recht zu verzichten, mit Rücksicht auf die streitige Verpflichtung jedoch davon absieht. Darin liegt indessen keine Verschlechterung der Stellung des Belasteten, die mit den Grundsätzen des Dienstbarkeitsrechtes unvereinbar wäre. Die individuellen Bedürfnisse und Interessen des Berechtigten haben wie gesehen in der Regel keine rechtliche Bedeutung für den Bestand und die Ablösbarkeit einer Grunddienstbarkeit. Es ist deshalb nicht als unzulässige Mehrbelastung des dienenden Grundstücks zu betrachten, wenn der Fortbestand der Servitut von diesen rein persönlichen Interessen des Berechtigten unabhängig gemacht und dessen allfällige Verzichtsbereitschaft eingeschränkt oder aufgehoben wird. So hat der Belastete es unbestrittenermassen zu dulden, dass der Berechtigte einem Dritten ein dingliches oder obligatorisches Nutzungsrecht an der Liegenschaft selber einräumt und auf diese Weise einen Verzicht auf die Servitut für die Dauer des Rechts praktisch verunmöglicht. Der Berechtigte kann sich der Möglichkeit, aus freiem Willen auf die Dienstbarkeit zu verzichten, sodann auch dadurch begeben, dass er sein Grundstück verpfändet; denn in diesem Fall kann er die Servitut nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger löschen lassen (BGE 82 I 38; HOMBERGER, N. 10 zu Art. 964 ZGB; LIVER, N. 38 zu Art. 730, N. 29 ff. zu Art. 734 und N. 190 zu Art. 737 ZGB; LEEMANN, N. 5 zu Art. 734 ZGB). Nach Liver ist für die Löschung einer Dienstbarkeit in gewissen Fällen sogar die Zustimmung der Inhaber von Grunddienstbarkeiten am herrschenden Grundstück erforderlich, so etwa, wenn der an einem Quellengrundstück zum Bezug von Wasser Berechtigte sein Grundstück mit einem Tränkerecht belastet hat (N. 40 zu Art. 730 ZGB und Nachtrag dazu, N. 34 zu Art. 734 und insbesondere N. 188 zu Art. 737 ZGB). Diese Beispiele zeigen, dass der Belastete keinen Anspruch darauf hat, dass der allfällige Verzichtwille des Berechtigten

nicht durch Bindungen gegenüber Dritten beschänkt werde. Auch unter dem Gesichtspunkt der Mehrbelastung verstösst daher die streitige Reallast jedenfalls nicht gegen die öffentliche Ordung.

4. Widerspricht aber die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers der Liegenschaft Rosau gegenüber der Stadt Zürich, auf die Bauverbotsdienstbarkeit zulasten der Liegenschaft Baur nicht zu verzichten und die Erstellung von Bauten im servitutsbelasteten Garten zu verhindern, nicht dem Ordre public, so verstösst der angefochtene Entscheid nicht gegen Bundesrecht. Die Berufung ist daher abzuweisen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 22. Juni 1971 bestätigt.