

Stephan Wolf / Yannick Minnig

## **Zum Bestand von Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten**

### **Ihr Schicksal bei der Veräusserung des damit belasteten Grundstücks**

---

Der Beitrag befasst sich mit dem Schicksal von Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten bei der Veräusserung des damit belasteten Grundstücks. Dabei werden neben den dogmatischen Überlegungen auch die sich jeweils ergebenden praktischen Auswirkungen betrachtet. Aufgrund ihrer Natur als (beschränkte) dingliche Rechte bleiben sowohl Dienstbarkeiten als auch Grundpfandrechte im Falle der Handänderung des belasteten Grundstücks weiterhin bestehen.

---

Beitragsart: Jusletter-Jubiläum

Rechtsgebiete: Sachenrecht, Obligationenrecht, Notariats- und Anwaltsrecht

Zitiervorschlag: Stephan Wolf / Yannick Minnig, Zum Bestand von Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten, in: Jusletter 11. Mai 2020

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung und Überblick
2. Dienstbarkeiten
  - 2.1. Bestand der Dienstbarkeit
  - 2.2. Auswirkungen auf den Verkehrswert
  - 2.3. Zur Intensität der Beschränkung
  - 2.4. Insbesondere die Veräusserung des Grundstücks unter Nutznießungsvorbehalt
    - 2.4.1. Ausgangslage
    - 2.4.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung
    - 2.4.3. Abgrenzung
    - 2.4.4. Juristische Konstruktion
  - 2.5. Zwischenergebnis
3. Grundpfandrechte
  - 3.1. Ausgangslage und gesetzliche Regelung
  - 3.2. Grundpfandverschreibung und Schuldbrief als Grundpfandrechte mit zusätzlich persönlicher Haftung des Schuldners
  - 3.3. Eigentumsübertragung ohne Schuldübernahme
  - 3.4. Eigentumsübertragung mit Schuldübernahme
  - 3.5. Zwischenergebnis
4. Schluss

### 1. Einleitung und Überblick

[1] Der vorliegende, dem hochgeschätzten Jubilar und Kollegen Wolfgang Wiegand mit den besten Wünschen zum 80. Geburtstag gewidmete Beitrag befasst sich mit dem Schicksal von Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten bei der Veräusserung des damit belasteten Grundstücks.<sup>1</sup> Das Thema beschlägt grundlegende sachen- und obligationenrechtliche Fragestellungen, und es erfasst – über das klassische Privatecht hinaus – auch andere Rechtsgebiete, wie namentlich das Steuerrecht. Im Rahmen des vorliegenden Beitrages werden einige dogmatische Grundlagen dargestellt und auf einzelne ausgewählte, auch in der Praxis Beachtung findende Aspekte angewendet.

[2] Im Folgenden ist zunächst auf die Rechtslage bei den *Dienstbarkeiten* einzugehen<sup>2</sup> und danach die Situation bei den *Grundpfandrechten* zu behandeln.<sup>3</sup> Beendet wird der Beitrag durch Überlegungen zum *Schluss*.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Nicht eingegangen wird nachfolgend auf die eine Zwischenstellung zwischen Dienstbarkeiten und Grundpfandrechten einnehmenden – vgl. etwa JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. A., Zürich 2017, N 1450 (zit. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP) –, ebenfalls zu den beschränkten dinglichen Rechten gehörenden Grundlasten (Art. 782 ff. ZGB).

<sup>2</sup> 2. sogleich.

<sup>3</sup> 3. hienach.

<sup>4</sup> 4. hienach.

## 2. Dienstbarkeiten

### 2.1. Bestand der Dienstbarkeit

[3] Den Dienstbarkeiten kommt kraft ihrer Natur als (beschränkten) dinglichen Rechten in jeder Hinsicht eine gewisse Beständigkeit zu. Der Dienstbarkeitsberechtigte muss sich – schon nur aus Gründen der Rechtssicherheit – darauf verlassen können, dass seine Rechtsstellung in Bezug auf ihren Bestand, Inhalt und Umfang geschützt wird. Die einmal errichteten Dienstbarkeiten bleiben deshalb grundsätzlich – unter Vorbehalt einer anderslautenden gesetzlichen Anordnung oder einer abweichenden rechtsgeschäftlichen, mithin privatautonom getroffenen Regelung – bis zu ihrem Untergang<sup>5</sup> in unveränderter Struktur bestehen.

[4] Der *grundsätzlich unverändert bleibende Bestand von Dienstbarkeiten* tritt namentlich auch *bei der Veräußerung* des damit belasteten Grundstücks zutage. Zwar ordnet das objektive Recht – im Unterschied zu den Grundpfandrechten (vgl. Art. 832 Abs. 1 ZGB)<sup>6</sup> – den Fortbestand der Dienstbarkeiten bei einer Veräußerung nicht ausdrücklich an, doch ergibt sich deren Beständigkeit aus allgemeinen vermögensrechtlichen Überlegungen.<sup>7</sup> Die eingeräumte Dienstbarkeit steht im Vermögen des Dienstbarkeitsberechtigten<sup>8</sup> und damit auch in seiner Rechtszuständigkeit. Wird in der Folge der mit einer Dienstbarkeit belastete Gegenstand veräußert, so ändert sich anlässlich dieses Vorganges weder die Struktur der Dienstbarkeit noch das Vermögen des Berechtigten. Vielmehr bleibt die Dienstbarkeit als dingliches Recht weiterhin in ihrem ursprünglichen Inhalt und Umfang bestehen, und sie geht insbesondere nicht unter.<sup>9</sup> Der Dienstbarkeitsberechtigte behält also sein Recht in unverändertem Bestand. Oder mit anderen Worten: Die Dienstbarkeiten «belasten die Sache, so dass diese nur mit diesen Lasten Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann»<sup>10</sup>. Eine Veränderung ergibt sich einzig bei der Rechtszuständigkeit am dienstbarkeitsbelasteten Gegenstand, der nach seiner Veräußerung einen neuen Eigentümer aufweist. Für die Dienstbarkeit als solche ist die Person des Eigentümers aber rechtlich grundsätzlich nicht von Relevanz.

### 2.2. Auswirkungen auf den Verkehrswert

[5] Obwohl Dienstbarkeiten im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks nicht untergehen oder sich sonstwie verändern,<sup>11</sup> so haben sie doch eine auch praktisch massgebliche Bedeutung anlässlich einer Handänderung. Denn soweit es sich um eine entgeltliche Veräußerung – namentlich einen Verkauf – des dienstbarkeitsbelasteten Gegenstandes handelt, wird die *Bestimmung der Höhe der Gegenleistung des Erwerbers* durch die bestehenden Dienstbarkeiten erheblich beeinflusst. Konkret besteht die Auswirkung darin, dass der Käufer eines mit einer Dienstbarkeit

---

<sup>5</sup> Zu den Untergangsgründen bei Grunddienstbarkeiten vgl. Art. 734 ff. ZGB.

<sup>6</sup> Siehe dazu näher 4.1. hienach.

<sup>7</sup> Nicht in jedem Fall gegeben ist dagegen der Fortbestand einer Dienstbarkeit im Falle der Handänderung des belasteten Grundstücks durch eine Zwangsversteigerung (vgl. etwa Art. 142 Abs. 3 SchKG).

<sup>8</sup> In diesem Sinne bereits ANDREAS VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910, S. 316.

<sup>9</sup> Siehe etwa SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1205.

<sup>10</sup> PETER LIVER, *Zürcher Kommentar*, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, Teilbd. a: Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Erster Bd.: Die Grunddienstbarkeiten, 2. A., Zürich 1980, N 62 der Einleitung (zit. ZK-LIVER).

<sup>11</sup> 2.1. soeben.

belasteten Gegenstandes regelmässig nicht bereit sein wird, den gleichen Kaufpreis zu bezahlen, wie wenn der Gegenstand unbelastet von Dienstbarkeiten wäre. Diese allgemein bestehende, unterschiedliche Bereitschaft des Käufers in Bezug auf den Kaufpreis hat seinerseits Auswirkungen auf den *Verkehrswert* des infrage stehenden Objektes.<sup>12</sup> Naturgemäss beträgt der Verkehrswert eines dienstbarkeitsbelasteten Gegenstandes weniger als wenn er unbelastet ist. Dementsprechend wird beispielsweise der Wert eines nutzniessungsbelasteten Grundstücks dadurch bestimmt, dass vom Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks der Kapitalwert der Nutzniessung in Abzug gebracht wird.<sup>13</sup> Der Einfluss von Dienstbarkeiten auf den Verkehrswert des damit belasteten Grundstücks fusst für die Vertragsparteien in erster Linie wohl auf rein wirtschaftlichen Überlegungen; die dogmatische Rechtfertigung hingegen gründet im Sachenrecht und folgt aus allgemeinen vermögensrechtlichen Überlegungen. Im Einzelnen sind dazu folgende Überlegungen anzustellen:

[6] Dienstbarkeiten als beschränkte dingliche Rechte gewähren ihrem Träger das Recht, eine Sache in bestimmtem Umfang zu nutzen und zu gebrauchen.<sup>14</sup> Folgerichtig werden Dienstbarkeiten auch als *Nutzungs- und Gebrauchsrechte* beschrieben.<sup>15</sup> Wenn nun aber bestimmte Nutzungs- und Gebrauchsrechte an einer Sache einem Dienstbarkeitsberechtigten zukommen, so wird dadurch das *Eigentumsrecht* des Eigentümers in gewissem Umfange *beschränkt bzw. belastet*;<sup>16</sup> der Eigentümer kann nicht mehr im gleichen Ausmass über seine Sache verfügen, wie wenn sie unbelastet wäre, sondern seine Verfügungen erfassen den Gegenstand mit seinen aufhaftenden Dienstbarkeitslasten. Das bedeutet allerdings nicht zwingend, dass der Eigentümer die Sache nicht auch in gleichen Teilen gebrauchen kann wie der Dienstbarkeitsberechtigte.<sup>17</sup> Denn die Beschränkung liegt darin, dass der Eigentümer nichts vornehmen darf, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindern oder erschweren könnte (vgl. Art. 737 Abs. 3 ZGB).

[7] Infolge der Beschränkung des Eigentums durch eine Dienstbarkeit wird ein im Vermögen des Eigentümers stehendes subjektives Recht – also ein Vermögenswert – unmittelbar berührt. Die *Dienstbarkeit haftet* mithin fortan – sozusagen – *an der Sache*. Dadurch wird zugleich der *Wert* der belasteten Sache *tangiert*. Dieselbe – im einen Fall belastete und im anderen Fall unbelastete –

<sup>12</sup> Als Verkehrswert gilt derjenige Wert, welcher bei einem Verkauf auf dem freien Markt an einen unabhängigen Dritten realisiert werden könnte; BGE 125 III 1 E. 5.b.; BGE 136 III 209 E. 6.2.1. Besonders treffend zum Verhältnis von Verkehrswert und der Bereitschaft, einen bestimmten Kaufpreis zu bezahlen, für Deutschland § 194 Baugesetzbuch (BauGB): «Der Verkehrswert (Marktwert) wird durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks oder des sonstigen Gegenstands der Wertermittlung ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre.»

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch FELIX HORAT, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, Diss. Luzern, Zürich 2018, S. 226 f., m.w.H.

<sup>14</sup> Statt vieler PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome II: Propriété foncière, Propriété mobilière, Généralités sur les droits réels limités, Servitudes foncières, 4. A., Bern 2012, N 2186.

<sup>15</sup> Siehe SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1200; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. A., Bern 2017, N 08.01.

<sup>16</sup> Aus der Beschränkung des Eigentums folgt aber keinesfalls eine geteilte Eigentümerstellung von Eigentümer und Dienstbarkeitsberechtigtem. Vielmehr handelt es sich um eine Belastung des Eigentums durch das beschränkte dingliche Recht, bei dessen Wegfall der Eigentümer die totale Sachherrschaft automatisch wiederum erlangt (sog. Elastizität des Eigentums). Zu alledem STEPHAN WOLF/WOLFGANG WIEGAND, in: Geiser/Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. A., Basel 2019, N 14 zu Art. 641 ZGB (zit. BSK-AUTOR).

<sup>17</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Mitbenutzungsrecht; vgl. ZK-LIVER [Fn. 10], N 95 zu Art. 737 ZGB. Beispiel: Die Einräumung eines Wegrechts zugunsten eines Dienstbarkeitsberechtigten schliesst die Mitbenutzung des Weges durch den Grundstückseigentümer nicht notwendigerweise aus.

Sache wird deshalb in aller Regel nicht den gleichen Wert aufweisen, weil ihrem Eigentümer im Ergebnis – je nach Bestand oder Nichtbestand der Dienstbarkeitslast – unterschiedliche Befugnisse zustehen. Der Umfang der Minderung des Verkehrswertes der Sache ergibt sich dabei aus der Intensität der Beschränkung und damit aus dem Inhalt der Dienstbarkeit.<sup>18</sup> Diesbezüglich ist freilich ergänzend festzuhalten, dass der Wert, welchen die Dienstbarkeit für den Berechtigten aufweist, nicht identisch sein muss mit dem geminderten Betrag des Verkehrswertes des belasteten Gegenstandes.<sup>19</sup>

### 2.3. Zur Intensität der Beschränkung

[8] Wie soeben dargelegt,<sup>20</sup> haben Dienstbarkeiten einen wesentlichen Einfluss auf den Verkehrswert der damit belasteten Sache. Das Ausmass des Einflusses kann allerdings von Fall zu Fall stark divergieren, zumal *nicht jede Dienstbarkeit die Sache mit der gleichen Intensität belastet*. Dies ist sogleich anhand eines Ausgangsfalls und zweier Varianten zu veranschaulichen:

[9] Ausgangsfall bildet zunächst ein *unbelastetes Grundstück*. Dem Eigentümer steht hier das unbeschränkte Eigentum zu. Entsprechend kann er dieses im Rahmen einer Veräusserung vollumfänglich und ohne irgendwelche Belastungen an einen Erwerber übertragen. Der Verkehrswert ergibt sich ausschliesslich aus dem Wert des (unbelasteten) Grundstücks.

[10] Erste Variante zum Ausgangsachverhalt bildet ein Grundstück, das mit einem *Wegrecht* belastet ist; das Wegrecht verläuft zu weiten Teilen an der Grundstücksgrenze und tangiert den Eigentümer in seiner Stellung kaum. Der Grundstückseigentümer mag diese Belastung praktisch kaum wahrnehmen, so dass auch sein Eigentumsrecht nur in geringer Intensität beschränkt wird. Dennoch hat das Wegrecht als Dienstbarkeit Bestand und wird bei der Festlegung des Kaufpreises – wenn auch womöglich nur marginal – berücksichtigt. So kann sich beispielsweise wegen des Wegrechtes der Kaufpreis um 5% verringern. Denn nach der Veräusserung stehen dem Erwerber des Grundstücks nicht die gleichen unbeschränkten Befugnisse zu wie im zuvor dargelegten Ausgangsfall.

[11] Als zweite Variante wird von einem Grundstück ausgegangen, welches zu Gunsten eines angrenzenden Grundstücks mit einem vollumfänglichen *Bauverbot* belastet ist. Diesfalls ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks zwar Träger des Eigentumsrechts. In der Rechtsausübung ist er aber weitgehend eingeschränkt insofern, als er sein Grundstück nicht überbauen kann und ihm damit ein wesentlicher Aspekt der Grundstücksnutzung – und oftmals des Grundstückszwecks überhaupt – nicht zukommt. Sofern ein Käufer Interesse am Erwerb des derart belasteten Grundstücks zeigt, wird die Bauverbotsdienstbarkeit bei der Kaufpreisfestlegung regelmässig ganz erheblich ins Gewicht fallen. So ist es beispielsweise ohne weiteres vorstellbar, dass der Verkehrswert des bauverbotsbelasteten Grundstücks um über 70% tiefer liegt als derjenige des entsprechend unbelasteten Grundstücks.

[12] Die angeführten Beispiele zeigen auf, dass bestehende Dienstbarkeiten sich je nach Intensität in unterschiedlicher Weise auf die Benutzungsarten des Grundstücks auswirken und im

---

<sup>18</sup> Siehe dazu die sogleich in 2.3. gebildeten Varianten.

<sup>19</sup> Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlich vorgesehen Möglichkeit der Ablösung einer Grunddienstbarkeit (vgl. Art. 736 ZGB).

<sup>20</sup> 2.2.

Ergebnis bei der Veräusserung des damit belasteten Grundstücks auch *den Kaufpreis beeinflussen* können. Für die den entsprechenden Handänderungsvertrag beurkundende Notarin gehört es allgemein zur Rechtsbelehrungspflicht, die Parteien über die aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtslage und damit insbesondere auch über den Inhalt und die Bedeutung der Dienstbarkeiten aufzuklären; dabei werden die Wortlaute zu den Dienstbarkeiten dem Erwerber des Grundstücks ausgehändigt.<sup>21</sup>

## 2.4. Insbesondere die Veräusserung des Grundstücks unter Nutzniessungsvorbehalt

### 2.4.1. Ausgangslage

[13] Auf eine bestimmte Konstellation ist nachfolgend besonders einzugehen, nämlich auf die Veräusserung des Grundstücks unter Nutzniessungsvorbehalt. Sie ist deshalb von Interesse, weil diesfalls die Dienstbarkeit nicht vor der Veräusserung bestanden hat, sondern gerade mit Blick auf diese errichtet wird. Dies ist anhand des folgenden Beispiels zu veranschaulichen:

[14] A ist Eigentümer des Grundstücks Nr. 1000. Dieses Grundstück will er an B verkaufen, wobei er selbst in dem zu veräussernden Grundstück wohnen bleiben möchte, dies aufgrund einer lebenslänglichen Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB). Der Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks beläuft sich auf CHF 700'000.00. A und B vereinbaren nun unter Berücksichtigung der vorbehaltenen Nutzniessung, deren Betrag gestützt auf eine Kapitalisierung auf CHF 500'000.00 festgelegt wird, einen entsprechenden Kaufpreis von CHF 200'000.00.

[15] Im Lichte der sogleich darzustellenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>22</sup> sei dabei die Frage aufgeworfen, ob die Einräumung und damit der Wert der Nutzniessung als *Gegenleistung des Erwerbers* zu betrachten ist *oder* ob der Veräusserer dem Erwerber die von vornherein *belastete Sache* überträgt (Vorbehalt i.e.S.). Konsequenzen aus der unterschiedlichen Beantwortung der Frage können sich namentlich im Erbrecht bei der Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) oder bei der Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) ergeben, denn je nachdem liegt eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Zuwendung des Erblassers vor.

### 2.4.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

[16] Das Bundesgericht (zweite zivilrechtliche Abteilung) hat in einem kürzlich ergangenen erbrechtlichen Entscheid im Sinne eines – seine Praxis bestätigenden – *obiter dictum*<sup>23</sup> festgehalten, «die Bestellung einer Nutzniessung, eines Wohnrechts oder eines Vorkaufsrechts an der Liegenschaft, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten einem Erben überträgt, [sei] als dessen Gegenleistung für die Eigentumsübertragung zu betrachten [...] und [bedeute] eine den Verkehrswert der übernommenen Liegenschaft mindernde Belastung [...]»<sup>24</sup>. Das höchste Gericht stützt sei-

---

<sup>21</sup> Siehe näher Musterurkunde VbN Nr. 621.3, III.3, S. 7, mit Fn. 24.

<sup>22</sup> 2.4.2.

<sup>23</sup> Dazu STEPHAN WOLF/CÉDRIC BERGER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im 2019: Erbrecht, ZBJV 156/2020, S. 256 ff., S. 261 (zit. WOLF/BERGER), m.H. auf FELIX HORAT, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt – Rechtsnatur und Hinweise zur Nachlassplanung, ZBGR 2019, S. 181 ff., S. 189 f.

<sup>24</sup> BGE 145 III 1 E. 4.2 (eckige Klammern durch die Autoren hinzugefügt).

ne Argumentation auf eine Reihe früherer Entscheide,<sup>25</sup> ohne allerdings auf die kritischen und anderslautenden Stimmen aus der Lehre hinzuweisen.<sup>26</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit den dogmatischen Grundlagen einer Veräußerung unter Nutznießungsvorbehalt findet seitens des Bundesgerichts nicht statt. Die bundesgerichtliche Praxis müsste – sachenrechtlich gedacht – dazu führen, dass bei einer Veräußerung des Grundstücks mit Nutznießungsvorbehalt zunächst das Eigentum an der Sache vom Verkäufer an den Käufer übertragen werden würde und alsdann – also nach erfolgter Eigentumsübertragung – dem Verkäufer vom Käufer eine Nutznießung eingeräumt werden würde. Denn nur auf solche Weise lässt sich eine Gegenleistung, die notwendigerweise aus dem Vermögen des Erwerbers erbracht wird, konstruieren.

[17] Demgegenüber vertritt das Bundesgericht (zweite öffentlich-rechtliche Abteilung) im Bereich der Einkommenssteuer – abgestützt auf zivilrechtliche Gesichtspunkte – die Auffassung, dass der Nutznießungsvorbehalt der Eigentumsübertragung vorgehe und die Sache mithin bereits belastet an den Erwerber übergehe.<sup>27</sup>

[18] Eine derart *sich widersprechende Rechtsprechung des höchsten Gerichts* in den Bereichen des Zivil- und des Steuerrechts erweist sich nicht zuletzt als *der* – auch bei fortschreitender Legiferierungsdichte weiterhin anzustrebenden – *Einheit der Rechtsordnung abträglich*. Dies gilt umso mehr, als sich eine steuerliche Beurteilung eines zivilrechtlichen Vorgangs grundsätzlich stets an den Regeln des Privatrechts zu orientieren hat. Das soll nun aber freilich nicht heissen, dass sich die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts zwingend der Ansicht der zweiten zivilrechtlichen Abteilung anschliessen muss. Vielmehr kann erstere im Rahmen ihrer – künftighin veränderten – Auslegung des Zivilrechts zu einem anderen Ergebnis gelangen.

[19] Nachfolgend wird zu diesem unterschiedlichen Verständnis der Veräußerung unter Nutznießungsvorbehalt – Vorbehalt i.e.S. einerseits oder Einräumung erst durch den Erwerber andererseits – Stellung genommen. Bereits an dieser Stelle sei indessen darauf hingewiesen, dass die fast einhellige Lehre<sup>28</sup> entgegen der Ansicht der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts von einem Vorbehalt i.e.S. ausgeht.

### 2.4.3. Abgrenzung

[20] Der Nutznießungsvorbehalt im hier interessierenden Sinne ist zunächst von *zwei anderen möglichen Konstellationen* abzugrenzen:

[21] Soweit – erstens – der Eigentümer zweier Grundstücke (noch) unabhängig von einer späteren Veräußerung eine *Eigentümergegenleistung* zu Lasten des einen und zu Gunsten des anderen Grundstücks errichtet (Art. 733 ZGB) und sodann zu einem späteren Zeitpunkt das belastete Grundstück verkauft oder sonstwie veräussert, so gestaltet sich die Rechtslage wie folgt: Der Erwerber erwirbt das Grundstück mit der aufhaftenden Belastung. Die Dienstbarkeit bleibt anlässlich der Veräußerung unverändert bestehen.<sup>29</sup> Art. 733 ZGB regelt an sich allein die Eigentümer-

---

<sup>25</sup> BGE 54 II 93; BGE 84 II 338 E. 3; BGE 116 II 667 E. 3.b.cc; BGE 120 II 417 E. 4.a.

<sup>26</sup> Siehe hierzu die Hinweise und die – auch in methodologischer Hinsicht – kritischen Bemerkungen bei WOLF/BERGER [Fn 23], S. 263.

<sup>27</sup> Vgl. BGer 2C\_719/2017 vom 26. April 2019 E. 2.5.1; BGer 2C\_892/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.2; BGer 2C\_256/2010 vom 6. September 2010 E. 2.2.2; BGer 2C\_542/2010 vom 24. November 2010 E. 2.1.

<sup>28</sup> Zum Schrifttum Hinweise bei WOLF/BERGER [Fn 23], S. 262 f.

<sup>29</sup> Dazu näher schon 2.1. hievore.

grunddienstbarkeit, die Norm gelangt indessen nach h.L. auch auf die Personaldienstbarkeiten zur Anwendung;<sup>30</sup> damit ist auch eine Eigentümergebrauchszulassung zulässig. Die ursprüngliche Eigentümergebrauchszulassung lässt sich unter dem Gesichtspunkt, dass sie eben gerade nicht vom Erwerber eingeräumt – sondern vom Eigentümer selbst begründet – wird, keinesfalls als Gegenleistung des Erwerbers betrachten.

[22] Weiter ist – zweitens – die Veräußerung mit Gebrauchszulassungsvorbehalt von derjenigen Konstellation abzugrenzen, in welcher das Eigentum an den Erwerber übertragen wird und die *Dienstbarkeit* dem Veräußerer erst zu *einem späteren Zeitpunkt* eingeräumt wird. Dabei handelt es sich offensichtlich nicht um einen eigentlichen – im Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung stehenden – Vorbehalt. Denn das Eigentum an der Sache wurde unbelastet übertragen, und es wird sodann erst zu einem späteren Zeitpunkt mit einer Dienstbarkeit beschränkt. Ob bei einem solchen Vorgehen die Einräumung der Dienstbarkeit als Gegenleistung zu qualifizieren ist, lässt sich allerdings nicht generell und abstrakt, sondern nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall beurteilen. Soweit der ursprüngliche Veräußerer dem neuen Eigentümer für die Errichtung der Gebrauchszulassung ein Entgelt entrichtet, so fällt die Gebrauchszulassungseinräumung als Gegenleistung für den Eigentumserwerb jedenfalls ausser Betracht.

[23] Gemeinsam ist beiden eben dargestellten Konstellationen, dass die Eigentumsübertragung und die Dienstbarkeitserrichtung *in zwei separaten Akten*, die sich ohne weiteres auch zeitlich trennen lassen, erfolgen. Dabei unterliegen – im Bereich des Immobiliarsachenrechts – beide Rechtsgeschäfte der Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB für den Vertrag auf Eigentumsübertragung, Art. 732 Abs. 1 ZGB für das Rechtsgeschäft über Errichtung einer Grunddienstbarkeit, welche Bestimmung analog auch auf Personaldienstbarkeiten Anwendung findet<sup>31</sup>) und bedürfen der Eintragung in das Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB sowie Art. 731 Abs. 1 und 2 bzw. Art. 746 Abs. 1 ZGB).

#### 2.4.4. Juristische Konstruktion

[24] Wie bereits erwähnt,<sup>32</sup> erfolgt bei der Veräußerung mit Gebrauchszulassungsvorbehalt die Errichtung der Gebrauchszulassung mit Blick auf die Handänderung. Folglich liegt es aus Gründen der Rechtssicherheit und auch unter ökonomischen Gesichtspunkten im Interesse der Parteien, dass die von ihnen beabsichtigte Rechtslage unmittelbar und in der Minimalanzahl notwendiger Rechtsgeschäfte herbeigeführt wird. Entsprechend stellt es ein selbstverständliches Anliegen der Parteien dar, dass *die Veräußerung und die Begründung der Gebrauchszulassung formal in einem einzigen Rechtsgeschäft* und in einer einzigen Urkunde erfolgen.<sup>33</sup>

[25] Obwohl – wie eben dargelegt – die Veräußerung mit Gebrauchszulassungsvorbehalt in einer einzigen Urkunde vorgenommen und anschliessend beim Grundbuchamt angemeldet wird, darf nicht übersehen werden, dass es sich dabei – auch wenn ein innerer Zusammenhang vorliegen wird –

<sup>30</sup> PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome III: Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 4. A., Bern 2012, N 2417a; ZK-LIVER [Fn. 10], N 28 der Einleitung; BSK-PETITPIERRE [Fn. 16], N 4 zu Art. 733 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1345. Siehe auch die vielen Literaturstellen bei HORAT [Fn. 13], S. 163 mit Fn. 135, m.H. auch auf abweichende Lehrmeinungen.

<sup>31</sup> MICHEL KÄHR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli ZGB Kommentar*, 3. A., Zürich 2016, N 2 zu Art. 732 ZGB (zit. OFK-AUTOR).

<sup>32</sup> Siehe 2.4.1. hievor.

<sup>33</sup> Vgl. auch den Hinweis bei HORAT [Fn. 13], S. 162.



materiell betrachtet um *zwei verschiedene Rechtsgeschäfte* handelt, nämlich erstens um die Begründung der Nutzniessung und zweitens um die Übertragung des Eigentums. Eine Kumulation beider Rechtsgeschäfte zu einem einzigen, als einheitlich zu verstehenden Rechtsakt (*uno actu*) ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.<sup>34</sup> Mittels einer juristischen Konstruktion ist es aber möglich, ein Ergebnis zu erzielen, welches einem einzigen Rechtsakt doch relativ nahekommt. Dabei errichtet der Veräusserer zunächst eine Eigentümergebrauch an der Sache und überträgt diese Sache alsdann dem Erwerber zu Eigentum.<sup>35</sup> Dies hat namentlich auch den Vorteil, dass die gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB verlangte Erklärung des Grundstückseigentümers in Bezug auf beide Rechtsgeschäfte von derselben Person abgegeben werden kann, nämlich vom Veräusserer.

[26] Aus dieser juristischen Konstruktion folgt, dass die *Belastung des Grundstücks durch die Nutzniessung vom Veräusserer vorgenommen* wurde, mithin alleine seiner Rechtssphäre zuzuordnen ist, und sich damit keinesfalls als Gegenleistung des Erwerbers erfassen lässt.

## 2.5. Zwischenergebnis

[27] Die bisherigen Ausführungen zum Schicksal der Dienstbarkeiten bei einer Veräusserung des damit belasteten Grundstücks ergeben, dass Dienstbarkeiten bei einer Handänderung beständig bleiben. Anlässlich einer Veräusserung verändern Dienstbarkeiten weder ihren Inhalt noch gehen sie unter. Das entspricht ihrer Natur als beschränkten dinglichen Rechten. Dienstbarkeiten wirken sich allerdings bei einer entgeltlichen Veräusserung des damit belasteten Grundstücks auf den Kaufpreis und damit letztlich auf den Verkehrswert aus. Im Sonderfall der Veräusserung unter Nutzniessungsvorbehalt wird zunächst eine Eigentümergebrauch errichtet und die Sache alsdann belastet übertragen. Dabei ist beim – entgeltlichen oder unentgeltlichen – Erwerb einer mit einer Dienstbarkeit belasteten Sache in der Übernahme der Dienstbarkeitslast keine Gegenleistung des Erwerbers auszumachen.

## 3. Grundpfandrechte

### 3.1. Ausgangslage und gesetzliche Regelung

[28] Grundpfandrechte sind – wie die Dienstbarkeiten<sup>36</sup> – (beschränkte) dingliche Rechte.<sup>37</sup> Sie dienen der Sicherung persönlicher Ansprüche durch Begründung eines Pfandrechts an einem Grundstück; sie lassen sich deshalb als *Sicherungs- oder Verwertungsrechte* bezeichnen.<sup>38</sup> Das

---

<sup>34</sup> Anders wohl BGer 2C\_256/2010 vom 6. September 2010 E. 2.2.2.

<sup>35</sup> Siehe ZK-LIVER [Fn. 10], N 14 zu Art. 733 ZGB; ebenso das Ergebnis bei HORAT [Fn. 13], S. 180. Unklar indes PAUL EITEL, *Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt*, recht 1996, S. 34 ff., S. 40.

<sup>36</sup> Vgl. 3.1.

<sup>37</sup> Grundlegend zu den Grundpfandrechten des schweizerischen Rechts WOLFGANG WIEGAND, *Die Grundpfandrechte – Die Konzeption des ZGB und ihre Entwicklung in der Praxis*, in: Wiegand (Hrsg.), *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte*, Berner Bankrechtstag Bd. 3, Bern 1996, S. 63 ff.

<sup>38</sup> Statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1163 und 1474 ff.

Grundpfandrecht wird als Grundpfandverschreibung oder als Schuldbrief bestellt (Art. 793 Abs. 1 ZGB).<sup>39</sup>

[29] Wird das mit einer *Grundpfandverschreibung* belastete Grundstück veräussert, so bleibt die Haftung des Grundpfandes und des Schuldners, wenn es nicht anders verabredet ist, gleich (Art. 832 Abs. 1 ZGB). Diese gesetzliche Regelung ist auch für den *Schuldbrief* massgebend (Art. 845 ZGB).<sup>40</sup> Der Grundsatz von Art. 832 Abs. 1 ZGB gilt dabei für alle Verwendungsarten des Schuldbriefes, mithin für das direkte Grundpfand, das indirekte Grundpfand und die Sicherungsverwendung.<sup>41</sup> Der Übergang des Eigentums am Grundstück hat mithin keinen Einfluss auf das gesicherte Darlehen und die Person des Darlehensschuldners sowie auf das Grundpfandrecht. Das gilt grundsätzlich<sup>42</sup> unabhängig davon, aus welchem Rechtsgrund – etwa Kauf, Tausch, Schenkung oder im Erbrecht Vermächtniserwerb<sup>43</sup> – der Eigentumsübergang stattgefunden hat.<sup>44</sup> Die den Grundsatz des status quo<sup>45</sup> enthaltende Norm von Art. 832 Abs. 1 ZGB wird für den Fall der Schuldübernahme durch den Erwerber ergänzt durch die Bestimmungen von Art. 832 Abs. 2 ZGB und Art. 834 ZGB.

[30] Im Folgenden ist zunächst allgemein auf die Grundpfandverschreibung und den Schuldbrief als Grundpfandrechte mit persönlicher Haftung des Schuldners einzugehen.<sup>46</sup> Danach ist die Situation darzustellen einerseits bei Veräusserung des pfandbelasteten Grundstücks ohne Schuldübernahme<sup>47</sup> und andererseits bei Veräusserung mit Schuldübernahme.<sup>48</sup>

### 3.2. Grundpfandverschreibung und Schuldbrief als Grundpfandrechte mit zusätzlich persönlicher Haftung des Schuldners

[31] Die Grundpfandrechtsarten der Grundpfandverschreibung (Art. 824 ff. ZGB) und des Schuldbriefes (Art. 842 ff. ZGB) charakterisieren sich beide dadurch, dass neben der *dinglichen Belastung des Pfandgegenstandes* auch eine *persönliche Haftung des Schuldners mit seinem ganzen Vermögen* besteht.<sup>49,50</sup> Wenn auf dem handändernden Grundstück aufhaftende Grundpfandrechte in der Ge-

<sup>39</sup> Die Bestellung anderer Arten des Grundpfandes ist nicht gestattet (Art. 793 Abs. 2 ZGB), so dass diesbezüglich ein numerus clausus besteht. Die Gült kann seit 1. Januar 2012 nicht mehr errichtet werden und bleibt deshalb nur noch von übergangsrechtlicher Bedeutung; vgl. zu ihr Fn. 50 hienach.

<sup>40</sup> BSK-ZOGG [Fn. 16], N 9 zu Art. 832 ZGB; OFK-WENGER [Fn. 31], N 12 zu Art. 833 ZGB.

<sup>41</sup> PAUL-HENRI STEINAUER, Zürcher Kommentar, Der Schuldbrief, Die Anleiheobligationen mit Grundpfandrecht, Art. 842–865 und 875 ZGB, Zürich 2015, N 10 zu Art. 845 ZGB (zit. ZK-STEINAUER).

<sup>42</sup> Anderes gilt in Bezug auf die Person des Schuldners für den Erwerb durch die – gesetzlichen oder eingesetzten – Erben aufgrund Erbanges (Art. 560 ZGB); dazu 4.2. hienach.

<sup>43</sup> Dazu neuestens STEPHAN WOLF/KATHARINA DOBLER (zit. WOLF/DOBLER), Das dinglich belastete Grundstück als Vermächtnisgegenstand, Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und Österreich, AJP 2020, S. 187 ff., S. 190 ff.

<sup>44</sup> BGE 132 III 166, 170, E. 6.4.1.

<sup>45</sup> So ZK-STEINAUER [Fn. 41], N 9 zu Art. 845 ZGB.

<sup>46</sup> 4.2. sogleich.

<sup>47</sup> 4.3. hienach.

<sup>48</sup> 4.4. hienach.

<sup>49</sup> Vgl. näher die Übersicht zu Grundpfandverschreibung und Schuldbrief bei SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1491 ff.

<sup>50</sup> Diesbezüglich anders gestaltet sich die Situation bei der Gült, bei welcher eine Forderung als Grundlast auf ein Grundstück gelegt wurde (aArt. 847 Abs. 1 ZGB). Die Forderung besteht ohne jede persönliche Haftbarkeit des Schuldners (aArt. 847 Abs. 3 ZGB). Mit der Gült wurde somit eine reine Sachhaftung begründet; vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1857. Die Gült kann seit Inkrafttreten der Immobiliarsachenrechtsrevision

stalt einer Grundpfandverschreibung oder eines Schuldbriefes bestehen, so bleiben diese von der Änderung der Person des Eigentümers des Grundstücks unberührt. Die *Veräußerung* eines entsprechend belasteten Grundstücks *lässt das Grundpfandrecht als beschränktes dingliches Recht und auch die Person des Schuldners grundsätzlich unverändert fortbestehen*.<sup>51</sup> Namentlich bewirkt der Verkauf des pfandbelasteten Grundstücks nicht eine Auswechslung der Person des Schuldners der durch das Grundpfandrecht sichergestellten Schuld.<sup>52</sup> Bleiben die dingliche Pfandbelastung des nach seiner Veräußerung im Eigentum des Erwerbers stehenden Grundstücks und die persönliche Schuldpflicht des Veräußerers als bisherigem Schuldner bestehen, so fallen die Personen des Eigentümers am Grundstück und des Schuldners auseinander, so dass ein *Drittpfandrecht* entsteht.<sup>53</sup>

[32] Etwas anders stellt sich die Situation dar im *Erbgang* als einem Fall eines gesetzlichen Erwerbstatbestandes (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Beim Erbgang – und der damit einhergehenden Ersetzung des Erblassers als Eigentümer des verpfändeten Grundstücks durch seine Erben – bleibt die Pfandbelastung des Grundstücks gestützt auf die Universalsukzession ebenfalls unverändert bestehen. Zusätzlich geht im Erbgang auch die persönliche Schuldpflicht von Gesetzes wegen – ebenfalls aufgrund der Universalsukzession – auf die Erben über (Art. 560 Abs. 2 ZGB, wonach die Schulden des Erblassers zu persönlichen Schulden der Erben werden).<sup>54</sup> Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung des Grundstücks unter Lebenden tritt somit im Erbgang keine Drittpfandrechtssituation ein, da *Eigentum und Schuld auf die Erben übergehen*. Der Erbgang wird durch die gesetzliche Regelung von Art. 832 und 834 ZGB nicht erfasst.<sup>55</sup> Einer entsprechenden besonderen Normierung bedarf es aber auch nicht, nachdem – wie eben dargelegt – aufgrund der Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) sowohl Rechte als auch Pflichten des Erblassers auf die Erben übergehen.

### 3.3. Eigentumsübertragung ohne Schuldübernahme

[33] In aller *Regel* findet bei Kaufverträgen als entgeltlichen Handänderungsverträgen über Grundstücke *keine Übernahme der aufhaftenden Hypothekarschulden* des Verkäufers durch den Käufer statt.<sup>56</sup> Denn der Käufer des Grundstücks wird häufig die Finanzierung bei einer anderen Gläubigerbank vornehmen als der Verkäufer oder – wenn es denn dieselbe Bank ist – zumindest auf anderer vertraglicher Grundlage. Gegebenenfalls wird der Erwerber den gesamten Kaufpreis auch aus eigenen Mitteln leisten.<sup>57</sup> Dass Hypotheken genau so, wie sie vom Veräußerer mit dem Gläubiger eingegangen worden sind und vorbestehen, vom Erwerber übernommen werden, dürfte praktisch die seltene Ausnahme darstellen.

---

am 1. Januar 2012 nicht mehr neu begründet werden, so dass ihr nur noch übergangsrechtliche Bedeutung zukommt. Deshalb wird im Folgenden auf sie nicht mehr eingegangen.

<sup>51</sup> BSK-ZOGG [Fn. 16], N 9 zu Art. 832 ZGB.

<sup>52</sup> BGE 132 III 166, 170. Siehe auch BSK-ZOGG [Fn. 16], N 9 zu Art. 832 ZGB.

<sup>53</sup> BSK-ZOGG [Fn. 16], N 1 zu Art. 832 ZGB, m.w.H.

<sup>54</sup> STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 26 ff.

<sup>55</sup> BSK-ZOGG [Fn. 16], N 4 zu Art. 832 ZGB.

<sup>56</sup> Vgl. etwa Musterurkunde VbN Nr. 621.3, II.3, S. 3.

<sup>57</sup> Siehe auch ZK-STEINAUER [Fn. 41], N 40 zu Art. 845 ZGB.

[34] Durch die Veräußerung des Grundstücks als solche ändert sich an der Situation des Darlehens und des zu deren Sicherung bestellten Grundpfandrechts grundsätzlich nichts.<sup>58</sup> In Bezug auf die gesicherte Forderung findet *kein Schuldnerwechsel* statt;<sup>59</sup> der Veräußerer als Schuldner des Darlehens bleibt auch nach der Eigentumsübertragung am verpfändeten Grundstück weiterhin Schuldner dieses Darlehens. Das Grundstück seinerseits bleibt nach wie vor pfandbelastet, es hat nun allerdings in der Person des Erwerbers einen neuen Eigentümer. Dieser neue Eigentümer des Grundstücks als Pfandgegenstand haftet seinerseits nicht persönlich für die pfandrechts-gesicherte Forderung, sondern es entsteht ein *Drittpfandrecht* (vgl. dazu für die Grundpfandver-schreibung Art. 824 Abs. 2 ZGB und für den Schuldbrief Art. 844 Abs. 1 ZGB).<sup>60</sup>

[35] Die nach der gesetzlichen Regelung eintretende Entstehung eines Drittpfandrechtes birgt *Gefahren für den Erwerber des pfandbelasteten Grundstücks*. Falls nämlich der Veräußerer, der persönlicher Schuldner der pfandgesicherten Forderung verbleibt, die Zinsen oder Kapitalrückzahlungen nicht leistet, riskiert der Erwerber, dass das nunmehr in seinem Eigentum stehende, Pfandgegenstand bildende Grundstück im Rahmen einer seitens des Gläubigers des Veräußerers eingeleiteten Betreuung auf *Grundpfandverwertung* versteigert wird, womit er das Eigentum an seinem Grundstück verliert.<sup>61</sup> Die Verwertung erfolgt dabei nicht für eine Schuld des Eigentümers, sondern für die Schuld des Veräußerers und damit eines Dritten. Als Grundeigentümer, der nicht zugleich Schuldner der Pfandforderung ist, kann er das Pfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen *ablösen*, unter denen der Schuldner zur Tilgung der Forderung befugt ist (Art. 827 Abs. 1 ZGB). Befriedigt er den Gläubiger, so geht das Forderungsrecht auf ihn über (Art. 827 Abs. 2 ZGB). Ein entsprechendes, Grundpfandrechte ebenfalls erfassendes<sup>62</sup> Ablösungsrecht ist auch in Art. 110 Ziff. 1 OR vorgesehen; danach gehen, soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über, wenn er eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht. Mit der Forderung gehen auch die damit verbundenen Vorzugs- und Nebenrechte über (Art. 170 Abs. 1 OR). Der Grundstückseigentümer hat somit im Drittpfandverhältnis ein Ablösungsrecht, er kann folglich die mit einem Pfandrecht auf seinem Grundstück gesicherte Forderung eines Dritten beim Gläubiger tilgen. In der Folge geht die Forderung mit allen an sie geknüpften Nebenrechten von Gesetzes wegen – auf dem Wege einer Legalzession bzw. Subrogation<sup>63</sup> – auf den Grundeigentümer über.<sup>64</sup> Erwerb der Forderung und Nebenrechte werden dem Grundstückseigentümer allerdings nicht wirklich helfen können, wenn – wovon in einer entsprechenden Konstellation in der Regel ausgegangen werden muss – der Veräußerer und Schuldner nicht zahlungsfähig ist.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> Dazu schon 4.2. hiev. Siehe auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N 1618.

<sup>59</sup> OFK-WENGER [Fn. 31], N 1 zu Art. 832 ZGB.

<sup>60</sup> Siehe auch BSK-ZOGG [Fn. 16], N 9 zu Art. 832 ZGB; OFK-WENGER [Fn. 31], N 1 zu Art. 832 ZGB.

<sup>61</sup> Immerhin ist diesfalls im Vollstreckungsverfahren der Zahlungsbefehl auch dem Erwerber als Drittpfand-eigentümer zuzustellen (Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG), welcher in der Folge auch unabhängig vom Veräußerer als dem Schuldner Rechtsvorschlag erheben kann (Art. 153 Abs. 2 SchKG in fine). Der Drittpfand-eigentümer kann im anschließenden Rechtsöffnungsverfahren – wie der Schuldner – alle Einreden gegenüber der Forderung und dem Pfandrecht erheben; siehe DANIEL STAEHELIN, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010, N 171 zu Art. 82 SchKG.

<sup>62</sup> BGE 60 II 178, 182; BGE 62 II 118, E. 1 und 2.

<sup>63</sup> OFK-WENGER [Fn. 31], N 8 zu Art. 827 ZGB.

<sup>64</sup> Dazu OFK-WENGER [Fn. 31], N 1 und 8 zu Art. 827 ZGB; BSK-ZOGG [Fn. 16], N 1 f. zu Art. 827 ZGB.

<sup>65</sup> So für den Vermächtnisnehmer als Eigentümer des verpfändeten Grundstückes auch WOLF/DOBLER [Fn. 43], S. 191, m.w.H.

[36] Angesichts der soeben dargestellten Risiken ist immer dann, wenn der Grundstückserwerber die auf dem Vertragsgegenstand haftenden Grundpfandschulden des Grundstücksveräusserers nicht übernimmt, *unbedingt darauf zu achten, dass mit dem vom Erwerber geleisteten Kaufpreis zunächst die bestehenden Schulden des Veräusserers getilgt werden*. Die mit der öffentlichen Beurkundung des Veräusserungsgeschäfts rogierte Notarin hat die Parteien über die diesbezüglich bestehende Rechtslage zu belehren.<sup>66</sup> Entsprechend den ihr gegenüber geäusserten Anliegen der belehrten Parteien hat die Notarin sodann aufgrund ihrer Berufspflichten<sup>67</sup> eine rechtssichere und für die praktische Umsetzung geeignete Redaktion des Eigentumsübertragungsgeschäfts vorzunehmen. Dabei wird im Kaufvertrag zur Eigentumsübertragung am Grundstück ohne Schuldübernahme durch den Käufer regelmässig vereinbart, dass *bestehende Hypothekarschulden* des Verkäufers zuzüglich offener Zinsen und der Ablösungskosten *mit dem vom Käufer überwiesenen Kaufpreis direkt zu tilgen sind*.<sup>68</sup> Im Gegenzug hat sich der Verkäufer im Kaufvertrag zu verpflichten, die auf der Vertragssache haftenden *Register- und Papier-Schuldbriefe* mit vollständiger Entrichtung des gesamten Kaufpreises *unbelehnt und unbelastet* auf den Käufer oder auf einen von diesem zu bezeichnenden Dritten *zu übertragen und vorhandene Papiertitel auszuhändigen*.<sup>69</sup> Damit stehen die Schuldbriefe gegen vollständige Vergütung des Kaufpreises zur Verfügung des Käufers, der sie seinerseits bei Bedarf an seine finanzierende Bank als neue Grundpfandgläubigerin übertragen und begeben kann<sup>70</sup>. Auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass mit der Leistung des Kaufpreises die haftenden Grundpfandrechte abgelöst werden und der Käufer nicht im Ergebnis – so er im Rahmen der Grundpfandverwertung für fremde Schuld nicht seines Grundstücks verlustig gehen will – ein zweites Mal bezahlen muss, mit bloss unsicherer Möglichkeit, dafür nachfolgend den Verkäufer erfolgreich belangen zu können.

[37] Für den Erwerber des Grundstücks ergeben sich möglicherweise weiter auch *Risiken aus bestehenden gesetzlichen Grundpfandrechten*. Dazu gehören namentlich die gesetzlichen Grundpfandrechte des kantonalen Rechts (Art. 836 ZGB) und das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Belehrung über die im Zusammenhang mit gesetzlichen Grundpfandrechten bestehenden Risiken sowie die diesbezügliche Vornahme einer rechtssicheren und vollziehbaren Urkundenredaktion stellen ebenfalls Berufspflichten der Notarin dar.<sup>71</sup> In der Praxis gibt der Verkäufer im Kaufvertrag die Zusicherung ab, dass er alle entsprechenden, von Gesetzes wegen Pfandrechtsschutz geniessenden Forderungen bezahlt hat oder noch bezahlen wird. Für den Fall, dass entgegen dieser Zusicherung dennoch solche Forderungen erhoben bzw. gesetzliche Grundpfandrechte im Grundbuch eingeschrieben werden sollten, verpflichtet sich der Verkäufer, diese Forderungen zu bezahlen und allfällig im Grundbuch eingeschriebene gesetzliche Grundpfandrechte auf seine Kosten löschen zu lassen.<sup>72</sup> Eine weitere Sicherungsmöglichkeit für

<sup>66</sup> Dazu für den Kanton Bern Art. 35 NG BE.

<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang neben der Rechtsbelehrungspflicht insbesondere zu erwähnen sind die Interessenwahrungspflicht (für Bern Art. 37 NG BE) und die Wahrheitspflicht (für Bern Art. 34 NG BE).

<sup>68</sup> So beispielsweise Musterurkunde VbN Nr. 621.3, II.2.b.aa., S. 2, wonach der zur Tilgung der bestehenden Hypothek inkl. Zinsen und Ablösungskosten erforderliche Betrag im Rahmen der Kaufpreisüberweisung direkt auf das Hypothekarkreditkonto der Verkäuferin bei deren Bank zu vergüten ist. Siehe dazu auch Musterurkunde VbN 621.3, II.3, S. 3 unten.

<sup>69</sup> Musterurkunde VbN Nr. 621.3, II.3, S. 4. Zur Vornahme der erforderlichen Vorkehren wird regelmässig der Notar bevollmächtigt; vgl. Musterurkunde VbN Nr. 621.3, II.3, S. 4.

<sup>70</sup> Siehe dazu näher auch ZK-STEINAUER [Fn. 41], N 40–43 zu Art. 845 ZGB.

<sup>71</sup> Vgl. diesbezüglich auch Musterurkunde VbN Nr. 621.3, S. 25, Fn. 31.

<sup>72</sup> Zu alledem näher Musterurkunde VbN Nr. 621.3, III.7, S. 9.

den Erwerber des Grundstücks besteht darin, dass er den Kaufpreis oder einen entsprechenden Teil davon erst dann vergütet, wenn die allenfalls für die Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechts bestehenden Fristen abgelaufen sind.

### 3.4. Eigentumsübertragung mit Schuldübernahme

[38] Übernimmt der Erwerber als neuer Eigentümer des grundpfandbelasteten Grundstücks vom Veräußerer die Schuldpflicht für die Pfandforderung, so wird der frühere Schuldner frei, wenn der Gläubiger diesem gegenüber nicht binnen Jahresfrist schriftlich erklärt, ihn beibehalten zu wollen (Art. 832 Abs. 2 ZGB). Praktisch wird die Schuldübernahme nur selten vorkommen.<sup>73</sup>

[39] Die Schuldübernahme lässt sich auch im Zusammenhang mit grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen in eine interne und eine externe Schuldübernahme gliedern. Die einschlägigen Bestimmungen der Art. 175 ff. OR sind mithin anwendbar, und sie werden im Zusammenhang mit der Veräußerung von Grundstücken entsprechend dem Vorbehalt von Art. 183 OR durch Art. 832 und 834 ZGB modifiziert.<sup>74</sup> In einem ersten Schritt findet die *interne Schuldübernahme* statt; dabei handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber, wonach sich dieser verpflichtet, die Schuld zu übernehmen (Art. 175 Abs. 1 OR). Weil die interne Schuldübernahme als besondere Art der Kaufpreisentrichtung den Kaufpreis und damit einen wesentlichen Vertragspunkt betrifft, unterliegt sie bei Grundstücksübertragungen dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung.<sup>75</sup> Die interne Schuldübernahme berührt die Rechtsstellung des Gläubigers nicht,<sup>76</sup> sie führt mithin noch keinen Wechsel der Person des Schuldners herbei. Dafür bedarf es zusätzlich der *externen Schuldübernahme* als einem Vertrag zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger, wonach dieser den Erwerber als neuen Schuldner akzeptiert und den Veräußerer als bisherigen Schuldner befreit.<sup>77</sup>

[40] Für die Schuldübernahme im Zusammenhang mit der Veräußerung von Grundstücken besteht eine *immobiliarsachenrechtliche Sonderregelung* in Art. 832 und 834 ZGB. Übernimmt der Erwerber als neuer Eigentümer des grundpfandbelasteten Grundstücks vom Veräußerer die Schuldpflicht für die Pfandforderung, so wird der frühere Schuldner frei, wenn der Gläubiger diesem gegenüber nicht binnen Jahresfrist schriftlich erklärt, ihn beibehalten zu wollen (Art. 832 Abs. 2 ZGB). Stillschweigen des Gläubigers gilt hier – im Unterschied zu Art. 177 Abs. 1 OR – als Zustimmung zur Schuldübernahme.<sup>78</sup> Die Zustimmung wird mithin vermutet.<sup>79</sup> Von der internen Übernahme der Schuld durch den Erwerber hat die Grundbuchverwalterin dem Gläubiger Kenntnis zu geben (Art. 834 Abs. 1 ZGB). Die Jahresfrist für die Erklärung des Gläubigers i.S.v. Art. 832 Abs. 1 ZGB läuft von dieser Mitteilung an (Art. 834 Abs. 2 ZGB). Die Bedeutung der Art. 832 und 834 ZGB besteht darin, dass eine Verweigerung der Genehmigung der Schuldübernahme durch konkludente Handlung des Gläubigers ausgeschlossen wird. Das ZGB will mit den beiden Be-

---

<sup>73</sup> Zu den Gründen 4.3 hievov.

<sup>74</sup> BGE 121 III 256, 257 f., E. 3.a.

<sup>75</sup> BGer 5A.33/2006 vom 24. April 2007, E. 4; ZK-STEINAUER [Fn. 41], N. 23 zu Art. 845 ZGB; BSK-ZOGG [Fn. 16], N. 16 zu Art. 832 ZGB; OFK-WENGER [Fn. 31], N. 4 zu Art. 832 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP [Fn. 1], N. 1621.

<sup>76</sup> OFK-WENGER [Fn. 31], N. 4 zu Art. 832 ZGB.

<sup>77</sup> Vgl. ZK-STEINAUER [Fn. 41], N. 20 und 24 zu Art. 845 ZGB; OFK-WENGER [Fn. 31], N. 5 zu Art. 832 ZGB.

<sup>78</sup> BSK-ZOGG [Fn. 16], N. 23 zu Art. 832 ZGB.

<sup>79</sup> ZK-STEINAUER [Fn. 41], N. 24 zu Art. 845 ZGB.

stimmungen das personelle Auseinanderfallen von obligatorischer Schuldpflicht und Tragung der dinglichen Pfandbelastung vermeiden.<sup>80</sup> Es soll mithin kein Drittpfandrecht zur Entstehung gelangen.<sup>81</sup>

[41] Der *Gläubiger kann* innert Jahresfrist den *Antrag auf Schuldübernahme* gegenüber dem bisherigen Schuldner *schriftlich ablehnen* (Art. 832 Abs. 2 ZGB). Mit der Ablehnung – man spricht auch von einer sog. Beibehaltungserklärung<sup>82</sup> – wird der Erwerber nicht zum persönlichen Schuldner der grundpfandgesicherten Forderung, die dingliche Last trifft aber das in seinem Eigentum stehende Grundstück. Es entsteht somit ein *Drittpfandrecht*.<sup>83</sup> Der Erwerber seinerseits bleibt gestützt auf die vereinbarte interne Schuldübernahme dem Veräusserer gegenüber weiterhin verpflichtet, ihn von dessen Schuld zu befreien; er hat folglich die Schuldbefreiung auf andere Weise – etwa durch Zahlung – herbeizuführen.<sup>84</sup>

[42] An der Eigentumsübertragung mit Schuldübernahme besteht insofern ein *Interesse des Käufers*, als er damit ein Grundstück erwirbt, das nicht für die Schuld des Verkäufers als eines Dritten haftet, so dass sich die damit verbundenen Risiken<sup>85</sup> vermeiden lassen.<sup>86</sup> Wie beim – insoweit risikobehafteteren – Fall der Eigentumsübertragung ohne Schuldübernahme<sup>87</sup> gehört es indessen auch im Rahmen des Erwerbs mit Schuldübernahme zu den Berufspflichten der Notarin, über die Rechtslage zu belehren, die erforderlichen Abklärungen zu treffen und – entsprechend dem massgebenden Parteiwillen – die öffentliche Urkunde rechtssicher und vollziehbar auszugestalten. Soll im Rahmen einer Handänderung des Grundstücks die Schuld des Veräusserers vom Erwerber übernommen werden, so ist in der Praxis keinesfalls einzig auf das – mit Unsicherheiten, namentlich über den Entscheid der Gläubigerin, verbundene – Verfahren nach Art. 832 Abs. 2 i.V.m. Art. 834 ZGB abzustellen, sondern es ist vorzugsweise die *Zustimmung der Gläubigerbank zur internen Schuldübernahme bereits vor der Beurkundung einzuholen*. In dieser Hinsicht von vornherein klare Verhältnisse zu schaffen, stellt auch eine berufliche Pflicht der Notarin dar.

### 3.5. Zwischenergebnis

[43] Die bei einer Veräusserung des Grundstücks sich einstellende Folge der unverändert bleibenden dinglichen Belastung des Grundstücks und der unverändert bleibenden Person des Schuldners müsste sich für die Grundpfandverschreibung und den Schuldbrief auch ohne die immobilarsachenrechtliche Sonderregelung der Art. 832 und 834 ZGB gleich darstellen. Denn es erweist sich bereits aus zivilrechtlichen Grundüberlegungen – namentlich aus der Rechtsnatur des Pfandrechts als ein unmittelbare Sachherrschaft vermittelndes beschränktes dingliches Recht und aus dem Blickwinkel der ungeschmälerten Erhaltung der Rechtsstellung des Gläubigers – als gänzlich ausgeschlossen, dass die Veräusserung eines pfandrechtsbelasteten Grundstücks das Pfand-

<sup>80</sup> Zum Ganzen WERNER BÜRGISSER, Der Grundstückkauf nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich, Winterthur 1924, S. 42–44; weiter BSK-ZOGG [Fn. 16], N 23 und 27 zu Art. 832 ZGB.

<sup>81</sup> BSK-ZOGG [Fn. 16], N. 1 und 23 zu Art. 832 ZGB.

<sup>82</sup> OFK-WENGER [Fn. 31], N. 7 zu Art. 832 ZGB.

<sup>83</sup> Zu alledem BSK-ZOGG [Fn. 16], N. 27 zu Art. 832 ZGB.

<sup>84</sup> OFK-WENGER [Fn. 31], N. 7 zu Art. 832 ZGB; näher BSK-ZOGG [Fn. 16], N. 28 f. zu Art. 832 ZGB.

<sup>85</sup> Siehe zu diesen 4.3. hievov.

<sup>86</sup> Vgl. BSK-ZOGG [Fn. 16], N. 19 zu Art. 832 ZGB.

<sup>87</sup> Dazu 4.3.

recht zum Erlöschen bringen und/oder zur Entlassung des bisherigen Schuldners aus seinen Verpflichtungen führen könnte.<sup>88</sup> Art. 832 Abs. 1 ZGB bestätigt insofern bloss den Grundsatz des status quo, der sich auch bereits aus der Tatsache ergibt, dass das Grundpfandrecht ein dingliches Recht und die Schuldpflicht obligationenrechtlicher Natur ist.<sup>89</sup>

#### 4. Schluss

[44] Die vorliegend angestellten Betrachtungen führen zum Ergebnis, dass Dienstbarkeiten und Grundpfandrechte bei der Veräusserung des damit belasteten Grundstücks unverändert weiter bestehen. Es ergibt sich das aus der Rechtsnatur der Dienstbarkeiten und Grundpfandrechte als (beschränkte) dingliche Rechte, die als solche absolute Rechte darstellen und denen Wirkung erga omnes zukommt. Dass im Falle des Grundpfandrechts der Schuldner bei Veräusserung des belasteten Grundstücks nicht aus seiner persönlichen Verpflichtung entlassen wird, ist aus dem feststehenden Grundsatz abzuleiten, dass dem Gläubiger nicht ohne seine mindestens stillschweigende Zustimmung – wie sie gemäss Art. 832 Abs. 2 ZGB immerhin erforderlich bleibt<sup>90</sup> – sein ihm bisher persönlich haftender Schuldner verlustig gehen darf.

---

Prof. Dr. iur. STEPHAN WOLF, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

Dr. iur. YANNICK MINNIG, Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

---

<sup>88</sup> In diesem Sinne schon EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Band II: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Ausgabe, Bern 1914, S. 272: «Findet eine Veräusserung des Ganzen statt, so muss die Verneinung jeder Folge für die Pfandhaft schon aus dem Umstande abgeleitet werden, dass ja von vornherein die Begründung eines Verhältnisses, wo der Schuldner nicht zugleich Eigentümer des Pfandgegenstandes ist, zugelassen wird, sowie denn auch für die Funktion der Verschreibung [Grundpfandverschreibung] aus einer solchen Sachlage keine besonderen Schwierigkeiten erwachsen . . . » (Ergänzung in eckigen Klammern hinzugefügt).

<sup>89</sup> Siehe auch ZK-STEINAUER [Fn. 41], N. 9 zu Art. 845 ZGB.

<sup>90</sup> Im Rahmen von Art. 832 Abs. 2 ZGB gilt Stillschweigen des Gläubigers innert Frist als zur Befreiung des früheren Schuldners führende Annahme der Schuldübernahme, dies im Gegensatz zu Art. 177 Abs. 1 OR, wonach Stillschweigen als Verweigerung der Annahme der Schuldübernahme gilt; dazu schon 3.4. hievov.